TILBURG UNIVERSITY

Tilburg University

Bewijs en aansprakelijkheid

Giesen, I.

Publication date:
2001

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Link to publication in Tilburg University Research Portal

Citation for published version (APA):
Giesen, I. (2001). *Bewijs en aansprakelijkheid: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*. Boom Juridische Uitgevers.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 08. Sep. 2021

Schoordijk Instituut
Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

I. Giesen

Bewijs en aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht

BJu

Boom Juridische uitgevers

Bewijs en aansprakelijkheid

Bewijs en aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRABANT, OP GEZAG
VAN DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN SCHOUTEN,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN DOOR HET
COLLEGE VOOR PROMOTIES AANGEWEZEN COMMISSIE IN DE AULA VAN
DE UNIVERSITEIT OP 26 JANUARI 2001 OM 14.15 UUR

DOOR

IVO GIESEN

GEBOREN OP 7 NOVEMBER 1972 TE MAASTRICHT

K.U.B.
Bibliotheek
Tilburg

Promotor: prof. mr. J.M. Barendrecht

Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen bij uitgeverij Boom Juridische uitgevers onder ISBN 90 5454 068 0.

Woord vooraf

Een voorwoord in een proefschrift is vaak veeleer een dankwoord. Ik zal daar niet van afwijken.

Gaarne dank ik de leden van de promotiecommissie, prof. mr. W.D.H. Asser, prof. mr. M.A.M.C. van den Berg, prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. J.M. Verschuuren en prof. mr. J.B.M. Vranken, voor hun bereidheid om in de commissie zitting te nemen en voor hun waardevolle opmerkingen. Mijn promotor, Maurits Barendrecht, dank ik voor de individuele, op mij afgestemde wijze van begeleiding en voor de enerverende discussies over 'verstokte' en 'moderne' wetenschap. Ook wil ik hem bedanken voor het inzicht dat elk idee, hoe vreemd of wild ook, de moeite waard zou kunnen zijn.

Graag dank ik ook Albert, Aliefka, Chris, Edith, François, Frank, Marco, Matthias, Willem en uiteraard Leontien, die elk op hun eigen manier een bijdrage aan de totstandkoming van dit boek leverden. Diederik Wachter en mijn moeder, Maria Giesen-Knols, die beide het manuscript corrigeerden, verdienen het om hier apart genoemd te worden.

Ik draag dit boek op aan mijn vader, omdat hij mij steeds weer stimuleerde om te blijven leren.

Het onderzoek is afgesloten op 15 augustus 2000. Met later verschenen literatuur en rechtspraak kon slechts incidenteel rekening worden gehouden.

Tilburg/Amsterdam, 9 oktober 2000

Ivo Giesen

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF V

INHOUDSOPGAVE VII

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XVII

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR XXI

DEEL 1 Inleiding en afbakening van het onderwerp 1

HOOFDSTUK I
Inleiding 3

1 Doel en afbakening van het onderzoek 3
2 (Rechtsvergelijkende) Verantwoording 7
2.1 Algemene verantwoording 7
2.2 Rechtsvergelijkende verantwoording 9
3 Enkele definities 11
4 Opzet van het onderzoek 15

HOOFDSTUK II
De bewijsrisicoverdeling binnen het procesrecht 17

1 Inleiding 17
2 De feitengaring en een algemene mededelingsplicht (?) 17
2.1 Het bestaande arsenaal van feitengaring naar Nederlands recht 17
2.2 Een nieuw stelsel van rechtsvordering 24
2.3 Sanctiemogelijkheden 27
2.4 Rechtsvordering elders 30
2.5 Enkele conclusies 38
3 De aanvullende stelplicht 39
3.1 Het begrip 'aanvullende stelplicht' 39
3.2 De rechtvaardiging voor aanname van een aanvullende stelplicht 42
3.3 Een inschatting van de gevolgen 43
4 Bewijswaardering 48
4.1 Inleiding 48

4.2	Bewijswaardering in het algemeen: drie vragen	49
4.3	De bewijswaardering elders	53
4.4	'(Voorshandse) Aannemelijkheid' in Nederland	56
4.5	De maatstaf in Nederland: percentages	59
4.6	Tussenstand	61
4.7	De rol van de motiveringsplicht van de rechter	61
4.8	Conclusie	64
5 Het vermoeden		64
5.1	Vermoedens in algemene zin	64
5.2	Res ipsa loquitur	69
5.3	Damnum ipsa loquitur	73
6 Conclusie		74

HOOFDSTUK III
De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling **75**

1 Inleiding		75
2 De (rechtvaardiging voor de) hoofdregel in het buitenland		75
2.1	Het (gebrek aan) debat in Engeland	75
2.2	In Frankrijk is theorievorming in ruimere mate aanwezig	77
2.3	Het Walhalla van de theorievorming: Duitsland	81
3 De (rechtvaardiging voor de) hoofdregel in Nederland		87
3.1	Stammenstrijd	87
3.2	Een verloren strijd voor de billijkheidsleer	89
3.3	De billijkheidsleer als uitzonderingsleer?	96
3.4	De uitzonderingen op de hoofdregel genoemd in art. 177 Rv	98
4 Een poging tot formulering van de hoofdregel		102
5 Conclusie: de bewijsrisicoverdeling in de Nederlandse praktijk		107

DEEL 2 De bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht **109**

HOOFDSTUK IV
De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht **111**

1 Inleiding		111
2 De hoofdregels		112
2.1	Inleiding	112
2.2	Nederland	113
2.3	Engeland	120
2.4	Frankrijk	122

2.5 Duitsland 124
3 Conclusie en inleiding op het vervolg van Deel 2 130

HOOFDSTUK V
Verkeersaansprakelijkheid **131**

1 Inleiding 131
2 Motorvoertuig en ongemotoriseerd verkeer 132
2.1 Fout, risico en 'betrokkenheid' 132
2.2 Schade 139
2.3 Causaal verband 139
2.4 Toerekening (schuld) 142
2.5 Disculpatie 143
3 Twee motorvoertuigen 147
3.1 Onrechtmatigheid 147
3.2 Schade 149
3.3 Causaal verband 150
3.4 Toerekening (schuld) 150
3.5 Disculpatie 151
4 Bewijsrisicoverlichting? 152
5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid 153

HOOFDSTUK VI
Werkgeversaansprakelijkheid **157**

1 Inleiding 157
2 De werknemer en de sociale verzekeringen 158
3 De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever 164
3.1 De tekortkoming 164
3.2 Schade 173
3.3 Causaal verband 174
3.3.1 In 'eenvoudige' gevallen 174
3.3.2 'Meervoudige' causaliteit en de pro rata-benadering 181
3.4 Toerekening (schuld) 184
3.5 Disculpatie 185
4 Bewijsrisicoverlichting? 188
5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid 190

HOOFDSTUK VII
Productaansprakelijkheid **193**

1 Inleiding 193

2	Europees privaatrecht: de Europese richtlijn		194
	2.1	Inleiding	194
	2.2	'Onrechtmatigheid': het gebrekkige product	195
	2.3	Schade	198
	2.4	Causaal verband	198
	2.5	Toerekening (schuld)	200
	2.6	Disculpatie	201
3	Nationaal privaatrecht: overeenkomstenrecht		203
	3.1	Inleiding	203
	3.2	Tekortkoming	204
	3.3	Schade	211
	3.4	Causaal verband	212
	3.5	Toerekening (schuld)	213
	3.6	Disculpatie	214
4	Nationaal privaatrecht: buitencontractuele aansprakelijkheid		216
	4.1	Inleiding	216
	4.2	Onrechtmatigheid	216
	4.3	Schade	226
	4.4	Causaal verband	227
	4.5	Toerekening (schuld)	232
	4.6	Disculpatie	234
5	Bewijsrisicoverlichting?		237
6	Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid		238

HOOFDSTUK VIII

Beroepsaansprakelijkheid **241**

1	Inleiding		241
2	Het geldende recht in een notendop		241
3	Achterliggende argumenten		244
4	Gewenste ontwikkelingen		247
	4.1	Bij informatieverzuim	247
		4.1.1 Causaal verband	247
		4.1.2 Onrechtmatigheid of tekortkoming	252
	4.2	Bij handelingen	254
	4.3	Een ruimer toepassingsbereik?	256

HOOFDSTUK IX

Aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen **259**

1	Inleiding		259
2	Feitelijke mededelingen die de reputatie van een persoon schaden		260
	2.1	Onrechtmatigheid	260
		2.1.1 Het geldende recht	260

2.1.2 Een alternatieve benadering 272
2.2 Schade 273
2.3 Causaal verband 277
2.4 Toerekening (schuld) 281
2.5 Disculpatie 282
3 Waardeoordelen die de reputatie van een persoon schaden 289
3.1 Onrechtmatigheid 289
3.2 Schade 292
3.3 Causaal verband 292
3.4 Toerekening (schuld) 292
3.5 Disculpatie 293
4 Privacyschendingen door middel van mededelingen 294
4.1 Onrechtmatigheid 294
4.2 Schade 299
4.3 Causaal verband 301
4.4 Toerekening (schuld) 302
4.5 Disculpatie 302
5 Bewijsrisicoverlichtingen en art. 10 EVRM 303
6 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid 305

HOOFDSTUK X
Milieu-aansprakelijkheid **309**

1 Inleiding 309
2 Hinder 310
2.1 Inleiding 310
2.2 Fout of risico? 311
2.3 Schade 318
2.4 Causaal verband 320
2.5 Toerekening (schuld) 321
2.6 Disculpatie 322
3 Risico-aansprakelijkheid 323
3.1 Inleiding 323
3.2 Risico voor wat? 324
3.3 Schade 329
3.4 Causaal verband 330
3.5 Geen 'schuld' nodig 334
3.6 Disculpatie 335
4 Schuldaansprakelijkheid 337
4.1 Inleiding 337
4.2 Onrechtmatigheid 337
4.3 Schade 341
4.4 Causaal verband 341
4.4.1 Inleiding 341
4.4.2 Bewijsrisicoverdeling in 'gewone' gevallen 342
4.4.3 Causaal verband en statistiek 346

4.4.4 'Meervoudige' causaliteit 351
4.5 Toerekening (schuld) 355
4.6 Disculpatie 356
5 Bewijsrisicoverlichting? 356
6 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid 357

HOOFDSTUK XI
Ongeoorloofde mededinging **361**

1 Inleiding 361
2 Ongeoorloofde mededinging in het algemeen 362
2.1 Onrechtmatigheid 362
2.1.1 Grondslagen en voorwaarden voor aansprakelijkheid 362
2.1.2 Bewijsrisicoverdeling 368
2.2 Schade 375
2.3 Causaal verband 376
2.4 Toerekening (schuld) 378
2.5 Disculpatie 380
3 Misleidende reclame 381
3.1 Onrechtmatigheid 381
3.1.1 Grondslagen en voorwaarden voor aansprakelijkheid 381
3.1.2 Bewijsrisicoverdeling 387
3.2 Schade 397
3.3 Causaal verband 397
3.4 Toerekening (schuld) 399
3.5 Disculpatie 401
3.6 De grondrechtelijke dimensie bij misleidende reclame 402
4 Bewijsrisicoverlichting? 404
5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid 405

HOOFDSTUK XII
De argumenten voor een bewijsrisico-omkering **409**

1 Inleiding 409
2 De argumenten 410
2.1 Gevaarzetting 410
2.2 Preventie 411
2.3 Slachtofferbescherming 412
2.4 Het 'Gefahrenbereich' 413
2.5 De profijt-gedachte 414
2.6 De strekking van de norm 415
2.7 De afhankelijkheidsrelatie tussen partijen 415
2.8 De verwezenlijking van de norm 416
2.9 De grondrechtelijke dimensie 416

2.10 De informatieverdeling tussen partijen 417
2.11 Het gewekte vertrouwen 418
2.12 Bewijsnood? 418
2.13 De (feitelijke) bewijsmogelijkheden (?) 419
2.14 Waarschijnlijkheid? 420
2.15 Verzekering? 420
2.16 Een rangorde? 421
3 Afronding van Deel 2 422

DEEL 3 De theorievorming 423

HOOFDSTUK XIII
Theorievorming over de bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht 425

1 Inleiding 425
2 'Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich' 425
3 Reinecke en de rechtspolitiek: waarschijnlijkheid 428
3.1 De leer van Reinecke 428
3.2 Een uitstapje aan de hand van de opvatting van Reinecke: de (on)houdbaarheid van waarschijnlijkheidstheorieën 430
3.3 Conclusies ten aanzien van de leer van Reinecke 437
4 De principes van Wahrendorf 438
5 De rationele grondslag volgens Lepa 440
6 Asser en de onevenwichtigheid in processuele posities 441
7 Conclusies 442

HOOFDSTUK XIV
De bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht 445

1 Inleiding 445
2 Recapitulatie: de argumenten en enkele algemene overwegingen 445
3 Het model: de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht 447
3.1 De formulering 447
3.1.1 Inleiding 447
3.1.2 De centrale stelling en het model in hoofdlijnen 449
3.1.3 Argumenten voor aanvaarding van het model 451
3.2 Uitwerking van het model 455
3.2.1 Inleiding 455
3.2.2 Uitwerking: structurele bewijsnood 455
3.2.3 Uitwerking: aansprakelijkheid wenselijk 458
3.2.4 Uitwerking: bewijsrisicoverdeling en materieel recht 465

3.2.5 Uitwerking: bewijsrisicoverdeling en toerekening 468
3.2.6 Uitwerking: terugkoppeling naar de argumenten 470
3.2.7 Uitwerking: alternatieven voor de bewijsrisico-omkering 472
3.2.7.1 Inleiding 472
3.2.7.2 Materieelrechtelijke oplossingen 473
3.2.7.3 Procesrechtelijke oplossingen 475
3.2.7.4 De verhouding tussen de alternatieven 477
3.2.7.5 Juiste en minder juiste alternatieven 478
3.2.8 Uitwerking: enkele losse eindjes 479
3.2.9 Conclusie: bewijsrisicoverdeling en rechtsvinding 482
3.2.10 Voordelen van het model 487
3.3 Aanknopingspunten voor het model in literatuur en rechtspraak 489
3.3.1 Inleiding 489
3.3.2 Wahrendorf 489
3.3.3 Devèze 490
3.3.4 Kur 491
3.3.5 Baumgärtel 492
3.3.6 Meier 493
3.3.7 Tussenconclusie: de literatuur 494
3.3.8 Nederlandse rechtspraak 495
3.3.9 Buitenlandse rechtspraak 498
3.3.10 Tussenconclusie: de rechtspraak 501
3.4 Enkele test-gevallen 502
3.4.1 Inleiding 502
3.4.2 Informatieverzuim door beroepsbeoefenaren? 502
3.4.3 Bestuurdersaansprakelijkheid? 504
3.4.4 De 'huis-tuin-en-keuken'-ongevallen? 506
3.4.5 Het vermoeden van schuld? 507
3.4.6 Het vernietigde besluit? 508
3.4.7 Blootstelling aan asbest? 510
3.4.8 Conclusie: (te) algemene gelding (?) 511
3.5 De bewijsvoeringslast in het model 513
3.5.1 De bewijsvoeringslast en de eerdere toepasselijkheid van het model 513
3.5.2 De bewijsvoeringslast en de billijkheid in concreto 517
3.5.3 De bewijsvoeringslast en de waarschijnlijkheid 518
3.5.4 De bewijsvoeringslast en de feitelijke bewijsmogelijkheden 519
4 De inpassing van het geldende recht 520
4.1 Inleiding 520
4.2 Beroepsaansprakelijkheid voor handelingen 520
4.3 Onrechtmatige mededelingen 521
4.4 Milieu-aansprakelijkheid 522
4.5 Ongeoorloofde mededinging en misleidende reclame 522
5 De ruimere toepasselijkheid van het model 523
5.1 Inleiding 523
5.2 Ontslag op staande voet wegens dringende reden 523
5.3 Nietigheid van het ontslag 525
5.4 Verjaring van de schadevergoedingsvordering 526

5.5 Slot 527

SAMENVATTING 529

SUMMARY 535

JURISPRUDENTIEREGISTER 541

TREFWOORDENREGISTER 559

VERSCHENEN UITGAVEN CENTRUM VOOR AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adv.bl.	Advocatenblad
Afd.	Afdeling (van het BW)
AfP	Archiv für Presserecht
A-G	Advocaat-Generaal
al.	alinéa
All ER	All England Law Reports
Am. J. Comp. Law	American Journal of Comparative Law
AmvB	Algemene maatregel van Bestuur
Anh.	Anhängsel
Anm.	Anmerkung
art.	artikel, article
artt.	artikelen, articles
Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénier
Aufl.	Auflage
Aw	Auteurswet
A & V	Aansprakelijkheid en Verzekering
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
Bb	Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten
BB	Betriebs-Berater
BIE	Bijblad Industriële Eigendom
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
BSG	Bundessozialgericht
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk wetboek
CA	Cour d'Appel
Cc	Code civile
C. Cons	Code de la consommation
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Civ. 1re	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2e	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3e	Cour de cassation, troisième chambre civile
Chron.	Chronique
CLJ	Cambridge Law Journal
Com	Cour de Cassation, chambre commerciale
CPR	Civil Procedure Rules 1998

Crim	Cour de Cassation, chambre criminelle
c.s.	cum suis
CSS	Code de la Sécurité Sociale
curs.	cursivering
D.	Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de legislation
Dig.	Digesten
diss.	dissertatie
Doctr.	Doctrine
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
e.a.	en anderen
ed.	editor, edition
éd.	édition
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Eng. Rep.	English Reports
ERPL	European Review of Private Law
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fasc.	Fascicule
FS	Festschrift
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GrOM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
Gst.	De Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ibid.	ibidem, op dezelfde plaats
ICLQ	International and Comparative Law Quaterly
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
IIC	International review of industrial property and copyright law
IR	Informations Rapides
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
J-Cl.	Juris-Classeur
JCP, éd. G.	Juris-Classeur Périodique, édition Général, ook: La semaine juridique
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
jo.	juncto
JOL	Jurisprudentie online
JOR	Jurisprudentie onderneming & recht
JR	Juristische Rundschau
Jur.	Jurisprudence
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	Law Reports, King's Bench
KF	Karlsruher Forum
KG	Kort Geding
KwNBW	Kwartaalbericht Nieuw BW

LAG	Landesarbeitsgericht
Lég.	Législation
L.R. Ex.	Law Reports, Exchequer cases
L.R. HL	Law Reports, English and Irish Appeals
LQR	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Med LR	Medical Law Reports
Med.L.Rev.	Medical Law Review
MJ	Maastricht Journal of European and comparative Law
MLR	Modern Law Review
M & R	Milieu & Recht
NCPC	Nouvelle Code de Procedure Civil
N.E.	North Eastern Reporter
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJ	Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie kort
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLJ	New Law Journal
no.	nummer(s), numéro(s)
nr.	nummer(s)
N.S.W.R	New South Wales Reports
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
N.Y.	New York
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OBW	Burgerlijk Wetboek (oud)
obs.	observation
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
Pb.	Publicatieblad
PG	Parlementaire Geschiedenis
PHi	Produkt- und Umwelthaftpflicht international
P.L.	Public Law
Pres.	President (van de Rechtbank)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
Rb.	Rechtbank
RdA	Recht der Arbeit
Rdn.	Randnummer
red.	redactie
Resp. Civ. et Ass.	Responsabilité civile et assurances
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RSI	Repetitive Strain Injury

RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civile
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RVO	Reichsversicherungsordnung
RW	Rechtskundig Weekblad
R & R	Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie
sec.	section
SGB	Sozialgesetzbuch
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Soc	Cour de Cassation, chambre sociale
Somm.	Sommaires commentés
Sr	Wetboek van strafrecht
SR	Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TA	Technische Anleitung
t.a.p.	ter aangehaalder plaatse
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TGI	Tribunal de Grande Instance
T.L.R.	Times Law Reports
TMA	Tijdschrift voor milieu-aansprakelijkheid
Trb.	Tractatenblad
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
T&C	Tekst & Commentaar
UKHL	United Kingdom, House of Lords (te vinden op: www.bailii.uk)
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
US	United States Supreme Court Reporter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VA	Verzekerings-Archief
VersR	Versicherungsrecht
vol.	volume
VR	Verkeersrecht
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WVW	Wegenverkeerswet
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Artikelen in tijdschriften zijn niet opgenomen in deze lijst. Deze zijn steeds verkort (zonder titel) aangehaald in de tekst zelf.

Van Acht/Bauw 1996	R.J.J. van Acht, E. Bauw, Milieuprivaatrecht, 2e druk, Zwolle 1996
Akkermans 1997	A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, diss. Tilburg 1997
Akkermans, LSA-bundel 2000	A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade, in: W.A.M. van Schendel (e.a.), De kwaliteit van het schaderegelingsproces, Lelystad 2000
Andrews (Porter) 1994	N. Andrews, Principles of civil procedure, Chapter 15: Evidence, by N. Porter, London 1994
Arbeidsovereenkomst (bewerker)	Arbeidsovereenkomst. Losbladige uitgave onder redactie van P.F. van der Heijden, Deventer
Arens/Lüke 1999	P. Arens, W. Lüke, Zivilprozeßrecht. Erkentnisverfahren. Zwangsvollstreckung, 7. Aufl., München 1999
Arisz 1991	F.H.A. Arisz, Inleiding: beroepsaansprakelijkheid, in: F.H.A. Arisz (e.a.), Beroepsaansprakelijkheid. Recht op een scheve schaats. Jonge Balie Congres 1991, Zwolle 1991
Asser 1990	W.D.H. Asser, Medisch feit en juridische causaliteit, in: H.M. Peeperkorn (e.a.), Medische en juridische causaliteit, Lelystad 1990
Asser 1991	W.D.H. Asser, Grenzen aan de waarheidvinding in burgerlijke zaken, Deventer 1991
Asser 1992	W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling. Mon. Nieuw BW A-24, Deventer 1992
Asser, Oratie 1992	W.D.H. Asser, Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen, Oratie KUN, Arnhem 1992
Asser, Bewijsrecht-bundel 1994	W.D.H. Asser, Bewijsrecht in het civiele recht, in: W. Plessen (red.), Bewijsrecht in het sociaal recht, Zwolle 1994
Asser, Discussieverslag 1994	W.D.H. Asser in: A. Baremans, Discussieverslag, opgenomen in: W. Plessen (red.), Bewijsrecht in het sociaal recht, Zwolle 1994
Asser, Nieuw Burgerlijk Recht 1997	W.D.H. Asser, Mijn broeders hoeder? Enkele gedachten bij de doorwerking van redelijkheid en billijkheid in het civiele proces, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997
Asser 1998	W.D.H. Asser, Rechtspraakoverzicht bewijslastverdeling, 2e druk, Arnhem 1998
Asser 1999	W.D.H. Asser, Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering, in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, preadvies NVvP, Den Haag 1999
Asser-Anema-Verdam 1953	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vijfde deel. Van bewijs, 5e druk door A. Anema en P.J. Verdam, Zwolle 1953
Asser-Hartkamp 4-I	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, 11e druk door A.S. Hartkamp, Deventer 2000

Asser-Hartkamp 4-III	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet, 10e druk door A.S. Hartkamp, Deventer 1998
Asser-Hijma 5-I	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, 5e druk door Jac. Hijma, Zwolle 1994
Asser-Scholten	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel* door P. Scholten, 3e druk, Zwolle 1974
Asser-Vranken	Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel** door J.B.M. Vranken, Zwolle 1995
Atiyah/Adams 1995	P. S. Atiyah, J. Adams, The Sale of Goods, 9th ed., London 1995
Aubry et Rau (Bartin) 1922	Aubry et Rau, Cours de droit civil Français. Tome 12, 5e éd. par E. Bartin, Paris 1922
Aubry et Rau (Esmein) 1958	Aubry et Rau, Cours de droit civil Français. Tome 12, 6e éd. par P. Esmein, Paris 1958
Von Bar 1980	Chr. von Bar, Verkehrspflichten, Köln 1980
Von Bar 1996	Chr. von Bar, Gemeineuropaïsches Deliktsrecht. Erster Band, München 1996
Von Bar 1999	Chr. von Bar, Gemeineuropaïsches Deliktsrecht. Zweiter Band, München 1999
Barendrecht 1992	J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, diss. Tilburg 1992
Barendrecht/(auteur) 1995	J.M. Barendrecht, H.M. Storm (red.), Berekening van Schadevergoeding, Zwolle 1995
Barendrecht 1997	J.M. Barendrecht, Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), Tussen 'Alles' en 'Niets', Deventer 1997
Barendrecht 1998	J.M. Barendrecht, De Hoge Raad op de hei, Deventer 1998
Barendrecht/Van den Akker 1999	J.M. Barendrecht, E.J.A.M. van de Akker, Informatieplichten van dienstverleners, Deventer 1999
Le Bars 1997	Th. le Bars, Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, Paris 1997
Baudry-Lacantinerie/Barde 1908	G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations. Tome troisième, 3e éd., Paris 1908
Baumbach/Hefermehl 1998	A. Baumbach, W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Aufl., München 1998
Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979	G. Baumgärtel, V. Wahrendorf, Beweislast und Treu und Glauben, in Festschrift für G.Th. Rammos. Band 1, Athene 1979
Baumgärtel/Wittmann 1980	G. Baumgärtel, A. Wittmann, Zur Beweislastverteilung im Rahmen von Par. 823 Abs. 1 BGB, in: H. Hassenpflug, Festschrift für K. Schäfer, Berlin 1980
Baumgärtel, FS Baur 1981	G. Baumgärtel, Die Beweislastverteilung für die Haftung des Unternehmers und des Architekten, in: W. Grunsky (u.a.), Festschrift für F. Baur, Tübingen 1981
Baumgärtel(/bewerker) 1987	G. Baumgärtel (red.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht. Band 3. AGBG und UWG, Köln 1987
Baumgärtel(/bewerker) 1991	G. Baumgärtel (red.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht. Band 1. Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB, 2. Aufl., Köln 1991

Baumgärtel, FS Walder 1994	G. Baumgärtel, Die Befundsicherungspflicht - ein Weg zur Behebung der Beweisnot im Zivilprozess? in: I. Meier (u.a.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für H.U. Walder, Zürich 1994
Baumgärtel 1996	G. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln 1996
Baumgärtel(/bewerker) 1999	G. Baumgärtel, H-W. Laumen (red.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht. Band 2. BGB Sachen-, Familien- und Erbrecht, Recht der EG, UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Köln 1999
Bauw 1994	E. Bauw, Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging, Deventer 1994
Bauw c.s. 1999	E. Bauw, F. van Dijk, N. Frenk, J.H.A.M. Grijpink, G.H. Lankhorst, F.R. Salomons, F.J.A. van der Velden, Claimcultuur. Naar een nieuwe ijstijd?, in: J.M. Barendrecht, E. Bauw (red.), Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag 1999
Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969	H. Beekhuis, Produktenaansprakelijkheid, in: Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. J.H. Beekhuis, Zwolle 1969
Beignier 1995	B. Beignier, L'honneur et le droit, Paris 1995
Bender, FS Baur 1981	R. Bender, Das Beweismaß, in: W. Grunsky (u.a.), Festschrift für F. Baur, Tübingen 1981
Bergkamp, Oratie 1998	L. Bergkamp, De vervuiler betaalt dubbel: over de verhouding tussen privaat en publiek milieurecht, Oratie EUR, Antwerpen 1998
Bertrams/Vermeer 1997	R.I.V.F. Bertrams en M. Vermeer, Prospectusaansprakelijkheid, in: Geldeffecten. Jonge Balie Congres 1997, Den Haag 1997
Betlem 1993	G. Betlem, Civil Liability for Transfrontier Pollution, London/Dordrecht 1993
Betlem c.s. 1999	G. Betlem, P.R. Rodrigues, m.m.v. S.E. Zijlstra, Omkering van proceslast. Een onderzoek naar handhaving van wetten door de burger, Den Haag 1999
Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953	R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, Cours de droit civil Français. Tome IX. Les contrats et les obligations, 2e éd. avec le collaboration de G. Lagarde et R. Perrot, Paris 1953
Bier 1988	L. Bier, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, Deventer 1988
Bilger/Prévost 1990	Ph. Bilger, B. Prévost, Le droit de la presse, 2e éd, Paris 1990
Bloembergen 1965	A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Deventer 1965
Bloembergen, Oratie 1965	A.R. Bloembergen, Naar een nieuw ongevallenrecht, Oratie RUL, Deventer 1965
Blom 1996	M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager, diss. Tilburg 1996
Blomeyer 1966	A. Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages. Band I (Gutachten). Teil 2A, München 1966
Boertien 1962	C. Boertien, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de openbare accountant naar Engels en Nederlands recht, diss. Amsterdam (VU) 1962
Van Boneval Faure 1896	R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht IV-I, 2e druk, Leiden 1896

Bonnier/Larnaude 1888	E. Bonnier, F. Larnaude, Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, 5e éd. par F. Larnaude, Paris 1888
Van Boom/Barendrecht, BW-krant 2000	W.H. van Boom, J.M. Barendrecht, Gedrag van toen, normen van nu?, in: I. Brand (e.a.) (red.), Tijd en onzekerheid. BW-krant jaarboek 16, Deventer 2000
Boukema 1987	H.J.M. Boukema, Onrechtmatige perspublicaties, in: B.J. Asscher (e.a.), Onverwijlde spoed, 2e druk, Zwolle 1987
Braunschweig/Azibert 1994	A. Braunschweig, G. Azibert, Code Pénal, 17ème ed., Paris 1994
Brenninkmeijer, Oratie 1993	A.F.M. Brenninkmeijer, Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, Oratie UvA, Zwolle 1993
Brox 1991	H. Brox, Arbeitsrecht, 10. Aufl., Stuttgart 1991
Bruins 1906	G.W.J. Bruins, Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, diss. Leiden 1906
Brunner, Afscheidsrede 1996	C.J.H. Brunner, De normen van het privaatrecht, Afscheidscollege Groningen, Deventer 1996
Buckley 1993	R.A. Buckley, The modern law of negligence, 2nd ed., London 1993
Buckley 1996	R.A. Buckley, The law of nuisance, 2nd ed., London 1996
Bulk 1998	M. Bulk, Rectificatie en uitingsvrijheid, diss. Amsterdam (UvA) 1998
Burst 1993	J-J. Burst, Concurrence déloyale et parasitisme, Paris 1993
Bydlinski 1982	F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegrif, Wien 1982
Bydlinski, KF 1989	F. Bydlinski, Karlsruher Forum 1989. Aus der Discussion über Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeiten und Grenzen. Sonderheft Versicherungsrecht (1991)
Cadiet 1998	L. Cadiet, Droit judiciaire privé, 2e éd., Paris 1998
Von Caemmerer, FS DJT 1960	E. von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: E. von Caemmerer (u.a.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960. Band II, Karlsruhe 1960
Cahen 1995	J.L.P. Cahen, Overeenkomst en derden, Mon. Nieuw BW B-57, Deventer 1995
Canaris, FS Larenz 1983	C-W. Canaris, Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in: C-W. Canaris (e.a.) (red.), Festschrift für K. Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983
Canaris 1999	C-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht - ein Zwischenbilanz, Berlin 1999
Cane 1997	P. Cane, The Anatomy of Tort Law, Oxford 1997
Cane 1999	P. Cane, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 6th ed., London 1999
Cappelletti & Garth 1987	M. Cappelletti & B.G. Garth, Introduction - Policies, Trends and Ideals in Civil Procedure, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen 1987
Capitant 1927	H. Capitant, Introduction a l'étude du droit civil. Notions Générales, 5e éd., Paris 1927
Carbonnier 1996	J. Carbonnier, Droit civil. Tome 4. Les Obligations, Paris 1996
Cardozo 1921	B.N. Cardozo, The nature of the judicial process, New Haven 1921
Causin 1981	E. Causin, La preuve et l'interprétation en droit privé, in: Ch. Perelman (e.a.)(red.), La preuve en droit, Bruxelles 1981

Charlesworth & Percy 1997	Charlesworth & Percy On Negligence, 9th ed. by R.A. Percy, C.T. Walton, London 1997
Chevalier 1958-1959	J. Chevalier, Cours de droit civil approfondi, D.E.S. 1958-1959, Paris
Chitty (bewerker) 1994	A.G. Guest (ed.), Chitty on Contracts. Volume II. Specific contracts, 27th ed., London 1994
Clerk & Lindsell (bewerker) 1995	M.R. Brazier (ed.), Clerk & Lindsell On Torts, 17th ed., London 1995
Cooter & Ulen 1997	R. Cooter, T. Ulen, Law and Economics, 2nd ed., Reading 1997
Cornu 1994	G. Cornu, Droit civil. Introduction. Les personnes - les biens, 7e éd., Montchrestien 1994
De Courreges 1997	M. de Courreges, France, in: P. Kelly, R. Attree (eds.), European Product Liabilities, 2nd ed., London 1997
Crombag 1997	H.F.M. Crombag, Hoofdstuk 30. Ook rechters maken menselijke fouten, in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), Het hart van de zaak. Psychologie van het recht, Deventer 1997
Cross & Tapper 1995	R. Cross, C. Tapper, Cross and Tapper on Evidence, 8th ed., London 1995
Van Dam 1989	C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, Deventer 1989
Van Dam, LSA-bundel 1998	C.C. van Dam, Bewijs bij verkeersongevallen, in: F. Staderman (e.a.), Bewijs en letselschade, Lelystad 1998
Van Dam 2000	C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek, Den Haag 2000
Davids 1999	W.J.M. Davids, Burenrecht, Mon. Nieuw BW B-26, 3e druk, Deventer 1999
Dejean de la Bâtie 1989	Aubry et Rau, Droit civil Français. Tome VI-2. Responsabilité délictuelle, 8e ed. par N. Dejean de la Bâtie, Paris 1989
Dekkers 1979	A.F.M. Dekkers, De patiënt en het recht op informatie, diss. Leiden 1979
Deutsch, FS Larenz 1973	E. Deutsch, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, in: G. Paulus (u.a.), Festschrift für K. Larenz, München 1973
Deutsch, FS Klingmüller 1974	E. Deutsch, Abwertende Medienkritiek, in: F. Hauss (u.a.), Festschrift für E. Klingmüller, Karlsruhe 1974
Deutsch, FS H. Lange 1992	E. Deutsch, Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, in: D. Medicus (u.a.), Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1992
Deutsch 1995	E. Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl., Köln 1995
Devèze 1980	J. Devèze, Contribution a l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Grenoble 1980
Dewees c.s. 1996	D. Dewees, D. Ruff, M. Trebilcock, Exploring the demain of accident law, New York 1996
Diederichsen, KF 1966	U. Diederichsen, Zur Beweislastverteilung bei Schadenersatzansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefährdungshaftung, in: Beweisfragen im Schadenersatzrecht. Karlsruher Forum 1966. Sonderheft Versicherungsrecht (1967)
Diederichsen, FS Lukes 1989	U. Diederichsen, Umwelthaftung - zwischen gestern und morgen, in: H. Leßmann (u.a.), Festschrift für R. Lukes zum 65. Geburtstag, Köln 1989
Diephuis 1885	G. Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt. Tweede deel, 2e druk, Groningen 1885

Dijksterhuis-Wieten 1998	H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, 3e druk, Deventer 1998
Dijkstra 1918	C. Dijkstra, De jurisprudentie op den bewijslast, diss. Amsterdam (VU) 1918
Dommering-van Rongen 1991	L. Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid, Deventer 1991
Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach 1989	T.J. Dorhout Mees, E.A. van Nieuwenhoven Helbach, Nederlands handels- en faillissementsrecht. II. Industriële eigendom en mededingingsrecht, 8e druk, Arnhem 1989 (m.m.v. J.L.R.A. Huydecoper en C.J.J.C. van Nispen)
Dreher/Tröndle 1995	E. Dreher, H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., München 1995
Drion, Beekhuis-bundel 1969	H. Drion, Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, in: Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel), Zwolle 1969
Drysdale/Silverleaf 1995	J. Drysdale, M. Silverleaf, Passing off. Law and Practice, 2nd ed., London 1995
Van Dunné, BW-krant 1993	J.M. van Dunné, Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen, in: M.E. Franke (e.a.) (red.), Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993, Arnhem 1993
Van Dunné 1997, Deel 2	J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht. Deel 2, 3e druk, Deventer 1997
Van Dunné 1998	J.M. van Dunné, De historische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht, in: N.F. van Manen, R.H. Stutterheim (red.), Wie draagt de schade?, Nijmegen 1998
Dupeyroux/Ruellan 1998	J-J. Dupeyroux, R. Ruellan, Droit de la sécurité sociale, 13e éd., Paris, 1998
Eggens, Transpositie 1946	J. Eggens, Transpositie en conversie, opgenomen in: Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens, bezorgd door H.C.F Schoordijk en J.M. Smits, Overveen 1998
Eggens 1951	J. Eggens, De beginselen van het burgerlijk bewijs. Handelingen NJV, 1951-I, Zwolle 1951
Eggens, Wet en recht 1962	J. Eggens, Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking' en 'misbruik van dwangpositie', opgenomen in: Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens, bezorgd door H.C.F Schoordijk en J.M. Smits, Overveen 1998 (oorspronkelijk verschenen in WPNR 4704-4705 (1962))
Eggleston 1978	R. Eggleston, Evidence, Proof and Probability, London 1978
Elders, Afscheidsrede 1990	J.L.M. Elders, Waardering van bewijs, afscheidsrede RL, Deventer 1990
Van Empel/Ritsema 1991	M. van Empel, H.A. Ritsema, Aansprakelijkheid voor produkten, 2e druk, Deventer 1991
Engelhard/Van Maanen 1998	E.F.D. Engelhard, G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen, Nijmegen 1998
Epstein 1995	R.A. Epstein, Cases and Materials on Torts, 6th ed., Boston 1995
Erman/bewerker 1993	W. Erman (e.a.), Handkommentar zum Bürgerlichen gesetzbuch. 1. Band, 9. Aufl., Münster 1993
Esmein 1954-1955	M. Esmein, Cours de droit civil, D.E.S. 1954-1955, Paris
Faber 1991	N.E.D. Faber, Afdeling 6.3.3 NBW: Europees eiland op drift, in: W.C.L. van der Grinten (e.a.) (red.), Onderneming en nieuw burgerlijk recht, Zwolle 1991

Fabre-Magnan 1992	M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Paris 1992
Faure, Oratie 1993	M.G. Faure, (G)een schijn van kans, Oratie RL, Antwerpen 1993
Faure/Geers/Hartlief 1995	M.G. Faure, A.J.C.M. Geers, T. Hartlief, Hoofdstuk II. Juridische aspecten van het beroepsziektenonderzoek, in: Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast, Deventer 1995
Fisselier 1979	A. Fisselier, La defense en justice dans le procès civil, Grenoble 1979
Fleming 1998	J.G. Fleming, The law of torts, 9th. ed., Sydney 1998
Foerste 1997	U. Foerste, Deliktische Haftung, in: F. Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 1, 2. Aufl., München 1997
Frenk, Schademecum 1995	N. Frenk, Ruime toerekening van schade: rechtvaardigingen en remedies, in: Schademecum. Jonge Balie Congres 1995, Zwolle 1995
Fridman 1990	G.H.L. Fridman, Torts, London 1990
Frossard 1965	J. Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, Paris 1965
Gaskins 1992	R.H. Gaskins, Burdens of proof in modern discourse, New Haven 1992
Gatley 1998	P. Milmo, W.V.H. Rogers (eds.), Gatley on libel and slander, 9th ed., London 1998
Gautschi 1913	W. Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, Zürich 1913
Geigel/bewerker 1993	Geigel (e.a.), Der Haftpflichtprozeß mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 21. Aufl., München 1993
Gerlach 1989	J.W. Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts, Berlin 1989
Ghestin/Desché 1990	J. Ghestin, B. Desché, Traité des contrats. La vente, Paris 1990
Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994	J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil. Introduction générale, 4e ed., Paris 1994
Ghestin/Jamin/Billiau 1994	J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contract, 2e ed., Paris 1994
Giesen 1988	D. Giesen, International medical malpractice law, Tübingen 1988
Giesen 1997	I. Giesen, Bewijsrisico, ongedeelde smart?!, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), Tussen 'Alles' en 'Niets', Deventer 1997
Giesen 1999	I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, Deventer 1999
Gisolf 1993	R.C. Gisolf, m.m.v. Th.M. de Boer, Kort geding en rechter, Zwolle 1993
Gmehling 1989	B. Gmehling, Die Beweislastverteilung bei Schaden aus Industrieimmissionen, Köln 1989
Goldberg 1999	R. Goldberg, Causation and risk in the law of torts: Scientific evidence and medicinal product liability, Oxford 1999
Gottwald 1979	P. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979
Gottwald, FS H. Lange 1992	P. Gottwald, Die Schadenszurechnung nach dem Umwelthaftungsgesetz, in: D. Medicus (u.a.), Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1992
Goubeaux, CNRL-bundel 1981	G. Goubeaux, Le droit a la preuve, in: Ch. Perelman et P. Foriers (red.), La preuve en droit. Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles 1981
Goudsmit 1866	J.E. Goudsmit, Pandecten-systeem. Eerste deel. Algemeen deel, Leiden 1866

Gras, Cahen-bundel 1997	E. Gras, Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstructieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding? in: P. Abas (e.a.)(red.), J.L.P. Cahen bundel, Deventer 1997
Greebe 1935	J.J.A.F. Greebe, Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad, diss. Amsterdam (UvA) 1935
Greger 1978	R. Greger, Beweis und Warscheinlichkeit, Köln 1978
Greger 1997	R. Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 3. Aufl., Berlin 1997
Groenboek Productaansprakelijkheid 1999	Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboek Wettelijke aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Brussel 1999, COM (1999) 396 def.
De Groot, Oratie 1989	G-R. de Groot, Vergelijkt alles en behoudt het goede, Oratie RL, Deventer 1989
De Groot 1997	H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid, 2e druk, Deventer 1997
De Groot 1998	H. de Groot, Wie draagt de schade in het ondernemingsrecht?, in: N.F. van Manen, R.H. Stutterheim (red.), Wie draagt de schade?, Nijmegen 1998
Grünebaum 1904	A. Grünebaum, Het karakter van den bewijslast in het burgerlijke geding, diss. Amsterdam (UvA) 1904
Grunsky 1970	W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970
Güldner 1965	W. Güldner, Die Beweislast für Verschulden bei der Haftung für positive Vertragsverletzung, Verschulden beim Vertragsschluß und nachvertragliches Verschulden, Inaug. diss., Bonn 1965
Guyon 1992	Y. Guyon, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés, 7e ed., Paris 1992
Haan 1996	M.F.H.S. Haan, Oorzaak: onbekend. Het aantonen van feitelijk causaal verband bij meervoudig veroorzaakte milieuschade, Zwolle 1996
Haardt 1951	W.L. Haardt, De beginselen van het burgerlijk bewijs. Handelingen NJV, 1951-I, Zwolle 1951
Haardt, Van der Grinten-bundel 1984	W.L. Haardt, Het burgerlijk geding - 'Fair play' revisited, in: E.A.A. Luijten (e.a.) (red.), Goed en trouw (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984
De Haas/Hartlief 1996	S.P. de Haas, T. Hartlief, Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing, Den Haag 1996
Habscheid, FS Baumgärtel 1990	W.J. Habscheid, Beweislast und Beweismaß, in: H. Prütting (red.), Festschrift für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990
Hagen, FS H. Lange 1992	H. Hagen, Der nachbarrechtliche Ausgleichanspruch nach par. 906 Abs. 2 Satz 2 BGB als Musterlösung und Lösungsmuster - Rechtsfortbildung in mehreren Etappen, in: D. Medicus (u.a.), Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1992.
Hainmüller 1966	D. Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Tübingen 1966
Halsbury's Laws of England	Lord Hailsham of St. Marylebone (ed.), Halsbury's Laws of England, 4th ed. with supplements, London

Hamaker, Verspreide Geschriften V 1912	H.J. Hamaker, Verdeeling van bewijslast, in: Verspreide Geschriften van Mr. H.J. Hamaker, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann. Deel V. Bewijsrecht, Haarlem 1912
Hammerstein, Ontwerp Rv-bundel 1997	A. Hammerstein, Informatieplicht van partijen en bewijsgaring, in: J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), Ontwerp aanpassing wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Deventer 1997
Hart/Honoré 1985	H.L.A. Hart & T. Honoré, Causation in the law, 2nd. ed., Oxford 1985
Hartkamp, Oratie 1992	A.S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek, Oratie RUU, Deventer 1992
Hartlief/Van Maanen 1995	T. Hartlief, G.E. van Maanen, Hoe werkt de onrechtmatige daad?, Nijmegen 1995
Hartlief, Oratie 1997	T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade, Oratie RUL, Deventer 1997
Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997	T. Hartlief, Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.)(red.), Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997
Hartlief/Tjittes 1999	T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid, 2e druk, Deventer 1999
Heinemann 1988	K. Heinemann, Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen, Köln 1988
Heinrich 1996	C. Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, Köln 1996
Henckel 1970	W. Henckel, Prozessrecht und materielles recht, Göttingen 1970
Henket 1998	M. Henket, Argumentatietheorie en recht, Nijmegen 1998
Hesselink, Towards-bundel 1998	M.W. Hesselink, Good Faith, in: A.S. Hartkamp (e.a.) (red.), Towards a European Civil Code, 2nd ed., Nijmegen/The Hague 1998
Hesselink 1999	M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. Utrecht 1999
Heydon/Ockelton 1996	J.D. Heydon, M. Ockelton, Evidence. Cases and Materials, 4th ed., London 1996
Hoekzema 2000	J.W. Hoekzema, Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad, diss. Groningen 2000
Hoff 1997	G.T.J. Hoff, De lessen van het Co op-arrest, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997
Hoffmann 1992	R. Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn 1992
Hofmann 1972	E. Hofmann, Die Umkehr der Beweislast in der Kausalfrage, Karlsruhe 1972
Holzhauer 1994	R.W. Holzhauer, Ontoelaatbare reclame, Zwolle 1994
Hondius, Van Dunné-bundel 1997	E.H. Hondius, Een doornroosje onder de vorderingen / van asbest, diaconessen en verjaring, in: J. ten Kate (e.a.) (red.), Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata (Van Dunné-bundel), Deventer 1997
Honoré 1999	T. Honoré, Responsibility and fault, Oxford 1999
Houwing 1951	Ph.A.N. Houwing, De aansprakelijkheid van den notaris voor zijn testamentaire werkzaamheden, in: E.M. Meijers en J. Eggens (red.), Het testament, Arnhem 1951

Howells, Towards-bundel 1998	G. Howells, Product Liability, in: A.S. Hartkamp (e.a.) (red.), Towards a European Civil Code, 2nd ed., Nijmegen/The Hague 1998
Hoyng, Schoordijk-bundel 1991	W.A. Hoyng, Vier Procesrechtelijke wensen, in: B.W.M. Nieskens-Isphording (e.a.) (red.), In het nu, wat worden zal (Schoordijk-bundel), Deventer 1991
Huet 1987	J. Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Paris 1987
Huet 1996	J Huet, Traité de droit civil. Les principaux contracts spéciaux, Paris 1996
Hugenholtz/Heemskerk 1998	W. Hugenholtz, W. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 19e druk, Den Haag 1998
Hulst 1993	E.H. Hulst, Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid, Arnhem 1993
Hulst, Van Dunné-bundel 1997	E.H. Hulst, Behoeft letselschade een aparte regeling in de wet?, in: J. ten Kate (e.a.) (red.), Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata (Van Dunné-bundel), Deventer 1997
Huppes-Cluysenaer 1994	E.A. Huppes-Cluysenaer, Wetenschapsleer voor juristen, Deventer 1994
Jagusch/Hentschel 1997	H. Jagusch, P. Hentschel, Straßenverkehrsrecht. Beck'sche Kurz-Kommentare. Band 5, 34. Aufl., München 1997
J-Cl. Civ. (bewerker)	Juris-Classeur Civil (losbladig), sous le direction de P. Catalo, Ph. Simler et J. Jehl, Paris
J-Cl. Proc. Civ. (bewerker)	Juris-Classeur de Procédure Civile (losbladig), sous le direction de R. Perrot, C. Giverdon et H. Roudaut, Paris
J-Cl. Resp. Civ. (bewerker)	Juris-Classeur Responsabilité Civile et Assurances (losbladig), sous le direction de H. Groutel et J. Jehl, Paris
Jolowicz 1970	J.A. Jolowicz, Procedural questions, in: A. Tunc (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI Torts. Part 2, Tübingen 1970, Chapter 13
Jolowicz, Travaux H.Capitant 1987	J.A. Jolowicz, Rapport Anglais, in: Travaux de l'association Henri Capitant. Journees Canadiennes. Tome XXXVIII, Paris 1987
Jones 1996	M.A. Jones, Medical negligence, London 1996
De Jong 1993	G.T. de Jong, Niet-nakoming van verbintenissen, Mon. Nieuw BW B-33, Deventer 1993
Kabel 1999	J.J.C. Kabel, Reclamerecht. Kroniek, in: E.H. Hondius, G.J. Rijken (red.), Jaarboek Consumentenrecht 1999, Deventer 1999
Kan 1921	M.L. Kan, Bewijslast en bewijswaardering, diss. UvA 1921
Kargados, FS Baumgärtel 1990	P. Kargados, Zur Beweislast bei Haftung für Umweltschaden, in: H. Prütting, Festschrift für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990
Ten Kate, Haardt-bundel 1983	Th.B. ten Kate, Procesregels naar de kern genomen, in: W.H. Heemskerk (e.a.) (red.), Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L.Haardt, Deventer1983
Kayser, Marty-bundel 1978	P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, in: Mélanges dédiés à G. Marty, Toulouse 1978
Kayser 1995	P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, 3e éd., Aix-en-Provence/Paris 1995
Keane 1996	A. Keane, The modern law of evidence, 4th ed., London 1996

Keating 1999	G.C. Keating, Fairness and Two Fundamental Questions in the Tort Law of Accidents, USC Working Paper Series No. 99-21: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=200778
Kegel, FS Kronstein 1967	G. Kegel, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: K.H. Biedenkopf (u.a.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festgabe für H. Kronstein, Karlsruhe 1967
Kemper 1992	J. Kemper, Beweisprobleme in Wettbewerbsrecht, Köln 1992
Kerameus, Towards-bundel 1998	K. Kerameus, Procedural implications of civil law unification, in: A.S. Hartkamp (e.a.) (red.), Towards a European Civil Code, 2nd ed., Nijmegen/The Hague 1998
Kiralfy(/auteur) 1987	A. Kiralfy (ed.), The burden of proof, Abingdon 1987
Klaassen 1991	C.J.M. Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. Nijmegen 1991
Knigge 1998	A. Knigge, Effectieve toegang tot het civiele geding, diss. Groningen 1998
Knottenbelt 1991	J. Knottenbelt, Hoofdstukken produktaansprakelijkheid, Zwolle 1991
Koopman 1996	R.J. Koopman, Bewijslast in belastingzaken, diss. Amsterdam (UvA) 1996
Koopmans 1999	T. Koopmans, Nabeschouwing, in: G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 4e druk bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer 1999
Köster, Schadee-bundel 1980	H.K.Köster, Res ipsa loquitur, en de eis van voldoende opheldering, in: H.A.J. Baanders (e.a.), Recht door zee. Liber amicorum H. Schadee, Zwolle 1980
Kottenhagen-Edzes 1992	P.A. Kottenhagen-Edzes, Onrechtmatige daad en milieu, Arnhem 1992
Kötz 1998	H. Kötz, Deliktsrecht, 8. Aufl., Neuwied 1998
Krasney, KF 1989	E. Krasney, Karlsruher Forum 1989. Aus der Discussion über Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeiten und Grenzen. Sonderheft Versicherungsrecht (1991)
Kremer 1999	M. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken, diss. Groningen 1999
Kullmann, FS Steffen 1995	H.J. Kullmann, Bestrebungen zur Änderung der Beweislast bei der Haftung aus § 84 AMG, in: E. Deutsch (e.a.) (red.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag, Berlin 1995
Kur 1981	A. Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbprozeß, Köln 1981
Van Laarhoven, Nieskens-bundel 2000	M.J. van Laarhoven, Unclean hands in the Netherlands, in: J.M. Barendrecht (e.a.) (red.), Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording, Deventer 2000
Lagarde 1994	X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, Paris 1994
Lambert-Faivre 1996	Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, 3e éd., Paris 1996
Land-Eggens 1933	N.K.F. Land, Verklaring van het burgerlijk wetboek. Zesde deel, Boek IV, Titel I-VI, 2e druk door J. Eggens, Haarlem 1933
Lankhorst 1992	G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer 1992
Larenz, FS Klingmüller 1974	K. Larenz, Methodische Aspekte der 'Güterabwägung', in: F. Hauss (u.a.), Festschrift für E. Klingmüller, Karlsruhe 1974

Larenz, FS Hauß 1978	K. Larenz, Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in: E. von Caemmerer (u.a.), Festschrift für F. Hauß, Karlsruhe 1978
Larenz 1986	K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986
Larenz 1987	K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987
Larenz 1991	K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991
Larenz/Canaris 1994	K. Larenz, C-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994
Larenz/Wolf 1997	K. Larenz, M. Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997
Larguier/Larguier 1994	J. Larguier, A-M. Larguier, Droit pénal spécial, 8ème ed., Paris 1994
Laufs 1993	A. Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., München 1993
Leenders 1997	M.A.J. Leenders, Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid, diss. Utrecht 1997
Leenen 1994	H.J.J. Leenen, Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van de mens in de gezondheidszorg, 3e druk, Alphen aan de Rijn 1994
Legeais 1955	R. Legeais, Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations, Paris 1955
Leipold 1966	D. Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
Leipold 1985	D. Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1985
Leipold, FS Hubmann 1985	D. Leipold, Zur Beweislast beim Schutz der Ehre und des Persönlichkeitsrechts, in: H. Forkel (u.a.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für H. Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985
Lepa 1963	M. Lepa, Die Verteilung der Beweislast im Privatrecht und ihre rationalle Begründung, Inaugural-Dissertation Köln 1963
Lepa 1988	M. Lepa, Beweislast und Beweiswürdigung im Haftpflichtprozeß, Essen 1988
Levelt-Overmars, Bewijsrecht-bundel 1994	W.M. Levelt-Overmars, Bewijsrecht in het sociale zekerheidsrecht, in: W. Plessen (red.), Bewijsrecht in het sociaal recht, Zwolle 1994
Levy 1954	J.Ph. Levy, Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves, in: Travaux juridiques et économiques de l'université de Rennes, Rennes 1954
Lindenbergh 1998	S.D. Lindenbergh, Smartengeld, diss. Leiden 1998
Lindenbergh 2000	S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Deventer 2000
Löffler/Ricker 1994	M. Löffler, R. Ricker, Handbuch des Presserechts, 3. Aufl., München 1994
Lytras 1995	Th. Lytras, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschaden, Berlin 1995
Van Maanen-Spier-Sterk 1990	G.E. van Maanen, J. Spier, C.H.W.M. Sterk, Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, in: M.J.G.C. Raaijmakers (e.a.) (red.), Aansprakelijkheden, Deventer 1990

Van Maanen, Van Dunné-bundel 1997	G.E. van Maanen, De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag, in: J. ten Kate (e.a.) (red.), Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata (Van Dunné-bundel), Deventer 1997
Maassen 1975	B.M. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß, Köln 1975
Malaurie/Aynès 1996	Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les obligations, 7e éd., Paris 1996
Mandigers, JUVAT-Bundel 1991	M.M.P.C. Mandigers, De EG-richtlijn produktenaansprakelijkheid en de implementatie ervan in de nationale rechtssystemen van de diverse Lid-Staten der EEG, in: R.R.M. de Moor (e.a.) (red.), Produkt en aansprakelijkheid, Lelystad 1991
Markesinis/Deakin 1999	B.S. Markesinis, S.F. Deakin, Tort law, 4th ed., Oxford 1999
Martin 1978	G.J. Martin, Le droit à l'environnement, Thèse Nice 1978
Marty/Raynaud 1972	G. Marty, P. Raynaud, Droit civil. Tome I. Introduction générale a l'étude du droit, 2e éd., Paris 1972
Mason, Fleming-bundel 1998	A. Mason, Human rights and the law of torts, in: P. Cane (e.a.) (ed.), The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming, Oxford 1998
Mason/McCall Smith 1999	J.K. Mason, R.A. McCall Smith, m.m.v. G.T. Laurie, Law and Medical Ethics, London 1999
Le Masson 1991	J-M. le Masson, La recherche de la vérité dans le proces civil, thése Nantes 1991
Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989	H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil. Tome I - premier volume. Introduction à l'étude du droit, 9ème éd., Paris 1989
Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965	H. Mazeaud, L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Tome I, 6e ed., Paris 1965
Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1970	H. Mazeaud, L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Tome II, 6e ed., Paris 1970
McCormick 1992	J.W. Strong (e.a.), McCormick on Evidence. Hornbook series, 4th ed., St. Paul 1992
McGregor 1997	H. McGregor, On Damages, 16th ed., London 1997
Van der Meijden 1996	D. van der Meijden, Bodemjurisprudentie 1982-1995. Thematisch gerangschikt rechtspraakoverzicht, Zwolle 1996
Meijers, VPO I 1954	E.M. Meijers, Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den Code civil ontleende wetsvoorschriften, opgenomen in: Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen. Eerste Deel, Leiden 1954
Meijers, VPO II 1955	E.M. Meijers, Bijdrage tot de leer van het middelijk bewijs, opgenomen in: Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen. Tweede deel, Leiden 1955
Meijers 1958	E.M. Meijers, Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel I. De algemene begrippen van het burgerlijk recht, 2e druk, Leiden 1958
Messer 1994	E.A. Messer, Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW, Arnhem 1994
Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995	I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, 3e druk, Zwolle 1995
Miller & Lovell 1977	C.J. Miller, P.A. Lovell, Product liability, London 1977

Möllers 1996	Th.M.J. Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, Tübingen 1996
De Moor, JUVAT-bundel 1991	R.R.M. de Moor, De wet van 13 september 1990 (Stb. 1990, 487) ter implementatie van de Europese richtlijn in zake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, in: R.R.M. de Moor (e.a.) (red.), Produkt en aansprakelijkheid, Lelystad 1991
Motsch 1983	R. Motsch, Von rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983
Motulsky 1948	H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Paris 1948, re-édition Paris 1991
Münch.Komm. ZPO (bewerker)	G. Lüke (u.a), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Band 1. §§ 1-354, München 1992
Munkman/Hendy/Ford 1995	J. Hendy, M. Ford, Munkman on Employer's Liability, 12th ed., London 1995
Murphy 1997	P. Murphy, Murphy on Evidence, 6th ed., London 1997
Musielak 1975	H.J. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1975
Musielak/auteur 1999	H.J. Musielak (red.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1999
Nagel 1967	H. Nagel, Die Grundlage des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden 1967
Nerson 1978	R. Nerson, Le respect par le médecin de la volonté du malade, in: Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse 1978
Nieskens-Isphording 1991	B.W.M. Nieskens-Isphording, Het fait accompli in het vermogensrecht, diss. Tilburg 1991
Van Nieuwenhoven Helbach,Haardt-bundel 1983	E.A. van Nieuwenhoven Helbach, Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht, in: W.H. Heemskerk (e.a.) (red.), Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L.Haardt, Deventer 1983
Nieuwenhuis 1997	A.J. Nieuwenhuis, Over de grens van de uitingsvrijheid, Nijmegen 1997
Nieuwenhuis 1992	J.H. Nieuwenhuis, Confrontatie en Compromis, Deventer 1992
Nieuwenhuis, CRBS-bundel 1999	J.H. Nieuwenhuis, Aansprakelijkheid in drievoud, in: J.H. Nieuwenhuis (e.a.), Recht en verandering, Den Haag 1999
Nijboer 2000	J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, 4e druk, Nijmegen 2000
Van Nispen, Oratie 1993	C.J.J.C. van Nispen, De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht, Oratie VU, Deventer 1993
Van Nispen, Ontwerp Rv-bundel 1997	C.J.J.C. van Nispen, De rechter en zijn plaats, in: J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), Ontwerp aanpassing wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Deventer 1997
Nordemann 1990	W. Nordemann, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 1990
Oderkerk 1999	A.E. Oderkerk, De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek, diss. Amsterdam (UvA) 1999
Ogus/Wikeley 1995	A.I. Ogus, N.J. Wikeley (eds.), The law of social security, 4th ed., London, 1995
Onrechtmatige Daad (oud) (bewerker)	Onrechtmatige Daad. Losbladige uitgave onder redactie van H. Drion, Deventer (bijgewerkt tot en met 1991)
Onrechtmatige Daad (bewerker)	Onrechtmatige Daad. Losbladige uitgave onder redactie van A.R. Bloembergen, Deventer
Overeem 1977	R. Overeem, Ontoelaatbare reclame, Zwolle 1977
Palandt/bewerker 1995	O. Palandt (e.a.), Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. Band 7, 54. Aufl., München 1995
Pals 1983	L.H. Pals, Onrechtmatige doodslag, Deventer 1983

Pearson-Report 1978	Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. Chairman: Lord Pearson. Report. Volume One, London 1978
Peeperkorn, LSA-bundel 2000	D.H.M. Peeperkorn, Het oordeel van Paris (deel II), in: W.A.M. van Schendel (e.a.), De kwaliteit van het schaderegelingsproces, Lelystad 2000
Pfeiffer 1986	G. Pfeiffer, Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof unter Berücksichtigung des Arztrechts, Bergisch Gladbach 1986
PG Bewijsrecht	G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon (red.), Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Deventer 1988
PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)	C.J. Van Zeben, J.W. Du Pon (red.), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijke Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen. Invoering boeken 3 5 en 6, Deventer 1990
PG Boek 6	C.J. Van Zeben, J.W. Du Pon (red.), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijke Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht, Deventer 1981
Phipson 1990	Phipson On Evidence, 14th ed. by M.N. Howard, P. Crane, D.A. Hochberg, London 1990
Pitlo 1950	A. Pitlo, Bewijs en verjaring naar het Nederlands burgerlijk wetboek, 2e druk, Haarlem 1950
Pitlo 1969	A. Pitlo, Evolutie in het privaatrecht, Haarlem 1969
Pitlo-Hidma-Rutgers 1995	A. Pitlo, T.R. Hidma, G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs, 7e druk, Arnhem 1995
Planiol/Ripert/Radouant/Gabolde 1954	M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil Français. Tome VII. Obligations. Deuxième partie, 2e éd. par J. Radouant et G. Gabolde, Paris 1954
Polak 1953	J.M. Polak, Theorie en practijk der rechtsvinding, Zwolle 1953
Ponsard, Travaux H. Capitant 1987	A. Ponsard, Rapport Français, in: Travaux de l'association Henri Capitant. Journees Canadiennes. Tome XXXVIII, Paris 1987
Pontier 1998	J.A. Pontier, Rechtsvinding, 4e druk, Nijmegen 1998
Popper 1978	K.R. Popper, De groei van kennis, vertaald door Z. Swijtink, 3e druk, Meppel 1978
Posner, Evidence 1999	R.A. Posner, An economic approach to the law of evidence. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 66 (2d series): http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html
Post 1893	J.C. Post, De leer van den bewijslast in rechtspraktijk en wetenschap, diss. Leiden 1893
Pound 1954	R. Pound, An introduction to the philosophy of law, revised ed., New Haven 1954
Powell 1996	J.L. Powell, Professional and client: the duty of care, in: P. Birks (ed.), Wrongs and remedies in the twenty-first century, Oxford 1996
Prieur 1991	M. Prieur, Droit de l'environnement, 2e ed., Paris 1991
Princen 1990	J.G. Princen, Fair trial, Arnhem 1990
Prölls 1966	J. Prölls, Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß, Karlsruhe 1966
Prütting 1983	H. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983
Prütting, KF 1989	H. Prütting, Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeiten und Grenzen, in: Karlsruher Forum 1989. Sonderheft Versicherungsrecht (1991)

Rabel, Verz. Geschr. 1965	E. Rabel, Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima facie Beweis, in: Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze. Band I. Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930, herausgegeben von H.G. Leser, Tübingen 1965
Radé 1997	C. Radé, Droit du travail et responsabilité civile, Paris 1997
Rambocus 1999	D.S. -Rambocus, Medisch-juridische causaliteit, diss. Utrecht 1999
Rechberger, FS Baumgärtel 1990	W.H. Rechberger, Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion, in: H. Prütting (red.), Festschrift für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990
Van den Reek 1997	W.A.J.P. van den Reek. Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht, diss. Tilburg 1997
Van den Reek, Ontwerp Rv-bundel 1997	W.A.J.P. van den Reek, Informatieplichten en bewijsgaring, in: J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), Ontwerp aanpassing wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Deventer 1997
Reinecke 1976	G. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976
Reinhardt, FS H. Lange 1970	R. Reinhardt, Zivilrechtlicher Schutz des Ansehens und berechtigte Interressenwahrung, in: K. Kuchinke (herg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, München 1970
Rèmond-Gouilloud 1989	M. Rèmond-Gouilloud, Du droit de détruire, Paris 1989
Rép. Proc. Civ. (bewerker)	Répertoire de procédure civile (losbladig), sous le direction de S. Guinchard et A. Dupie, 2e éd., Paris
RGRK (bewerker)	W. Dunz (e.a.), Das Bürgerliche gesetzbuch mit besonderer berücksichtigung der Rechtsprechumg des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar. Band II, 5. Teil §§ 812-831, 12. Aufl., Berlin 1989
Rinderknecht 1993	S. Rinderknecht, Chapter 20. The European Community, in: D. Campbell (ed.), International product liability, London 1993
Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998	G. Ripert, R. Roblot, M. Germain, L. Vogel, Traité de droit commercial. Tome 1, 17e éd., Paris 1998
Rodière, Ripert-bundel 1950	R. Rodière, Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature), in: Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert. Tome II, Paris 1950
Rommé 1989	O. Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, Köln 1989
Rosenberg 1965	L. Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München 1965
Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993	L. Rosenberg, K-H. Schwab, P. Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993
Rutten-Ariëns 1972	C.W. Star Busmann, L.E.H. Rutten, W.H. Ariëns, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, 3e druk, Haarlem 1972
Salmond & Heuston 1996	R.F.V. Heuston, R.A. Buckley, Salmond and Heuston on the law of torts, 21st ed., London 1996
Samuel/Rinkes 1991	G. Samuel, J. Rinkes, The English law of obligations, Nijmegen 1991
Santen, Afscheidsrede 1993	A.H.M. Santen, De kantharos van Stevensweert, Afscheidsrede Amsterdam (UvA), Deventer 1993

Sarda, Travaux H. Capitant 1987	F. Sarda, Rapport Français, in: Travaux de l'association Henri Capitant. Journees Canadiennes. Tome XXXVIII, Paris 1987
Schadevergoeding (bewerker)	Schadevergoeding. Losbladige uitgave onder redactie van A.R. Bloembergen, Deventer
Van Schellen 1985	J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht, Zwolle 1985
Scheltema 1934	F.G. Scheltema, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht. Deel I, Zwolle 1934
Scherer 1996	I. Scherer, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, Köln 1996
Schlechtriem 1991	P. Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Tübingen 1991
Schlemmer-Schulte 1997	S. Schlemmer-Schulte, Beweislast und Grundgesetz, Köln 1997
Schmidt-Salzer 1992	J. Schmidt-Salzer, Kommentar zum Umwelthaftungsrecht, Heidelberg 1992
Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995	J. Schmidt-Salzer, Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip und Beweislastumkehr im Wandel der Zeitströmungen, in: E. Deutsch (u. a), Festschrift für E. Steffen zum 65. Geburtstag, Berlin 1995
Schneider 1994	E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., München 1994
Scholman 1997	G.J. Scholman, Actie tot winstafdracht blijkt slechts wijze van schadebegroting, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.)(red.), Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997
Scholten 1899	P. Scholten, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, diss. Amsterdam (UvA) 1899 (ongewijzigde heruitgave Amsterdam 1999)
Scholten, Verz. Geschr. I 1949	P. Scholten, Over spel en ernst in het recht, opgenomen in: Verzamelde Geschriften van wijlen prof. mr. Paul Scholten, samengesteld door G.J. Scholten (e.a.). Deel I, Zwolle 1949
Schoordijk, Verspreid werk 1991	H.C.F. Schoordijk, Inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis, in: Verspreid werk van prof.mr. H.C.F. Schoordijk, Deventer 1991
Schoordijk, Eggens-bundel 1998	H.C.F. Schoordijk, Eggens (1891-1964) en zijn werk, in: Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens, bezorgd door H.C.F Schoordijk en J.M. Smits, Overveen 1998
Schrage 1998	E.J.H. Schrage, Van delict tot onrechtmatige daad, Nijmegen 1998
Schreuder-Vlasblom 1998	M. Schreuder-Vlasblom, Bestuursrechtelijk bewijsrecht, Dongen 1998
Schulin 1993	B. Schulin, Sozialrecht, 5. Aufl., Düsseldorf 1993
Schuster 1975	W. Schuster, Beweislastumkehr extra legem, Inaugural-Dissertation Freiburg 1975
Schut 1963	G.H.A. Schut, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid, diss. Amsterdam (VU) 1963
Schut 1974	G.H.A. Schut, Produktenaansprakelijkheid, Zwolle 1974
Schut 1997	G.H.A Schut, Onrechtmatige daad, 5e druk, Deventer 1997
Schwab, FS Bruns 1978	K-H. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: W. Frisch (u.a.), Festschrift für H-J Bruns, Köln 1978
Serra 1993	Y. Serra, Le droit Français de la concurrence, Paris 1993
Sieburgh 2000	C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. Groningen 2000

