

Bewijsrisico, ongedeelde smart?!

1 Inleiding

De verdeling der bewijslast¹ is naar haar 'aard' een typisch product van de 'alles of niets'-gedachte. Indien de partij die in een civiele procedure het bewijsrisico draagt, slaagt in haar bewijsvoering en de rechter weet te overtuigen van de juistheid van haar stellingen, wint deze partij. Indien dat niet lukt, verliest die partij de procedure.² Een tussenweg is er niet, het is 'alles of niets'.

De verdeling van het bewijsrisico vindt in principe plaats via het adagium *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor*.³ Dat betekent dat de eiser die feiten dient te bewijzen die zijn vordering staven, terwijl de gedaagde die feiten moet bewijzen die het ontstaan van de vordering voorkomen of de vordering teniet doen gaan. Dat is ook het systeem dat in de hoofdregel van art. 177 Rv neergelegd is.

Het doel van deze bijdrage is te onderzoeken in hoeverre er uitzonderingen mogelijk zijn op deze 'alles of niets'-structuur in het materiële bewijsrecht. Met andere woorden, kunnen de regels van bewijsrisico tot een proportioneel resultaat leiden? Daarbij zal ook met enige regelmaat het Duitse recht in de beschouwingen betrokken worden.

'At first sight' dienen zich enkele mogelijke uitzonderingen op het 'alles of niets'-principe aan. Ten eerste is dat de verschuiving van het bewijsrisico ten aanzien van één of meerdere voorwaarden waaraan een vordering zou moeten voldoen om toegewezen te kunnen worden. Ten tweede is er de notie van de aanvullende stelplicht die regelmatig in de rechtspraak naar

* Ivo Giesen is assistent in opleiding bij het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant. Hij bereidt een proefschrift voor onder de werktitel: 'De bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht'.

1 Ik zal in het vervolg de termen 'bewijsrisico' en 'bewijslast' door elkaar gebruiken, waarbij bewijslast voornamelijk in combinatie met 'verdeling' gebezigd zal worden. Met beide termen bedoel ik het volgende: wie verliest uiteindelijk de procedure als er geen bewijs voorhanden is?

2 Zie hierover ook Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) nr. 11.

3 Vergelijk daarover Asser-Anema-Verdam, *Van Bewijs*, vijfde druk, Zwolle 1953, p. 83.

voren komt. Beide mogelijkheden zullen in het navolgende nader onderzocht worden. Daarna zal bekeken worden of wellicht een radicalere oplossing, namelijk het (in tweeën) delen van het bewijsrisico (en dus uiteindelijk: de schade) tussen de twee partijen, aanvaard zou kunnen worden.

2 Verschuiving van het bewijsrisico

Zowel in Nederland als elders is in de rechtspraak bepaald dat er gevallen zijn waarin de eiser niet alle elementen van zijn vordering hoeft te bewijzen om de procedure te kunnen winnen. Het is mogelijk om uitzonderingen op het hierboven beschreven systeem van bewijslastverdeling te maken. Art. 177 Rv biedt daarvoor ook de nodige ruimte. Ten aanzien van één of meer elementen van de vordering kan het bewijsrisico verschuiven van de eiser naar de gedaagde.

Zo kan de rechter bijvoorbeeld bepalen dat eiser de onrechtmatigheid van een gedraging dient te bewijzen, terwijl de gedaagde dient te bewijzen dat hij geen schuld aan het gebeuren had. In de Nederlandse rechtspraak is dit bijvoorbeeld gebeurd op het terrein van de productaansprakelijkheid. In het *Lekkende Kruik*-arrest besliste de Hoge Raad dat het Hof had moeten onderzoeken of 'het niet aan de schuld van Jumbo (de gedaagde producent, IG) was te wijten' dat het product toch in het verkeer was gebracht.⁴ Het ging er dus om dat het ontbreken van schuld vast zou komen te staan en niet dat de aanwezigheid van schuld, in positieve zin, bewezen zou worden. Met andere woorden, het bewijsrisico kwam bij de gedaagde te liggen.⁵

Een ander voorbeeld betreft de werkgeversaansprakelijkheid op basis van art. 1638x (oud) BW (nu art. 7:658 BW). Daarbij werd door de Hoge Raad impliciet een bewijslastverschuiving aangenomen ten aanzien van het al dan niet voldaan hebben aan de zorgverplichting door de werkgever. Onder verwijzing naar het systeem van de aanvullende stelplicht (zie paragraaf 3) zegt de Hoge Raad in *Janssen/Nefabas* bijvoorbeeld dat de werkgever *aannemelijk moet maken* dat hij aan zijn zorgplicht voldaan heeft, terwijl in het arrest *Power/Ardross* wordt gezegd dat de werkgever ervoor

4 IIR 2 februari 1973, NJ 1973, 315, nt. HB (*Lekkende Kruik I*).

5 Hoe zich dit verhoudt tot de meer algemene lijn in de rechtspraak die uitgaat van een vermoeden van schuld als de onrechtmatigheid vaststaat (vergelijk Asser-Hartkamp III (1994) nr. 77), is onduidelijk.

moet zorgen dat met *een redelijke mate van zekerheid vaststaat* dat hij aan zijn verplichtingen voldaan heeft.⁶

Ook het Duitse aansprakelijkheidsrecht kent partiële bewijslastomkeringen door de rechter. Een voorbeeld biedt ook daar de regeling van productaansprakelijkheid. Als de eiser aantoont dat het gebrek van het product ontstaan is binnen het 'Organisations- und Gefahrenbereich' van de gedaagde, verschuift het bewijsrisico ten aanzien van het element 'Verschulden' naar de gedaagde. Die gedaagde zal dan dienen aan te tonen dat hij niet opzettelijk of 'fahrlässig' handelde.⁷ Ook valt te denken aan de medische aansprakelijkheid, een terrein waarop een bewijslastverschuiving ten aanzien van causaal verband is aangenomen, als er tenminste een 'grobe Behandlungsfehler' aangetoond is.⁸

We zien in dit soort gevallen dat het bewijsrisico van de eisende partij verlicht wordt in die zin dat die eiser niet *alle* elementen hoeft te bewijzen om zijn vordering te doen slagen, hetgeen volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling wel zou moeten. Betekent dat dan dat er ook op het terrein van de bewijslastverdeling sprake is van een beweging van 'alles of niets' naar 'gedeelde bewijslast' en mitsdien 'gedeelde draaglast'?

