

ANNOTATIE

Wijsheid komt met de jaren. Over de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel.

mr. Y. Bosschaart

*Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 20-07-2016,
ECLI:NL:RBMNE:2016:4184 (PS-2016-0178)*

In de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland wordt bij het beoordelen van de opstalaansprakelijkheid van een wegbeheerder gebruikgemaakt van de Kelderluik-criteria voor de invulling van het gebrekcriterium. Daarbij komt de vraag aan de orde of binnen het vierde Kelderluik-criterium, de mate van bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen, gewicht kan toekomen aan na het ongeval door de aansprakelijkgestelde getroffen maatregelen. Immers: wat na het ongeval kan, kon (veelal) ook voorafgaand aan het ongeval. In deze annotatie wordt ingegaan op de vragen of het wenselijk is dat gedragingen ex post het aansprakelijkheidsoordeel beïnvloeden, of het mogelijk is de rechterlijke beoordelingsvrijheid op dit punt in te perken en hoe een dergelijke inperking zou moeten worden vormgegeven.

1. Inleiding

De Kelderluik-criteria hebben een ruim toepassingsgebied. Ook in de onderhavige zaak, die betrekking heeft op opstalaansprakelijkheid van een wegbeheerder, doen de criteria hun invloed gelden. Hierbij komt de vraag aan de orde of binnen het vierde Kelderluik-criterium, de mate van bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen, gewicht mag toekomen aan na het ongeval door de aansprakelijkgestelde getroffen maatregelen (ook wel gedragingen ex post genoemd). Deze vraag staat in deze annotatie centraal.

2. De feiten

Eiseres is ten val gekomen nadat zij op een fietspad tegen een middengeleider is aangefietst. Zij heeft de gemeente als wegbeheerder op grond van artikel 6:174 BW in combinatie met artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade, stellende dat de gemeente een onveilige situatie in het leven heeft geroepen door de middengeleider op een onlogische plaats te situeren. De middengeleider zou zich volgens eiseres in strijd met de aanbevelingen van Fietsberaad net na de bocht hebben bevonden. Bovendien was de middengeleider niet goed zichtbaar vanwege de overige fietsers op het fietspad, de aanwezigheid van een hoge groene haag en de grijze kleur van de middengeleider. Ten slotte heeft eiseres aangevoerd dat het drukke fietspad te smal was voor een middengeleider op de betreffende plek en heeft zij er daarbij op gewezen dat de middengeleider na het ongeval verwijderd is om ongevallen in de toekomst te voorkomen.

3. Het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland

De Rechtbank Midden-Nederland stelt voorop dat een obstakel op het fietspad de kans op ongevallen vergroot, maar oordeelt vervolgens dat de gemeente op basis van de destijds geldende verkeersveiligheidsnormen gerechtvaardigd is overgegaan tot het plaatsen van de middengeleider. Het feit dat later duidelijk is geworden dat de situatie zonder middenbegeleider en met ribbelmarkering veiliger zou zijn geweest (zoals ook aangegeven door Fietsberaad), betekent niet dat de situatie voor het ongeval onrechtmatig was. De omstandigheid dat de middengeleider na het ongeval is verwijderd, doet aan dat oordeel niet af. De gemeente is naar het oordeel van de rechtbank niet aansprakelijk voor de door eiseres geleden schade.

4. De Kelderluik-criteria bij opstalaansprakelijkheid

De bezitter van een opstal kan op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk worden gehouden wanneer deze opstal een gebrek vertoont en zich een door dit gebrek in het leven geroepen gevaar voor personen of zaken verwezenlijkt. Bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de opstalbezitter kunnen de Kelderluik-criteria worden gebruikt voor de invulling van het gebrekcriterium (Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 755). Zo kunnen de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen van belang zijn om te bepalen of aansprakelijkheid moet worden aangenomen voor een gebrekkige opstal (HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*)). Daarnaast oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot wegbeheerdersaansprakelijkheid dat de wegbeheerder er rekening mee moet houden dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid in acht zullen nemen (HR 20 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830, r.o. 3.6, *NJ* 2003/660 (*Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen*)). Ten aanzien

van aansprakelijkheid van overheidslichamen oordeelde de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest, zoals de Rechtbank Midden-Nederland in de onderhavige zaak herhaalt, dat de aansprakelijkheid wordt begrensd door de beleidsvrijheid en de financiële armslag. Ten slotte lijkt het erop dat de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest overweegt dat in het algemeen de objectieve niet-kenbaarheid van een gebrek aan aansprakelijkheid in de weg staat, maar dat andere relevante omstandigheden tot een ander oordeel aanleiding kunnen geven (zie hierover kritisch S.D. Lindenbergh, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?', AA 2011/3, p. 213; anders: T. Hartlief, annotatie bij: HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (*Wilnis*)). Hier lijkt door de Hoge Raad een opening te zijn gegeven voor de invloed van wijsheid achteraf op het rechterlijk oordeel. Het oordeel van de Hoge Raad in de *Wilnis*-zaak geeft dan ook aanleiding tot de vraag die centraal staat in het onderhavige arrest: mogen gedragingen ex post van invloed zijn op het aansprakelijkheidsoordeel?