Sluyters 1984	B. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer 1984
Smith 1998	C.E. Smith, Feit en rechtsnorm, diss. Leiden, Maastricht 1998
Smits, Snijders-bundel 1992	P. Smits, De bewijsaandraagplicht als middel tot versnelling van de civiele dagvaardingsprocedure in eerste aanleg, in: R. Zwitser (e.a.) (red.), Tot persistit! (H.J. Snijders-bundel), Arnhem 1992
Snijders, Stein-bundel 1994	W. Snijders, Formeel en materieel recht, in: J. Alberts (e.a.) (red.), Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering. De eerste 'Stein' geworpen (H. Stein-bundel), Zwolle 1994
Snijders-Ynzonides-Meijer 1997	H.J. Snijders, M. Ynzonides, G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 2e druk, Deventer 1997
Solus, Travaux H. Capitant 1950	H. Solus, Rôle du juge dans l'administration de la preuve, in: Travaux de l'association Henri Capitant. Tome V, Paris 1950
Solus/Perrot 1991	H. Solus, R. Perot, Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance, Paris 1991
Spier, Oratie 1990	J. Spier, Sluipende schade, Oratie KUB, Deventer 1990
Spier, JUVAT-bundel 1991	J. Spier, Internationale aspecten van produktenaansprakelijkheid, in: R.R.M. de Moor (e.a.) (red.), Produkt en aansprakelijkheid, Lelystad 1991
Spier, Schoordijk-bundel 1991	J. Spier, Het open stelsel van de onrechtmatige daad, in: B.W.M. Nieskens-Isphording (e.a.)(red.), In het nu, wat worden zal, Opstellen aangeboden aan H.C.F. Schoordijk, Deventer 1991
Spier/Sterk 1993	J. Spier, C.H.W.M. Sterk, Rope-dancing Dutch tort law, Genève 1993
Spier, Asbest-bundel 1994	J. Spier, Asbest en aansprakelijkheid, in: J.M. van Dunné (red.), Asbest en aansprakelijkheid, Arnhem 1994
Spier/Sterk 1995	J. Spier, C.H.W.M. Sterk, Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, Deventer 1995
Spier/Bolt 1996	J. Spier, A.T. Bolt (m.m.v. O.A. Haazen), De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Handelingen NJV, 1996-I, Zwolle 1996
Spier c.s. (auteur) 1997	J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, Deventer 1997
Spier, Afscheidsrede 1999	J. Spier, Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht? Afscheidsrede KUB, Deventer 1999
Spoor/Verkade 1993	J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, Auteursrecht, 2e druk, Deventer 1993
Stadermann, LSA-bundel 1998	F. Stadermann, Het rechterlijk vermoeden bij het bewijs van feiten die leiden tot aanspraken terzake van letselschade, in: F. Stadermann (e.a.), Bewijs en letselschade, Lelystad 1998
Star Busmann 1955	C.W. Star Busmann, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering. Nieuwe uitgave, 2e druk, Haarlem 1955
Starck-Roland-Boyer 1988	B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle, 3e ed., Paris 1988
Staudinger/bewerker 1995	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-292, 13. Aufl. Berlin 1995
Staudinger/bewerker 1996	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Drittes Buch. Sachenrecht §§ 903-924, 13. Aufl., Berlin 1996

Staudinger/bewerker 1997	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 830-838, 13. Aufl., Berlin 1997
Stein, Jonge Balie-bundel 1988	P.A. Stein, De verdeling van de bewijslast, in: Niets dan de waarheid. Jonge Balie Congres 1988, Zwolle 1988
Stein/Rueb 2000	P.A. Stein, A.S. Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, 12e druk, Deventer 2000
Stein/Jonas/bewerker 1997	Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Band 3. §§ 253-299a, 21. Aufl., Tübingen 1997
Sterk 1994	C.H.W.M. Sterk, Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht, diss. Tilburg 1994
Stoll, FS Von Hippel 1967	H. Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: J.Esser (u.a.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967
Storme 1962	M. Storme, De bewijslast in het Belgisch privaatrecht, Gent 1962
Stürner 1976	R. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976
Suijling 1928	J. Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. 1e stuk, 2e gedeelte, 2e druk, Haarlem 1928
T & C BW (auteur)	J.H. Nieuwenhuis (e.a.)(red.), Tekst en Commmentaar burgerlijk wetboek, 3e druk, Deventer 1998
Terré-Simler-Lequette 1999	F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 7e éd., Paris 1999
Thayer 1898	J.B. Thayer, A preliminary treatise on evidence at the common law, Boston 1898, reprinted New York 1969
Thesingh 1961	H. Thesingh, De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure, diss. Groningen 1961
Thévenet 1921	J. Thévenet, Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale, Lyon 1921
Thomas/Putzo 1995	H. Thomas, H. Putzo, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., München 1995
Tiedtke, FS Gernhuber 1993	Die Haftung des Produzenten für die Verletzung von Warnpflichten, in: H. Lange (u.a.), Festschrift für J. Gernhuber, Tübingen 1993
Timmerman 1996	L. Timmerman, De aansprakelijkheid van een syndicaatsleider voor een misleidende prospectus, in: J.R. Schaafsma (e.a.), Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht, Deventer 1996
Tjittes, LSA-bundel 1996	R.P.J.L. Tjittes, Causaliteitsonzekerheid bij massaschade, in: B.Th. Moerkoert (e.a.), Massaschade, Lelystad 1996
Tjittes, LSA-bundel 1999	R.P.J.L. Tjittes, De tijd heelt alle wonden: verjaring en verwerking van het recht op vergoeding van letselschade, in: T. Hartlief (e.a.), Het belang van de dader, Lelystad 1999
Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991	W. Tonkens-Gerkema, De mededelingsplicht van de gedaagde, in: G.J. Bijleveld (e.a.)(red.), Qui bene distinguit bene docet, Arnhem 1991
Le Tourneau/Cadiet 1998	Ph. le Tourneau, L. Cadiet, Droit de la responsabilité, 2e éd., Paris 1998
Traub, FS Nirk 1992	F. Traub, Probleme der Interessenabwägung bei Anwendung des § 3 UWG, in: K. Bruchhausen (u.a.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag, München 1992
Treitel 1999	G.H. Treitel, The law of contract, 10th ed., London 1999
Tunc 1970	A. Tunc, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI torts, Tübingen 1970, Chapter 14

Tunc, Towards-bundel 1998	A. Tunc, Traffic Accident Compensation, in: A.S. Hartkamp (e.a.) (red.), Towards a European Civil Code, 2nd ed., Nijmegen/The Hague 1998
Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974	E. Ulmer, L. Baeumer, W.C. Van Manen, Het recht inzake oneerlijke mededinging in de lidstaten der Europese Economische Gemeenschappen. Deel II, 2 Nederland. Zwolle 1974
Van 1995	A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit, diss. Rotterdam 1995
Van, Van Dunné-bundel 1997	A.J. Van, Res ipsa loquitur: magische woorden of een loze kreet?, in: J. ten Kate (e.a.) (red.), Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata (Van Dunné-bundel), Deventer 1997
Vansweevelt 1992	Th. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis, Antwerpen-Apeldoorn 1992
Veegens/Oppenheim 1921	J.D. Veegens, A.S. Oppenheim, Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissen. Bewijs en verjaring, 3e druk, Haarlem 1921
Veegens-Wiersma 1973	D.J. Veegens, K. Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast, Zwolle 1973
Veegens-Korthals Altes-Groen 1989	D.J. Veegens, A. Korthals Altes, H.A. Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, 3e druk, Zwolle 1989
Van Velthoven/Van Wijk 1997	B.C.J. van Velthoven, P.W. van Wijk, Geschillenbeslechting, in: B.C.J. van Velthoven, P.W. van Wijk (red.), Recht en efficiëntie, Deventer 1997
Verburgh 1970	M.J.P. Verburgh, De bewijslastverdeling in de zestiger jaren, Oratie VU, Zwolle 1970
Verburgh, Verdam-bundel 1971	M.J.P. Verburgh, Vrije of gebonden bewijswaardering - 1953-1971, in: S. Faber (e.a.) (red.), Uit het recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P.J. Verdam, Deventer 1971
Verkade 1986	D.W.F. Verkade, Ongeoorloofde mededinging, 2e druk, Zwolle 1986
Verkade 1992	D.W.F. Verkade, Misleidende reclame. Mon. Nieuw BW B-49, Deventer 1992
Vermeulen 1992	B.P. Vermeulen, Art. 7, eerste lid Grondwet, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek, De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar, 2e druk, Zwolle 1992
Verstappen 1996	J.M.P. Verstappen, Misleidende reclame, in: E.H. Hondius, G.J. Rijken (red.), Consumentenrecht, Deventer 1996
Villegas-Lopez 1951	J.A. Villegas-Lopez, Etude pour une théorie de la charge de la preuve en droit civil, Thèse Paris, 1951
Vincent/Guinchard 1994	J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, 23e éd., Paris 1994
Viney, Rodière-bundel 1981	G. Viney, Responsabilité du fait des produits et atteintes à l'environnement, in: Études offertes à René Rodière, Paris 1981
Viney 1988	G. Viney, Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: effets, Paris 1988
Viney 1995	G. Viney, Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité, 2e éd., Paris 1995
Viney 1998	G. Viney, Le préjudice écologique, in: Resp. Civ. et Ass., Numéro spécial mai 1998
Viney/Jourdain 1998	G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 2e éd., Paris 1998

Vollkommer, FS Baumgärtel 1990	M. Vollkommer, Beweiserleichterungen für den Mandanten bei Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten durch den Anwalt?, in: H. Prütting (red.), Festschrift für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990
Vollkommer, FS Schwab 1990	M. Vollkommer, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, in: P. Gottwald, H. Prütting (red.), Festschrift für K-H. Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990
Völlmar 1952	H.F.A. Völlmar, Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk. Derde deel. Verbintenissen- en bewijsrecht, 2e druk, Zwolle 1952
Vranken, Aansprakelijkheden-bundel 1990	J.B.M. Vranken, Aansprakelijkheden en bewijsrecht, in: M.J. G.C. Raaijmakers (e.a.) (red.), Aansprakelijkheden, Deventer 1990
Vranken, Brunner-bundel 1994	J.B.M. Vranken, Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht, in: T. Hartlief (e.a.) (red.), CJHB. Brunner-bundel, Deventer 1994
Vranken, Barendrecht-bundel 1998	J.B.M. Vranken, De cassatieprocedure in eerste aanleg en hoger beroep, in: Tussen Tilburg en Den Haag: Barendrecht (bundel aangeboden aan J.M. Barendrecht bij zijn afscheid als advocaat), eigen uitgave De Brauw Blackstone Westbroek
Vranken 1999	J.B.M. Vranken, Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg, in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, preadvies NVvP, Den Haag 1999
Wach 1901	A. Wach, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1901
Wahrendorf 1976	V. Wahrendorf, Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln 1976
Van Wassenaer van Catwijk 1991	A.J.O. van Wassenaer van Catwijk, Bewijs en produktenaansprakelijkheid, in: W.J. van der Nat-Verhage (e.a.)(red.), Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk, Utrecht 1991
Van Wassenaer van Catwijk 1991a	A.J.O. van Wassenaer van Catwijk, Produktenaansprakelijkheid in Europees verband, 2e druk, Zwolle 1991
Weber, KF 1989	R. Weber, Karlsruher Forum 1989. Aus der Discussion über Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeiten und Grenzen. Sonderheft Versicherungsrecht (1991)
Weber 1997	H. Weber, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, Tübingen 1997
Weir, Fleming-bundel 1998	T. Weir, The Staggering March of Negligence, in: P. Cane (e.a.) (ed.), The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming, Oxford 1998
Weitnauer, KF 1966	H. Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, in: Beweisfragen im Schadenersatzrecht, Karlsruher Forum 1966, Beiheft Versicherungsrecht, Karlsruhe 1966
Weitnauer, FS Larenz 1973	H. Weitnauer, Beweisfragen in der Produktenhaftung, in: G. Paulus (u.a.), Festschrift für K. Larenz, München 1973
Wertheim 1930	W.F. Wertheim, Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst, diss. Leiden 1930
Westerdijk 1995	R.J.J. Westerdijk, Produktenaansprakelijkheid voor software, diss. Amsterdam (VU) 1995
Graf von Westphalen 1997	F. Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch. Band 1, 2. Aufl., München 1997

Graf von Westphalen 1999	F. Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch. Band 2, 2. Aufl., München 1999
Wezeman 1998	J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer 1998
Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959	J. Wiarda, Het begrip 'bewijzen' in het strafprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht, in: Rechtsbinding en rechtsvinding (Hazewinkel-Suringa-bundel), Leiden 1959
Wiarda 1999	G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 4e druk bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer 1999
Wiersma 1998	H.W. Wiersma, Tussenoordelen en eindbeslissingen, diss. Amsterdam (UvA) 1998
Williams, Eggleston-bundel 1982	C.R. Williams, Placing the burden of proof, in: E. Campbell (ed.), Well and truly tried. Essays in honour of Sir R. Eggleston, Sydney 1982
Winfield & Jolowicz 1998	Winfield & Jolowicz On Tort, 15th ed. by W.V.H. Rogers, London 1998
Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000	Commissie van de Europese Gemeenschappen, Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid, Brussel 2000, COM (2000) 66 def.
Wittmann, FS Baumgärtel 1990	A. Wittmann, Beweisfragen bei (quasi-)vertraglichen Schadenersatzansprüchen von Kapitalanlegern wegen fehlerhafter Anlageobjektinformation im Rahmen von steuerbegünstigten Kapitalanlegen, in: H. Prütting (hrgs.), Festschrift für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990
Wolfsbergen 1946	A. Wolfsbergen, Onrechtmatige Daad, Leiden 1946
Woolf, Interim report 1995	Lord Woolf, Acces to justice. Interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1995
Woolf, Final report 1996	Lord Woolf, Acces to justice. Final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1996
Wussow/bewerker 1996	W. Wussow (e.a.), Unfallhaftpflichtrecht. Gesamtdarstellung, 14. Aufl., Köln 1996
Zippelius 1971	R. Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971
Zöller/bewerker 1999	R. Zöller (e.a.), Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Köln 1999
Zöllner/Loritz 1992	W. Zöllner, K-G. Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992
Zuckerman 1999	A.A.S. Zuckerman, Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure, in: A.A.S. Zuckerman (ed.), Civil justice in crisis, Oxford 1999
Zweigert & Kötz 1998	K. Zweigert, H. Kötz, An introduction to comparative law, translated by T. Weir, 3rd ed., Oxford 1998

DEEL 1

INLEIDING EN AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

Inleiding

'Wie niet bewijzen kan wat hij bewijzen moet, verliest, hij mag het grootste gelijk van de wereld hebben.'

Scholten, Verz. Geschr. I 1949, p. 482-483

1 Doel en afbakening van het onderzoek

De verdeling van de bewijslast wordt wel de ruggengraat van het proces genoemd.[1] De praktijkjurist ziet de bewijslastverdeling wellicht eerder als het spook van procesverlies, glorend aan de horizon van een materieelrechtelijk wellicht wél gewonnen zaak. Zeker is in elk geval dat de verdeling van de bewijslast van groot belang kan zijn in vrijwel elke procedure.[2] Het is dan ook gerechtvaardigd te vragen volgens welke maatstaven in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht de bewijslast verdeeld wordt. Die vraag is zo echter te algemeen gesteld, een nadere afbakening en beperking is vereist.

Het doel van dit boek is te komen tot een theoretisch fundament, op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, voor die gevallen waarin de bewijslastverdeling afwijkt of zou moeten afwijken van wat de hoofdregel van bewijslastverdeling bepaalt. Het is dat doel dat in deze studie, vanuit rechtsvergelijkend oogpunt, centraal staat. Daarmee zijn direct ook de eerste twee beperkingen aangegeven. De eerste is dat ik me hier beperk tot het terrein van het aansprakelijkheidsrecht. Ik kom daarop terug in paragraaf 2.1.

De tweede beperking is dat de hoofdregel van bewijslastverdeling niet ter discussie staat. Deze hoofdregel bepaalt kort gezegd[3] dat hij die zich beroept op een (voor hem gunstig) rechtsgevolg, de bewijslast draagt ten aanzien van de feiten die dienen vast te staan om dat rechtsgevolg te doen intreden.[4] Die regel geldt zowel

---

1 Zie bijvoorbeeld Storme 1962, no. 7; Prütting 1983, p. 19; Baumgärtel 1996, Rdn. 7; Heinrich 1996, p. 261; Schlemmer-Schulte 1997, p. 1. Den Damhouder, aangehaald bij Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 191, sprak over het bewijs als de ziel van het proces.

2 Zie onder andere Asser-Vranken, nr. 52; Asser 1992, p. 40; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 24; Drion, RM Themis 1960, p. 406; Wiersma, RM Themis 1966, p. 465; Verburgh 1970, p. 1 en p. 10; Schoordijk, WPNR 5873 (1988), p. 276; Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 45; Stein/Rueb 2000, p. 94-95; Cross & Tapper 1995, p. 129.

3 Zie nader hoofdstuk III.

4 Zie voor Nederland art. 177 Rv, in het toekomstige procesrecht ongewijzigd opgenomen in art. 2.8.2, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 1-2, welke regel ook voor het bestuursrecht en het fiscale recht lijkt te gelden, aldus Asscher-Vonk, AA 1999, p. 453 en 455, en Koopman 1996, p. 32, 36 en 109, en wellicht zelfs voor het strafrecht, zie Borgers & Kristen, AA 1999, p. 866 e.v., met name p. 873. Vergelijk verder onder andere Rosenberg 1965, p. 12; Cross & Tapper, 1995,

voor de eiser als voor de gedaagde. De gedaagde wordt als het ware eiser indien hij een beroep doet op een zelfstandig rechtsgevolg, los van een ontkenning van de stelling van de eiser. Het gaat er hierbij met name om te bepalen of er sprake is van een 'zelfstandig verweer' van de gedaagde.[5]

Deze beperking van het onderzoek is een bewuste keuze geweest, ingegeven door de overtuiging dat die hoofdregel van bewijslastverdeling zo fundamenteel en vanzelfsprekend[6] is dat aan de gelding daarvan eigenlijk niet te tornen valt.[7] In het verleden is men wel op zoek geweest naar een (nieuwe) theoretische fundering met betrekking tot die hoofdregel, maar dat heeft niet tot een aanvaardbare theorie geleid die afwijkt van de hiervoor beschreven regel.[8] In deze studie zal derhalve uitgegaan worden van het bestaan en de gelding van deze hoofdregel en zal de nadruk liggen op het onderzoek naar het bestaan van en de theoretische rechtvaardigingen voor een eventueel afwijken van die hoofdregel.[9]

Ik sprak tot nog toe over de regels van 'bewijslast'. In het vervolg zal ik echter de term *bewijsrisico* gebruiken in plaats van de term 'bewijslast'.[10] Waar het in dit onderzoek in eerste instantie om gaat, zijn de regels van bewijsrisico: de regels die bepalen welke partij aan het eind van de procedure, als gebleken is dat de feiten niet zijn komen vast te staan, een zogenaamd *non liquet* (zie par. 3), de gevolgen

---

p. 132; Keane 1996, p. 76; Diephuis 1885, p. 305; Asser 1998, p. 41, alsmede het rechtsvergelijkende overzicht bij Prütting 1983, p. 270-277. Zie ook hoofdstuk III, waar ik nader in zal gaan op de theoretische achtergrond van deze hoofdregel, die overigens ook rechtseconomisch bezien de beste papieren lijkt te hebben, aldus Hay & Spier, J. Legal Stud. 1997, p. 413 e.v., met name p. 424 e.v., en Posner, Evidence 1999, p. 32-33 en 41.

5 Zie de conclusie van A-G Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap Nederland BV/International Shellfish BV), nr. 3.33, waarover par. III.3; Verpaalen, WPNR 5205 (1973), p. 76; Van Boneval Faure 1896, p. 23.

6 Als men de suggestie van Asser-Vranken, nr. 51, volgt en de bewijslastverdeling uit de wet zou schrappen, zou deze hoofdregel in dezelfde vorm gehandhaafd blijven, zoals Vranken zelf ook al aangeeft (nr. 50).

7 Zie par. III.2., en vergelijk verder Thévenet 1921, p. 277; Pohle, AcP 1955, p. 167; Lepa 1963, p. 45 en p. 63 e.v.; Schwab, FS Bruns 1978, p. 518; Prütting 1983, p. 278; Arens, ZZP 1983, p. 1; Heinrich 1996, p. 80; Hamaker, Verspreide Geschriften V, 1912, p. 3; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654; Van Santen, Afscheidsrede 1993, p. 29; Asser-Vranken, nr. 50; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 628; Huet, noot onder Civ. 1re, 28 mars 1995, D. 1995, Jur. 517, op p. 518. In Duitsland werd § 193 Ontwerp-BGB uiteindelijk geschrapt, omdat de daarin verwoorde hoofdregel van bewijslastverdeling als vanzelfsprekend werd gezien. Suijling 1928, no. 373, p. 93, spreekt van een beginsel. Meijers, VPO II 1955, p. 213, spreekt zelfs van een axioma.

8 Zie par. III.2. Zoals we overigens nog zullen zien in par. XIV.3.3.9, kan het resultaat van het onderhavige onderzoek ook, althans gedeeltelijk, een verklaring geven voor het bestaan en de inhoud van deze hoofdregel.

9 Zo ook Schwab, FS Bruns 1978, p. 518, en minder expliciet Baumgärtel 1996, Rdn. 169. Bovendien is het die vraag die in de huidige tijd (praktisch) van belang is. Ik wijs hier slechts op de asbest-problematiek. Vergelijk ook Bydlinski, KF 1989, p. 34, die erop wijst dat geregeld met het oog op de lastige gevallen diverse nieuwe concepten voor de bewijslastverdeling ontworpen worden, welke er uiteindelijk toe leiden dat ook de makkelijke gevallen niet meer op te lossen zijn. Een van de doelen is dus om die makkelijke gevallen 'buiten schot' te laten. Door van de gelding van de hoofdregel uit te gaan, hoop ik zulks te bereiken.

10 Zie nader par. 3.

dient te dragen van die situatie.[11] Met andere woorden, wie verliest uiteindelijk het geschilpunt als de feiten niet opgehelderd zijn?

Hierin is een derde beperking van dit onderzoek gelegen. Immers, de nadruk leggen op de uiteindelijke beslissing van de rechter, waarbij het enige vaststaande 'feit' is dat de wezenlijke feiten in de procedure niet voldoende vaststaan, dus nadat de gehele procedure van waarheidsvinding achter de rug is, brengt mee dat die daaraan voorafgaande fase in beginsel, afgezien van het behandelde in hoofdstuk II, buiten beschouwing blijft. De fase in het proces waarbij de partijen al dan niet met informatie naar buiten treden en de rechter partijen al dan niet beweegt tot het openbaren van de informatie die zij onder zich hebben of zouden kunnen krijgen, wordt zodoende gepasseerd. Mij ten volle realiserend dat zo een groot en verwant onderzoeksterrein wordt uitgesloten, meen ik toch deze keuze gerechtvaardigd te (hebben) kunnen maken.

Ten eerste zou ik er in dat kader op willen wijzen dat die voorfase[12] van de feitengaring op een eerder moment in het proces een andere functie vervult dan de bewijsrisicoverdeling die in de eindfase van de procedure speelt. Waar het in die voorfase gaat om het boven water krijgen van alle relevante informatie - denk aan aanvullende stelplichten en medewerkingsplichten van partijen, maar ook aan de bevoegdheden van de rechter in dat kader zoals bijvoorbeeld bij de comparitie van partijen - is de vraag naar het bewijsrisico pas echt[13] beslissend op het moment dat die voorfase niet tot een bevredigend resultaat geleid heeft.[14] Het vraagstuk van de bewijsrisicoverdeling komt pas aan de orde indien de waarheidsvinding

---

11 Vergelijk Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 11; Grünebaum 1904, p. 56, 60 en 62; Storme 1962, no. 6; Heinrich 1996, p. 8; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 23. Een analyse in termen van 'risico's' is tevens mogelijk ten aanzien van de stelplicht, zie Le Bars 1997, no. 344 e.v.; Schlemmer-Schulte 1997, p. 14; Asser 1990, p. 47.

12 Met 'de voorfase' bedoel ik het hele 'gebeuren' voorafgaand aan het punt waarop de rechter tot de conclusie komt dat in de procedure zoals die voor hem ligt, de feiten niet opgehelderd zijn en hij dus dient te beslissen op basis van de toepasselijke regel van bewijsrisicoverdeling. Kwesties als stelplicht, betwisting, bewijsaanbod, bewijsopdracht, bewijswaardering, bewijsmiddelen, bewijskracht en vermoedens blijven dus in principe buiten beschouwing, al zal in het vervolg blijken dat (gedeeltelijke) behandeling van diverse van die onderwerpen toch plaatsvindt. Het gaat hierbij dan meestal om de afbakening van deze onderwerpen ten opzichte van het eigenlijke onderwerp van deze studie: de bewijsrisicoverdeling.

13 Natuurlijk speelt de vraag naar de bewijsrisicoverdeling al eerder, zie Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 11; Güldner 1965, p. 4; Heinrich 1996, p. 20-21; Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 45, bijvoorbeeld als het gaat om de vraag wie in de procedure aan bod is om gegevens naar voren te brengen. Daarmee heeft de rechter ook een instrument in handen om sturend op te treden. Mijns inziens dient de verdeling van het bewijsrisico op dat eerdere moment in beginsel te geschieden op basis van dezelfde regels die gelden als het gaat om de verdeling van het bewijsrisico aan het eind van de procedure, tenzij er op basis van de procedure in concreto aanwijzingen voorhanden zijn die een andere regeling rechtvaardigen, zie nader par. XIV.3.5. Dan gaat het echter om een beslissing op basis van de (voorlopige) bewijswaardering, die onderscheiden dient te worden van de beslissing omtrent het bewijsrisico, zie par. II.4.1. Het bewijsrisico speelt daarnaast natuurlijk al bij de vraag of procederen wel zinvol is, zie Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 12.

14 Zie in dit verband ook *Huyton-with-Roby Urban District Council* v. *Hunter* [1955] 2 All ER 398, op p. 401, en *Pickford* v. *ICI* [1998] 3 All ER 462, op p. 472.

en de bewijswaardering niet tot het ook door mij gewenste[15] resultaat - beslissen op basis van vaststaande feiten - heeft geleid. De feitengaring gaat dus aan de bewijsrisicoverdeling vooraf. Beide 'leerstukken'vervullen tevens een andere functie: het bevorderen van de bewijsgaring zodat op basis van vaststaande feiten beslist kan worden, respectievelijk het beslissen van het geschilpunt wanneer de feiten niet zijn komen vast te staan. Ik richt mij, zoals gezegd, op het tweede 'leerstuk' en dus op de situatie dat het eerste 'leerstuk' niet tot een beslissing in het voorliggende geval heeft geleid.[16]

De tweede rechtvaardiging voor deze beperking hangt met de vorige samen. In de zojuist genoemde eindfase van de procedure, waar het om niets anders gaat of kan gaan dan winnen of verliezen - afhankelijk van hoe de verdeling van het bewijsrisico zal luiden,[17] omdat in dat stadium inmiddels gebleken is dat de bewijsvoering niet tot vaststaande feiten heeft geleid -, komt de problematiek waar het hier om gaat het scherpst naar voren.[18] Partij A of partij B zal verliezen, omdat de bewijsrisicoverdeling dat nu eenmaal zo bepaalt. Als wij op zoek gaan naar het theoretische fundament van de regels op dit terrein, is het wenselijk de kwestie zo scherp mogelijk te stellen, teneinde de best mogelijke oplossingen te verkrijgen. Mogelijke uitwegen voor de rechter, die het antwoord op de gestelde vraag kunnen vertroebelen, dienen afgesloten te zijn. Vandaar dat ik mij, op zoek naar de best mogelijke antwoorden, richt op die fase in de procedure waarin de kwestie zo scherp mogelijk gesteld is.

Daarmee is niet gezegd dat de vragen die in de eindfase spelen, geïsoleerd van de voorfase bekeken kunnen worden, noch dat die voorfase los gezien kan worden van de regels van bewijsrisicoverdeling. Men kan beide terreinen wel onderscheiden, maar dat wil niet zeggen dat er geen wisselwerking plaatsvindt. Beide terreinen beïnvloeden elkaar. Hoever die beïnvloeding gaat, kan hier echter niet tot in detail onderzocht worden.[19] Wel is duidelijk dat indien men de bedoelde

15 Immers, beslissingen op basis van de bewijsrisicoverdeling laten de 'toehoorders' geregeld verwonderd achter. Niemand krijgt echt gelijk of ongelijk, maar een der partijen wordt wel met de negatieve gevolgen afgescheept. Dat zulke beslissingen weinig bewondering opwekken, is dan niet vreemd te noemen, maar feit blijft wel dat dit soort beslissingen onvermijdelijk zijn, ten minste zolang de rechter gedwongen is recht te spreken, ook als hij er (feitelijk) niet uitkomt (art. 13 Wet Algemene Bepalingen en art. 1.3.8. van het wetsvoorstel tot herziening van het burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 1-2).

16 Op de vraag hoe vaak die situatie zich nog zal voordoen gezien de gewijzigde opvattingen op dit terrein, zal ik hieronder, in hoofdstuk II, ingaan. Ik kan nu reeds zeggen dat mijns inziens die ontwikkelingen niet zodanig zijn dat het hier behandelde onderwerp overbodig geworden is, maar dat zal niet verbazen als zo'n opmerking komt van de auteur van een boek als het onderhavige. Ik realiseer mij dat ik wat dat betreft niet onbevooroordeeld ben. Zo ook echter Güldner 1965, p. 3, en Gmehling 1989, p. 45.

17 Een tussenweg is er niet, aldus bijvoorbeeld Koopman 1996, p. 266. Zie hierover ook, en voor een eventuele, doch zeer exceptionele uitweg uit deze alles of niets-situatie, Giesen 1997, p. 117 e.v.

18 Hiermee is geenszins bedoeld te zeggen dat de bewijsvoering nooit succesvol kan zijn. Bedoeld is alleen dat de bewijsrisicoverdeling pas speelt als de bewijsvoering niet geslaagd is.

19 Een aanzet daartoe is te vinden in hoofdstuk II en in par. XIV.3.5.

wederzijdse effecten wil 'meten', de beide terreinen waartussen die wisselwerking plaatsvindt, afgebakend dienen te zijn. In het eerder genoemde doel van deze studie ligt besloten dat één van die terreinen, de bewijsrisicoverdeling, hier afgebakend zal worden.

2 (Rechtsvergelijkende) Verantwoording

2.1 Algemene verantwoording

Een onderzoek naar de theoretische achtergronden van de bewijsrisicoverdeling wordt mijns inziens gerechtvaardigd door het grote belang dat het bewijsrecht, en speciaal de regeling van het bewijsrisico, heeft voor de praktijk. Recht hebben en recht krijgen is niet hetzelfde. De ontbrekende schakel is vaak het bewijs. Wie zijn rechten niet kan staven, blijkt uiteindelijk zonder rechten.[20] Een tweede rechtvaardiging voor dit onderzoek is dat het bewijsrecht en de verdeling van het bewijsrisico er de laatste jaren nogal bekaaid vanaf zijn gekomen in juridisch Nederland.[21] Als er al iets gezegd wordt over de bewijsrisicoverdeling, gebeurt dat meestal in een enkele zin of alinea of in een sub-paragraaf. Dat gebrek aan belangstelling strookt niet met het belang van dit onderwerp. Bovendien blijkt, wellicht mede door dat gebrek aan aandacht, dat de dogmatische uitgangspunten op dit terrein niet altijd onderkend en/of toegepast worden.

Waarom is het onderzoek gericht op het (delictuele) aansprakelijkheidsrecht?[22] Natuurlijk had ook een ander rechtsgebied onderzocht kunnen worden, maar de keuze voor het aansprakelijkheidsrecht lijkt gerechtvaardigd als men bedenkt dat het juist op dat terrein regelmatig tot een *non liquet* komt.

De verklaring daarvoor is volgens Lepa vier-ledig:[23] Ten eerste is juist op dit terrein de bewijslevering vaak moeilijk. Partijen treffen elkaar voor het eerst, vaak bij een plotselinge gebeurtenis, waardoor het (bij voorbaat) verzamelen van

---

20 Vergelijk Scholten, Verz. Geschr. I 1949, p. 482-483; Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 191-192; Bloembergen, Oratie 1965, p. 14; Verburgh 1970, p. 1; Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, no. 199; Asser 1999, nr. 4.1; Solus, Travaux H. Capitant 1950, p. 129; Levy 1954, p. 97; Esmein 1954-1955, p. 204; Legeais 1955, p. 1; Cadiet 1998, no. 1167; Habscheid, FS Baumgärtel 1990, p. 105; Hoffmann 1992, p. 102, en par. 1 hiervoor.

21 Vergelijk Veegens-Wiersma 1973, p. 4; Schoordijk, WPNR 5873 (1988), p. 276; Van Dunné, TMA 1999, p. 145-146. Anders: Koopman 1996, p. 6. In de rechtspraak lijkt overigens een kentering in gang gezet te zijn, gezien het aantal uitspraken dat (mede) betrekking heeft op het bewijsrecht.

22 In de keuze voor het aansprakelijkheidsrecht schuilt tevens een beperking van het onderzoek tot dagvaardingsprocedures. De bewijsrisicoverdeling speelt overigens ook een rol in verzoekschriftprocedures, zie Asser 1992, p. 7; Heinrich 1996, p. 21. Voor beide soorten procedures wordt het bewijsrecht tegenwoordig steeds meer gelijk getrokken, zie bijvoorbeeld HR 28 mei 1999, NJ 1999, 694 nt. HJS (G./L.), en Stein/Rueb 2000, p. 92.

23 Lepa 1988, p. 9-10. Zie tevens Cane 1999, p. 155-156.

bewijsmiddelen onmogelijk of zeer moeilijk is en de waarneming door getuigen bemoeilijkt wordt. Zo ontstaat er een bewijsprobleem dat alleen maar in omvang toeneemt doordat de gedaagde daarop regelmatig inspeelt door alles te ontkennen. Ten tweede is de persoonlijke betrokkenheid vaak groot. Men zal alles doen om de eigen handelingen te rechtvaardigen en daaraan zo sterk vasthouden dat men het zelf gaat geloven.[24] Ten derde speelt het afwentelen van financiële gevolgen een rol. Men is bereid te procederen en alles uit de kast te halen, ook als er verzekeringsdekking bestaat, al was het maar om de *no claim*-korting (of de winstmarge van de verzekeraar) te redden, ook als de feiten zo onduidelijk zijn dat procederen eigenlijk niet loont. Een vierde element is dat in het aansprakelijkheidsrecht open normen[25] een grote rol spelen. Daardoor wordt de moeilijkheid van de rechtstoepassing verschoven naar de feitenvaststelling of wordt er een waardering verlangd die een uitgebreide feitenvaststelling vereist.[26]

Uiteraard speelde ook mee dat er nu eenmaal een keuze voor een bepaald rechtsgebied gemaakt moest worden.[27] De bewijsrisicoverdeling kan op elk terrein een rol spelen, maar het zou te ver voeren om op al die rechtsgebieden in te gaan.[28]

Opmerking verdient nog dat in het navolgende het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op de voorgrond zal staan. Dat ligt besloten in de keuze om in het tweede deel van dit onderzoek een aantal positiefrechtelijke onderwerpen te behandelen die zich grotendeels op dat terrein bevinden.[29] Het contractuele aansprakelijkheidsrecht is daarmee niet geheel uitgesloten, maar wel op de achtergrond geraakt. In zekere zin is dat ook logisch omdat zich op dat terrein minder snel echte bewijsproblemen zullen voordoen.[30]

---

24 Personen die in dat stadium geraken, mogen geenszins afgeschilderd worden als oneerlijk of zonder verantwoordelijkheidsbesef. In feite is het hele aansprakelijkheidsrecht gebouwd op deze neiging om verantwoordelijkheid af te schuiven. Vergelijk ook Schut 1997, p. 2.

25 Hiermee is geen (negatief) waardeoordeel over open normen geïmpliceerd. Sterker nog, ik zie niet in hoe het recht anders te werk zou kunnen gaan op dit terrein. Waar de wetgever gepoogd heeft tot scherpere normen te komen, is de rechter genoodzaakt geweest dat systeem te doorbreken, men zie het Duitse recht en hierover Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 49 e.v.

26 De aanwezigheid van open normen speelt uiteraard ook op vele andere terreinen een rol, maar aldaar zijn de overige drie elementen vaak minder sterk aanwezig.

27 Tegen elke vorm van inperking van het onderzoeksterrein is Prütting 1983, p. 181. Dat komt mijns inziens voort uit de door hem gekozen opzet. Hij is namelijk op zoek naar een herformulering van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Daarvoor is inderdaad een alomvattende studie vereist. Binnen de hier gekozen opzet is dat echter niet nodig.

28 Bij die keuze speelde ook mijn persoonlijke voorkeur een rol. Ik zal de lezer echter niet vermoeien met lovende verhalen over de dynamiek van dit rechtsgebied en over de normatief gekleurde vragen die bij toepassing ervan steeds weer rijzen. Zie over dat laatste aspect Cane 1997, p. 2, 9, en 39.

29 Over het hoe en waarom van juist die onderwerpen, zie par. IV.1.

30 De vier redenen die Lepa (1988, p. 9-10) noemt waarom zich op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht bewijsproblemen voordoen, spelen voornamelijk in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid. Binnen contractuele relaties kennen partijen elkaar al, zijn er bewijsmiddelen voorradig, en moet (wil) men vaak met elkaar verder, zodat men zal trachten escalatie (bijvoorbeeld door alles te blijven ontkennen) te voorkomen, vergelijk bijvoorbeeld Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, NJB 1998, p. 2060 en 2061.

2.2 *Rechtsvergelijkende verantwoording*[31]

Deze studie is opgezet als een rechtsvergelijkend onderzoek. Over nut en noodzaak daarvan is niet getwijfeld. De mogelijkheid dat inspiratie en derhalve kennis geput zou kunnen worden uit de regels zoals die in de ons omringende stelsels bestaan, is mijns inziens voldoende om een rechtsvergelijkende aanpak te rechtvaardigen.

Het 'doel' van de rechtsvergelijking is het vergaren van kennis van mogelijke oplossingen voor het bewijsrisicoverdelingsvraagstuk, zowel op positiefrechtelijk als op theoretisch vlak. Rechtsvergelijking als inspiratiebron, als bron van kennis derhalve.[32] De verworven kennis zal dan toegepast worden ter aanvulling en/of verbetering van het Nederlandse recht.[33]

Qua methode is hier de functionele benadering gevolgd. Het gaat bij deze methode kort gezegd hierom dat rechtsregels vergeleken worden die dezelfde functie vervullen in de diverse rechtsstelsels.[34] De 'keuze' voor die methode vloeide eigenlijk direct voort uit het onderwerp. Immers, de regels van bewijsrisico geven in elk stelsel een antwoord op dezelfde vraag, als oplossing voor hetzelfde probleem, en vervullen dus overal dezelfde functie:[35] ze bepalen hoe de rechter het bewijsrisico dient te verdelen en daarmee hoe hij dient te beslissen indien een bepaald feit niet is bewezen. Met andere woorden: hoe wordt het geschilpunt beslist als er sprake is van een *non liquet*?[36]

Indien de functionele benadering gehanteerd wordt, met als doel om kennis te verwerven, brengt dat mijns inziens met zich dat niet volstaan kan worden met, om het gechargeerd te zeggen, de enkele vermelding van die auteur of uitspraak die het betoogde ondersteunt. Om echt waardevol te kunnen zijn, dient de rechtsvergelijkende component tot op zekere hoogte in zijn nationale kader geplaatst te worden. Dat betekent dat ook aandacht besteed zal moeten worden aan de ruimere

---

31 Hiermee doel ik op externe rechtsvergelijking. De intern rechtsvergelijkende methode is, op een enkele uitzondering na, niet gehanteerd. Zie over bewijs(risico) in het strafrecht en het (fiscale) bestuursrecht onder andere Borgers & Kristen, AA 1999, p. 866 e.v.; Hartmann, AA 1999, p. 217 e.v.; Nijboer 2000; Schreuder-Vlasblom 1998; Koopman 1996; Leenders 1997, p. 13-50; Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 308 e.v.; Simon, JBplus 1999, p. 25 e.v.

32 Zie over de doeleinden van rechtsvergelijkend onderzoek Zweigert & Kötz 1998, p. 15 e.v., en Oderkerk 1999, p. 15 e.v. en p. 221 e.v., die kennisvermeerdering als het enige echte doel van rechtsvergelijking ziet.

33 Daarin is derhalve het nut gelegen, zie over dit onderscheid tussen 'doel' en 'nut', Oderkerk 1999, p. 21 en p. 222. Binnen het door Oderkerk 1999, p. 223, gemaakte onderscheid is mijn doel te omschrijven als 'progressie-gerichte reflectie'. Het gaat mij dus niet louter om de kennisvermeerdering, waarover kritisch De Boer, AA 1994, p. 308.

34 Zie daarover onder andere Zweigert & Kötz 1998, p. 34 e.v., en Oderkerk 1999, p. 67 e.v. en p. 233 e.v. Naar de omschrijving van Oderkerk 1999, p. 236, hanteer ik de 'problem-solving approach'.

35 Daarin ligt derhalve de 'gemeenschappelijke eigenschap' van mijn onderwerp binnen de onderzochte stelsels, vergelijk Oderkerk 1999, p. 63-66; Zweigert & Kötz 1998, p. 34.

36 Over dat begrip, zie par. 3. Men zou de verdeling van het bewijsrisico wellicht ook als een 'rechtsinstituut' kunnen zien, waardoor ik opeens een functioneel-institutionele methode (zie Oderkerk 1999, p. 236) gevolgd zou hebben. Voor mij staat echter het *non liquet-probleem* centraal.

context van die buitenlandse 'oplossing', en derhalve aan het aansprakelijkheidsrecht en het bewijsrecht van de hier gekozen rechtsstelsels. Dat mijn beschouwingen daardoor meer ruimte in beslag nemen, is onvermijdelijk.[37]

Over de selectie van de te behandelen rechtsstelsels wil ik nog het volgende opmerken.[38] Gekozen is voor drie rechtsstelsels om ons heen, te weten het Engelse, het Franse en het Duitse,[39] waarvan verwacht mag worden dat de maatschappelijke ontwikkelingen niet al te zeer uit de pas zullen lopen met de Nederlandse.[40] Daarbij is rekening gehouden met het feit dat zodoende drie 'systemen' ('families') van rechtsstelsels vertegenwoordigd zijn, waarbij de 'moeder'-landen van die 'families' de voorkeur gekregen hebben.[41] Bovendien kennen die drie landen elk een eigen systeem van aansprakelijkheidsrecht, waardoor diversiteit binnen de oplossingen wellicht het best benaderd zou kunnen worden.[42] Naast voornoemde redenen, die voornamelijk ingegeven zijn door het doel van kennisvermeerdering, speelden bij de uiteindelijk gemaakte keuze ook nog mijn (gebrek aan) talenkennis en mijn voorkennis met betrekking tot de onderzochte stelsels, een rol.[43]

De rechtsvergelijking[44] vindt met name plaats in Deel 2 van dit boek, hoewel ze elders niet (geheel) zal ontbreken. Wellicht rijst echter bij lezing van dat tweede deel de gedachte dat de rechtsvergelijkende methode niet tot in de finesses gevolgd is. Die methode verlangt na de beschrijving van het geldende recht in de diverse stelsels immers een verklaring van de overeenkomsten en verschillen en (eventueel) een waardering van de verkregen resultaten,[45] terwijl die verklaring en waardering

37 Het staat de lezer uiteraard vrij die beschouwingen over te slaan. Ik pretendeer overigens niet dat mijn opmerkingen over die rechtsstelsels uitputtend zijn. Veel meer dan een korte introductie per onderwerp geef ik niet.

38 Zie daarover Oderkerk 1999, p. 47 e.v. en p. 228 e.v., en Zweigert & Kötz 1998, p. 40 e.v.

39 Vergelijk De Groot, Oratie 1989, p. 23.

40 Vergelijk Oderkerk 1999, p. 55. De Verenigde Staten zijn (mede) om die reden in beginsel buiten beschouwing gebleven. Het aansprakelijkheidsrecht vervult daar een andere rol, grof gezegd die welke de sociale zekerheidswetgeving in de Europese landen vervult. Overigens dient opgemerkt te worden dat zo nu en dan wel andere, niet-Engelse, Anglo-Saksische bronnen gebruikt zullen worden. Binnen de 'Commonwealth'-structuur is zulks soms onvermijdelijk.

41 Waardoor bijvoorbeeld het Belgische recht afviel, net zoals het Zwitserse en het Oostenrijkse. Zie hierover verder Oderkerk 1999, p. 52 e.v. Nu het doel van de vergelijking kennisvermeerdering is, lijkt het hanteren van voornoemd criterium geoorloofd, zie Oderkerk 1999, p. 54 en 231, en De Boer, AA 1994, p. 308.

42 Zie Oderkerk 1999, p. 231. Met betrekking tot het Engelse recht nog het volgende. Men heeft aldaar geen hoge dunk van de bewijsrisicoverdeling, zie par. II.4.3 en III.2.1. Opname van dat stelsel is mijns inziens toch zinvol omdat daarmee ook een andere mogelijke benadering getoond wordt, terwijl daaruit bovendien blijkt dat zelfs dan de regels van bewijsrisicoverdeling onmisbaar zijn.

43 Zie Oderkerk 1999, p. 58-59 en 231. Daardoor ontbreken bijvoorbeeld het Italiaanse en Spaanse recht. Voor de volledigheid merk ik nog op dat ook de factor 'tijd' van wezenlijke invloed was.

44 Naast de drie hiervoor behandelde vragen onderscheidt Oderkerk 1999, p. 11, p. 31 e.v. en p. 223 e.v., nog een belangrijke voorvraag, namelijk die naar het object en onderwerp van het onderzoek. Ik meen dat daarover in het voorgaande genoeg gezegd is.

45 Vergelijk Zweigert & Kötz 1998, p. 43-47. Over de vraag of een waardering van de verkregen resultaten inderdaad vereist is, zijn de meningen verdeeld, zie Oderkerk 1999, p. 6, noot 16.

hier niet steeds expliciet naar voren komt.[46] De reden daarvoor is dat zulks niet binnen de opzet van dit boek zou passen, omdat het tweede, positiefrechtelijke deel van dit boek voornamelijk bedoeld is om de argumenten die bij een bewijsrisico-omkering zouden kunnen meespelen, bloot te leggen. Het gaat derhalve niet in de eerste plaats om het 'aanwijzen' van de meest wenselijke positiefrechtelijke oplossing per deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht.[47] Ik meen echter dat met het naar voren halen van die achterliggende argumenten tevens een verklaring voor de overeenkomsten en verschillen gegeven is. En voor wat betreft de waardering van de uitkomsten: een onderzoeker kan er moeilijk omheen zijn eigen voorkeur te laten doorschemeren. Ik denk dat ik daarop geen uitzondering vorm.

3 Enkele definities

In deze paragraaf worden enkele essentiële begrippen geïntroduceerd en gedefinieerd.[48] Allereerst het begrip *bewijzen*. Ik versta daaronder 'de activiteit die leidt tot het door de rechter als vaststaand aannemen van bepaalde rechten of feiten.'[49] De *bewijswaarderingsmaatstaf*, de mate van bewijs die in het kader van de bewijswaardering nodig is om te kunnen zeggen dat iets inderdaad bewezen is, is in Nederland nog nauwelijks onderwerp van discussie geweest. Met Asser ga ik er voorlopig vanuit dat 'de rechter (...) een redelijke mate van zekerheid (dient) te krijgen omtrent het bestaan van bepaalde feiten.'[50] Wanneer die 'redelijke mate van zekerheid' bereikt is, is eigenlijk nauwelijks nader aan te geven. Wel wordt algemeen erkend dat in sommige gevallen het *aannemelijk maken* van een feit volstaat. Wanneer een feit 'aannemelijk' is, is overigens evenmin eenvoudig te bepalen. Het is echter wel duidelijk dat in die gevallen met een mindere mate van zekerheid genoegen genomen mag worden. Het gaat hier om een lichtere vorm van bewijslevering.[51]

---

46 Het 'verwijt' dat er louter 'Auslandsrechtskunde' (zie Oderkerk 1999, p. 5, en De Boer, AA 1994, p. 304-305; anders: De Groot, Oratie 1989, p. 3) bedreven is, is dan wellicht te maken. Dat zij dan zo. De rechtvaardiging voor mijn werkwijze, die ik zelf wel als rechtsvergelijking zou willen bestempelen, volgt hierna.

47 Een uitzondering daarop vormt wellicht hoofdstuk VIII, maar de eerdere uitgave van dat deel van het onderzoek (zie Giesen 1999), maakte die ietwat andere insteek noodzakelijk.

48 Een deel van het hiernavolgende is overgenomen uit Giesen 1999, p. 4 e.v.

49 Asser 1992, p. 13. Zie verder bijvoorbeeld Hartmann, AA 1999, p. 218. Er zijn vele definities van deze term in omloop, maar alle komen in de kern hierop neer dat de rechter overtuigd moet worden door de procespartijen. Het zijn dus de partijen die bewijzen, zie Kremer 1999, p. 81; Stein/Rueb 2000, p. 94.

50 Asser 1992, p. 14, met verdere verwijzingen, en Scheltema 1934, p. 35-36. Zie verder par. II.4.

51 Zie Asser 1992, p. 15. Dit wil niet zeggen dat het hier niet meer om een vorm van bewijzen zou gaan, zoals Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225, lijkt te suggereren. Zie reeds de conclusie van Tak voor HR 17 maart 1932, NJ 1932, 918 (Bijlsma/Schoonhoven), op p. 919, alsmede Giesen, NJB 1998, p. 1632, en Asser 1992, p. 15. Zie ook par. II.4.3.

Bewijsvoering of *bewijslevering*, het in een procedure brengen van bewijsmiddelen teneinde de rechter te overtuigen, is in principe alleen nodig ten aanzien van gestelde én voldoende betwiste feiten.[52] *Stelplicht* wil dan zeggen dat een partij verplicht[53] is zoveel feiten aan te voeren in de procedure als voor toewijzing van de vordering of voor erkenning van het verweer nodig is.[54] Als bepaalde feiten niet of onvoldoende betwist zijn, dient de rechter die feiten als vaststaand te beschouwen.[55] Aan de bewijsrisicoverdeling komen we dan niet meer toe. De feiten staan dan immers al vast.[56]

Of er sprake was van een voldoende gemotiveerde betwisting, is een vraag die de laatste jaren aan belang heeft gewonnen in verband met de opkomst van de *aanvullende stelplicht*. Daarmee wordt bedoeld de plicht van (meestal) de gedaagde om zijn betwisting van een door de eiser gesteld feit nader te motiveren. Hij dient met extra feitelijke gegevens te komen. Als dat niet gebeurt, is de betwisting onvoldoende en moet de rechter het feit als vaststaand beschouwen.[57]

Het *non liquet* werd hiervoor al genoemd. Ik doel daarmee op die situatie dat het te bewijzen feit, ook na bewijsvoering door de partijen, niet is komen vast te staan, omdat de rechter niet de daarvoor benodigde overtuiging heeft verkregen. De *bewijsrisicoverdeling* betreft dan de vraag, ook dat kwam al naar voren, wie het geschilpunt - en daarmee veelal de procedure - verliest in zo'n *non liquet*-situatie. Met andere woorden: wie dient het risico te dragen indien bepaalde feiten in de procedure naar de overtuiging van de rechter niet zijn bewezen.[58] Het is in Nederland gebruikelijk om te dien aanzien over 'bewijslast' te spreken, maar ik prefereer de term bewijsrisico, omdat zodoende beter een onderscheid gemaakt kan worden tussen twee aspecten van het begrip 'bewijslast', namelijk het bewijsrisico en de bewijsvoeringslast. Dat zijn de twee termen die ik in het vervolg zal gebruiken.

Het gaat in dit boek met name om de bewijsrisicoverdeling en niet primair om de verdeling van de bewijsvoeringslast, hoewel wij dit begrip ook nog

---

52 Erkende of niet of voldoende betwiste feiten behoeven geen bewijs. Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels hoeven niet gesteld en bewezen te worden, zie art. 176 lid 2 Rv.

53 'Verplicht' in de zin dat procesverlies volgt als aan die plicht niet voldaan is.

54 Zie Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 13; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 24, alsmede par. II.3.

55 Art. 176 lid 1 Rv. Zie over het belang van deze regel vooral Vranken, Barendrecht-bundel 1998, p. 37, die concludeert dat de stelplicht 'onnoemelijk veel belangrijker is dan de bewijslastverdeling', omdat de rechter het gestelde zal waarderen en op basis daarvan een bewijsopdracht zal verstrekken. Vranken miskent echter dat het dan de (voorlopige) bewijswaardering is, en niet de stelplicht, die van het grootste belang is. Het belang van art. 176 Rv ontken ik daarmee echter niet, zie de volgende alinea en par. II.3, handelend over de aanvullende stelplicht.

56 Zie hierna par. II.3. Het daar betoogde ten aanzien van de aanvullende stelplicht, geldt ook hier.

57 Ik zal hier nader op ingaan in par. II.3.

58 Zie over deze begrippen ook Giesen, NJB 1998, p. 1630, met verdere literatuur.

regelmatig zullen tegenkomen.[59] De *bewijsvoeringslast* geeft aan welke partij op een bepaald moment in de procedure aan zet is om met bewijs(middelen) te komen, omdat die partij op dat moment op 'verlies' staat.[60] De bewijsvoeringslast speelt derhalve een rol in die fase van de procedure dat bewijslevering nog steeds mogelijk is, zoals bijvoorbeeld na aanname van een vermoeden door de rechter.

Het begrip *bewijsrisico-omkering* zal in het navolgende gebruikt worden indien er sprake is van een *echte* omkering ten aanzien van het bewijsrisico. Dat wil zeggen dat het bewijsrisico, onafhankelijk van het verloop van de concrete procedure, komt te liggen bij de wederpartij van degene die volgens de hoofdregel het bewijsrisico zou dragen.[61] Een *oneigenlijke* 'bewijslastomkering' betreft dan de situatie dat de rechter voorshands uitgaat, na *waardering van het bewijs* (het bepalen van de overtuigingskracht van een bewijsmiddel[62]), van de juistheid van een feit, bijvoorbeeld omdat hij die juistheid vermoedt of voorlopig bewezen acht, en hij de wederpartij opdraagt die juistheid te ontkrachten.[63] Wanneer er sprake is van zo'n oneigenlijke omkering, is in mijn terminologie de *bewijsvoeringslast* (en niet het bewijsrisico) verschoven.[64]

---

59 Als in het vervolg het werkwoord 'bewijzen' of een variant daarvan gebruikt wordt, doel ik, tenzij anders blijkt, op het bewijsrisico. De verhouding tussen bewijsrisico en bewijsvoeringslast komt nog uitgebreid aan bod, zie met name par. XIV.3.5.

60 Zie daarover ook Giesen, WPNR 6265 (1997), p. 245, en Giesen, NJB 1998, p. 1630. Zie over het onderscheid tussen bewijsrisico en bewijsvoeringslast, dat (hoewel vaak in andere termen uitgedrukt) vrij algemeen geaccepteerd wordt, bijvoorbeeld Storme 1962, no. 30 e.v.; Borgers & Kristen, AA 1999, p. 874 e.v.; Simon, JBplus 1999, p. 28 en noot 8 op p. 34; HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 nt. PAS (Pratt & Whitney/Franssen), r.o. 3.7; HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed), r.o. 3.5-3.7, en de conclusie voor dat arrest van A-G Hartkamp, sub 7-8; Pohle, AcP 1955, p. 166-167; Prütting 1983, p. 6 e.v.; Musielak, ZZP 1987, p. 402 e.v.; Baumgärtel 1996, Rdn. 9 e.v. en 14 e.v.; Heinrich 1996, p. 20-22; Schlemmer-Schulte 1997, p. 9-10; Eggleston 1978, p. 91-92; Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 272-274; Hart/Honoré 1985, p. 421 e.v.; McCormick 1992, p. 568-569; Cross & Tapper 1995, p. 121; Keane 1996, p. 66; Murphy 1997, p. 92 e.v.; *Huyton-with-Roby Urban District Council* v. *Hunter* [1955] 2 All ER 398, op p. 400-401; *Brown* v. *Rolls Royce, Ltd.* [1960] 1 All ER 577, op p. 581-582; *Henderson* v. *Henry E. Jenkins & Sons* [1969] 3 All ER 756, op p. 766; *Brady* v. *Group Lotus Cars Co Plc.* [1987] 3 All ER 1050, op p. 1058-1059; Thayer 1898, p. 355 e.v. en p. 380 e.v.; Chevalier 1958-1959, p. 193; Fisselier 1979, no. 419; Ponsard, Travaux H. Capitant 1987, p. 680; Lagarde 1994, p. 204; Le Bars 1997, no. 338 e.v., en Devèze 1980, no. 5-7, 303-304, en 334 e.v.

61 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 23; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 29.

62 Op basis van art. 179 lid 2 Rv is deze waardering in principe aan het oordeel van de rechter overgelaten. Deze bepaalt dus zelf of, en in hoeverre, een bewijsmiddel overtuigend is (de vrije bewijsleer). Zie verder onder andere Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 16 e.v., en par. II.4.

63 Zie hierover onder andere Asser 1992, p. 23-24; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 655; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 15-16; Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 2; Devèze 1980, no. 304, en mijn noot in NTBR 1998, p. 87 e.v., op p. 89.

64 Zie over de bewijsvoeringslast nader Giesen, WPNR 6265 (1997), p. 245, en NJB 1998, p. 1630. Het gaat hier niet om een louter terminologische kwestie. Immers, het *bewijsrisico* blijft in deze gevallen rusten op de partij op wie dat risico volgens de hoofdregel al rustte (zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Hartkamp, sub 8, voor HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed), en van A-G Bakels, sub 2.24, voor HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 nt. PAS (Pratt & Whitney/Franssen); Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 2; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29; Visser, TCR 1997, p. 75; Grünebaum 1904, p. 132-133), zodat *tegenbewijs* door de

Dat laatste is ook het geval als de rechter gebruik maakt van de leer van *res ipsa loquitur* ('de zaak spreekt voor zich zelf'), een bijzonder soort feitelijk vermoeden dat vooral in het aansprakelijkheidsrecht een rol speelt.[65] De gedachte daarbij is dat uit het voorval als vanzelf volgt dat iemand onzorgvuldig gehandeld moet hebben. De rechtsgevolgen van aanname van zo'n vermoeden zijn dat de onzorgvuldigheid, de schuld en het causale verband (voorlopig) vast staan. Zo'n vermoeden bewerkstelligt echter geen 'echte' bewijsrisico-omkering.[66] Wel is er dan sprake van een '*verlichting*' van het bewijsrisico, omdat de bewijsvoeringslast omgekeerd wordt.[67]

De gedaagde kan een vermoeden of een voorshandse aannemelijkheid ontkrachten door middel van *tegenbewijs*. Dat wil zeggen dat hij (voldoende) twijfel dient te zaaien over de juistheid van die aanname. Als dat gelukt is, heeft hij aan de op hem rustende bewijsvoeringslast voldaan. Hij hoeft dus niet tot volle overtuiging van de rechter te bewijzen wat er dan daadwerkelijk wel gebeurd is; hij hoeft geen *tegendeelbewijs* te leveren. Het leveren van tegendeelbewijs[68] is echter wel nodig bij een 'echte' bewijsrisico-omkering.[69]

Tot slot nog dit. Veelal zullen de begrippen die in het navolgende van belang zijn, zoals bijvoorbeeld 'overmacht', *kwalificaties* zijn. Het gaat daarbij om rechtsoordelen die in principe niet te bewijzen zijn, maar die via argumentatie en

---

wederpartij voldoende is, zie hierna, terwijl bovendien van belang is dat de wederpartij op een bewijsrisico-omkering kan anticiperen, zie Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p.16; Grünebaum 1904, p. 157. Ook bij art. 213 Rv is het onderscheid (nog) van belang, zie HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed), r.o. 3.8.

65 Naar Duits recht bestaat deze leer onder de noemer 'Anscheinsbeweis', naar Frans recht wordt *res ipsa loquitur* ook wel 'faute virtuelle' genoemd, zie verder par. II.5.2.

66 Zie hierover nader Giesen, WPNR 6265 (1997), p. 241 e.v., met verdere verwijzingen, alsmede Van, Van Dunné-bundel 1997, p. 435 e.v., en McInnes, LQR 1998, p. 547 e.v.

67 Het begrip 'verlichting' van het bewijsrisico is steeds toepasselijk wanneer op een of andere manier een procespartij tegemoet gekomen wordt bij (het dragen van de gevolgen van) de bewijsvoering in de ruimste zin van het woord.

68 Zie over die term ook Hartkamp in zijn conclusie, nr. 7, voor HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed). Tegendeelbewijs verschilt in wezen niet van 'normaal' 'Hauptbeweis' is, zie Musielak/Foerste 1999, § 284, Rdn. 6; Arens/Lüke 1999, Rdn. 261; Heinrich 1996, p. 22, want als het tegendeel bewezen moet worden, dient een redelijke mate van zekerheid bereikt te worden, maar dan ten aanzien van het tegendeel van het oorspronkelijke feit. Het is wenselijk hier toch over tegendeelbewijs te spreken en niet over 'hoofdbewijs', omdat dan blijkt dat het om bewijs na een bewijsrisico-omkering gaat.

69 Zie nader over dit alles Musielak/Foerste 1999, § 284, Rdn. 6; Giesen, WPNR 6265 (1997), p. 244-245, en NTBR 1998, p. 89. In deze zin ook Diephuis 1885, p. 299; Grünebaum 1904, p. 84, 131 e.v., 153, en 155; Kan 1921, p. 133-134; Suijling 1928, p. 113; Scheltema 1934, p. 108-109; Storme 1962, no. 140; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 12; Van 1995, p. 260-261; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29; Betlem c.s. 1999, p. 71; de conclusie van Asser voor HR 24 maart 1995, NJ 1995, 350 (Brinkman/Movir-DTO UA), nr. 2.9. De begrippen tegenbewijs en tegendeelbewijs worden in de rechtspraak ten onrechte niet steeds onderscheiden, zie bijvoorbeeld HR 6 december 1996, NJ 1997, 207 (Toering/VAD), r.o. 3.7; HR 31 maart 2000, NJ 2000, 357 (Alpina/Royal Nederland), r.o. 3.4.

uitleg tot stand komen.[70] Dat laat echter onverlet dat de feiten die nodig zijn om tot die kwalificatie te kunnen komen, zoals bijvoorbeeld de overstroming welke tot overmacht zou hebben geleid, wel vatbaar zijn voor bewijs.[71]

4 Opzet van het onderzoek

Over de opzet van deze studie nog kort het volgende. Dit boek bestaat uit drie delen. Vanuit een algemeen vertrekpunt wordt het onderwerp en de behandelde stof geleidelijk beperkt, met als doel om voor het aansprakelijkheidsrecht tot een theoretisch model voor de diverse uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling te komen. In het vervolg van dit eerste deel zal ik daartoe eerst ingaan op de verhouding tussen de regels van bewijsrisicoverdeling en enkele andere regels en leerstukken uit het bewijs- en procesrecht die gericht zijn op de vergaring van feiten (hoofdstuk II). Daarmee wordt het onderwerp beperkt tot de verdeling van het bewijsrisico in strikte zin. Vervolgens zal ik ingaan op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling zoals die voor het hele civiele recht geldt (hoofdstuk III), want zonder kennis van die hoofdregel is het niet goed mogelijk om de uitzonderingen op die hoofdregel te onderkennen en bestuderen.

In Deel 2 concentreer ik het onderzoek op het aansprakelijkheidsrecht. Daarbij zal ik eerst de algemene positiefrechtelijke regels voor dat terrein behandelen (hoofdstuk IV), om vervolgens in te gaan op het geldende recht op enkele specifieke deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht (hoofdstukken V-XI). De aandacht zal in die hoofdstukken met name gericht zijn op de eventuele uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling en op de argumenten daarvoor. In hoofdstuk XII worden de argumenten die bij een bewijsrisico-omkering een rol kunnen spelen, nog eens kort op een rij gezet, omdat die argumenten van belang lijken om tot een model voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling te kunnen komen.

In Deel 3 richt ik mij eerst op enkele bestaande theorieën over de bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht (hoofdstuk XIII), waardoor het onderwerp verder 'vernauwd' wordt tot de theoretische aspecten ervan. Daarna zal ik in hoofdstuk XIV trachten om op basis van de resultaten uit het voorgaande een eigen theorie te formuleren met betrekking tot de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht. Aan het eind

---

70 Zie hierover bijvoorbeeld Fleming 1998, p. 7. We kunnen ook van normatieve feiten spreken, zie Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 312-313, en Maassen 1975, p. 58.

71 Een onderscheid ten opzichte van de 'normale' vorm van bewijs mag in deze niet gemaakt worden, zie Meijers, VPO II 1955, p. 211. Zie verder hierover Lepa 1963, p. 92; Rosenberg 1965, p. 157; Maassen 1975, p. 58; Asser 1992, p. 14; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225; Kiralfy/Uff 1987, p. 94. Men zou hier ook over het 'kwalificatierisico' kunnen spreken, vergelijk Devèze 1980, no. 309.

van dat hoofdstuk zal ik tot slot proberen de gevonden resultaten te veralgemenen om te bezien of mijn theorie wellicht ook buiten het aansprakelijkheidsrecht van belang zou kunnen zijn.[72]

72 De lezer die met name interesse heeft voor de meer theoretische aspecten van de bewijsrisicoverdeling kan Deel 2 overslaan. De lezer die geïnteresseerd is in de huidige stand van zaken op het terrein van de bewijsrisicoverdeling, kan in beginsel volstaan met het lezen van Deel 2 of een specifiek hoofdstuk uit dat deel.

De bewijsrisicoverdeling binnen het procesrecht

1 Inleiding

De verdeling van het bewijsrisico staat niet op zichzelf in het civiele proces. Diverse (andere) bewijs- en procesrechtelijke regels en instrumenten zijn, zo zullen wij zien, in meer of mindere mate van invloed op de bewijsrisicoverdeling. Die invloed blijkt hieruit te bestaan dat door die regels en instrumenten de regels van bewijsrisicoverdeling minder vaak toegepast dienen te worden, omdat een *non liquet* wordt voorkomen. Over die regels en instrumenten, en hun verhouding tot de verdeling van het bewijsrisico, gaat dit hoofdstuk.[1] Hieronder zullen achtereenvolgens aan bod komen de regels geënt op het beschikbaar krijgen van meer feitelijke gegevens (par. 2), de aanvullende stelplicht (par. 3), de bewijswaardering (par. 4) en de vermoedens (par. 5). Ik rond af met een conclusie (par. 6).

2 De feitengaring en een algemene mededelingsplicht (?)

2.1 Het bestaande arsenaal van feitengaring naar Nederlands recht

In alle onderzochte rechtsstelsels bestaan procedures of regels die beogen dat de nodige feitelijke informatie boven tafel komt.[2] Dat is van belang, want als meer

---

1 Volledigheid is in dit hoofdstuk niet nagestreefd. Deze onderwerpen vallen in principe immers buiten het bereik van dit onderzoek. Het gaat hier alleen om de afbakening.

2 Men gaat, ook in de civiele dagvaardingsprocedure, steeds meer op zoek naar de *materiële* waarheid. Zie hierover onder andere PG Bewijsrecht, p. 99; Kremer 1999, p. 155-163; Borgers & Kristen, AA 1999, p. 871; Nijboer, AA 1999, p. 25; Storme 1962, no. 340 e.v.; Hammerstein, TvP 1989, p. 1599 e.v.; Asser 1991, p. 1 e.v.; Asser, VR 1999, p. 2; Asser, NJB 1999, p. 1251 e.v.; Leenders 1997, p. 14-17; Zuckerman 1999, p. 3-5; Le Masson 1991, no. 266 e.v.; Asser-Vranken, nr. 13-42; Hammerstein, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 91; Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 454. Zie bijvoorbeeld ook HR 11 september 1998, NJ 1999, 664 nt. MMM (K./Zorgverzekeraar Oost Nederland), waarin de Hoge Raad het belang van de waarheidsvinding liet prevaleren boven de privacy van de wederpartij. Men zou dat doel echter niet mogen verabsoluteren, zie Van Boneval Faure 1896, p. 6; Arens, ZZP 1983, p. 12, en Asser, Oratie 1992, p. 24-25, ook omdat de 'waarheid' vaak niet te achterhalen is, zie Boukema, R & R 1999, p. 225. Zie ook nog HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Slager q.q./Maas) waarin het verschoningsrecht van de notaris prevaleerde boven de waarheidsvinding. In het bestuursrecht lijkt men weer deels van de materiële waarheid af te stappen, vergelijk Levelt-Overmars, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 45, en erkent men dat de rechter niet alle feiten zelf boven tafel haalt, zie Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 312.

informatie in het dossier terecht komt, zal het waarschijnlijk minder snel tot een *non liquet* komen en dus minder snel tot een beslissing op basis van de bewijsrisicoverdeling.[3]

Voor *Nederland* is over dit onderwerp vooral het proefschrift van Van den Reek van belang.[4] In een gedetailleerde studie beschrijft hij wanneer, waarover, en in welke mate partijen in een proces verplicht zijn mededelingen te verstrekken. Hij geeft terecht aan dat de eerste mededelingsplicht besloten ligt in de aan de dagvaarding (en de daarbij aansluitende conclusie van eis) gestelde eisen. De eiser dient aan te geven wat hij vordert en waarom hij dat doet.[5] Daarbij moeten die feiten gesteld worden die in de regel het gevorderde rechtvaardigen.[6]

Bij de mededelingsplichten hoort ook de plicht van de gedaagde om zijn weerwoord met redenen te omkleden (art. 141 Rv). Hij dient ten eerste zijn verweren feitelijk te onderbouwen, net zoals de eiser zijn eis zal moeten motiveren. Daartoe zal hij feiten aan moeten voeren.[7] Ten tweede dient de gedaagde de stellingen van de eiser gemotiveerd te betwisten. Doet hij dat niet, dan staan die stellingen als onbetwist vast (art. 176 Rv). De werking van deze regel is gelijk aan die van de zogenaamde 'aanvullende stelplicht', met dien verstande dat in dat laatste geval zwaardere eisen aan de betwisting gesteld worden.[8] De aanvullende stelplicht komt in paragraaf 3 aan de orde, zodat ik hier niet verder op dit punt in ga. Van belang bij de stelplicht is wel nog dat die plicht (bij repliek) zwaarder wordt als de betwisting van de gedaagde beter onderbouwd is.[9]

Ook de comparitie van partijen (art. 19a Rv) is in dit kader van belang. Als er na de conclusiewisseling nog feitelijke onduidelijkheden resteren, kan de rechter de verschijning van partijen, een comparitie, gelasten. Tijdens zo'n comparitie kan de rechter nadere inlichtingen verkrijgen van partijen. Hij ondervraagt partijen en kan bevelen een toelichting te geven of schriftelijke bescheiden over te leggen.[10]

---

3 Zie Kan 1921, p. 3-4; Haardt 1951, p. 72; Legeais 1955, p. 191 en 201; Gmehling 1989, p. 42; Koopman 1996, p. 29; Heinrich 1996, p. 7 en 16; Schlemmer-Schulte 1997, p. 15; Weber 1997, p. 185-186; Asser, VR 1999, p. 4; Arens, ZZP 1983, p. 18; Fisselier 1979, no. 415; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 680. Dit hoeft overigens niet per se zo te zijn nu die extra informatie wellicht ook wel weer bewijs behoeft en dat bewijs wellicht niet te leveren is, vergelijk Heinrich 1996, p. 7-8.

4 Van den Reek 1997, nr. 4 e.v. Zie hierover ook nog Storme 1962, no. 192 e.v.; Princen 1990, p. 69-90; Asser 1991, p. 21 e.v.

5 Van den Reek 1997, nr. 4-5.

6 Zie de artt. 5 sub 3 en 140 Rv, en Van den Reek 1997, nr. 6 *in fine*.

7 Van den Reek 1997, nr. 10. Dat zal in de conclusie van antwoord geschieden. In re- en dupliek herhaalt het hier beschrevene zich.

8 Zie verder Asser 1991, p. 22; Van den Reek 1997, nr. 11-12.

9 Zie HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780 (Bovoland/Amersfoortse), r.o. 3.3.1., en BGH NJW 1993, 528, op p. 529.