Het antwoord op voorgaande vraag moet ontkennend zijn. Dat er aan de bewijslastverdeling gesleuteld wordt en de eiser zodoende tegemoet gekomen wordt in zijn bewijsvoering, is een toe te juichen ontwikkeling. Het zou toch immers niet zo mogen zijn dat een partij niet krijgt wat hem (materieelrechtelijk gezien) toekomt, alleen omdat de bewijsvoering daaraan in de weg staat. Maar, deze processuele bewijslastverlichting leidt niet tot een systeem van gedeelde draaglast in materiële zin. Wat er gebeurt, is dat het bewijsrisico gedeeltelijk verschoven wordt van de ene partij naar de andere partij. Stel dat we ons bevinden in een situatie waarin zowel de eiser als de gedaagde niet in staat zal zijn het bewijs met betrekking tot het causale verband rond te krijgen en waarin het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband verplaatst is van de eiser naar de gedaagde.⁹ De verschuiving van het bewijsrisico heeft dan tot gevolg dat niet de eiser maar de gedaagde de procedure zal verliezen, gesteld natuurlijk dat aan de andere

6 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas) respectievelijk HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, nt. PAS en Ma (Power/Ardross). Inmiddels heeft art. 7:658 BW de bewijslastomkering geodificeerd.

7 Sinds het 'Hühnerpest-Urteil' van het Bundesgerichtshof (BGHZ 51, 91) is dat vaste rechtspraak. Vergelijk G. Baumgärtel, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Band 1., 2. Auflage, Köln 1991, Par. 823 Anhang C III, Rdn. 2 en 25.

8 Zie daarover Baumgärtel, a.w. (noot 7), Par. 823 Anhang C II, Rdn. 3.

9 Een voorbeeld biedt HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (DES).

voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan.¹⁰ Van een gedeelde bewijs- en draaglast is dan geen sprake. We komen dan terecht bij *verschoven bewijs- en draaglast*.¹¹ En zo is gebleken dat de eerste mogelijke uitzondering op het 'alles of niets'-principe toch niet als zodanig aanvaard kan worden.¹²

3 Aanvullende stelplicht

De laatste decennia is in de Nederlandse rechtspraak een (hernieuwde) ontwikkeling zichtbaar geworden die de aandacht verplaatst van de bewijslast naar de stelplicht van partijen.¹³ In plaats van sleutelen aan en verschuiven van het bewijsrisico, wordt de noodzakelijk geachte verlichting van de moeilijke bewijspositie van de eiser gezocht in een verzwaring van de stelplicht van diens wederpartij.¹⁴

In principe dient een procespartij de feiten te stellen die nodig zijn om het beoogde rechtsgevolg te doen intreden.¹⁵ Voor de eiser betekent dat dat minimaal alle feiten die nodig zijn voor een veroordeling bij verstek, gesteld moeten zijn. Ook de gedaagde moet zijn verweren staven met zodanige feiten dat aanvaarding van het verweer mogelijk is als er geen tegenspraak zou zijn.

Nu is het mogelijk dat de rechter aan de hierboven beschreven stelplicht nadere eisen stelt. Hij kan aan een der partijen vragen haar stellingen nader te motiveren. De art. 91 lid 1, 140 en 141 Rv spreken immers over 'met reden omklede' conclusies.¹⁶ In zeer algemene zin werd deze bevoegdheid

10 Bij de beoordeling of er verandering optreedt in de 'alles of niets'-situatie ga ik hier, en in het vervolg, uit van de materiële gevolgen van het hanteren van een bepaald instrument en ga ik voorbij aan de processuele effecten van dat instrument. Deze twee consequenties kunnen overigens uiteen lopen. Gedeelde last in processuele zin hoeft niet tot gedeelde draaglast in materiële zin te leiden.

11 Hieronder valt ook de 'bewijslastomkering' na aanname van een vermoeden (een oneigenlijke omkering, omdat het bewijsrisico *niet* verschuift, zie Asser, a.w. (noot 2), nr. 13, en I. Giesen, *Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht*, WPNR 6265 (1997), p. 245).

12 Vergelijk M. Faure, (*G)een schijn van kans*, Oratie RL, Antwerpen 1993, p. 43.

13 'Stelplicht' is iets van deze tijd. Vergelijk H.C.F. Schoordijk, *De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht*, WPNR 5937 (1989), p. 683.

14 Vergelijk Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 e.v. Deze ontwikkeling stamt uit de jaren '20. Zie voor een overzicht W.A.J.P. Van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997, p. 19 e.v.

15 H.J. Snijders (e.a.), *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle 1993, nr. 425.

16 Hierover Pitlo-Hidma-Rutgers, *Het Nederlands burgerlijk recht*. Deel 7. Bewijs, 7e druk, Arnhem 1995, p. 38.

van de rechter bevestigd door de Hoge Raad in het arrest *Van der Meulen/Hacquebord*.¹⁷ Indien een partij een ongeloofwaardige stelling als grondslag voor zijn vordering aanvoert, en de wederpartij daartegenover een gemotiveerd en gedocumenteerd verweer voert, kan van de eerste partij worden verlangd dat deze nadere gegevens aanvoert om aan zijn stelplicht te voldoen. Dit wordt over het algemeen aangeduid als de verzwaarde stelplicht. De sanctie op het niet voldoen aan deze aanvullende stelplicht, is gelegen in art. 176 Rv: hetgeen door de andere partij te bewijzen was, staat als onvoldoende betwist vast.¹⁸ Ook een verschuiving van het bewijsrisico kan in aanmerking komen, evenals de beslissing door de rechter dat een bewijsopdracht niet meer nodig is.¹⁹ De Hoge Raad is het instrument van de aanvullende stelplicht dus gaan gebruiken als methode om tegemoet te komen aan de zware bewijslast die op de eiser rust.²⁰

Het toepassingsbereik van deze tegemoetkoming in de bewijsvoering is de laatste jaren vrij divers geworden. Zo wordt de aanvullende stelplicht bijvoorbeeld gebruikt als het gaat om de aansprakelijkheid van een arts. Het bekende arrest *Timmer/Deutman*²¹ verwoordt het aldus:

‘Onderdeel 1 berust op de stelling dat (...) de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. (...) Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.’

De Hoge Raad vindt een verschuiving van het bewijsrisico te ver gaan, maar is wel bereid de eiser tegemoet te komen door de stelplicht van de

17 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713, (Van der Meulen/Hacquebord).