5. De invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel

Het rechterlijk oordeel over de mate van bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen kan worden beïnvloed door gedragingen ex post. Uit het feit dat het na het ongeval niet bezwaarlijk was om veiligheidsmaatregelen te treffen kan namelijk worden afgeleid dat dit ook voorafgaand aan het ongeval niet bezwaarlijk was. Ten aanzien van werkgeversaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad geoordeeld dat moet worden beoordeeld of de maatregelen die na het ongeval zijn getroffen reeds vóór het ongeval voor de werkgever voor de hand lagen (HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, NJ 1979/245 (*Messaoudi/Hoehst*)). Uit gedragingen ex post kan dus niet zonder meer worden afgeleid dat de situatie voorafgaand aan het ongeval vanwege het ontbreken van (voldoende) veiligheidsmaatregelen onrechtmatig was. Voor wat betreft productaansprakelijkheid is in artikel 6:186 lid 2 BW vastgelegd dat een product niet als gebrekkig mag worden beschouwd, uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht. Bij deze twee aansprakelijkheden lijkt het uitgangspunt dus overeen te komen. Bij opstalaansprakelijkheid lijkt de Hoge Raad eerder aansprakelijkheid af te leiden uit maatregelen ex post dan bij werkgevers- en productaansprakelijkheid. In *Foekens/Naim* (HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700 (*Foekens/Naim*)) oordeelde de Hoge Raad namelijk dat uit de omstandigheden dat na een brand een loods was herbouwd met minder brandbaar isolatiemateriaal en niet gesteld was dat dit materiaal voorafgaand aan de brand niet beschikbaar was, kon worden afgeleid dat ook voorafgaand aan het ongeval minder brandbaar materiaal gebruikt had kunnen worden. Hier lijkt dus, in verhouding tot werkgevers- en productaansprakelijkheid, meer ruimte te bestaan voor de redenering: 'als het na het ongeval anders kan, dan kon en moest (!) dat ook voorafgaand aan het ongeval'. In de literatuur wordt de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel om twee redenen vaak

kritisch benaderd. Ten eerste kan het rechterlijk oordeel worden beïnvloed door de *hindsight bias*. Dit wil zeggen dat het risico bestaat dat uit gedragingen ex post wordt afgeleid dat het treffen van voorzorgsmaatregelen niet bezwaarlijk was, waardoor een lagere aansprakelijkheidsdrempel wordt gehanteerd dan het geval zou zijn geweest wanneer de rechter(s) geen kennis had(den) gehad van de gedragingen ex post (W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 14). Ten tweede kan gesteld worden dat wanneer gedragingen van na het ongeval van invloed zijn op het aansprakelijkheidsoordeel, de aansprakelijkgestelde ontmoedigd wordt om veiligheidsmaatregelen te treffen om ongevallen in de toekomst te voorkomen (S.D. Lindenbergh, 'Arbeid, schade, zorgplicht en eigen schuld', *MvV* 2006/2, p. 41; W.H. van Boom, annotatie bij: HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *NJ* 2008/460, *JA* 2006/11 (*Bayar/Wijnen*)).

6. Naar een beperking van de invloed van gedragingen ex post

Ondanks de nadelen die het meewegen van gedragingen ex post meebrengt, ben ik van mening dat een algehele uitsluiting van de invloed van deze gedragingen op het aansprakelijkheidsoordeel niet wenselijk en niet mogelijk is. Voor de benadeelde kunnen gedragingen ex post namelijk een bewijsmiddel vormen ter staving van de stelling dat het treffen van voorzorgsmaatregelen niet bezwaarlijk was. Het uitsluiten van dit bewijsmiddel zou op gespannen voet komen te staan met het beginsel van de *equality of arms* dat voortvloeit uit het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Procespartijen dienen volgens dit beginsel immers gelijke mogelijkheden te hebben om hun standpunt te verdedigen (P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 107; EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, r.o. 33, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombobbeheer*)). Daarnaast kan uit psychologisch onderzoek worden afgeleid dat een rechtsregel waarmee de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel wordt uitgesloten, niet het gewenste effect zal hebben, omdat een verbod om bepaalde informatie mee te wegen veelal een averechts effect heeft (A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review* 1251 (2005), p. 1262-1264). Bovendien is aangetoond dat de *hindsight bias* de visie van de rechter(s) op een zaak wel beïnvloedt, maar dat het uiteindelijke oordeel niet anders hoeft te luiden dan wanneer *in foresight* over de zaak geoordeeld zou zijn (J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Probable Cause, Probability, and Hindsight', *Journal of Empirical Legal Studies* 8 (2011), p. 72-98). Wanneer duidelijk is welke toetsingsnorm aan het oordeel ten grondslag dient te liggen en hoe de gedragingen ex post zich verhouden tot de andere (onderdelen van de) Kelderluik-factoren, hoeft het meewegen van gedragingen ex post dus geen onjuist oordeel tot gevolg te hebben. Een