10 De plicht bescheiden te overleggen, kan ook gebaseerd worden op art. 6 EVRM of de goede procesorde, zie de noot van Vranken onder HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 (Interforce/Rosier), nr. 8. Dat arrest bevestigt overigens dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om partijen te verplichten stukken te overhandigen. De rechter kan partijen niet via art. 19a Rv verplichten

Inmiddels wordt deze comparitie veelal na de conclusie van antwoord gehouden (art. 141a Rv).[11] Naast de inlichtingencomparitie bestaat er nog de schikkingscomparitie (art. 19 Rv), waarbij de rechter tracht een schikking te bereiken. Partijen zullen daartoe moeten onderhandelen en dus informatie prijs moeten geven.[12]

Andere procesrechtelijke instrumenten die partijen tot het doen van mededelingen verplichten, zijn de regeling van de partij-getuige (art. 189 e.v. Rv), op basis waarvan een partij vragen moet beantwoorden en dus informatie moet geven, het voorlopig getuigenverhoor (art. 214 e.v. Rv), waarvoor hetzelfde geldt, en het deskundigenbericht (art. 221 e.v. Rv), waarvoor noodzakelijk is dat de deskundige ingelicht wordt door partijen.[13]

Tot besluit van dit overzicht wijs ik nog op de exhibitieplicht van art. 843a Rv.[14] Dat artikel bepaalt dat een partij inzage, afschrift of een uittreksel kan vorderen van een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarbij zij partij is. Het verzoek wordt gericht aan degene die de akte onder zich heeft. Een verdere voorwaarde voor toekenning is dat de verzoekende partij een rechtmatig belang heeft bij inzage van de akte.

Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling weinig relevant, omdat deze alleen over *onderhandse akten* gaat en deze slechts een gering deel van de mogelijke bewijsmiddelen vormen.[15] Barendrecht en Van den Reek[16] menen echter dat de bepaling niet zo eng uitgelegd hoeft te worden en dat het artikel toepasbaar is op alle schriftelijke bewijsstukken en zelfs op informatiedragers. De wetgever zou namelijk niet beoogd hebben de bepaling zo beperkt te zien. Daar echter in het ontwerp tot herziening van het bewijsrecht[17] ook de regeling van de onderhandse akte herzien is,[18] ga ik er voorshands vanuit dat de term 'onderhandse akte' bewust is opgenomen in art. 843a Rv. Zulks volgt ook hieruit dat art. 843b Rv wél expliciet refereert aan het 'schriftelijk bewijsmiddel'. Een ruime uitleg van art. 843a Rv

---

'alle bescheiden' te verstrekken, zie Hof Amsterdam 29 februari 1996, NJ 1997, 127 (Sigma/Bouman).

11 Zie hierover Van den Reek 1997, nr. 13-15. Barendrecht, NJB 1994, p. 840, pleit ervoor deze comparitie na antwoord verplicht te stellen. Idem: Hidma, Trema 1999, p. 170.

12 Van den Reek 1997, nr. 17. Zie over het voorgaande ook Asser-Vranken, nr. 17-18, en nr. 22-23.

13 Zie Van den Reek 1997, nr. 18-24, en Asser-Vranken, nr. 25.

14 In gevallen waarin een schriftelijk bewijsmiddel verloren is gegaan, kan een partij afschrift of inzage van dat bewijsstuk vorderen van degene die het stuk wel nog heeft, zie art. 843b Rv, waarover Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 52-53, en Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 99.

15 Vergelijk Asser 1999, nr. 10.3. Deze regeling wordt dan ook nauwelijks toegepast, zie Van den Reek 1997, nr. 25; Asser-Vranken, nr. 24.

16 Barendrecht & Van den Reek, WPNR 6155 (1994), p. 739 e.v., op p. 743, en eerder al Hoyng, Schoordijk-bundel 1991, p. 107-108. Zie ook Van den Reek 1997, nr. 25 e.v. en met name nr. 28; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 98, en Van Dijk, TVP 1999, p. 88.

17 Waarbij art. 843a Rv herzien werd, zie PG Bewijsrecht, p. 415 e.v.

18 Vergelijk PG Bewijsrecht, p. 135 e.v.

zoals zojuist verwoord, strookt niet met deze gezichtspunten.[19] Een en ander laat uiteraard onverlet dat het wenselijk kan zijn de bepaling ruimer uit te leggen.[20]

Met al deze mededelingsplichten op een rij lijkt het interessant te bekijken of er op dit moment naar Nederlands recht voor procespartijen een *algemene* plicht tot het (spontaan) doen van mededelingen over alle relevante, ook ongunstige feiten bestaat.[21] Vranken beantwoordde die vraag eerst bevestigend,[22] en leek er ook overigens vanuit te gaan dat zo'n plicht zou moeten bestaan,[23] maar lijkt daarop inmiddels teruggekomen te zijn.[24]

Het antwoord op de vraag of zo'n algemene mededelingsplicht nu al bestaat, blijft overigens veelal onbeantwoord omdat die vraag 'meegenomen' wordt in de discussie over hoe de civiele procedure versneld zou kunnen worden. Om tot die gewenste versnelling te komen, wordt dan aangevoerd dat in een zo vroeg mogelijk stadium alle feiten boven tafel zouden moeten komen.[25] Daarbij neemt men dan aan dat er een plicht voor procespartijen zou moeten bestaan om snel met alle relevante feiten te komen. Voor de vraag of zo'n plicht op dit moment al bestaat, is dit debat echter niet direct relevant.

Het werkt daarnaast ook niet verhelderend dat de vraag naar het bestaan van een algemene mededelingsplicht in verband wordt gebracht met de vraag of een

---

19 In deze zin ook de noot van Vranken (nr. 5) onder HR 20 september 1991, NJ 1992, 552 nt. JBMV (Tripels/Masson) en Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 52-53. Asser-Vranken, nr. 24, acht ingrijpen door de wetgever dan ook noodzakelijk. De HR heeft in het midden gelaten of art. 843a Rv ook betrekking heeft op niet ondertekende geschriften zoals een bankafschrift, zie HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 61 (News International/ABN AMRO), r.o. 4.1.4. Mijns inziens valt daaruit af te leiden dat het artikel in elk geval nog niet ziet op andere bescheiden dan geschriften.

20 Zie nader par. 2.2. Men dient zich dan wel te realiseren dat mogelijk ook het 'vissen' naar (voor het betreffende geschil minder relevante) informatie door partijen binnengehaald wordt. Zonder vrees dienaangaande, Hoyng, Schoordijk-bundel 1991, p. 108.

21 Voor een bepaalde partij gunstige feiten zullen gewoon aangevoerd worden, dus daar ligt het probleem niet. Het gaat erom de voor een bepaalde partij ongunstige feiten boven water te halen.

22 Zie Vranken, Barendrecht-bundel 1998, p. 36. Van den Reek 1997, nr. 32, beantwoordt deze vraag in eerste instantie ontkennend, waar hij aangeeft dat de genoemde mededelingsplichten er niet toe leiden dat partijen eigener beweging alle gegevens dienen te verstrekken. In nr. 124 komt hij echter tot een tegengestelde conclusie. Meijers, noot onder HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 (Batava/Salomonsky), op p. 231, beantwoordde die vraag bevestigend. In die zin ook Kan 1921, p. 95; Rutten-Ariëns 1972, no. 208 en 300; Haardt, Van der Grinten-bundel 1984, p. 17; Hammerstein, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 92, en Snijders in zijn noot onder NJ 1998, 46, sprekend over HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen), alsmede Hof Amsterdam 31 mei 1990, TvGR 1993, 33 (X./WUH), met betrekking tot de inzage in medische gegevens. Anders: Grünebaum 1904, p. 58; Suijling 1928, p. 117-118; Elders, Afscheidsrede 1990, p. 4; Princen 1990, p. 43; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 110; Snijders in zijn noot onder HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 (Kinetics/Mol), sub 2j (wel 'Obliegenheit', geen plicht); Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, no. 203; Van Dijk, TVP 1999, p. 87; Kremer 1999, p. 125; Pres. Rb. Amsterdam 22 mei 2000, KG 2000, 129 (Bakker/WOL), r.o. 6, en mijns inziens ook Asser 1991, p. 23, hoewel Asser, VR 1999, p. 4, twijfel uitdrukt.

23 Zie Asser-Vranken, nr. 21, en Van den Reek 1997, nr. 124. Hierover ook Kremer 1999, p. 123 e.v.

24 Vranken 1999, nr. 87. Een algemene plicht is zijns inziens te onbepaald.

25 Zie bijvoorbeeld Vranken, TCR 1998, p. 62 e.v.; Hammerstein, TCR 1996, p. 66, en Smits, Snijders-bundel 1992, p. 71.

partij gedwongen kan worden bewijs tegen zichzelf te leveren. Beide vragen zijn mijns inziens verschillend, want het gegeven dat een partij gedwongen kan worden bewijs tegen zichzelf te leveren,[26] wil nog niet zeggen dat er ook een algemene mededelingsplicht bestaat waaraan een partij spontaan moet voldoen.[27] Er bestaat een verschil tussen het eerlijk antwoorden op een verzoek om informatie en het uit eigen beweging verstrekken van 'antwoorden' op (nog) niet gestelde vragen. Als dat laatste verplicht zou zijn, zou de eiser bijvoorbeeld ook informatie moeten aanvoeren die voor de gedaagde een verweer vormt, ook als de gedaagde die feiten niet zelf naar voren brengt.[28]

Bekijkt men de vraag naar het bestaan van een algemene mededelingsplicht geïsoleerd, dan luidt het antwoord daarop mijns inziens dat een dergelijke plicht (nog) niet bestaat in het Nederlandse recht.[29] Het arrest *Goosen/Goosen*[30] dat wel ter ondersteuning van een andere opvatting wordt aangevoerd,[31] doet daaraan mijns inziens niet af. Nog afgezien van het feit dat het in dat arrest om de specifieke invulling van het begrip 'bedrog' in de request-civiel-regeling ging,[32] zegt de Hoge Raad in die uitspraak niet meer dan dat herroeping van een eerdere uitspraak mogelijk is als de wederpartij bewust haar bekende én (mogelijk) beslissende feiten achterhield. Met andere woorden, de bewuste leugen (waaronder de bewuste verzwijging dan begrepen is) wordt verboden.[33] Dat verbod betekent echter niet dat er ook een (positief geformuleerde) plicht, een gebod, bestaat voor procespartijen om spontaan steeds alle informatie die zij onder zich hebben en die wellicht relevant zou kunnen zijn, te openbaren.[34] Het niet mogen achterhouden van

---

26 Zie HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 nt. DJV (Bloedproef), en daarover Hammerstein, TvP 1989, p. 1605; Princen 1990, p. 47-48; Van den Reek 1997, nr. 22, en Asser-Vranken, nr. 25.

27 Ook Kremer 1999, p. 123 e.v., onderscheidt beide vragen. Vergelijk ook Gerbrandy, NJB 1952, p. 387, en Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 128 en 135, die aangeven dat het enkele feit dat iemand zich over een stelling kan uitlaten, nog geen reden is waarom hij dat ook zou moeten.

28 Vergelijk Grunsky 1970, p. 157.

29 Zo ook Gras, Cahen-bundel 1997, p. 110; Vranken 1999, nr. 87. Zie ook noot 22.

30 HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen).

31 Vergelijk Van den Reek 1997, nr. 124, op p. 225, en Vranken, Barendrecht-bundel 1998, p. 36-37.

32 Ook naar Frans recht vormt dit de uitzondering op het niet-bestaan van een algemene plicht, zie J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 32. Zie ook Devèze 1980, no. 196-197, die stelt dat aansluiting bij de request-civiel-regeling bij beantwoording van deze vraag onjuist is, omdat het bij request-civiel niet in de eerste plaats gaat om de sanctionering van het gedrag van een procespartij.

33 Zie Gras, Cahen-bundel 1997, p. 110, en Asser, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 524. Zie in dit verband ook Vranken, Barendrecht-bundel 1998, p. 36, die de algemene mededelingsplicht koppelt aan art. 1.3.3. van het inmiddels ingetrokken wetsontwerp tot herziening van Rv, welke artikel zich beperkt tot het uitbannen van de bewuste leugen, zie hierna noot 54 en 56. Dit is ook niet meer dan logisch nu bedrog toch altijd (op zijn minst) duidt op bewust handelen, vergelijk de conclusie van A-G Berger voor HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 nt. CJHB en EAA (Kools/Pensioenfonds voor Huisartsen), op p. 763.

34 Zulks volgt mijns inziens ook uit HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 nt. JBMV (Interforce/Rosier), waarin een schriftelijk stuk niet geopenbaard hoefde te worden, nu het bewijs al door getuigen geleverd was. Vergelijk ook Pres. Rb. Amsterdam 9 december 1999, KG 2000, 18 (V./M.), r.o. 5.2; Pres. Rb. Amsterdam 22 mei 2000, KG 2000, 129 (Bakker/WOL), r.o. 6, en Hof Amsterdam

beslissende feiten en het op eigen initiatief moeten openbaren van alle wellicht relevante informatie, zijn twee verschillende dingen.[35] Voor de goede orde, ik erken dat het 'verbod' van *Goosen/Goosen* ertoe leidt dat zeer veel informatie (ook uit eigen beweging) verstrekt zal moeten worden, maar een *algemene* mededelingsplicht volgt daar mijns inziens niet uit.[36]

Wellicht zou men de regeling van de aanvullende stelplicht, waarop ik in paragraaf 3 nader zal ingaan, als de hier bedoelde algemene mededelingsplicht kunnen beschouwen. Partijen moeten immers in dat kader de nodige gegevens naar voren brengen. Voor het Nederlandse recht kan het bestaan van een algemene mededelingsplicht echter ook niet afgeleid worden uit de regeling van de aanvullende stelplicht. Die aanvullende stelplicht is namelijk geen algemene plicht. Zo werd bijvoorbeeld het bestaan van een dergelijke plicht voor het terrein van de verkeersaansprakelijkheid afgewezen.[37]

Wat er van dit alles ook zij, belangrijker is mijns inziens dat zelfs al zou zo'n algemene plicht tot het spontaan verstrekken van mededelingen (al) bestaan,[38] dat mijns inziens niet veel zou veranderen aan de huidige praktijk die niet conform zo'n algemene plicht is.[39] Die stelling[40] is hierop gebaseerd dat de eerder beschreven instrumenten er vooralsnog niet toe hebben geleid dat de materiële waarheid steeds gevonden wordt, noch dat daar altijd naar gestreefd wordt door partijen.[41] Het is nog steeds gebruikelijk dat partijen 'hun kruit droog houden'.[42]

---

29 februari 1996, NJ 1997, 127 (Sigma/Bouman). Anders: Van den Reek, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 107. Informatie waarvan een partij weet dat die relevant is, zal op basis van *Goosen/Goosen* wel geopenbaard moeten worden.

35 Zie Devèze 1980, no. 192 e.v.; Arens, ZZP 1983, p. 6; Van Nispen, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 26; Vranken 1999, nr. 87.

36 Zulks is ingegeven door HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 nt. JBMV (Interforce/Rosier), zie ook Van Dijk, TVP 1999, p. 87. In hoeverre dit alles in de praktijk veel verschil zal opleveren, laat ik hier in het midden. De redenering hier is meer dogmatisch van aard.

37 Zie HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade). Ook naar Duits recht zijn beide kwesties nauw verbonden, zo blijkt uit Arens, ZZP 1983, p. 1 en *passim*. Daar wordt het bestaan van een dergelijke algemene plicht echter ook niet afgeleid uit het bestaan van een aanvullende stelplicht, zie in algemene zin Frohn, JuS 1996, p. 249. Anders: Stürner 1976, p. 98 e.v.

38 Op de grondslag voor een eventuele plicht van die strekking zal ik hier niet ingaan. Dat zou mij te ver voeren van het onderwerp van deze studie. Zie daarover Van den Reek 1997, nr. 122-124.

39 In die zin ook Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 456.

40 Een stelling als deze is niet echt te bewijzen, maar het geringe effect van de verruiming van de mogelijkheden in het verleden is mijns inziens wel een indicatie daarvoor. Zie ook Devèze 1980, no. 199, die aangeeft dat het bestaan van zo'n algemene plicht een illusie is, omdat de medewerking van partijen tegen de aard van de zaak (het voeren van een proces) ingaat. Vergelijk ook Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 3.

41 Zie Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 456, die aangeven dat de bestaande mogelijkheden, zoals bijvoorbeeld het voorlopig getuigenverhoor, niet voldoende benut worden (in die zin ook HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 nt. HJS (Kinetics/Mol)), en Croes, NJB 1994, p. 1309, die aangeeft dat de wens om tot een snelle en goede beslissing te komen, nog geen gemeengoed is. Ik wijs nog op de ruime mogelijkheden die art. 19a Rv zonder een al te extensieve uitleg biedt.

42 Zie Smits, Snijders-bundel 1992, p. 76; Asser-Vranken, nr. 13 en 21; Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 455; Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, NJB 1998, p. 2062; Asser 1999, nr. 1.2; *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 8. De verklaring daarvoor ligt wellicht in het gebrek

Dat ligt niet aan de juridische mogelijkheden, want die zijn in beginsel voldoende voorradig.[43] Mijns inziens ligt de oorzaak hiervan in het systeem dat ten grondslag ligt aan het burgerlijk procesrecht en de op basis van dat systeem gegroeide praktijk. Dat systeem is gebouwd op de lijdelijkheid van de rechter en de daarmee samenhangende partij-autonomie welke zich op het eerste gezicht slecht verdragen met de zoektocht naar de materiële waarheid.[44] Partijen bepalen de (feitelijke) omvang van het geschil; de rechter mag daar in beginsel niet buiten treden (artt. 48 en 176 Rv). Hij kijkt als het ware vanaf de zijlijn mee, en past de door partijen aangevoerde feiten toe op de zijns inziens toepasselijke regels. Feiten die niet gesteld zijn, maar die in het kader van de waarheidsvinding wellicht wel relevant zijn, blijven in dit systeem in beginsel[45] buiten beschouwing. De op basis van die noties opgebouwde civiele procedure is in de loop der jaren een 'way of life'[46] geworden voor de advocaat én de rechter.[47] Daarbij past niet dat een partij 'bewijs tegen zichzelf levert', al is dat juridisch niet uitgesloten.

Een bruikbare oplossing zal de kern van dit probleem moeten aanpakken.[48] Mijns inziens is daarvoor nodig dat de zojuist beschreven mentaliteit verandert,[49] waarbij men er rekening mee dient te houden dat zulks een langdurig proces zal vergen. Verder is het mijns inziens nodig om het procesrecht in Nederland structureel te herzien. Wellicht zou men de stap moeten zetten om de lijdelijkheid

---

aan sancties op het niet tijdig verstrekken van informatie. Ook is van belang dat langere procedures de advocaat meer opleveren, zie Zuckerman, MLR 1996, p. 775-779; Zuckerman 1999, p. 44.

43 Zie noot 41; Asser 1999, nr. 10.3; Asser-Vranken, nr. 22; Hammerstein, TCR 1996, p. 65, en Asser, Oratie 1992, p. 21. Asser 1999, nr. 3.4, stelt echter nog dat de rechter vaak niet het initiatief kan nemen.

44 Van den Reek 1997, nr. 32, kwalificeert dit als een systeem van informatievrijheid. Zie ten aanzien van de lijdelijkheid, Langemeijer, NJB 1951, p. 552; Jongbloed, WPNR 6121 (1993), p. 60, en Barendrecht, NJB 1994, p. 841, en specifiek in verband met de partij-autonomie, Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 453. Vergelijk ook Asser 1999, nr. 1.2 en 3.4; Legeais 1955, p. 183 e.v.

45 Tenzij het gaat om feiten van algemene bekendheid of om ervaringsregels, zie art. 176 lid 2 Rv.

46 Vergelijk *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 8, nr. 4, p. 5, 29 en 31, en nr. 5, p. 23; Vranken 1999, nr. 60 j, en Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 453, die op *cultuurverschillen* wijzen. Van Nispen, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 28, spreekt over een *cultuuromslag* waarvoor de tijd nog niet rijp is. In die zin ook Van Rhee, NTBR 2000, p. 155. Vergelijk in algemene zin Chase, Am. J. Comp. Law 1997, p. 861 e.v. Voor het Franse recht, J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 629, no. 9 en 12-15; Legeais 1955, p. 186, en over de verouderde houding van partijen en rechters, Fisselier 1979, no. 392 e.v., en voor Duitsland, Weber 1997, p. 190.

47 Vergelijk Barendrecht, NJB 1994, p. 839, die daar ook aangeeft dat diens bevoegdheden discretionair zijn en dat dat een probleem vormt. Zo ook Asser-Vranken, nr. 37; Vranken 1999, nr. 87.

48 Naast het 'mentaliteitsprobleem' speelt ook nog dat er weinig middelen bestaan om een partij werkelijk te dwingen informatie te openbaren. Uit zichzelf zal een partij alleen de voor haar positieve informatie verschaffen, zie Cooter & Ulen 1997, p. 351-352. De enkele stelling dat alle informatie verschaft moet worden zonder dat zulks gepaard gaat met een effectieve sanctie, zal dat niet veranderen. Daarbij speelt ook nog een rol dat de 'pakkans' niet erg groot lijkt te zijn. Zie par. 2.3.

49 Expliciet in die zin Asser 1999, nr. 1.3 en 9.8, die de 'reactieve instelling' (nr. 6.5) van de procesdeelnemers wil veranderen. Sceptisch daarover, Zander, NLJ 1997, p. 770.

(vergaand) af te schaffen en de rechter (meer) tot 'dominus litis' te maken.[50] De benodigde mentaliteitsverandering zou dan wellicht een duw in de rug krijgen.[51]

2.2 *Een nieuw stelsel van rechtsvordering*

Sinds een aantal jaren wordt er gewerkt aan een herziening van het procesrecht.[52] Deze herziening gaat naar mijn mening niet zo ver als het zojuist betoogde,[53] maar wellicht wordt daardoor wel de eerder besproken mentaliteitsverandering tot op bepaalde hoogte gestimuleerd. Het ontwerp NRv bepaalt in art. 1.3.3, net als het ingetrokken ontwerp Rv dat deed in art. 1.3.3, dat partijen verplicht zijn de voor hun stellingen relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Daarmee lijkt overigens niet meer beoogd te worden dan het uitbannen van de bewuste leugen.[54] De sanctie op het niet voldoen aan deze plicht is, naast nietigheid van

50 In deze richting ook Storme 1962, no. 343; Jongbloed, WPNR 6121 (1993), p. 56 e.v.; Vranken 1999, nr. 82 e.v., met name nr. 85. Enigszins anders: Asser, Oratie 1992, p. 26 e.v., en Van den Reek 1997, nr. 112, die de positie van partijen centraler stellen. Een systeem van volledige openheid van informatie is mijns inziens alleen mogelijk als er sancties mogelijk zijn, en daarvoor is in elk (tevens) geval een actieve rechter nodig, zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 21; J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 44; Zuckerman 1999, p. 47. Asser 1999, nr. 8.1; Asser, NJB 1999, p. 1253; Vranken, NJB 1999, p. 1885, en Vranken c.s., NJB 1999, p. 1964, gaan uit van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen. De lijdelijkheid van de rechter wordt overigens al steeds verder teruggedrongen, vergelijk PG Bewijsrecht, p. 63 en 64; Jongbloed, WPNR 6121 (1993), p. 56 e.v.; Princen 1990, p. 62; Barendrecht, NJB 1994, p. 839; Leenders 1997, p. 17; *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 5-6. Inmiddels erkent de wetgever dat 'de rechter een belangrijke taak heeft bij de inrichting van de procedure', zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 3.

51 Dat is van belang, want een herziening heeft alleen kans van slagen als ze gedragen wordt door degenen die er dagelijks mee moeten werken, zie Vranken 1999, nr. 6 en 60n. Ik ga hier niet verder in op deze discussie, nu deze het onderwerp van dit boek te buiten gaat.

52 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24.651, nr. 1-2 (verder: ingetrokken ontwerp Rv), waarover onder andere Hammerstein c.s., NJB 1996, p. 1761 e.v., en *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 1-2 (verder: NRv), dat zo snel mogelijk na 1 januari 2001 ingevoerd zou moeten worden, waarover Van den Reek, TCR 2000, p. 1 e.v. Ik zal van dit voorstel slechts enkele aspecten behandelen.

53 Ook anderen pleiten voor een verdergaande herziening, zie Vranken 1999; Asser 1999; Vranken c.s., NJB 1999, p. 1963-1964. Vergelijk hierover ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 4, p. 2 en 4, en nr. 5, p. 2-5. Tegen een fundamentele wijziging zijn Van Rhee, NTBR 2000, p. 154 e.v.; Boonekamp & Van Maanen, TCR 2000, p. 11.

54 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 52, en *Kamerstukken II* 1995/96, 24.651, nr. 3, p. 82; Kremer 1999, p. 125; Vranken 1999, nr. 86 (die deze bepaling overbodig acht); Rutten-Ariëns 1972, no. 208. Dit artikel introduceert dus geen algemene mededelingsplicht voor partijen, al vraagt Van Dijk, TVP 1999, p. 89, zich af of dat juist is. Van Nispen, Ontwerp Rv-bundel 1997, p. 26, geeft terecht aan dat de MvT bij het ingetrokken ontwerp innerlijk tegenstrijdig is, want daarin wordt ook gewag gemaakt van de plicht van partijen zelf ervoor te zorgen dat alle feiten boven tafel komen, hetgeen iets anders is als een verbod tot bewust liegen, zie hiervoor noot 35. Dezelfde passage is te vinden in *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 53. Zie over de waarheidsplicht ook Princen 1990, p. 49-52.

de dagvaarding of afwijzing van het gevorderde,[55] dat de rechter daaraan de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht.[56]

Ook art. 1.3.4 NRv is hier van belang. De rechter kan partijen bevelen, in elke stand van het geding, en derhalve ook los van een comparitie, stellingen toe te lichten en bescheiden over te leggen. Deze bepaling is gebaseerd op de regeling in de artt. 19a en 110 Rv.[57] De sanctie is opnieuw dat de rechter aan een verzuim die gevolgen mag verbinden die hij geraden acht.[58] Volgens de memorie van toelichting is het bijvoorbeeld mogelijk dat een stelling van de betreffende partij niet als juist aanvaard wordt. Daarnaast kan de rechter een dwangsom opleggen.[59] Ook de aanname van een vermoeden ten nadele (in de zin van: een stelling onaannemelijk achten) van de weigerachtige partij lijkt mogelijk te zijn.[60]

In verband met de feitengaring is verder van belang dat in het ontwerp NRv ervoor gekozen is de comparitie van partijen (artt. 2.1.10 en 2.1.11 NRv) een centralere plaats te geven. In principe vindt een dergelijke comparitie in elke procedure plaats, waarbij tegelijkertijd de mogelijkheid van re- en dupliek ingeperkt wordt (artt. 2.4.7 en 2.4.8 NRv).[61] Daarnaast is de positie van de procespartijen bij een deskundigenbericht nader bepaald. Deze worden expliciet verplicht mee te werken aan het onderzoek (art. 2.8.49 lid 3 NRv).

Van zeer groot belang lijken de artt. 2.3.1 lid 3 en 2.4.4 lid 5 NRv te zijn. Daarin is bepaald dat partijen in hun dagvaarding en conclusie van antwoord

---

55 Zie daarover Van den Reek 1997, nr. 8, met verdere verwijzingen. Rutten-Ariëns 1972, no. 208, noemt de onrechtmatige daad als sanctie, zie echter noot 105.

56 Zie over die sanctie nader par. 2.3. Het lijkt hierbij nog steeds om het uitbannen van de bewuste leugen te gaan, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 52, hoewel er op dit vlak nogal wat onduidelijkheid resteert, zie noot 54 hiervoor, en bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 6, en nr. 5, p. 25, waar gesteld wordt dat het partijen niet vrij staat om ongunstige feiten te verzwijgen. Ook kritisch over deze bepaling: *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 4, p. 16.

57 Een gelijkluidende bepaling was opgenomen in het ingetrokken ontwerp Rv, ook in art. 1.3.4. Kritisch te dien aanzien, Wouters, TCR 1996, p. 69; Vranken 1999, nr. 87; Vranken c.s., NJB 1999, p. 1964.

58 Deze sanctie speelt ook een rol bij het verhoor van een partij-getuige, zie art. 213 lid 2 Rv en art. 2.8.25 NRv; bij de plicht voor partijen om mee te werken aan een deskundigenbericht, zie art. 2.8.49 lid 3 NRv, en bij de 'oude' regeling van de comparitie, zie art. 19a lid 4 Rv. Ook in het bestuursrecht kent men deze sanctie (art. 8:31 Awb), zie bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 1998, p. 17-18.

59 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 54, en *Kamerstukken II* 1995/96, 24.651, nr. 3, p. 83.

60 Zie reeds Suijling 1928, p. 99 en 117, en verder HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 nt. DJV (Bloedproef); Hof Amsterdam 31 mei 1990, TvGR 1993, 33 (X./WUH); HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 nt. CJHB en EAA (Kools/StichtingPensioenfonds voor huisartsen) (voorwaarde is volgens de Hoge Raad wel dat aannemelijk is dat het document van beslissende aard is); Rutten-Ariëns 1972, no. 207; Princen 1990, p. 47 en 49; Asser 1991, p. 22; Hammerstein, TvP 1989, p. 1607 en 1609; de noot van Snijders onder HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 (Kinetics/Mol), sub 2j; *Moore* v. *R. Fox & Sons* [1956] 1 All ER 182, op p. 186-187. In deze zin ook HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 nt. JdB (C./M.). Kritisch over deze ervaringsregel Stürner 1976, p. 86.

61 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 6, stelt dat hierdoor meer en eerder openheid van zaken gegeven zal worden. Daarbij verdient opmerking dat het niet toestaan van re- en dupliek niet zal voorkomen dat ongunstige feiten niet geopenbaard worden. Bij nota van wijziging zijn de mogelijkheden om conclusies van re- en dupliek te nemen en om pleidooi te houden, verruimd, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 6, p. 10, en art. 2.4.10 lid 1 NRv. Een comparitie is inmiddels ook mogelijk na een voorlopig getuigenverhoor, zie art. 2.8.43a NRv.

bepaalde bewijsmiddelen en de mogelijke getuigen die zij tot hun beschikking hebben, dienen te vermelden. In de dagvaarding dienen bovendien de reeds aangevoerde verweren van de gedaagde en de gronden daarvoor genoemd te worden. Het gaat hier om wat Vranken de substantiëringsplicht genoemd heeft.[62] Omdat een deugdelijke sanctionering van een eventueel verzuim, anders dan bij Vranken, lijkt te ontbreken[63] en het mogelijk lijkt om stellingen later nog aan te vullen,[64] is het nog maar de vraag hoe effectief deze regeling zal zijn. De verwijzing naar de sanctie uit art. 1.3.3 NRv zal die effectiviteit niet sterk vergroten.[65] Dat de rechter kan bevelen om alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken (art. 2.3.9 lid 4 NRv), vormt eigenlijk geen sanctie, maar eerder een gelegenheid tot herstel van het verzuim.[66]

De eerder besproken artt. 843a en 843b Rv worden in het ontwerp NRv gewijzigd opdat ze in ruimere mate toegepast kunnen worden. De beperking tot 'onderhandse akte' is geschrapt. De bepalingen gelden nu voor 'bescheiden', dat wil zeggen op een gegevensdrager aangebrachte gegevens (artt. 843a en 843b NRv). De vereisten uit art. 843a Rv van een rechtmatig belang en van de aanwezigheid van een rechtsbetrekking tussen partijen zijn gehandhaafd.[67] Toegevoegd is verder dat niet aan de vordering voldaan hoeft te worden indien daarvoor gewichtige redenen bestaan of een behoorlijke rechtspleging ook zonder de gevraagde gegevens is gewaarborgd (art. 843a lid 4 NRv).

Gevolg van de introductie van al deze bepalingen is dat de lijdelijkheid van de rechter verder teruggedrongen wordt.[68] Dat betekent dat de mogelijkheden voor

---

62 Vranken 1999, nr. 87 en 89, en Vranken, NJB 1999, p. 1880. Zo ook Van den Reek, TCR 2000, p. 3; Boonekamp & Van Maanen, TCR 2000, p. 6; *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 4, p. 29. Deze plicht geldt ook voor reconventionele vorderingen, zie art. 2.5.2 NRv. Van de stukken waarop een partij zich beroept in de dagvaarding, dient bovendien een afschrift verstrekt te worden (art. 2.1.8 NRv). De verweren van de wederpartij en de bewijsmiddelen hoeven echter niet uitputtend opgesomd te worden, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 100, nr. 5, p. 46 en 50, en nr. 6, p. 9 (bewijsmiddelen ten aanzien van het betwiste deel van de vordering dienen genoemd te worden).

63 Een verzuim leidt niet tot nietigheid, zie art. 2.3.9 lid 4 NRv, en Boonekamp & Van Maanen, TCR 2000, p. 7.

64 Vranken c.s., NJB 1999, p. 1964.

65 Boonekamp & Van Maanen, TCR 2000, p. 7. De verwijzing is te vinden in *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 99.

66 Vergelijk ook Boonekamp & Van Maanen, TCR 2000, p. 7, die nog op het discretionaire karakter van deze bevoegdheid wijzen, en ook overigens zeer kritisch zijn. Kritiek kwam er ook vanuit de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 4, p. 29-34. Discretionair van aard is ook de sanctie dat een niet in de dagvaarding genoemd bewijsmiddel buiten beschouwing gelaten kan worden, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 100. Of dat EVRM-waardig is, valt nog te bezien, vergelijk Peukert, RabelsZ 1999, p. 614.

67 Zie hierover Van den Reek, TCR 2000, p. 3-4, en HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 61 (News International/ABN AMRO), waarin de Hoge Raad in het midden laat of een beweerdelijk gepleegde onrechtmatige daad voldoende is om een rechtsbetrekking tussen partijen te kunnen aannemen. De minister meent van wel, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 79.

68 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 1995/96, 24.651, nr. 3, p. 45.

de rechter om actief op te treden en de feitengaring te sturen, toegenomen zijn. Dat zal (waarschijnlijk) als effect hebben dat er meer informatie boven tafel komt. Als de rechter om informatie vraagt, is het immers moeilijker om die informatie achter te houden. Het gevolg daarvan zal zijn dat de rol van de bewijsrisicoverdeling kleiner zal worden.

Het gaat hierbij echter alleen om de *kwantiteit* van beslissingen op basis van de bewijsrisicoverdeling, omdat door de ruimere beschikbaarheid van informatie een *non liquet* eerder voorkomen wordt. De bewijsrisicoverdeling zal dus een (kwantitatief) minder prominente rol spelen, maar niet geheel van het toneel verdwijnen, want ook onder de meest vergaande vormen van mededelingsplichten resteert er een plek voor de regels van bewijsrisicoverdeling. Er zullen zich immers altijd feiten blijven voordoen ten aanzien waarvan onzekerheid blijft bestaan of die sowieso niet of nauwelijks te bewijzen zijn.[69]

In hoeverre het gewenste effect van een actieve, informatievergarende rechter ook daadwerkelijk bereikt zal worden, valt overigens nog te bezien. Art. 1.3.4 NRv behelst bijvoorbeeld nog steeds een discretionaire bevoegdheid van de rechter[70] en een daadwerkelijke sanctie ten aanzien van de substantiëringsplicht van art. 2.3.1 lid 3 NRv lijkt te ontbreken. Het beleid van de rechters dienaangaande, en daarmee hun 'way of life', zal derhalve (nog steeds) van beslissende invloed zijn, ook op het succes van deze herziening van het procesrecht.

2.3 Sanctiemogelijkheden

Het grootste probleem bij het effectueren van de voorgestelde wijzigingen en bij het beschikbaar krijgen van zoveel mogelijk gegevens, zo bleek ten dele hiervoor al, betreft mijns inziens de sanctionering door de rechter. De mogelijke sancties in het proces- en bewijsrecht zijn namelijk niet van dien aard dat daarvan direct veel sturing verwacht kan worden.[71] Dat geldt met name ten aanzien van het moeten openbaren van voor een bepaalde partij onwelgevallige informatie (gunstige informatie zal sowieso verstrekt worden), ook als er een expliciete (algemene of bijzondere) mededelingsplicht daartoe bestaat of zou bestaan. Voorafgaand aan de vraag naar een eventuele sanctionering, speelt immers nog dat de 'pakkans'

---

69 Zie bijvoorbeeld Grünebaum 1904, p. 49 en 158; Storme 1962, no. 10, 12, 345 en 475; Lepa 1963, p. 29-30; Güldner 1965, p. 3; Heinrich 1996, p. 16; Schlemmer-Schulte 1997, p. 15. De bewijsrisicoverdeling als zodanig wordt hierdoor dus niet geraakt, zie Damaska, Am. J. Comp. Law 1997, p. 843; Boulanger, RTD Civ. 1966, p. 470; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 651; Weber 1997, p. 191. Anders: Thesingh 1961, p. 63.

70 Zie over de problemen die dat oplevert, Barendrecht, NJB 1994, p. 839, en Asser-Vranken, nr. 37.

71 Zo ook Asser, NJB 1999, p. 1254, en in AA 1999, p. 731. Vranken, NJB 1999, p. 1882 en 1885, signaleert teveel vrijblijvendheid, en ook de Tweede Kamer mist sancties, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 4, p. 14, 16 en 17. Over het belang van sanctionering ook Woolf, Final report 1996, p. 72 e.v.

bij een verzuim gering is. Het lijkt niet veilig te veronderstellen dat het voor de rechter eenvoudig zal zijn te ontdekken dat een procespartij feiten heeft achtergehouden. En zelfs als de rechter een vermoeden in die richting koestert, zijn de problemen nog niet van de baan, want als de rechter niet weet waarover informatie achtergehouden wordt, zal het zeer moeilijk zijn om door middel van gerichte vragen de vinger op de zere plek te leggen.

Als een procespartij al ontmaskerd wordt, rijst nog de vraag welke sanctie mogelijk is. De wetsontwerpen tot herziening van Rv stellen dat de rechter aan een verzuim die gevolgen mag verbinden *die hij geraden acht*. Zeker in de sanctiesfeer is dat een wel erg open norm.[72] De vraag rijst dan ook hoe dit criterium nader ingevuld kan worden. Een enkele invulling werd hiervoor al genoemd. Zo wees ik op de nietigheid van de dagvaarding. Het probleem daarmee is uiteraard dat gewoon een nieuwe dagvaarding zal volgen. Verder noemde ik al de afwijzing van het gevorderde, hetgeen mijns inziens alleen gerechtvaardigd is als de informatie zo relevant is dat een totale afwijzing evenredig is.[73] Bovendien zien beide sancties in beginsel alleen op de eiser en niet op de gedaagde, terwijl daar toch veelal de pijnpunten zitten.

Dat het 'niet als juist aanvaarden' van een stelling in dit kader als sanctie genoemd wordt,[74] is verbazend omdat zulks al voortvloeit uit art. 176 Rv (waarover par. 3), met als gevolg dat van een echte sanctie op onbehoorlijk gedrag moeilijk gesproken kan worden. De dwangsom lijkt in dat kader geschikter te zijn als pressiemiddel,[75] maar daarvoor geldt dat deze niet ambtshalve opgelegd mag worden (art. 611a Rv). Bovendien is een dwangsom moeilijk voorstelbaar ten opzichte van informatie waarover geen expliciete mededelingsplicht bestaat. Tevens veronderstelt het opleggen van een dwangsom dat al bekend is dat iemand bepaalde informatie onder zich heeft, hetgeen veelal niet het geval zal zijn.

Het vermoeden ten nadele van de weigerachtige partij heeft dit bezwaar dat aannemelijk dient te zijn dat de bescheiden waarvan inzage werd gevraagd, van beslissende aard zijn.[76] De vraag rijst dan immers hoe dat dan aangetoond kan worden. Bovendien moet opnieuw het bestaan van het stuk al bekend zijn. De

---

72 Vergelijk Vranken 1999, nr. 86, die deze sanctie 'veel te vrijblijvend'noemt. De regering heeft expliciet voor een flexibel sanctiestelsel gekozen, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 13 en 27. Zij wil ontmoedigen dat partijen hun kruit droog houden door de mogelijkheid om later stellingen aan te vullen, te beperken. Ten aanzien van informatie die voor een partij ongunstig is, zal dat niet werken, want te dien aanzien wil die partij helemaal niets aanvullen.

73 Als de achtergehouden informatie betrekking heeft op slechts één van de benodigde feitelijke elementen van de vordering, zal afwijzing van het gevorderde mijns inziens disproportioneel zijn, hetgeen niet toegestaan is. Zie in algemene zin, Woolf, Final report 1996, p. 74; Tjittes, LSA-bundel 1999, p. 64.

74 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 54.

75 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 54.

76 HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 nt. CJHB en EAA (Kools/StichtingPensioenfonds voor huisartsen). Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 28.

wetgever noemt verder nog de mogelijkheid om de aannemelijkheid van feiten extra kritisch te bezien als op andere punten de informatieverstrekking onvolledig was.[77] Mijns inziens zou de sanctie echter betrekking moet hebben op het feit ten aanzien waarvan het verzuim begaan werd.[78]

Hammerstein[79] heeft ervoor gepleit de mogelijkheid van gijzeling (lijfsdwang) open te stellen. Gijzeling, een vorm van vrijheidsberoving, gaat echter vrij ver[80] en mijns inziens zou daarom een duidelijke wettelijke grondslag daarvoor aanwezig moeten zijn. Zulks volgt ook uit art. 585 sub 8 Rv, waarin nu nog bepaald is dat lijfsdwang mogelijk is als dat 'uitdrukkelijk' is bepaald. In het NRv vervalt die bepaling en lijkt lijfsdwang mogelijk ten aanzien van elk veroordelend vonnis voor zover dat niet betrekking heeft op het betalen van geld (art. 585 sub a NRv). Een expliciete wettelijke bevoegdheid om een partij te gijzelen als deze geen inlichtingen verstrekt, is daarin echter niet gelegen. Het ontbreken van zo'n bevoegdheid klemt te meer in het licht van de regel dat een partij-getuige niet gegijzeld kan worden als deze weigert een verklaring af te leggen (art. 2.8.26 lid 1 NRv). Het zou dan mijns inziens onjuist zijn om de gijzeling van een procespartij in andere gevallen wel toe te staan, hoewel een expliciete grondslag ontbreekt.

Wouters[81] meent dat 'procesverlies met uitsluiting van hoger beroep en cassatie' als sanctie aanvaard zou moeten worden. Dat lijkt mij (te) disproportioneel, al kan de afschrikwekkende werking daarvan niet ontkend worden.[82] In dezelfde richting, maar minder extreem, gaat het voorstel van Vranken om de Duitse regeling van de 'Präklusion' in te voeren in Nederland. Dat voorstel komt hierop neer dat indien een partij in eerste instantie verzuimt om haar stellingen te onderbouwen, feiten aan te voeren en bewijsmiddelen te benoemen, zulks niet meer hersteld kan worden in een latere fase van de procedure.[83] Indien een bepaling van die strekking alsnog ingevoerd zou worden, zouden de gevolgen daarvan terdege 'doorgerekend' moeten worden. De Duitse 'Präklusion' staat immers niet op zichzelf. Deze is bijvoorbeeld nauw verbonden met de plicht van de Duitse rechter om partijen op

77 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 3, p. 53, en nr. 5, p. 26. De sanctie wordt dus opnieuw op het vlak van de bewijswaardering gezocht.

78 Zo ook Woolf, Final report 1996, p. 74.

79 Hammerstein, TCR 1996, p. 66.

80 Vergelijk de noot van Vranken, nr. 1-2, onder HR 20 september 1991, NJ 1992, 552 nt. JBMV (Tripels/Masson).

81 Wouters, TCR 1996, p. 71.

82 Enige mate van disproportionaliteit zou wellicht niet onwelkom zijn om de benodigde cultuuromslag te bewerken, maar er zijn grenzen, zeker ook omdat de procespartij hier de dupe zou worden van de 'verouderde mentaliteit' van zijn advocaat, vergelijk Zander, NLJ 1997, p. 770.

83 Vranken 1999, nr. 87 en 89, en nr. 11, 12 en 15. Anders: *Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 25, omdat daarmee ook de voor de wederpartij gunstige informatie uitgesloten wordt. Vranken maakt een uitzondering voor nieuwe, nog niet eerder bekende gegevens en voor gevallen waarin er een legitieme reden is voor niet-naleving. Zie hierover verder nog par. 2.4. Een vorm van 'Präklusion' lijkt ook in het Nederlandse bestuursrecht te gelden, zie Simon, JBplus 1999, p. 32; Damen, AA 2000, p. 61 e.v.

allerlei verzuimen te wijzen.[84] Daarnaast is nog van belang dat ook deze op zichzelf aantrekkelijke sanctie er niet toe zal leiden dat een partij de voor haar ongunstige feiten zal openbaren. Het verlies van de mogelijkheid om zulks in een later stadium alsnog te doen, doet daaraan uiteraard niets af.

De staat van het sanctie-arsenaal is al met al niet rooskleurig te noemen. Veel van de genoemde sancties kunnen in bepaalde gevallen wel nuttig zijn, maar daarmee wordt niet bereikt dat de voor een der partijen onwelgevallige gegevens en bescheiden boven water komen. Doordat meestal alleen diezelfde partij weet dat die informatie bestaat, zal de pakkans ten aanzien van een verzuim zo laag zijn dat 'verzwijging' veelal lonend is. Dit is onwenselijk en past niet in de huidige tijd, maar het lijkt (nog) wel de realiteit te zijn. Het ontbreken van een sanctiemogelijkheid maakt dat die realiteit moeilijk aantastbaar is. Een oplossing hiervoor heb ik helaas ook niet paraat.[85] Ik heb dan ook niet meer kunnen doen dan aangeven dat er hier een probleem ligt en dat de tot nu toe genoemde oplossingen niet toereikend zijn.

2.4 Rechtsvordering elders

Hoe is het gesteld met het beschikbaar krijgen van informatie in civiele procedures in de landen om ons heen? Naar *Engels* recht verdient hier vooral de 'discovery'- of 'disclosure'-procedure de aandacht.[86] Onder het in 1999 ingevoerde nieuwe Engelse procesrecht is de 'disclosure'-procedure geregeld in Rule 31 van de Civil Procedure Rules 1998 (CPR).[87] De regels met betrekking tot 'disclosure' zijn van toepassing in de procedures die vallen onder de regeling van 'the fast track' en 'the multi track', maar niet op de procedures in het 'small claims track' (Rule 31.1 (2) CPR). In welk 'track'een bepaalde procedure behoort, wordt bepaald in Rule 26 CPR. Daarbij spelen onder andere de complexiteit van de bewijsvoering en het aantal getuigenverklaringen een rol (Rule 26.8 (1) (c) en (f) CPR).

---

84 Zie § 139 ZPO, waarover par. 2.4, met name de noot 140. In algemene zin over de moeilijkheden bij het 'transplanteren' van procesrecht, Damaska, Am. J. Comp. Law 1997, p. 839 e.v.

85 Mijn voorstel in par. 2.5 dient dan ook gezien te worden als het op dit moment beste beschikbare alternatief. De in par. 2.4 te bespreken Engelse regel die partijen verplicht om ongunstige feiten te melden, helpt mijns inziens ook niet, weer vanwege de geringe pakkans. Datzelfde geldt ten aanzien van de ook wel genoemde verzwaring van de 'bewijslast' en de proceskostenveroordeling (*Kamerstukken II* 1999/00, 26.855, nr. 5, p. 26). Achteraf kan via een request-civiel wel een en ander hersteld worden, maar opnieuw is daarvoor vereist dat de betreffende informatie bekend is bij de wederpartij.

86 Zie over de oude 'discovery'-procedure uitvoerig Van den Reek 1997, nr. 60-110; Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 448-457; Princen 1990, p. 175 e.v.; Woolf, Interim report 1995, p. 164 e.v.

87 The Civil Procedure Rules 1998 (1998 No. 3132 (L. 17)) zijn in werking getreden op 26 april 1999, en daarbij op detailpunten nog aangepast, zie The Civil Procedure (Amendment) Rules 1999 (1999 No. 1008 (L. 8)). Zie hierover onder andere Greenslade, NLJ 1996, p. 1147 e.v. en de vele andere artikelen in de New Law Journal; Zander, MLR 1998, p. 382 e.v.; Vranken 1999, nr. 37 e.v., en Vranken, NJB 1999, p. 1879 e.v.

Indien de regels van 'disclosure and inspection of documents' van toepassing zijn, wordt een document[88] 'disclosed' doordat een partij stelt dat dat document bestaat of bestaan heeft (Rule 31.2 CPR). De wederpartij heeft het recht om zulke documenten te inspecteren, tenzij de ander het niet meer heeft of deze een recht of plicht heeft om inspectie tegen te gaan (Rule 31.3 (1) CPR). Bij een standaard[89] 'disclosure order' wordt een partij verplicht om de documenten te openbaren waarop zij haar zaak baseert en de documenten die zijn eigen of andermans zaak negatief beïnvloeden of andermans zaak positief beïnvloeden (Rule 31.6 CPR). Partijen zijn tevens verplicht een redelijke zoektocht naar de voornoemde documenten te verrichten, maar de 'disclosure' is wel beperkt tot de documenten die een partij onder zijn controle heeft of had (Rule 31.7 en 31.8 CPR). De plicht tot 'disclosure' blijft bestaan totdat de procedure tot een einde gekomen is (Rule 31.11 CPR).[90]

In verband met de feitengaring[91] is verder bijvoorbeeld van belang dat de rechter als 'case manager' beslist welke (feiten)kwesties volledig onderzocht dienen te worden en welke niet (Rule 1.4 (2) (c) CPR). Volgens Rule 3.1 (2) (d) CPR mag de rechter via elke vorm van mondelinge communicatie, dus bijvoorbeeld ook via de telefoon, bewijs vergaren. Tevens is bepaald dat de bevoegdheden van de rechter ook op diens eigen initiatief gebruikt mogen worden (Rule 3.3 (1) CPR).

Indien de Engelse rechter nadere informatie wenst, kan hij partijen bevelen die te verstrekken (Rule 18.1 CPR). De verstrekte informatie dient, net als de dagvaarding en een getuigenverklaring, vergezeld te gaan van een 'statement of truth' (Rule 22.1 (1) CPR). Het betreft hier een verklaring door degene die de informatie verstrekt dat hij gelooft dat de vermelde feiten waar zijn (Rule 22.1 (4) CPR). Indien deze 'statement of truth' niet afgegeven wordt, kan de rechter de dagvaarding terzijde stellen ('strike out'), doch dat hoeft niet. Als dat echter niet gebeurt, kan de dagvaarding niet als bewijs dienen voor de daarin genoemde feiten (Rule 22.2 CPR). Een getuigenverklaring zonder een 'statement of truth' kan door de rechter uitgesloten worden als bewijsmiddel (Rule 22.3 CPR).[92]

De conclusie dat het Engelse procesrecht wel de eerder bedoelde algemene mededelingsplicht voor procespartijen kent, is welhaast onontkoombaar. Doordat

88 'Document' betekent alles waarop informatie is opgeslagen, zie Rule 31.4 CPR.

89 Daarnaast is een 'specific disclosure' mogelijk ten aanzien van specifieke documenten, zie Rule 31.12 CPR. Ook is het mogelijk 'derden' tot opening van zaken te dwingen, zie Rule 31.17 CPR.

90 Zie over 'disclosure' bijvoorbeeld Woolf, Final report 1996, p. 124 e.v.; Tromans, NLJ 1999, p. 307 e.v.; Hemsworth, NLJ 1998, p. 1300; Vranken 1999, nr. 53. 'Disclosure' is ook voorafgaand aan de procedure mogelijk, zie Rule 31.16 CPR.

91 Een aantal 'bewijsmiddelen', zoals deskundigenberichten en getuigenverklaringen, zijn geregeld in Rule 32, 33, 34 en 35 CPR. De rechter heeft te dien aanzien veel bevoegdheden, zie bijvoorbeeld Daniel, NLJ 1999, p. 526-527; Frenkel, NLJ 1999, p. 197-198 en 254-255; Vranken 1999, nr. 52.

92 Daarnaast kan tegen degene die een valse verklaring aflegt, een 'contempt of court'-procedure gestart worden, zie Rule 32.14 CPR. Zie over dit alles ook Daniel, NLJ 1999, p. 527; Bird, NLJ 1999, p. 673; Vranken 1999, nr. 45 en 52. De bewijsuitsluiting is een meer algemeen toepasbare sanctie, zie Woolf, Final report 1996, p. 74.

partijen in principe al het bewijsmateriaal waarover zij beschikken, moeten aanmelden en overleggen,[93] is de beschikbaarheid van informatie in elk geval zeer groot.[94] Ik wijs er wel nog op dat tevens het besef is doorgedrongen dat de (oude) 'discovery'-procedure ook de nodige nadelen kende.[95] Of de nieuwe 'disclosure'-procedure al die nadelen wegneemt, valt nog te bezien.[96] Bovendien mag niet vergeten worden dat het in beginsel mogelijk is om via de regels van het Nederlandse recht ongeveer hetzelfde te bereiken als via de regels van 'disclosure'.[97] Vooral het voorlopig getuigenverhoor kan daartoe bijdragen.[98] In Nederland kan dus in beginsel ook vrij veel informatie vrijkomen, hoewel dat meer inspanning zal vergen omdat een spontane mededelingsplicht zoals in Engeland ontbreekt.[99]

In *Frankrijk* staat de wens om de materiële 'waarheid' te achterhalen al enige tijd in de belangstelling.[100] Ik wijs daarbij, als resultaat van die ontwikkeling, ten eerste op art. 10 Cc,[101] waarin in algemene bewoordingen is bepaald dat een ieder

---

93 Zie Van den Reek 1997, nr. 108. De rechter speelde hierbij onder het oude recht eigenlijk geen rol van betekenis, zie Jolowicz, Travaux H. Capitant 1987, p. 547, 550 en 557. Onder het nieuwe recht heeft de rechter ruime mogelijkheden de bewijslevering te sturen, zie Passmore, NLJ 1999, p. 282; Vranken 1999, nr. 52.

94 Dat verklaart ten dele wellicht de geringe aandacht in Engeland voor de regels van bewijsrisicoverdeling, vergelijk Stoll, AcP 1976, p. 179; Van 1995, p. 270; Schlemmer-Schulte 1997, p. 34-35. Ten dele, want daarbij speelt ook de mate van rechterlijke overtuiging die nodig is bij de bewijswaardering een rol, zie hierna noot 254.

95 Zuckerman 1999, p. 11; Woolf, Interim report 1995, p. 164-165; Woolf, Final report 1996, p. 124; Van den Reek 1997, nr. 75; Asser 1991, p. 22; Asser-Vranken, nr. 20 (die overigens de voordelen ervan doorslaggevend acht); Asser, NJB 1999, p. 1254, en Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 455, die zich geen voorstander van overname tonen. Wel positief, Betlem c.s. 1999, p. 76. Zie over (de problemen van) de Amerikaanse 'discovery' ook het uitermate lezenswaardige boek van J. Harr, A civil action (Arrow 1995).

96 Zo zal het terugdringen van de kosten van de 'disclosure' moeilijk worden, vergelijk Vranken 1999, nr. 5. Zie ook Zander, NLJ 1997, p. 770.

97 Vergelijk HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 nt. HJS (Kinetics/Mol), r.o. 5.2, en de noot van Snijders (sub 2f en 2h) onder dat arrest, alsmede Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 454 en 456. Ook Asser-Vranken, nr. 21, gaat in die richting.

98 Zie de conclusie van A-G Leijten voor HR 11 januari 1985, NJ 1985, 352 (Van Laarhoven Assurantiën/Finatabank), die het voorlopig getuigenverhoor omschrijft als een vorm van 'pre-trial-discovery', en verder Hoyng, Schoordijk-bundel 1991, p. 105-107, en Betlem c.s. 1999, p. 75. Asser 1999, nr. 5.3, noemt dit middel te beperkt.

99 Ik schreef 'in beginsel', want het bemachtigen van documenten van de wederpartij is hier moeilijker dan in Engeland, zie ook par. 2.3, al kan art. 843a Rv daarbij wellicht een rol (gaan) spelen. Bovendien is de praktijk in Nederland anders dan in Engeland. Een getuigenverhoor hier is bijvoorbeeld erg 'slap' in vergelijking met een 'cross-examination' in Engeland, zie bijvoorbeeld Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 32. Bovendien is belangrijk dat de feitengaring hier meer in handen van de rechter is. Deze zal niet erg gedreven zijn (hij heeft er weinig belang bij) om daadwerkelijk alles te weten te komen. Zie Cooter & Ulen 1997, p. 364; Damaska, Am. J. Comp. Law 1997, p. 844, en Posner, Evidence 1999, p. 14 en 19.

100 Zie Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 279 en p. 286-287.

101 Het eerste lid van het artikel luidt: Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Zie hierover verder onder andere J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 1 e.v.; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 651-652; Cadiet 1998, no. 1174. Zie voor de hier behandelde materie ook uitgebreid Legeais 1955, p. 183-203; Chevalier 1958-1959,

aan de vaststelling van de waarheid dient mee te werken.[102] Het gaat hier om een algemeen principe, waarmee onder andere bedoeld is vast te leggen dat de waarheidsvinding als doel van het proces voorop staat.[103] Hieruit mag echter niet geconcludeerd worden dat een ieder gehouden is spontaan mee te werken aan de waarheidsvinding. Men is enkel gehouden om, als er om informatie gevraagd wordt, niet te liegen en niets achter te houden.[104] Voldoet men niet aan die plicht, dan zijn een aantal sancties mogelijk, zoals het verbeuren van een dwangsom, schadevergoeding op basis van art. 1382 Cc,[105] en het vermoeden ten nadele van de weigerachtige partij.[106] Devèze meent dat ook een bewijsrisico-omkering als sanctie mogelijk is.[107]

Op basis van art. 11 al. 2 NCPC, dat een uitwerking is van art. 10 Cc, kan de rechter, na een daartoe strekkend verzoek van een partij, de wederpartij of een derde bevelen om bepaalde bewijsstukken in het geding te brengen.[108] De hierbij te volgen procedure is geregeld in de artt. 138-142 NCPC.[109] Een voorwaarde waaraan voldaan moet zijn, is dat de partij die vraagt om het bevel, buiten haar schuld niet de middelen heeft om zelf het document te bemachtigen.[110] Het bevel kan betrekking hebben op alle mogelijke bewijsmiddelen, maar deze moeten wel identificeerbaar en ter zake dienend zijn.[111] Zo wordt voorkomen dat een partij bijvoorbeeld de gehele administratie van haar wederpartij kan opvragen en bekijken.

Beide partijen mogen de rechter om een bevel tot het overleggen van stukken vragen. Deze heeft echter niet ambtshalve de bevoegdheid zo'n bevel te geven.[112]

---

p. 199-216; Fisselier 1979, no. 379 e.v.; Devèze 1980, no. 164-300, en Le Masson 1991, no. 278 e.v. Door de grotere rol van de rechter en doordat beide partijen meewerken aan de bewijsvoering is men in Frankrijk de verdeling van 'de bewijslast' veel sterker gaan zien als de verdeling van het *bewijsrisico*. Door de grotere beschikbaarheid van informatie is het bewijsrisico minder vaak relevant, maar als het bewijsrisico relevant is, is het ook veelal beslissend. Zie hierover Le Bars 1997, no. 336; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 645, en Le Masson 1991, no. 404 e.v.

102 Tenzij de persoon een legitieme reden heeft om niet te hoeven meewerken, zie daarover J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 67 e.v.; Devèze 1980, no. 200 e.v.

103 J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 17-21.

104 J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 29-31; Le Masson 1991, no. 302 e.v. Zie ook Devèze 1980, no. 192-199, die in no. 199 aangeeft dat het bestaan van een spontane plicht van algemene strekking slechts een illusie kan zijn. Anders: Legeais 1955, p. 197 e.v.

105 Voor Nederland, Rutten-Ariëns 1972, no. 208. Dit is een sanctie die weinig effectief lijkt, nu in dat geval ook het causale verband bewezen moet worden, zie Devèze 1980, no. 223.

106 J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 97-109; Devèze 1980, no. 219-245; Chevalier 1958-1959, p. 208; Legeais 1955, p. 201.

107 Devèze 1980, no. 236-245.

108 Zie daarover Solus/Perrot 1991, no. 640 e.v.; Le Masson 1991, no. 364 e.v.;Vincent/Guinchard 1994, no. 1007 e.v.

109 Zie verder Solus/Perrot 1991, no. 655-660; Cadiet 1998, no. 1175.

110 Solus/Perrot 1991, no. 646.

111 Solus/Perrot 1991, no. 647-649; Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 288; Devèze 1980, no. 252.

112 J-Cl. Proc. Civ. (Frison-Roche), Fasc. 620, no. 39 e.v.; Solus/Perrot 1991, no. 650; Vincent/Guinchard 1994, no. 1007 e.v. Een ieder, wederpartij of derde, is in principe verplicht te voldoen aan het bevel, tenzij een weigeringsgrond geaccepteerd wordt, zie Solus/Perrot 1991, no. 651-653.

Of de rechter het bevel geeft, is aan zijn discretie overgelaten.[113] Als mogelijke sancties op het niet voldoen aan het bevel, kent men opnieuw het verbeuren van een dwangsom, de gehoudenheid tot het betalen van schadevergoeding en het vermoeden ten nadele van de weigerachtige partij.[114]

Een andere regel die beoogt meer informatie beschikbaar te krijgen, is art. 10 NCPC, zoals uitgewerkt in de artt. 143 e.v. NCPC. Op basis daarvan kan de rechter, eventueel ambtshalve,[115] instructiemaatregelen nemen. Deze maatregelen zijn erop gericht de rechter, binnen het kader van de procedure, wetenschap ten aanzien van de feiten te verschaffen.[116] Deze maatregelen kunnen ook voorafgaand aan de eigenlijke procedure genomen worden (art. 145 NCPC).[117] Voorwaarde voor het gebruik van de instructiebevoegdheid is dat zulks nuttig (ter zake dienend) is, met andere woorden, dat de feiten waarop de instructie betrekking heeft, van beslissende aard zijn (art. 143 NCPC) en de rechter de feiten zonder zo'n instructie niet kan vaststellen (art. 144 NCPC). Verder is vereist dat de partij die het feit zou moeten bewijzen, daartoe buiten haar schuld niet in staat is (art. 146 NCPC).[118]

Partijen zijn verplicht mee te werken aan een instructie van de rechter (art. 11 al. 1 NCPC). Doen zij dat niet, dan kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht.[119] Mogelijke instructiemaatregelen zijn het persoonlijke onderzoek door de rechter (art. 179 e.v. NCPC), de comparitie van partijen (art. 184 e.v. NCPC), de schriftelijke verklaring van een derde (art. 199 NCPC), het getuigschrift (art. 200 e.v. NCPC), het getuigenverhoor (art. 204 e.v. NCPC), en het deskundigenbericht (art. 232 e.v. NCPC).[120]

Verder kan hier nog gewezen worden op art. 8 NCPC, op basis waarvan de rechter partijen om nadere uitleg kan vragen als hij zulks nodig acht om het geschil op te lossen.[121] Uit het voorgaande zal duidelijk geworden zijn dat de ruimere beschikbaarheid van informatie in Frankrijk vooral nagestreefd wordt door middel van een verruiming van de bevoegdheden van de rechter.[122]

---

113 Cadiet 1998, no. 1175; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 652; Solus/Perrot 1991, no. 658; Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 288.

114 Solus/Perrot 1991, no. 661-664; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 652; Devèze 1980, no. 228. Anders ten aanzien van die laatste mogelijkheid, Vincent/Guinchard 1994, no. 1008, en Cadiet 1998, no. 1175.

115 Cadiet 1998, no. 1198; J-Cl. Civ. (Veaux), Art. 1315-1316, Fasc. 10, no. 17.

116 Zie hierover Vincent/Guinchard 1994, no. 1047 e.v.; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 655, en Solus/Perrot 1991, no. 723 e.v.

117 Vincent/Guinchard 1994, no. 1048; Solus/Perrot 1991, no. 784 e.v.; Cadiet 1998, no. 1196.

118 Solus/Perrot 1991, no. 733 e.v.; Vincent/Guinchard 1994, no. 1049.

119 Cadiet 1998, no. 1198; Solus/Perrot 1991, no. 754.

120 Zie over dit alles Cadiet 1998, no. 1206 e.v.; Vincent/Guinchard 1994, no. 1066 e.v., en Solus/Perrot 1991, no. 795 e.v.

121 Zie hierover Devèze 1980, no. 97 e.v.; Solus/Perrot 1991, no. 94, en Ponsard, Travaux H. Capitant 1987, p. 678.

122 Zie daarover in een breder kader Ponsard, Travaux H. Capitant 1987, p. 673 e.v., met conclusie op p. 693; Denis, RTD Civ. 1977, p. 684 e.v.; Fisselier 1979, no. 408 e.v.; Devèze 1980, no. 102; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 650.

Ook het *Duitse* recht kent een aantal instrumenten die tot een ruimere beschikbaarheid van informatie (zouden moeten) leiden.[123] In het eerste lid van § 138 ZPO is geregeld dat de verklaringen van partijen volledig en waarheidsgetrouw dienen te zijn. Dat is een plicht ten opzichte van de wederpartij én de rechter. Verboden is daarmee de bewuste leugen (en het bewust verzwijgen van feiten) en ontoereikend is het poneren van stellingen 'ins Blaue hinein'.[124] Het belangrijkste rechtsgevolg binnen een lopende procedure van het niet voldoen aan deze plicht is dat de rechter de leugenachtige stelling niet in zijn bewijswaardering betrekt, hetgeen zo logisch is dat zulks nauwelijks als sanctie gezien kan worden.[125]

Het tweede lid van § 138 ZPO bepaalt dat iedere partij zich dient uit te laten over de door de ander gestelde feiten (als die partij aan haar stelplicht ter zake voldaan heeft[126]), terwijl het derde lid bepaalt dat niet-betwiste feiten als vaststaand beschouwd moeten worden. Bewijs is dan niet meer nodig.[127] Zulks geldt overigens niet als de wederpartij zich niet kan uitlaten over de gestelde feiten, omdat zij daartoe de kennis niet heeft noch deze kan verkrijgen.[128] Deze twee leden vormen samen de basis voor wat wij in Nederland de 'aanvullende stelplicht' zouden noemen, de 'Substantiierungslast'.[129] Daarover in paragraaf 3.1 meer.

Interessant is in dit kader ook § 139 ZPO. Dat artikel bepaalt kort gezegd dat de rechter verplicht is te bewerkstelligen dat de partijen zich over de feiten uitlaten, deze eventueel aanvullen en de bewijsmiddelen benoemen. Daartoe dient hij de feitelijke en juridische aspecten van het geschil met de partijen te bespreken en vragen te stellen. Hij dient er voor te zorgen dat de zaak uitputtend besproken

123 Zie over het Duitse recht, dat overigens herzien gaat worden (zie Deutscher Bundestag, Drucksache 14/3750 van 4 juli 2000), ook Vranken 1999, nr. 8 e.v. Tevens wijs ik nog op het 'selbstandiges Beweisverfahren', een aparte procedure waarin, voordat het juridische geschil aan de rechter is voorgelegd, de bewijsvoering ter hand genomen wordt. Zulks kan relevant zijn, omdat daarmee verlies van bewijsmiddelen voorkomen kan worden, zie verder Arens/Lüke 1999, Rdn. 317.

124 Zie Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 1-2 en 6; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 1-2; Zöller/Greger 1999, § 138, Rdn. 1-3; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 364 en 365; Arens, ZZP 1983, p. 5, en BGH NJW 1998, 2976, op p. 2977.

125 Frohn, JuS 1996, p. 244. Grunsky 1970, p. 156, en Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 366, geven aan dat het bekend zijn van de onwaarheid van een feit onherroepelijk met zich brengt dat het tegendeel is komen vast te staan, zodat dat tegendeel logischerwijs ook als basis van de beslissing zal dienen. Zo ook Henckel 1970, p. 14. Verder kan een leugenachtige partij strafrechtelijk of civielrechtelijk aansprakelijk gehouden worden. Zie Zöller/Greger 1999, § 138, Rdn. 7; Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 7-8; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 16.

126 Zie Arens, ZZP 1983, p. 4; Zöller/Greger 1999, § 138, Rdn. 8; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 18. De mate van betwisting die nodig is, is afhankelijk van de mate waarin de stelling van de wederpartij onderbouwd is, zie BGH NJW 1999, 1404, op p. 1405; Meyke, NJW 2000, p. 2231.

127 Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 15; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 19 en 23; Zöller/Greger 1999, § 138, Rdn. 8b en 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 427.

128 Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 19; Meyke, NJW 2000, p. 2232; Lepa 1988, p. 14.

129 Zie hierover Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 10-11; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 21-22; Arens, ZZP 1983, p. 3, en Frohn, JuS 1996, p. 247 e.v.; Prütting 1983, p. 44.

wordt.[130] De rechter moet de zijns inziens maatgevende gezichtspunten blootleggen en ervoor zorgen dat de partijen daarop kunnen reageren. Deze plicht van de rechter is bedoeld om te verhinderen dat een partij vermijdbaar benadeeld wordt in haar materiële rechtspositie.[131]

Het gaat hierbij uitdrukkelijk om een advies- of waarschuwings*plicht* van de rechter en dus niet om een (discretionaire) bevoegdheid.[132] Wanneer deze plicht voor de rechter ontstaat, is echter niet bij voorbaat te zeggen, want deze ontstaat alleen als er daartoe een concrete aanleiding is, bijvoorbeeld als de feitenvoorstelling onduidelijk is of leemten vertoont.[133] De grens van deze plicht van de rechter ligt daar waar zijn onpartijdigheid in het geding komt.[134]

Een aantal voorbeelden kan dit alles wellicht verduidelijken. Als de feitelijke voorstelling van zaken zoals geschetst door de eiser, te algemeen is, mag de rechter die stelling niet zonder meer als ongemotiveerd buiten beschouwing laten. Hij dient te bewerkstelligen dat een en ander opgehelderd wordt.[135] Ook dient de rechter te wijzen op eventuele andere grondslagen voor de vordering of op eventuele verweren die nog niet eenduidig aangevoerd zijn.[136] Bovendien dient de rechter na te gaan of een bepaald persoon nu wel of niet als getuige voorgedragen is.[137] § 139 ZPO geeft de rechter derhalve duidelijk een ondersteunende en misschien zelfs wel een leidende rol in het proces.[138]

Een andere belangrijke bepaling is § 282 ZPO. Op basis daarvan dienen partijen tijdig, dat wil zeggen voor het verstrijken van de toepasselijke termijn en op zijn minst voor het sluiten van de mondelinge behandeling (§ 296a ZPO), al hun stellingen en verweren naar voren te brengen. Dit noemt men de 'allgemeine

130 Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 2. Zie hierover ook Piekenbrock, NJW 1999, p. 1360 e.v., en Vranken 1999, nr. 12.