18 Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 en R.P.J.L. Tjittes, *Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij*, NJB 1988, p. 1128.

19 Vergelijk Tjittes, t.a.p. (noot 18), p. 1129, op basis van HR 11 december 1987, NJ 1988, 339, nt. PAS (Vermaat Bakkerijen/Aamar) en HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn) respectievelijk HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, nt. CJHB (De Heel/Korver) en Van Dunné, *De bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, AA 1995, p. 672.

20 Vergelijk Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 en Schoordijk, t.a.p. (noot 13), p. 685-686.

21 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, nt. WLH (Timmer/Deutman).

arts te verzwaren.²² Het is daarbij de vraag of het verschil in effect tussen beide methoden in alle gevallen wel zo groot is.²³

De aanvullende stelplicht heeft ook zijn heilzame werking getoond op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid. Op dat terrein heeft de werkgever, doordat steeds nadere en scherpere eisen gesteld werden aan zijn stelplicht met betrekking tot het al dan niet voldaan hebben aan zijn zorgplicht, uiteindelijk het bewijsrisico opgelegd gekregen.²⁴

Dat het gebruik van de aanvullende stelplicht niet alleen ingegeven is door de notie van 'slachtofferbescherming', toont de rechtspraak inzake werknemers die wegens 'ziekte' niet komen werken en op grond van dringende reden (onwettig verzuim) ontslagen worden. De redenering begint nog 'slachtoffervriendelijk' doordat de werkgever het *niet* ziek zijn van de werknemer, en meer algemeen de dringende reden, dient te bewijzen, omdat anders het systeem van ontslagbescherming (bij ziekte) doorbroken zou worden, maar als tegemoetkoming aan dit zware bewijsrisico voor de werkgever legt de Hoge Raad wel een aanvullende stelplicht bij de werknemer. Bovendien moeten aan die stelplicht van de werknemer zware eisen worden gesteld.²⁵

Deze aanvullende stelplicht voor de eiser zien we ook terug in het Duitse medische aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot de informatieplicht van de arts. In verband met het vaststellen van het causale verband, waarvoor de arts het bewijsrisico draagt, dient de patiënt gemotiveerd te stellen dat hij tenminste in een 'Entscheidungskonflikt' terecht zou zijn gekomen als de arts wel voldoende en volledige informatie zou hebben verstrekt.²⁶

22 In dezelfde zin HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn) en HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, nt. CJHB (De Heel/Korver). Vergelijk ook W.H.D. Asser, *Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht*, TvGR 1991, p. 73-74, en M.A. Goslings, *Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken*, TvGR 1995, p. 205-210.

23 J.B.M. Vranken, *Aansprakelijkheden en bewijsrecht*, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Aansprakelijkheden*, Deventer 1990, p. 227, meent dat het verschil gering zal zijn. Als echter de gedaagde erin slaagt om een motivering te verzinnen die niet direct weerlegbaar is, zal het effect van de aanvullende stelplicht vrijwel nihil zijn.

24 Zie paragraaf 2 en speciaal de in noot 6 genoemde arresten die het sluitstuk van de ontwikkeling vormen. Die ontwikkeling begon in 1982 met HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf).

25 HR 11 december 1987, NJ 1988, 339, nt. PAS (Vermaat Bakkerijen/Aamar) en HR 27 september 1996, NJ 1997, 42 (Brinkman/Theelen). Vergelijk hierover W.H.D. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Arnhem 1995, p. 97.

26 Zie daarover mijn bijdrage, *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, AA 1996, p. 539-540, en de daar genoemde literatuur. Vergelijk ook Baumgärtel, a.w. (noot 7), Par. 823 Anhang C II, Rdn. 45.

Het gebruik van de aanvullende stelplicht als tegemoetkoming in de bewijsvoering is verder ook terug te vinden bij de vordering tot schadevergoeding in verband met een kennelijk onredelijk ontslag,²⁷ bij de vraag of een werknemer een ondergeschikte was als het gaat om de kwalitatieve aansprakelijkheid van een werkgever,²⁸ bij de vordering op basis van art. 2:248 BW tegen de commissaris van een gefailleerde BV door de curator,²⁹ en ook bij het invoeren van de nietigheid van een ontslag wegens zwangerschap³⁰.

De uit onrechtmatige daad of wanprestatie aangesproken notaris was tot voor kort niet onderworpen aan een aanvullende stelplicht. De reden daarvoor was waarschijnlijk gelegen in het feit dat de uitspraken op dit terrein die over bewijsrisico gaan, de vraag betroffen of het causale verband aanwezig was, terwijl de aanvullende stelplicht in Nederland vooralsnog alleen in stelling gebracht wordt als het gaat om het vaststellen van de onzorgvuldigheid. Mijns inziens zijn de redenen om de arts of de werkgever een aanvullende stelplicht op te leggen, ook toepasselijk op de notaris.³¹ Het gaat er namelijk om dat de arts en de werkgever, en ook de notaris, beter in staat is om de nodige informatie te verschaffen. De benodigde informatie moet immers uit 'de sfeer' van de arts of de werkgever of de notaris gehaald worden.³² Ter vergelijking, in het Duitse recht wordt de notie van 'de sfeer' van een partij onder de noemer 'Organisations- und Gefahrenbereich' gebruikt om een omkering van het bewijsrisico te kunnen bewerkstelligen.³³ Inmiddels is duidelijk geworden dat ook de Hoge Raad er zo over denkt. Recentelijk is de constructie van de aanvullende stelplicht

27 Zie HR 25 april 1986, NJ 1986, 624, (Millenaar/Oerlemans).

28 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642, nt. PAS (Daalimpex/Heeringa).

29 HR 28 juli 1996, NJ 1997, 58, nt. Ma (Pasma/Br.). Daarbij is opvallend dat ook aan de stelplicht van de eiser (de curator) zware eisen gesteld moeten worden, aldus Rb. Leeuwarden 24 maart 1994, NJ 1995, 361 (Van den Elst/Van der Meulen), omdat het bestuur 'kennelijk' onredelijk dient te zijn.

30 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561, nt. PAS (Kacar-Kisacik/Stegeman). Het bewijs dat de werknemster niet zwanger was, dient de werkgever te leveren; de werknemster dient wel de nodige informatie te verstrekken.

31 T.R. Hidma, *Het A B C van de notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), p. 706-707, meent ook dat de aanvullende stelplicht bij de aansprakelijkheid van de notaris in te roepen is.