effectievere oplossing voor de problematiek omtrent het meewegen van gedragingen ex post zou naar mijn mening dan ook gelegen zijn in uitgebreide rechterlijke motivering in combinatie met het hanteren van een concrete toetsingsnorm. Het uitgebreid motiveren van het oordeel komt de rechtszekerheid ten goede en kan bovendien de invloed van de *hindsight bias* op het oordeel beperken, doordat de afweging van de laedens tussen risico en voorzorg zo veel mogelijk wordt benaderd. Een blik over de grenzen leert dat de invloed van de *hindsight bias* op het aansprakelijkheidsoordeel ook beperkt kan worden door een concrete toetsingsnorm aan dit oordeel ten grondslag te leggen. Zowel in Duitsland als in Amerika wordt bij bestuurdersaansprakelijkheid door rechters gebruikgemaakt van een concrete toetsingsnorm, genaamd de *business judgement rule*. Hoewel deze regel oorspronkelijk bedoeld was om bij bestuurdersaansprakelijkheid rekening te houden met de beleidsvrijheid, wordt in de literatuur aangekaart dat de concrete toetsingsnorm ook een hulpmiddel kan vormen om cognitieve valkuilen te vermijden (B.F. Assink, 'Ontwikkelingen in het buitenland. Over de "business judgment rule" – Enige recente ontwikkelingen in het vennootschapsrecht van met name Duitsland en Delaware', *OR* 2006/24, p. 75-77; B.F. Assink, 'Kan de Delaware business judgement rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?', *OR* 2008/66, p. 231).

7. De te hanteren toetsingsnorm

Aan het oordeel dient naar mijn mening steeds de volgende vraag ten grondslag te liggen: heeft de laedens door zijn handelen of nalaten meer risico genomen dan redelijkerwijs verantwoord was? Bij het beantwoorden van deze vraag dienen in ieder geval de Kelderluik-gezichtspunten expliciet te worden nagelopen, waarbij de mate van bezwaarlijkheid uiteen zou moeten vallen in de factoren tijd, kosten, inspanning en kenbaarheid van de noodzaak en mogelijkheid deze maatregelen ex ante te treffen. Gedragingen ex post kunnen van invloed zijn op het oordeel over de mate van bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen en dus indirect op het aansprakelijkheidsoordeel, maar dan dient te worden gemotiveerd dat de maatregelen qua tijd, kosten en inspanning voorafgaand aan het ongeval niet bezwaarlijk waren en dat het voorafgaand aan het ongeval voor de aansprakelijkgestelde kenbaar was dat het treffen van de maatregelen mogelijk en noodzakelijk was. Ten slotte dient naar mijn mening steeds als harde subregel te gelden dat het enkele feit dat na het ongeval (aanvullende) veiligheidsmaatregelen zijn getroffen, niet meebrengt dat aansprakelijkheid moet worden aangenomen omdat de situatie ten tijde van het ongeval onveilig was. Hoewel in de motivering van het oordeel mijns inziens explicieter had mogen worden ingegaan op de afweging van de Kelderluik-gezichtspunten en op de verschillende factoren die deel zouden moeten uitmaken van het oordeel over de mate van bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen, begrenst de rechtbank de invloed van gedragingen ex post op het

aansprakelijkheidsoordeel terecht door te wijzen op het feit dat ten tijde van het ongeval niet duidelijk was dat andere veiligheidsmaatregelen de voorkeur verdienden. Vervolgens oordeelt de rechtbank – naar mijn mening wederom terecht – dat uit het feit dat de normen na het ongeval zijn gewijzigd en de middengeleider na het ongeval is verwijderd niet mag worden afgeleid dat het fietspad ten tijde van het ongeval gebrekkig was. Het fietspad was ingericht in overeenstemming met de destijds geldende normen en de gemeente is na een afweging van de Kelderluik-criteria gerechtvaardigd overgegaan tot de plaatsing van de middengeleider. Dat wijsheid achteraf tot de conclusie leidt dat een veiliger oplossing voor het regelen van het verkeer mogelijk is dan door middel van de betreffende middengeleider mag aan dat oordeel dan ook niet afdoen.