131 Zie BGH VersR 2000, 738; BGH VersR 2000, 739; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 3; Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 5. Het materiële recht dient verwezenlijkt te worden, aldus Zöller/Greger 1999, § 139, Rdn. 1 en 9. Als een reactie van partijen anderszins niet meer mogelijk is, dient de mondelinge behandeling heropend te worden, zie BGH VersR 2000, 739, op p. 740.

132 Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 5; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 5-6.

133 Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 5 en 7, met voorbeelden in Rdn. 8-14; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 17, met voorbeelden in Rdn. 18-19 en 24 e.v.; Piekenbrock, NJW 1999, p. 1360, en p. 1361-1362; Zöller/Greger 1999, § 139, Rdn. 3-4; Frohn, JuS 1996, p. 245.

134 Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 5; Grunsky 1970, p. 151.

135 Zie bijvoorbeeld Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 8; Frohn, JuS 1996, p. 245-246; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 24-25, en Zöller/Greger 1999, § 139, Rdn. 10. Als duidelijk wordt dat een partij de 'Hinweis' niet begrepen heeft, dient deze gepreciseerd te worden, zie BGH VersR 2000, 738.

136 Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 8-9; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 35-36 en 37 e.v.; Zöller/Greger 1999, § 139, Rdn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 429; Frohn, JuS 1996, p. 244 en 246. Zulks vloeit ook voort uit § 278 Abs. III ZPO, waarover Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 430, en Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 2.

137 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1999, 1373, op p. 1374.

138 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 428. Zo'n leidende rol verbaast niet gezien de medeverantwoordelijkheid die de rechter draagt voor de gedingvoering, vergelijk Münch.Komm. (Peters), § 139, Rdn. 1; Thomas/Putzo 1995, § 139, Rdn. 1; Musielak/Stadler 1999, § 139, Rdn. 1.

Prozeßforderungspflicht'. Gelegenheid om een eventueel verzuim te dien aanzien te herstellen, bestaat niet meer indien zulks tot vertraging van de procedure zou leiden (§ 296 Abs. II ZPO), de zogenaamde 'Präklusion'. Ook de rechter dient overigens erop toe te zien dat partijen hun stellingen tijdig aanvoeren.[139] Als de rechter bijvoorbeeld zijn plichten op basis van § 139 ZPO verzaakt, is de sanctie van 'Präklusion' niet mogelijk.[140]

De hier besproken instrumenten lijken echter ook in Duitsland te weinig soelaas te bieden.[141] Als reactie daarop is de vraag gerezen naar het eventuele bestaan van een algemene (spontane) informatieplicht voor procespartijen.[142] Na de nodige discussie daarover in de literatuur heeft het Bundesgerichtshof zich echter tegen de aanvaarding van een dergelijke algemene plicht uitgesproken. Er bestaat naar Duits recht geen norm die partijen in algemene zin ertoe verplicht zich zo te gedragen dat de waarheidsvinding het beste gediend wordt.[143] De redenen daarvoor zijn volgens het Bundesgerichtshof dat er geen materieelrechtelijke informatieplicht van algemene strekking bestaat en het niet aan het (instrumentele) procesrecht is om een dergelijke plicht in te voeren. Bovendien is een procespartij niet gehouden de wederpartij het materiaal voor proceswinst te verschaffen.[144] Dat oordeel vloeide wellicht mede hieruit voort dat een dergelijke algemene processuele plicht niet nodig is in verband met het bestaan van een aantal bijzondere, op het materiële recht gebaseerde plichten die er al toe leiden dat de nodige informatie verschaft moet worden.[145]

Die plichten zijn de zogenaamde 'erweiterte prozessualen Aufklärungspflichten' die, afhankelijk van de opvatting die men aanhangt, volgen uit de goede trouw

---

139 Zie hierover onder andere Arens/Lüke 1999, Rdn. 189 e.v.; Gottwald, Am. J. Comp. Law 1997, p. 761; Vranken 1999, nr. 11, 12 en 15. Deze regeling is bedoeld om zo vroeg mogelijk zo veel mogelijk informatie boven tafel te krijgen, maar kan als neveneffect hebben dat bepaalde informatie nu juist niet meer beschikbaar komt. Zie daarover Arens/Lüke 1999, Rdn. 189.

140 Zie Piekenbrock, NJW 1999, p. 1363.

141 Weber 1997, p. 188; Stürner 1976, p. 13-14; Arens, ZZP 1983, p. 5; Meyke, NJW 2000, p. 2230; Vranken 1999, nr. 17. Men kent overigens ook nog de plicht om bepaalde akten ter beschikking van de wederpartij te stellen, zie §§ 422 en 423 ZPO, en daarover Stürner 1976, p. 12.

142 Zie daarover met name Stürner 1976, *passim*, en verder onder andere Arens, ZZP 1983, p. 5-6; Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 11, en Baumgärtel 1996, Rdn. 303-330.

143 BGH ZZP 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürner). Zie eerder al Arens, ZZP 1983, p. 18, en verder Gottwald, Am. J. Comp. Law 1997, p. 760; Baumgärtel 1996, Rdn. 305-306; Thomas/Putzo 1995, § 138, Rdn. 12; Münch.Komm ZPO (Peters), § 138, Rdn. 22; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 680; Vranken 1999, nr. 11. Anders, de noot van Stürner onder voormeld arrest, op p. 211, en Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 11. Men kent in bepaalde gevallen overigens wel *voorprocessuele* informatieplichten, gebaseerd op het materiële recht, zonder dat zo'n plicht in zijn algemeenheid bestaat, zie verder Baumgärtel 1996, Rdn. 195-213.

144 BGH ZZP 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürner); Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 680; Baumgärtel 1996, Rdn. 306; Heinrich 1996, p. 16. Anders: Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 11.

145 BGH ZZP 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürner). Zie ook Arens, ZZP 1983, p. 21-23; Gottwald, Am. J. Comp. Law 1997, p. 760; Musielak/Stadler 1999, § 138, Rdn. 11, en verder de noot van Stürner onder voormeld arrest, op p. 212-213. Zie hierover ook par. 3.1.

(§ 242 BGB),[146] uit het materiële recht in algemenere zin[147] of uit de analoge toepassing van de bepalingen uit het ZPO en het BGB.[148] Daaruit volgt echter niet, zoals gezegd, dat er een algemene materieelrechtelijke informatieplicht bestaat.[149] Rechtsgevolg van het niet voldoen aan deze plichten, voor zover deze bestaan, is dat er een geval van 'Beweisvereitelung' voorligt, hetgeen via de bewijswaardering of via een bewijsrisico-omkering gesanctioneerd wordt.[150]

2.5 *Enkele conclusies*

De voornaamste conclusie uit het voorgaande luidt dat het bestaan van een *algemene* mededelingsplicht die een procespartij verplicht spontaan alle informatie die zij onder zich heeft, te openbaren, eigenlijk alleen in Engeland bestaat.[151] Het Duitse en Franse recht gaan niet zover. Wellicht zou het nastreven van zo'n plicht voor het Nederlandse recht dan ook nog eens overdacht moeten worden.

Wellicht is het aanvaarden van enkele *bijzondere* informatieplichten of medewerkingsplichten,[152] zoals in Duitsland wel gebeurt, beter geschikt om de gestelde doelen te bereiken, omdat bij een algemene plicht, los van de vraag of zo'n plicht aanvaardbaar is en of een eventueel verzuim ontdekt kan worden, ook het probleem rijst van de relevantie van de informatie.[153] Een algemene plicht dwingt tot het overleggen van alle, ook niet-relevante informatie. Dat leidt tot bergen onnodige informatie, die toch doorgenomen moeten worden omdat niets dat eventueel wel relevant zou kunnen zijn, gemist mag worden. Bovendien worden op die manier de kwalijke kanten van 'discovery'-achtige procedures, de welbekende 'fishing expeditions' en de hoge kosten, binnengehaald.[154]

Een bijzondere informatieplicht kan zich daarentegen beperken tot het overleggen van bepaalde informatie over een bepaald onderwerp, die waarschijnlijk wel relevant zal zijn. De rest van de feitelijke gegevens die de wederpartij onder

146 BGHZ 97, 188, op p. 192; BGH ZZP 1991, 203, op p. 205; Baumgärtel 1996, Rdn. 307.
147 Zie Baumgärtel 1996, Rdn. 308.
148 Zie daarover Baumgärtel 1996, Rdn. 309, die uiteindelijk (Rdn. 314) voor deze variant kiest.
149 BGH ZZP 1991, 203, op p. 205 en 207 (Anm. Stürner); Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 680; Baumgärtel 1996, Rdn. 196, 306 en 308. Een dergelijke algemene materieelrechtelijke plicht kan niet volgen uit § 242 BGB. De individuele plichten wel, zie Arens, ZZP 1983, p. 9 en 13; Stürner 1976, p. 90.
150 Zie daarover Baumgärtel 1996, Rdn. 328, en Rdn. 109-131; Arens/Lüke 1999, Rdn. 282.
151 In het nieuwe procesrecht is deze plicht iets minder vergaand dan onder het oude recht, vergelijk Rule 31.6 CPR.
152 In die richting ook Van den Reek 1997, nr. 127 e.v. die, als ik het goed zie, ook niet voor één algemene plicht kiest; Princen 1990, p. 43, en Vranken 1999, nr. 87.
153 Vergelijk Woolf, Interim report 1995, p. 166-167; Woolf, Final report 1996, p. 124; Vranken 1999, nr. 87.
154 Vergelijk Woolf, Interim report 1995, p. 167, en Damaska, Am. J. Comp. Law 1997, p. 849, en ten aanzien van de extra kosten die gemaakt (moeten) worden, Thesingh 1961, p. 63. Asser 1999, nr. 10.2, lijkt beide nadelen van ondergeschikt belang te achten.

zich heeft, blijft dan gevrijwaard van 'speurneuzen'.[155] Een voorbeeld van zo'n bijzondere plicht zou de 'substantiëringsplicht' kunnen zijn. Deze dwingt partijen ertoe om uit eigen beweging hun stellingen feitelijk en juridisch deugdelijk te onderbouwen.[156] Als sanctie op een eventueel verzuim zou, als voorlopig beste alternatief, gedacht kunnen worden aan het ontnemen van het recht om dat verzuim te herstellen, vergelijkbaar aan de Duitse 'Präklusion'.

3 De aanvullende stelplicht

3.1 Het begrip 'aanvullende stelplicht'

Met de 'aanvullende stelplicht' (ook wel: verzwaarde stelplicht, uitgebreide motiveringsplicht of mededelingsplicht) wordt naar *Nederlands* recht bedoeld de plicht van de ene partij (de niet met het bewijsrisico belaste partij, meestal de gedaagde) om haar betwisting van een door de andere partij (meestal de eiser) gesteld feit nader te motiveren, teneinde die andere partij aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen. Met andere woorden, die eerste partij dient met extra feitelijke gegevens te komen.[157] Als dat niet gebeurt, is de betwisting onvoldoende en moet de rechter op basis van art. 176 Rv het feit als vaststaand beschouwen. Deze aanvullende motivering is gebaseerd op de artt. 140 en 141 Rv, welke spreken over 'met reden omgeven' conclusies.[158]

De aanvullende stelplicht is inmiddels stevig verankerd in het Nederlandse recht. Op diverse terreinen[159] wordt die notie gebruikt om de gevolgen van de

155 Het probleem dat onduidelijk zal zijn welke informatie relevant is, zal zo niet geheel opgelost worden, maar wellicht komen wij zo wel een stapje dichterbij die oplossing. Overigens, een oplossing voor het 'pakkans'-probleem, zie par. 2.3, is ook niet in de buitenlandse rechtsstelsels te vinden.

156 Vranken 1999, nr. 87, die bijvoorbeeld ook nog de 'duty to cooperate' noemt (nr. 85), en Vranken, NJB 1999, p. 1880 e.v. Vergelijk ook Princen 1990, p. 39 e.v.

157 Wat precies met 'aanknopingspunten' bedoeld wordt, is onduidelijk, maar mijns inziens gaat het er om dat er gegevens worden overgelegd die de wederpartij kan gebruiken als startpunt in de zoektocht naar bewijzen. Het overleggen van een medisch dossier door een arts kan er bijvoorbeeld toe leiden dat geconstateerd wordt dat een bepaalde verpleegster nauw betrokken was bij de behandeling. Die persoon kan dan vervolgens gehoord worden.

158 Zie onder andere HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 nt. EMM (Batava/Salomonsky); HR 7 januari 1926, NJ 1926, 258 nt. EMM (Zuiderent/Bezemer); Kan 1921, p. 7-8; Asser 1992, p. 60 e.v.; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 32, en par. I.3. Voor de geschiedenis van deze notie, zie de noot van Meijers onder het eerstgenoemde arrest; Post 1893, p. 51 e.v.; Princen 1990, p. 35 e.v., en Van den Reek 1997, nr. 11. Zie voor het bestuursrecht Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 318. Men kan deze plicht ook direct op art 176 Rv baseren.

159 Zie voor een overzicht Gerbrandy, NJB 1952, p. 369 e.v.; Tjittes, NJB 1988, p. 1128 e.v.; Hammerstein, TvP 1989, p. 1602 e.v.; Princen 1990, p. 35 e.v.; Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 127 e.v.; Asser 1992, p. 61 e.v.; Asser-Vranken, nr. 26; Van den Reek 1997, nr. 12, en Giesen 1997, p. 121-123, allen met nadere literatuur.

toedeling van het bewijsrisico aan één der partijen te verzachten.[160] Het 'bewijsrisico' van de een wordt lichter als de stelplicht van de ander zwaarder wordt.[161] Overigens, het 'lichter' worden van het bewijsrisico moet gezien worden als 'het eerder kunnen voldoen aan'. Eigenlijk wordt dus de bewijsvoering verlicht.[162]

Dit werkt als volgt. Als de gedaagde niet aan zijn aanvullende stelplicht voldoet, hetgeen overigens een feitelijke beslissing is die in principe in cassatie niet te toetsen is,[163] volgt daarop één van de volgende sancties.[164] Ofwel wordt het feit als vaststaand beschouwd door de rechter, ofwel volgt er een bewijsrisico-omkering, ofwel wordt een nadere bewijsopdracht niet meer nodig geoordeeld en wordt de gedaagde niet meer toegestaan bewijs te leveren.[165] De 'verlichting' van het bewijsrisico schuilt dan hierin dat de kans dat op basis van de bewijsrisicoverdeling beslist zal worden, verkleind wordt.[166]

Het is van belang het voorgaande goed te onderkennen, want het is niet zo dat door het aanvaarden van een aanvullende stelplicht de *verdeling* van het bewijsrisico verandert.[167] Sterker nog, de bestaande bewijsrisicoverdeling is het uitgangspunt; juist vanwege die verdeling wordt een tegemoetkoming door middel van een aanvullende stelplicht nodig geacht.[168]

---

160 Het gaat hier niet om een algemene plicht voor alle procespartijen in alle soorten procedures. Op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid werd bijvoorbeeld een aanvullende stelplicht afgewezen, zie HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade).

161 Zie bijvoorbeeld de noot van Stein onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (Vermaat Bakkerijen/Aamar); Tjittes, NJB 1988, p. 1128; Princen 1990, p. 45; Asser 1992, p. 60 e.v.; Hidma, TCR 1998, p. 29, en Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 685-686. Hoeveel lichter het bewijsrisico wordt, is afhankelijk van de zwaarte van de eisen die aan de aanvullende stelplicht gesteld worden, zie de conclusie van Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.12, en Giesen 1999, p. 23.

162 De aanvullende stelplicht is dus geen tussenvorm van het 'alles of niets'-karakter van de bewijsrisicoverdeling, zie Giesen 1997, p. 124 e.v. Anders, Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 134.

163 Het gaat hier om een vraag van waardering, zie Elders, Afscheidsrede 1990, p. 4 en 7. Zie ook reeds Post 1893, p. 72-73; Rutten-Ariëns 1972, no. 207; HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 nt. EMM (Batava/Salomonsky) en HR 7 januari 1926, NJ 1926, 258 nt. EMM (Zuiderent/Bezemer), de noten van Meijers onder die arresten, en HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713 (Van der Meulen/Hacquebord). Een motiveringsgebrek is natuurlijk wel aan te voeren, zie de conclusie van Asser voor HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596 (Dolmans/Wouters), nr. 2.10, en de conclusie van Bakels voor HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN Amro Bank), 2.24-2.28.

164 Zie met betrekking tot die sancties echter nog par. 3.3.

165 Zie Asser 1992, p. 62-63; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 32.

166 Asser 1992, p. 63. Zie ook par. 3.3 *in fine*.

167 Zie de noot van Meijers onder HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 (Batava/Salomonsky). Hij geeft daar wel aan dat de bewijsrisicoverdeling enigszins in de knel zal komen omdat de reden voor aanname van een aanvullende stelplicht ook een reden voor een bewijsrisico-omkering kan zijn. Zie verder ook Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 134; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 658; Asser-Vranken, nr. 26; Visser, TCR 1997, p. 74; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 32; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 11, en HR 27 november 1998, NJ 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma). Vergelijk ook de conclusie van Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), waarin deze aangeeft dat de aanvullende stelplicht gebruikt wordt als de rechter het bewijsrisico niet wil omkeren.

168 Asser 1992, p. 63; Hammerstein, TvP 1989, p. 1602.

Ook in *Duitsland*[169] kent men de 'aanvullende stelplicht', en wel onder de noemer 'Substantiierung des Bestreitens', 'Substantiierungspflicht' of 'sekundäre Behauptungslast'.[170] Deze plicht, waarvoor de grondslag ligt in 'das Gebot von Treu und Glauben' (§ 242 BGB),[171] speelt een rol in een aantal gevallen waarin de eiser niet in staat is zijn stellingen nader te concretiseren, de gedaagde dat makkelijk wel kan en hem dat ook toe te rekenen is.[172] Zulks kan zich bijvoorbeeld voordoen bij feiten die betrekking hebben op de gedachten van de wederpartij, bij feiten die betrekking hebben op gebeurtenissen die zich binnen het domein van de wederpartij hebben afgespeeld en bij feiten die in verband met een bijzondere deskundigheid van de wederpartij staan.[173]

In dergelijke gevallen wordt vereist dat de betwisting door de gedaagde nader geconcretiseerd is. Is het vereiste niveau van concretisering niet bereikt, dan is er geen betwisting, zodat de stelling van de eiser op basis van § 138 Abs. 3 ZPO als vaststaand beschouwd moet worden.[174] Verder bewijs is dan niet meer nodig. De vereiste nadere concretisering lijkt voldoende te zijn als de door de gedaagde genoemde omstandigheden geëigend zijn om twijfel te wekken en om het tegendeel als niet geheel onmogelijk te laten voorkomen.[175]

De verdeling van het bewijsrisico blijft ook naar Duits recht onveranderd als een dergelijke plicht wordt aangenomen. Alleen de bewijsvoeringslast verschuift.[176] Van belang is verder dat het om uitzonderingsgevallen gaat. Het bestaan van een algemene mededelingsplicht voor procespartijen kan hieruit niet afgeleid worden.[177]

---

169 In Engeland en Frankrijk kent men deze notie niet. Deze stelsels blijven hier dan ook onbesproken. Opmerking verdient nog dat naar Frans recht niet-betwiste feiten soms toch bewezen moeten worden, vergelijk Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 638-639.

170 Zie hierover vooral Musielak 1975, p. 54 en 141 e.v., alsmede BGH ZZP 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürner). Deze materie komt nogmaals aan bod in par. XI.3.2.1. Zie verder onder andere Baumgärtel 1996, Rdn. 307; Stürner 1976, p. 87 e.v.; Arens, ZZP 1983, p. 13; Prütting 1983, p. 44-45; Lepa 1988, p. 15; Kemper 1992, p. 214 e.v.; Frohn, JuS 1996, p. 246 e.v.; Zöller/Greger 1999, § 138, Rdn. 8a-8b en Vor § 284, Rdn. 34; Münch.Komm ZPO (Peters), § 138, Rdn. 21-22; Meyke, NJW 2000, p. 2232.

171 Zie BGH GRUR 1995, 693, op p. 697; Musielak 1975, p. 141 en 143; Larenz 1987, p. 139, en Baumgärtel 1996, Rdn. 307.

172 Zie BGH GRUR 1995, 693, op p. 697; BGH VersR 1999, 774, op p. 775; BGH NJW 1999, 1404, op p. 1405-1406; Musielak 1975, p. 141; Larenz 1987, p. 139, en Gmehling 1989, p. 44. In principe is echter een gewone betwisting voldoende, zie BGH NJW 1999, 1404, op p. 1405.

173 Zie hierover bijvoorbeeld BGH NJW 1993, 528, op p. 529, en Frohn, JuS 1996, p. 249-250. Daarmee zijn wij beland bij 'de feiten die in de sfeer van de wederpartij liggen', zoals het criterium in Nederland luidt, zie het citaat bij noot 178. Ook bij 'negatieve feiten' wordt deze notie wel gebruikt, zie BGH GRUR 1993, 572, op p. 574, en Heinrich 1996, p. 96.

174 Zie Musielak 1975, p. 141 e.v.; Meyke, NJW 2000, p. 2231 en 2232. Deze 'last' kan overigens ook op de eiser rusten, vergelijk BGH NJW 1998, 2976, op p. 2977.

175 Zie BGH NJW 1998, 2976, op p. 2977.

176 Musielak 1975, p. 144; Lepa 1988, p. 15; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 22. Vergelijk ook Meyke, NJW 2000, p. 2233.

177 Zie Gmehling 1989, p. 44; Frohn, JuS 1996, p. 249, en par. 2.4 en noot 37 hiervoor.

3.2 *De rechtvaardiging voor aanname van een aanvullende stelplicht*

Met betrekking tot de rechtvaardiging voor het aannemen van een aanvullende stelplicht heeft Asser mijns inziens de kern blootgelegd:

> 'De verzwaarde stelplicht berust (...) op de gedachte dat de wederpartij van de partij met bewijslast de beschikking heeft over gegevens die van belang zijn voor de vraag waaromtrent bewijs zou moeten worden geleverd en dat die gegevens moeten worden geproduceerd om de partij met bewijslast *aanknopingspunten* te verschaffen voor de bewijslevering, omdat anders in het betrokken soort van zaken het bewijsrisico onevenredig groot zou worden doordat de bewijslevering in feite illusoir zou worden en aldus in het algemeen de bescherming die het materiële recht deze partij beoogt te bieden te zeer in het gedrang komt.'[178] (curs. in origineel, IG)

Of de wederpartij na aanname van een dergelijke plicht inderdaad in staat zal zijn het bewijs te leveren, is verder niet van belang. Het gaat er om dat het bewijsrisico uit het oogpunt van rechtsbescherming binnen aanvaardbare proporties is teruggebracht.[179]

Over het criterium dat het bij de aanvullende stelplicht gaat om informatie die zich in de sfeer van de wederpartij bevindt, wordt wel gezegd dat het te vaag zou zijn.[180] Ik ben echter van mening dat er voor de aanvullende stelplicht alleen een plaats is voor zover deze betrekking heeft op informatie die zich bij de wederpartij bevindt, althans op informatie die de wederpartij kan bemachtigen.[181] De vaagheid van dat criterium dient dan op de koop toe genomen te worden. In andere gevallen een aanvullende stelplicht aanvaarden, staat namelijk vrijwel gelijk aan een oordeel bij voorbaat dat de feiten onvoldoende betwist zijn, omdat de wederpartij de benodigde informatie in die gevallen slechts zelden zal kunnen aanreiken. De aanvullende stelplicht zou dan gebruikt worden om de bewijsnood van de ene partij naar de andere partij te verplaatsen. Mocht dat de bedoeling zijn, dan dient daarvoor de bewijsrisico-omkering gebruikt te worden.

---

178 Asser in diens mooie conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.9. Uiteindelijk, mijns inziens, in gelijke zin, Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 138. Zij ziet de rechtvaardiging in een 'ongelijkheidscompensatie' die niet verder strekt dan nodig is om partijen een gelijke uitgangspositie te geven (zo ook Leenders 1997, p. 22). Dat komt in wezen neer op hetgeen door Asser betoogd wordt.

179 Asser, conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.9.

180 Zie vooral Vranken, Aansprakelijkheden-bundel 1990, p. 228. Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 135 e.v., meent dat het kunnen verstrekken van informatie niet voldoende rechtvaardiging is voor de beslissing dat dat ook zou moeten. Dat is echter niet wat Asser in het citaat beweert. Hij geeft daar de gevallen aan waarin een aanvullende stelplicht, als daarvoor tevens een nadere rechtvaardiging bestaat, mag worden aangenomen. Het betreft hier dus een eerste voorwaarde.

181 Zie ook Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 32, en *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 11.

De uiteindelijke grondslag die Asser aanvoert, namelijk dat een aanvullende stelplicht gerechtvaardigd is als de materieelrechtelijke bescherming anders in het gedrang zou komen, kan ik alleen maar onderschrijven. Die omschrijving gaat terecht uit van een nauwe band tussen het bewijsrecht (in algemene zin) en het materiële recht.[182] Wij zullen overigens nog zien dat dit criterium ook elders een belangrijke rol speelt.[183] Tonkens-Gerkema voert nog aan dat de niet met het bewijsrisico belaste partij in deze gevallen bewijs tegen zichzelf zal moeten leveren.[184] Wij hebben echter al gezien dat zulks tegenwoordig geaccepteerd wordt. Dat kan hier dus niet tegengeworpen worden,[185] als het al juist zou zijn. Het gaat er hier immers alleen om dat 'aanknopingspunten' verschaft worden.

Gras meent dat de ratio van de aanvullende stelplicht hierin ligt dat deze een sanctie stelt op obstructie, op het onvoldoende meewerken om een inhoudelijke beoordeling mogelijk te maken.[186] Mijns inziens wordt dan echter ten onrechte de mogelijke verwijtbaarheid van de gedraging van de wederpartij tot beslissende factor gemaakt. Het is niet het gedrag van (meestal) de gedaagde, maar de moeilijke positie van de eiser met een wellicht wel gerechtvaardigde, maar vooralsnog door hem nauwelijks te bewijzen claim, die in deze gevallen het uitgangspunt vormt.

3.3 Een inschatting van de gevolgen

Alvorens het effect van de verzwaarde stelplicht op waarde te kunnen schatten, dient hier eerst nader ingegaan te worden op de eerder genoemde sancties. Het blijkt namelijk dat alleen de eerste sanctie (het feit moet als vaststaand beschouwd worden) juist is.[187] Die sanctie vloeit direct voort uit art. 176 Rv. Een feit moet voldoende gemotiveerd betwist worden en als dat niet gebeurd is, *moet* de rechter dat feit als vaststaand te beschouwen.[188] Een bewijsrisico-omkering, de tweede sanctie, kan dan helemaal niet meer aangenomen worden. Er is niets meer te bewijzen, de stelling staat immers vast, en dus is de bewijsrisicoverdeling niet meer van belang.[189] Dat verder bewijs niet meer nodig is en dat de andere partij

182 Zo ook Princen 1990, p. 45. Voor nadere gegevens hierover verwijs ik naar par. XIV.3.2.4. Elders refereert Asser (Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 524) overigens expliciet aan de rechtsbescherming en de gelijke kansen van partijen. Of de afwijzing van een aanvullende stelplicht in HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade) in deze ratio past, komt in par. V.3.1 aan de orde.

183 Zie hierna par. XIV.3. Vergelijk voor een soortgelijke argumentatie ten aanzien van het bestaan van een 'Auskunftsrecht', BGHZ 97, 188, op p. 192.

184 Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 135.

185 Zo ook Vranken, Aansprakelijkheden-bundel 1990, p. 228 e.v.

186 Gras, WPNR 6062 (1992), p. 660, en Gras, Cahen-bundel 1997, p. 121.

187 Zo ook Asser-Anema-Verdam 1953, p. 390; Visser, TCR 1997, p. 73-74; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 114-115; Giesen 1999, p. 22-23.

188 Zie ook HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 833 (Middelburg/W.).

189 Zie reeds Grünebaum 1904, p. 55, noot 1, en HR 11 december 1930, NJ 1931, 738 (M./T.), alsmede HR 27 november 1998, NJ 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma), en verder Gras, Cahen-bundel 1997, p. 117. Anders onder andere: Kan 1921, p. 8; Haardt, noot onder HR 20 november 1987, NJ 1988,

niet meer toegelaten wordt het bewijs te leveren (de derde sanctie), is dan ook logisch. De stelling staat immers al vast.[190] De wet verplicht de rechter om daarvan uit te gaan. Uit het oordeel dat een betwisting onvoldoende gemotiveerd is, kan dus alleen voortvloeien dat de stelling vaststaat. Het feitelijke debat op dat punt is dan definitief ten einde.[191] De hiermee gepaard gaande inflexibiliteit (het onvoldoende betwiste feit staat altijd vast) is op basis van de huidige wet mijns inziens onvermijdbaar,[192] en heeft als voordeel dat er in elk geval geen onduidelijkheid bestaat omtrent de sanctie.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de gevolgen van het niet voldoen aan de aanvullende stelplicht dezelfde zijn als de gevolgen van een bewijsrisico-omkering in die gevallen waarin de gedaagde dat bewijs niet kan leveren. Het risico (procesverlies) komt ten laste van die gedaagde. Voor die gevallen waarin de wederpartij na een bewijsrisico-omkering wel nog bewijs zou kunnen leveren, gaan de gevolgen van de 'schending' van een aanvullende stelplicht (het vaststaan van het feit) nog verder dan de gevolgen van een bewijsrisico-omkering. Die partij mag dan immers geen bewijs meer leveren, ook al zou zij dat wel nog kunnen.[193]

Een procespartij doet er dus verstandig aan om aan die aanvullende stelplicht te voldoen en zoveel mogelijk informatie te verstrekken. De gevolgen van anders handelen kunnen immers verstrekkend zijn. Het probleem daarbij is alleen dat partijen vaak tevoren niet weten wat en hoeveel er van hen verlangd wordt. De aanvullende stelplicht wordt immers veelal pas geïntroduceerd in de loop van de procedure. En als tevoren al bekend is dat zo'n zware motivering vereist is, is het nog maar de vraag hoe zwaar die precies zal zijn. Het antwoord daarop volgt over het algemeen pas in de uitspraak. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, zou

---

500 (Timmer/Deutman); Princen 1990, p. 43; Hulst, Van Dunné-bundel 1997, p. 187; Hidma, TCR 1998, p. 29, en Stadermann, Adv.bl. 1994, p. 479.

190 Zie zeer expliciet in deze zin HR 7 januari 1926, NJ 1926, 258 nt. EMM (Zuiderent/Bezemer); HR 11 december 1930, NJ 1931, 738 (M./T.); HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596 (Dolmans/Wouters); HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 nt. WMK (Potharst/Serrée); Grünebaum 1904, p. 55, noot 1, en HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman), waarin overigens 'sancties' 1 en 3 gecombineerd werden. Vergelijk ook PG Bewijsrecht, p. 76 en 77; Rutten-Ariëns 1972, no. 207; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 117, en de conclusie van Hartkamp voor HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (De Heel/Korver), alsmede die uitspraak zelf. Anders Brunner in zijn noot onder dat laatste arrest. Hij meent dat de wederpartij tot tegenbewijs toegelaten moet worden. Dat is niet juist, want tegenbewijs is weliswaar mogelijk als bewijs geleverd is, zie art. 178 lid 2 Rv, maar daarover gaat het hier niet. Nu de stelling zonder bewijs, als onbetwist, vaststaat, vervalt de mogelijkheid tot bewijslevering en derhalve ook de mogelijkheid van tegenbewijs.

191 Zie hierover ook Giesen 1999, p. 22-23. Ook aan (verdere) bewijswaardering komt de rechter niet meer toe, zie Britz, ZZP 1997, p. 65-66. De vrije bewijswaardering (par. 4.2) wordt hier dus ingeperkt.

192 In het ontwerp-NRv verandert zulks niet, zie art. 2.8.1 lid 1.

193 Gras, Cahen-bundel 1997, p. 114-115, betoogt terecht dat sanctie nummer 3, welke in de literatuur wel als zwaarder dan een bewijsrisico-omkering aangemerkt is, vergelijk Asser 1990, p. 55, 'gewoon' een gevolg is van het stelsel van de wet en voortvloeit uit de eerste sanctie. Dat laat echter onverlet dat de gevolgen van dat wettelijk stelsel verder gaan dan de bewijsrisico-omkering.

het dan ook wenselijk zijn dat in een tussenvonnis aangegeven wordt dat er een aanvullende stelplicht bestaat en hoe ver die gaat, zodat partijen de gelegenheid krijgen om aan de gestelde eisen te voldoen.

Als manier om meer informatie boven tafel te krijgen, kan de aanvullende stelplicht derhalve goede diensten bewijzen. De verzwaarde stelplicht vergt immers dat de wederpartij (vrijwel) alles wat zij aan informatie heeft, naar voren brengt.[194] Tevens is duidelijk geworden dat de aanvullende stelplicht een machtig wapen voor de lagere rechter kan zijn, zeker nu de controle daarop door de Hoge Raad beperkt is. Hoe machtig dat wapen is, is afhankelijk van de zwaarte van de eisen die de rechter stelt aan de betwisting.[195]

Daarbij lijkt het er overigens sterk op dat de wenselijk geachte uitkomst dicteert hoe zwaar de aanvullende stelplicht is.[196] Regelmatig zien wij immers dat aan die plicht niet voldaan is,[197] en op basis daarvan de eiser het risico van het niet kunnen bewijzen van een feit ontnomen wordt. Het verschil tussen een aanvullende stelplicht en een bewijsrisico-omkering is dan erg gering geworden.[198] Sterker nog, de aanvullende stelplicht kan ertoe leiden dat de wederpartij *de facto* bewijs aan het *leveren* is.[199] De scheidslijn tussen 'aanknopingspunten' verschaffen (gegevens aanvoeren) en bewijs leveren is immers dun. De gegevens die in het kader van een aanvullende stelplicht aangevoerd moeten worden, staan bijvoorbeeld in documenten die ook als bewijsmiddel zouden kunnen fungeren,[200] of betreffen een verklaring die net zo goed als een getuigenverklaring gezien zou kunnen worden. Mijns inziens kunnen en moeten wij dan ook zeggen dat er in deze gevallen sprake is van een omkering van de bewijs*voerings*last.[201] Dat is niet hetzelfde als een bewijsrisico-omkering, want eventueel resterende twijfel over de juistheid van de feiten komt in deze visie nog steeds voor rekening van de met het bewijsrisico belaste partij. Dat het hier enkel om 'herstel van het processuele

194 Zie bijvoorbeeld de noot van Scholten onder HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 (X./Van der Graaf). In deze zin ook Hammerstein, TvP 1989, p. 1601. Weifelend over het nut hiervan is Asser 1990, p. 55.

195 Zie Asser in zijn conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.12, en Giesen 1999, p. 23.

196 Vergelijk Arens, ZZP 1983, p. 3.

197 Uitzonderingen vormen HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman) en HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.).

198 Vergelijk de noot van Haardt onder HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman); Hammerstein, TvP 1989, p. 1604; Vranken, Aansprakelijkheden-bundel 1990, p. 227; Van den Reek 1997, nr. 12 *in fine*; Giesen 1997, p. 125; Van Dunné, TMA 1999, p. 149.

199 Vergelijk Hammerstein, TvP 1989, p. 1604; Asser-Vranken, nr. 26, en de conclusie van Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.12.

200 Zie ook Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 684, en de noot van Scholten onder HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 (X./Van der Graaf). Het verschil tussen beide is uiteindelijk afhankelijk van de invulling die aan de term 'aanknopingspunten' gegeven wordt.

201 Zo ook Musielak 1975, p. 144. Het bewijsrisico verschuift derhalve niet, zie Asser 1992, p. 63, die spreekt van een ingreep in de bewijs*leverings*last.

evenwicht' zou gaan,[202] is mijns inziens echter niet juist. Daarvoor is de doorwerking van de aanvullende stelplicht op de materiële uitkomst van het geschil te sterk.[203]

Gezien het voorgaande is het begrijpelijk dat, hoewel onjuist, wel gezegd wordt dat de aanvullende stelplicht *de facto* een bewijsrisico-omkering bewerkstelligt.[204] In aansluiting daarop zou dan ook gevraagd kunnen worden waarom in deze gevallen niet gewoon een bewijsrisico-omkering aanvaard wordt. Is dat niet eerlijker omdat dan in elk geval (juridisch) erkend wordt wat er (feitelijk) gebeurt?[205] Zo ver wil de Hoge Raad echter niet gaan.[206] De hoogste rechter is blijkbaar niet erg gecharmeerd van bewijsrisico-omkeringen[207] en verkiest het, op het eerste gezicht, lichtere[208] instrument van de verzwaarde motiveringsplicht.[209]

Daar komt nog bij dat het 'ombouwen' van de aanvullende stelplicht, nu wij dat instrument eenmaal kennen, tot een bewijsrisico-omkering theoretisch niet zou passen omdat die laatste term gereserveerd zou moeten worden voor 'echte' bewijsrisico-omkeringen en niet gebruikt zou mogen worden voor omkeringen van de bewijsvoeringslast.[210] Bedacht dient ook te worden dat de aanvullende stelplicht niet steeds zo ver dat van een (de facto) bewijsrisico-omkering gesproken zou kunnen worden. Het overleggen van een gespreksnotitie waaruit blijkt dat over een verwant onderwerp, doch niet het echte onderwerp van geschil, gesproken

202 Zoals Asser 1992, p. 60 e.v. suggereert. In navolging daarvan Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 42.

203 Zoals Asser 1992, p. 64, (als nuancering op Asser 1992, p. 60) ook aangeeft door dit te koppelen aan de verwezenlijking van het materiële recht. Zie ook zijn conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W), nr. 2.9.

204 In die zin Vranken, Aansprakelijkheden-bundel 1990, p. 227; Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 134; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 17-18.

205 Giesen 1999, p. 146. Dan zou ook het probleem van de onzekerheid van partijen verholpen zijn.

206 Expliciet in die zin Asser in zijn conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W), nr. 2.11.

207 Zie Visser, TCR 1997, p. 73, en Bosch-Boesjes, WPNR 6220 (1996), p. 299 en 300. Dat wil overigens niet zeggen dat bewijsrisico-omkeringen niet voorkomen, zie hierna noot 212.

208 Het lijkt wel alsof de aanvullende stelplicht als een soort van 'intermediair' tussen twee mogelijke bewijsrisicobeslissingen gezien wordt. Dat is mijns inziens onjuist, zie Giesen 1997, p. 120 e.v.

209 Brunner noemt de bewijsrisico-omkering in relatie tot de aanvullende stelplicht een paardenmiddel, zie zijn noot onder HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver). De redenen waarom de Hoge Raad de aanvullende stelplicht verkiest, zijn nooit expliciet gemaakt, maar vanuit een 'evenredigheidsgedachte' is daar op zich mee in te stemmen, ware het niet dat de aanvullende stelplicht veelal net zo zwaar uitwerkt als een bewijsrisico-omkering, zodat die gedachte niet dragend kan zijn. Wellicht wil de Hoge Raad de aansprakelijkheidsnormen, in verband met de verzekeringsaspecten, niet teveel en te abrupt wijzigen, maar dan valt wel op dat die houding op het materiële vlak veel minder sterk doorwerkt. De reden die Haardt (zie zijn noot onder HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman)) aanvoert, te weten dat de Hoge Raad zijn cassatiecontrole niet wil verliezen door de mogelijkheid van een bewijsrisico-omkering te erkennen, snijdt geen hout, want in het systeem van de aanvullende stelplicht (het voldaan zijn aan die plicht is een feitelijk oordeel) bestaat die controle nog minder.

210 Zie ook al par. I.3, met verdere verwijzingen.

is, kan in bepaalde gevallen voldoende zijn om aan die verzwaarde stelplicht te voldoen.[211]

Overigens mag uit de zojuist genoemde terughoudendheid van de Hoge Raad bij het aannemen van een bewijsrisico-omkering niet afgeleid worden dat bewijsrisico-omkeringen helemaal niet meer mogelijk zijn.[212] Immers, het is heel wel mogelijk dat aanvaarding van een aanvullende stelplicht de eiser niet voldoende tegemoet komt. Dat wordt duidelijk als men bedenkt dat de wederpartij in beginsel niet geneigd zal zijn al te veel hulp te bieden[213] en de aanvullende stelplicht zelfs kan frustreren door onjuiste of onvolledige informatie te verschaffen.[214] Als de wel verschafte feitelijke aanknopingspunten daardoor niet voldoende zijn om tot volledig bewijs te kunnen komen, levert de verzwaarde stelplicht weinig tot niets op. Voor die situaties dient een bewijsrisico-omkering op zijn minst tot de mogelijkheden te behoren.[215]

Over de verhouding tussen de bewijsrisicoverdeling en de aanvullende stelplicht bestaat op enkele punten in ieder geval duidelijkheid: het bestaan van een aanvullende stelplicht verandert de verdeling van het bewijsrisico niet, maar maakt beslissingen op basis van het bewijsrisico wel minder vaak noodzakelijk.[216] Als de wederpartij aan haar plicht voldoet, zal in een bepaald aantal gevallen het bewijs geleverd kunnen worden, zodat een *non liquet* achterwege blijft. Als die partij niet aan haar plicht voldoet, staat de stelling van de andere partij vast, zodat ook dan het bewijsrisico niet meer nodig is om tot een beslissing te komen.[217]

---

211 Zie HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.); Giesen 1999, p. 146.

212 Dat volgt bijvoorbeeld uit HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (ongepubliceerd) (Peanut Product Processors NV/De Nederlandse Antillen), waarin gezegd wordt dat het bewijsrisico, *behoudens uitzonderingen*, op de eiser rust. Zie verder Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31, en hierna Deel 2.

213 Zie Asser 1990, p. 55, diens conclusie voor HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596 (Dolmans/Wouters), nr. 2.9, en de noot van Stein onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (Vermaat Bakkerij-en/Aamar).

214 De andere partij zal zulks niet of nauwelijks kunnen achterhalen, nu zij zelf geen informatie tot haar beschikking heeft, zie Stein, NJB 1988, p. 875, en hiervoor par. 2.3.

215 Zie Gmehling 1989, p. 45, en de noot van Stein onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (Vermaat Bakkerijen/Aamar).

216 Zie Heinrich 1996, p. 16; Gmehling 1989, p. 42-43.

217 Zie hierover Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 680.

4 Bewijswaardering[218]

4.1 Inleiding

Ook de bewijswaardering is van invloed op (het bereik van) de verdeling van het bewijsrisico. Als de rechter ervan overtuigd is dat zich een feit wel of niet voorgedaan heeft, is het bewijs wel of niet geleverd en kan de rechter op die basis beslissen. De regels van bewijsrisicoverdeling komen dan niet meer aan bod. Er is geen *non liquet* ontstaan.[219] Daaruit volgt ook dat als de mate van bewijs die nodig is om tot de benodigde overtuiging te (mogen) komen, minder is, die overtuiging eerder bereikt zal worden en het dus minder snel tot een beslissing op basis van de bewijsrisicoverdeling zal komen.[220] Hierbij mag bovendien niet vergeten worden dat de bewijswaardering steeds belangrijker wordt. Immers, voor zover de in paragraaf 2 behandelde instrumenten om de feitengaring te stimuleren, effectief zijn, leidt dat ertoe dat er meer bewijs gewaardeerd dient te worden.

Sprekend over de bewijswaardering dienen wij het over een aantal te onderscheiden begrippen te hebben. Naast de bewijswaardering in 'normale' gevallen (par. 4.2 en 4.3), zijn namelijk ook de 'aannemelijkheid' en de 'voorshandse aannemelijkheid' (par. 4.4) van belang. Vervolgens zal ik trachten een maatstaf voor de bewijswaardering te formuleren (par. 4.5) en kom ik tot enkele tussenconclusies (par. 4.6), waarna het accent op de motiveringsplicht van de rechter gelegd zal worden (par. 4.7). Een afronding volgt in paragraaf 4.8.

---

218 Deze paragraaf is, met enkele aanpassingen, overgenomen uit mijn bijdrage in AA 1999, p. 623 e.v., waarover kritisch Van Dunné, TMA 1999, p. 146 e.v., die zich bij zijn kritiek mijns inziens meer heeft laten leiden door wat hij wenselijk recht vindt dan door wat geldend recht is. De rol van statistische gegevens bij de bewijswaardering behandel ik in par. X.4.4.3. Voor nu volstaat dat zulke gegevens bewijsmiddel (kunnen) zijn, waarop de rechter zijn overtuiging kan baseren, waarmee ze dus van invloed zijn op de bewijswaardering. Het aantal bewijsrisicobeslissingen zou door het gebruik ervan (kwantitatief) minder kunnen worden.

219 Zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 17; Weber 1997, p. 9; Heinrich 1996, p. 7; Baumgärtel 1996, Rdn. 39 en 53-64; Mummenhoff, ZZP 1987, p. 138; Gottwald 1979, p. 231; Diederichsen, VersR 1966, p. 214 en 222; Wiersma, RM Themis 1966, p. 480; Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 81; Grünebaum 1904, p. 147; Langemeijer, NJB 1951, p. 551, en *Huyton-with-Roby Urban District Council* v. *Hunter* [1955] 2 All ER 398, op p. 401. Men dient bewijsrisico en bewijswaardering dus te scheiden, maar kan ze niet los van elkaar zien, zo ook Rabel, Verz. Geschr. 1965, p. 376. Zie hierover verder onder andere Motulsky 1948, no. 117; Lepa 1963, p. 24 e.v., met name p. 28; Prütting 1983, p. 66 e.v.; Greger 1978, p. 12; Koopman 1996, p. 115, 265 en 268. Kan 1921, p. 10, onderscheidt weliswaar beide, maar miskent dan dat de bewijswaardering niet van invloed is op het bewijsrisico.

220 Zie Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 487; Gmehling 1989, p. 10; Rommé 1989, p. 157; Mummenhoff, ZZP 1987, p. 138; Prütting 1983, p. 66; Greger 1978, p. 12-13: Musielak, ZZP 1987, p. 406; Baumgärtel 1996, Rdn. 53; Schlemmer-Schulte 1997, p. 18. De bewijswaardering is daarmee ook van invloed op (de verwezenlijking van) het materiële recht, zie Baumgärtel 1996, Rdn. 66, 79 en 403; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 490, en Gottwald 1979, p. 209 en 211. Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 38, wijst erop dat 'uitschakeling' van de bewijsrisico-regels op deze manier dit probleem met zich brengt dat dan voorbij gegaan wordt aan de risico-verdeling die daarin besloten ligt. Zo ook Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 478.

4.2 Bewijswaardering in het algemeen: drie vragen

Als wij over bewijswaardering in algemene zin spreken, dienen mijns inziens een drietal vragen behandeld te worden. Ten eerste de vraag welke waarde de rechter mag of moet hechten aan bepaalde bewijsmiddelen. Ten tweede is er de vraag of een (meer) subjectieve of een (meer) objectieve opvatting van de rechter beslissend is bij de waardering.[221] Ten derde is er de vraag welke mate van overtuiging de rechter dient te bezitten alvorens hij kan en mag zeggen dat het feit (naar zijn overtuiging) bewezen is.[222]

Bij het antwoord op die vragen dient vooropgesteld te worden dat veelal geen vaste regels te geven zijn. De waardering van het bewijs is aan de feitenrechter voorbehouden. In cassatie kan daarover niet geklaagd worden, afgezien van die gevallen waarin het om een motiveringsklacht gaat.[223]

Ter beantwoording van de eerste vraag geldt dat de rechter in beginsel[224] vrij is in de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Dat volgt uit art. 179 lid 2 Rv, waarin echter ook is bepaald dat de wet daarop uitzonderingen kan maken. Zo opent art. 178 lid 1 Rv bijvoorbeeld de mogelijkheid van het bestaan van dwingend bewijs (bewijs dat de rechter niet vrij mag waarderen). Daartegen is tegenbewijs echter ook weer mogelijk (art. 178 lid 2 Rv). Die uitzonderingen doen echter niet af aan het uitgangspunt dat in Nederland in principe de vrije bewijstheorie gehanteerd wordt.[225] Dat betekent dat de rechter zelf bepaalt welke waarde hij hecht aan een getuigenverklaring, een deskundigenbericht of de meeste andere bewijsmiddelen.[226] De keuze voor de vrije bewijsleer vloeit voort uit de

---

221 Het gaat hier om een meer of mindere mate van subjectief dan wel objectief. Geheel subjectief waarderen staat gelijk aan willekeur en is dus onacceptabel. Geheel objectief waarderen is onmogelijk.

222 Zie uitgebreid Rommé 1989, p. 53 e.v. , Hartmann, AA 1999, p. 222, en de literatuur in noot 268.

223 Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), de conclusie van Bakels (nr. 2.10) voor dat arrest, en Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, nr. 230.

224 Voor een uitzondering, zie noot 191. De rechter is bijvoorbeeld ook (nog) niet vrij in de waardering van de verklaring van een partijgetuige, zie art. 213 lid 1 Rv. Deze verklaring kan alleen bewijs in haar voordeel opleveren als zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Die bepaling geldt echter alleen als de partij wier verklaring het betreft, ook het bewijsrisico draagt ten aanzien van het betwiste feit. Een partijverklaring over andere feiten heeft vrije bewijskracht, zie Hugenholtz/Heemskerk 1998, p. 154; en Visser, TCR 1997, p. 76. Hetzelfde geldt als de partijgetuigenverklaring betrekking heeft op het tegenbewijs na het oordeel dat bewijs voorshands geleverd is. Ook dan rust immers (nog steeds) het bewijsrisico op de andere partij. Zie Visser, TCR 1997, p. 76, en HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed), r.o. 3.8. Art. 213 lid 1 Rv komt overigens te vervallen, zie art. 2.8.16 NRv.

225 Zie PG Bewijsrecht, p. 49 en 59; Elders, Afscheidsrede 1990, p. 15-16; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 46-48; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 16-18; Asser, NJB 1999, p. 1254, en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS), r.o. 3.4.

226 Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 17. Wel kan de rechter in bepaalde gevallen de opdracht meekrijgen met een 'bijzondere behoedzaamheid' te werk te gaan, zie HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S.). Ook lijkt de (lagere) rechter bij zijn bewijswaardering rekening te moeten houden met het tijdsverloop sinds de gebeurtenis in kwestie, zie HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 nt. CJHB

gedachte dat de rechter binnen de grenzen van het geschil zoveel mogelijk de materiële waarheid dient te achterhalen.[227] Formele regels over de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen, passen daar minder goed bij.

Uit het voorgaande vloeit het antwoord op de tweede vraag eigenlijk logisch voort, en dat is wellicht dan ook de reden dat deze vraag in Nederland nauwelijks aandacht krijgt. De opvatting van de *rechter in kwestie* over de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel is beslissend. Diens innerlijke (subjectieve) overtuiging geeft de doorslag.[228] Die subjectieve overtuiging, welke het gevaar van rechterlijke willekeur in zich draagt, wordt overigens in belangrijke mate geobjectiveerd omdat de rechter een motiveringsplicht heeft.[229] Doordat de rechter zijn overtuiging moet motiveren, daarvoor redenen moet aandragen, wordt hij gedwongen te bekijken of zijn overtuiging ook voor anderen aanvaardbaar zou kunnen zijn. Dat zal alleen het geval zijn als zijn redenen het louter subjectieve overstijgen en aan de eisen van de logica voldoen.

De derde vraag - welke mate van overtuiging de rechter dient te bereiken - is die naar wat men in Duitsland de 'Beweismaß' noemt. In Nederland staat dit onderwerp niet sterk in de belangstelling.[230] Men gaat er over het algemeen vanuit dat de rechter *een redelijke mate van zekerheid* dient te hebben omtrent de juistheid

---

(Lekkende kruik III), en met het feit dat degene die een verklaring aflegt, ook degene is waarvan beweerd wordt dat hij een inbreuk pleegde (op een auteursrecht). In dat laatste geval is aanvullend bewijs nodig, zie HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 66 (De Vries/De Boer). Ik ga hier niet in op de bewijskracht van de specifieke bewijsmiddelen, zie daarover onder andere Elders, Afscheidsrede 1990, p. 10 e.v.; Verburgh, Verdam-bundel 1971, p. 359 e.v.

227 Zie PG Bewijsrecht, p. 59, 61 en 99; Kremer 1999, p. 151; Kremer & Rehbock, AA 1998, p. 454; Levelt-Overmars, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 45; Heinrich 1996, p. 5; Princen 1990, p. 61; Le Masson 1991, no. 266 e.v. In die zin ook Asser, NJB 1999, p. 1252. Daar tegen, omdat rechters fouten maken, Crombag 1997, p. 577.

228 Zie PG Bewijsrecht, p. 76 en 78; Grünebaum 1904, p. 146; Suijling 1928, p. 125, 126 en 127; Kan 1921, p. 113 en 139; Scheltema 1934, p. 101; Land-Eggens 1933, p. 18; Van 1995, p. 92; Weber 1997, p. 165. Zo mijns inziens ook Asser, conclusie voor HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S.), en explicieter in NJB 1999, p. 1251. Twijfelend: Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 207. Veegens-Wiersma 1973, p. 49, en Asser-Anema-Verdam 1953, p. 39, menen dat innerlijke overtuiging wel nodig is, maar op zichzelf onvoldoende is als maatstaf.

229 Zie art. 59 lid 1 sub 3 Rv; HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum); Schneider 1994, Rdn. 693 e.v., en tevens par. 4.7. Door die motiveringsplicht zou naar de opvatting van Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 17, en Nijboer, AA 1999, p. 20, het vrije bewijsstelsel verlaten zijn, en overgestapt zijn naar het stelsel van de *conviction raisonnée*, nu in dat laatste stelsel rekenschap afgelegd dient te worden van de bewijsvoering. Naar mijn mening mogen beide stelsels echter niet op die grond onderscheiden worden. Uitspraken over het bewijs dienen mijns inziens altijd gemotiveerd te zijn. Een bewijsleer die zulks niet omvat, is naar mijn mening een anomalie. Met andere woorden, mijns inziens zou er geen onderscheid gemaakt mogen worden tussen de vrije bewijsleer en de *conviction raisonnée*.

230 In die zin reeds Kan 1921, p. 4. De verklaring voor het gebrek aan discussie ligt waarschijnlijk hierin dat het oude bewijsrecht (art. 1902 e.v. OBW) veelal dwingend voorschreef welke bewijskracht bepaalde bewijsmiddelen hadden. Over de mate van overtuiging die binnen de vrije bewijstheorie nodig zou zijn, behoefde men dus niet te discussiëren, vergelijk Gautschi 1913, p. 33.

van de gestelde feiten.[231] Ook wordt wel gesproken over een 'grote mate van aannemelijkheid',[232] over een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid',[233] over een 'zekere mate van waarschijnlijkheid (maatschappelijke zekerheid)'[234] of over een 'voldoende mate van zekerheid'.[235] Deze begrippen zijn qua taalkundige betekenis wellicht niet helemaal gelijk te schakelen, maar mijns inziens komen ze praktisch gezien wel allemaal op hetzelfde neer.

Grünebaum gaat iets verder. Hij stelt de maatstaf van een 'hoge graad van waarschijnlijkheid' voorop en concretiseert dit door tevens aan te geven dat het 'niet onaannemelijk voorkomen' onvoldoende is. Wat nodig is, zo stelt hij, is een zo hoge graad van waarschijnlijkheid dat het de rechter op grond van zijn levenservaring en zijn kennis van de menselijke natuur en de maatschappelijke verhoudingen, onverstandig voorkomt nog aan de waarheid te twijfelen.[236] Hieruit blijkt dat een waarschijnlijkheid van net boven de grens tussen waar en onwaar, voor hem onvoldoende is.

Anema en Verdam gaan ook wat nader op deze vraag in en menen, in de lijn van Grünebaum, dat de feitelijke zekerheid die de rechter behoeft 'tamelijk groot moet zijn'.[237] Zij stellen als criterium dat de rechter verplicht is zich 'zoveel gegevens (te) verschaffen en kennis (te) vergaderen (bedoeld zal zijn: vergaren, *IG*) als hem straks, als hij handelen moet, zedelijk verantwoord doet zijn voor de beslissing, die hij neemt.'[238] Innerlijke overtuiging is niet genoeg, maar onwrikbare zekerheid is ook weer niet vereist.[239] De rechter moet dus de zedelijke verantwoordelijkheid voor zijn beslissing kunnen dragen. Een échte maatstaf voor de benodigde mate van bewijs (om die verantwoordelijkheid te kunnen dragen) ontbreekt dan echter nog steeds.

---

231 Peeperkorn, LSA-bundel 2000, p. 49; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 7; Asser 1992, p. 14; Wiersma, RM Themis 1966, p. 465; Storme 1962, no. 4; Scheltema 1934, p. 103 en 113; Völlmar 1952, p. 973; Simon, JBplus 1999, p. 27 (voor het bestuursrecht). Anders: Hartmann, AA 1999, p. 222-223; Leenders 1997, p. 25; Van 1995, p. 246; Nieuwenhuis, RM Themis 1995, p. 341; Elders, Afscheidsrede 1990, p. 6, en Nijboer, AA 1999, p. 20, die over 'meer waarschijnlijk dan niet' spreken (in die zin ook Moltzer, RM 1903, p. 541), hetgeen de Engelse maatstaf is, die niet zonder meer in Nederland geldt, zie hierna par. 4.4. Anders ook Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 121, die het aantonen van de waarheid verlangt, hetgeen mijns inziens een te zware eis is.

232 Marlet, AA 1958, p. 85.

233 Thesingh 1961, p. 11.

234 Kan 1921, p. 104.

235 Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 23.

236 Zie Grünebaum 1904, p. 146. Dat het tegendeel niet onmogelijk lijkt, doet hieraan niet af.

237 Asser-Anema-Verdam 1953, p. 38. Idem: Veegens-Wiersma 1973, p. 49. Post 1893, p. 90, eist de 'meest mogelijke zekerheid'.

238 Asser-Anema-Verdam 1953, p. 38; Veegens-Wiersma 1973, p. 49.

239 Veegens-Wiersma 1973, p. 49. Zie eerder al Asser-Anema-Verdam 1953, p. 39, alwaar ook nog een 'ernstige mate van zekerheid' vereist wordt. De innerlijke overtuiging is een noodzakelijke maar op zichzelf onvoldoende voorwaarde.

Schrijvend over (onder andere) een ontwerp van een wet over het bewijsrecht uit 1804, komt Wiarda[240] tot de volgende samenvatting van de daarin vastgelegde regels: de rechter moet rechtspreken naar 'rechtelijke zekerheid, welke is gelegen in zijn overtuiging nopens de waarheid van het beweerde; en wel gegrond op de algemeene en bijzondere Voorschriften' die hem zijn voorgeschreven.[241] Uit het wetsontwerp dat hij citeert zijn mijns inziens nog enkele andere aanwijzingen voor de rechter te halen.

Zo bepaalde art. 1 van dat ontwerp dat bewijzen is: 'van de waarheid eener beweerde Zaak (...) ten genoegen van den Rechter, doen blijken'. Met andere woorden, de persoonlijke overtuiging van de rechter werd doorslaggevend geacht, hetgeen nog eens bevestigd werd door art. 5.[242] Het doel van het bewijs was de 'Rechtelyke zekerheid', aldus art. 2. Die zekerheid werd nog nader ingevuld. Art. 42 bepaalde namelijk dat de beslissing in het algemeen op 'volledige zekerheid' dient te rusten, maar er werd ook erkend dat dat niet steeds te bereiken zou zijn en in die gevallen diende de rechter zich te richten op hetgeen 'meest waarschynlyk' is, hetgeen dan naar de regelen der wet, 'voor zeker' gehouden moest worden (art. 45). Bij de bepaling van de mate van waarschijnlijk werd de rechter voorgehouden te letten op 'de gewoonen loop der Zaken en de regelen van het Recht'. Hetgeen het meest daarmee in overeenstemming was, diende als het meest waarschijnlijk gezien te worden (art. 46). De voor de rechter benodigde zekerheid was dus uiteindelijk gelijk aan 'meest waarschijnlijk'.[243]

Wiarda komt zelf voor het strafrecht tot de maatstaf dat er 'volkomen overtuiging' dient te bestaan.[244] De vraag of dezelfde mate van overtuiging voor het burgerlijk proces geldt, werpt Wiarda wel op, maar beantwoordt hij niet expliciet.[245] Hoe de 'redelijke mate van zekerheid' gezien zou moeten worden, blijft derhalve nog steeds de vraag.[246] Een bruikbare nadere invulling van dat

240 Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 181-222. Nadat Nederland door Frankrijk ingelijfd was in 1806 sneuvelde het wetsontwerp omdat het te leerstellig zou zijn, zie Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 198.

241 Zie Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 197. Enkele bepalingen uit dat wetsontwerp zijn aldaar geciteerd op p. 194-195.

242 Hetgeen, voor zover hier van belang, luidde (zie Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 194): 'Rechtelyke zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde.' Zo'n bevestiging school ook in art. 24, de rechter moet 'in gemoede oordelen, wat hem als waar, of waarschynlyk voorkomt'.

243 Van Dunné, TMA 1999, p. 147, sluit zich hierbij aan, met een beroep op het Engelse recht. Hiermee zijn wij inderdaad beland bij de Engelse maatstaf. Wij zullen echter nog zien dat die maatstaf voor het Nederlandse recht niet correct is.

244 Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 213.

245 Wiarda, Hazewinkel-Suringa-bundel 1959, p. 216-220. Ik denk dat hij de lat in civiele zaken lager zou leggen, nu hij op p. 219 concludeert dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen bewijs in het strafrecht en het civiele recht.

246 Nijboer 2000, p. 86, ziet als strafrechtelijke maatstaf de 'zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid' en het 'buiten redelijk twijfel' staan van het feit. Voor het bestuursrecht geldt de 'redelijke mate van zekerheid', aldus Leenders 1997, p. 37, en Hartmann, AA 1999, p. 222. Weifelend:

criterium is vooralsnog dus nog niet te geven. Wellicht kan een rechtsvergelijkende rondgang helpen.

4.3 De bewijswaardering elders

In *Engeland* houdt men het erop dat het feit naar het oordeel van de rechter[247] 'more probable than not' geschied moet zijn. De 'balance of the probabilities' dient naar één zijde door te slaan.[248] Het gaat er daarbij niet om dat de rechter moet kiezen voor het bestaan van het feit, dan wel het niet bestaan van het feit. Wat telt, is dat het feit zich 'meer waarschijnlijk dan niet' voorgedaan heeft.[249] In procenten uitgedrukt, komt dat er op neer dat het feit meer dan 50 %[250] waarschijnlijk moet zijn.[251] Daarnaast eist men ook wel een '*reasonable* degree of probability'.[252] Cross en Tapper omschrijven dat als volgt:

> 'the plaintiff (or the party on whom the burden rests) must satisfy the court that it is reasonably safe in all the circumstances of the case to act on the evidence before the court, bearing in mind the consequences which will follow.'[253]

Een redelijke mate van zekerheid dus, die naar Engels recht aanwezig is als het feit zekerder is dan zijn tegendeel (meer dan 50 % waarschijnlijk is[254]).[255]

Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 320 e.v.

247 Murphy 1997, p. 109; Cane 1997, p. 176; McCormick 1992, p. 572.

248 Zie bijvoorbeeld *Hotson* v. *East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 921; *Re H and Others (minors) (sexual abuse: standard of proof)* [1996] 1 All ER 1, op p. 16; *Dingley* v. *Chief Constable of Strathclyde Police* [2000] UKHL 14, op p. 8; Murphy 1997, p. 109 en 114; Heydon/Ockelton 1996, p. 37; Keane 1996, p. 83 en 88 e.v.; Cross & Tapper 1995, p. 158 e.v.; Andrews (Porter) 1994, 15-009; McCormick 1992, p. 574en 575; Eggleston 1978, p. 106.

249 Het is derhalve niet voldoende dat feit A (relatief gezien) waarschijnlijker is dan B, als de waarschijnlijkheid van A de maatstaf niet haalt. Zie *Rhesa Shipping Co SA* v. *Edmunds (The Popi M)* [1985] 2 All ER 712, op p. 718. Heydon/Ockelton 1996, p. 40-41, en Murphy 1997, p. 97.

250 Redmayne, MLR 1999, p. 168 en 169; Markesinis & Deakin 1999, p. 178. Anders: Fleming 1998, p. 352. De hier en in het navolgende vermelde percentages zijn gebruikt om de redenering duidelijk te maken. Zie echter ook par. 4.5 hierna.

251 Zie *Hotson* v. *East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 921; Fleming 1998, p. 221. Strikt gesproken zou 50,00001 % derhalve voldoende moeten zijn, vergelijk Redmayne, MLR 1999, p. 172. Soms wordt deze standaard overigens nog verlaagd, vergelijk Fleming 1998, p. 226-227, ten aanzien van het causaliteitsvereiste.

252 Keane 1996, p. 88; Cross & Tapper 1995, p. 158.

253 Cross & Tapper 1995, p. 161.

254 Deze standaard verklaart wellicht (ook, zie noot 94) de geringe aandacht voor bewijsrisicoverdeling in Engeland, vergelijk Murphy 1997, p. 91, en Stoll, AcP 1976, p. 179. Immers, een 50-50 uitkomst is de enige waarbij de bewijsrisicoverdeling relevant kan zijn, omdat ik elk ander geval het bewijs wel of niet geleverd is. Een 50-50 uitkomst is echter zeer zeldzaam zodat ook een beslissing naar de regels van bewijsrisicoverdeling zeer zeldzaam zal zijn. Zie hierover Sanchirico, International Review of Law and Economics 1997, p. 432 en 433.

255 Er wordt in Engeland wel gediscussieerd over de vraag of een *andere* maatstaf van toepassing is afhankelijk van de aard van de procedure (bijvoorbeeld een zwaardere maatstaf als de stelling serieuzer is), maar zulks lijkt uiteindelijk te zijn verworpen, vergelijk Murphy 1997, p. 116 e.v.,

In *Frankrijk* kent men deels nog het systeem van het wettelijk bewijsstelsel ('preuve légale'). Dat wil zeggen dat de wet voor een aantal bewijsmiddelen bepaalt welke waarde de rechter daaraan dient toe te kennen (artt. 1316 e.v. Cc). Voorbeelden daarvan zijn de diverse soorten aktes en de bekentenis ('l'aveu'). Daarnaast kent men nog andere (moderne) bewijsmiddelen (foto's et cetera) waarvan de rechter de bewijskracht zelf bepaalt ('preuve morale').[256]

Wanneer vrije bewijswaardering mogelijk is, is de bewijsmaatstaf die van de 'intime conviction', de innerlijke overtuiging van de rechter zelf,[257] en dient de rechter zijn beslissing te motiveren.[258] Devèze komt nog tot een iets specifiekere definitie van deze overtuiging van de rechter, namelijk 'la vraisemblance du fait allégué'.[259] Waarschijnlijkheid derhalve, hetgeen mijns inziens, zoals in Engeland, duidt op 'meer dan 50 %', omdat een nadere kwalificatie (een verzwaring) van de (mate van) waarschijnlijkheid ontbreekt. Esmein spreekt over 'nettement probable'.[260] Met beide criteria is echter weinig nieuws gezegd, zodat het Franse recht ons hier niet verder kan helpen.

In *Duitsland* worden de drie hiervoor onderscheiden vragen ook gesteld, waarbij er een theorieënstrijd gaande is over de tweede en derde vraag. Gaat het bij de bewijswaardering om een subjectief of objectief oordeel van de rechter? En: is 'überwiegende', 'hohen', of 'sehr hohen Warscheinlichkeit' vereist?[261]

In principe[262] is hier § 286 ZPO toepasselijk. Op basis daarvan beslist de rechter 'nach freier Überzeugung'. Hij is in beginsel niet aan wettelijke regels

---

en Keane 1996, p. 83-84 en 89-90, die echter wel aangeven dat in zulke gevallen meer bewijs aangevoerd moet worden alvorens tot een 'bewezenverklaring' gekomen mag worden. Zie ook *Brady* v. *Group Lotus Cars Cos plc* [1987] 3 All ER 1050, op p. 1060; *Re H and Others (minors) (sexual abuse: standard of proof)* [1996] 1 All ER 1, op p. 16-17; Winfield & Jolowicz 1998, p. 420, en met name Redmayne, MLR 1999, p. 174 e.v., die op p. 188 besluit tot een zwaardere maatstaf als de eventuele gevolgen (en niet de stellingen) serieuzer zijn. Zo ook reeds Eggleston 1978, p. 105.Vergelijk voor Nederland: Elders, Afscheidsrede 1990, p. 5, en HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S.), en voor het bestuursrecht, Hartmann, AA 1999, p. 223.

256 Zie J-Cl. Civ. (Veaux), Art. 1315-1316, Fasc. 10, no. 9-11; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 629; Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989, no. 388 e.v.; Devèze 1980, no. 312 e.v.; Marty/Raynaud 1972, no. 211 en 261 e.v.; Denis, RTD Civ. 1977, p. 671 e.v., met name p. 673.

257 Een zekere mate van subjectiviteit is daarbij onvermijdelijk, aldus Devèze 1980, no. 314, maar de motiveringsplicht van de rechter beperkt (objectiveert) deze vrijheid, *ibid.*, no. 317. Vergelijk ook Ammar, RTD Civ. 1993, p. 500-501 en 526, die ook van een objectieve en subjectieve component uitgaat, en Motulsky 1948, no. 116, die deze overtuiging als subjectief bestempeld maar wel een zekere objectivering ziet in de lijdelijkheid van de rechter en in het gegeven dat in Frankrijk ook nog het systeem van de 'preuve legale' bestaat.

258 Devèze 1980, no. 312 en 317; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 629 en 675; Chevalier 1958/1959, p. 25, 35 en 49-50, en in algemenere zin Le Bars 1997, no. 214.

259 Devèze 1980, no. 321. In gelijke zin: Ammar, RTD Civ. 1993, p. 527; Le Masson 1991, no. 276.

260 Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 58.

261 Zie vooral Leipold 1985, p. 6-11; Maassen 1975, p. 23 e.v.; Gottwald 1979, p. 186 e.v.; Gmehling 1989, 10-31; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 471 e.v.; Scherer 1996, p. 2-4 en p. 63-74, en Baumgärtel 1996, Rdn. 40-52 en 65-79.

262 Een uitzondering daarop vormt § 287 ZPO, waarover in par. IV.2.5 meer.

met betrekking tot de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen gebonden.[263] Die vrije bewijswaardering wordt wel begrensd doordat de denk- en ervaringsregels in acht genomen moeten worden.[264]

De heersende leer in Duitsland gaat er daarnaast, in antwoord op de tweede vraag, vanuit dat het (meer) subjectieve oordeel van de rechter doorslaggevend is. Het gaat om zijn persoonlijke overtuiging.[265] Bij die persoonlijke overtuiging spelen overigens altijd objectieve(re) elementen een rol, al was het maar omdat de rechter verplicht is zijn bewijswaardering te motiveren.[266] Het betreft dus niet een puur subjectieve maatstaf waarbij de willekeur van de rechter beslissend is, maar eerder een in belangrijke mate geobjectiveerde maatstaf welke echter wel ruimte laat voor de intuïtieve afweging van de rechter.[267]

De *maatstaf* die bepaalt wanneer het bewijs geleverd geacht mag worden - het betreft dan de derde vraag, die naar de 'Beweismaß' - is naar de heersende leer dat de rechter persoonlijk volledig overtuigd dient te zijn van de waarheid van het gestelde feit. De bewijsmaatstaf als zodanig is daarmee in abstracto vastgelegd, terwijl de vraag of aan die maatstaf voldaan is, zoals gezegd, naar de persoonlijke overtuiging van de rechter te beantwoorden is.[268] Deze bewijsmaatstaf eist niet dat twijfel volledig uitgesloten is. 'Een voor de praktijk bruikbare graad van waarschijnlijkheid of zekerheid die de twijfel het zwijgen oplegt, doch niet volledig uitsluit', is volgens het Bundesgerichtshof voldoende.[269] Beslissen naar

263 Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 1 en 9; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 1; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 12; Baumgärtel 1996, Rdn. 40; Britz, ZZP 1997, p. 61 e.v.