32 Vergelijk HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas): de werkgever dient die omstandigheden aan te geven die meer in zijn sfeer liggen. Vergelijk W. Tonkens-Gerkema, De mededelingsplicht van de gedaagde, in: G.J. Bijleveld e.a. (red.), *Qui bene distinguit bene docet*, Arnhem 1991, p. 135.

33 Zie paragraaf 2, en over de 'Gefahrenbereichstheorie', G. Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln 1996, Rdn. 163, alsmede J. Prölls, *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, Karlsruhe 1966, p. 65 e.v.

ook toegepast in een geval waarin de aansprakelijkheid van een notaris in het geding was.³⁴

Is de aanvullende stelplicht nu geschikt om de moeilijkheden van een 'alles of niets'-systeem in het bewijsrecht te omzeilen? Nu de niet met het bewijsrisico belaste partij de andere partij aanknopingspunten voor diens bewijsvoering moet verschaffen, is het duidelijk dat de aanvullende stelplicht tot een processuele bewijsverlichting leidt. Maar wordt zodoende aan het bewijsrecht een dimensie van 'gedeelde bewijs- en draaglast' in materieel opzicht gegeven?³⁵ Nader doordenken van de aanvullende stelplicht leert ons dat dat niet het geval is.

Als de partij die een aanvullende stelplicht heeft opgelegd gekregen, niet aan die plicht voldoet, zijn er twee sancties mogelijk: het bewijsrisico wordt verschoven naar die partij of er is helemaal geen plaats meer voor een bewijsopdracht, de stelling van de wederpartij staat daarmee vast. In het eerste geval zijn we terug bij de in paragraaf 2 besproken situatie, waarvan al vastgesteld werd dat het 'alles of niets'-systeem gehandhaafd bleef.

In het tweede geval staat de stelling van de partij op wie het bewijsrisico rust, vast zonder dat de tegenstander daaraan nog iets kan veranderen. De bewijsbelaste partij wint de procedure, althans op dit punt, zonder dat de feiten daadwerkelijk vaststaan. We hebben dan dus opnieuw te maken met de toedeling, en geen deling van risico's, nu echter op het materiële vlak en niet op bewijsrechtelijk vlak.

Het is ook mogelijk dat de partij die een aanvullende stelplicht heeft, wel voldoende feitelijke gegevens verschaft om de andere partij aanknopingspunten voor bewijsvoering te verschaffen. Dan dient die andere partij dus de feiten te bewijzen en rust op die partij ook het bewijsrisico. Daarbij dienen zich opnieuw twee mogelijkheden aan. Ten eerste. De met het bewijsrisico belaste partij slaagt in haar bewijsvoering en wint de procedure. Een tussenweg is er dan niet. Ten tweede. De met het bewijsrisico belaste partij slaagt niet in haar bewijsvoering en verliest. Opnieuw is er 'no middle of the road'.

Het is overigens nog maar de vraag of het voldoen aan de aanvullende stelplicht de beoogde winst oplevert. Het is denkbaar dat de verschafte feitelijke aanknopingspunten niet voldoende zijn om de te bewijzen feiten

34 HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.). De Hoge Raad oordeelde, in navolging van het hof, dat de notaris aan die stelplicht voldaan had.

35 Zie mijn opmerking in noot 10. *Processueel* gezien maakt de aanvullende stelplicht hier een einde aan het bewijsrechtelijke 'alles of niets'. Hoe 'proportioneel' de situatie dan wordt, is moeilijk aan te geven, en zeker niet in een percentage te vatten.

onomstotelijk vast te kunnen stellen. Als de patiënt zegt dat de arts bepaalde informatie niet verstrekt heeft, en de arts beweert dat dat wel gebeurd is, kan het medisch dossier daarover niet echt veel opheldering verschaffen.³⁶ De aantekening in dat dossier dat de informatie verstrekt is, zegt niet zoveel over het gesprek dat gevoerd werd.³⁷ Wellicht is er wel informatie verstrekt, maar was dat niet de in casu benodigde informatie. Het is uiteraard mogelijk om in bepaalde gevallen bepaalde vermoedens te ontlenen aan eventuele aantekeningen in het dossier, maar als dat om welke reden dan ook niet gebeurd is, is de beslissing van de rechter over welke partij het bewijsrisico draagt (opnieuw) beslissend. We komen dus opnieuw niet verder dan 'verschoven bewijs- en draaglast'. Overigens, als wel een vermoeden kan worden aangenomen, komen we aan het bewijsrisico helemaal niet toe, omdat de rechter de feiten bewezen zal achten, waardoor opnieuw één partij geheel wint. Zo zien we en passant dat ook het systeem van bewijswaardering geen verandering brengt in de overheersende kracht van het 'alles of niets'-karakter van het bewijsrecht.

Het voorgaande zal overigens alleen spelen indien de notie van de aanvullende stelplicht in al zijn zuiverheid wordt toegepast. De toepassing van dit systeem wekt echter nogal eens de indruk dat het niet de bedoeling van de Hoge Raad is dat de tegenpartij inderdaad die aanknopingspunten verschaft en dat de met het bewijsrisico belaste partij dan alsnog niet slaagt in de bewijsvoering. De vereiste nadere motivering gaat veelal zo ver dat er eigenlijk bewijs geleverd wordt door niet met het bewijsrisico belaste partij. De facto gaat het in zulke gevallen dus ook om een bewijslast-omkering.³⁸ De regeling van de aanvullende stelplicht op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is opnieuw toonaangevend, met de lijst van opdrachten die de Hoge Raad aan de werkgever in het arrest *Janssen/Nefabas*³⁹ geeft als sprekend voorbeeld. Wat hier ook van zij, duidelijk is in elk geval dat ook de aanvullende stelplicht ons niet voert naar een 'gedeelde draaglast' in het bewijsrecht.

Als 'gedeelde draaglast' staat voor het moderne, het beter ontwikkelde in het recht, dan komt het bewijsrecht er bekaaid vanaf en mag dat als antiek

36 Het voorbeeld is ontleend aan HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn).

37 In HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.), was deze omstandigheid echter voldoende om vooralsnog niet ervan uit te hoeven gaan dat de stelling dat de informatie gegeven was, onjuist zou zijn.