264 Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 10; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 475; Prütting, KF 1989, p. 5; Maassen 1975, p. 22.

265 BGHZ 53, 245, op p. 255 e.v.; Arens/Lüke 1999, Rdn. 268; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 1, 9; Bender, FS Baur 1981, p. 247; Prütting 1983, p. 64; Lepa 1988, p. 43-44; Rommé 1989, p. 90; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 475; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 659; Oberheim, JuS 1996, p. 636; Scherer 1996, p. 1 en 70-74.

266 Zie § 286 ZPO, alsmede Arens/Lüke 1999, Rdn. 268; Baumgärtel 1996, Rdn. 41; Scherer 1996, p. 73; Rommé 1989, p. 90; Lepa 1988, p. 49; Nagel 1967, p. 79 en 81.

267 Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 17; Weber 1997, p. 169-170; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 10; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 2; Musielak, ZZP 1998, p. 396; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 478 en 479; Leipold 1985, p. 11.

268 Zie over de belangrijke scheiding tussen deze twee vragen en de noodzaak daarvan, Maassen 1975, p. 23; Greger 1978, p. 8-9; Bender, FS Baur 1981, p. 249; Prütting 1983, p. 59 e.v.; Rommé 1989, p. 53 e.v.; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 16 en 27; Baumgärtel 1996, Rdn. 66; Scherer 1996, p. 64; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 1; Hartmann, AA 1999, p. 222.

269 BGHZ 53, 245, op p. 256; Arens/Lüke 1999, Rdn. 257; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 19; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 4; Schlemmer-Schulte 1997, p. 17; Scherer 1996, p. 1; Zöller/Greger 1999, § 286, Rdn. 19; Thomas/Putzo 1995, § 286, Rdn. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 657 en 659; Bender, FS Baur 1981, p. 249.

wat geloofwaardiger is (overwegende waarschijnlijkheid), wordt dus niet toegestaan.[270] De maatstaf van de zeer hoge waarschijnlijkheid is de heersende.[271]

Daarbij wordt overigens tevens erkend dat deze maatstaf in sommige gevallen verlaten mag worden. Er mag dan met een mindere mate van overtuiging genoegen genomen worden.[272] Zo is soms de 'Glaubhaftmachung' voldoende, hetgeen betekent dat de rechter van 'de overwegende waarschijnlijkheid' overtuigd moet zijn.[273] Een zelfde verlaging van de bewijsmaatstaf bestaat ook in Nederland.[274]

In de literatuur wordt overigens wel aangegeven dat, hoewel het beslissen naar overwegende waarschijnlijkheid[275] in Duitsland geen vaste grond verworven heeft, zulks in de praktijk van weinig belang is, nu de diverse maatstaven over het algemeen niet tot verschillende uitkomsten zullen leiden. De subjectieve opvatting van de rechter is immers uiteindelijk beslissend, en de rechter zal de 'Beweismaß' op praktische gronden bepalen.[276] Daardoor zullen de verschillen tussen de diverse opvattingen praktisch gezien gering zijn.

4.4 '(Voorshandse) Aannemelijkheid' in Nederland

Het is mijns inziens niet zo dat de in Engeland en (wellicht ook) Frankrijk gehanteerde maatstaf van 'meer waarschijnlijk dan niet', naar *Nederlands* recht de juiste standaard is. Wij kennen namelijk ook nog zoiets als '*aannemelijkheid*'.[277]

---

270 Zie vooral Prütting 1983, p. 76-84, en verder Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 659; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 34-39; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 18.

271 Maassen 1975, p. 38, die zelf overigens voor een minder zware maatstaf is (zie p. 54 e.v.); Prütting 1983, p. 86; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 17 en 18; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 31-32; Baumgärtel 1996, Rdn. 79, en Oberheim, JuS 1996, p. 1113.

272 Het betreft hier uitzonderingsgevallen, zie verder Scherer 1996, p. 91-92; Baumgärtel 1996, Rdn. 69, 76 en 79; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 21; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 660; Arens/Lüke 1999, Rdn. 258; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 481, en Prütting 1983, p. 87 e.v. Hieruit volgt (nogmaals) dat de normale maatstaf ruim boven de 50 % moet liggen, want er is blijkbaar nog een lagere maatstaf die ook minimaal boven de 50 % moet liggen.

273 Zie Scherer 1996, p. 28, 39 (heersende leer), en 85; Arens/Lüke 1999, Rdn. 258; Oberheim, JuS 1996, p. 1113-1116, met name p. 1115. Ook § 287 ZPO, waarover par. IV.2.5, behelst een bewijsmaatstafverlaging, zie bijvoorbeeld Maassen 1975, p. 90.

274 Zie par. 4.4. Het verlagen van de bewijsmaatstaf is van invloed op de bewijsrisicoverdeling omdat dan minder snel een *non liquet* zal rijzen, zie par. 4.1, maar ook op de bewijsvoeringslast, want als de bewijsmaatstaf lager is, zal het eerder nodig zijn dat de wederpartij tegenbewijs moet leveren. De bewijsvoeringslast wordt eerder omgekeerd, zie Musielak 1975, p. 292; Prütting 1983, p. 211.

275 Het gaat dan om > 50 % waarschijnlijkheid, zie Bender, FS Baur 1981, p. 256. Zulks is vooral bepleit door Kegel, FS Kronstein 1967, p. 321 e.v., en Ekelöf, ZZP 1962, p. 289 e.v.

276 Zie daarover Scherer 1996, p. 28 en 41-42; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 660, en Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 33; Gmehling 1989, p. 22; Lepa 1988, p. 43-44; Maassen 1975, p. 24-27. Met andere woorden, er bestaat toch geen abstracte regeling van de bewijsmaat, vergelijk Rommé 1989, p. 88-89. Daartegen: Baumgärtel 1996, Rdn. 68.

277 Deze maatstaf geldt bijvoorbeeld in kort geding, zie onder andere HR 24 maart 1995, NJ 1995, 350 (Brinkman/Movir-DTO UA); Giesen, NJB 1998, p. 1630, en Pres. Rb. Den Haag 22 juli 1999, KG 1999, 223 (Allergan/Ipsen) (waarin dan echter als invulling van die aannemelijkheid vereist wordt dat 'de bewering niet aan redelijke twijfel onderhevig mag zijn', hetgeen mijns inziens een te zware eis is), alsmede bij het overmachtsverweer in verkeerszaken, zie Asser-Hartkamp 4-III,

Daarmee wordt aangegeven dat de rechter in bepaalde gevallen met minder bewijs genoegen mag nemen. Het feit hoeft niet geheel bewezen te zijn, het hoeft slechts aannemelijk te zijn. Een lagere mate van waarschijnlijkheid volstaat. Daarmee is overigens niet gezegd dat het hier niet meer om bewijzen zou gaan. Ook om iets aannemelijk te maken, moeten bewijsmiddelen aangebracht worden. Men is dan bezig met het leveren van bewijs en is dus aan het bewijzen.[278]

Nu 'aannemelijk' in elk geval 'meer zeker dan onzeker' moet zijn[279] - dat vloeit uit het woord 'aannemelijk' zelf al voort - zou men die mate van bewijs kunnen gelijkschakelen met de Engelse standaard.[280] Daaruit zou dan echter ook volgen dat die Engelse standaard niet toegepast zou mogen worden als het om de 'normale' Nederlandse bewijsmaat gaat.[281] Voor een 'redelijke mate van zekerheid' is immers meer nodig dan voor 'aannemelijkheid'. Er is in die gevallen dus meer nodig dan 50,1 % zekerheid.

Men zou er uiteraard ook, zoals in Engeland, voor kunnen kiezen de aannemelijkheid als (normale) maatstaf te hanteren, maar zulks lijkt mij niet wenselijk. Naar mijn mening dient er, ook in civiele procedures, in beginsel een mate van zekerheid te bestaan die in elk geval redelijk ver boven de grenswaarde van 'twijfel' (50 %) tussen waarschijnlijk en niet-waarschijnlijk ligt. De in het civiele geding spelende belangen zijn te belangrijk om met minder genoegen te mogen nemen.[282]

Een vraag die in dit kader ook beantwoording behoeft, is hoe het in Nederland gehanteerde begrip van de *voorshandse aannemelijkheid* bij dit alles past.[283] De rechter spreekt over voorshandse aannemelijkheid als hij gedurende een procedure voorlopig ervan uit gaat dat de met het bewijsrisico belaste partij een feit bewezen heeft. Hij is nog niet geheel overtuigd, maar die partij heeft vooralsnog de beste

---

nr. 225. Vergelijk ook de 'Glaubhaftmachung' naar Duits recht, zie Scherer 1996; Oberheim, JuS 1996, p. 1113-1116, met name p. 1115, en Arens/Lüke 1999, Rdn. 258, en par. 4.3.

278 Zie de conclusie van Tak voor HR 17 maart 1932, NJ 1932, 918 (Bijlsma/Schoonhoven), op p. 319, en de uitspraak zelf; Asser 1992, p. 15; Koopman 1996, p. 117, en Giesen, NJB 1998, p. 1632. Schijnbaar anders Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225, alwaar deze suggereert dat aannemelijk maken geen (vorm van) bewijzen is. Anders in elk geval Van Dunné, TMA 1999, p. 148, die betoogt dat deze lichtere vorm van bewijslevering niet bestaat. Dat is vreemd omdat hij op p. 147 deze lichtere vorm van bewijslevering (meest waarschijnlijk), mijns inziens ten onrechte, als de algemene, normale maatstaf voor de bewijswaardering poneerde.

279 Vergelijk Scherer 1996, p. 28.

280 De Engelse standaard lijkt dus beter te passen bij de Nederlandse aannemelijkheidsstandaard dan bij de 'redelijke mate van zekerheid'.

281 Zie ook Gottwald 1979, p. 204; Scherer 1996, p. 28, 40, en 81-85. Zulks volgt ook uit de opvattingen van de diverse auteurs zoals in par. 4.2 besproken. In deze zin ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 427.

282 Uiteraard kan er in bepaalde gevallen met een lichtere maatstaf genoegen genomen worden, zoals ook nu al gebeurd, zie noot 277, maar daar gaat het hier nu niet om. Het gaat er hier om te bepalen wat in het algemeen de bewijsmaatstaf is. De opmerking van Van, TMA 1999, p. 195, noot 17, dat ik altijd een zware maatstaf zou hanteren, is dan ook onjuist.

283 Zie hierover Gras, WPNR 6062 (1992), met name p. 656.

troeven in handen. De procedure zal dan vervolgen met een opdracht aan de wederpartij om tegenbewijs[284] te leveren. Slaagt de wederpartij in dat bewijs, dan is de eerste partij weer aan zet. Slaagt de wederpartij niet, dan zal de rechter de voorshandse aannemelijkheid 'omzetten' in een 'bewezenverklaring'.

De rechter neemt dus voorlopig[285] genoegen met een mindere mate van waarschijnlijkheid. De voorshandse aannemelijkheid onderscheidt zich in dit opzicht dus niet van de 'aannemelijkheid'. Rechtsgevolg van de aanname dat een feit voorshands bewezen is (een vorm van bewijswaardering), is dat de bewijsvoeringslast op de andere partij komt te rusten. Het bewijsrisico blijft echter liggen waar het lag.[286]

Het is ook nog van belang er op te wijzen dat de aannemelijkheidsmaatstaf in bepaalde gevallen een speciale invulling krijgt. Bij de uitleg van art. 705 lid 2 Rv, dat bepaalt dat in procedures tot opheffing van een (conservatoir) beslag 'summierlijk van de ondeugdelijkheid' van de vordering moet 'blijken', is in beginsel ook de aannemelijkheidsmaatstaf aanvaard. Dat is voor die gevallen echter wel geschied met die kwalificatie dat de rechter een belangenafweging dient te maken en dat deze dient te letten op hetgeen *beide* partijen naar voren hebben gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal hebben onderbouwd.[287] Zoals Snijders terecht aangeeft, is door die kwalificatie de relevantie van de vuistregel dat het in deze gevallen om aannemelijkheid gaat, grotendeels verdwenen.[288] Door die kwalificatie is het immers mogelijk dat 'summierlijk' van de ondeugdelijkheid gebleken is zonder dat zulks ook aannemelijk is in de hierboven omschreven zin van 'meer zeker dan onzeker'.

---

284 Wij mogen hier *niet* van tegen*deel*bewijs spreken, want dat zou betekenen dat de wederpartij het tegendeel dient te bewijzen terwijl zij rechtens slechts gehouden is het voorlopige oordeel te ontkrachten (hij moet de balans terugbrengen naar 50% - 50 %). De andere partij draagt immers het bewijsrisico en zal verliezen als die ontkrachting gegeven is. Na een oordeel dat een feit voorshands bewezen is, keert het bewijsrisico niet om (het gaat hier over de bewijswaardering), enkel de bewijsvoeringslast verschuift. Zie onder andere Giesen, NTBR 1998, p. 88-89, en par. I.3, met verdere literatuur. Dit geldt ook als de rechter voorshands geheel overtuigd is van de stelling van de met het bewijsrisico belaste partij. Ook dan is tegenbewijs voldoende want ook dan is ontkrachting voldoende omdat de ander het bewijsrisico draagt. Anders: HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum), waarin de Hoge Raad behoudens tegendeelbewijs de wanprestatie afdoende bewezen achtte. Zoals hier de conclusie van A-G Langemeijer voor voornoemd arrest, nr. 2.4, en HR 4 december 1998, NJ 1999, 547 nt. PAS (Mostert/Group 4 Securitas), r.o. 3.4., waar tegenbewijs voldoende werd geacht.

285 'Voorshands' betekent gewoonlijk 'voorlopig', aldus HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN Amro Bank), r.o. 3.9.

286 Asser 1992, p. 23; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 655; Visser, TCR 1997, p. 75, en de conclusie van Langemeijer voor HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum). Zulks is ook af te leiden uit HR 4 december 1998, NJ 1999, 547 nt. PAS (Mostert/Group 4 Securitas), waarin de Hoge Raad besliste dat de Rechtbank niet de bewijsrisicoverdeling miskend had maar uitgegaan was van de aannemelijkheid van de stelling.

287 Zie HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 nt. HJS (De Ruiterij/MBO).

288 Zie de noot van Snijders (sub 2a) onder HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 nt. HJS (De Ruiterij/MBO).

4.5 De maatstaf in Nederland: percentages

De bewijsstandaard die naar *Nederlands* recht aanvaard zou moeten worden, zal, zoveel is wel duidelijk geworden, moeilijk in een bruikbare vaste regel of in een percentage uit te drukken zijn.[289] Waar de grens tussen 'aannemelijk' en 'redelijk zeker' ligt, is eigenlijk ook niet te zeggen. Wij kunnen er dan eigenlijk ook niet omheen dat wij hier met een 'open' begrip te maken hebben dat moeilijk nader in te vullen is.[290]

Om voor de toekomst de discussie over de bewijswaardering toch iets inzichtelijker te maken, bijvoorbeeld om in het vervolg beter te kunnen plaatsen hoe de opvattingen van diverse auteurs zich tot elkaar verhouden, lijkt het mij wenselijk in elk geval te trachten de bewijsmaatstaf in een percentage uit te drukken. Wellicht kan dan over een bepaalde maatstaf consensus bereikt worden, hetgeen dan wellicht weer een richtsnoer voor de rechter kan vormen.

Laat ik dan de daad bij het woord voegen en wat percentages prijsgeven. Mijn voorkeur zou deze zijn: 'aannemelijkheid' bestaat bij meer dan 50 % waarschijnlijkheid en een 'redelijke mate van zekerheid' is gegeven bij meer dan 75 % waarschijnlijkheid.[291] Tussen de 50 % en de 75 % waarschijnlijkheid ligt dan het bereik van de regels van bewijsrisicoverdeling, want alleen in dat bereik kan zich een *non liquet* voordoen, als ten minste aan de normale bewijsmaatstaf (de redelijke mate van zekerheid) voldaan moet worden. Het laatste percentage reikt niet hoger dan 75 %, omdat anders de bewijswaardering in civiele procedures in te weinig gevallen zal kunnen slagen én omdat er ook nog plaats dient te zijn voor de strafrechtelijke maatstaf die in elk geval hoger dan de civiele maatstaf moet liggen (omdat de daar in het geding zijnde belangen nog zwaarder wegen),[292] doch ook niet absoluut is (ongeveer 90 %[293]).

Daarnaast bestaat er (in elk geval in theorie) nog een vierde maatstaf. Aan de bewijsvoeringslast is immers voldaan als er voldoende twijfel gezaaid is. Daarvoor is niet minimaal meer dan 50 % waarschijnlijkheid nodig, want twijfel

---

289 Zo bijvoorbeeld Grunsky 1970, p. 390; Eggleston 1978, p. 24 en 102; Rommé 1989, p. 86; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 478; Larenz 1991, p. 306; Van 1995, p. 91; Hartmann, AA 1999, p. 223; Peeperkorn, LSA-bundel 2000, p. 49, en Redmayne, MLR 1999, p. 194.

290 Wij kunnen alleen synoniemen aanvoeren, vergelijk Devèze 1980, no. 321, en Cane 1997, p. 175.

291 Bender, FS Baur 1981, p. 258 komt tot dit rijtje: Overtuiging van de waarheid bij > 99, 8 %; hoge waarschijnlijkheid bij > 75 %; overwegende waarschijnlijkheid bij > 50 %; geringe waarschijnlijkheid bij > 25 %. Redmayne, MLR 1999, p. 167 e.v., komt tot > 50 % en > 90 %. Weber 1997, p. 170, stelt 51 % als minimum. In het Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 20, wordt 60 % als maatstaf genoemd. Van, TMA 1999, p. 195, hanteert een maatstaf van 80 %. Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 487, noemt 80 tot 85 % als de normale maatstaf, en Von Bar 1999, Rdn. 449, gaat uit van 90-95 %. Maassen 1975, p. 6, noemt 51 %, 70 tot 90 % en 99 %.

292 Zie Nijboer, AA 1999, p. 20 en Hartmann, AA 1999, p. 223.

293 Vergelijk Redmayne, MLR 1999, p. 170, noot 14. Posner, Evidence 1999, p. 36, noemt hier een percentage van 75 tot 90 %.

is er al bij *exact* 50 %. Tot een zelfs lichte overtuiging in de ene of de andere richting hoeft de rechter bij toepassing van die maatstaf niet te komen. Voldoende is dat er twijfel is. Wellicht bestaat er ook nog een vijfde maatstaf, die van 'het summierlijk doen blijken' zoals die bij de vordering tot opheffing van een beslag in de zin van art. 705 lid 2 Rv gehanteerd wordt (zie par. 4.4). Daarvoor lijkt een afgezwakte vorm van aannemelijkheid te gelden. Gesteld zou dan kunnen worden dat in die gevallen een percentage van 30 à 50 % de maatstaf is.

Ik realiseer mij dat het noemen van percentages de rechtspraktijk uiteindelijk niet veel verder helpt.[294] De rechter kan immers de mate van overtuiging die hij in een bepaalde zaak bereikt heeft, niet of niet exact in een percentage omzetten,[295] zodat hij ook niet kan toetsen of hij aan het door hem zelf gewenste percentage van overtuiging voldaan heeft.[296] Wij kunnen dus op zich wel een harde norm stellen, maar het zal moeilijk zijn om te toetsen of ook aan die norm voldaan is.[297]

Er zullen echter ook gevallen zijn waarin wel duidelijk is dat het percentage van de toepasselijke maatstaf niet gehaald is, althans dat de rechter er in gemoede nooit toe had kunnen en mogen komen dat percentage als wel gehaald te beschouwen. In zulke gevallen kunnen de genoemde percentages derhalve wel degelijk een nuttige functie vervullen.

Ook dient er nog op gewezen te worden dat mijns inziens de rechter naar partijen toe meer duidelijkheid schept als hij in zijn vonnis aangeeft dat hij het bestaan van een bepaald feit '75 % waarschijnlijk acht' in plaats van te zeggen dat hij 'een redelijke mate van zekerheid' bereikt heeft. Voor de aanvaardbaarheid van die beslissing voor de partijen, en dan met name de verliezende partij, zou dat van belang kunnen zijn. Dat de rechter door het noemen van een percentage tevens aangeeft geen volledige zekerheid bereikt te hebben, hetgeen de aanvaardbaarheid van de beslissing wellicht weer zou kunnen verminderen, doet daaraan mijns inziens niet af nu datzelfde bezwaar ook ten opzichte van de maatstaf van de 'redelijke mate van zekerheid' geldt. Ten slotte wijs ik er nog op dat ook de eerder genoemde reden (structurering van de discussie) het nodige gewicht in de schaal legt om toch tot het noemen van een aantal percentages over te gaan.[298]

---

294 Ik wil niet beweren dat het gebruik van percentages hier tot 'zekerheden' zal leiden, maar mijns inziens kunnen die percentages wel duidelijk maken dat er bepaalde verschillen bestaan. Het gebruik van percentages zal waarschijnlijk wel toenemen, gezien de toenemende populariteit van proportionele aansprakelijkheid, zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406 (A./X.).

295 Zie echter Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406 (A./X.), r.o. 3.2, waarin de rechter de door de deskundige genoemde percentages in zijn vonnis overnam.

296 Vergelijk Cane 1997, p. 176.

297 Zie over de problemen die hier spelen ook Gmehling 1989, p. 22-23; Rommé 1989, p. 86, en Redmayne, MLR 1999, p. 194-195.

298 Daarnaast wijs ik er op dat percentages in de praktijk beter lijken te werken dan definities, voor zover het erom gaat dat de beslisser rekening houdt met de uiteenlopende zwaarte van de diverse bewijsmaatstaven, zie Kagehiro & Stanton, Law and Human Behavior 1985, p. 159 e.v., met name

4.6 Tussenstand

Enkele conclusies zijn uit het voorgaande te trekken. Ten eerste, of binnen het kader van de vrije bewijswaardering aan de bewijsmaatstaf voldaan is, is grotendeels afhankelijk van het subjectieve oordeel (de keuze) van de rechter.[299] Dat dient mijn inziens explicieter dan tot op heden gebeurd is, erkend te worden. Ten tweede dient er (bewust) een onderscheid gemaakt te worden tussen de aannemelijkheidsmaatstaf en de 'normale' bewijsmaatstaf, die ik dan maar als 'redelijke mate van zekerheid' blijf bestempelen, omdat aan de ene eerder voldaan zal zijn dan aan de andere, hetgeen een wezenlijk verschil kan beteken voor de uitkomst van de procedure.[300] De derde conclusie luidt dat een nadere invulling, door middel van percentages, van de bewijsmaatstaven in beginsel wel mogelijk is, maar niet direct heel veel winst oplevert. Die invulling kan er in de meeste gevallen ten hoogste toe dienen de beslissing voor partijen duidelijker te maken en de discussie over het begrip bewijswaardering te structureren doordat daardoor eerder duidelijk wordt wie waar staat.

4.7 De rol van de motiveringsplicht van de rechter

Rechtszekerheidsproblemen die uit dit gebrek aan verdere invulling zouden kunnen voortvloeien,[301] kunnen mijns inziens, in elk geval gedeeltelijk, tegengegaan worden door een deugdelijke motivering te verlangen.[302] Uit een dergelijke motivering zal in elk geval in bepaalde gevallen kunnen blijken of de rechter de lat te hoog of te laag heeft gelegd, zodat eventueel een correctie door de hogere rechter mogelijk is.

Een vergelijking met enkele leidende gedachten uit de leer van de rechtsvinding kan hier dienstbaar zijn. Wanneer in een moeilijk geval de rechtsregel zelf geen uitsluitsel biedt over hoe dat geval opgelost zou moeten worden, kan de rechter

---

p. 174. Let wel, in dit onderzoek ging het om leken (potentiële jury-leden) en niet om rechters.

299 Zo ook Grünebaum 1904, p. 146; Kan 1921, p. 113 en 139; Suijling 1928, p. 125, 126 en 127; Land-Eggens 1933, p. 18; Scheltema 1934, p. 101; Lepa 1988, p. 43, alsmede het rechtsvergelijkende overzicht in par. 4.3, en Weber 1997, p. 165, die van een 'sprong' spreekt. In deze zin mijns inziens ook Asser, conclusie voor HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S/B.S.), nr. 2.8.

300 Welke maatstaf op welk terrein gehanteerd zou moeten worden, is hiermee dus niet gezegd. Het gaat hier enkel om de invulling van de mogelijke maatstaven, zie noot 282.

301 Zie daarover PG Bewijsrecht, p. 61 en 62.

302 Zoals ook gebeurt, zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum); Rommé 1989, p. 90; Elders, Afscheidsrede 1990, p. 16; Koopman 1996, p. 265. Zie over het belang hiervan ook Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 475. Van Dunné, TMA 1999, p. 148, meent dat deze zienswijze tegen de leer van de Hoge Raad ingaat, waarbij hij verwijst naar HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld). Dat arrest betrof echter de motiveringseisen bij het niet aanvaarden van een bewijsrisico-omkering en had geen betrekking op de bewijswaardering. Bovendien werd aldaar het bestaan van een bijzondere, zwaardere motiveringsplicht afgewezen, en niet het bestaan van een motiveringsplicht als zodanig.

het geval alleen beslissen door het maken van een keuze. Die (onvermijdelijke) keuze is dan enkel nog te legitimeren door een verantwoording achteraf, door een deugdelijke motivering die de redenen voor die keuze inzichtelijk maakt.[303]

Bij de bewijswaardering gebeurt in wezen iets vergelijkbaars. Ook hier wordt de rechter uiteindelijk gedwongen een keuze te maken omdat, een enkele uitzondering daargelaten, de bewijskracht van de bewijsmiddelen niet bij voorbaat gegeven is en er geen regels bestaan die de rechter voorschrijven hoe hij bij de bewijswaardering te werk dient te gaan. De legitimatie van deze keuze zou men dan ook in de motivering achteraf kunnen (en moeten) zoeken, omdat zo de redenen voor die keuze inzichtelijk worden. In die verantwoording ligt dan tevens (in elk geval deels) de benodigde objectivering, al was het maar omdat de wetenschap dat de beslissing verantwoord moet worden, ertoe zal leiden dat de rechter zoveel mogelijk zal aanknopen bij (meer) objectieve factoren, zoals algemene ervaringsregels en de regels van de logica.[304] In kwesties van bewijswaardering zal het overigens veelal niet makkelijk zijn die objectieve factoren te vinden.

Ter nadere invulling van de motiveringsplicht kan bijvoorbeeld het volgende dienen.[305] De motivering dient uiteraard begrijpelijk en vrij van innerlijke tegenstrijdigheid te zijn.[306] Verder dient de rechter expliciet in te gaan op de bezwaren die door een partij zijn geuit met betrekking tot een bewijsmiddel, als hij dat middel wil gebruiken tenminste. Hij dient die bezwaren te weerleggen.[307] Daarbij is ook nog van belang in hoeverre die procespartij haar bezwaren heeft uitgewerkt. Als dat summier gebeurde, volstaat een mindere mate van motivering.[308]

Als de rechter bepaalde bewijsmiddelen niet benut, lijkt vereist te zijn dat de rechter op zijn minst enigszins laat doorschemeren waarom hij zulks niet gedaan heeft.[309] Hij hoeft hier echter niet heel expliciet op in te gaan.[310] Wel dient uit de

303 Zie met name Asser-Vranken, nr. 217 e.v.

304 Vergelijk Larenz/Wolf 1997, p. 117. Ook in het strafrecht is de motivering van de bewijswaardering van groot belang, zie de artt. 358-360 Sv, alsmede Nijboer 2000, p. 93 e.v. en p. 295 e.v., en Leenders 1997, p. 37.

305 In cassatie zal in beginsel een beroep gedaan kunnen worden op alles wat normaal gesproken ten aanzien van een motivering aangevoerd kan worden. Voor een overzicht, zie Pontier 1998, p. 49, en Veegens-Korthals Altes-Groen 1989, nr. 115-122. Barendrecht 1998, p. 29, noot 30, en p. 30, stelt dat klachten over de bewijswaardering vrijwel nooit slagen, en (op p. 30) dat de Hoge Raad zich verre houdt van controle op dit vlak.

306 Zie bijvoorbeeld HR 21 januari 2000, NJ 2000, 255 (Douay/Te Winkel), r.o. 3.4.

307 Zie hierover Elders, Afscheidsrede 1990, p. 15; HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 nt. P. Clausing (L/Interpolis Schade), r.o. 3.6, alsmede Le Bars 1997, no. 432.

308 HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 nt. P. Clausing (L/Interpolis Schade), r.o. 3.6. Zo ook Barendrecht 1998, p. 30, noot 31.

309 Vergelijk HR 24 maart 2000, NJ 2000, 342 (AXA/CW Lease), waarin het Hof niet op de producties van een der partijen was ingegaan. De plicht om in elk geval alle bewijsmiddelen in de beoordeling te betrekken, lijkt ook voort te vloeien uit art. 6 EVRM, zie Peukert, RabelsZ 1999, p. 614 en 617.

310 HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 nt. P. Clausing (L/Interpolis Schade), r.o. 3.5. Nog terughoudender is Barendrecht 1998, p. 29. Als de rechter meer en meer verantwoordelijk wordt voor de feitengaring, zie par. 2, zal diens motiveringsplicht mijns inziens evenredig zwaarder worden. Ook motiveren

uitspraak duidelijk te worden op grond van welke van de overgelegde stukken het bewijs geleverd geacht is. Ook dient duidelijk te worden welke van de gestelde feiten nu precies als bewezen beschouwd worden.[311]

Over de motiveringsplicht van de rechter met betrekking tot het specifieke punt van de mate van overtuiging die hij verkregen meent te hebben, zeggen deze voorbeelden op het eerste gezicht wellicht niet zo gek veel. Dat is op zich niet vreemd, want dit is een kwestie die nauwelijks te motiveren en te controleren valt. Echter, door het uitoefenen van controle op (het gebruik van) de 'bronnen' van de overtuiging (de bewijsmiddelen), wordt indirect ook meer inzicht verschaft over die mate van overtuiging zelf, zodat er toch weer wat terrein gewonnen is.

Uit het *Duitse* recht kunnen ook nog enkele voorbeelden geput worden over hoe de motivering er dient uit te zien. Zo dienen bijvoorbeeld de wezenlijke gezichtspunten bij de oordeelsvorming blootgelegd te worden. Verder worden de motiveringseisen zwaarder als de waardering moeilijker is, terwijl in gevallen waarin een bewijsmiddel beide standpunten ondersteunt, die ambivalentie behandeld moet worden.[312]

Ook het *Franse* recht biedt hier diverse aanknopingspunten.[313] Zo is bijvoorbeeld vereist dat de rechter op conclusies van partijen reageert. Verder dient de Franse rechter alle bewijsmiddelen, voor zover deze vrije bewijskracht hebben, te onderzoeken en te analyseren.[314] Hij dient te motiveren waarom hij aan een bepaald bewijsmiddel bewijskracht toekent.[315] Ook kan er nog op gewezen worden dat de motivering van de bewijswaardering bij een afwijzing van een eis kwantitatief gezien over het algemeen voor de rechter minder voeten in de aarde zal hebben dan de motivering van een toewijzing van een eis. In het eerste geval kan de rechter er immers in principe mee volstaan te motiveren dat (en waarom) in zijn visie één voor toewijzing van de eis noodzakelijk feit niet bewezen is, terwijl in het tweede geval gemotiveerd dient te worden waarom alle feiten die noodzake-

---

waarom een bepaald bewijsmiddel niet gebruikt werd, lijkt mij dan in de rede te liggen. In die richting mijns inziens ook HR 24 maart 2000, NJ 2000, 342 (AXA/CW Lease).

311 Zie voor beide HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum). Als het bewijs onvoldoende wordt geacht, lijkt vereist te zijn dat duidelijk gemaakt wordt waarom het bewijsmiddel niet overtuigend bevonden werd, vergelijk Hof Leeuwarden 1 december 1999, NJ 2000, 469 (A./B.), r.o. 7, waarin gewezen werd op de twijfel omtrent de objectiviteit en deskundigheid.

312 Zie Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 67. Terughoudend ten aanzien van dat laatste is Barendrecht 1998, p. 29. Het is hier niet de plaats om uitgebreid op de motivering door de Duitse rechter in te gaan, zie verder het overzicht bij Schneider 1994, Rdn. 693-841.

313 Zie daarover Chevalier 1958-1959, p. 49-50, en, met veel meer gegevens, Le Bars 1997, met name no. 213 e.v. , no. 314 e.v., en no. 396 e.v.

314 Zie Le Bars 1997, no. 215-216.

315 Lagarde 1994, no. 101; Le Bars 1997, no. 432. Dit geldt niet als de wederpartij zonder nadere redengeving die bewijskracht ontkent.

lijk aanwezig dienen te zijn voor toewijzing van de eis, door hem bewezen worden geacht.[316] Zijn motivering van de bewijswaardering dient dan uitgebreider te zijn.

4.8 Conclusie

De bepaling van de vereiste mate van overtuiging bij de bewijswaardering blijkt zeer weerbarstige materie te zijn. Scherpe(re) normen zijn op zich wel op te stellen (> 50 %; > 75 %; > 90 %), maar die helpen ons eigenlijk niet heel veel verder omdat moeilijk te zeggen is of in concreto aan die norm voldaan is. De mate van overtuiging die de rechter bereikt meent te hebben, kan hij immers niet in een vast percentage uitdrukken. Dat de rechter dan terugvalt op toch wat vage noties als de 'redelijke mate van zekerheid' is begrijpelijk, al bevordert dat de discussie over de bewijswaardering niet.

In elk geval is duidelijk geworden dat het niet juist is om voor het Nederlandse recht te zeggen dat het over het algemeen voldoende is dat een feit 'meer waarschijnlijk dan niet' gebeurd is. Meer dan dat is in beginsel nodig. Waar de grens ligt, is echter moeilijk te bepalen. De rechter rest dan niets anders dan te motiveren waarom hij meende dat hij enkel tot deze uitkomst kon komen.

5 Het vermoeden

5.1 Vermoedens in algemene zin

Deze paragraaf is gewijd aan het nauw met de bewijswaardering verbonden 'leerstuk' van bewijs door vermoedens. Na een algemene beschouwing over dat leerstuk in deze paragraaf, zal ook een enkel woord gewijd worden aan *res ipsa loquitur* (par. 5.2) en *damnum ipsa loquitur* (par. 5.3).

In alle onderzochte rechtsstelsels[317] kan het systeem van bewijsrisicoverdeling tot op zekere hoogte ontlopen worden doordat de rechter een vermoeden aanneemt.

---

316 Le Bars 1997, no. 314. Hij stelt dat de motivering afgestemd dient te zijn op de 'winnaar'. De feiten die voor de winst van die partij noodzakelijk zijn, dienen gemotiveerd te worden, zie no. 399 e.v.

317 De rechtsvergelijking blijft in deze paragraaf in beginsel achterwege. Het gaat hier om een afbakening. Zie onder andere voor *Engeland*: Heydon/Ockelton 1996, p. 58 e.v.; Cross & Tapper 1995, p. 136 e.v.; Phipson 1990, 4-24 e.v.; Bridge, MLR 1949, p. 273 e.v.; Denning, LQR 1945, p. 379 e.v.; Thayer 1898, p. 313 e.v. en p. 539 e.v. Voor *Frankrijk*: J-Cl. Civ. (Dupichot), Art. 1349 à 1353, Fasc. 155, no. 1 e.v.; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 717 e.v.; Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989, no. 378 e.v.; Rép. proc. civ. (Goubeaux/Bihr), Preuve, no. 1201-1215; Mimin, JCP 1946, I, no. 578; Voor *Duitsland*: Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 23 e.v.; Baumgärtel 1996, Rdn. 352-376; Schneider 1994, Rdn. 322 e.v.; Rommé 1989; Lepa 1988, p. 57 e.v.; Prütting 1983, p. 48 e.v.; Greger, VersR 1980, p. 1091 e.v.; Walter, ZZP 1977, p. 270 e.v.; Maassen 1975, p. 59 e.v., 102 e.v., en 132 e.v.; Diederichsen, ZZP 1968, p. 45 e.v., en VersR 1966, p. 211 e.v.; Blomeyer 1966, p. 17 e.v.; Kolhosser, AcP 1965, p. 46 e.v.

'Ontlopen' in die zin dat de rechter vooralsnog niet hoeft te beslissen welke partij het bewijsrisico draagt, omdat hij voorlopig uitgaat van de juistheid van de stelling van een der partijen. Het betreft hier dus een geval van bewijswaardering.[318] Aan een beslissing op basis van de bewijsrisicoverdeling komt de rechter (nog) niet toe. De partij wiens feit vermoed wordt, heeft aan het op haar rustende bewijsrisico voorlopig voldaan. Het feit is voorlopig bewezen. Het gevolg daarvan, namelijk aanname van het gevraagde rechtsgevolg, kan alleen voorkomen worden indien de andere partij tegenbewijs levert.[319] De invloed die de leer der vermoedens op de verdeling van het bewijsrisico heeft, is dus dezelfde als die van de bewijswaardering in het algemeen. Het gebruik van vermoedens maakt dat beslissen op basis van de bewijsrisicoverdeling minder vaak nodig is.

Het vermoeden laat zich in algemene zin omschrijven als 'een manier van redeneren die leidt tot het aannemen van bepaalde feiten en rechtsgevolgen.'[320] Kort gezegd komt die redenering hierop neer dat de rechter feit B (het te bewijzen feit) uit het bestaan van hulpfeit A afleidt. Bedacht dient overigens te worden dat feit A altijd bewezen moet zijn alvorens feit B daaruit afgeleid mag worden.[321]

Er wordt wel gezegd dat door aanname van een vermoeden de 'bewijslast' verschuift. Als 'bewijslast' gezien wordt als *bewijsrisico*, verschuift dit echter bij de meeste vormen van vermoedens niet.[322] De gedaagde hoeft in beginsel alleen het vermoeden (de voorshandse aannemelijkheid) zoals dat uit de bewijswaardering door de rechter voortvloeit, te *ontkrachten*. Hij moet voldoende twijfel zaaien. Hij hoeft niet het *tegendeel* te bewijzen.[323] Als de gedaagde slaagt in die

318 Zie bijvoorbeeld Grünebaum, RM 1905, p. 85 en 104; Kan 1921, p. 124; Wiersma, RM Themis 1966, p. 480; Asser 1992, p. 27; Nieuwenhuis, RM Themis 1995, p. 343; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 125-126; Visser, TCR 1997, p. 76; Schaafsma-Beversluis & Hammerstein, NJB 2000, p. 534; Scheltema 1934, p. 112 en 114.

319 De verdeling van de stelplicht verandert niet door het gebruik van vermoedens. Degene die van een vermoeden gebruik wil maken, heeft ten aanzien van het te vermoeden feit, als hij te dien aanzien ook het bewijsrisico draagt, de stelplicht. Zie nader Grünebaum, RM 1905, p. 100.

320 Asser 1992, p. 27. Vergelijk ook Grünebaum, RM 1905, p. 89, en Scheltema 1934, p. 112-113.

321 Grünebaum, RM 1905, p. 95, Völlmar 1952, p. 984 en 986; Asser 1992, p. 37; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 34. Het vermoeden dient dus een deugdelijke grondslag te hebben, zie HR 21 april 2000, NJ 2000, 564 nt. ARB (De Oude Molen/WZL), r.o. 3.7. Bij een vermoeden verandert het object van bewijs (het feit dat te bewijzen is), met als gevolg dat het bewijs makkelijker te leveren is.

322 Goudsmit 1866, p. 274; Suijling 1928, p. 102; Marlet, AA 1958, p. 89; Asser 1992, p. 23; Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 2; Nieuwenhuis, RM Themis 1995, p. 342; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 26; Visser, TCR 1997, p. 75; Van, Van Dunné-bundel 1997, p. 436; Giesen, NTBR 1998, p. 89; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 126; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31; Hidma, TCR 1998, p. 29-30; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 10. Anders: Van Dunné, TMA 1999, p. 148. Men kan wel zeggen dat de bewijsvoering verlicht wordt, zie Grünebaum, RM 1905, p. 92.

323 Zoals bij een bewijsrisico-omkering, zie bijvoorbeeld Grünebaum 1904, p. 152 en 155; Suijling 1928, p. 113; Nieuwenhuis, RM Themis 1995, p. 342; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 128; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29; Betlem c.s. 1999, p. 71. De partij van wie bewijsvoering verlangd wordt, moet dus de overtuiging van de rechter op 50-50 brengen, zie hiervoor noot 284.

ontkrachting, is de eiser opnieuw aan zet en zal deze verliezen als hij er niet in slaagt het feit alsnog te bewijzen.[324]

De 'bewijslast' verschuift in deze gevallen echter wel in die zin dat de gedaagde genoodzaakt is om feiten te bewijzen die het vermoeden ontkrachten. Als de gedaagde stil blijft zitten, zal de procedure voor hem verloren gaan. Hij draagt dus de *bewijsvoeringslast*, hetgeen een last is die gedurende het proces op en neer kan pendelen. Het bewijsrisico blijft echter steeds bij één partij rusten.[325]

Een belangrijk onderscheid is dat tussen wettelijke en rechterlijke (feitelijke) vermoedens. Het wettelijke vermoeden is in wezen niets anders dan een vermoeden dat in de wet is vastgelegd. De wet zelf zegt dat feit B uit het bestaan van feit A volgt. De rechter is daaraan gebonden.[326] Gevolg daarvan is dat degene die feit B dient te bewijzen, kan volstaan met het bewijs van feit A.[327] De wettelijke vermoedens zijn weer onderverdeeld in onweerlegbare en weerlegbare vermoedens.

Tegen *onweerlegbare* vermoedens is door de wederpartij niets te beginnen, want tegen(deel)bewijs is uitgesloten. Een voorbeeld is art. 3:118 lid 2 BW: een bezitter die eenmaal te goeder trouw is, wordt geacht te goeder trouw te blijven.[328] Dat tegenbewijs in beginsel altijd openstaat (art 178 lid 2 Rv) en met betrekking tot deze vermoedens nergens expliciet en in algemene zin wordt uitgesloten, doet hierbij niet ter zake, want de formulering van het wettelijk vermoeden zelf zal, hoewel wellicht niet expliciet, aangeven dat tegenbewijs inderdaad uitgesloten is.[329] 'Is een bezitter eenmaal te goeder trouw, dan wordt hij *geacht* dit te blijven'.[330] De wetgever spreekt een waardering uit: zo is het en niet anders. Het kan feitelijk wel onjuist zijn, maar zo wordt de rechter geacht het te zien. Men zou dus ook van een *fictie* kunnen spreken, althans in die gevallen waarin duidelijk is dat die goede trouw op een later moment niet meer aanwezig is.[331] Daar tegenbewijs in

---

324 Zie Asser 1992, p. 23; Giesen, NTBR 1998, p. 89, en hiervoor noot 322.

325 Vergelijk hierover mijn noot in NTBR 1998, p. 87 e.v., met name nr. 3; Asser 1992, p. 23 (die hier spreekt over een 'oneigenlijke' bewijsrisico-omkering), en Frenk, A & V 1996, p. 81. De rechter is zich hiervan niet steeds bewust, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 september 1996, NJ 1999, 184 (Wijsmuller/Jongepier q.q.), waarin na een vermoeden een bewijsrisico-omkering aangenomen werd. In Duitsland is dit algemeen aanvaard, zie Baumgärtel 1996, Rdn. 245, 263, en Oberheim, JuS 1996, p. 920. In Engeland is hieromtrent een discussie gaande, aldus Murphy 1997, p. 94 e.v. Zoals hier, Eggleston 1978, p. 91-92. Voor het Franse recht in deze zin, Devèze, noot onder Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289, op p. 293.

326 Asser 1992, p. 29.

327 Het bewijsrisico te dien aanzien rust dan wel op die partij, zie Asser 1992, p. 29.

328 Zie hierover Asser 1992, p. 30-31, en Grünebaum, RM 1905, p. 104.

329 Of dat zo is, is een kwestie van interpretatie, waarbij de wetgever door bepaalde termen te gebruiken, een handreiking geeft, vergelijk Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 31, 32 en 34. Tegenbewijs ten aanzien van het hulpfeit waaruit het vermoeden volgt, staat wel open, zie Veegens-Wiersma 1973, p. 54.

330 Zie ook Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 16, noot 9.

331 Zie Asser 1992, p. 30-31, met verdere literatuur.

deze gevallen niet mogelijk is, gaat het hier overigens om regels van materieel recht en is het gebruik van de term vermoeden eigenlijk misplaatst.[332]

Weerlegbare wettelijke vermoedens zijn vermoedens die 'tegenbewijs' wel toelaten, zoals bijvoorbeeld art. 3:119 BW: de bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn. Mijns inziens komt in deze gevallen de bewijsvoeringslast bij de wederpartij te liggen en rust het bewijsrisico nog steeds op de partij die zich op het rechtsgevolg beroept.[333] Het gaat hier ten slotte om een vermoeden en als er ten aanzien van de juistheid van dat vermoeden voldoende twijfel gezaaid wordt, is dat vermoeden ontkracht. Tegenbewijs volstaat daartoe; het tegendeel bewijzen is mijns inziens niet nodig.[334]

Asser onderscheidt binnen de categorie van de weerlegbare vermoedens nog een subcategorie waarin volgens hem regels van bewijsrisicoverdeling zijn neergelegd, hoewel die zijn ingekleed als vermoedens.[335] Het vermoede feit wordt in die gevallen niet uit een ander feit afgeleid, maar de wetgever maakt een keuze. Een voorbeeld vormt art. 3:118 lid 3 BW: goede trouw wordt vermoed aanwezig te zijn. Op basis waarvan die goede trouw vermoed wordt, blijft onduidelijk, zodat er van een echt vermoeden geen sprake kan zijn.

Ik zou in deze gevallen niet van regels van bewijsrisico willen spreken, omdat een belangrijk verschil met zulke regels gelegen is in de mate van tegenbewijs die nodig is. Bij de hier bedoelde 'vermoedens' heeft de wetgever (blijkbaar) tegenbewijs voldoende geacht. Die normen bewerkstelligen dan ook alleen een verschuiving van de bewijsvoeringslast. Bij echte bewijsrisicoverdelingsregels is dat niet het geval. Daar dient volledig bewijs (tegendeelbewijs) geleverd te worden. Dat verschil mag niet uit het oog verloren worden. Asser stelt wel terecht dat wij in deze gevallen bezwaarlijk van een vermoeden kunnen spreken. Er wordt immers niets vermoed. Deze regels zouden wij mijns inziens dan ook 'materiële regels met een omgekeerde bewijsvoeringslast' moeten noemen. Iets bondiger zou men over *bewijsvoeringslastregels* kunnen spreken.

Alle in dit onderzoek betrokken rechtsstelsels kennen een aantal wettelijke vermoedens.[336] Het zou te ver voeren deze wettelijke vermoedens allemaal de revue te laten passeren. Nu hun toepassing niet veel problemen oplevert (partijen weten

---

332 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 30; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 32-33. Wij hoeven ons ten aanzien van zulke bepalingen dan ook niet af te vragen wat hun bewijsrechtelijk gevolg is (bewijsrisico-omkering of omkering van de bewijsvoeringslast?). Tegen(deel)bewijs is immers niet toegestaan.

333 In die zin ook Scheltema 1934, p. 124; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 656; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 126, en mijns inziens ook Veegens-Wiersma 1973, p. 54. Anders: Grünebaum, RM 1905, p. 97 en 99; Kan 1921, p. 133-134; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 16, en Asser 1998, p. 37.

334 Voor het Franse recht in deze zin, Motulsky 1948, no. 120. Anders het Duitse recht, vergelijk Rommé 1989, p. 167; Oberheim, JuS 1996, p. 733; Heinrich 1996, p. 258; Schlemmer-Schulte 1997, p. 12. Het Engelse recht is nog niet uitgekristalliseerd, vergelijk Heydon/Ockelton 1996, p. 59.

335 Asser 1992, p. 32-33. Zie hierover ook Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 34-35; Lagarde 1994, no. 220; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 646.

336 Zie voor enkele Nederlandse voorbeelden, Asser 1992, p. 29 e.v.

ervan en weten dus wat er van hen verlangd wordt) en wettelijke vermoedens voor het aansprakelijkheidsrecht niet van groot belang zijn, ga ik hier verder aan deze vermoedens voorbij. Waar nodig, zullen ze alsnog aan bod komen.[337]

Van groter belang zijn hier de *feitelijke* vermoedens, al was het maar omdat de aanname daarvan tevoren niet altijd te voorzien is.[338] Bij het gebruik van een feitelijk vermoeden wordt door de rechter uit hulpfeit A het te bewijzen feit B afgeleid. Deze vaststelling geschiedt meestal door middel van algemene ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid.[339] Algemene ervaringsregels zijn op algemeen weten berustende gevolgtrekkingen, terwijl een feit van algemene bekendheid een omstandigheid is die iedere bij de tijd zijnde persoon behoort te kennen of makkelijk kan achterhalen.[340]

Door aanname van een feitelijk vermoeden verschuift alleen de bewijsvoeringslast; het bewijsrisico blijft op dezelfde partij rusten. Het betreft hier een vorm van bewijswaardering. Er wordt immers voorlopig uitgegaan van de juistheid van een stelling. Gevolg van dit alles is dat als die juistheid (en daarmee de voorlopige bewijswaardering) later ontkracht wordt (door middel van tegenbewijs), een *non liquet* ten laste gaat van de partij die het bewijsrisico draagt (en droeg).[341]

Wij zien hier derhalve dat de rechtsgevolgen van de aanname van een vermoeden dezelfde zijn als die welke volgen op het oordeel dat een feit 'voorshands aannemelijk' is.[342] Wat betekent dat voor hun onderlinge verhouding? Visser meent dat de constructie van de 'voorshandse aannemelijkheid' de opvolger is van het vermoeden. Deze constructie laat duidelijker dan het vermoeden uitkomen dat het hier om de rechterlijke werkzaamheid gaat. Het vermoeden komt daarom zijns inziens terecht geen plaats meer toe in de wet.[343]

Naar mijn mening zijn beide echter niet geheel gelijk te schakelen en bestaat er nog - in elk geval theoretisch gezien - een aparte plaats voor het vermoeden. De voorshandse aannemelijkheid van feit B (als deze aannemelijkheid niet uit een vermoeden voortvloeit) komt voort uit de voorlopige waardering van de bewijsmid-

337 Zie bijvoorbeeld par. IV.2.4 in verband met art. 1384 al. 1 Cc.

338 Zie vooral Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 2 en p. 10 e.v. Hoewel ik het met Stadermann eens ben dat het gebruik van vermoedens onzekerheid met zich kan brengen en dat het in sommige gevallen wellicht beter zou zijn de bewijsrisico-omkering openlijk te gebruiken, kan men toch niet om (het gebruik van) vermoedens heen. Het betreft hier immers de bewijswaardering, die inderdaad onzekerheid schept, maar wel onvermijdelijk is. Bovendien dient bedacht te worden dat ook de 'normale' bewijswaardering niet tot zekerheden leidt.

339 Zie over dit alles Asser 1992, pp. 29-34.

340 Zie Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 23.

341 Zie onder andere Asser 1992, p. 23; Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 2; Visser, TCR 1997, p. 75; Van, Van Dunné-bundel 1997, p. 436; Giesen, NTBR 1998, p. 89; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 126; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29; Kan 1921, p. 134. Anders: Van Dunné, TMA 1999, p. 119.

342 Zie par. 4.4, en Asser 1992, p. 23, alwaar beide gezamenlijk behandeld worden.

343 Zie Visser, TCR 1997, p. 77. Onder het oude BW werd het vermoeden als een bewijsmiddel gezien, zie art. 1903 OBW.

delen die betrekking hebben op feit B. Een vermoeden komt echter voort uit een redenering waarbij uit het gegeven dat hulpfeit A door een bewijsmiddel (voorlopig) bewezen is, afgeleid wordt dat feit B ook gegeven is. Daarin schuilt wel degelijk een verschil, want in het eerste geval kan eventueel tegenbewijs alleen betrekking hebben op de ontkrachting van feit B, terwijl door middel van tegenbewijs bij een vermoeden ofwel feit A ofwel de gevolgtrekking[344] daaruit dat feit B gegeven is, ontkracht kan worden. Bij het vermoeden bestaan er derhalve ruimere mogelijkheden tot het leveren van tegenbewijs. Daarom is het mijns inziens raadzaam beide constructies te onderscheiden.[345]

Een voorbeeld kan het voorgaande wellicht verduidelijken. Stel dat de rechter voorshands aannemelijk acht dat feit B door de arts aan de patiënt meegedeeld is, omdat de arts zulks verklaard heeft. De patiënt zal dan enkel kunnen proberen de aannemelijkheid van die verklaring aan te tasten, bijvoorbeeld door zelf te getuigen. Als de arts in zijn verklaring echter gesteld heeft dat hij in elk geval feit A gemeld heeft, en de rechter leidt daaruit af dat feit B dan ook wel gemeld zal zijn (een vermoeden), dan kan de patiënt opnieuw trachten de waarde van de getuigenverklaring aan te tasten, maar hij kan ook proberen aan te tonen dat de sprong van feit A naar feit B niet juist is, bijvoorbeeld omdat beide feiten op verschillende onderwerpen betrekking hebben.

5.2 *Res ipsa loquitur*[346]

In *Engeland* heeft het gebruik van feitelijke vermoedens tot het ontstaan van een specifieke doctrine geleid: *res ipsa loquitur* ('de zaak spreekt voor zich'). Het feit dat het ongeval zich heeft voorgedaan wordt in een dergelijk geval voorlopig als voldoende bewijs van 'negligence' gezien. Als een vat bloem uit het raam van een pakhuis valt en een passerende voetganger raakt, mag de rechter ervan uitgaan dat bij de hantering van het vat in het pakhuis onzorgvuldig gehandeld werd.[347] De eiser bewijst in deze gevallen alleen het resultaat, het ongeval, en niet de specifieke onzorgvuldige daad. De rechter gaat uit van 'negligence' zonder dat er specifieke bewijzen met betrekking tot een eventueel gemaakte fout zijn.

---

344 Zie Asser 1992, p. 29; Scheltema 1934, p. 118.

345 Men zou het vermoeden kunnen zien als een species van het genus voorshandse aannemelijkheid.

346 Zie hierover mijn bijdrage in WPNR 6265 (1997), p. 241 e.v., waarop de navolgende paragraaf gebaseerd is, alsmede Van, Van Dunné-bundel 1997, p. 435 e.v.; Fleming 1998, p. 353 e.v., en McInnes, LQR 1998, p. 547 e.v. Ik start hier met het Engelse recht omdat daar de bakermat ligt van dit onderwerp. Het Nederlandse recht volgt aan het einde van deze paragraaf.

347 Ontleend aan *Byrne* v. *Boadle*, 159 Eng. Rep. 299 (Ex. 1863), weergegeven in Epstein 1995, p. 292 e.v.

Toepassing van de *res ipsa loquitur*-leer is naar Engels recht mogelijk indien aan twee[348] voorwaarden is voldaan. Ten eerste, het voorval, het gebeuren[349] dat de schade veroorzaakte, stond onder controle van de gedaagde; ten tweede, het ongeval is van zodanige aard dat het in de normale loop der dingen niet zonder onzorgvuldig gedrag gebeurd zou zijn. Daarbij gaat het om 'common experience'.[350]

Nu in deze redenering uit de (schadeveroorzakende) gebeurtenis het bestaan van de fout volgt, is daarmee in beginsel ook het causale verband gegeven. Fout en schade moeten immers noodzakelijkerwijs verbonden zijn, anders zou de 'inference' op los zand berusten. Uit het ongeval (getroffen worden door een vat bloem) volgt dat er een fout is gemaakt (bijvoorbeeld: het niet goed vastzetten van het vat). Dan kunnen wij er ook niet omheen dat het niet goed vastzetten van het vat het ongeval, het getroffen worden door dat vat, veroorzaakt heeft. Nu B afgeleid wordt uit A, moeten die twee in een zodanig verband staan dat A de oorzaak is van B.

Gevolg van toepassing van deze doctrine is verder dat degene die over de feiten beslist - vroeger in Engeland de jury, nu de rechter - in het voordeel van de eiser mag beslissen. Het verweer van de gedaagde dat er 'no case to answer' is, vervalt dan. Met andere woorden, aan de 'evidential burden of proof' is voldaan. Het is echter niet zo dat de eiser noodzakelijk de procedure wint. De verdeling van het bewijsrisico verandert niet door toepassing van deze doctrine. De 'legal burden of proof' blijft bij de eiser rusten.[351]

Hieruit volgt dat indien de gedaagde voldoende twijfel zaait[352] over de toedracht, de eiser weer aan zet is en bewijs moet leveren. Dat bewijs zal deze in beginsel echter niet kunnen leveren, anders had hij immers niet op *res ipsa loquitur* hoeven terug te vallen. Hij zal derhalve veelal niet aan het bewijsrisico kunnen voldoen en daarmee de procedure verliezen. De gedaagde kan twijfel zaaien door aan te tonen dat de 'negligence' niet uit het gebeuren volgt of door aan te tonen dat hij niet onzorgvuldig gehandeld heeft (door aan te tonen hoe het ongeval

348 Ervan uitgaande dat de toedracht van het ongeval onbekend is. Als die wel bekend is, komt *res ipsa loquitur* niet voor toepassing in aanmerking, zie *Barkway* v. *South Wales Transport Co Ltd.* [1950] 1 All ER 392, op p. 394-395, en Giesen, WPNR 6265 (1997), p. 242.

349 Zie Köster, Schadee-bundel 1980, p. 133.

350 Zie bijvoorbeeld Winfield & Jolowicz 1998, p. 188-189. Naar Amerikaans recht stelt men daarnaast nog de voorwaarde dat de eiser zelf geen bijdrage leverde aan het ontstaan van de schade.

351 Zie *Ng Chun Pui* v. *Lee Chuen Tat* [1988] RTR 298; *Colvilles Ltd.* v. *Devine* [1969] 2 All ER 53, op p. 58; *Ward* v. *Tesco Stories Ltd.* [1976] 1 All ER 219, op p. 222; Fleming 1998, p. 361, en Winfield & Jolowicz 1998, p. 192. Zie over de begrippen 'evidential' en 'legal' 'burden of proof' onder andere Keane 1996, p. 66 e.v. en Cross & Tapper 1995, p. 121 e.v. Deze begrippen corresponderen met de begrippen bewijsvoeringslast en bewijsrisico, zie par. I.3.

352 Zie voor dat criterium bijvoorbeeld Andrews (Porter) 1994, 15-008, alsmede Civ. 1re, 28 mars 1995, D. 1995, Jur. 517 (note Huet).

kon gebeuren zonder enige onzorgvuldigheid[353]). De gedaagde mag natuurlijk ook tegendeelbewijs leveren.

Hierbij dient overigens aangetekend te worden dat tegenwoordig het onderscheid tussen 'evidential' en 'legal burden' op dit vlak grotendeels van belang ontbloot is, nu in civiele zaken in Engeland niet langer een jury gebruikt wordt. Dezelfde persoon, de rechter, beslist nu over beide 'burdens', hetgeen het onwaarschijnlijk maakt dat in eerste instantie *res ipsa loquitur* aangenomen wordt en de eiser dan in tweede instantie alsnog verliest vanwege het feit dat de rechter wel enig bewijs aanwezig acht, doch dat als onvoldoende beschouwt om tot toewijzing van de vordering over te kunnen gaan. De theoretische mogelijkheid dat de gedaagde, na aanname van een vermoeden, alsnog wint, ondanks het feit dat hij geen tegenbewijs levert,[354] is daarmee praktisch gezien van de baan.[355]

In *Frankrijk* kan de normale bewijssituatie ook veranderen door aanname van een feitelijk vermoeden ('présomptions de l'homme'). Uit de omstandigheden van het geval kan volgen dat de normale regel, namelijk dat de eiser bewijs dient te leveren, niet opgaat en dat de fout in principe gegeven is. De gedaagde dient dan de afwezigheid van een fout aan te tonen. Dit zal aangenomen worden indien het bestaan van een fout het meest waarschijnlijk is. Men noemt dit wel 'faute virtuelle'.[356] Ook hierbij geldt dat de 'faute' dient te volgen uit de schade, vandaar dat men ook in Frankrijk wel de term *res ipsa loquitur* gebruikt.[357]

Ook het *Duitse* recht heeft zijn 'vermoedens'-doctrine: het 'Anscheinsbeweis'.[358] Het 'Anscheinsbeweis' kan zijn diensten bewijzen bij 'typischen Geschehenabläufen', dat wil zeggen als er een situatie voorligt die naar de levenservaring op een bepaalde oorzaak of een bepaalde afloop wijst. De met het bewijsrisico belaste partij hoeft alleen die situatie te bewijzen en als dat gebeurt is, mag de rechter van het bestaan van het te bewijzen feit uitgaan. De rechter dient door het 'Anscheinsbeweis' wel volledig overtuigd te worden.[359] De gedaagde die een afwijking van de typische gebeurtenis stelt, moet de ernstige mogelijkheid daarvan aantonen om het vermoeden te ontkrachten. Als dit lukt, dient de eiser alsnog met volledig bewijs te komen. Het 'Anscheinsbeweis' leidt niet tot een

353 Zie bijvoorbeeld *Colvilles Ltd.* v. *Devine* [1969] 2 All ER 53, op p. 57.

354 Het voorgaande ligt uiteraard anders als de gedaagde wel tegenbewijs aanvoert.

355 Hierover Winfield & Jolowicz 1998, p. 191-192, en Heydon/Ockelton 1996, p. 72. Zie over de situatie onder het oude recht, waarbij de jury uiteindelijk over de feiten oordeelde, *Jones* v. *Great Western Railway Co* (1930) 4 T.L.R. 39.

356 Zie Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1970, no. 1687; Jolowicz 1970, pp. 37-38; Carbonnier 1996, no. 261.

357 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 464; Lambert-Faivre 1996, no. 340.

358 Daarover in algemene zin Rommé 1989; Baumgärtel 1996, Rdn. 227-271; Oberheim, JuS 1996, p. 918-921. Het 'Anscheinsbeweis' vindt waarschijnlijk zijn oorsprong in de *res ipsa loquitur*-leer, zie Hainmüller 1966, p. 1-3. Zie over beide ook Maassen 1975, p. 142-143.

359 Zie bijvoorbeeld RGZ 134, 237, op p. 242; BGH VersR 1998, 338, op p. 339; Arens/Lüke 1999, Rdn. 281. Weifelend: Baumgärtel 1996, Rdn. 246.

omkering van het bewijsrisico, maar heeft betrekking op de bewijswaardering.[360] De gedaagde moet na aanname van een vermoeden tegenbewijs leveren.[361]

De leer van het 'Anscheinsbeweis' wordt voornamelijk gebruikt bij bewijs van het causale verband en het 'Verschulden'.[362] Toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis' ten aanzien van andere feiten is niet bij voorbaat uitgesloten, maar gebrek aan ervaringsregels leidt er veelal toe dat het Bundesgerichtshof het gebruik ervan afwijst in die gevallen.[363]

Een ander feitelijk vermoeden dat naar Duits recht van belang is, is het zogenaamde 'Indizienbeweis'.[364] Daarbij gaat het erom dat de rechter uit bepaalde, niet onmiddellijk relevante[365] omstandigheden het bestaan van een ander, wel onmiddellijk relevant feit afleidt. Die omstandigheden noemt men 'Indizien'. Als die 'Indizien' betwist zijn, zullen ze bewezen moeten worden door de partij die het af te leiden feit dient te bewijzen. De omstandigheden moeten bij de rechter tot de volle overtuiging van het bestaan van het te bewijzen feit leiden.[366]

Het gevolg van het slagen van het 'Indizienbeweis' is dat het feit voorlopig vaststaat. De wederpartij zal tegenbewijs moeten leveren. Zij moet de 'Indizien' of de gevolgtrekking daaruit ontkrachten. Tegendeelbewijs is niet nodig.[367] Het verschil met 'Anscheinsbeweis' is hierin gelegen dat één enkele 'Indizien' niet voldoende is om daaruit gevolgen af te mogen leiden, terwijl er bij 'Anscheinsbeweis' wel een dusdanige samenhang bestaat dat uit het enkele hulpfeit het te bewijzen feit afgeleid mag worden.[368] Bij 'Indizienbeweis' is het dus niet één typisch gebeuren, maar de 'samenwerking' van bepaalde omstandigheden, die maakt dat het te bewijzen feit vermoed wordt. 'Indizienbeweis' kan vooral van dienst zijn als het om innerlijke feiten, zoals opzet, gaat.[369]

De *Nederlandse* rechter werkt uiteraard ook met feitelijke vermoedens. Wij kunnen daarbij naast het 'gewone' feitelijke vermoeden (par. 5.1) ook de *res ipsa loquitur*-leer ontwaren in de rechtspraak.[370] Een voorbeeld hiervan biedt het arrest

360 Zie bijvoorbeeld RGZ 134, 237, op p. 241-242; Rommé 1989, p. 153-155 en 165; Deutsch, FS H. Lange 1992, p. 438; Stück, JuS 1996, p. 154 en 156-157; Arens/Lüke 1999, Rdn. 279 en 281. Praktisch gezien zal het verschil niet groot zijn, zie Diederichsen, KF 1966, p. 22-24.

361 Zie bijvoorbeeld RGZ 134, 237, op p. 242; BGH VersR 1995, 723, op p. 724; Baumgärtel 1996, Rdn. 263; Arens/Lüke 1999, Rdn. 281.

362 Arens/Lüke 1999, Rdn. 279; Baumgärtel 1996, Rdn. 248 en 253; RGZ 134, 237, op p. 242.

363 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1975, 540, en Stück, JuS 1996, p. 156. Arens/Lüke 1999, Rdn. 279, geeft aan dat het bereik van het 'Anscheinsbeweis' groter lijk te worden.

364 Zie Rommé 1989, p. 175-176; Baumgärtel 1996, Rdn. 272-302, en Oberheim, JuS 1996, p. 729-732.

365 'Niet relevant' in die zin dat het hierbij om feiten gaat die niet direct te herleiden zijn tot een van de vereisten voor aansprakelijkheid (tot een 'Tatbestandsmerkmal').

366 Zie over dit alles Oberheim, JuS 1996, p. 730.

367 Zie Oberheim, JuS 1996, p. 732.

368 Oberheim, JuS 1996, p. 918; Baumgärtel 1996, Rdn. 279 e.v.

369 Baumgärtel 1996, Rdn. 273.

370 Zie met voorbeelden mijn bijdrage in WPNR 6265 (1997), p. 242-243. Het verschil tussen beide soorten vermoedens ligt mijns inziens hierin dat bij *res ipsa loquitur* in één keer de keten 'onzorgvuldig - schade - causaal verband' in zijn geheel gegeven wordt geacht, terwijl bij een gewoon

Leebeek-Vrumona.[371] In de kantine van een sportvereniging opent Leebeek een fles cola, resulterend in ernstige verwondingen aan de linkerhand. Wat er precies gebeurde, bleef onduidelijk. De Hoge Raad loste het aldus op: 'Indien vaststaat dat het slachtoffer de fles waarvan de hals is afgebroken op normale wijze trachtte te openen (hulpfeit A, IG), ligt in deze toedracht besloten dat de schade is veroorzaakt door een gebrek van de fles (feit B, IG), behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen en behoudens door de producent te leveren tegenbewijs.'[372]

De voorwaarden voor aanname van een dergelijk vermoeden zijn naar Nederlands recht nog niet helder. Eerder pleitte ik ervoor een drietal voorwaarden te stellen, conform het Amerikaanse recht.[373] Voor wat betreft de rechtsgevolgen kan op het volgende gewezen worden. Net zoals in het Engelse recht staat naar mijn mening door aanname van het vermoeden de fout, de schade en het causale verband voorlopig vast.[374] De wederpartij mag tegenbewijs leveren teneinde het vermoeden te ontkrachten. Zij dient voldoende twijfel te zaaien. Het bewijsrisico verschuift echter niet; alleen de bewijsvoeringslast keert om. De invloed van *res ipsa loquitur* op de bewijsrisicoverdeling is derhalve (opnieuw) enkel een kwantitatieve. Gebruik ervan leidt tot minder bewijsrisicobeslissingen.[375]

5.3 Damnum ipsa loquitur

Naar Nederlands recht wordt ook ten aanzien van het bestaan van schade regelmatig met vermoedens gewerkt. Uit de schade wordt dan niet de onzorgvuldigheid afgeleid, zoals bij *res ipsa loquitur*, maar uit de (aard van de) fout wordt de schade afgeleid.[376] *Res ipsa loquitur* in omgekeerde volgorde dus, ofwel *damnum ipsa loquitur*. Als vaststaat dat een persoon door een ander beledigd is in een perspublicatie, zou uit de aard van die specifieke belediging kunnen volgen dat er immateriële schade is geleden, hoewel die schade wellicht niet direct zichtbaar is. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het lid van een koninklijke familie waarvan gezegd wordt dat deze een buitenechtelijke relatie zou hebben. In zo'n geval zou een

---

vermoeden één van die elementen vermoed wordt. Ook Diederichsen, KF 1966, p. 25, ziet dit vermoeden als iets bijzonders voor het aansprakelijkheidsrecht.

371 HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona).

372 Ook Asser noemt dit een voorbeeld van *res ipsa loquitur*, zie Asser 1998, p. 89. Zie ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211.

373 Zie WPNR 6265 (1997), p. 246, en hiervoor de tekst voor, alsmede noot 350, en inmiddels Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31-32.

374 Ook de schuld is na aanname van dit vermoeden gegeven, zie Giesen, WPNR (6265) 1997, p. 244. Asser 1992, p. 35, suggereert dat alleen het causale verband vaststaat. Die opvatting verdient geen navolging om de hierboven bij behandeling van het Engelse recht genoemde reden.

375 Vergelijk ook Rommé 1989, p. 154-155 en 158.

376 Zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 416, en Barendrecht/Breukers 1995, p. 328, en 330-331, met verdere verwijzingen. Zie ook par. IV.2.2.

vermoeden van schade uitkomst kunnen bieden. Datzelfde is denkbaar bij zwaar lichamelijk letsel. Dat er in zo'n geval ook immateriële schade geleden is, ligt voor de hand.[377] Een dergelijk vermoeden van schade is ook denkbaar ten aanzien van materiële schade. Als een merknaam misbruikt wordt, is de schade voor een onderneming op dat moment wellicht nog niet aantoonbaar, maar mag de rechter er wel van uitgaan dat er schade geleden zal zijn.[378]

Het voorgaande sluit overigens nauw aan bij de algemene regels ten aanzien van het bewijs van schade.[379] Immers, de *mogelijkheid* van het bestaan van schade, hetgeen eigenlijk al aangeeft dat het om een vermoeden gaat,[380] is volgens de Hoge Raad voldoende.[381] Als die mogelijkheid vaststaat, vormt de vaststelling van de hoogte van de schade ook geen probleem meer. Als die hoogte niet nader te bepalen is, hetgeen zich juist in deze gevallen veel zal voordoen, mag deze immers geschat worden (art. 6:97 BW).[382]

6 Conclusie

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat de besproken proces- en bewijsrechtelijke instrumenten van invloed kunnen zijn op de hoeveelheid rechterlijke uitspraken die in een *non liquet* uitmonden. Doordat er met behulp van die instrumenten meer informatie boven water komt, zal zo'n *non liquet* eerder vermeden kunnen worden. Dat betekent dat ook het aantal uitspraken dat op basis van de bewijsrisicoverdeling beslist moet worden, geringer wordt. Op de inhoudelijke *verdeling* van het bewijsrisico in die gevallen waarin het toch tot een *non liquet* komt, zijn de hier besproken instrumenten echter niet van invloed. Daaruit volgt dan tevens dat deze instrumenten niet van directe invloed kunnen zijn op het nog te ontwikkelen model voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[383]

---

377 Vergelijk Greebe 1935, p. 45 e.v., die van een vermoeden van immateriële schade uitgaat dat uit de aard der zaak voortvloeit; Kottenhagen, NTBR 1998, p. 138, die ervan uit gaat dat het bewijs veelal uit ervaringsregels zal volgen, en Lindenbergh 1998, p. 223, die stelt dat de eiser dient te bewijzen dat aan de voorwaarden (art. 6:106 BW) voor toekenning van smartengeld voldaan is, maar daarop laat volgen dat als dat bewijs geleverd is, ervan uitgegaan mag worden dat er immateriële schade geleden is, behoudens bewijs van het tegendeel. Mijns inziens is tegenbewijs voldoende.

378 In deze gevallen is ook het causale verband tussen onrechtmatigheid en schade gegeven. Als het bestaan van schade direct uit de fout voortvloeit, moeten deze immers ook causaal verbonden zijn.

379 Zie daarover verder par. IV. 2.2.

380 Zie vooral HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 (P./Amsterdam), waar het heet dat voldoende is dat feiten vaststaan waaruit in het algemeen kan worden *afgeleid* dat er schade geleden is.

381 Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 (P./Amsterdam); HR 9 juni 1995, NJ 1995, 692 nt. PvS (Finad/Worst); HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meijling); HR 28 mei 1999, NJ 1999, 614 (H./Stichting Gezondheidszorg) (zelfde regel bij immateriële schade); Asser-Hartkamp 4-I, nr. 416. De bewijsmaatstaf in deze gevallen is die van de 'aannemelijkheid.

382 Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 nt. ARB (Amev/Staat). Materiële schade onderscheidt zich dan niet van immateriële schade, zie Greebe 1935, p. 50 e.v.

383 Zie overigens wel nog par. XIV.3.2.7.

De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling[1] - in paragraaf I.1 geformuleerd als de regel dat hij die zich beroept op een (voor hem gunstig) rechtsgevolg, het bewijsrisico draagt ten aanzien van die feiten die vast dienen te staan om dat rechtsgevolg te doen intreden - nader onderzocht worden. Zonder inzicht in de werking van die hoofdregel is het immers niet goed mogelijk de eventuele uitzonderingen daarop te bestuderen. In het navolgende staan de vraag naar de theoretisch fundering[2] van de hoofdregel in het buitenland (par. 2) en in Nederland (par. 3), alsmede de vraag naar de uiteindelijk meest bruikbare formulering van die regel (par. 4), op de voorgrond. In de conclusie zal ik kort ingaan op het gebruik van de hoofdregel in de praktijk (par. 5).

2 De (rechtvaardiging voor de) hoofdregel in het buitenland[3]

2.1 Het (gebrek aan) debat in Engeland

Naar *Engels* recht is de verdeling van het bewijsrisico niet iets waar men erg van gecharmeerd is. De rechter die zijn beslissing op de bewijsrisicoverdeling baseert,

---

1 Men zou ook kunnen betogen dat één partij alle feiten moet bewijzen, zodat er van een verdeling geen sprake is. Dat wordt echter nergens aanvaard, zodat ik daaraan voorbij ga. Zie hierover onder andere J-Cl. Civ. (Veaux), Art. 1315 et 1316, Fasc. 20, no. 4; Grunsky 1970, p. 367; Prütting 1983, p. 251; Grünebaum 1904, p. 6 en13; Kan 1921, p. 98-99; Storme 1962, no. 100 e.v.; Haardt 1951, p. 68; PG Bewijsrecht, p. 85; Thesingh 1961, p. 91, die overigens wel in deze richting gaat (waartegen Storme 1962, no. 175), en Hamaker, Verspreide Geschriften V 1912, p. 1-6, die uiteindelijk de verdeling verklaart uit het wezen van het proces dat toch in de kern een *debat* is, terwijl bij een debat partijen beurtelings argumenten aanvoeren, zie p. 33. In die zin ook Wach 1901, p. 22, en Arens, ZZP 1983, p. 1, die de verdeling van het bewijsrisico stoelen op het contradictoire karakter van het civiele proces. Zie over het proces als debat ook Asser, Oratie 1992, *passim*.

2 Ik ga in het navolgende niet in op die theorieën die het bewijsrisico op *beide* partijen leggen (zie Moltzer, RM 1903, p. 518 e.v.; Legeais 1955, en Villegas-Lopez 1951), daar die theorieën geen antwoord geven op de vraag wie de procedure verliest of wint als beide partijen, ook gezamenlijk, dat bewijs niet kunnen leveren. In de richting van een bewijsplicht voor beide partijen gaat ook de uitleg door de Hoge Raad (zie HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 nt. HJS (De Ruijterij/MBO)) van art. 705 lid 2 Rv, nu daarbij beide partijen gegevens naar voren moeten brengen en onderbouwen. Uiteindelijk lijkt echter toch degene die opheffing van het beslag vordert, het bewijsrisico te dragen.

3 Ik zal in dit hoofdstuk niet trachten tot een volledige inventarisatie van de theorievorming te komen. Dat zou een boek op zich vergen. Zie hierover onder andere Storme 1962, no. 90 e.v. en 107 e.v.

wordt geacht zijn werk niet goed gedaan te hebben. Illustratief is de uitspraak van Peter Pain J. in *Clark* v. *MacLennan*:[4]

> 'It may seem that to base one's judgement on the burden of proof is the last resort of a judge who cannot make up his mind.'

Dat verklaart wellicht de nogal geringe aandacht in Engeland voor de regels van bewijsrisicoverdeling in het algemeen, en de theoretische aspecten daarvan in het bijzonder.[5] Toch moet men ook in Engeland erkennen dat de regels van bewijsrisicoverdeling onmisbaar zijn.[6]

Tot diepgaande beschouwingen over hoe de verdeling van het bewijsrisico geregeld zou moeten zijn, heeft dat echter niet geleid. Men gaat er zonder uitzondering van uit dat het bewijsrisico[7] in eerste instantie op de eiser rust[8] en dat degene die stelt, zal moeten bewijzen.[9] Welke feiten een partij moet stellen en derhalve bewijzen, volgt dan uit het materiële recht op dat punt.[10] In de regel volgt daaruit dat degene voor wie een feit essentieel is, gezien het materiële recht, het bewijsrisico draagt.[11] In de woorden van Walsh:[12]

> 'In my opinion [the legal burden of proof] lies on a plaintiff, if the fact alleged (whether affimative or negative in form) is an essential element in his cause of action, e.g., if its existence is a condition precedent to his right to maintain the

---

4 *Clark* v. *MacLennan* [1983] 1 All ER 416, op p. 425. Zie ook Heydon/Ockelton 1996, p. 15; *Morris* v. *London Iron and Steel Co Ltd* [1987] 2 All ER 496, op p. 501, en Lord Brandon in *Rhesa Shipping Co SA* v. *Edmunds (The Popi M)* [1985] 2 All ER 712, op p. 718: 'No judge likes to decide cases on burden of proof if he can legitimately avoid having to do so.'

5 Vergelijk Verburgh 1970, p. 5, noot 4; Von Bar 1999, Rdn. 485, noot 3. Andere verklaringen zijn de verminderde noodzaak tot beslissen op basis van het bewijsrisico, nu door middel van de 'disclosure'-procedure veel feitelijk materiaal boven tafel komt, zie hierover nader par. II.2.4, en het gegeven dat de rechter in het kader van zijn bewijswaardering op basis van de 'balance of probabilities' beslist, hetgeen een lichte maatstaf is, zie par. II.4.3. Zie ook Stoll, AcP 1976, p. 179, en Murphy 1997, p. 91.

6 Expliciet in die zin *Rhesa Shipping Co SA* v. *Edmunds (The Popi M)* [1985] 2 All ER 712, op p. 718; *Morris* v. *London Iron and Steel Co Ltd* [1987] 2 All ER 496, op p. 501-502; McCormick 1992, p. 569; Heydon/Ockelton 1996, p. 15, en Murphy 1997, p. 91.Vergelijk ook nog Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 271.

7 Het gaat hier over de 'legal' ofwel de 'persuasive burden', in Nederlands: het bewijsrisico. Ook het Engelse recht kent wat ik eerder (par. I.3) de bewijsvoeringslast noemde ('evidential burden').

8 Kiralfy 1987, p. 1; Keane 1996, p. 70 en 77; Cross & Tapper 1995, p. 133: '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.'. In die zin reeds Thayer 1898, p. 369.

9 Zie bijvoorbeeld *Re H and others (minors) (sexual abuse: standard of proof)* [1996] 1 All ER 1, op p. 16; Heydon/Ockelton 1996, p. 16; Keane 1996, p. 77; Eggleston 1978, p. 89.

10 Murphy 1997, p. 92 en 96; Keane 1996, p. 67, 69 en 78; Cross & Tapper 1995, p. 121 en 134; Phipson 1990, 4-05 en 4-06; Stone, LQR 1944, p. 274. Men hanteert derhalve de nog te bespreken objectiefrechtelijke theorie, zie Storme 1962, no. 178, en Asser 1992, p. 65.

11 Murphy 1997, p. 95-96; Keane 1996, p. 77; Phipson 1990, 4-05; Stone, LQR 1944, p. 280.

12 Zie *Currie* v. *Dempsey* [1967] 2 N.S.W.R. 532, op p. 539. Vergelijk ook *Brady* v. *Group Lotus Cars Cos plc* [1987] 3 All ER 1050, op p. 1058.

> action. The onus is on the defendant, if the allegation is not a denial of an essential ingredient in the cause of action, but is one which, if established, will constitute a good defence, that is an "avoidance" of the claim which, prima facie, the plaintiff has.'

Deze bewijsrisico-regel steunt met name op de overweging dat het altijd zo geweest is en dat deze 'good sense' maakt.[13] De eiser zal immers zijn claim moeten rechtvaardigen.[14] Zulks wordt zelfs wel gezien als een axioma.[15] Pleidooien voor, of aanvaarding van, een omkering van het bewijsrisico zijn dan ook zeldzaam,[16] al bestaan daarop uitzonderingen.[17]

Op theoretisch vlak kan het Engelse recht ons derhalve niet veel verder helpen, want welke feiten, op basis van het materiële recht, voor welke partij essentieel zijn, heeft men in Engeland nog niet in een algemene formule weten te vatten.[18] We zullen echter nog zien dat de argumenten zoals die in Engeland gebruikt worden, ook elders naar voren komen.

2.2 *In Frankrijk is theorievorming in ruimere mate aanwezig*[19]

Het *Franse* recht, althans de Franse literatuur, besteedt meer aandacht aan de theorievorming omtrent de bewijsrisicoverdeling. Het algemene uitgangspunt is

---

13 Zie bijvoorbeeld Thayer, Harvard Law Review 1890, p. 59; Thayer 1898, p. 376; Keane 1996, p. 70, alsmede *Joseph Constantine Steanship Line, Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165, op p. 179: 'It (de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, IG) is an ancient rule founded on considerations of good sense, and it should not be departed from without strong reasons.'

14 Heydon/Ockelton 1996, p. 16; Cross & Tapper 1995, p. 133; Phipson 1990, 4-02; Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 277. Men moet in staat zijn de beschuldiging te onderbouwen, aldus Kiralfy 1987, p. 1, en Redmayne, MLR 1999, p. 173, die ook nog op het 'deterrence'-effect (kansloze zaken worden niet ingesteld) wijzen.

15 Zie bijvoorbeeld *Dickinson* v. *Minister of pensions* [1952] 2 All ER 1031, op p. 1033-1034, en *Hotson* v. *East Berkshire Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 919. In die zin ook *Fowler* v. *Lanning* [1959] 1 All ER 290, op p. 297.

16 Zie Fleming 1998, p. 353. Symptomatisch is in deze de 'rise and fall' van de regel uit *McGhee* v. *National Coal board* [1972] 3 All ER 1008. Werd aldaar een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband aanvaard, in *Wilsher* v. *Essex Area Health Authority* [1988] 1 All ER 871, werd die bewijsrisico-omkering weer verworpen. Zie hierover Giesen 1999, p. 120-121. De mogelijkheid van een bewijsrisico-omkering werd ook overwogen, doch afgewezen, in het Pearson-Report 1978, no. 918 e.v. en no. 1069 e.v.

17 Zie Buckley 1993, 20.16, die ten aanzien van de verkeersaansprakelijkheid wel voor een bewijsrisico-omkering pleit. Na een strafrechtelijke veroordeling wordt er in een eventuele civiele procedure op basis van 'negligence' wel een bewijsrisico-omkering aanvaard, zie sec. 11 Civil Evidence Act 1968 en daarover *Wauchope* v. *Mordecai* [1970] 1 All ER 417.

18 Vergelijk Thayer, Harvard Law Review 1890, p. 58-59, en Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 275-276, die zulks tot een moeilijke vraag bestempelen. Dit is overigens geen 'flaw' die louter het Engelse recht betreft, ook in andere stelsels komt deze moeilijkheid terug, zie hierna. Vergelijk ook nog Murphy 1997, p. 96, die als criterium naar de bewijsmogelijkheden verwijst, en Heydon/Ockelton 1996, p. 17, die op de rol van negatieve feiten wijzen.

19 Zie over de theorievorming in Frankrijk vooral Rép. proc. civ. (Goubeaux/Bihr), Preuve, no. 105-132; Devèze 1980, no. 403-455, en Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 646-647.

ook in Frankrijk nog steeds de hoofdregel zoals hierboven verwoord en zoals neergelegd in art. 1315 Cc en art. 9 NCPC. Net als in Engeland[20] grijpt men daarbij terug op het Romeinsrechtelijke[21] adagium *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor.*[22] Vrij vertaald: op de eiser rust het bewijsrisico; degene die zich op een exceptie beroept, wordt dienaangaande eiser.

Als grondslag voor deze regel wordt niet alleen aangevoerd dat deze 'bon sens' maakt, logisch is, en universeel erkend wordt, maar ook dat deze regel bewerkstelligt dat de gedaagde profiteert van het feit dat de schijn ('apparence') van wat rechtens is, tot bewijs van het tegendeel in het voordeel van de bestaande, normale situatie spreekt.[23] Het bewijsrisico rust dus op die partij die zich beroept op een feit dat juridische gevolgen heeft die tegen de bestaande situatie (de status quo) ingaan.[24]

Daarbij erkent men dat hiermee het definitieve antwoord nog niet gegeven is. Ter nadere bepaling van de uiteindelijke verdeling van het bewijsrisico in een concreet geval, waarvoor de interpretatie van het materiële recht beslissend is,[25] is van belang dat de eiser al die feiten dient te bewijzen die voorwaarde zijn voor het ontstaan van het recht waarop hij zich beroept.[26] Het is dan aan de gedaagde die feiten te bewijzen die het ontstaan van dat recht tegengaan, die dat recht 'verlammen'.[27]

Niet iedereen volgt echter dit uitgangspunt. Bartin bijvoorbeeld zag een en ander toch iets anders. In zijn bewerking van het boek van Aubry en Rau verwijt hij hen dat zij een 'preuve totale' verlangen, dat zij miskennen dat juridisch bewijs

---

20 Zie vooral *Joseph Constantine Steanship Line, Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165, op p. 179.

21 Zie hierover onder andere Schwab, FS Bruns 1978, p. 516-519 en Gautschi 1913, p. 1-4. Het adagium zoals hier weergegeven staat als zodanig overigens niet in de Digesten. Het is mijns inziens een combinatie van Dig. 22, 3, 2 Paulus en Dig. 22, 3, 19 Ulpianus.

22 Zie bijvoorbeeld J-Cl. Civ. (Veaux), Art. 1315 et 1316, Fasc. 20, no. 3; Ghestin/Goubeaux/Fabre/Magnan 1994, no. 644; Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989, no. 376; Devèze 1980, no. 385; Aubry et Rau (Esmein) 1958, 72-73; Chevalier 1958-1959, p. 186-187; Planiol/Ripert/Radouant/Gabolde 1954, no.1418; Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1158 en 1160; Aubry et Rau (Bartin) 1922, p. 81, en Bonnier/Larnaude 1888, p. 21 e.v.

23 Zie hierover Bonnier/Larnaude 1888. p. 21-22; Aubry et Rau (Bartin) 1922, p. 81, note 13 en p. 83, note 19; Capitant 1927, p. 380-381; Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1159; Legeais 1955, p. 100 e.v.; Chevalier 1958-1959, p. 189; Boulanger, RTD Civ. 1966, p. 737; Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989, no. 376. Het gaat bij de 'apparence' om een waarschijnlijkheidsoordeel. Daarop kom ik zo nog terug.

24 Zie Ponsard, Travaux H. Capitant 1987, p. 682; Devèze 1980, no. 389 e.v., met name no. 395; Chevalier 1958-1959, p. 196-197; Capitant 1927, p. 380-381; Thévenet 1921, p. 7; Baudry-Lacantinerie/Barde 1908, no. 2060; Bonnier/Larnaude 1888, p. 21 en 28, en Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1160. Zie ook Devèze 1980, no. 402, die aangeeft dat de gedachte van de status quo geen onderscheidend vermogen heeft, alsmede in dat kader het Duitse recht in par. 2.3.

25 Devèze 1980, no. 403; Motulsky 1948, no. 121.

26 Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1163; Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 285.

27 Zie Aubry et Rau (Bartin) 1922, p. 81, note 13, en p. 84-88. Dat geldt voor zover er niet enkel sprake is van een betwisting. Zie ook Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1163; Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 285.

altijd om een bepaalde mate van waarschijnlijkheid gaat, en dat ze eraan voorbij gaan dat er uitzonderingen bestaan op de door hen geformuleerde regel.[28] Bovendien is volgens Bartin niet aan te geven wanneer het bestaan van een feit een obstakel voor het ontstaan van een recht vormt of wanneer de afwezigheid ervan een voorwaarde voor het ontstaan van dat recht is.[29]

Bartin stelt verder dat elke theorie met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling tot mislukken gedoemd is, want de bewijsrisicoverdeling is voor een groot deel afhankelijk van de aard van de feiten die bewezen dienen te worden. In plaats van één criterium te zoeken, zou er op basis van de in de praktijk gevonden oplossingen gekomen moeten worden tot classificatie van 'les différentes sortes de litiges' waarin dezelfde redenering gebruikt wordt. Er zouden dan 'familles naturelles de litiges' ontstaan waarop men zou kunnen terugvallen bij het zoeken naar oplossingen.[30]

De denkbeelden van Bartin vonden wel weerklank, maar gevolgd is hij uiteindelijk niet.[31] Gevolg van zijn opvatting is wel geweest dat de *waarschijnlijkheid* van een stelling van een partij een belangrijke plaats ging innemen bij de vraag naar de bewijsrisicoverdeling.[32] Die ontwikkeling is naar mijn mening niet gunstig geweest voor de verdere theorievorming in Frankrijk, zoals we in paragraaf XIII.3.2 nog zullen zien, want de waarschijnlijkheid van een stelling is typisch een gegeven dat bij de *bewijswaardering* zijn plek vindt en dat weinig kan bijdragen aan een algemene regeling, gebaseerd op abstracte normen, over hoe *het bewijsrisico* verdeeld zou moeten worden.[33] De waarschijnlijkheid dat een bepaald feit zich voordeed, is immers afhankelijk van de concrete situatie in het voorliggende geval en kan niet tevoren in abstracto bepaald zijn, terwijl de beoordeling van die concrete situatie tot de bewijswaardering door de rechter behoort.[34]

---

28 Zie Aubry et Rau (Bartin) 1922, p. 84-85, note 19 *bis*. Zie over de opvatting van Aubry et Rau en de kritiek van Bartin ook Devèze 1980, no. 421 e.v.

29 Aubry et Rau (Bartin) 1922, p. 86, note 19 *quinquies* (met name op p. 88); Planiol/Ripert/Radouant/Gabolde 1954, no.1420; Devèze, noot onder Civ. 1re, 28 mars 1981, D. 1983, Jur. 289, op p. 292, schrijft dat deze vraag 'extrêmement délicate' is. Zie ook par. 2.3.

30 Zie Aubry et Rau (Bartin) 1922, note 20 *bis*, op p. 90-93.

31 Zie over de opvattingen van Bartin en zijn 'volgelingen', Devèze 1980, no. 455 e.v., die dit de empirische methode noemt, in navolging van Chevalier 1958-1959, p. 245 e.v.

32 Zie daarover Fisselier 1979, no. 429; Devèze 1980, no. 390 en 407 e.v., en Motulsky 1948, no. 124 e.v., allen met verwijzingen naar literatuur waarin zulks naar voren komt, zoals bijvoorbeeld Thévenet 1921, p. 87 e.v. en p. 278 e.v.; Villegas-Lopez 1951, met name p. 119; Marty/Raynaud 1972, no. 213, en Heydon/Ockelton 1996, p. 19. In deze zin ook Ammar, RTD Civ. 1993, p. 508 en 533, en Le Bars 1997, no. 371 en 376 (ten aanzien van de stelplicht) en no. 380, die in no. 381 echter ruimte laat voor afwijkingen op basis van de 'bewijsmogelijkheden' en rechtspolitieke beslissingen.

33 Bovendien is niet bij voorbaat gegeven dat het een waarschijnlijker is dan het andere, zie Devèze 1980, no. 390 en 407.

34 Ik kan dat hier nog niet uitwerken, zie nader par. XIII.3.2. Zie voor nu reeds Chevalier 1958-1959, p. 235; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 645 en 647; Devèze 1980, no. 340, 390, 410 en 447; Storme 1962, no. 163, en Motulsky 1948, no. 123 en 127 e.v., alsmede Maassen 1975,

Esmein, die de bewerking van het boek van Aubry en Rau overnam van Bartin, ging een andere weg. Aansluitend bij de hoofdregel zoals eerder beschreven, meent hij dat de 'bewijslastverdeling' uiteindelijk berust op vermoedens die steunen op ervaringsregels en op de wil een bepaalde partij ten aanzien van het bewijsrisico te bevoordelen.[35] De grondslag voor een eventuele bevoordeling zou dan liggen in de mogelijkheden voor partijen om bewijs te verzamelen en de onmogelijkheid voor partijen om het gevraagde bewijs te leveren.[36] Het gaat Esmein derhalve om de 'aptitude à la preuve'.

Op deze gedachte is voortgebouwd door anderen,[37] maar houdbaar is ze mijns inziens niet.[38] De bewijsmogelijkheden van de partijen in een procedure zijn immers afhankelijk van de concrete situatie en derhalve (opnieuw) van de waardering daarvan door de rechter. Dat gegeven speelt dan bij de vraag naar de bewijsrisicoverdeling geen rol meer. Bovendien, bij de ene vordering uit onrechtmatige daad zal de eiser betere bewijsmogelijkheden hebben dan bij de andere. Een vaste en algemene regel kan dus niet uit dit criterium voortvloeien.[39]

Esmein lijkt zich overigens niet te beperken tot hetgeen hiervoor gesteld werd. Hij noemt de theorie van Rosenberg, die hierna in paragraaf 2.3 aan bod zal komen, namelijk 'satisfaisante en théorie', en ook overigens gaat hij net als het eerder beschreven algemene uitgangspunt in principe uit van een systeem dat nauw aansluit bij het door Rosenberg verdedigde.[40] Wellicht ziet hij de 'aptitude' slechts als een grond voor mogelijke uitzonderingen op het systeem van Rosenberg, maar zulks blijkt niet echt.[41] Ook anderen hebben een systeem lijkend op dat van Rosenberg

---

p. 16-17, 82 en 113; Schwab, FS Bruns 1978, p. 513; Prütting, KF 1989, p. 6 en 9; Rommé 1989, p. 165 e.v.; Grünebaum 1904, p. 147, 155 en 158; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 653 e.v.; Koopman 1996, p. 78.

35 Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 72 e.v., met name p. 77.

36 Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 76-77, note 91. Mijns inziens is Esmein's gedachte correct voor zover het over de bewijsvoeringslast gaat, maar niet ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling, zie nader par. XIV.3.5.

37 Zie daarover Devèze 1980, no. 414, met verwijzingen naar aanhangers van deze leer waaronder Legeais 1955, p. 246 (al wil Legeais vooral het aantal bewijsrisico-beslissingen terugbrengen, zie p. 183 en 201), alsmede Le Bars 1997, no. 384 e.v.

38 Zie ook Storme 1962, no. 164 en 207; Devèze 1980, no. 418; Chevalier 1958-1959, p. 238-240; Motulsky 1948, no. 125, en Fisselier 1979, no. 433. Deze gedachte heeft wel iets van de Nederland bepleite billijkheidsleer. De daartegen aan te voeren bezwaren, zie par. 3.2 en 3.3, gelden mijns inziens ook hier.

39 Zie par. XIII.3.2. Dit veronderstelt dat zo'n algemene regel nodig is, hetgeen naar mijn mening inderdaad het geval is, zie ook Storme 1962, no. 11; noot 101; par. 3.3; de tekst bij noot 172, en par. XIII.7. Een bewijsrisicoregel maakt mogelijk dat de rechter een uitspraak kan doen in een geschil als overigens onduidelijk is of een bepaalde rechtsnorm toegepast kan worden. Het betreft derhalve regels die rechtsbetrekkingen normeren en dus rechtsregels, zie Wach 1901, p. 12 en 39.

40 Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 76, in note 91, en p. 81.

41 In die zin wellicht wel Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 647 *in fine*, en Le Bars 1997, no. 381, die, hoewel hij de waarschijnlijkheid als criterium hanteert, nauw aansluit bij het gedachtegoed van Motulsky, en als uitzondering daarop de 'aptitude' laat meewegen.

verdedigd, al dan niet met kleine afwijkingen.[42] Daarbij dienen vooral de namen van Motulsky[43] en Chevalier[44] genoemd te worden.[45]

2.3 *Het Walhalla van de theorievorming: Duitsland*

Waar elders misschien te weinig aan theorievorming gedaan wordt, gebeurt dat in Duitsland wellicht te veel. Daarom kan hier niet elke nieuwe of verfijnde theorie aan bod komen. Ik beperk me hier tot de hoogtepunten uit de rijke literatuur.[46]

De belangrijkste ontwikkeling in Duitsland komt op naam van Rosenberg. In zijn proefschrift, later diverse malen herdrukt,[47] pleitte hij voor een stelsel van bewijsrisicoverdeling naar de 'Normentheorie', welke in Nederlandse termen geduid zou worden als de objectiefrechtelijke theorie. Het principe van die theorie luidt:[48]

> 'diejenige Partei, deren Prozeßbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Beweislast dafür, daß die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind, oder - kurz gesagt - trägt die Beweislast für die Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes.'

---

42 Zie bijvoorbeeld Boulanger, RTD Civ. 1966, p. 736 e.v., en Lagarde 1994, no. 139 e.v. In no. 157 stelt Lagarde dat het bewijsrisico rust op degene die belang heeft bij de stelling, hetgeen gebaseerd is op de gedachte dat als het bewijs van een stelling niet slaagt, zulks een vermoeden van het bestaan van het tegendeel oplevert (in die zin ook al Thesingh 1961, p. 77).Voor de vraag voor wie een stelling van belang is, acht hij de structuur en inhoud van de wettelijke regels doorslaggevend.

43 Motulsky 1948, no. 117 e.v. Zijn systeem komt hierop neer dat de eiser de 'éléments générateurs', de feiten die het (subjectieve) recht doen ontstaan, dient te bewijzen, en dat de gedaagde de andere feiten dient te bewijzen. De eiser is verder van het bewijsrisico bevrijd als er zich een uitzondering, een 'dispense legale' voordoet, zoals bij de regel dat de goede trouw verondersteld wordt. Wat een voorwaarde voor het ontstaan van een recht is, is afhankelijk van interpretatie. Voor een samenvatting, zie Devèze 1980, no. 429 e.v. Le Bars 1997, no. 362, lijkt zich voor wat betreft de stelplicht (en daarmee het bewijsrisico, zie no. 380) aan te sluiten bij Motulsky.

44 Chevalier 1958-1959, p. 248 e.v. De regels van bewijsrisicoverdeling zal men volgens deze auteur moeten vinden door het materiële recht te onderzoeken en te interpreteren.

45 De eigen theorie van Devèze over de bewijsrisicoverdeling (zie daarover Devèze 1980, no. 456 e.v.) komt in par. XIV.3.3.3 aan bod. Fisselier 1979, no. 430 e.v., ontwikkelde een theorie die hierop neerkomt dat de bewijsrisicoverdeling berust op dezelfde grondslag als de (materieelrechtelijke) risico-leer, het alternatief voor de aansprakelijkheid gebaseerd op schuld (zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 657 e.v.). Het bewijsrisico is een sanctie voor de eiser zonder dat daaraan een 'faute' van die eiser ten grondslag ligt. Het bewijsrisico heeft derhalve de 'aansprakelijkheid zonder fout' als grondslag. De vraag rijst dan waarom iemand een sanctie dient te dragen als hij geen 'faute' gemaakt heeft. De theorie van het processuele risico geeft daarop als antwoord: de eiser, de initiatiefnemer tot de procedure, zoekt een voordeel (proceswinst). Het is dan normaal dat hij naast dat eventuele profijt (de lusten) ook de eventuele risico's (de lasten), het procesverlies, draagt. Ik ga hier verder aan voorbij omdat deze theorie geen navolging gevonden heeft, waarschijnlijk mede omdat de risico-leer zelf nogal omstreden is.

46 Zie voor recente overzichten Baumgärtel 1996, Rdn. 132-169; Heinrich 1996, p. 57 e.v., en Schlemmer-Schulte 1997, p. 19-21.

47 Ik zal steeds verwijzen naar de laatste (5e) druk uit 1965. Zie voor een samenvatting van de theorie van Rosenberg ook de recensie van de derde druk door Pohle, AcP 1955, p. 174-175; Güldner 1965, p. 6-8; Musielak, ZZP 1987, p. 385-386; Heinrich 1996, p. 57-58, en Storme 1962, no. 129 e.v.

48 Rosenberg 1965, p. 12 en p. 98.

Met andere woorden, iedere partij dient de voorwaarden van de door haar ingeroepen norm te stellen en te bewijzen. Dan beginnen, ook volgens Rosenberg, de problemen echter pas, want dan rijst de vraag welke normen voor welke partij 'gunstig' zijn.[49]

Rosenberg stelt als oplossing voor die problemen het volgende. De rechtsorde is opgebouwd uit regels voor het 'normale' geval en regels die daarop uitzonderingen maken, de zogenaamde positief werkende en negatief werkende voorschriften. Wij kunnen dus diverse soorten normen onderscheiden.[50] Als we van de grondslag van de vordering uitgaan, de 'Grundnorm' (een 'rechtsbegründende' of 'rechtserzeugende Norm'), kan de werking van die norm, ten aanzien waarvan de eiser het bewijsrisico draagt, door een andere norm (een 'Gegennorm') op diverse wijzen uitgesloten zijn. Zo'n tegennorm kan van aanvang af het ontstaan van de werking van de grondnorm verhinderen, zodat het rechtsgevolg in het geheel niet intreedt. Dat is een 'rechtshindernden Norm'. De tegennorm kan ook later 'ingrijpen', zodat het rechtsgevolg wel tot stand komt, maar weer 'vernietigd' wordt. Dat is een 'rechtsvernichtende Norm'. Tot slot kan de tegennorm ook een (vorm)voorschrift zijn waardoor de wederpartij het geldend maken van de vordering uitsluit. Dat is een 'rechtshemmende Norm'. Deze tegennormen, ten aanzien waarvan de gedaagde het bewijsrisico draagt, kunnen weer van hun werking beroofd worden door andere, door de eiser in te roepen tegennormen, en wel op dezelfde drie wijzen, terwijl die laatste tegennormen ook weer tegengewerkt kunnen worden, enzovoort.[51]

De verhouding tussen grondnorm en tegennorm is daarbij in beginsel de volgende. Het 'Tatbestand' van de tegennorm bevat dezelfde elementen ('Merkmale') als de grondnorm en nog één of meer andere, welke de tegenwerking bewerkstelligen. Met andere woorden, de gedaagde zou de door de eiser gestelde feiten kunnen erkennen en toch nog verweer voeren ('ja, maar...').[52] Die 'extra' elementen dient de gedaagde dan te bewijzen. Als het 'Tatbestand' van de tegennorm niet samenvalt met dat van de grondnorm, is er geen sprake van een tegennorm maar louter van een betwisting van het door de eiser gestelde. In dat geval draagt de eiser het bewijsrisico. Hierin schuilt meteen het grote probleem bij de verdeling van het bewijsrisico, want men kan er geregeld over twisten of een stelling van de gedaagde een betwisting of een beroep op een zelfstandige,

49 Rosenberg 1965, p. 98-99.

50 Naast de genoemde tegenstelling bestaan er ook nog enkele voorschriften die een aparte positie innemen, namelijk de suppletoire, accessoire en contradictoire voorschriften, zie daarover Storme 1962, no. 131, en Grünebaum 1904, p. 73 e.v.

51 Rosenberg 1965, p. 99-102, en specifiek ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling, p. 105 e.v.

52 Rosenberg 1965, p. 103-104.

voor hem gunstige norm is.[53] Beslissend hierbij is uiteindelijk de uitleg van het materiële recht.[54]

Het systeem zoals door Rosenberg bepleit en hier rudimentair uiteengezet, vormt nog steeds het uitgangspunt in Duitsland, maar er is wel de nodige kritiek op gekomen. Zo heeft bijvoorbeeld Leipold gewezen op het feit dat Rosenberg niet is uitgegaan van het bestaan van zogenaamde '*Beweislastnormen*'. Daarmee doelt hij op een aantal bijzondere rechtsnormen die als het ware achter de materiële norm verscholen liggen. Deze 'bewijslastnormen' zijn volgens Leipold nodig omdat de materiële rechtsnormen zelf geen antwoord geven op de vraag hoe de rechter dient te beslissen in een situatie waarin *onduidelijk is of een bepaald feit bewezen is*. Als een feit bewezen is, geeft de materiële rechtsnorm aan welk rechtsgevolg zal intreden; als het feit niet bewezen is, geeft de norm aan dat het rechtsgevolg niet zal intreden. Maar wat nu als de derde mogelijkheid, de onduidelijkheid ten aanzien van de vraag of een feit bewezen is, zich voordoet? Men kan dan niet zeggen dat het feit bewezen is, maar ook niet dat het feit niet bewezen is.[55]

De rechter zal in die gevallen toch een beslissing moeten geven. Rechtsweigering is hem niet toegestaan.[56] Als het recht in zo'n geval wil bepalen hoe de beslissing moet luiden, kan die beslissing niet gegrond worden op de materiële norm (die immers over deze derde mogelijkheid niets zegt) en dus moet daarvoor een andere norm[57] bestaan. Met andere woorden, er bestaan speciale 'Beweislastnormen' naast de gewone materiële normen, die bepalen hoe de beslissing van de rechter moet luiden als het al of niet bestaan van een feit onduidelijk is gebleven.[58]

Deze normen doen dat door aan te geven dat de rechter, door middel van een *fictie*, moet uitgaan van het niet-bestaan of van het wel-bestaan van een feit als die derde mogelijkheid zich voordoet.[59] Die normen fingeren dus de uitkomst van een in werkelijkheid niet gelukte bewijswaardering door te bepalen dat de rechter wel of niet van de aanwezigheid van het feit moet uitgaan. De hoofdregel is dan dat de rechter ervan uit dient te gaan dat het feit zich *niet* voorgedaan heeft.[60] Deze

53 Rosenberg 1965, p. 106-107.

54 Rosenberg 1965, p. 108 en 116. Hij spreekt zich daar uit tegen de bewijsrisicoverdeling op basis van de concrete situatie in het proces (zie daarover ook p. 166 e.v.).

55 Leipold 1966, p. 17-30. Zie verder bijvoorbeeld Gmehling 1989, p. 46-54, en Heinrich 1996, p. 31-42. Deze gedachte is in Nederland deels terug te vinden bij Scheltema 1934, p. 58. Voor het Franse recht, Lagarde 1994, no. 133-134.

56 Zie bijvoorbeeld Heinrich 1996, p. 11-14, en Gmehling 1989, p. 40-42.

57 Het betreft hier ook weer een rechtsnorm, aldus Musielak, ZZP 1987, 392 e.v., en Heinrich 1996, p. 42. Anders: Prütting 1983, p. 170.

58 Leipold 1966, p. 17-30, vooral p. 30. Zie ook Schwab, FS Bruns 1978, p. 506 e.v., die over dualisme van normen spreekt, en verder Prütting, KF 1989, p. 8; Heinrich 1996, p. 35, en Musielak, ZZP 1987, p. 386 e.v., die aangeeft dat zulks inmiddels algemeen erkend is (p. 387 en 392).

59 Zie bijvoorbeeld Musielak, ZZP 1987, p. 397.

60 Zie hierover Musielak, ZZP 1987, p. 398; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 32. In deze zin ook Rutten-Ariëns 1972, no. 212, en Chevalier 1958-1959, p. 218 e.v., die over de 'présomption antejudiciaire' spreekt, in navolging van Jeremy Bentham, die overigens meende dat dit vermoeden

'bewijslastnormen' geven derhalve alleen aan welke van de twee mogelijke ficties (wel of niet uitgaan van het bestaan van het feit) gehanteerd moet worden. De uiteindelijke bewijsrisicoverdeling volgt dan uit de toepassing van een van die twee mogelijke ficties op de materiële regel. De concrete beslissing over wie het bewijsrisico draagt, is derhalve toch weer afhankelijk van het materiële recht.[61] Dit kritiekpunt is daarom praktisch gezien van minder belang,[62] zodat ik daar verder aan voorbij ga.

Een tweede punt van kritiek op Rosenberg betreft het volgende. Een aantal auteurs, onder wie opnieuw Leipold, heeft aangevoerd dat de 'rechtshindernden Normen' zich niet (voldoende) onderscheiden van de 'rechtsbegründenden Normen'. Het gaat hierbij alleen om een verschil in formulering. Of bijvoorbeeld de minderjarigheid van een persoon het intreden van een rechtsgevolg verhindert, of dat de meerjarigheid van een persoon het rechtsgevolg juist doet intreden, is voor de materieelrechtelijke uitkomst van het geschil zonder belang. Indien de persoon jonger dan 18 jaar is, treedt het rechtsgevolg niet in; als hij ouder dan 18 jaar is wel. Het resultaat is steeds hetzelfde, want beide stellingen zijn elkaars tegenpool. Het materiële recht kan daardoor eigenlijk niet de bewijsrisicoverdeling bepalen, want het maakt materieelrechtelijk geen verschil of de ene of de andere formulering gebruikt wordt (of het om een grondnorm of een tegennorm gaat). Het verschil tussen beide soorten normen is enkel gelegen in de uit de formulering volgende verdeling van het bewijsrisico, zodat dat verschil de gekozen bewijsrisicoverdeling niet kan verklaren.[63] Leipold erkent overigens wel dat het materiële recht beslissend is ten aanzien van de 'rechtshemmenden' en 'rechtsvernichtenden' normen.[64]

In de literatuur is er voor gepleit om de categorie van de 'rechtshindernden Normen' toch te handhaven, omdat die normen op zich wel te onderscheiden zijn[65] en op basis daarvan toch vaak een beoordeling van de bewijsrisicoverdeling mogelijk is.[66] Als men dat doet, zijn naast deze normen wel *bijzondere* 'Beweislast-

---

in tegenovergestelde zin werkte, zodat men ervan uit zou moeten gaan dat het feit zich wel voorgedaan heeft. Zie over het gedachtegoed van Bentham ook onder andere Villegas-Lopez 1951, p. 73 e.v.

61 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 671; Baumgärtel 1996, Rdn. 142; Heinrich 1996, p. 32.

62 Zie met name Gmehling 1989, p. 54, en Baumgärtel 1996, Rdn. 142, en verder hierover Baumgärtel 1996, Rdn. 133; Musielak, ZZP 1987, p. 392 e.v.; Heinrich 1996, p. 32.

63 Zie hierover uitgebreid Leipold 1966, p. 35-42, eerder al Lepa 1963, p. 56-57, en verder onder andere Leipold 1985, p. 17-19; Baumgärtel 1996, Rdn. 156-157; Pohle, AcP 1955, p. 169; Grunsky 1970, p. 369; Musielak, ZZP 1987, p. 398; Gmehling 1989, p. 61-62; Heinrich 1996, p. 58-59; Grünebaum 1904, p. 21, 71, en 101 e.v.; Lagarde 1994, no. 132.

64 Leipold 1966, p. 37. Zie ook Baumgärtel 1996, Rdn. 155.

65 Zie Storme 1962, no. 135.

66 Baumgärtel 1996, Rdn. 157. Zo ook Leipold 1985, p. 19, en Gmehling 1989, p. 63 en 65.

normen' nodig, want het schema van Rosenberg werkt immers niet altijd.[67] Zulks wordt dan ook geaccepteerd. Het resultaat noemt men wel de '*modifizierte Normentheorie*'.[68]

Dat deze categorie normen nog steeds gebruikt wordt bij de bepaling van de bewijsrisicoverdeling, is begrijpelijk. Het moge zo zijn dat bij deze normen uit de materiële vereisten of voorwaarden niet direct de bewijsrisicoverdeling volgt, maar zulks laat onverlet dat die bewijsrisicoverdeling wel volgt uit de wijze van *formulering* (door de wetgever) van de materiële regel.[69] Immers, de 'rechtshindernden' feiten zijn veelal negatief geformuleerd. Toepassing van de gebruikelijke 'Beweislastnorm', op basis waarvan de rechter ervan uit moet gaat dat het feit in kwestie zich niet heeft voorgedaan, leidt er dan toe dat het *niet* bestaan van zo'n feit *niet* aangenomen mag worden. Derhalve moet het bestaan ervan aangenomen worden. Daardoor komt een eventueel *non liquet* ten laste van de gedaagde.[70]

Inmiddels is men het er in Duitsland in het algemeen wel over eens dat het voorgaande theoretische model de basis vormt voor de bewijsrisicoverdeling.[71] Het Bundesgerichtshof heeft zich zelfs expliciet aangesloten bij de verdeling van het bewijsrisico op basis van de 'Normentheorie',[72] hoewel men ook erkent dat uitzonderingen daarop mogelijk zijn.[73] Het Bundesverfassungsgericht heeft bovendien geoordeeld dat deze theorie voldoet aan de Duitse Grondwet.[74]

Bij het zoeken naar een rechtvaardiging voor deze hoofdregel wordt in Duitsland veelvuldig een beroep gedaan op het 'Angreifer-prinzip'. Dat wil zeggen

---

67 Leipold 1966, p. 43; Prütting, KF 1989, p. 8, en Baumgärtel 1996, Rdn. 167. Voor zover een dergelijke bijzondere 'bewijslastnorm' niet uit de wet volgt, zal de rechter daar zelf naar op zoek moeten gaan.

68 Zie onder andere Schwab, FS Bruns 1978, p. 508, die vaststelt dat het onderscheid tussen Leipold en Rosenberg niet groot is, en verder Prütting, KF 1989, p. 8 en 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 672, en Baumgärtel 1996, Rdn. 167. In die gewijzigde normentheorie ligt dan volgens Baumgärtel ook een regeling voor de uitzonderingen (de bewijsrisico-omkeringen) besloten. Daarop zal pas later uitgebreid ingegaan worden, zie hoofdstuk XIV. Een aantal auteurs zijn de andere richting opgegaan en wijzen de 'Normentheorie' geheel af, zie daarover hoofdstuk XIII.

69 In deze zin ook Leipold 1985, p. 19; Pohle, AcP 1955, p. 175, en Musielak, ZZP 1987, p. 399 en 401. Zie hierover ook Heinrich 1996, p. 61. In die formulering ligt de keuze van de wetgever voor een bepaalde bewijsrisicoverdeling besloten.

70 Vergelijk Heinrich 1996, p. 84-85. Ik zal hier niet verder ingaan op de nadere theorievorming over de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, nu zulks er niet toe geleid heeft dat de in het voorgaande beschreven inzichten wezenlijk veranderd zijn. Zie over de toepassing van deze theorie met zijn regel-uitzondering-structuur ook par. 4.

71 Zie in algemene zin, Arens/Lüke 1999, Rdn. 277; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 34-35; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 17; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 105-106; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 38; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, p. 671.

72 Zie BGHZ 53, 245, op p. 250; BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427, met vele verdere verwijzingen; BGH NJW 1991, 1052, op p. 1053. Zo ook het Bundesverfassungsgericht, zie BVerfG NJW 1979, 1925, op p. 1928. Zie hierover ook Weber, KF 1989, p. 41.

73 BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427. Het is nu niet de tijd om daarop in te gaan, zie hoofdstuk XIV en Heinrich 1996, p. 81.

74 Zie BVerfG NJW 1979, 1925; Heinrich 1996, p. 83, en uitvoerig hierover Schlemmer-Schulte 1997.

dat volgens de hoofdregel het bewijsrisico in eerste instantie bij de eiser[75] ligt, omdat deze de 'Angreifer' is. De eiser is degene die een verandering van de bestaande toestand nastreeft. Het is dan ook aan de eiser om waar te maken dat zulks terecht is.[76] Men zou dit kunnen zien als een uitvloeisel van de wens frauduleuze claims tegen te gaan.[77] Men zou ook kunnen zeggen dat de status quo in beginsel het voordeel van de twijfel geniet.[78]

Tegenwoordig wordt echter ook erkend dat dit principe geen zelfstandig dragende grond kan zijn voor de bewijsrisicoverdeling. Immers, als men die gedachte consequent zou doortrekken, zou de 'Angreifer' op alle punten, ook ten aanzien van eventuele verweren, het bewijsrisico moeten dragen, waardoor een verdeling van het bewijsrisico helemaal niet meer zou bestaan. Op die manier zou de status quo immers het beste 'beschermd' zijn.[79]

Kan derhalve het 'Angreifer-prinzip' wel het bewijsrisico van de eiser met betrekking tot de eerder beschreven 'Grundnormen' verklaren, voor de verdeling van het bewijsrisico in verband met de 'Gegennormen' kan daarop geen beroep gedaan worden. Dat de gedaagde zijn verweren moet aantonen, dient een andere rechtvaardiging te hebben. Die rechtvaardiging wordt in Duitsland hierin gezocht, en mijns inziens is dat juist, dat een verdeling van het bewijsrisico vereist wordt door de (verdelende[80]) rechtvaardigheid, omdat bij een andere verdeling van het bewijsrisico *het verwezenlijken van zijn rechten voor de eiser ontoelaatbaar verzwaard* zou worden.[81] Als het bewijsrisico niet ten dele op de gedaagde zou

---

75 Ik ga hier en in het navolgende uit van de positie van de eiser, maar hetgeen hier vermeld is, geldt ook voor het geval dat de gedaagde verweer voert, want op dat moment is die gedaagde de 'Angreifer' geworden. Hetgeen hier vermeld is, geldt ook in geval er tevens een reconventionele vordering is ingesteld. De gedaagde in conventie is eiser in reconventie en in die laatste hoedanigheid is hij de 'Angreifer'. Voor alle duidelijkheid, als een feit zowel in conventie en reconventie van belang is, omdat beide het tegendeel beweren, rust op beide partijen te dien aanzien het bewijsrisico. Beide hebben immers dat feit 'nodig' voor een geslaagde vordering. Slaagt één partij in dat bewijs, dan zal op die basis beslist worden, en de vordering van de ander afgewezen worden. Slaagt geen der partijen in het bewijs, dan zullen beide vorderingen afgewezen moeten worden. Voor beide partijen treedt dan het bewijsrisico in werking. Zie Asser 1998, p. 130; Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289 (note Devèze); Devèze 1980, no. 389, en Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 275.

76 Zie onder andere Heinrich 1996, p. 72; Baumgärtel 1996, Rdn. 164; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 487 e.v.; Prütting 1983, p. 250 e.v., met name p. 263-264; Prütting, KF 1989, p. 11; Chevalier 1958-1959, p. 195 en 198, en Wach 1901, p. 40. Lepa 1963, p. 70 e.v., schaart het 'Angreifer-prinzip' onder de noemer rechtvaardigheid en wijst daarnaast op de afschrikkende werking (om een proces te starten) van de bewijsrisicoverdeling.

77 Vergelijk Chevalier 1958-1959, p. 198; Heydon/Ockelton 1996, p. 16, en Devèze 1980, no. 395.

78 Zie Baumgärtel 1996, Rdn. 164 en Heinrich 1996, p. 81. Vergelijk ook het Franse recht in par. 2.2, alsmede het Engelse recht in par. 2.1.

79 Zie Prütting 1983, p. 251; Devèze 1980, no. 402; Rechberger, FS Baumgärtel 1990, p. 488; Heinrich 1996, p. 92, en Baumgärtel 1996, Rdn. 164, alsmede hiervoor noot 1.

80 Zie Rabel, Verz. Geschr. 1965, p. 382, en Wach 1901, p. 39.

81 Zie BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427: Lepa 1963, p. 75 en 87; Rosenberg 1965, p. 91; Leipold 1966, p. 50; Musielak 1975, p. 356; Reinecke 1976, p. 36; Prütting 1983, p. 264; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 34. Vergelijk ook Scheltema 1934, p. 46; Rutten-Ariëns 1972, no. 213 en 214, en Grünebaum 1904, p. 12-13, die op p. 63-65, aangeeft dat de rechtvaardiging voor het belasten

rusten, zou de eiser zoveel feiten moeten bewijzen dat de effectuering van zijn materiële rechten feitelijk gezien veelal zo goed als onmogelijk zou zijn. De rechtvaardiging om de gedaagde ook met een deel van het bewijsrisico op te zadelen, blijkt dus een 'reflex' te zijn van de wens om het bewijsrisico van de eiser in te perken.[82]

Daarnaast wordt er nog op gewezen dat een verdeling van het bewijsrisico over eiser én gedaagde uit het contradictoire karakter van het civiele proces volgt.[83] Het proces is een debat waarbij beide partijen over en weer argumenten aanvoeren. Een verdeling van het bewijsrisico over beide partijen past daar goed bij. De procesvoering zou qua efficiëntie bovendien sterk belemmerd worden als de eiser steeds ten aanzien van elk mogelijk verweer van de gedaagde feiten zou moeten stellen en bewijzen, hoewel de gedaagde dat verweer uit zichzelf wellicht helemaal niet gevoerd zou hebben.

3 De (rechtvaardiging voor de) hoofdregel in Nederland

3.1 Stammenstrijd

In Nederland heeft het wetenschappelijke debat over de bewijsrisicoverdeling zich de laatste eeuw vrijwel[84] alleen bezig gehouden met de strijd over de vraag of de *objectiefrechtelijke theorie* of de *billijkheidsleer* de heersende zou (moeten) zijn.[85] Hoewel die strijd mijns inziens grotendeels ten onrechte is gevoerd (par. 3.2), kan ik er niet omheen daaraan een enkel woord te wijden.[86]

---

van de gedaagde met een deel van het bewijsrisico hierin schuilt dat ook deze zich op een rechtsvoorschrift beroept. Vergelijk ook Heinrich 1996, p. 81.

82 Zie Lepa 1963, p. 89.

83 Wach 1901, p. 22; Arens, ZZP 1983, p. 1; Prütting 1983, p. 264. Vergelijk ook Hamaker, Verspreide Geschriften V 1912, p. 33.

84 Een uitzondering vormt wellicht Thesingh, die in zijn proefschrift (Thesingh 1961, met name p. 75 en p. 132) een eigen opvatting verdedigd. De bewijsrisicoverdeling zou voortvloeien uit de logica. De denkbeelden van Thesingh hebben in Nederland zeer weinig tot geen invloed gehad, zodat ik aan zijn opvatting verder voorbij ga. Zie verder de kritiek bij Storme 1962 , no. 171 e.v.

85 Andere theorieën dan deze twee hebben inmiddels geen waarde meer, zie Verburgh 1970, p. 7, en Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 692. Beide theorieën over de 'bewijslastverdeling' maken over het algemeen geen onderscheid tussen bewijsrisico en bewijsvoeringslast. In het navolgende beoordeel ik beiden op hun waarde voor de bewijsrisicoverdeling, vergelijk ook noot 163.

86 Ik zal hier geen volledig overzicht geven van deze theorieënstrijd en alle aangebrachte nuances, maar me baseren op de monografie van Asser (Asser 1992, p. 39-52), waar tevens verdere verwijzingen te vinden zijn. De literatuur wordt hier niet systematisch behandeld. Post 1893, Dijkstra 1918, Kan 1921, Eggens (Land-Eggens 1933), Pitlo 1950, Haardt 1951, Asser-Anema-Verdam 1953, Star Busmann 1955, Rutten-Ariëns 1972, Verpaalen, WPNR 5205 (1973), Schoordijk, WPNR 5937 (1989), en Princen 1990 zijn aanhangers van de billijkheidsleer. Grünebaum 1904, Suijling 1928, Scheltema 1934, Meijers, VPO II 1955, Storme 1962, Verburgh 1970, Gras, WPNR 6062 (1992), Asser 1992, Koopman 1996, Leenders 1997, Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, en Dijksterhuis-Wieten 1998 zijn aanhangers van de objectiefrechtelijke leer. Van Boneval Faure 1896

De objectiefrechtelijk theorie houdt kort gezegd in dat het objectieve, materiële recht aangeeft welke feiten voldoende zijn om een door een partij beoogd rechtsgevolg te doen intreden. Ten aanzien van de feiten die een toewijzing bij verstek rechtvaardigen, rust op de eiser de stelplicht en indien die feiten betwist worden, het bewijsrisico. De gedaagde draagt, analoog daaraan, de stelplicht voor die feiten die nodig zijn voor het rechtsgevolg waarop hij zich beroept.[87] Deze leer sluit dus nauw aan bij hetgeen Rosenberg verdedigde, met dien verstande dat de scherpe indeling in typen 'Gegennormen' in Nederland niet doorgevoerd is.[88]

De voordelen van deze theorie zijn gelegen in de grotere voorspelbaarheid en controleerbaarheid van de uitkomsten en in het feit dat heel duidelijk het verband tussen het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling gelegd wordt. Als nadeel van deze theorie wordt aangevoerd dat het objectieve recht niet statisch is, maar voortdurend in ontwikkeling. Omdat de materiële regel nog onbekend is, is de bewijsrisicoverdeling niet altijd van tevoren gegeven.[89]

De billijkheidsleer stelt dat de bewijsrisicoverdeling bepaald wordt door het beginsel van de gelijkheid van partijen voor de rechter. Het procesrecht vormt de basis voor de bewijsrisicoverdeling. Vaste regels van bewijsrisicoverdeling bestaan niet; de bewijsrisicoverdeling is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dat processuele gelijkheidsbeginsel leidt wel tot een aantal ervaringsregels, zoals het al eerder genoemde '*actori incumbit probatio*', de regel dat negatieve feiten niet bewezen hoeven te worden,[90] en de regel dat het bewijsrisico rust bij

---

is moeilijk te plaatsen. Hij spreekt over een redelijke verdeling (op p. 24), terwijl hij zich verder baseert op hetgeen het objectieve recht bepaalt (p. 20 e.v.). Van een heersende leer is in Nederland derhalve geen sprake. Anders: Van Dunné, TMA 1999, p. 149, die meent dat de billijkheidsleer de heersende is.

87 Zie hierover Asser 1992, p. 41-45.

88 Zie Asser 1992, p. 46. Grünebaum 1904, p. 21, 71, en 101 e.v., erkende al het probleem van de 'rechtshindernden Normen' zoals dat hiervoor in par. 2.3 aan bod kwam. Zo ook Thesingh 1961, p. 150-173. Scheltema 1934, p. 59 e.v., ging aan de onderverdeling in diverse soorten normen voorbij (p. 63; deels ook zo Lepa 1963, p. 87) en zocht aansluiting bij het criterium dat de vordering, indien verstek verleend zou zijn, toegewezen zou kunnen worden (p. 61 en 63).

89 Asser 1992, p. 46-47.

90 Welke regel overigens geen geldend recht is (geweest), zie onder andere Goudsmit 1866, p. 273; Diephuis 1885, p. 306; Van Boneval Faure 1896, p. 23-24; Kan 1921, p. 101 e.v.; Völlmar 1952, p. 971; Asser 1998, p. 47; Larguier, RTD Civ. 1953, p. 1 e.v.; Planiol/Ripert/Radouant/Gabolde 1954, no. 1419; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1994, no. 637; J-Cl. Civ. (Veaux), Art. 1315 et 1316, Fasc. 10, no. 62. Zulks is ook af te leiden uit de rechtspraak, zie bijvoorbeeld BGH GRUR 1993, 572, op p. 573; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn), waarin het niet verstrekt zijn van informatie bewezen diende te worden, en de conclusie van A-G Van Oosten voor HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 nt. GJS (X./Van der Graaf). Onjuist in deze: *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 3, p. 5, en nr. 5, p. 12.

de partij die het feit het makkelijkst kan bewijzen.[91] Echter, ook die ervaringsregels mogen niet strikt toegepast worden; het zijn enkel 'algemene vingerwijzingen'.[92]

Als voordeel van deze theorie geldt in de eerste plaats haar souplesse, terwijl ook het benadrukken van de plaats van de bewijsvoering in het processuele debat wordt geroemd.[93] Als nadeel wordt met name op het verlies aan rechtszekerheid gewezen.

3.2 Een verloren strijd voor de billijkheidsleer

Zowel de objectiefrechtelijke theorie als de billijkheidstheorie komen voort uit pogingen een theorie met betrekking tot de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling te ontwikkelen.[94] Althans, zo worden beide theorieën gepresenteerd. Die presentatie is mijns inziens echter niet geheel juist. Het gevolg daarvan is dat de strijd om welke van de twee de heersende leer zou zijn, ten onrechte zo fel gevoerd is.[95] Laat ik dat toelichten.

De billijkheidsleer heeft op het eerste gezicht het voordeel dat deze de 'afwijkingen' van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling verklaart.[96] Die afwijkingen zijn immers uitvloeisels van de billijkheid in concreto. Deze theorie ziet dus ook op gevallen waarin zich afwijkingen van het 'normale geval' voordoen.[97] De objectiefrechtelijke theorie doet dat niet. Uitzonderingen gaan bij

---

91 Zie daarover Asser 1992, p. 47-48; Asser-Anema-Verdam 1953, p. 83. e.v. Ook die laatste regel is geen geldend recht, zie reeds Diephuis 1885, p. 305-306; Asser 1998, p. 47; Eggleston 1978, p. 92 en 100; Kemper 1992, p. 83-84; BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427-2428. De bewijsmogelijkheden zijn alleen van invloed op de eisen die gesteld worden aan de stelplicht, aldus het Bundesgerichtshof in voornoemde uitspraak, alsmede in BGH GRUR 1993, 572, op p. 573. Uit HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 nt. JdB (C./M.) volgt niet het tegendeel. De Hoge Raad houdt daar wel rekening met het feit dat de dochter geen kennis kon hebben van het betwiste feit, maar de bewijsrisicoverdeling steunde in dat geval in eerste instantie op toepassing van de hoofdregel op basis waarvan de moeder haar stelling moest bewijzen. De enkele bewijsnood is overigens nooit een voldoende reden voor een bewijsrisico-omkering, zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), en daarover Giesen, NTBR 1998, p. 91, met verdere vindplaatsen.

92 Asser-Anema-Verdam 1953, p. 83.

93 Asser 1992, p. 49-50.

94 Vergelijk Hamaker, Verspreide Geschriften 1912, p. 6, die overigens niet in een algemene theorie gelooft (p. 17, 19, 20 en 24).

95 Naar huidig recht is elke strijd hierover in principe overbodig omdat de wetgever deze vraag beantwoord heeft ten faveure van de objectiefrechtelijke theorie, zie art. 177 Rv. Bovendien miskent deze methodenstrijd dat het uiteindelijk om de inhoud, om de normatieve gezichtspunten en argumenten gaat, zie nader hoofdstuk XIV.

96 Zie bijvoorbeeld Asser-Anema-Verdam 1953, p. 81.

97 Waarbij dan de vraag is wat het 'normale geval' is. Zo bezien past de billijkheidsleer goed in de door Hamaker, Verspreide Geschriften V 1912, p. 3-4, gesignaleerde trend dat de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling alleen tot moeilijkheden leidt vanwege het streven de eiser te ontlasten. De billijkheidsleer bood de mogelijk om aan strikte toepassing van de wet te ontsnappen in een tijd dat dat nog ongebruikelijk was. Die situatie is inmiddels anders, zodat de billijkheidsleer minder 'nodig' lijkt.

toepassing van die theorie in principe lijnrecht tegen het systeem in.[98] Dat de billijkheidstheorie dit probleem niet kent, is mijns inziens echter een gevolg van het feit dat deze theorie welbeschouwd helemaal geen uitzonderingen kent, omdat elke oplossing in elk denkbaar geval een uitvloeisel van de billijkheid in concreto zal zijn en derhalve geheel in de 'hoofdregel' van die theorie zal passen.[99]

Als wij de billijkheidsleer nader bekijken, blijkt mijns inziens dat die theorie voornamelijk ziet op juist die gevallen waarin van een 'uitzondering' op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling gesproken zou moeten worden.[100] Dat kan ook eigenlijk niet anders, want de billijkheidsleer erkent geen vaste bewijsrisicoregels en derhalve ook geen 'hoofdregel' van bewijsrisicoverdeling. De billijkheidstheorie kan derhalve de 'normale' gevallen, de gevallen die volgens de hoofdregel opgelost zouden moeten worden, niet verklaren. Die 'normale' gevallen zijn weliswaar ook geënt op de billijkheid, maar hoe het bewijsrisico op basis daarvan dan uiteindelijk verdeeld is, blijft onduidelijk. Vaste regels mogen immers niet gegeven worden. Aldus is bij toepassing van de billijkheidsleer de verdeling van het bewijsrisico voor die 'normale' gevallen niet op voorhand in abstracto vastgelegd.[101] Dit leidt naar mijn mening tot de conclusie dat de billijkheidstheorie géén theorie met betrekking tot de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is.[102]

Ter ondersteuning van die opvatting wijs ik nog op het volgende. Bij de oplossing van de voornoemde 'normale' gevallen moet de billijkheidsleer, zo moet men toegeven, een beroep doen op de regels van de objectiefrechtelijke theorie

98 Zie Storme 1962, no. 139. Geheel waar is dit overigens niet. Via de bewijswaardering kan binnen de objectiefrechtelijke theorie steeds rekening worden gehouden met de bijzonderheden van het geval, aldus ook Grünebaum 1904, p. 125-126, 130, en 153 e.v.; Suijling 1928, p. 99-100 en 109-110; Storme 1962, no. 140 e.v.; Thesingh 1961, p. 74; Eggleston 1978, p. 100; PG Bewijsrecht, p. 87; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 655; Koopman 1996, p. 114, en hierna de tekst bij noot 108. Voor een voorbeeld hiervan, zie Rb. Rotterdam 7 januari 1999, NJkort 1999, 24 (RDM/Van Veelen), r.o. 6.4.2 en 6.4.4. Anders: Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 50.

99 Zo ook Princen 1990, p. 13, die daaruit de conclusie trekt dat binnen de billijkheidsleer de bewijsrisico-omkering geen plaats meer heeft.

100 Dat zo'n uitzondering dan wellicht steeds wordt toegepast in dat soort gevallen, doet er niet aan af dat het om een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling gaat.

101 Hetgeen mijns inziens wel zou moeten, nu het (ook) hier om rechtsregels gaat, zie hiervoor noot 39, en par. 3.3. In Duitsland is algemeen erkend dat de bewijsrisicoverdeling in principe dient uit te gaan van een abstracte, bij voorbaat bekende algemene regel, zie bijvoorbeeld Prütting, KF 1989, p. 9; Baumgärtel 1996, Rdn. 169, en Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 47-48. Vergelijk ook nog Völlmar 1952, p. 970, en par. XIII.7.

102 De billijkheidsleer is dan hoogstens een aanvulling op de objectiefrechtelijke theorie, zie ook stelling 8 bij het proefschrift van J. Wiarda (Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam, diss. Amsterdam UvA, 1937). In deze zin eigenlijk ook Haardt 1951, p. 76, die bij de zijns inziens wenselijke formulering van een wettelijke bepaling over de bewijsrisicoverdeling de verdeling zoals die uit de wet volgt, voorop stelt. Zie ook Asser 1992, p. 51, die *als uitgangspunt* de objectiefrechtelijke theorie verkiest. Die bewoordingen duiden erop dat hij ruimte ziet voor de billijkheidsleer als aanvullende notie. In hoeverre de billijkheidsleer wellicht wel een theorie voor de uitzonderingen op die hoofdregel zou kunnen zijn, zal in paragraaf 3.3 behandeld worden.

omdat de billijkheidsleer zelf geen vaste bewijsrisicoregel geeft.[103] De billijkheidstheorie gaat dan als het ware op in de objectiefrechtelijke leer; beide vloeien ineen, ze 'versmelten'.[104] Dit blijkt ook hieruit dat het adagium '*actori incumbit probatio*' één van de ervaringsregels binnen de billijkheidsleer is,[105] terwijl diezelfde regel een leidend beginsel is bij de bewijsrisicoverdeling op basis van het objectieve recht.[106] Ik wijs er in dit verband ook nog op dat regelmatig gezegd wordt dat de oplossingen die beide theorieën bereiken, niet veel zullen verschillen.[107] In het licht van het voorgaande is dat verklaarbaar.

De gedachte dat beide leren in elkaar opgaan, dringt zich nog sterker op als wij in ogenschouw nemen dat de meeste 'ervaringsregels' uit de billijkheidsleer niets anders zijn dan omstandigheden die (alleen) bij de bepaling van de zwaarte van de stelplicht en bij de bewijswaardering gewogen mogen en moeten worden. Daardoor kan ook de objectiefrechtelijke theorie die omstandigheden inpassen.[108] Voor de bewijsrisicoverdeling zijn deze ervaringsregels, die immers betrekking hebben op de bewijswaardering, dan niet meer relevant.[109] Daaruit vloeit dan tevens voort dat de billijkheidsleer eigenlijk weinig zegt over de verdeling van het bewijsrisico.[110] Zo bezien is de billijkheidsleer derhalve meer een leer die op de bewijswaardering en de bewijsvoeringslast gericht is.

---

103 Vergelijk hierover ook Star Busmann 1955, p. 187 e.v., die als richtsnoer in eerste instantie de regels van de objectiefrechtelijke theorie hanteert, en Land-Eggens 1933, p. 41 en p. 55, alwaar deze spreekt over een uitgangspunt dat velerlei aanvulling behoeft. Zie ook Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654.

104 Vergelijk Thesingh 1961, p. 134-137; Storme 1962, no. 177 en 181; Van Dunné, AA 1995, p. 666, en Wiersma, RM Themis 1966, p. 482, die de billijkheid als subsidiaire rechtsbron ziet, hetgeen in overeenstemming is met de rol van de billijkheid in het algemeen in het privaatrecht, zie de artt. 6:2 en 6:248 BW. Zie daarover echter Hesselink 1999, p. 399 e.v.

105 Pitlo 1950, p. 43; Asser-Anema-Verdam 1953, p. 83.

106 Zie par. 2.1 en 2.2, alsmede mijn beschrijving van de objectiefrechtelijke theorie in par. 3.1.

107 Asser 1992, p. 51; Pitlo 1950, p. 43; Haardt 1951, p. 69; Marlet, AA 1958, p. 85;Wiersma, RM Themis 1966, p. 480-481; Rutten-Ariëns 1972, no. 215; Van Weele, AA 1976, p. 483; Storme 1962, no. 177, en recentelijk ook Schoordijk, Eggens-bundel 1998, p. 18.

108 En wel via de verdeling van de *bewijsvoeringslast*. Zie vooral Grünebaum 1904, p. 153 e.v., en verder de literatuur in noot 98 en 134. Een voorbeeld hiervan is mijns inziens HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 770 (K./Eindhoven), al spreekt de Hoge Raad daar niet over de bewijsvoeringslast, maar dat gebeurt nooit. In deze zin ook Snijders in zijn noot onder HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 607 nt. HJS (Maas/Schijndel).

109 Zie par. 2.2; par. XIII.3.2, en par. XIV.3.5. Vergelijk verder Storme 1962 , no. 166, en Scholten, WPNR 2897 (1925), p. 482, die de processuele positie van partijen koppelt aan de bewijswaardering. Anders Star Busmann 1955, p. 193, die de waardering van de feiten uitdrukkelijk noemt als omstandigheid die van invloed is op de bewijsrisicoverdeling, alsmede Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 680 e.v., die de begrippen bewijsrisico en bewijswaardering onvoldoende onderscheidt. Zie nader noot 134.

110 Ook Eggens hanteert in wezen een bewijswaarderingstheorie. Het gaat hem om de houding van partijen en alle overige omstandigheden, welke vermoedens mogelijk, en daarmee verder bewijs overbodig, maken, zie Land-Eggens 1933, p. 53. In dat geval speelt het bewijsrisico echter geen rol meer. Het voorgaande is ook Haardt 1951, p. 73, en Verpaalen, WPNR 5205 (1973), p. 76, tegen te werpen.

Dit alles betekent naar mijn mening dat de billijkheidstheorie, als men die al wil aanvaarden, enkel in een vorm geaccepteerd mag worden waarin deze noodzakelijkerwijs als uitgangspunt de objectiefrechtelijke theorie omhelst,[111] doch daarnaast (veel) ruimte voor afwijking in concreto laat, namelijk daar waar de 'processuele positie' van partijen daartoe aanleiding geeft.[112] Nu dat laatste echter ook grotendeels via de bewijswaardering te verdisconteren is, is de basis voor hantering van de billijkheidsleer erg smal, mijns inziens te smal, geworden.