38 In dezelfde zin W.H.D. Asser, *Bewijsrecht in het civiele recht*, in: W. Plessen (red.), *Bewijsrecht in het sociaal recht*, Zwolle 1994, p. 17-18. Zie ook de in noot 6 genoemde rechtspraak. Uit HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.), volgt echter dat deze stelling alleen met de nodige nuancering geponeerd mag worden.

39 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas).

bestempeld worden.⁴⁰ Ik geloof echter niet dat de kwalificatie 'antiek' helemaal terecht is. Het ligt immers juist in de aard van de materie besloten dat of de één of de ander het risico van een *non liquet* (de situatie dat de te bewijzen feiten niet komen vast te staan) met zich draagt. De bewijslastverdelingsregels zijn immers juist bedoeld om de knoop door te hakken als de feiten niet een bepaalde kant op wijzen.

4 Gedeelde smart?

In het navolgende zou ik niettemin — het onderwerp van deze bundel vraagt daarom — willen nagaan of die aard van de regels van bewijslastverdeling niet onder bepaalde voorwaarden buiten beschouwing gelaten zou kunnen worden. Een idee in die richting is wellicht gelegen in het volgende. In de Duitse literatuur wordt soms opgemerkt dat het theoretisch gezien ook anders zou kunnen met de bewijslastverdeling. Bettermann⁴¹ zegt het als volgt:

'Andere Lösungen sind durchaus denkbar (...); wenn man nicht genau weiß, wie es gewesen ist, "machen wir halbe-halbe" - ein etwas primitiver Grundsatz, aber ich möchte annehmen, daß er mindestens im Unterbewußtsein vieler Richter, besonders unterer Instanzen eine Rolle spielt. In Schadensersatzprozessen wird sicherlich häufig so verfahren, und man sollte nicht allzu gering von einer solchen Faustregel denken.'

Wahrendorf spreekt in min of meer dezelfde bewoordingen.⁴² Ook Reinecke, Motsch en Musielak stippen deze mogelijkheid aan.⁴³ Genoemde schrijvers menen dat het theoretisch denkbaar is dat beide partijen een deel van het (bewijs)risico dragen, met als gevolg dat het bedrag van de

40 Hetgeen ten aanzien van de bewijslastverdeling ook waarheid is. Zie over de romeinsrechtelijke grondslagen van de bewijslastverdeling K.H. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: W. Frisch e.a. (red.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, p. 516-519, en W. Gautschi, *Beweislast und Beweiswürdigung*, Zürich 1913, p. 1-4.

41 K.A. Bettermann, *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, Band II, Teil E: Die Beweislast im Verwaltungsprozess, p. E 27.

42 V. Wahrendorf, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Köln 1976, p. 4 en 60.

43 G. Reinecke, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe*, Berlin 1976, p. 22; R. Motsch, *Von rechtsgenügenden Beweis*, Berlin 1983, p. 73; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin 1975, p. 20.

vordering gedeeld wordt tussen partijen indien de feiten niet vast komen te staan. Ik noem die gedachte verder 'gedeeld bewijsrisico'.⁴⁴

Het zal niet verbazen dat alle genoemde schrijvers uiteindelijk de mogelijkheid van een gedeeld bewijsrisico verwerpen. Van een heersende leer is hier dan ook absoluut geen sprake. Dat argument wordt door deze auteurs dan ook met kracht naar voren gebracht om de notie van het gedeelde bewijsrisico te verwerpen. Bettermann merkt verder nog op dat deze opvatting in een gecultiveerd rechtssysteem juridisch gezien natuurlijk niet houdbaar is.⁴⁵ Reinecke voert voorts nog aan dat een uitspraak in deze zin geen der partijen tevreden zal stellen, omdat de beslissing zeker anders zou zijn geweest indien de feiten vastgestaan hadden.⁴⁶ Wahrendorf en Musielak stellen alleen dat het positieve recht deze methode niet aanvaardt.⁴⁷

De vraag die ik mezelf in het kader van deze bundel zou willen stellen, is of de gedachte van gedeeld bewijsrisico wel zo verwerpelijk is als gesuggereerd wordt. De hiervoor genoemde argumenten leiden mijns inziens niet noodzakelijk tot een volledige verwerping van deze gedachte. Ervan uitgaande dat in een procedure de feiten helemaal niet te bewijzen zijn en dus alleen zeker is dat geen zekerheid te verkrijgen is over wat er daadwerkelijk gebeurde, leidt elke beslissing op basis van de toedeling van het bewijsrisico tot een onbillijke uitkomst voor één der partijen.⁴⁸ Als de gedaagde schadevergoeding moet betalen, is dat onbillijk omdat niet zeker is dat hij de veroorzaker van de schade was. Als de benadeelde geen schadevergoeding krijgt, is dat onbillijk omdat het niet zeker is dat niet een ander verantwoordelijk was voor het ontstaan van zijn schade. Is het in zo'n situatie niet billijker om beide partijen een deel van de schade voor hun rekening te laten nemen?⁴⁹

44 In de Nederlandse literatuur komt deze gedachte, voor zover mij bekend, alleen naar voren bij H. Thesingh, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*, diss. Groningen 1961, p. 115-116, die de gedachte billijk acht, doch deze verwerpt omdat deels toewijzen van een vordering ook een vorm van toewijzing is, en hij dat laatste nu juist niet mogelijk acht in verband met onzekerheid over de feiten.

45 Zie Betterman, a.w. (noot 41), p. E 27.

46 Reinecke, a.w. (noot 43), p. 22.

47 Wahrendorf, a.w. (noot 42), p. 4; Musielak, a.w. (noot 43), p. 20. Motsch, a.w. (noot 43), p. 73, noemt deze mogelijkheid theoretisch, doch niet in lijn met de werkelijkheid.

48 Vergelijk Faure, a.w. (noot 12), p. 25 en 44; Thesingh, a.w. (noot 44), p. 115, en A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997, p. 2. Het navolgende is mijns inziens dus niet toepasselijk indien op basis van de billijkheid een der partijen het bewijsrisico zou moeten dragen.

49 Dezelfde gedachte is terug te vinden bij F. Bydlinski, *Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart 1964, p. 86-90, die voor 'Teilhaftung' pleit als 'mögliche Kausalität' aanwezig is.

De opvatting van gedeeld bewijsrisico kan mijns inziens nog een voordeel hebben. Geheel in lijn met de huidige ontwikkelingen⁵⁰ zou de waarheidsvinding in het proces en de medewerking van partijen aan die waarheidsvinding, (ten dele) kunnen worden gestimuleerd. De niet met het bewijsrisico belaste partij zal eerder geneigd zijn mee te werken aan de waarheidsvinding, in de zin van het verstrekken van informatie, omdat hij wel eens tot een gedeeltelijk schadevergoeding veroordeeld zou kunnen worden als de feiten niet vast komen te staan, terwijl die partij in de huidige situatie kan afwachten omdat het bewijsrisico bij de tegenpartij ligt. Het verschuiven van het bewijsrisico lost het probleem van de gebrekkige informatiestromen niet op, want als een bewijslastomkering plaatsvindt, kan de andere partij rustig afwachten. Het is dus in ieders belang om mee te werken. Daarbij past uiteraard de kanttekening dat dat niet zal opgaan indien een partij beschikt over voor haarzelf zeer ongunstige informatie. In zo'n geval zal die partij natuurlijk kiezen voor betaling van een deel in plaats van het geheel.

Als deze notie van gedeeld bewijsrisico enige vorm van erkenning wil verkrijgen, zal er een gedegen grondslag voor gevonden moeten worden. Omdat we geneigd zijn ten aanzien van het bewijsrecht in procesrechtelijke termen te denken, komt natuurlijk meteen de gedachte van 'fair trial' en van de eisen van een goede procesorde naar boven. Volgt uit het beginsel van fair trial soms ook dat als alles onzeker is, de last gedeeld zou moeten worden? Leidt de gelijkheid van partijen voor de rechter⁵¹ ('equality of arms') wellicht tot het aanvaarden van de mogelijkheid van gedeeld bewijsrisico?

Afgezien van het feit dat 'equality of arms' alleen ziet op gelijke mogelijkheden in het proces,⁵² en die gelijke mogelijkheden hier niet per se in het geding zijn, is een nader probleem daarbij dat de grondslag van de regels van bewijslastverdeling in de weg staat aan de volledige doorvoering van het 'equality of arms'-beginsel. Cross en Tapper⁵³ hebben die grondslag als volgt verwoord:

'(...) a fundamental requirement of any judicial system is that the person who desires the court to take action must prove his case to its satisfaction.'

50 Zie onder andere de art. 1.3.3 en 1.3.4 uit het wetsvoorstel tot herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, *Kamerstukken II 1995/96*, 24651.

51 Zie EHRM 27 oktober 1993, Series A, vol. 274, NJ 1994, 534, nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland).

52 Vergelijk HR 22 november 1996, NJ 1997, 205, nt. PAS (Boukacem/Martinair).

53 R. Cross & C. Tapper, *Cross on Evidence*, 7th ed., London 1990, p. 123.

Hij die meent dat er van de bestaande toestand afgeweken zou moeten worden, zou daarvoor dus een rechtvaardiging aan moeten voeren en die moeten staven.⁵⁴ Als de vordering niet bewezen is en toch (deels) wordt toegekend, wordt dit uitgangspunt verlaten.

Hiertegen is natuurlijk aan te voeren dat er toch al uitzonderingen gemaakt worden op bovenstaand uitgangspunt. De in paragraaf 2 behandelde gevallen zijn daar voorbeelden van. Wellicht volgt daaruit dat de 'equality of arms'-gedachte sterker is dan de grondgedachte achter de regels van bewijslastverdeling.⁵⁵ Nu de bewijslastverdeling ingebed is in het proces, en 'equality of arms' richtinggevend is in dat proces, zou dat op zich ook niet zo vreemd zijn. Bovendien kan erop gewezen worden dat de billijkheid ook in art. 177 Rv, direct na de hoofdregel, genoemd wordt als basis voor een uitzondering op die hoofdregel. Als uitvloeisel van de billijkheidstheorie gaat het bij die zinssnede, zoals bij 'equality of arms', om de processuele billijkheid.⁵⁶ Hierbij mag echter niet vergeten worden dat de bewijslastverdeling ook een zeer sterke materieelrechtelijke component heeft.⁵⁷ Immers, of het materiële recht verwezenlijkt kan worden, is in grote mate afhankelijk van de verdeling van het bewijsrisico (en van de mogelijkheden om dat bewijs te leveren). Het is dus de vraag of het materiële recht, al dan niet op basis van fair trial of 'equality of arms', via de hier geschetste gedachte doorkruist kan worden.

Toegesпитst op het aansprakelijkheidsrecht komt het voorgaande neer op deze vraag: is het verdedigbaar dat iemand dient te betalen zonder dat duidelijk is dat hij bijgedragen heeft aan het ontstaan van de schade? De eerste gedachte zal zijn dat dat te ver zou gaan. Als we ons echter inleven in de gedachte van gedeeld bewijsrisico en deze net iets verder doordenken, ontdekken we dat dat wellicht niet onder alle omstandigheden het geval hoeft te zijn. Immers, onderscheid ten opzichte van een geval waarin een procedure middels de gebruikelijke verdeling van het bewijsrisico beslist wordt, is in de kern niet aanwezig: een der-partijen krijgt geen schadevergoeding of moet juist betalen terwijl niet vaststaat dat die partij niet,

54 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam 1996, p. 121, spreekt in dit verband dan ook van 'equity of arms', de 'eerlijkheid' van de bewijslastverdeling, omdat er van een gelijkelijk over partijen verdeelde bewijslast ('equality') geen sprake is vanwege het karakter van de bewijslastverdeling.

55 De koppeling tussen beide wordt gelegd in de noot van Dommering bij EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534, nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland).

56 Vergelijk Schoordijk, t.a.p. (noot 13), p. 680.

57 Zie o.a. W.H.D. Asser, *Mijns broeders hoeder?*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, p. 528, en Thesingh, a.w. (noot 44), p. 115 en p. 117.

respectievelijk wel bijgedragen heeft aan de schade. Datzelfde gebeurt (voor een gedeelte) bij toepassing van het gedeelde bewijsrisico. Anders gezegd, als het meerdere kan (verschuiven van het gehele bewijsrisico naar de wederpartij, zie paragraaf 2), waarom zou het mindere dan niet kunnen (verschuiven van een deel van het bewijsrisico)?