Het gevolg van de hier verdedigde zienswijze is dat de objectiefrechtelijke theorie, in Nederland recentelijk verdedigd door onder andere Gras en Asser,[113] de *heersende* is als het gaat om de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, omdat ook de billijkheidstheorie die gedachte als uitgangspunt hanteert. De gedachte dat de objectiefrechtelijke theorie de heersende leer is, is mijns inziens ook overigens moeilijk te ontkennen. Niet valt in te zien dat de bewijsrisicoverdeling in normale gevallen[114] niet gebaseerd zou zijn op de regels zoals de objectieve theorie die schetst. Het is een eis van rechtvaardigheid,[115] en wat mij betreft van billijkheid, dat in principe de eiser die feiten moet bewijzen die de norm waarop hij zich beroept, 'in werking doen treden', en dat de gedaagde die feiten moet bewijzen die een tegennorm constitueren. Wie een stelling inneemt, zal die bewering tot op bepaalde hoogte moeten staven. In Duitsland, zo zagen wij, gaat die gedachte door het leven als het 'Angreiferprinzip'.[116]

De vraag hoe ver de eiser daarbij moet gaan, hoeveel feiten hij op basis van die hoofdregel zal moeten bewijzen, is daarmee natuurlijk nog niet beantwoord.[117] Het antwoord op die vraag is in beginsel afhankelijk van de interpretatie van het

---

111 In die zin ook Wiersma, RM Themis 1966, p. 482, en eigenlijk ook Haardt 1951, p. 76.

112 Zo ook Land-Eggens 1933, p. 51. De billijkheidstheorie ontkent bovendien dat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht niet los van elkaar gezien mogen worden. Zie ook Asser 1992, p. 51. Ik kom hier later (noot 119 en vooral par. XIV.3.2.4) op terug, maar wil wel al zeggen dat men in de gedachtegang van de billijkheidsleer over het hoofd ziet welke invloed de bewijsrisicoverdeling heeft op de uiteindelijke uitkomst van de procedure. Daar waar de bewijsrisicoverdeling echt van belang is, bepaalt die verdeling wie als winnaar de rechtszaal verlaat. De materiële uitkomst van een geschil kan dus niet los gezien worden van de bewijsrisicoverdeling en de bewijsrisicoverdeling vormt de materiële regel. Het is nogal een verschil of, bij wijze van voorbeeld, de eiser het bestaan van causaal verband moet bewijzen of dat de gedaagde het tegendeel dient te bewijzen. De materiële regel verandert dan qua formulering niet, maar qua gevolgen bestaat er een hemelsbreed verschil.

113 Zie Gras, WPNR 6062 (1992); Asser 1992, p. 51-52.

114 Er zijn altijd sprekende onbillijke gevallen te bedenken, maar het gaat er hier om hoe de bulk van de gevallen geregeld zou moeten zijn.

115 Zie onder andere Gras, WPNR 6062 (1992), p.654, het Engelse recht (par. 2.1) en vooral het Duitse recht (par. 2.3). De Savornin Lohman, RM 1904, p. 90-91, noemt dit 'vanzelfsprekend'.

116 Zie daarover Baumgärtel 1996, Rdn. 164, met verdere verwijzingen, en par. 2.3. Zie in dit kader ook nog Prütting, KF 1989, p. 9, die het 'erstaunlich' acht dat men in Nederland de billijkheidsleer nog aanhangt. Dat de bewijsrisicoverdeling niet op de billijkheid gebaseerd kan worden, wordt in Duitsland overigens algemeen erkend, zie bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 4; Möllers 1996, p. 118 en 315, en BGH WM 1997, 591.

117 We zagen immers al dat met dit principe niet het tweede deel van de hoofdregel (dat de gedaagde zijn verweren dient te bewijzen) verklaard kan worden, zie par. 2.3.

materiële recht.[118] Dit punt is van groot belang en geeft de kracht van de objectiefrechtelijke theorie mijns inziens goed weer, want de bewijsrisicoverdeling kan niet los van het materiële recht bezien worden.[119] Het materiële recht wordt namelijk wezenlijk beïnvloed als de bewijsrisicoverdeling verandering ondergaat.[120]

Er zijn natuurlijk gevallen te verzinnen waarin twijfelachtig is of een bepaald feit een voorwaarde voor toepassing van een grondnorm of een voorwaarde voor toepassing van een tegennorm is. Dat speelt met name bij 'rechtshindernden Normen'.[121] Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de verjaring. Daarvan zou gezegd kunnen worden dat de eiser het niet intreden daarvan moet bewijzen, omdat dit noodzakelijk is voor het slagen van zijn vordering. Ook kan gezegd worden dat de verjaring een tegennorm is en dat de gedaagde die verjaring moet bewijzen. Dat laatste is de Nederlandse leer,[122] maar de discussie in Duitsland geeft aan dat die twijfel niet heel vreemd is.[123] Het gegeven dat gevallen als deze bestaan, doet naar mijn mening echter niet af aan de gelding van de hoofdregel conform de objectiefrechtelijke theorie. Dat zich bij toepassing van een bepaalde theorie gevallen voordoen waarin de uitkomst niet direct evident is, wil niet zeggen dat de leer als zodanig onjuist is.[124]

Het voorgaande biedt mijns inziens de mogelijkheid én de rechtvaardiging om de verdere theorievorming te beperken tot een theorie die de uitzonderingen op de hoofdregel verklaart en voorspelt.[125] De hoofdregel is gegeven, dat is de regel zoals geformuleerd door de objectiefrechtelijke theorie.[126] De billijkheidstheorie rest dan alleen eventueel een plaats als theorie die de uitzonderingen verklaart.[127]

---

118 Op basis daarvan wordt dan in beginsel bepaald of het in casu om een 'Grundnorm' of een 'Gegennorm' gaat, zie daarover par. 2.3 (met kritiek op deze leer) en hierna par. 4.

119 Asser 1992, p. 51 en 52; Scheltema 1934, p. 59. Zie ook par. XIV.3.2.4. Bij de formulering van het materiële recht in het BW is ook rekening gehouden met de daaruit voortvloeiende bewijsrisicoverdeling, zie PG Bewijsrecht, p. 88; Asser 1992, p. 77 e.v.; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 36; Visser, TCR 1997, p. 4; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 28. Voor het bestuursrecht in deze zin, Simon, JBplus 1999, p. 29. Anders: Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 682, die ten onrechte, zie bijvoorbeeld het Duitse BGB, meent dat dit nooit mogelijk is.

120 Zie par. XIV.3.2.4, met vele verwijzingen, en noot 112 en 119. Ik wijs er nu reeds op dat die relatie ook omgekeerd aanwezig is. De bewijsrisicoverdeling is van invloed op het materiële recht en het materiële recht is van invloed op de bewijsrisicoverdeling, zie nader par. XIV.3.2.4.

121 Zie hierover verder nog par. 2.3. en par. 4.

122 Zie onder andere Spier/Bolt 1996, p. 362, en Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 56, en Rb. Rotterdam 7 januari 1999, NJkort 1999, 24 (RDM/Van Veelen), r.o. 6.4.1.

123 Zie daarover hoofdstuk X. De heersende leer is overigens wel dat de gedaagde de verjaring dient te bewijzen, zie bijvoorbeeld Arens/Lüke 1999, Rdn. 277, op p. 221; Baumgärtel/Laumen 1991, § 852, Rdn. 1.

124 Vergelijk Scheltema 1934, p. 64. Een conclusie die eventueel wel uit het bestaan van dit soort gevallen getrokken zou kunnen worden, is dat de leer wellicht verfijning behoeft, vergelijk Schlemmer-Schulte 1997, p. 22.

125 In deze zin ook Schwab, FS Bruns 1978, p. 518, die vaststelt dat de leer van Rosenberg nog steeds gevolgd zou moeten worden, met dien verstande dat uitzonderingen daarop mogelijk moeten zijn.

126 Ik wijs er nog op dat deze theorie ook rechtsvergelijkend bezien de beste papieren heeft, zie par. 2.1-2.3, alsmede Prütting 1983, p. 270-277.

127 Vergelijk Storme 1962 , no. 167. Zie echter par. 3.3.

Hiermee is overigens niet gezegd dat aan de toepassing van de objectiefrechtelijke theorie geen bezwaren kunnen kleven. Toepassing van die theorie kan soms met zich brengen dat de billijkheid in concreto verloren gaat. Daarbij mag echter niet vergeten worden dat deze theorie niet zonder meer aan de billijkheid voorbij gaat.[128] Het hele systeem van die theorie is geënt op wat in beginsel de billijkste oplossing is, namelijk dat degene die een bepaald rechtsgevolg wil doen intreden, de feiten die daartoe aanleiding zouden kunnen geven, dient te bewijzen (het 'Angreifer-prinzip' of de Engelse 'common sense' oplossing).[129] Ook in die zin is de billijkheidstheorie dus grotendeels opgegaan in de objectieve theorie.[130]

Het nastreven van een oplossing die de billijkheid weerspiegelt, kan in bepaalde gevallen natuurlijk mislukken, maar dat laat onverlet dat in principe de objectiefrechtelijke theorie mede op de billijkheid gericht is. Dat zal ook tot uiting komen bij de interpretatie van de materiële regel ter bepaling van de bewijsrisicoverdeling.[131] Dat streven naar billijkheid wordt in de objectiefrechtelijke theorie echter in een systeem gekleed waarin de rechtszekerheid ook tot zijn recht komt. Want wij hebben hier natuurlijk te maken met een strijd tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid.[132] Voor zover via de interpretatie van het materiële recht onbillijke resultaten niet vermeden kunnen worden, bestaat er wellicht nog de mogelijkheid een bewijsrisico-omkering op basis van een bijzondere regel te aanvaarden (zie par. 3.4).[133]

---

128 Zie Scheltema 1934, p. 71, Wiersma, RM Themis 1966, p. 480; Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 50, en Rosenberg 1965, p. 330. De tegenwerping dat de objectiefrechtelijke leer 'koud' is, omdat het over toepassen van een schema gaat, zoals Pitlo 1950, p. 42, aanvoert, is daarmee mijns inziens ook gepareerd. Zie hierover ook Storme 1962, no. 150-151. Vergelijk ook Hesselink 1999, p. 415 en 429 (de normen die op basis van de redelijkheid en billijkheid ontwikkeld zijn, zijn niet meteen billijker dan andere normen).

129 Asser 1992, p. 59; Heinrich 1996, p. 259-260; Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 682, en Schoordijk, Eggens-bundel 1998, p. 18, die stelt dat de interpretatie van het objectieve recht naar redelijkheid en billijkheid dient te geschieden. Daaruit volgt mijns inziens dat de billijkheid verdisconteert is in de objectiefrechtelijke leer. Zo ook Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654.

130 Dezelfde gedachte zou wellicht ook omgekeerd kunnen worden (dat de objectiefrechtelijke theorie is opgegaan in de billijkheidstheorie), omdat ook de eerste het bewijsrisico verdeelt naar billijkheid. In die zin Kan 1921, p. 98 e.v. Bezwaar daarbij is echter dat het overgrote deel van de toepassing van die theorie dan impliciet blijft en alleen de uitzonderingen scherp naar voren komen.

131 Expliciet in deze zin Wiersma, RM Themis 1966, p. 480. Anders Thesingh 1961, p. 160.

132 Zie Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 692; Verburgh 1970, p. 8; Veegens-Wiersma 1973, p. 77, en Van Weele, AA 1976, p. 488 en 492.

133 Voor zover het probleem al niet via de stelplicht of de bewijswaardering op te lossen is. Dat bewijsrisico-omkeringen mogelijk zijn, is algemeen erkend. De Nederlandse wet (art. 177 Rv) staat zulks ook uitdrukkelijk toe, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 2, en Asser, Discussieverslag 1994, p. 53 en 55, zodat vragen over de (reikwijdte van de) rechtsvormende taak van de rechter, en of die niet te buiten wordt gegaan als de rechter een bewijsrisico-omkering aanvaardt, makkelijk zijn te beantwoorden.

Dat het objectieve recht zich ontwikkelt en niet statisch maar dynamisch is, zoals de kritieken wel aangeven,[134] met als gevolg dat ook bij de objectiefrechtelijke theorie de bewijsrisicoverdeling niet steeds bij voorbaat gegeven zal zijn, doet aan het voorgaande niet af. In dat kader wijs ik er op dat de bewijsrisicoverdeling met het objectieve recht mee evolueert en daardoor ook dynamisch is.[135] Uit die dynamiek kan echter inderdaad voortvloeien dat de bewijsrisicoverdeling niet steeds tevoren, voor aanvang van de procedure, bekend zal zijn,[136] maar daar staat tegenover dat zulks nog vaker het geval zal zijn bij toepassing van de billijkheidsleer, omdat op basis van die leer de regel eigenlijk nooit bij voorbaat bekend zal zijn daar deze leer in beginsel geen vaste regels kent. Voor die gevallen waarin de bewijsrisicoverdeling dan inderdaad 'nieuw' is, rest niets anders dan dat te aanvaarden als een onvermijdelijk gevolg van de rechtstoepassing en rechtsvorming door de rechter, zoals dat op materieelrechtelijk vlak ook aanvaard wordt.[137]

Als bezwaar tegen de objectiefrechtelijke theorie zou ook aangevoerd kunnen worden dat deze geen verklaring geeft voor de uitzonderingen op het systeem, voor de bewijsrisico-omkeringen.[138] Zelfs al zou dat (vooralsnog) zo zijn, dan nog doet dat in principe niet af aan de geldigheid van de theorie voor de hoofdregel,[139] want dat 'euvel' zou net zo goed hieraan te wijten kunnen zijn dat de theorie voor wat betreft de uitzonderingen op de hoofdregel nog niet volledig is ontwikkeld.[140] Hierin ligt dan ook precies de doelstelling van dit boek: het verklaren van de uitzonderingen op de hoofdregel van de bewijsrisicoverdeling en het verzorgen van een theoretisch fundament voor die gevallen.[141] Want afwijken van de hoofdregel gebeurt wel degelijk[142] en is soms ook wel degelijk nodig.[143]

---

134 Ik verwijs hiervoor speciaal naar het gedachtegoed van Eggens, zie zeer veel van de artikelen opgenomen in de Eggens-bundel 1998. Zie ook Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 682 (en 692), die aldaar overigens de (aanvullende) stelplicht ten onrechte op één hoop gooit met de bewijsrisicoverdeling, aldus ook Gras, WPNR 6062 (1992), p. 657. De door Schoordijk bepleite dynamiek blijkt overigens gewoon te verwezenlijken via de bewijswaardering, zie Suijling 1928, p. 99-100 en 109-110; Storme 1962, no. 140 e.v.; Thesingh 1961, p. 74, en Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654 en 656. Hier wreekt zich dat Schoordijk deze beide begrippen niet onderscheidt. Zie met name ook WPNR 5937 (1989), p. 684, alwaar een uitspraak van de Hoge Raad over de bewijswaardering door de lagere rechter geïnterpreteerd wordt als een pleidooi voor een dynamische bewijsrisicoverdeling op basis van de billijkheid.

135 Expliciet zo Heinrich 1996, p. 81.

136 Verburgh 1970, p. 9.

137 Op materieelrechtelijk vlak weerhoudt dit de (hoogste) rechter er niet van rechtsvormend op te treden. Dat zou ten opzichte van de bewijsrisicoverdeling dan ook geen probleem mogen opleveren.

138 Asser-Anema-Verdam 1953, p. 83.

139 Heinrich 1996, p. 81-82.

140 Dat er wellicht uitzonderingen bestaan, betekent niet dat een theorie helemaal ondeugdelijk is en verlaten moet worden. Zie in algemene zin Barendrecht 1992, p. 58 e.v., en met name p. 61-62.

141 Aanvaarding van het bestaan van uitzonderingen op de objectiefrechtelijke leer, en derhalve van een versoepeling van die leer, maakt deze meteen ook makkelijker aanvaardbaar, vergelijk Storme 1962, no. 470, en Heinrich 1996, p. 81-82, die erop wijst dat de uitzonderingen de regel bevestigen.

142 Al is de Hoge Raad nogal voorzichtig, zie Bosch-Boesjes, WPNR 6220 (1996), p. 299 en 300.

143 Zie bijvoorbeeld Diederichsen, KF 1966, p. 22.

Voor nu constateer ik dat tegenwoordig terecht over het algemeen geconcludeerd wordt dat in Nederland de objectiefrechtelijke leer als uitgangspunt voorop staat en dient te staan.[144] Over de rechtvaardiging voor de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling zoals die volgt uit de objectiefrechtelijk theorie, is in het voorgaande al het nodige gezegd. Kort gezegd ligt die rechtvaardiging in het 'Angreifer-prinzip',[145] in combinatie met de gedachte dat verwezenlijking van de materiële rechten van die 'Angreifer' niet ontoelaatbaar verzwaard mag worden en de notie dat het civiele proces een debat tussen partijen is. Daaruit volgt dat in elk geval een verdeling van het bewijsrisico nodig is. Hoe die verdeling er dan in concreto uit ziet, volgt in principe uit (de interpretatie van) het materiële recht.[146]

3.3 De billijkheidsleer als uitzonderingsleer?

Ik schreef hiervoor dat de billijkheidsleer niet als theorie met betrekking tot de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling aanvaard mag worden. De vraag die dan echter rijst, is of die theorie wellicht wel aanvaard zou kunnen worden als een leer die de uitzonderingen op de hoofdregel verklaart. In dat geval zou het doel van deze studie, het vinden van een verklaring voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, hier al bereikt zijn.[147] Zo is het echter niet. Het probleem is namelijk dat de bezwaren tegen de billijkheidsleer als 'hoofdregelleer' ook gelden ten aanzien van de billijkheidsleer als 'uitzonderingsleer'.

Ten eerste wijs ik er nogmaals op dat de ervaringsregels zoals de billijkheidstheorie die gebruikt, betrekking hebben op de bewijswaardering en niet op de bewijsrisicoverdeling.[148] De bewijsrisicoverdeling op basis van de billijkheid heeft

144 Verburgh, Verdam-bundel 1971, p. 378; Asser 1992, p. 51, respectievelijk p. 59. In deze zin expliciet Gras, WPNR 6062 (1992), p. 653 e.v. In de meeste recente literatuur over de bewijsrisicoverdeling wordt ook uitgegaan van wat men dan het gematigd-objectieve stelsel noemt, zie bijvoorbeeld Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 26; Visser, TCR 1997, p. 74, en Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 28-30.

145 Vergelijk reeds Goudsmit 1866, p. 272; Kan 1921, p. 99, en Rutten-Ariëns 1972, no. 213. De rechtseconomische preferentie voor de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling (zie Posner, Evidence 1999, p. 41) rust mijns inziens uiteindelijk ook hierop. De rechter zou geen sociale kosten mogen laten ontstaan door het houden van een rechtszaak, voordat duidelijk is dat er een redelijke kans is dat er een sociaal voordeel te behalen is. Met andere woorden, degene die de rechter inroept en wil gebruiken, de 'Angreifer' dus, moet dat rechtvaardigen.

146 Zie par. 2.3 *in fine*. Zie ook Post 1893, p. 7-8; Veegens/Oppenheim 1921, p. 891, en Star Busmann 1955, p. 187 en 191, die meent dat de verdeling (als zodanig) van het bewijsrisico volgt uit het feit dat het te gelde maken van een recht niet teveel bezwaard mag worden, alsmede dat de wijze van verdeling daaruit volgt. Dit leidt hem overigens tot aanvaarding van de billijkheidsleer, hetgeen geen dwingende conclusie is. De PG Bewijsrecht, p. 86, voert als rechtvaardiging voor de (objectiefrechtelijke) hoofdregel aan dat het bewijsrisico zo rust op degene die er het minst door bezwaard wordt, hetgeen nu juist typisch past binnen de billijkheidsleer.

147 Zulks zou men ook kunnen afleiden uit art. 177 Rv, nu daarin de redelijkheid en billijkheid uitdrukkelijk genoemd zijn als redenen om een uitzondering te mogen aanvaarden. Het gegeven dat dit artikel ook spreekt over bijzondere regels van bewijsrisicoverdeling, geeft echter aan dat er op zijn minst meer is dan alleen de billijkheid. Zie verder par. 3.4.

148 Zie de tekst bij noot 108.

bovendien, ook als het om de uitzonderingen gaat, te weinig oog voor de natuurlijke verbinding tussen het materiële recht en regels van bewijsrisicoverdeling.[149] Een uitzondering op de hoofdregel, ook als die op de billijkheid gegrond zou zijn, is van directe invloed op de materiële uitkomst. Met dat verband dient rekening gehouden te worden.[150]

De bewijsrisicoverdeling naar billijkheid dient daarnaast, net als iedere andere beslissing op basis van de redelijkheid en billijkheid, te berusten op inhoudelijke argumenten. De rechter kan niet volstaan met het oordeel dat 'de billijkheid als zodanig' de uitkomst dicteert, want daarmee zegt hij in wezen niets.[151] Hij zal de achterliggende redenen daarvoor moeten vermelden.[152] Daaruit volgt dat in deze gevallen in wezen andere argumenten een rol spelen dan de billijkheid 'als zodanig'.[153] Vooralsnog komt dat te weinig tot uitdrukking in de billijkheidsleer.

Tot slot wijs ik er nog op dat de billijkheid in concreto wel dienst kan doen als ad hoc-verklaring voor een afwijking van de gebruikelijke bewijsrisicoverdeling, maar meer ook niet. Algemene, het individuele geval overstijgende regels zijn op basis daarvan niet te geven, juist omdat het om de billijkheid in concreto gaat.[154] Een afdoende en algemene verklaring voor die uitzonderingen is dan echter ook niet te geven, afgezien wellicht van de (holle) frase dat de uitzonderingen verklaard worden doordat de billijkheid zulks bepaalde. Dat is echter niet voldoende.[155] De uitzonderingen dienen écht verklaard en beargumenteerd te kunnen worden,[156] zodat op basis daarvan kenbare algemenere (sub)regels zijn op te stellen en gelijke

149 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 51. Vergelijk ook Bruins 1906, p. 115; Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 691 e.v., claimt evenwel anders. Op p. 692 stelt hij dat de aanhangers van de objectiefrechtelijke leer dit verband ten onrechte niet zien, hetgeen mijns inziens onjuist is, zie par. 3.1 en Asser 1992, p. 41 e.v.

150 Zie hiervoor de tekst voor en in noot 119 en 120.

151 In deze zin ook PG Bewijsrecht, p. 87; Koopman 1996, p. 63; Wiarda 1999, p. 32; Sieburgh 2000, p. 184; Bruins 1906, p. 115.

152 Zie bijvoorbeeld HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179 (Visser/Maho), r.o. 3.5, waarin expliciet een motivering van de rechter verlangd wordt.

153 Vergelijk Klaassen 1991, p. 24, en Sieburgh 2000, p. 184. Zie voor een soortgelijke gedachte over de redelijkheid en billijkheid als niet meer dan een etiket, Hesselink, Towards-bundel 1998, p. 285 e.v., met name p. 302 e.v., alsmede Hesselink 1999, p. 416, en Koelemeijer, AA 2000, p. 49, en meer specifiek over de bewijsrisicoverdeling in dit kader, Pohle, AcP 1955, p. 178.

154 Zoals de aanhangers van deze leer ook toegeven, zie Asser-Anema-Verdam 1953, p. 80. Zie ook Marlet, AA 1958, p. 86, die overigens geen aanhanger is van deze theorie, en *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 5.

155 Vergelijk in algemene zin Barendrecht 1992, p. 150, en Scheltema 1934, p. 51, die het niet wenselijk acht op het terrein van de bewijsrisicoverdeling het billijkheidsinzicht van de rechter als enig richtsnoer te nemen, en Pohle, AcP 1955, p. 175, die waarschuwt niet te snel terug te vallen op de billijkheid als leidraad bij de bewijsrisicoverdeling. In die zin overigens ook Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 697, die pleit voor het opstellen tot deelregels via jurisprudentie-onderzoek.

156 Vergelijk PG Bewijsrecht, p. 87.

gevallen de verdiende gelijke behandeling kunnen krijgen.[157] In zijn huidige vorm is de billijkheidsleer, ook als uitzonderingsleer, derhalve niet aanvaardbaar.[158]

Mondt dit alles dan uit in een pleidooi voor de rechtszekerheid? In elk geval niet in die zin dat de billijkheid zonder meer terzijde geschoven wordt ten koste van de rechtszekerheid.[159] Waar het mij om gaat, is een verklaring te vinden die verder reikt dan dat de uitkomst billijk is. Wat maakt dat de uitzondering, de nieuwe regel van bewijsrisicoverdeling, billijk is? Dat op basis daarvan dan bovendien (sub)regels zijn op te stellen waardoor toekomstige procespartijen weten waar ze aan toe zijn, is dan in de eerste plaats een bijkomend voordeel, welk op zichzelf overigens voldoende sterk is om deze werkwijze te rechtvaardigen.[160] Met andere woorden, billijkheid en rechtszekerheid hoeven elkaar niet te bijten als het om de bewijsrisicoverdeling gaat,[161] maar om te voorkomen dat beide elkaar wél bijten, dient de billijkheid een plek te krijgen binnen 'het systeem'.[162]

3.4 De uitzonderingen op de hoofdregel genoemd in art. 177 Rv

Als aanvaard wordt dat de billijkheidsleer niet bruikbaar is als verklaring voor de uitzonderingen op de objectiefrechtelijk bepaalde hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, rijst er wel een probleem. Immers, art. 177 Rv[163] staat expliciet toe dat

---

157 Zie bijvoorbeeld Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37; Kemper 1992, p. 83-84, 159 en 162; noot 39; de tekst bij noot 172, en par. XIII.7.Ook de wetgever acht het bestaan van algemene regels van belang, zie PG Bewijsrecht, p. 86; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 5. De billijkheidsleer waarborgt het bestaan daarvan minder goed, bijvoorbeeld vanwege de cassatie-technische belemmeringen om de bewijsrisico-omkering op basis van de billijkheid volledig te kunnen toetsen. Een dergelijk oordeel is immers goeddeels feitelijk, zie de conclusie van Bakels (nr. 2.21) voor HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade); Asser 1992, p. 56; Koopman 1996, p. 115; Wiarda 1999, p. 33; PG Bewijsrecht, p. 19, terwijl een bewijsrisico-omkering op basis van een bijzondere regel wel volledig te toetsen is, zie Asser 1992, p. 57.

158 Waaraan ik nog toevoeg dat in concreto niet eenvoudig te bepalen is wat billijk is, zie ook Verpaalen, WPNR 5205 (1973), p. 76, en Hesselink 1999, p. 414.

159 Bovendien gaat het hier ook om het gelijkheidsbeginsel, een billijkheidsbeginsel pur sang, zoals ook Hesselink 1999, p. 414, stelt.

160 Waarmee niet gezegd is dat scherpe normen 'heilig' zijn en al het andere verloren moeite is. Wel pleit ik voor het opstellen van meer bijzondere regels van bewijsrisicoverdeling, vergelijk Verburgh 1970, p. 10, en Koopman 1996, p. 71 e.v.

161 Vergelijk Asser 1992, p. 51, en Schuster 1975, p. 56.

162 Ik wijs er ten slotte nogmaals op dat de 'aanwijzingen' die de billijkheidsleer geeft bij de bepaling van de bewijsrisicoverdeling, geen geldend recht zijn, afgezien van het adagium 'actori incumbit probatio' welk op objectiefrechtelijke leest gestoeld is, zie hiervoor noot 90 en 91, en dat de billijkheidsleer vooral over bewijswaardering gaat, zie hiervoor de tekst voor noot 108.

163 Art. 177 Rv gebruikt niet de termen bewijsvoeringslast en bewijsrisico zoals ik die hanteer, net zomin als het toekomstige art. 2.8.2 NRv dat doet. De in die artikelen gebruikte term 'bewijslast' ziet mijns inziens op zowel de bewijsvoeringslast als op het bewijsrisico. De in art. 177 Rv gegeven regel bedoelt immers te bepalen wie op een bepaald moment in de procedure bepaalde feiten moet bewijzen én wie uiteindelijk de procedure verliest als de feiten niet komen vast te staan. Beide verdelingen geschieden in principe volgens dezelfde regel, zie Rosenberg 1965, p. 42 en par. XIV.3.5. Dit is ook de wijze waarop de rechtspraak art. 177 Rv toepast. Voor de volledigheid wijs ik er nog op dat ik in deze studie steeds zal verwijzen naar art. 177 Rv en niet naar het gelijkluidende art.

de rechter van de normale bewijsrisicoverdeling afwijkt indien uit de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van het bewijsrisico voortvloeit. Volgens het geldende recht heeft de billijkheidsleer derhalve een plek bij de verdeling van het bewijsrisico.

Gezien het hier verdedigde, zal het niet verbazen dat ik ervoor pleit de uitzondering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid niet of zo weinig mogelijk te benutten.[164] Mijns inziens heeft de rechter de door die uitzondering geboden mogelijkheid de hoofdregel te omzeilen, ook niet nodig.[165] Voor zover een eventuele 'onbillijke' uitkomst niet via de bewijswaardering te vermijden zou zijn, kan de rechter er immers altijd nog toe overgaan om op basis van art. 177 Rv een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling te aanvaarden.[166] Die oplossing dwingt de rechter ertoe de aangevoerde argumenten zorgvuldig tegen elkaar af te wegen en gemotiveerd aan te geven hoe hij tot zijn beslissing gekomen is.[167] De 'vlucht' in moeilijker te motiveren[168] termen als 'het is redelijk dat', zoals nog wel voorkomt in de lagere rechtspraak,[169] wordt zo voorkomen en daar wordt het recht mijns inziens beter van.[170]

2.8.2 NRv, omdat de invoeringsdatum en het definitieve nummer ervan nog niet zeker zijn.

164 Een omkering van het bewijsrisico op basis van de redelijkheid en billijkheid is overigens ook nu al zeldzaam, in elk geval in de rechtspraak van de Hoge Raad. De mogelijkheid van zo'n uitzondering werd open gelaten in HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179 (Visser/Maho). Zie ook Asser 1998, p. 47-48. In de lagere rechtspraak komen we deze uitzondering meer tegen, bijvoorbeeld op het terrein van de medische aansprakelijkheid, zie een deel van de rechtspraak genoemd in Giesen 1999, p. 22, noot 121, en p. 98, noot 47.

165 De redelijkheid en billijkheid is hier niet nodig als expliciete machtiging voor de rechter om van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling af te wijken (zie over de 'machtigingsfunctie' van de redelijkheid en billijkheid, Hesselink 1999, p. 420), want die machtiging is al gelegen in de bevoegdheid om een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling te aanvaarden, te meer daar zo'n bijzondere regel ook ingegeven kan zijn door hetgeen de billijkheid bepaalt, zie hierna.

166 Zo ook Asser, Discussieverslag 1994, p. 53 en 55, die aangeeft dat de Hoge Raad terughoudend is bij aanvaarding van dergelijke regels en die er voor pleit meer van die regels te formuleren. De wetgever heeft inmiddels de intentie meer bijzondere regels in de wet op te nemen, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.630, nr. 2, p. 13. Voor voorbeelden uit de rechtspraak, zie HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 nt. PAS (Kacar/Stegeman); HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665 nt. PAS (Z./De Tille), op voordracht van A-G Asser (conclusie, nr. 2.22), en HR 9 januari 1998, NJ 1999, 440 nt. PAS (N./Tribulet). In HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 nt. Ma (Romme/Bakker), werd het bestaan van een bijzondere regel afgewezen. De vraag wanneer zo'n bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling aanvaard mag worden, komt in hoofdstuk XIV aan bod.

167 Een verzwaarde motivering is niet nodig, een motivering op zichzelf wel, zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), respectievelijk HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179 (Visser/Maho), alsmede mijn noot in NTBR 1998, p. 87 e.v., met name nr. 4-7.

168 Vergelijk PG Bewijsrecht, p. 91.

169 Zie noot 164.

170 Zie verder par. XIV.3.2.9 *in fine*. De suggestie van Stadermann, LSA-bundel 1998, p. 11-13, om in plaats van vermoedens een omkering op basis van de redelijkheid en billijkheid te aanvaarden, ondersteun ik dan ook niet. De helderheid die Stadermann denkt te winnen, zal gering zijn, omdat deze vorm van omkering (voor wat betreft de mogelijkheid tot cassatietoetsing) net zo feitelijk is als de aanname van een vermoeden, zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Bakels voor HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), in nr. 2.21.

Bovendien wordt door de aanname van een 'bijzondere regel' recht gedaan aan wat er bij aanvaarding van een bewijsrisico-omkering daadwerkelijk gebeurt. Immers, in zo'n geval wordt, welke van de twee uitzonderingsmogelijkheden de rechter ook gebruikt, altijd een rechtsregel gegeven. Ook als de rechter beslist dat op basis van de redelijkheid en billijkheid het bewijsrisico omgekeerd moet worden, geeft hij een rechtsregel. Dat kan een hele specifieke regel zijn, maar voor toekomstige gevallen die aan de omschrijving van het vorige geval voldoen, zal er dan een regel bestaan die in beginsel toegepast moet worden.[171] Als de rechter bij aanvaarding van een bewijsrisico-omkering dan per definitie een rechtsregel 'vindt' of 'vormt', dan is het wel zo reëel om die regel ook correct te benoemen als een bijzondere *regel* van bewijsrisicoverdeling in de zin van art. 177 Rv.

Dat bij een bewijsrisico-omkering altijd een regel gegeven wordt, is overigens niet alleen een fenomeen dat zich feitelijk voordoet. Het is mijns inziens ook noodzakelijk om een rechtsregel te geven. Dat volgt uit het gegeven dat de bewijsrisicoverdeling niet ertoe strekt, noch mag strekken, om 'Einzelfallgerechtigkeit' mogelijk te maken.[172] De nieuw gevonden of gevormde oplossing moet steeds, in verband met het gelijkheidsbeginsel, te veralgemeniseren zijn. Daarvoor is een rechtsregel die algemeen toepasbaar is, nodig. Uit het feit dat de billijkheidsleer het bestaan van dergelijke algemene regels van bewijsrisicoverdeling in beginsel ontkent, volgt mijns inziens dat die theorie ook wat dat betreft geen navolging verdient.[173]

Een kwestie die nog behandeling vergt, betreft de verhouding tussen de twee uitzonderingsmogelijkheden in art. 177 Rv.[174] Volgens de wetgever is die onderlinge verhouding zo dat de eerste uitzonderingsgrond (de bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling) ziet op geschreven en ongeschreven rechtsregels, waarbij die laatste soort regels mede afhankelijk kunnen zijn van de redelijkheid en billijkheid als bron van ongeschreven recht. De tweede uitzonderingsgrond (op basis van de redelijkheid en billijkheid) ziet op objectief recht dat niet in een regel is neergelegd. Het gaat daarbij om uitzonderingen gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van het geval. Hierbij dient overigens nog opgemerkt te worden

171 Vergelijk Hesselink 1999, p. 400-401, en Kisch, RM Themis 1955, p. 160. Anders, Wiarda 1999, p. 31 en 32 (soms is een uitspraak te specifiek om een regel te vormen). Een tussenpositie neemt Koopmans 1999, p. 127, in: een uitspraak in een andere zaak schept enkel een 'verwachting' dat op gelijke wijze beslist zal worden.

172 De Hoge Raad heeft zulks nooit expliciet uitgesproken, maar heeft wel bepaald dat de enkele bewijsnood, typisch een geval waarin het nastreven van 'Einzelfallgerechtigkeit' een rol zou kunnen spelen, niet tot een bewijsrisico-omkering aanleiding kan geven, zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), en daarover mijn annotatie in NTBR 1998, p. 87 e.v., met name p. 91. Het Bundesgerichtshof heeft zich wel expliciet in deze zin uitgesproken, zie BGH WM 1997, 591, op p. 592.

173 Of bij toepassing van de billijkheidsleer niet ook gewoon algemeen toepasbare rechtsregels geschapen worden, kan hier in het midden blijven, omdat die leer daar zelf niet vanuit gaat.

174 Zie Asser 1992, p. 54-58; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 27.

dat de wetgever die tweede uitzondering als een meer subsidiaire ziet. Deze kan alleen van betekenis zijn voor zover er niet reeds een bijzondere ongeschreven rechtsregel bestaat.[175]

De volgende vraag is dan natuurlijk wanneer en onder welke voorwaarden de uitzondering van een 'bijzondere regel' van bewijsrisicoverdeling gebruikt mag worden. Met andere woorden, hoeveel vrijheid heeft de rechter?[176] Dit is echter niet de plaats om hierop nader in te gaan. Het gaat er hier immers om de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in kaart te brengen. In het vervolg van deze studie, met name in hoofdstuk XIV, zal ik nader ingaan op de voorwaarden waaronder de rechter de mogelijkheid heeft een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling aan te nemen.

Een vraag die wel al beantwoord kan worden, is die naar de verdeling van de *stelplicht* indien een bewijsrisico-omkering aangenomen is in een bepaald type van gevallen. Normaal gesproken volgt de stelplicht de bewijsrisicoverdeling. Als nu de rechter of de wetgever een bewijsrisico-omkering aanvaardt, verschuift dan ook de stelplicht naar de wederpartij? Ik meen dat in zulke gevallen de stelplicht in beginsel zou moeten blijven rusten op degene die volgens de hoofdregel het bewijsrisico droeg. Een andere opvatting zou namelijk betekenen dat de eiser die van een bewijsrisico-omkering profiteert, niet tot nauwelijks nog zou hoeven aan te geven waarop zijn vordering gebaseerd is. Dat is niet te verenigen met art. 5 lid 1 sub 3 Rv, en zou er toe kunnen leiden dat de gedaagde onwetend zou blijven over wat hem verweten wordt. Wanneer de wetgever een bewijsrisico-omkering aanvaardt, wordt mijns inziens dan ook terecht in beginsel niet aan de verdeling van de stelplicht gesleuteld.[177]

De Hoge Raad lijkt hier echter een andere benadering te volgen. Zo wordt bijvoorbeeld in het *Dicky Trading II*-arrest[178] expliciet bepaald dat de gedaagde dient te *stellen* en bewijzen dat er geen causaal verband bestond tussen de tekortkoming en de schade. Daaruit lijkt derhalve te volgen dat voor toekomstige gevallen waarin de bewijsrisico-omkering toepasselijk is, ook de stelplicht omgekeerd wordt.[179] Dat is mijns inziens echter geen dwingende conclusie omdat met de betreffende overweging ook bedoeld kan zijn dat de gedaagde eerst het tegendeel van het door de eiser gestelde dient te stellen, waarna die gedaagde dat tegendeel dient te bewijzen. Met andere woorden, de eiser zal eerst moeten stellen

175 Zie hierover PG Bewijsrecht, p. 89.

176 Asser, Discussieverslag 1994, p. 53, meent dat een uitzondering geformuleerd mag worden, mits het recht hiervoor aanknopingspunten biedt en in soortgelijke gevallen dezelfde regel wordt toegepast.

177 Zo bijvoorbeeld bij art. 7:658 BW en art. 6:195 BW, waarover par. VI.3.1 en par. XI.3.1.

178 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II). In gelijke zin HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), r.o. 3.5.

179 In het specifieke geval waarin zo'n stelplicht- en bewijsrisico-omkering aanvaard wordt, zullen partijen uiteraard van de Hoge Raad de gelegenheid krijgen om hun stellingen aan te passen.

dat er causaal verband bestond. Daarna dient de gedaagde te stellen dat er géén causaal verband bestond. De stelplicht van de gedaagde heeft dan betrekking op een 'ander' feit, te weten het tegendeel van het door de eiser gestelde.

Deze omslachtige manier van procederen (en redeneren) zou mijns inziens hiermee samen kunnen hangen dat alleen ten aanzien van gestelde feiten bewijs kan worden opgedragen. Alvorens tot bewijsvoering ten aanzien van het tegendeel te mogen overgaan, dient dat tegendeel derhalve eerst gesteld te zijn. De stelplicht van de eiser, die hier van weinig nut lijkt te zijn, zou men dan kunnen zien als een betwisting bij voorbaat.[180] Erg fraai is dit alles echter niet. Het ware mijns inziens dan ook te prefereren als bij een bewijsrisico-omkering de verdeling van de stelplicht onveranderd zou blijven.

4 Een poging tot formulering van de hoofdregel

Naast een beschouwing over de theoretische achtergronden van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling beloofde ik ook een formulering van die hoofdregel. Mijns inziens zou men die regel als volgt kunnen formuleren: Elke procespartij dient die feiten te bewijzen welke minimaal noodzakelijk zijn om de elementen van de door haar ingeroepen norm welke als grondslag voor haar vordering of verweer dient, als gegeven te kunnen beschouwen.[181]

De ingestelde vordering vormt dus het eerste bepalende moment. Hetgeen de norm die als basis van die vordering dient, als voorwaarden stelt, dient degene die zich op die norm beroept, te bewijzen.[182] Voorwaarden die op 'de achtergrond' een rol spelen, behoren daar niet toe. Denk bijvoorbeeld aan de vereiste handelingsbekwaamheid bij het sluiten van een overeenkomst. Degene die een vordering op basis van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming (art. 6:74 BW) instelt, hoeft daar niet op in te gaan. De gedaagde die meent dat hij wegens handelingsonbekwaamheid helemaal niet gebonden is aan de overeenkomst, zal dat moeten stellen en bewijzen. Het gaat dan om een *zelfstandig verweer*,[183] een verweer

180 Dat het in deze gevallen niet om een zelfstandig verweer gaat, zodat de gedaagde op die basis de stelplicht en bewijsrisico draagt, betoogde ik eerder, zie Giesen 1999, p. 80. Asser, RM Themis 2000, p. 142, lijkt dit te betwijfelen.

181 Men zou ook, kort en minder genuanceerd, kunnen stellen dat degene die *belang* heeft bij het bestaan van een feit, het bewijsrisico draagt, vergelijk Verheij, Hage, en Van Maanen, NTBR 1999, p. 99.

182 Men zou ook in navolging van Scheltema 1934, p. 61 en 63, kunnen aansluiten bij het criterium dat die feiten gesteld en bewezen moeten worden die nodig zijn voor toewijzing bij verstek, hetgeen een mooi criterium is en waarschijnlijk het beste is dat er tot dusverre bestaat, maar dan zegt men niets over de positie van de gedaagde, anders dan dat deze de 'rest' moet bewijzen. Ik heb getracht beide partijen een plek te geven, maar pretendeer niet het verstek-criterium te kunnen doen vergeten.

183 Voor die term, zie de conclusie van A-G Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/ International Shellfish), nr. 3.33, en voordien al Goudsmit 1866, p. 272-273; Van Boneval Faure 1896, p. 23. In deze zin ook Grünebaum 1904, p. 79; Verpaalen, WPNR 5205 (1973), p. 76, en

gegrond op een andere en voor de gedaagde gunstige norm, die bepaalde nieuwe feiten[184] als gegeven veronderstelt om toegepast te kunnen worden.[185] Het gaat hierbij dus niet om een verweer dat op feitelijke gronden het door de eiser gepretendeerde recht bestrijdt, maar om een verweer dat daar iets nieuws tegenover stelt.[186] De toets zou dan kunnen luiden of aan het eerder genoemde 'ja, maar...'-criterium voldaan wordt.[187]

In de formulering van de hoofdregel zijn de woorden 'minimaal noodzakelijk' gebruikt om tot uitdrukking te brengen dat de eiser niet steeds alle elementen die in een bepaalde norm genoemd worden, hoeft te bewijzen. Er dient rekening gehouden te worden met de in die norm zelf besloten gelegen bewijsrisicoverdeling. Art. 6:74 BW spreekt bijvoorbeeld van 'tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend'. Het gaat daarbij om een tegennorm. Daaruit volgt dat dit deel van de norm niet bewezen hoeft te worden door de eiser.[188] Voor het slagen van een vordering op basis van wanprestatie, is de toerekenbaarheid geen noodzakelijke voorwaarde. De feiten die daaraan ten grondslag liggen, hoeft de eiser dus niet te bewijzen. Hieruit volgt derhalve ook dat een 'tegennorm' niet in een andere wettelijke bepaling gelegen hoeft te zijn.

De hoofdregel zoals hier geformuleerd, beoogt overigens niet meer te zijn dan een herformulering van de objectiefrechtelijke hoofdregel. Daaruit volgt dat in principe de eiser de feitelijke voorwaarden voor toepassing van de 'grondnorm' moet bewijzen, terwijl de gedaagde de feitelijke voorwaarden voor de 'tegennorm' dient aan te tonen. Uitzonderingen daarop (de bewijsrisico-omkeringen) zijn mogelijk, maar daar gaat het nu niet om. Dit heeft ook tot gevolg, en dat ligt dan

---

PG Bewijsrecht, p. 86.

184 Zie hierover Klaassen, A & V 1999, p. 44; Bonnier/Larnaude 1888, p. 21 en 28; Baudry-Lacantinerie/Barde 1908, no. 2060 en 2064; Capitant 1927, p. 380-381; Chevalier 1958-1959, p. 187; Goubeaux, CNRL-bundel 1981, p. 285; Mazeaud/Mazeaud/Chabas 1989, no. 376; Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan 1995, no. 644 en 646; Murphy 1997, p. 96.

185 Het systeem van de wettelijke regeling is hierbij doorslaggevend, hetgeen voor het BW, met zijn gelaagde structuur, evident is.

186 Baudry-Lacantinerie/Barde 1908, no. 2062.

187 Vergelijk Grünebaum 1904, p. 93, Rutten-Ariëns 1972, no. 219, en par. 2.3.

188 Zie De Jong 1993, p. 32, en PG Boek 6, p. 263. Dit voorbeeld van 'schuld' is een voorbeeld van een feit dat een voorwaarde voor het intreden van de grondnorm kan zijn (zie art. 6:162 lid 3 BW), maar evenzeer een voorwaarde voor het intreden van een tegennorm (zie art. 6:74 lid 1 jo. 6:75 BW). Het maakt voor de materieelrechtelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid in principe niet uit of de aanwezigheid van schuld vastgesteld moet worden of dat de afwezigheid van schuld aangetoond moet worden. In beide gevallen is aansprakelijkheid in beginsel alleen mogelijk als de schuld van de dader aanwezig is. Het materiële recht als zodanig kan hier dus niet de doorslag geven ten aanzien van de vraag wie het bewijsrisico draagt. Het is de uiteindelijke *formulering* door de wetgever van dat materiële recht die beslissend is. Zie hierover ook par. 2.3.

ook besloten in mijn formulering, dat de eiser alleen het ontstaan of het verkrijgen van zijn recht hoeft te bewijzen en niet het voortbestaan van dat recht.[189]

Het bepalen van de grens tussen wat nog een betwisting van de voor de grondnorm vereiste feiten is en wat het inroepen van een tegennorm constitueert, blijft lastig en zal wel altijd lastig blijven. De uitleg van het materiële recht over wat een grondnorm en een tegennorm is, over wat regel en uitzondering is,[190] is hier in eerste instantie beslissend.[191] Zolang de gedaagde alleen feiten naar voren brengt die direct verband houden met de door de eiser gestelde feiten (bijvoorbeeld: er was geen tekortkoming), is hij enkel bezig met een betwisting en draagt hij dus geen bewijsrisico. Gaat hij verder dan dat, dan komt een zelfstandig verweer en het daarbij behorende bewijsrisico in zicht. Echt problematisch wordt een en ander als door de gedaagde een nieuw feit gesteld wordt dat niet direct tot een bepaalde rechtsnorm is terug te voeren en dat nauw samenhangt met het door de eiser gestelde.[192]

Een voorbeeld: de eiser stelt dat de gedaagde niet aan zijn informatieplicht voldaan heeft en dus tekort schoot. Als de gedaagde dan een nieuw feit stelt dat samenhangt met het door de eiser gestelde, bijvoorbeeld dat hij geen informatie hoefde te verstrekken omdat de eiser die informatie al had, dan rijst de vraag wie dat dient te bewijzen. Mijns inziens de gedaagde. Er is dan weliswaar niet direct op een andere (tegen)norm te wijzen, maar die bestaat wel. Het betreft geen wettelijke norm,[193] maar een ongeschreven inperking van (of: een rechtvaardigings

189 Zo ook HR 29 november 1957, NJ 1958, 31 (Technisch Bureau/Dover); BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427; Thayer 1898, p. 374; Aubry et Rau (Esmein) 1958, p. 75; Le Bars 1997, no. 364; Goudsmit 1866, p. 273; De Savornin Lohman, RM 1904, p. 99-100; Suijling 1928, nr. 373; Rutten-Ariëns 1972, no. 213. Dit geldt ook bij toepassing van de billijkheidsleer, zie Asser 1992, p. 48.

190 Ik werk dat hier niet tot in detail uit, zie daarvoor Grünebaum 1904, p. 71-106; Rutten-Ariëns 1972, no. 213-214; Rosenberg 1965, p. 98 e.v., en par. 2.3 hiervoor. Voor de belangrijke categorie van de 'rechtshindernde' normen kan gesteld worden dat er sprake is van zo'n norm als de feitelijke bestanddelen daarvan dezelfde zijn als die van de grondnorm en er dan nog één bestanddeel extra gegeven moet zijn. Dat laatste element dient dan de gedaagde te bewijzen, zie Grünebaum 1904, p. 86 en 93. Als de bestanddelen van het gestelde en van de betwisting tegenstrijdig zijn, niet samen kunnen lopen, zoals bijvoorbeeld 'schenking' en 'bruikleen', dan is er geen sprake van 'dezelfde bestanddelen', en dan rust alleen op de eiser het bewijsrisico, zie Grünebaum 1904, p. 83.

191 Zo bijvoorbeeld Grünebaum 1904, p. 102. Een voorbeeld hiervan is HR 23 april 1976, NJ 1977, 47 nt. PZ (Van der Meer/Hellinga). Uit de overeenkomst van opdracht tussen partijen (zoals bewezen) vloeit voort dat de architect tegen beloning werkte, ook als dat niet uitdrukkelijk is overeengekomen. Als de gedaagde meent dat dat in casu anders was, dient hij dat te bewijzen.

192 Als er sprake is van een nieuw feit zonder dat die nauwe samenhang bestaat, is het probleem niet al te groot. Van een betwisting is dan immers geen sprake, want betwisten zonder een nauwe samenhang met het betwiste te bewerkstelligen, is niet mogelijk.

193 Dat de bewijsrisicoverdeling niet louter aanknoopt bij wettelijk vastgelegde normen, zal duidelijk zijn. Vele normen zijn immers niet gecodificeerd, zie Scheltema 1934, p. 62. Dat vele normen ongeschreven zijn, doet overigens niets af aan de mogelijkheid de objectiefrechtelijke theorie toe te passen, nu de rechter die normen toch altijd zal moeten formuleren voor het voorliggende geval en dan uit die formulering de bewijsrisicoverdeling voortvloeit, zie Storme 1962, no. 149. Ten aanzien van vele normen, zoals bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, geldt overigens dat het 'raamwerk' van de norm wel geschreven is, en dat de rechter louter de concrete

grond ten opzichte van) de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: informatie die de eiser reeds bezit, hoeft niet nogmaals verstrekt te worden. De gedaagde beroept zich er op dat aan die norm voldaan is, met als gevolg dat hij zorgvuldig gehandeld heeft. Dan beroept hij zich op een zelfstandig verweer.[194] Hij zegt in feite: '*ja*, ik heb geen informatie gegeven, *maar* dat behoefde ik ook niet te doen want de informatie was al bekend.'[195]

Men zou in algemenere zin kunnen zeggen dat een door de gedaagde ingenomen stelling welke tevens noodzakelijkerwijs ten dele een erkenning van de door de eiser gestelde feiten met zich brengt, een zelfstandig verweer is.[196] Of een dergelijk erkenning gegeven is, is te controleren door te bekijken of het zin zou hebben het nieuwe feit aan te voeren als het door de eiser gestelde niet juist zou zijn. Toegepast op het voorbeeld, levert dat het volgende op. Het verweer van het 'geen informatie hoeven te verstrekken', impliceert dat die informatie inderdaad niet verstrekt is, zodat die stelling erkend is. Het heeft bovendien geen zin dit verweer aan te voeren indien nog onduidelijk is of de informatie al dan niet verstrekt is. Dit laat overigens onverlet dat het hier bedoelde verweer ook subsidiair kan worden aangevoerd, waarbij primair wordt aangevoerd dat de informatie wel verstrekt is. Het primaire verweer betreft dan een betwisting, het subsidiaire is een zelfstandig verweer.[197]

Een tweede voorbeeld, ditmaal uit de rechtspraak. Een werknemer vordert achterstallig loon van zijn werkgever. De werkgever beroept zich erop dat het salaris met instemming van de werknemer verlaagd was. De werknemer betwist dat niet, maar geeft wel aan dat die verlaging slechts een tijdelijke was. Wie draagt het bewijsrisico ten aanzien van de duur van de verlaging? Volgens de Hoge Raad is dat de werkgever.[198] Het bewijsrisico ten aanzien van de instemming met de loonsverlaging rust op de werkgever en die instemming omvat de vraag naar de aard en de duur van de verlaging.

Mijns inziens zou bij een correcte toepassing van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling de werknemer het tijdelijke karakter van de verlaging hebben

---

invulling behoeft te geven. Het raamwerk bepaalt dan de bewijsrisicoverdeling, zodat voornoemd probleem in het geheel niet rijst.

194 Dit is de regel in Duitsland, zie BGH NJW 1996, 2037, op 2038, en daarover, toen nog twijfelend, Giesen 1999, p. 28. Zo ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 421.

195 Vergelijk Arens/Lüke 1999, Rdn. 220.

196 Vergelijk Rutten-Ariëns 1972, no. 219.

197 Ik wijs er nog op dat het geenszins de bedoeling is (de rechtsgevolgen van) de leer van de onsplitsbare bekentenis, voor zover daarvan hier sprake zou kunnen zijn (zie nader bijvoorbeeld Veegens-Wiersma 1973, p. 94-96; Rutten-Ariëns 1972, no. 218-219), opnieuw in te voeren in Nederland. De afschaffing van dat onmogelijke leerstuk was terecht. In het hier gegeven voorbeeld dient de eiser (primair) te bewijzen dat er geen informatie verstrekt is, en als dat gelukt is, dient de gedaagde (subsidiair) te bewijzen dat de eiser die informatie al had, zodat hij geen informatie hoefde te verstrekken.

198 Zie HR 9 september 1994, NJ 1995, 113 nt. PAS (Clark/Rentokil), en de conclusie van Asser voor het arrest.

moeten bewijzen, zoals ook de rechtbank in casu besliste. De instemming zelf werd immers niet betwist, deze werd erkend. Dat de loonsverlaging slechts een tijdelijke was, is een nieuw feit, gesteld door, en werkend ten gunste van, de werknemer, die aldus een zelfstandig verweer inroept ('ja, maar...') en zulks dan ook zal moeten bewijzen. Zulks blijkt ook hieruit dat het verweer dat de instemming van tijdelijke aard was, alleen zin zou hebben indien die instemming als zodanig gegeven was. Bovendien vormt de duur van de loonsverlaging geen nadere invulling of afbakening van de instemming met die loonsverlaging, maar betreft dat enkel de (vorm en invulling van de) loonsverlaging zelf.

Hiermee is overigens niet gezegd dat het resultaat waartoe de Hoge Raad komt, onjuist zou zijn. In het geheel niet. Maar die uitkomst kan mijns inziens niet gebaseerd worden op de toepassing van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. De Hoge Raad had zich mijns inziens moeten beroepen op een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling in de zin van art. 177 Rv. Daartoe waren ook voldoende argumenten voorradig, waarbij ik met name op de beschermende strekking van het materiële arbeidsrecht wijs. Uit de conclusie van A-G Asser blijkt overigens dat die argumenten in elk geval in het geding naar voren gekomen zijn.[199]

Op abstracter niveau zou hieruit de les getrokken kunnen worden dat veel onduidelijkheden met betrekking tot de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling vermeden kunnen worden als men maar niet, zoals hier gebeurde, geforceerd tracht om die hoofdregel toe te passen in een geval waarin het om een afwijking daarvan gaat. Men dient in zulke gevallen in alle openheid een bijzondere regel in de zin van art. 177 Rv te aanvaarden.[200]

Bij de formulering van de hoofdregel zoals hierboven weergegeven, om daar weer naar terug te keren, is in iets ruimere mate dan wellicht gebruikelijk de aandacht gericht geweest op *beide partijen*. Regelmatig wordt bij de beoordeling van wie wat dient te bewijzen, uitgegaan van de feiten die de gedaagde dient te bewijzen,[201] waarbij 'de rest' dan door de eiser bewezen moet worden.[202] In mijn formulering worden beide partijen naast elkaar gezet. Dat is mijns inziens wenselijk omdat beide zijden in de overwegingen betrokken dienen te worden om tot een gefundeerd oordeel te kunnen komen.

De hier gekozen formulering van de hoofdregel voorkomt mijns inziens een probleem dat wel aan de huidige formulering in art. 177 Rv kleeft. In dat artikel

---

199 Het gaat hier, naast de beschermende strekking van de bepalingen van het arbeidsrecht, om het recht op loon. Vergelijk de conclusie van Asser voor het arrest, nr. 2.5-2.7, die het instrument van de bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling overigens wel noemt, alsmede de noot van Stein onder het arrest. We raken hier opnieuw de kwestie van de wederzijdse beïnvloeding tussen het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling, waarover nader par. XIV.3.2.4.

200 Dat biedt voldoende ruimte om tot een billijke bewijsrisicoverdeling te komen, aldus Asser, Discussieverslag 1994, p. 55, die ook voor het opstellen van meer van deze bijzondere regels pleit.

201 Vergelijk Rosenberg 1965, p. 119 e.v.; Grünebaum 1904, p. 71 e.v.

202 Of kijkt men alleen naar de eiser, zoals Scheltema's (1934, p. 61 en 63) verstek-criterium.

wordt namelijk bij de bepaling van de bewijsrisicoverdeling aangeknoopt bij de door een partij 'gestelde feiten'. Dan rijst meteen de vraag welke feiten gesteld moeten zijn. Het antwoord daarop staat echter nergens.[203] Ik ben hier uitgegaan van de bewijsrisicoverdeling en heb in abstracto aangegeven wie wat dient te bewijzen. Daarmee is tegelijk bepaald wie wat moet stellen, want de stelplicht rust in beginsel[204] op dezelfde partij als het bewijsrisico.[205] Men zou het ook zo kunnen zeggen: Elke procespartij dient die feiten te stellen welke minimaal noodzakelijk zijn om de elementen van de door haar ingeroepen norm welke als grondslag voor haar vordering of verweer dient, als vaststaand te mogen beschouwen voor zover er geen betwisting zou zijn.[206]

5 Conclusie: de bewijsrisicoverdeling in de Nederlandse praktijk

Of in de praktijk de billijkheidsleer of de objectiefrechtelijke theorie wordt toegepast, is lang onduidelijk[207] en voorwerp van debat[208] geweest, maar er is op dit moment wel een lijn te ontwaren in de rechtspraak die nauw aansluit bij de objectiefrechtelijke theorie,[209] hoewel de Hoge Raad nooit expliciet voor die leer heeft gekozen.[210] Die ontwikkeling is bestendigd, en wellicht mede ingegeven,

---

203 Dit was ook al zo onder art. 1902 OBW, zie Scheltema 1934, p. 45. Veel moeite heb ik overigens niet met art. 177 Rv in zijn huidige redactie, afgezien van de eerder besproken (par. 3.4) mogelijkheid om op basis van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering te aanvaarden. Het is immers wel duidelijk wat de wetgever met art. 177 Rv wil bereiken en de rechtspraak kan ermee uit de voeten.

204 Dat is anders na een bewijsrisico-omkering, zie par. 3.4 hiervoor. Het gaat hier echter over de gevallen waarin de hoofdregel toegepast wordt.

205 Zie bijvoorbeeld Baumgärtel 1996, Rdn. 28.

206 Ik ga daarbij voorbij aan de ervaringsfeiten en de feiten van algemene bekendheid, zie art. 176 lid 2 Rv, want die feiten behoeven geen bewijs. Deze regel verschilt overigens, dat zal duidelijk zijn, niet wezenlijk van het verstek-criterium zoals Scheltema 1934, p. 61 en 63, dat formuleerde.

207 Zie Wiersma, RM Themis 1966, p. 481; Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 50; Marlet, AA 1958, p. 93.

208 Vergelijk bijvoorbeeld Verburgh 1970 contra Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 680 e.v.

209 Vergelijk Verburgh 1970, p. 58; Verburgh, Verdam-bundel 1971, p. 378; Asser 1992, p. 59; Koopman 1996, p. 12; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31; Rutgers, AA 1998, p. 306; Stein/Rueb 2000, p. 96, en reeds Wiersma 1966, p. 480, noot 3, die echter geen definitieve winnaar aanwijst. Anders: Völlmar 1952, p. 970; Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 680, 681 en p. 696; Van Dunné, AA 1995, p. 665 en 666, en TMA 1999, p. 149. Zie ook HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 897 (Van Rhee/INB) en HR 4 september 1998, NJ 1998, 828 (Waarbroek/H.), waarin de net geformuleerde materiële regel de bewijsrisicoverdeling rechtstreeks dicteerde. Een dienstverlener dient een poststuk zodanig te verzenden dat hij een bewijs van verzending kan overleggen, en hij dient te bewijzen dat hij de zending verricht heeft. Dat laatste is niet meer dan logisch nu hij materieelrechtelijk verplicht is het bewijs te kunnen leveren. Men zou dit wellicht ook als een toepassing kunnen zien van de regel dat degene die het beste in staat is het bewijs te leveren, daartoe verplicht is, maar dan vergeet men dat het in staat zijn bewijs te leveren uiteindelijk berust op de materiële norm zoals die in casu aanvaard werd, en de bewijsrisicoverdeling dus ook.

210 De Hoge Raad heeft ook nooit een andere keuze gemaakt, zie Kan 1921, p. 6; Pitlo 1950, p. 44; Völlmar 1952, p. 970-971; Rutten-Ariëns 1972, no. 215; Stein, Jonge Balie-bundel 1988, p. 47 en 50; Princen 1990, p. 8.

door de introductie van art. 177 Rv waarin de objectiefrechtelijke theorie als *eerste* leidraad geponeerd is.[211]

Bij de verdeling van het bewijsrisico volgt de rechter dus in eerste instantie de objectiefrechtelijke theorie.[212] Dat er wel eens uitspraken gedaan worden die op het eerste gezicht daarmee niet te verenigen zijn,[213] doet daaraan niet af. Nadere analyse leert immers veelal dat in die gevallen niet de bewijsrisicoverdeling maar de bewijswaardering de belangrijkste rol speelde.[214] Bovendien is afwijken van de hoofdregel niet verboden.[215]

Met betrekking tot dat laatste punt is nog van belang dat uit het bestaan van zulke uitzonderingen niet zonder meer mag worden afgeleid dat de theorie als zodanig onjuist zou zijn. Die theorie kan immers ook van dien aard zijn dat de uitzonderingen daarin geïncorporeerd kunnen worden, ook al is dat wellicht (nog) niet onderkend. En als dat niet zou kunnen, dan is het wellicht nog mogelijk dat de theorie aangaande de hoofdregel slechts (een geringe) aanpassing behoeft om de uitzonderingen wél te kunnen plaatsen. Men hoeft op basis van het bestaan van uitzonderingen dus niet meteen over te gaan tot het ten grave dragen van de bestaande theorie.[216]

Teneinde te kunnen bepalen welke van de zojuist beschreven situaties zich eventueel voordoet, is het wel nodig de bestaande uitzonderingen op de hoofdregel in kaart te brengen en te bezien op welke argumenten deze gebaseerd zijn. Dan kan vervolgens een model opgesteld worden dat aangeeft in welke gevallen een uitzondering op de hoofdregel mogelijk zou kunnen zijn. Dit alles vormt het onderwerp van Deel 2 en 3 van deze studie.

---

211 Van Dunné, AA 1995, p. 665 en 666, en TMA 1999, p. 149, mag dan wel beweren dat de billijkheidsleer de heersende is, maar dan slaat hij toch echt de plank mis. In art. 177 Rv staat de bewijsrisicoverdeling naar redelijkheid en billijkheid *niet* voorop. Zie ook PG Bewijsrecht, p. 89; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 29; Stein/Rueb 2000, p. 97.

212 In die zin ook Storme 1962, no. 181;Verburgh 1970, *passim*; Verburgh, Verdam-bundel 1971, p. 378; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 39; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 31; Stein/Rueb 2000, p. 97. Anders, Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 680 e.v.

213 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 maart 1996, NJ 1998, 355 (First Leisure Holland/Van Ammers).

214 Dat geldt met name voor de arresten die Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 680 e.v., de revue laat passeren. Ik wees daar al eerder op, zie hiervoor noot 134.

215 Ik wijs hier slechts op HR 23 oktober 1998, rolnr. 9080, R97/145 (ongepubliceerd) (Peanut Product Processors NV/De Nederlandse Antillen), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.4 stelt dat het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband, *behoudens uitzonderingen*, op de eiser rust. Zo'n uitzondering is de leer van de bewijsrisico-omkering bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen, waarover Giesen 1999, p. 66 e.v. De Hoge Raad gaat hierbij overigens wel voorzichtig te werk, zie Bosch-Boesjes, WPNR 6220 (1996), p. 299 en p. 300, en Asser, Discussieverslag 1994, p. 53.

216 Vergelijk in algemene zin Barendrecht 1992, p. 61-62, en verder Schlemmer-Schulte 1997, p. 22; Heinrich 1996, p. 81-82. Anders: Moltzer, RM 1903, p. 533, en Asser-Anema-Verdam 1953, p. 81, die menen dat alleen de billijkheidsleer een bewijsrisico-omkering kan verklaren. Naar Duits recht geldt dat een bewijsrisico-omkering in een individueel geval uit billijkheidsoverwegingen niet toelaatbaar is, zie BGH WM 1997, 591, op p. 592. Zo ook Suijling 1928, nr. 380, op p. 109.

DEEL 2

DE BEWIJSRISICOVERDELING IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht

1 Inleiding

Deel 2 van deze studie is gewijd aan de beschrijving van het positieve recht inzake de bewijsrisicoverdeling op een aantal deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht. De aandacht zal daarbij met name gericht worden op de eventuele uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling en op de argumenten die van belang zouden kunnen zijn voor de vraag of een bewijsrisico-omkering aanvaard kan worden. Daarbij zal verder als volgt te werk gegaan worden.

Voor elk van de in de hoofdstukken V tot en met XI te behandelen deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht zullen aan de hand van de vijf voorwaarden of elementen die beslissen over het ontstaan en de omvang van eventuele aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad,[1] de regels van bewijsrisicoverdeling worden behandeld.[2] Die elementen zijn de bekende: de onrechtmatigheid of de voorwaarden voor intreden van risico-aansprakelijkheid; de schade; het causale verband; de toerekening (waaronder schuld); en de voorwaarden voor disculpatie of beperking van aansprakelijkheid (relativiteit, overmacht, eigen schuld, en eventuele andere mogelijkheden).

Met betrekking tot de selectie van de hierna te behandelen deelgebieden, kan nog het volgende opgemerkt worden. Er zijn vele feitelijke constellaties denkbaar waarin het aansprakelijkheidsrecht zijn intrede zou kunnen doen. Het is echter niet mogelijk om in dit onderzoek elke mogelijke soort 'fout' uitvoerig aan bod te laten komen. Ik zal mij dan ook beperken tot die vormen van aansprakelijkheid die in de praktijk een belangrijke rol spelen en waarbij wellicht verwacht mag worden dat afgeweken zal worden van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[3]

---

1 Met betrekking tot de toerekenbare tekortkoming in de nakoming, waaraan ik voorlopig nog voorbij ga, kan nu al gesteld worden dat de voorwaarden daarvoor grotendeels dezelfde zijn als die voor een onrechtmatige daad en dat de bewijsrisicoverdeling ook dezelfde is, met dien verstande dat het bewijsrisico ten aanzien van de toerekening (schuld) expliciet op de gedaagde rust.

2 Dit geldt niet voor hoofdstuk VIII. In verband met de eerdere uitgave van dat deel van het onderzoek (zie Giesen 1999) zijn in dat hoofdstuk alleen de eerder getrokken conclusies overgenomen.

3 Geheel vrij van subjectiviteit is die keuze uiteraard niet. Het belang van een bepaald deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht is immers niet eenvoudig vast te stellen. Enkele andere 'deelgebieden' komen overigens nog kort in hoofdstuk XIV aan bod.

In dit en de navolgende hoofdstukken zal ik geen gedetailleerde beschrijving geven van (de inhoud van) de toepasselijke materiële normen. Het gaat het bestek van dit boek te buiten om eerst het materiële recht uitvoerig uit de doeken te doen en vervolgens de regels van bewijsrisico te beschrijven. De lezer zal het ten aanzien van het materiële recht met algemene omschrijvingen en verwijzingen moeten stellen.[4]

Teneinde in de hierna volgende hoofdstukken herhalingen zoveel mogelijk te vermijden, wordt hierna in paragraaf 2 de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling per voorwaarde voor (beperking van) aansprakelijkheid uiteen gezet. In de volgende hoofdstukken zal dan op die voorwaarde niet meer uitvoerig ingegaan worden, tenzij het bestaan van een bijzonderheid dat nodig maakt.[5] De conclusie in paragraaf 3 vormt mede een inleiding op het vervolg van Deel 2.

2 De hoofdregels

2.1 Inleiding

In alle onderzochte rechtsstelsels geldt in beginsel dat degene die een aanspraak geldend wil maken, de daarvoor minimaal vereiste feiten dient te stellen en bewijzen: *actori incumbat probatio*.[6] Omgekeerd dient de gedaagde de verweren die hij aanvoert, te staven door de feiten die daarvoor nodig zijn, te bewijzen.

Toegepast op 'de' onrechtmatige daad, komt dit systeem in grote lijnen hierop neer dat van de bovengenoemde voorwaarden de eerste vier (onrechtmatige gedraging, schade, causaal verband en toerekening) door de eiser, en de laatste (disculpatie) door de gedaagde bewezen moeten worden.[7] Ik wijs er hier overigens

4 Op het eerste gezicht lijkt dit wellicht in strijd met de eerder verdedigde stelling (par. III.3) dat de bewijsrisicoverdeling afhankelijk is van het materiële recht. Dan immers is van groot belang hoe het materiële recht in elkaar steekt. Die tegenstrijdigheid is echter niet aanwezig. Het gaat bij de bewijsrisicoverdeling op basis van het materiële recht om de grote lijnen, bijvoorbeeld wie de onzorgvuldigheid dient te bewijzen. De bewijsrisicoverdeling is in beginsel niet afhankelijk van de concrete invulling van die zorgvuldigheidsnorm. Die invulling is wel van belang voor *wat* bewezen moet worden, bijvoorbeeld dat de gedaagde rechts inhaalde, maar niet voor de vraag *wie* dat moet bewijzen. Die concrete invulling kan daarnaast nog van belang zijn voor de vraag of een feit bewezen *kan* worden, want als een begrip ruim uitgelegd wordt, zal het eerder mogelijk zijn het bewijs te leveren. Ook dat doet echter niet af aan de verdeling van het bewijsrisico.