Is het mogelijk deze gedachte in het wettelijke systeem te verankeren? Mijns inziens is die verankering op basis van het *DES*-arrest,⁵⁸ en sindsdien op basis van art. 6:99 BW als zodanig, (theoretisch) denkbaar. De Hoge Raad besliste in dat arrest dat het enkele feit dat er wellicht ook producenten zouden zijn die niet onrechtmatig handelden, niet tot de conclusie mocht leiden dat alle andere producenten vrijuit zouden gaan wegens het ontbreken van causaal verband. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de andere producenten blijft bestaan, met als gevolg dat deze aansprakelijk gehouden worden voor meer schade dan ze veroorzaakt *kunnen* hebben.⁵⁹

Dezelfde gedachte schuilt achter het idee van het gedeelde bewijsrisico. Ook bij toepassing van die gedachte moet er betaald worden, terwijl de aansprakelijkheid niet vast staat. Het verschil is gelegen in het feit dat er in de *DES*-zaak meerdere producenten als schadeveroorzaker in aanmerking kwamen, terwijl het in de gedeelde bewijsrisico-situatie zoals hiervoor geschetst, veelal om een combinatie van mogelijke onrechtmatigheid en toeval zal gaan.⁶⁰

De hier ontvouwde gedachte kan mijns inziens ook in lijn gebracht worden met de gedachte achter de 'perte d'une chance'-theorie.⁶¹ Volgens die doctrine wordt de vordering niet afgewezen als het causale verband niet bewezen is, indien wel vastgesteld is dat een bepaalde kans (bijvoorbeeld de kans op genezing) verloren is gegaan door een onrechtmatige handeling. De schade die door het verloren gaan van de kans ontstaan is, komt dan voor vergoeding in aanmerking. Ook bij toepassing van die theorie wordt onzekerheid, in dit geval over causaal verband, gedeeld door partijen. De waarde van dit aanknopingspunt kan overigens niet anders dan beperkt zijn nu de theorie als zodanig in Nederland nog niet ten volle aanvaard is.⁶²

58 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (*DES*).

59 Zie onder andere A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige Daad*. BW-krant Jaarboek 1996, Deventer 1996, p. 55, en dezelfde, a.w. (noot 48), p. 330 en p. 358 e.v.

60 Over die combinatie heeft Bydlinski het als hij voor 'Teilhaftung' pleit, a.w. (noot 49), p. 87.

61 Vergelijk over die theorie Akkermans, a.w. (noot 48), p. 117 e.v., en dezelfde, *Noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996 (Wever/De Kraker)*, A&V 1996, p. 66 e.v., en M. de Ridder, *Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid*, AA 1995, p. 548 e.v.

62 Zie echter Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213, A&V 1996, p. 66, nt. A.J.

Aanknopingspunten zijn er dus wel te vinden voor de van het geldende recht afwijkende notie van het gedeelde bewijsrisico. Dat die aanknopingspunten betrekking hebben op uitzonderlijke situaties doet daaraan niet af, nu verondersteld mag worden dat, mocht de notie van het gedeelde bewijsrisico ooit al een ingang vinden, de *toepassing* ervan ook *zeer beperkt* zal zijn. Als stelregel moet er toch vanuit gegaan worden, zoals ik zelf ook doe en blijf doen, dat één der partijen het bewijsrisico zal dragen. Ik zou hier niet willen pleiten voor het overboord zetten, voor eens en voor altijd, van het geldende systeem van bewijslastverdeling. De grondslag van de bewijslastverdelingsregels is daarvoor te sterk. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het ondenkbaar is dat in uitzonderlijke situaties de billijkheid gebiedt om geen uitsluitel naar één beider zijden te geven, maar om de oplossing in het midden⁶³ te zoeken. Als voorbeelden van zulke situaties zouden mijns inziens de *DES*-zaak en de asbest-zaken kunnen dienen.⁶⁴

De twee voornoemde voorbeelden hebben beide te maken met onzeker causaal verband. Daarop voortbouwend zou ik me kunnen voorstellen dat de optie van gedeeld bewijsrisico in die situaties aan bod zou kunnen komen waarin het vaststellen (of het ontkennen) van het causale verband helemaal niet mogelijk is, maar waarin wel al vaststaat dat de gedaagde onrechtmatig handelde.⁶⁵ In zulke gevallen is er in elk geval een aanknopingspunt gegeven om de gedaagde tot een gedeeltelijke schadevergoeding te veroordelen.⁶⁶ Er is dan tenslotte al vastgesteld dat die gedaagde onrechtmatig handelde, waardoor het betalen van schadevergoeding voor een deel van de totale schade, niet zonder enige grond is.

Een tweede situatie waarin ik me voor kan stellen dat de notie van het gedeelde bewijsrisico eventueel gebruikt zou kunnen worden, betreft die gevallen waarin er meerdere gedaagden zijn (zoals in de *DES*-zaak) en niet

Akkermans (Wever/De Kraker).

63 Waarmee ik een andere verdeling der schade dan 50-50 niet zou willen uitsluiten, het gaat hier tenslotte om de billijkheid.

64 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (*DES*) respectievelijk HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, nt. PAS (Cijssouw/De Schelde). In concreto kan gedacht worden aan die situatie waarbij de ziek geworden werknemer met asbest werkte, maar ook rookte, zie Akkermans, a.w. (noot 48), p. 420 e.v.

65 Een voorbeeld van een dergelijke situatie is te vinden in de casus die leidde tot het tweede *Dicky Trading*-arrest (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, nt. WMK). De notaris stelde dat een wel gegeven waarschuwing van zijn kant de schade niet voorkomen zou hebben en dat er dus geen causaal verband was. De Hoge Raad belaste de notaris met het bewijsrisico. Als het om waarschuwingsplichten gaat, moet dus wel al bewezen zijn dat een waarschuwing nodig was en toch niet gegeven is, alvorens we aan de hier behandelde problematiek zouden kunnen toekomen. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat gedeeld bewijsrisico de te volgen koers zou moeten zijn op dit terrein.

66 Vergelijk Akkermans, a.w. (noot 48), p. 307.

duidelijk is of elk van hen onrechtmatig gehandeld heeft. Behalve bij art. 6:99 BW, zoals uitgelegd door de Hoge Raad, zou voor deze opvatting ook aansluiting gezocht kunnen worden bij art. 6:166 BW. Ook op basis van dat laatste artikel kunnen personen aansprakelijk gehouden worden, terwijl hen geen onrechtmatige handeling die direct de schade veroorzaakte, te verwijten valt. De schade zou dan gedeeld moeten worden door het aantal betrokken personen. Het verschil met de eerste situatie is gelegen in het feit dat hier de onzekerheid over het causale verband te wijten is aan het feit dat er meerdere gedaagden zijn waarvan een enkeling wellicht niets onzorgvuldigs gedaan heeft, terwijl de eerste situatie zich ook kan voordoen als er één gedaagde is.

Nu we toch het terrein van het element 'onrechtmatigheid' betreden hebben, rijst de vraag of we misschien nog een extra stapje zouden kunnen nemen. Het feit dat het bewijsrisico als geheel bij tijd en wijle verplaatst wordt naar de wederpartij, opent de mogelijkheid dat ook ten aanzien van de onrechtmatigheid met de notie van gedeeld bewijsrisico gewerkt zou kunnen worden. Immers, het meerdere omvat het mindere. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties waarin volledig onduidelijk is en blijft of bepaalde informatie nu wel of niet verstrekt is door de gedaagde. Het probleem daarbij is echter dat er in een zodanige situatie geen enkel aanknopingspunt is te vinden voor de aansprakelijkheid van de gedaagde. Het is niet voor niets dat de eiser in principe zijn vordering moet rechtvaardigen door het leveren van bewijs. Ware dat niet zo, dan zou ongegrond claimen wel erg aantrekkelijk worden. Ik acht het daarom verstandiger om vast te houden aan de gedachte dat er op zijn minst aanleiding moet zijn om te veronderstellen dat de gedaagde niet geheel vrijuit zou mogen gaan. Vandaar dat ik de notie van het gedeelde bewijsrisico zeker niet zou willen doortrekken naar het element 'onrechtmatigheid',⁶⁷ maar zou willen beperken tot die gevallen van onbewijsbaar causaal verband, zoals hiervoor aangegeven.⁶⁸

67 Ik kan me overigens wel nog voorstellen dat de notie gebruikt wordt indien de aansprakelijkheid vaststaat, maar de schade(omvang) niet te bewijzen is door de eiser. Dit overigens voor zover art. 6:97 BW niet toereikend zou zijn, hetgeen zich niet snel zal voordoen. In gelijke zin, R. Bender, *Das Beweismaß*, in: W. Grunsky e.a. (red.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, p. 269-270.

68 Consequentie daarvan is dat het hier betoogde niet verder gaat dan hetgeen Akkermans betoogd heeft in zijn proefschrift (a.w. (noot 48)), en in zijn bijdrage aan deze bundel. Ingeval van onzekerheid over causaal verband wordt proportionele aansprakelijkheid aanvaard als de meest billijke oplossing. Waar Akkermans die oplossing een grondslag geeft via het causaal verband-vereiste en het schadebegrip, is hier een bewijsrechtelijke redenering naar voren gebracht onder de noemer 'gedeeld bewijsrisico'. In beide gevallen is de billijkheid de leidraad, de gekozen route verschilt. Of deze extra route nog wel nodig was, laat ik hier in het midden, zie paragraaf 5.

Een voorbehoud dat nog gemaakt dient te worden, betreft het volgende. Toepassing van de notie van gedeeld bewijsrisico kan alleen gerechtvaardigd geschieden als geen van de mogelijke verklaringen van het voorgevallene waarschijnlijker is gebleken dan de andere verklaringen. Het moet dus altijd om situaties gaan waarin de toedracht niet opgehelderd kan worden. Als de rechter echter middels zijn waardering van de bewijsstukken de ene verklaring, hoewel wellicht niet geheel bewezen, wel waarschijnlijker acht dan de andere verklaring, dan zou hij op basis van die waardering dienen te beslissen. Met andere woorden, het beslissen op basis van de waardering van het bewijs voorkomt dat toepassing van de notie van gedeeld bewijsrisico nodig en mogelijk is. Door bewijswaardering wordt immers het *non liquet* als zodanig al vermeden.

5 Conclusie

De bewijslastverdeling in het civiele proces is moeilijk denkbaar zonder een 'alles of niets'-karakter. Noch het verschuiven van de bewijslast naar de andere partij, noch het aanvaarden van een aanvullende stelplicht voor de wederpartij, doet aan dat karakter iets af. Ook bij toepassing van die bewijslastverlichtingstechnieken is er uiteindelijk één partij die materieelrechtelijk als winnaar naar voren komt.

Gepoogd is om enkele gedachten over een notie die wel dat 'alles of niets'-karakter aantast, door het bewijsrisico te delen, op een rij te zetten. Ik meen, in alle voorzichtigheid, te mogen concluderen dat er in het Nederlandse recht aanknopingspunten gevonden zouden kunnen worden die het mogelijk maken om, in uitzonderingsgevallen, het bewijsrisico tussen de twee partijen in de procedure te *delen* in plaats van *toe te delen*. Die aanknopingspunten duiden er overigens wel op dat het dan om echt uitzonderlijke situaties moet gaan waarin het billijker is de schade te delen in plaats van toe te delen. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan die situaties waarin het causale verband met geen mogelijkheid te bewijzen is, terwijl wel al vastgesteld is dat de gedaagde onrechtmatig handelde en aan die situaties waarin het causale verband niet te bewijzen is, omdat er meerdere potentiële daders en niet-daders bij de schade betrokken zijn. Tot die situaties, en die waarin het puur om de schade(omvang) gaat, zou ik het bereik van deze notie dan ook beperken. Vooral de voorwaarde dat de bewijsvoering voor *beide* partijen onmogelijk is, is voor eventuele toepassing van deze notie van eminent belang. Waar Bettermann in het

hiervoor aangehaalde citaat dan ook spreekt over 'nicht genau weiß', zou ik 'überhaupt nicht weiß' willen lezen.

Ik sprak zonet over het op een rij zetten van enkele gedachten. Dat was een bewuste keuze, en meer moet daar dan ook niet achter gezocht worden, want ik realiseer me terdege dat die gedachten ver verwijderd zijn van wat we in Nederland gewend zijn op het terrein van het bewijsrecht. De bedoeling was dan ook niet om het huidige bewijsrecht op de helling te zetten. Ondernomen is een denkexercitie, die langs de randen van het bewijsrecht voerde, waarbij ik heb trachten te laten zien dat het aftasten van die randen niet altijd een duik in diepe dalen tot gevolg hoeft te hebben. Door middel van deze exercitie heb ik dan ook niet meer willen doen dan aangeven dat het ook allemaal helemaal anders kan als we met het bewijsrecht in de hand tot billijke oplossingen willen komen. Die antithese is hier geponeerd. De synthese hoop ik later nog te bereiken.