5 Dit komt hierop neer dat ik in de rest van Deel 2 voornamelijk de elementen 'onrechtmatigheid' en 'causaal verband' zal behandelen. Ten aanzien van de overige voorwaarden is het aantal afwijkingen van hetgeen hierna beschreven wordt, gering.

6 Zie par. III.2 en III.3, en verder onder andere Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1970, no. 1686; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 462; Phipson 1990, 4-05, en Schwab, FS Bruns 1978, p. 516.

7 De wortels van dit systeem zijn gelegen in het Romeinse recht. Zo wijst Schwab bijvoorbeeld op een aantal teksten in de Justiniaanse Digesten waarin de hier geopperde gedachte reeds naar voren komt (Dig. 22, 3,2 Paulus; Dig. 22, 3, 21 Marc., en Dig. 22, 3, 12, aangehaald in Schwab, FS Bruns 1978, p. 516). Zie ook Prütting 1983, p. 269, en par. III.2.2.

nog in algemene zin op dat zowel in Nederland als elders, het benodigde bewijs ook door middel van vermoedens geleverd kan worden. Ik zal dat aspect hierna niet steeds opnieuw benadrukken.[8]

2.2 *Nederland*

Voor het Nederlandse recht vinden wij de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling terug in de eerste zinsnede van art. 177 Rv: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten (...)'.[9] Voor een vordering op basis van art. 6:162 BW betekent dit ten eerste dat de eiser de onrechtmatigheid dient te stellen en bewijzen (de handeling of het nalaten zelf daarbij inbegrepen).[10] Daarbij dient wel nog opgemerkt te worden dat de rechtspraak de eiser op bepaalde deelgebieden tegemoet komt door een verzwaarde stelplicht voor de gedaagde aan te nemen. Deze zal dan zijn ontkenning van de stellingen van de eiser uitvoerig moeten motiveren en de eiser aanknopingspunten voor diens bewijslevering moeten verschaffen.[11]

Of de onrechtmatigheid gegrond wordt op een rechtsinbreuk, een wetsschending of op onzorgvuldig handelen (vergelijk art. 6:162 lid 2 BW), doet voor de verdeling van het bewijsrisico niet ter zake.[12] Dat risico rust steeds op de eiser. Dat de *verdeling* van het bewijsrisico voor de eiser gunstiger zou zijn indien het gaat om een rechtsinbreuk of een wetsschending, zoals wel gesteld wordt,[13] is niet juist. Immers, de eiser zal nog steeds moeten bewijzen dat er sprake was van zo'n inbreuk of schending.[14] Dat daarna, na vaststelling van die *prima facie* onrechtma-

8 Zie verder par. II.5. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik met name in op de algemene normen van het delictuele aansprakelijkheidsrecht. Indien op een of meer van de hierna te behandelen deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht (tevens) andere grondslagen voor aansprakelijkheid toepasselijk zouden kunnen zijn, zullen die grondslagen, inclusief de daarbij behorende bewijsrisicoverdeling, aldaar behandeld worden. Zo zal de contractuele aansprakelijkheid in par. VII.3 aan bod komen.

9 Diezelfde hoofdregel wordt nog eens herhaald in art. 6:188 BW. Zie daarover nader par. VII.2.2.

10 Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 nt. ARB (B./Amsterdam); Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77; Van Dam 2000, nr. 839.

11 Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman) voor gevallen van medische aansprakelijkheid, en verder par. III.3. Voor de verkeersaansprakelijkheid is het bestaan van een aanvullende stelplicht niet aangenomen, zie HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade).

12 Tegenwoordig is overigens meer en meer een belangenafweging noodzakelijk bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, zie bijvoorbeeld Fleming 1998, p. 8. De mogelijke gevolgen daarvan voor de bewijsrisicoverdeling komen in par. IX.2.1.2, par. X.2.2 en par. XI.2.1.2 nog aan bod. Op de vraag in hoeverre aan de eerste twee onrechtmatigheidscriteria nog zelfstandige waarde toekomt, ga ik niet in, zie recentelijk Lindenbergh, TvP 1999, p. 1678-1679, en Sieburgh 2000, p. 45-48, en p. 58 e.v.

13 Zo onder andere Verheij, Hage & Van Maanen, NTBR 1999, p. 97; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 26 en 40; Hartlief/Van Maanen 1995, p. 31 en 43; Van Dam 2000, nr. 839.

14 Zie bijvoorbeeld Schut 1997, p. 50 en 53; Sieburgh 2000, p. 62, en Molengraaff, RM 1887, p. 420.

tigheid,[15] de gedaagde moet aantonen dat de relativiteit ontbrak of dat er een rechtvaardigingsgrond bestond,[16] is niet anders bij de onrechtmatigheid die gelegen is in een onzorgvuldige handeling[17] en bovendien niet meer dan een toepassing van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling ten aanzien van die voorwaarden, zoals wij nog zullen zien.[18] Wel is het zo dat het in deze gevallen over het algemeen makkelijker zal zijn voor de eiser om het bewijs te leveren, maar dat is een kwestie die de verdeling van het bewijsrisico als zodanig niet raakt.[19]

Ook de mogelijkheid van toerekening van de daad aan de dader (schuld of toerekening op basis van de wet of de verkeersopvattingen) dient in principe door de eiser bewezen te worden. Die regel is echter in belangrijke mate ondergraven. In de rechtspraak wordt op grote schaal aanvaard dat de gedaagde dient te stellen en bewijzen dat schuld ontbrak, omdat het een uitzondering is dat de dader geen schuld heeft als de onrechtmatigheid vaststaat.[20] Het gaat hierbij mijns inziens om een vermoeden van schuld en niet om een 'echte' bewijsrisico-omkering. De schuld wordt immers afgeleid uit de onrechtmatigheid.[21] De wetgever heeft uit deze ontwikkeling afgeleid dat het beter zou zijn geen algemene regel op te stellen over de bewijsrisicoverdeling ten aanzien van de schuld.[22] Vervolgens verwijst

15 Zie Hartlief/Van Maanen 1995, p. 30; Schut 1997, p. 54; Sieburgh 2000, p. 62.

16 Zie Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 26; Schut 1997, p. 53. Vergelijk ook Sieburgh, NJB 1997, p. 629 en 631, en Sieburgh 2000, p. 62.

17 Al zullen dan alle omstandigheden in één keer getoetst worden.

18 Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 26, beroept zich in dit kader op HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 nt. FHJM (Bahou/Fireco). In dat arrest ging het echter niet over de onrechtmatigheid, maar over schuld in de zin van verwijtbaarheid. De gedaagde diende de afwezigheid van schuld te bewijzen, maar had daartoe volgens de Hoge Raad onvoldoende gesteld, zie ook de noot van Mijnssen onder het arrest en Van Dam 2000, nr. 923. De sterkere bewijspositie ten aanzien van het causale verband die Hartlief/Van Maanen 1995, p. 31, bij een wetsschending zien, hangt hiermee samen dat het in het door hen besproken geval om een veiligheidsnorm ging. Daarover zo meteen meer.

19 Dat het bewijs makkelijker te leveren is, zie onder andere Asser-Hartkamp 4-III, nr. 34 en 41b; Van Dam 1989, p. 77; Molengraaff, RM 1887, p. 420; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1678, en par. X.2.2, is juist, omdat de norm waaraan in deze gevallen getoetst wordt, concreter zal zijn. Dat argument wordt door de in noot 13 vermelde auteurs echter niet expliciet aangevoerd.

20 Zie bijvoorbeeld HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 nt. FHJM (Bahou/Fireco), en verder Van Dam 2000, nr. 839 en 923; Sieburgh 2000, p. 167 en 243; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77; Van Dunné 1998, p. 24; Schut 1997, p. 26-27 en 97; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 70 en 74; Onrechtmatige Daad I (Jansen), art. 162 lid 3, aant. 57 e.v.; Veegens-Wiersma 1973, p. 98; Kan 1921, p. 67 e.v.; Grünebaum 1904, p. 143.

21 Zie ook hierna par. XIV.4.4.5, doch anders Van Dam 2000, nr. 923, die van een 'echte' bewijsrisico-omkering uitgaat. Zo ook Sieburgh 2000, p. 167, voor wie dit te ver gaat en die daarom voor aan aanvullende stelplicht pleit (zie p. 167-168 en p. 243). Zie over deze kwestie verder onder andere Drucker, RM 1890, p. 582 e.v.; Van Nispen tot Sevenaer, NJB 1928, p. 573 e.v.; Wolfsbergen, WPNR 3079 (1928), met name p. 799; Wertheim 1930, p. 136 e.v.; Meijers, WPNR 3445 (1936), met name p. 5; Wolfsbergen 1946, p. 132 e.v.; Meijers 1958, p. 301-304, en Van Dam 1989, p. 81 e.v.

22 PG Boek 6, p. 618.

die wetgever echter weer naar de algemene regels van bewijsrecht, waaruit dan alsnog volgt, op basis van art. 177 Rv, dat de eiser het bewijsrisico draagt.[23]

De waarde van 'schuld' als voorwaarde voor aansprakelijkheid wordt ook voor het overige nogal eens in twijfel getrokken. Toetsing aan het schuld-vereiste zou namelijk neerkomen op een tweede toets aan de zorgvuldigheidsnorm, welke al verricht is bij de beoordeling van de onrechtmatigheid.[24] De tegenstanders van die opvatting wijzen er op dat daarbij over het hoofd wordt gezien dat schuld bedoeld is als kwalificatie van de dader en niet als kwalificatie van de daad.[25] Wat hier verder ook van zij, vooralsnog lijkt aan het element schuld wel enige betekenis te moeten worden toegekend. De expliciete opname ervan in lid 3 van art. 6:162 BW geeft immers al aan dat schuld op iets anders dan de onrechtmatigheid moet duiden.[26] Dat andere kan dan eigenlijk alleen de subjectieve verwijtbaarheid van de dader betreffen. Het gaat dan om de innerlijke gesteldheid van de dader: had hij anders kunnen handelen?[27] Als het voorgaande juist zou zijn, is het ook niet zo vreemd dat de rechtspraak ten minste de bewijsvoeringslast[28] op die persoon legt wiens schuld zou moeten ontbreken. De gedaagde is immers als beste in staat om bewijs aan te voeren over zijn motieven en gedachten.[29] Bovendien, als er geen bewijsverlichting voor de eiser aanvaard zou worden, zouden vele eisers alsnog met lege handen blijven staan.[30]

Met betrekking tot het bewijs van het bestaan en de hoogte van de schade is in beginsel voldoende dat feiten gesteld[31] en aannemelijk worden waaruit in het algemeen afgeleid kan worden dat er schade is of zal worden geleden.[32] De

---

23 Aldus ook Asser 1992, p. 105, en Sieburgh 2000, p. 166-167. Voor zover de toerekening naar verkeersopvattingen in het geding is, geldt dat een oordeel daaromtrent een kwalificatie door de rechter behelst, waarbij het bewijsrisico slechts een beperkte rol speelt, zie par. I.3. Vergelijk ook Sieburgh 2000, p. 243, en Van Dam 2000, nr. 923 *in fine*.

24 Zie bijvoorbeeld Van Nispen tot Sevenaer, NJB 1928, p. 573 e.v.; Wolfsbergen 1946, vooral p. 139-144; Van Dunné 1998, p. 23 en 39.

25 Zie Sieburgh 2000, p. 81; Van Dam 2000, nr. 703 en 902; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 74, met verdere verwijzingen. Zie over dit debat ook Sieburgh 2000, p. 38-42 en p. 147 e.v.; Spier c.s. (van Maanen) 1997, nr. 67; Spier, Schoordijk-bundel 1991, p. 270 e.v.; Van Dam 1989, p. 84 e.v., en verder over het schuldvereiste onder andere Spier, Schoordijk-bundel 1991, p. 267 e.v.; Brunner, Afscheidsrede 1996, p. 12-14; Schut 1997, p. 94 e.v.; Sieburgh 2000, p. 126 e.v. en p. 147 e.v.

26 Zie Sieburgh 2000, p. 89.

27 Vergelijk Asser-Hartkamp 4-III, nr. 74-76; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 68.

28 Het gaat hier immers over een vermoeden.

29 Dat ligt hieraan dat een intentie verder alleen te bewijzen is als deze is geuit, zie Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 314. Vergelijk ook Grünebaum 1904, p. 142.

30 Zie bijvoorbeeld Scholten 1899, p. 14-15, en Bruins 1906, p. 114-115.

31 Zie HR 9 juni 1995, NJ 1995, 692 nt. PvS (Finad/Worst).

32 Zie onder andere HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 (P./Amsterdam); HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meiling); HR 28 mei 1999, NJ 1999, 614 (H./Stichting Gezondheidszorg); Barendrecht/Breukers 1995, p. 322; Bloembergen, conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), sub. 9, en hiervoor par. II.5.3.

eisen die aan de bewijsvoering gesteld worden, zijn hier derhalve minder hoog.[33] Dat die feiten inderdaad aannemelijk zijn, dient de eiser aan te tonen; deze draagt dus in beginsel wel het bewijsrisico.[34] Het bestaan van de schade wordt overigens veelal zonder meer aannemelijk geacht.[35] Dat gebeurt dan bij wege van vermoeden: uit de aard van het getroffen belang wordt de schade afgeleid (zie par. II.5.3). De gedaagde mag vervolgens trachten dit vermoeden te ontkrachten door middel van tegenbewijs. Ten aanzien van art. 6:104 BW, de winstafdracht, heeft de Hoge Raad beslist dat de gedaagde dient te bewijzen er dat géén schade ontstaan kan zijn.[36] Als het bestaan van de schade eenmaal vaststaat, heeft de rechter grote vrijheid bij het bepalen van de omvang van die schade. Art. 177 Rv is dan niet van toepassing[37] en schattingen door de rechter zijn op basis van art. 6:97 BW toegestaan.[38]

De eiser dient in beginsel ook aan te tonen, eventueel met behulp van vermoedens, dat er causaal verband bestaat tussen de schade en de onrechtmatige daad, althans voor zover het over het *conditio sine qua non*-verband gaat.[39] Sinds enige decennia aanvaardt 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,

---

33 Zie in dit kader met name ook HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia), waarin de Hoge Raad aangeeft dat ten aanzien van het bestaan van (letsel)schade geen al te hoge eisen gesteld mogen worden aan het bewijs, omdat het nu juist de gedaagde was die de onzekerheid veroorzaakte. Zo ook Pals 1983, p. 181; BGH VersR 1995, 422, op p. 424, en BGH VersR 2000, 233. In deze richting ook, maar meer vrijheid aan de rechter latend ('kan), HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 nt. CJHB (Van Sas/Interpolis Schade), r.o. 3.4. Dit alles zal overigens doorwerken naar het bewijs van het causale verband, omdat beide kwesties nauw verbonden zijn.

34 Vergelijk HR 6 maart 1998, NJ 1998, 422 nt. ARB (Interfood/Lycklama à Nijeholt).

35 Zie Barendrecht/Breukers 1995, p. 330; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 416, en Bloembergen, conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), sub. 9.

36 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 nt. CJHB (Waeyen-Scheers/Naus), waarover Scholman 1997, met name p. 300-301, en Jordaans & Krans, NJB 1994, p. 844 e.v.

37 Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O.); HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 nt. ARB (Amev/Staat); PG Boek 6, p. 339, en Asser 1992, p. 7. Dit geldt alleen ten aanzien van de hoogte van de schade; ten aanzien van het bestaan van schade geldt art. 177 Rv wel, vergelijk HR 6 maart 1998, NJ 1998, 422 nt. ARB (Interfood/Lycklama à Nijeholt). De niet-toepasselijkheid van art. 177 Rv betekent dat de rechter die bij de bepaling van de hoogte van de schade op een *non liquet* zou stranden, geen beslissing zou kunnen geven. Voor dat geval is immers geen bewijsrisico-regel van toepassing. Nu de rechter moet beslissen is hem voor deze gevallen de bevoegdheid toegekend een goeddeels fictief bedrag toe te wijzen (de schatting van art. 6:97 BW). Schadevergoeding geheel afwijzen mag niet, want er staat immers al vast dat er schade is geleden.

38 Zie recentelijk bijvoorbeeld HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 nt. ARB (Losser/De Vries), r.o. 3.5.3.

39 Zie onder andere PG Boek 6, p. 346; HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (ongepubliceerd) (Peanut Product Processors/De Nederlandse Antillen); Asser 1990, p. 50; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 24; Spier/Bolt 1996, p. 134; Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 13.1; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a; Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 447, en de conclusie van Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/International Shellfish), nr. 3.32. Bewijs van *conditio sine qua non*-verband is overigens niet altijd nodig, aldus Asser-Hartkamp 4-I, nr. 440. Bovendien lijkt het tegenwoordig mogelijk het causaliteitsvereiste met een zekere coulance te benaderen als de onrechtmatigheid vaststaat, vergelijk HR 1 oktober 1999, NJ 1999, 756 (Van Dijck/Venray).

gegeven.[40] De belangrijkste voorwaarde voor deze 'echte' bewijsrisico-omkering[41] is derhalve dat de onrechtmatige gedraging het gevaar voor ongevallen vergroot heeft.

Inmiddels heeft deze regel, die ook met zich brengt dat de eisen die aan de stelplicht van de eiser gesteld worden, verlaagd worden,[42] een ruimere reikwijdte gekregen. De regel werd eerst bij verkeersovertredingen en later ook bij geschonden veiligheidsvoorschriften toegepast, maar inmiddels lijkt de werking ervan algemener geworden te zijn.[43] Immers, ook ten aanzien van de notaris die zijn cliënt niet waarschuwt voor de risico's van een transactie, past de Hoge Raad deze regel toe:

> '(...) 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 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.'[44]

---

40 Zie onder andere HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 nt. GJS (Nicolaye/Grooten); HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Kinderbescherming/Engelen); HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 nt. CJHB (Lekkende Kruik III); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz); Van Schellen 1985, met name nr. 72, 102 e.v. en 151 e.v.; Frenk, Schademecum 1995, p. 15-16; Schut 1997, p. 84 e.v.; Spier c.s. 1997 (Hartlief), nr. 215; Van Dunné, TMA 1999, p. 153-154; Van Dam 2000, nr. 810; Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 13.1 sub b en 13.3; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a. Een aanzet was reeds te vinden in HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM) en in HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 nt. GJS (De Brouwer/Van den Besselaar). Op andere 'uitzonderingen', zoals toepassing van de kanstheorie en het combineren van een bewijsrisico-omkering met een proportionele aansprakelijkheid, ga ik nu niet in, zie daarover Akkermans 1997, p. 419; par. VI.3.3.2, en Giesen 1999, p. 72 e.v. en 122 e.v.

41 Zie Giesen 1999, p. 70-71. Dat het hier om een echte bewijsrisico-omkering zou gaan, wordt wel betwijfeld, zie Asser, RM Themis 2000, p. 142; Klaassen, A & V 1998, p. 148; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 26. De Hoge Raad stelt echter uitdrukkelijk dat de gedaagde moet stellen en bewijzen, zie bijvoorbeeld HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz); de conclusie van Bakels, sub 2.3, voor dat arrest; de noot van Snijders onder dat arrest, sub 2d; de conclusie van Hartkamp, sub 11, voor HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), die immers tegendeelbewijs verlangt, alsmede het citaat hierna.

42 Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 12; Veegens-Wiersma 1973, p. 98.

43 Zie noot 45. Deze regel wordt tevens algemener in die zin dat in deze gevallen in beginsel ook de schuld van de laedens gegeven is, zie Giesen 1999, p. 131; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 160 en 164; Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 127; Veegens-Wiersma 1973, p. 98, hetgeen strookt met de algemene regel, zie noot 20. Over de onrechtmatigheid zegt deze regel niets, zie HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730 (Regionaal Ziekenfonds Groningen/Koetje); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 42, en Giesen 1999, p. 104.

44 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), waarover Giesen 1999, p. 66 e.v. en p. 119 e.v. Deze uitspraak werd bevestigd in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), een geval waarin de verplegers van een psychiatrische instelling een patiënt de nacht elders lieten doorbrengen, waarna deze aldaar brand stichtte. De vraag was of de psychiater van de instelling, indien deze geraadpleegd zou zijn, de patiënt zou hebben laten vertrekken.

Aldus is de uitzondering verworden tot een - in elk geval in potentie - zeer algemeen toepasbare regel.[45]

Of die algemene toepassing zich daadwerkelijk zal of zou moeten doorzetten, valt overigens nog te bezien.[46] Naar mijn mening is een ruime toepassing van deze regel goed verdedigbaar voor zover er verkeers- en veiligheidsnormen (en letselschade) in het geding zijn,[47] maar of de regel ook toegepast zou moeten worden in gevallen waarin geen verkeers- of veiligheidsnormen geschonden zijn of waarin er sprake is van puur economische schade, waag ik te betwijfelen.[48] Daarbij mag niet vergeten worden dat de situatie dat door een onrechtmatige handeling of een tekortkoming de kans op schade vergroot is, zich zeer regelmatig zal voordoen, zodat deze regel vrijwel steeds toepasselijk zou zijn als die inderdaad als algemeen toepasbare regel bedoeld zou zijn.[49] Dat zou dan weer betekenen dat het bewijsrisico ten aanzien van (het ontbreken van) het causale verband vrijwel

---

45 Zie de conclusie van Hartkamp, sub 11, voor HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.); de noot van Snijders onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz), sub 2a; Asser, RM Themis 2000, p. 142; Van Dam 2000, nr. 810; Schut 1997, p. 87; Spier c.s. 1997 (Hartlief), nr. 215; (weifelend) Bauw c.s. 1999, p. 29; (kritisch) Spier/Bolt 1996, p. 364; T & C BW (Oosterveen), art. 6:98, aant. 8, en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a, die van een regel van algemene strekking spreekt, hoewel eerder in nr. 434a wordt aangegeven dat het bewijsrisico in beginsel op de eiser rust. Deze regel is bijvoorbeeld ook toegepast op gevallen van beroving, zie HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 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, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). Deze arresten betreffen kwesties waarbij de schending van een veiligheidsnorm aangenomen kan worden. Ten aanzien van de geschonden waarschuwingsplicht ligt dat mijns inziens anders. Men zou hier eventueel wel van een 'zekerheidsnorm', als een nieuw type veiligheidsnorm, kunnen spreken, zie Giesen 1999, p. 69.

46 Zie bijvoorbeeld HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (ongepubliceerd) (Peanut Product Processors/De Nederlandse Antillen) en HR 20 september 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/B. Notarissen) waarin beslist werd dat de eiser het causale verband diende te bewijzen. In die laatste zaak ging het om een niet tijdig ingediende akte. Zie over het onderscheid tussen het laatste arrest en het hier in de tekst geciteerde arrest verder Giesen 1999, p. 66 e.v., en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434c, die het onderscheid hierin ziet dat in het *Beurkens*-arrest niet *zeker* was dat er daadwerkelijk schade geleden was, terwijl dat voor een bewijsrisico-omkering wel zeker zou moeten zijn. In die zin ook Klaassen, A & V 1998, p. 147-148. Zie verder nog de noot van Snijders, sub 2a, onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz).

47 Dan is immers ook een ruime toerekening van schade geoorloofd, zie onder andere HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (De Heel/Korver), en Van Dam 2000, nr. 809. De invloed van de schending van veiligheidsnormen is met name ook zichtbaar op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid, zie par. VI.3.3.1, en de conclusie van Vranken voor HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert).

48 Zie Giesen 1999, p. 67-69, en de noot van Snijders, sub 2b, onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz), die een restrictie van deze regel niet ondenkbeeldig acht. Zo ook voor zuivere vermogensschade, Bloembergen, conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), sub. 10, en A-G Bakels in zijn conclusie, nr. 2.49, voor HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN Amro Bank). In zijn conclusie voor HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.) stelt Hartkamp (sub 11) dat de schending van een veiligheidsnorm geen noodzakelijke voorwaarde is, maar in die zaak was nu juist wel zo'n norm geschonden, zoals hij zelf in nr. 12 ook aangeeft. Gezien de in noot 44 genoemde arresten geldt deze bewijsrisico-omkering wellicht wel in het algemeen voor gevallen van beroepsaansprakelijkheid. Zie echter ook noot 46.

49 Vergelijk Asser-Hartkamp 4-I, nr. 429; Schultz, VersR 1990, p. 811, en Giesen 1999, p. 68.

steeds, als een nieuwe hoofdregel, op de gedaagde zou rusten. Mijns inziens is dat nooit de bedoeling geweest en zou dat ook te ver gaan.[50]

Tot dusver ging het over het in art. 6:162 BW besloten gelegen *conditio sine qua non*-verband,[51] maar daarnaast kan ook de vraag rijzen welke schade aan de dader toegerekend kan worden in de zin van art. 6:98 BW. Daarover besliste de Hoge Raad dat indien het *conditio sine qua non*-verband vaststaat, de gedaagde zal moeten aantonen dat een bepaalde schadepost niet aan hem toe te rekenen is.[52] In de visie van de Hoge Raad gaat het hier namelijk, in navolging van A-G Spier,[53] om een zelfstandig verweer, zodat het bewijsrisico op de gedaagde rust, hetgeen qua resultaat juist, maar in het licht van (de positief geformuleerde tekst van) art. 6:98 BW op zijn minst niet vanzelfsprekend te noemen is.[54] Als wij echter uitgaan van het feit dat de stelling van de gedaagde in gevallen als deze zal luiden dat het causale verband doorbroken is,[55] dan is deze bewijsrisicoverdeling juist, want dan gaat het inderdaad om een zelfstandig verweer.

Indien de gedaagde een verweer voert dat niet louter een ontkenning van het door de eiser gestelde is, rust op de gedaagde de plicht te bewijzen dat de voor dat verweer benodigde feiten zich daadwerkelijk voorgedaan hebben.[56] Rechtvaardigingsgronden zoals overmacht, noodweer en toestemming horen bij de hier bedoelde verweren.[57] Datzelfde geldt voor het ontbreken van de relativiteit (art. 6:163 BW).[58] Een beroep op eigen schuld van het slachtoffer (art. 6:101 BW)

---

50 Zie ook de noot van Snijders, sub 2a, onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz), en HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (ongepubliceerd) (Peanut Product Processors/De Nederlandse Antillen), waarin gesteld wordt dat het bewijsrisico behoudens uitzonderingen op de eiser rust, en Spier/Bolt 1996, p. 364. Anders echter Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a.

51 Art. 6:99 BW zal hierna in hoofdstuk VII en X aan bod komen.

52 Zie HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/International Shellfish); Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434d. Zulks sluit aan bij de gevallen waarin na een ongeval een neurotische depressie ontstaat. De gedaagde dient dan aan te tonen dat het uitblijven van genezing niet meer aan het ongeval is toe te rekenen, zie HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 nt. GJS (Neurotische depressie) en Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 13.1 sub c.

53 Zie Spier's conclusie (nr. 3.33 e.v.) voor het arrest. Instemmend: Klaassen, A & V 1999, p. 44.

54 In deze zin ook Klaassen, A & V 1999, p. 44. Van Dam 2000, nr. 810; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 24, en Asser 1990, p. 50, gaan en gingen er dan ook (nog) vanuit dat het bewijsrisico in beginsel op de eiser rust. Een en ander zou dan aanleiding kunnen zijn voor de gedachte dat er hier sprake zou zijn van een bewijsrisico-omkering, zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-I, nr. 416, naar aanleiding van HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 nt. GJS (Neurotische depressie). De argumenten voor zo'n omkering zijn te vinden in de conclusie van Spier, nr. 3.33 e.v.

55 Vergelijk Van Dam 2000, nr. 810.

56 Zie in algemene zin hierover par. III.4, en Schut 1997, p. 46.

57 Vergelijk HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 nt. PvS (Coral/Stalt); HR 10 december 1999, NJ 2000, 9 (Akin/Steenbakkers), en bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III, nr. 58 e.v.

58 Lankhorst 1992, p. 43 e.v.; PG Boek 6, p. 634 en 638; Van Maanen, Van Dunné-bundel 1997, p. 270; Van Dam 1989, p. 89; Onrechtmatige Daad (Van Maanen), art. 163, aant. 6. De vraag of het relativiteitsvereiste wel een functie te vervullen heeft, en zo ja, welke, laat ik hier rusten, zie daarover onder andere Bloembergen 1965, nr. 118 e.v.; Hartlief, Oratie 1997, p. 46 e.v.; Van Maanen, Van Dunné-bundel 1997, p. 255 e.v.; Klomp, AA 1998, p. 398 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 99; Van Dam 2000, nr. 705-706 en 830. Of aan de relativiteit voldaan is, is overigens meer een kwalificatievraag dan een bewijsvraag, zie Van Dam 2000, nr. 830, alsmede par. I.3.

vermindert de omvang van de aansprakelijkheid, is derhalve ook een verweer en dient dus door de gedaagde bewezen te worden.[59]

2.3 Engeland[60]

Het Engelse recht kent geen wettelijke bepaling in de trant van art. 177 Rv, maar het vertrekpunt is gelijk aan dat in Nederland. Hij die meent een recht te hebben, zal moeten aantonen dat aan de voorwaarden voor het intreden van dat recht voldaan is.[61] Bij een vordering op basis van 'negligence', de meest algemene 'tort' naar Engels recht, dient de eiser te bewijzen dat er een 'duty of care' bestond,[62] dat in strijd met die 'duty' gehandeld is (de 'breach'; 'careless conduct'), dat er schade is geleden en dat die schade door de 'breach' veroorzaakt is.[63] Uitzonderingen op dat uitgangspunt zijn zeldzaam, hetgeen overigens verklaarbaar is gezien het feit dat naar Engels recht de overwegende waarschijnlijkheid volstaat om een feit bewezen te achten en in de Engelse civiele procedure bovendien veel informatie boven tafel komt.[64]

Ten aanzien van het causale verband verdient nog opmerking dat het aantonen van een 'material contribution' tot het ontstaan van schade voldoende kan zijn.[65] In Engeland rees hieromtrent de nodige beroering naar aanleiding van de zaak *McGhee* v. *National Coal Board.*[66] Daarin besliste het House of Lords via een ruime uitleg van het begrip 'material contribution' dat 'materially increasing the risk of injury' ook voldoende is om causaal verband te kunnen aannemen. Ook werd beslist dat het causale verband in beginsel gegeven is als het verzuim van

---

59 Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 21, met verdere verwijzingen, en Dommering-van Rongen, NTBR 1998, p. 153.

60 Zie voor een algemene inleiding in het aansprakelijkheidsrecht van Engeland, Frankrijk en Duitsland, Zweigert & Kötz 1998, p. 595 e.v.; Van Dam 2000, nr. 201 e.v., 401 e.v. en 501 e.v.

61 Zie bijvoorbeeld Keane 1996, p. 77.

62 Zie *Kent* v. *Griffiths* [2000] 2 All ER 474, op p. 480; *Jolley* v. *Sutton London BC* [2000] 3 All ER 409, op p. 417. De vraag naar het bestaan van een 'duty', die vooral speelt als het over zuivere vermogensschade gaat, is een zeer belangrijke vraag in het Engelse aansprakelijkheidsrecht, en ook een zeer gecompliceerde, zie bijvoorbeeld Giesen 1999, p. 9-10. De bewijsrisicoverdeling speelt op dit vlak overigens niet echt een rol. Hier wordt een rechterlijk oordeel, een kwalificatie gevraagd, waarover eerder al par. I.3.

63 Zie bijvoorbeeld *Jones* v. *Great Western Railway Co* (1930) 4 T.L.R. 39, op p. 44 en 45; *Bonnington Castings, Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615; *Hotson* v. *East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 919; *Allied Maples Group* v. *Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, op p. 1622; Hart/Honoré 1985, p. 414; Kiralfy 1987, p. 4; Phipson 1990, 4-06; Keane 1996, p. 77; Murphy 1997, p. 99; Charlesworth & Percy 1997, 5-01; Winfield & Jolowicz 1998, p. 183 en 203; Fleming 1998, p. 221 en 351; Markesinis & Deakin 1999, p. 171 en 178.

64 Beide aspecten kwamen al in hoofdstuk II aan bod. De eiser kan uiteraard ook tegemoet gekomen worden door de aanname van een vermoeden.

65 Zie *Brown* v. *Rolls Royce, Ltd.* [1960] 1 All ER 577, op p. 581-582; *Page* v. *Smith (no. 2)* [1996] 1 WLR 855, op p. 858; Hart/Honoré 1985, p. 410; Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 2-04; Charlesworth & Percy 1997, 5-28; Fleming 1998, p. 226.

66 [1972] 3 All ER 1008. Zie hierover ook Weinrib, MLR 1975, p. 518 e.v.

de gedaagde de kans op schade verhoogd heeft, zodat die gedaagde dan met tegen(deel)bewijs moet komen. Inmiddels is men het er echter wel over eens dat de beslissing in *McGhee* steunde op de specifieke feiten van die zaak en op de vermoedens die daaruit getrokken konden worden, en dat er geen 'new principle of law' (een bewijsrisico-omkering) in die uitspraak gelezen mag worden.[67]

Bij een vordering op basis van 'negligence' is schuld in de zin van morele verwijtbaarheid, geen zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid.[68] 'Negligence' is afhankelijk van de aanwezigheid van een 'breach of a duty of care'. Het gaat daarbij om een objectieve standaard, om hetgeen een 'reasonable man' gedaan zou hebben.[69] Daarnaast nog schuld in voormelde zin bewijzen, is niet nodig.

Ten aanzien van de schade geldt naar Engels recht dat in beginsel de eiser het bewijsrisico draagt ten aanzien van het bestaan en de hoogte ervan.[70] In bepaalde gevallen mag dat bestaan echter vermoed worden. Zo mag uit het bestaan van serieuze fysieke schade tevens het bestaan van immateriële schade afgeleid worden.[71] Bovendien zijn enkele 'torts' 'actionable per se', hetgeen betekent dat het bestaan van schade geen voorwaarde voor aansprakelijkheid is.[72] Het verweer van eigen schuld ('contributory negligence') en van overmacht, alsmede eventuele andere verweren, dienen door de gedaagde te worden bewezen.[73]

Soms is het voor de eiser ook mogelijk zijn vordering te baseren op een zogenaamde 'breach of a statutory duty'.[74] Als een wettelijke regel de gedaagde een 'duty' oplegt, deze 'duty' geschonden is en de betreffende regeling een 'civil action' toestaat, hetgeen afhankelijk is van de uitleg van de bepaling, kan degene die onder het beschermingsbereik van de regel valt, de door die schending veroorzaakte schade verhalen op de dader.[75] De bewijsrisicoverdeling is daarbij dezelfde als bij een vordering op basis van 'negligence'. De eiser draagt dus in beginsel het bewijsrisico ten aanzien van de voorwaarden voor aansprakelijkheid.[76] Ter

67 Zie *Wilsher* v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871, op p. 881 (Lord Bridge), waarover Boon, MLR 1988, p. 508 e.v.; Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 2-06 e.v.; Charlesworth & Percy 1997, 5-04; Winfield & Jolowicz 1998, p. 206-207; Markesinis & Deakin 1999, p. 178 e.v.; Giesen 1999, p. 120-121, en hierna par. VI.3.3.1.

68 Cane 1999, p. 148; Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 1-37; Salmond & Heuston 1996, p. 196; Kiralfy 1987, p. 4.

69 Zie Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 1-47; Salmond & Heuston 1996, p. 222; Winfield & Jolowicz 1998, p. 52-54 en p. 171 e.v.; Markesinis & Deakin 1999, p. 155 en 158; Cane 1999, p. 39-40; Honoré 1999, p. 16-20.

70 *Downs* v. *Chappel* [1996] 3 All ER 344, op p. 351; McGregor 1997, nr. 2051; Markesinis & Deakin 1999, p. 723.

71 McGregor 1997, nr. 2057. Vergelijk ook Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 1-56.

72 Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 1-55; Markesinis & Deakin 1999, p. 723.

73 Kiralfy 1987, p. 5; Keane 1996, p. 67; Murphy 1997, p. 99; Fleming 1998, p. 351.

74 Zie hierover in het algemeen Markesinis & Deakin 1999, p. 336 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 247 e.v.; Salmond & Heuston 1996, p. 247 e.v.; Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 11-01 e.v.

75 Vergelijk Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 11-06.

76 Zie *Bonnington Castings, Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615. Zie verder bijvoorbeeld Salmond & Heuston 1996, p. 255; Charlesworth & Percy 1997, 11-45.

disculpatie kan de gedaagde zich er overigens in bepaalde gevallen op beroepen dat het nemen van een bepaalde maatregel niet 'reasonably practicable' zou zijn geweest. Te dien aanzien draagt hij dan wel het bewijsrisico.[77]

2.4 Frankrijk

Art. 9 NCPC bepaalt: 'Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.' Art. 1315 Cc stelt bovendien: 'Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.' Deze regels werken in de praktijk ten aanzien van de algemene normen voor delictuele aansprakelijkheid als volgt.

Voor aansprakelijkheid naar Frans recht op basis van art. 1382 Cc, dient in beginsel aan drie voorwaarden voldaan te zijn: 'faute', schade en causaal verband. Het bewijs van een 'faute' rust in beginsel op het slachtoffer.[78] Of iemand een 'faute' gemaakt heeft, is afhankelijk van een objectieve maatstaf, namelijk van wat een 'bon père de famille', een redelijk handelend persoon in dezelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden, gedaan zou hebben.[79] De schuld (in de zin van verwijtbaarheid) van de dader ligt naar Frans recht besloten in het 'faute'-begrip. Als iemand onzorgvuldig handelde, is toerekening aan die persoon in beginsel ook mogelijk.[80]

Daarnaast dient de eiser te bewijzen dat er schade is geleden en dat de fout en de schade causaal verbonden zijn.[81] Bij het vaststellen van het bestaan en de hoogte van de schade heeft de rechter overigens veel vrijheid.[82] Ten aanzien van de causaliteit is nog van belang dat de rechter dat verband aanwezig mag veronderstellen als niet gesteld is of aangenomen kan worden dat er andere

77 Salmond & Heuston 1996, p. 255; Charlesworth & Percy 1997, 11-47.

78 Zie bijvoorbeeld Soc, 5 juin 1996, D. 1997, Somm. 25; Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1970, no. 1685-1686; Starck-Roland-Boyer 1988, no. 288; Lambert-Faivre 1996, no. 333 en 339; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 684; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 462; Radé, D. 1999, Chron. 314, op p. 326; J-Cl. Civ. (Veaux), art. 1315-1316, Fasc. 20, no. 59.

79 Dejean de la Bâtie 1989, no. 29; Lambert-Faivre 1996, no. 338; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 698; Malaurie/Aynès 1996, no. 54. Zie hierover uitgebreid Sieburgh, GrOM XV (1998), p. 68 e.v., die een tendens naar een meer subjectieve invulling van het begrip 'faute' signaleert.

80 Dejean de la Bâtie 1989, no. 29; Lambert-Faivre 1996, no. 338; Malaurie/Aynès 1996, no. 55; Carbonnier 1996, no. 200; Lambert-Faivre, RTD Civ. 1998, p. 6; Van Dam 2000, nr. 201 en 212; Sieburgh 2000, p. 32 en 39.

81 Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1970, no. 1681 en 1695; Lambert-Faivre 1996, no. 333; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 668 en 820; Viney/Jourdain 1998, no. 248 en 362 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1210, 816 en 460; Radé, D. 1999, Chron. 314, op p. 326; J-Cl. Civ. (Veaux), art. 1315-1316, Fasc. 20, no. 58 en 60.

82 Viney/Jourdain 1998, no. 248; Malaurie/Aynès 1996, no. 240; Jourdain, noot onder Civ. 2e, 16 avril 1996, D. 1997, Somm. 31; Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 569.

mogelijke oorzaken waren.[83] Ook overigens wordt het beginsel dat de eiser het bewijsrisico draagt ten aanzien van het causale verband, regelmatig 'verlicht', onder andere bij gedrag dat gevaarverhogend werkt.[84] Verweren zoals overmacht en eigen schuld, dienen door de gedaagde gesteld en bewezen te worden.[85]

Art. 1382 Cc vormt de algemene onrechtmatige daadsnorm in het Franse recht, maar in belang lijkt dat artikel overvleugeld te zijn door art. 1384 Cc. Lid 1 van dat artikel was oorspronkelijk bedoeld als introductie op de overige leden, maar het heeft in de jurisprudentie van het Cour de Cassation een zodanige uitleg gekregen dat het op dit moment het belangrijkste artikel uit het Franse aansprakelijkheidsrecht genoemd mag worden.[86] De reden daarvoor is dat het voor aansprakelijkheid op basis van art. 1384 al. 1 Cc niet nodig is dat een 'faute' van de aangesprokene bewezen is.[87] Bovendien is het toepassingsbereik van die bepaling zeer ruim.[88]

Een persoon, de 'gardien', is naar de maatstaven van art. 1384 al. 1 Cc aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een zaak die hij onder zijn hoede heeft.[89] Dat artikel is dus in beginsel toepasselijk als een zaak schade veroorzaakt heeft.[90] Er dient een 'fait de la chose' aanwezig te zijn. Daartoe moet de eiser aantonen dat de desbetreffende zaak[91] een materiële bijdrage leverde aan het ontstaan van de schade.[92] Als aangetoond is dat de zaak inderdaad materieel bijdroeg aan het ongeluk, wordt vermoed dat de zaak ook de oorzaak was van de schade (présomption de causalité). Dat een zaak een materiële bijdrage aan het ontstaan van de schade leverde, wordt in sommige gevallen ook vermoed, en wel indien de zaak in beweging was en deze in contact met het slachtoffer kwam.[93]

---

83 Zie Civ. 1re, 26 mars 1996, D. 1997, Jur. 35, 1re espèce, en Civ. 1re, 25 mai 1983, D. 1984, Somm. 460; Viney, JCP 1997, éd. G., I, 3985, p. 489; Viney/Jourdain 1998, no. 382.

84 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 363-369; Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 568-569.

85 Lambert-Faivre 1996, no. 342-343; Starck-Roland-Boyer 1988, no. 292.

86 Zie onder andere Terré-Simler-Lequette 1999, no. 718 e.v.; Sterk 1994, p. 6 e.v.

87 Zelfs bewijs dat hij foutloos handelde, baat de gedaagde dan niet, zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 763; Malaurie/Aynès 1996, no. 189; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3688.

88 Zie Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3893, p. 508. Zulks geldt nog sterker nu op basis van dit artikel ook fouten van anderen ('fait d'autrui') tot aansprakelijkheid kunnen leiden, zie Viney/Jourdain 1998, no. 789 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3371-1 e.v.

89 De 'gardien' is degene die de macht over de zaak heeft. Die macht moet effectief, onafhankelijk en uniek zijn, zie Malaurie/Aynès 1996, no. 198-202. Zie hierover verder onder andere Dejean de la Bâtie 1989, no. 128.

90 Viney/Jourdain 1998, no. 661. Dit is gebaseerd op de notie van 'risico-verhoging', zie Viney/Jourdain 1998, no. 628.

91 Het begrip zaak dient ruim opgevat te worden, vergelijk Dejean de la Bâtie 1989, no. 123, en Terré-Simler-Lequette 1999, no. 732 e.v.

92 Terré-Simler-Lequette 1999, no. 745; J-Cl. Civ. (Veaux), art. 1315-1316, Fasc. 20, no. 59; Viney/Jourdain 1998, no. 664 en 665.

93 Viney/Jourdain 1998, no. 666; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 745.

In andere gevallen (geen contact of geen beweging) dient de eiser gewoon te bewijzen dat er causaal verband bestond.[94] Dat zal moeten gebeuren door aan te tonen dat de zaak een actieve rol speelde. Zo'n actieve rol is aanwezig bij een zaak die een gebrek heeft, die een abnormale positie inneemt of die een abnormale 'gedraging' vertoont.[95] Dat de zaak als 'instrument' gebruikt werd door een persoon, doet hierbij niet ter zake.[96] Naast het 'fait de la chose' dient tevens het bestaan van de schade, en het feit dat de aangesprokene de 'gardien' is, door de eiser bewezen te worden.[97] De eigenaar van de betreffende zaak wordt overigens vermoed 'gardien' te zijn.[98]

De gedaagde heeft een aantal verweermiddelen tot zijn beschikking die hem, indien hij ze bewijst,[99] kunnen bevrijden van aansprakelijkheid. Ten eerste kan hij in de gevallen waarin er van contact en beweging sprake was, trachten aan te tonen dat de zaak een puur passieve rol speelde. Een zaak is passief indien deze zich op een normale plek in een normale staat bevindt.[100] Verder kan hij zich in elk geval beroepen op overmacht, een fout van een derde of een fout van het slachtoffer zelf.[101] De beide laatste verweren dienen wel, net als bij overmacht, onvoorzienbaar en onweerstaanbaar van aard geweest te zijn voor de gedaagde als die zich langs deze weg geheel van aansprakelijkheid wil bevrijden.[102] De eigen schuld van het slachtoffer die niet aan deze vereisten voor overmacht voldoet, leidt tot een gedeelde aansprakelijkheid.[103]

2.5 *Duitsland*

In Duitsland is uiteindelijk geen bepaling in de trant van art. 177 Rv ingevoerd. § 193 (ontwerp) BGB luidde: 'Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur

94 Viney/Jourdain 1998, no. 669 en 672. Zie ook J-Cl. Civ. (Veaux), art. 1315-1316, Fasc. 20, no. 60; Malaurie/Aynès 1996, no. 192; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 745.

95 Terré-Simler-Lequette 1999, no. 745; Viney/Jourdain 1998, no. 671 en 674, en Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3853, p. 267. In JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2161, constateert Viney overigens een verruiming ten gunste van het slachtoffer op dit vlak.

96 Terré-Simler-Lequette 1999, no. 743; Dejean de la Bâtie 1989, no. 124.

97 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1210; Devèze 1980, no. 481.

98 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 677; Lambert-Faivre 1996, no. 353; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3655; Jourdain, RTD Civ. 1993, p. 833.

99 Zie in algemene zin J-Cl. Civ. (Veaux), art. 1315-1316, Fasc. 20, no. 59, en Malaurie/Aynès 1996, no. 189; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3686; Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3853, p. 267.

100 Viney/Jourdain 1998, no. 366; Malaurie/Aynès 1996, no. 193. De rechtspraak lijkt overigens tegenwoordig die mogelijkheid niet meer toe te staan, zie Viney/Jourdain 1998, no. 668.

101 Daarover Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3686; Lambert-Faivre 1996, no. 362 e.v.; Malaurie/Aynès 1996, no. 189, en 194-196; Viney/Jourdain 1998, no. 366, en bijvoorbeeld CA Nîmes, 3 mars 1994, JCP 1995, éd. G., II, 22492.

102 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 27 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 249; Lambert-Faivre 1996, no. 364 en 366; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3686.

103 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 19 février 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 154; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3687, en Lambert-Faivre 1996, no. 367.

Begründung desselben erforderlichen Tatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruchs oder die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Tatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder der Hemmung erforderlich sind.' De vanzelfsprekendheid van deze regel leidde er uiteindelijk toe dat deze niet opgenomen werd in het wetboek.[104]

Met betrekking tot § 823 Abs. I BGB[105] leidt de in dit ontwerp-artikel besloten gedachte, die nog steeds als hoofdregel van bewijsrisicoverdeling wordt gehanteerd,[106] tot de volgende algemene gezichtspunten. De eiser dient allereerst een handeling te bewijzen. Tevens moet deze aantonen dat een van zijn rechten of rechtsgoederen zoals genoemd in die bepaling (leven, gezondheid, eigendom et cetera) geschonden is,[107] evenals het feit dat er schade geleden is. Ook het bewijsrisico met betrekking tot het causale verband tussen de handeling en de schending van het rechtsgoed ('haftungsbegründende Kausalität'), alsmede met betrekking tot het verband tussen de schending van het rechtsgoed en de schade ('haftungsausfüllende Kausalität'), ligt bij de eiser.[108] Een vermoeden kan hier echter te hulp schieten.[109]

De wederrechtelijkheid van de inbreuk op een rechtsgoed is naar de heersende leer geïndiceerd als de inbreuk zelf vaststaat. Dit heeft tot gevolg dat de gedaagde eventuele rechtvaardigingsgronden zal moeten bewijzen.[110] Als echter een 'sonstiges Recht' in de zin van § 823 Abs. I BGB geschonden is, zoals bijvoorbeeld het algemene persoonlijkheidsrecht, geldt dit niet. In die gevallen dient bij de beoordeling of er van een wederrechtelijke inbreuk sprake was, een afweging van alle in aanmerking komende belangen gemaakt te worden en rust op de eiser het bewijsrisico, voor zover dat dan een rol speelt.[111]

---

104 Baumgärtel 1996, Rdn. 149; Musielak 1975, p. 278; Schwab, FS Bruns 1978, p. 508.

105 Waartoe ook de zogenaamde 'Verkehrspflichten' horen, zie Canaris, FS Larenz 1983, p. 77 e.v.; Geigel/Schlegelmilch 1993, 14. Kap., Rdn. 1; Larenz/Canaris 1994, p. 405; Steffen, VersR 1980, p. 409; Van Dam 2000, nr. 406-407. Het gaat er daarbij kort gezegd om niemand aan andere dan onvermijdbare gevaren bloot te stellen, vergelijk BGHZ 5, 378, op p. 380; Larenz/Canaris 1994, p. 400; Geigel/Schlegelmilch 1993, 14. Kap., Rdn. 4 en 10; Von Bar 1980, p. 43.

106 Zie par. III.2.3.

107 Het vermogen als zodanig behoort daar niet toe, zie bijvoorbeeld Canaris, FS Larenz 1983, p. 36-37. Vermogensschade als gevolg van een rechtsgoedschending is wel vergoedbaar, zie bijvoorbeeld BGH VersR 1978, 740, op p. 741.

108 Zie over dit alles bijvoorbeeld Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 3, 6, 30, 7 en 33; Baumgärtel/Wittmann 1980, p. 13 e.v.; Lepa 1988, p. 16-34; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 42.

109 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1994, 324, op p. 325.

110 Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 18; Deutsch 1995, Rdn. 89, en in algemene zin BGH NJW 1999, 2895. Op het debat tussen de aanhangers van de leer van het 'Handlungsunrecht' en die van het 'Erfolgsunrecht', ga ik hier niet in, zie Kötz 1998, Rdn. 94-103; Larenz/Canaris 1994, p. 364 e.v.; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 107 e.v.; Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 77 en 126 e.v.; Van Dam 2000, nr. 411. Volgens de aanhangers van de leer van het 'Handlungsunrecht' dient de eiser altijd de 'Rechtswidrigkeit' te bewijzen.

111 Zie voor nu RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 112; BGH VersR 1999, 65, op p. 66, en verder par. IX.4.1.

Om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, is bovendien vereist dat het 'Verschulden' van de gedaagde aangetoond is door de eiser.[112] 'Verschulden' wordt in § 276 BGB omschreven als 'Vorsatz' en 'Fahrlässigkeit', waarbij 'Fahrlässigkeit' bestaat indien de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid niet in acht genomen wordt. Deze maatstaf is in principe een objectieve:[113] het gaat hier om een vergelijking met een redelijk handelend persoon binnen de groep waartoe de handelende persoon behoort.[114] Meer subjectieve omstandigheden kunnen echter ook van invloed zijn. Het betreft dan de mogelijkheid voor deze specifieke persoon om aan die objectieve maatstaf te kunnen voldoen. Bijzondere kennis van een persoon kan bijvoorbeeld tot een hogere mate van vereiste zorgvuldigheid leiden, evenals een bijzondere situatie (verhoogd gevaar vraagt verhoogde opmerkzaamheid).[115] Ook speciale omstandigheden, zoals bijvoorbeeld een plotseling opkomend gevaar, mogen meegewogen worden.[116] De vereiste mate van zorgvuldigheid zal dan lager liggen. Het bewijsrisico ten aanzien van zulke bijzondere omstandigheden rust op de gedaagde.[117]

Ten aanzien van het 'Verschulden' wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde 'innere' en 'äußere Sorgfalt'. Die laatste vorm van zorgvuldig handelen is geschonden als er 'rechtswidrig' gehandeld is; de eerste vorm is geschonden als er (bovendien) verwijtbaar gehandeld is.[118] Dit onderscheid is hier alleen in zoverre van belang dat de schending van de 'innere Sorgfalt' veelal gegeven zal zijn als de 'äußere Sorgfalt' vaststaat.[119]

Ten aanzien van het bewijs van (de omvang van) de geleden schade dient gewezen te worden op § 287 ZPO. Dit artikel bewerkstelligt dat op dat vlak de stel- en bewijsplicht van de eiser gereduceerd wordt. Voldoende is dat de eiser feitelijke aanknopingspunten aanvoert, en eventueel bewijst, die een grondslag voor een schatting van de omvang van de schade bieden.[120] Deze bewijsverlichting is mogelijk doordat § 287 ZPO de rechter veel vrijheid laat bij de waardering van het bewijs. De rechter hoeft hier slechts overtuigd te zijn van een overwegende

112 Zie bijvoorbeeld Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 26. Vergelijk ook Baumgärtel/Wittmann 1980, p. 14-15, 18, 21 en 23. Overigens, 'Verschulden' is naar Duits recht een rechtsbegrip en niet een feit. De bewijsrisicoverdeling is toch relevant omdat de kwalificatie 'Verschulden' weer afhankelijk is van het bestaan van bepaalde feiten, zie ook Baumgärtel 1991, § 276, Rdn. 7, en par. I.3 hiervoor.

113 Zie Staudinger/Löwisch 1995, § 276, Rdn. 23, alsmede Koziol, MJ 1998, p. 111 e.v.

114 Larenz 1987, p. 285. Voorbeelden in Staudinger/Löwisch 1995, § 276, Rdn. 32 e.v. en 57 e.v.

115 Larenz 1987, p. 283 en 285; Staudinger/Löwisch 1995, § 276, Rdn. 24 en 47.

116 Staudinger/Löwisch 1995, § 276, Rdn. 46.

117 Baumgärtel 1991, § 276, Rdn. 9.

118 Kötz 1998, Rdn. 118; Deutsch 1995, Rdn. 121; Larenz 1987, p. 289-291.

119 Zie bijvoorbeeld BGH NJW 1986, 2757, op p. 2758; Staudinger/Löwisch 1995, § 276, Rdn. 48; Deutsch 1995, Rdn. 121; Baumgärtel 1991, § 276, Rdn. 8.

120 Zie bijvoorbeeld BGH JZ 1994, 530; BGH VersR 1995, 422, op p. 423-424, en ten aanzien van de stelplicht Stein/Jonas/Leipold 1997, § 287, Rdn. 25.

waarschijnlijkheid.[121] Als die verminderde mate van overtuiging echter niet bereikt wordt, wordt de normale verdeling van het bewijsrisico gevolgd.[122] Omdat in de rechtspraak bepaald is dat de 'haftungsausfüllende Kausalität' betrekking heeft op de omvang van de aansprakelijkheid, wordt dit element ook naar de eisen van § 287 ZPO beoordeeld, hetgeen de eiser dus een verlichting van het bewijsrisico (dat wel op hem blijft rusten) oplevert.[123] De aanwezigheid van 'Mitverschulden' van de eiser (§ 254 BGB) dient door de gedaagde bewezen te worden.[124]

Ook § 823 Abs. II BGB kan door de eiser als grondslag voor zijn vordering ingeroepen worden. Dat artikel ziet op aansprakelijkheid wegens schending van een 'Schutzgesetz'. Daarvan is sprake indien de geschonden regel[125] erop gericht is om het slachtoffer tegen een schending van een bepaald rechtsgoed te beschermen.[126] Door middel van § 823 Abs. II BGB is het mogelijk om gedragsnormen van buiten het civiele recht te sanctioneren met een schadevergoedingsplicht. Maar dan moet die norm wel beogen om bepaalde belangen van bepaalde personen te beschermen.[127] Voor het vestigen van aansprakelijkheid is bovendien 'Verschulden' nodig.

De eiser moet bij een beroep op § 823 Abs. II BGB in principe de schending van een 'Schutzgesetz', de schade, het causale verband en het 'Verschulden' van de gedaagde bewijzen.[128] De wederrechtelijkheid van de schending wordt vermoed indien de schending vastgesteld is. De gedaagde zal dan een rechtvaardigingsgrond moeten bewijzen om die wederrechtelijkheid te ontkrachten.[129]

---

121 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1995, 422, op p. 423; Gottwald 1979, p. 214; Maassen 1975, p. 90. Zie over dit artikel verder onder andere Arens/Lüke 1999, Rdn. 269 e.v.; Musielak/Foerste 1999, § 287, Rdn. 1 e.v.; Baumgärtel 1996, Rdn. 377 e.v.; Schneider 1994, Rdn.239 e.v.; Lepa 1988, p. 53-57; Gottwald 1979, p. 214 e.v. Over de benodigde mate van rechterlijke overtuiging in gevallen waarin § 287 ZPO niet van toepassing is, zie par. II.4.3. Eenzelfde bewijsverlichting als in § 287 ZPO ligt voor de vaststelling van gederfde winst besloten in § 252 BGB, zie BGH GRUR 1996, 919, op p. 920; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 53. De stelling van Van Dunné, TMA 1999, p. 122, dat § 287 ZPO te vergelijken zou zijn met art. 177 Rv, is onjuist. § 287 ZPO ziet immers op de bewijswaardering en niet op de bewijsrisicoverdeling zoals art. 177 Rv.

122 Zie bijvoorbeeld de noot van Baumgärtel onder BGH JZ 1994, 530, op p. 531; Deutsch, FS H. Lange 1992, p. 435-436.

123 Zie bijvoorbeeld RGZ 98, 58, op p. 59; BGH VersR 1954, 224, op p. 225; Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 34-35.

124 Uitgebreid hierover Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 455 e.v., en verder bijvoorbeeld BGH VersR 1998, 455, op p. 457, en Baumgärtel/Strieder 1991, § 254, Rdn. 1.

125 Het gaat hier meestal om geschreven normen, maar nodig is dat niet, zie Canaris, FS Larenz 1983, p. 45.

126 Kötz 1998, Rdn. 170, en uitgebreid Deutsch 1995, Rdn. 212 e.v., en Canaris, FS Larenz 1983, p. 45 e.v. Vergelijk ook Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 141, en Rdn. 145-152, over welke wetten 'Schutzgesetz' zijn.

127 Hierover Deutsch 1995, Rdn. 109.

128 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1985, 452, op p. 453; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 564; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 38; Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 174.

129 RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 564.

Het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband wordt in bepaalde gevallen echter 'verlicht'. Dat verband mag namelijk aangenomen worden indien de navolging van de specifieke bepaling een grotere zekerheid tegen het intreden van de schade geboden zou hebben en het gevaar waartegen de norm beoogde te beschermen, zich ook verwezenlijkt heeft. Die bewijsverlichting vindt dan plaats in de vorm van een bewijsrisico-omkering of een toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis'.[130]

Ook ten aanzien van het 'Verschulden' is in bepaalde gevallen een bewijsverlichting mogelijk. Als de 'objektiven Schutzgesetzverstoß' is bewezen, dan volgt daaruit het bestaan van het 'Verschulden', tenzij de gedaagde zulks kan weerleggen.[131] Deze bewijsverlichting geldt echter alleen als het van de gedaagde verlangde gedrag zo concreet omschreven is dat uit die schending het 'Verschulden' voortvloeit.[132] Beide voornoemde bewijsverlichtingen zijn overigens omstreden.[133]

Voor zover er sprake is van opzettelijk handelen, kan naar Duits recht ook § 826 BGB ingeroepen worden. Daarop zal voornamelijk een beroep gedaan worden indien § 823 BGB geen uitkomst kan bieden, hetgeen betekent dat § 826 BGB vooral ingeroepen wordt om vergoeding van zuivere vermogensschade te verkrijgen.[134]

De voorwaarden waaraan voldaan dient te zijn alvorens onrechtmatigheid op basis van § 826 BGB aangenomen mag worden, zijn kort gezegd de volgende. Ten eerste dient de handeling 'sittenwidrig', in strijd met de goede zeden, te zijn. Wanneer daarvan sprake is, is niet eenvoudig te bepalen. De maatstaf hierbij is het fatsoensgevoel van billijk en rechtvaardig denkende personen.[135] Bewustzijn

---

130 Vergelijk bijvoorbeeld BGH VersR 1972, 149, op p. 150; BGH VersR 1985, 452, op p. 453; BGH VersR 1986, 916, op p. 917, en verder Deutsch 1995, Rdn. 230; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 43 (Anscheinsbeweis); RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 564; Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 144 en 174; Maassen 1975, p. 110-111. Toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis' lijkt daarbij de overhand te krijgen, zie BGH VersR 1994, 324, op p. 325. Eenzelfde redenering en bewijsverlichting wordt ook wel gebruikt bij schending van een 'Unfallverhütungsvorschrift' in de zin van § 823 Abs. I BGB, zie bijvoorbeeld Baumgärtel 1991, § 823, Rdn. 49; Schuster 1975, p. 33 e.v.

131 BGH VersR 1985, 452, op p. 453; Kötz 1998, Rdn. 174; Deutsch 1995, Rdn. 30; Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 174; Geigel/Schlegelmilch 1993, 15. Kap., Rdn. 26. Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 41-46, geeft aan dat veelal niet duidelijk is of wij hier van doen hebben met een omkering van het bewijsrisico of met een toepassing van het 'Anscheinsbeweis', maar ook dat zulks in de praktijk weinig verschil oplevert. Hierover ook Von Bar 1980, p. 283 e.v.

132 Zie bijvoorbeeld BGH JR 1992, 501, op p. 504; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 566; Von Bar 1996, Rdn. 31.

133 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 40, met verdere verwijzingen. Ze worden echter ook wel toegepast na de schending van een 'Verkehrspflicht'.

134 Larenz/Canaris 1994, p. 447 en 452; RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 3. Vermogensschade is ook te verhalen als er een inbreuk op het 'Recht am Gewerbebetrieb', een 'sonstiges recht' in de zin van § 823 BGB, gemaakt is. Voor een voorbeeld, zie BGH VersR 1999, 65.

135 BGHZ 10, 228, op p. 232; RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 13; Deutsch 1995, Rdn. 233. Het gaat hier om een 'Gesamtschau', zie Larenz/Canaris 1994, p. 451-453; RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 24-28. Factoren die hier een rol spelen, zijn onder andere het doel, het middel, het beschermde goed of belang, de handelwijze van de gedaagde, diens motieven, en de vraag of de dader lichtvaardig

bij de dader van de onzedelijkheid van zijn handeling is niet vereist. Wel is vereist dat de dader bekend was met de omstandigheden waarop de 'Sittenwidrigkeit' gegrond is.[136] Als subjectieve voorwaarde geldt bovendien dat opzettelijk gehandeld moet zijn, waarbij die opzet gericht moest zijn op de schade (niet op de 'Sittenwidrigkeit').[137] Daarbij is 'bedingter Vorsatz', voorwaardelijke opzet, voldoende.[138]

Het bewijsrisico ten aanzien van deze voorwaarden rust op de eiser.[139] De opzet volgt niet automatisch uit het feit dat de dader bekend was met de omstandigheden die de basis voor het onzedelijkheidsoordeel vormden. 'Sittenwidrigkeit' en opzet dienen scherp gescheiden te blijven.[140] Dat laat echter onverlet dat wel bepaalde gevolgtrekkingen mogelijk zijn als de onzedelijkheid vaststaat. De leer van het 'Anscheinsbeweis' mag hier echter niet gebruikt worden.[141]

De 'Rechtswidrigkeit', die in dit geval bestaat uit de onzedelijke handeling én de opzet, wordt hier, anders dan bij een vordering op basis van § 823 Abs. I BGB, niet vermoed.[142] Indien de vordering bijvoorbeeld gegrond is op de opzettelijke schending van een informatieplicht, dient de eiser een negatief feit (dat er geen informatie gegeven is) te bewijzen. Dat enkele feit is onvoldoende reden voor een bewijsrisico-omkering, maar leidt er wel toe dat de gedaagde aan een verzwaarde stelplicht moet voldoen.[143] De eiser moet vervolgens de omstandigheden die voor het (positieve) tegendeel pleiten en die de gedaagde dient aan te voeren, weerleggen. Verder dient de eiser het bestaan en de hoogte van de schade en het causale verband te bewijzen.[144]

Tegen een vordering op basis van § 826 BGB zijn weinig verweren mogelijk. Een beroep op 'Mitverschulden' gaat niet op, omdat het hier om een opzettelijk handelende dader gaat, en eventuele rechtvaardigingsgronden zijn reeds meegewogen in de beoordeling van de 'Sittenwidrigkeit'.[145] Daarnaast geldt nog dat er voor een rechtvaardiging van opzettelijk gedrag in principe geen plaats is.

---

handelde.

136 Larenz/Canaris 1994, p. 454-455; RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 29 en 33; Deutsch 1995, Rdn. 234 en 236.

137 RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 33.

138 Larenz/Canaris 1994, p. 454; RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 33.

139 Zie bijvoorbeeld BGH GRUR 1995, 693, op p. 695; Baumgärtel/Strieder 1991, § 826, Rdn. 1 e.v.

140 Larenz/Canaris 1994, p. 453.

141 RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 33; Baumgärtel/Strieder 1991, § 826, Rdn. 5.

142 RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 32. Het gaat bij § 826 BGB immers niet om het gevolg, zoals bij § 823 Abs. I BGB, maar om de handeling zelf.

143 BGHZ 105, 108, op p. 115.

144 Deutsch 1995, Rdn. 235; Baumgärtel/Strieder 1991, § 826, Rdn. 1 en 3.

145 RGRK (Steffen), § 826, Rdn. 42, respectievelijk 32 *in fine*.

3 Conclusie en inleiding op het vervolg van Deel 2

Uit het voorgaande is gebleken dat de toepassing van de nationale hoofdregels van bewijsrisicoverdeling op de algemene regels van aansprakelijkheidsrecht, tot vrijwel[146] dezelfde uitkomsten leidt in de diverse rechtsstelsels. Dat is op zichzelf overigens niet verrassend gezien de bijna universele gelding van die hoofdregel. Op basis daarvan lijkt het zinvol om het vervolg van het onderzoek te concentreren op het bestaan van uitzonderingen op die hoofdregel. Wellicht doen zich op dat vlak wel verschillen voor tussen de diverse rechtsstelsels.[147]

Over dat vervolg dient bij wijze van inleiding nog het volgende opgemerkt te worden. De hoofdstukken V tot en met XI[148] worden steeds afgesloten door een paragraaf die het daar behandelde deelterrein van het aansprakelijkheidsrecht in een breder kader belicht. Behalve aan de bewijsrisicoverdeling wordt in die slotparagrafen ook aandacht besteed aan de materieelrechtelijke argumenten en ontwikkelingen op het betreffende terrein. In die paragrafen behandel ik dus in meer algemene zin (de grondslagen van) het betreffende deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht.

De reden voor deze opzet is dat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht nauw met elkaar verbonden zijn en elkaar wederzijds beïnvloeden.[149] Het is dan ook niet onaannemelijk dat de ontwikkelingen en de argumenten voor aansprakelijkheid op materieelrechtelijk vlak, ook van invloed zullen zijn op de bewijsrisicoverdeling. Gezien die verbondenheid is het mijns inziens wenselijk om bij de ontwikkeling van een model voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, die bewijsrisicoverdeling en het materiële recht zoveel mogelijk in hun onderlinge samenhang te bestuderen.

---

146 De bewijsrisicoverdeling ten aanzien van het causale verband in Nederland (zie par. 2.2) lijkt overigens meer en meer uit te groeien tot een echte uitzondering op die stelling.

147 Die eventuele verschillen kunnen overigens ook verband houden met verschillen op het vlak van het materiële aansprakelijkheidsrecht, zie nader par. XIV. 3.2.7.2.

148 Een uitzondering vormt hoofdstuk VIII, in verband met de eerdere uitgave van dat deel van deze studie (zie Giesen 1999). In hoofdstuk XII wordt de hier beschreven opzet in het hele hoofdstuk gehanteerd.

149 Dat kwam al in par. III.3 aan bod en zal ook nog in par. XIV.3.2.4 besproken worden.

Verkeersaansprakelijkheid

1 Inleiding

Ik wil in dit hoofdstuk over verkeersaansprakelijkheid twee categorieën van verkeersongevallen behandelen. Eerst komen die ongevallen aan bod waarbij een motorvoertuig en ongemotoriseerd verkeer (een fietser of voetganger) betrokken zijn (par. 2). Daarna ga ik in op ongevallen tussen twee motorvoertuigen (par. 3). De reden voor deze beperking is dat bij de meeste verkeersongelukken één of meer motorvoertuigen betrokken zijn. Vervolgens vat ik het voorgaande kort samen in paragraaf 4. Ik sluit af met een overzicht van de argumenten voor aansprakelijkheid en van de argumenten die bij de verdeling van het bewijsrisico op dit terrein een rol zouden kunnen spelen (par. 5).

Alvorens in te gaan op de concrete regels van bewijsrisicoverdeling, zet ik eerst nog kort uiteen wat de aard en de strekking van de normen op dit terrein is. In Nederland krijgen we te maken met de schuldaansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW en met art. 185 Wegenverkeerswet (WVW). Bij de invoering van dat laatste artikel kon men het niet eens worden over de vraag of het hier een risico-aansprakelijkheid of een schuldaansprakelijkheid met een omkering van het bewijsrisico betrof.[1] De rechtspraak neigt naar een risico-aansprakelijkheid, maar dat uitgangspunt is niet volledig doorgevoerd aangezien bewijs van het ontbreken van alle 'schuld' (in de zin van onzorgvuldigheid) de gedaagde nog steeds bevrijdt van aansprakelijkheid.[2] De strekking van art. 185 WVW is eenduidiger dan haar aard en samen te vatten onder de noemer slachtofferbescherming.[3]

Het Engelse recht inzake verkeersaansprakelijkheid houdt vast aan het schuldprincipe: zonder 'negligence' geen schadevergoeding. Het Franse recht heeft exclusief voor een risico-aansprakelijkheid gekozen, waarbij de slachtofferbescherming voorop staat. Ook in Duitsland is een risico-aansprakelijkheid ingevoerd, maar deze is niet exclusief. Vorderingen op basis van de gewone schuldaansprakelijkheid blijven mogelijk.

---

1 Zie onder andere Klaassen 1991, p. 176; Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 167; Engelhard/Van Maanen 1998, p. 14 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 219.

2 Zie ook Hartlief/Tjittes 1999, p. 138, en hierna par. 2.1. Op de vraag wanneer er in het algemeen van een risico-aansprakelijkheid sprake is, ga ik hier niet in. Zie echter nog noot 21, en in algemene zin Deutsch, NJW 1992, p. 73 e.v.; Cane 1999, p. 75; Nieuwenhuis, CRBS-bundel 1999, p. 54 en Van Dam 2000, nr. 1001-1004.

3 Zie par. 5; Hartlief, Oratie 1997, p. 41, en Engelhard/Van Maanen 1998, p. 17.

2 Motorvoertuig en ongemotoriseerd verkeer[4]

2.1 Fout, risico en 'betrokkenheid'

In *Nederland* geldt in de hier onderzochte situatie in beginsel art. 185 WVW. Bij een vordering op basis van dat artikel dient de eiser de feitelijke voorwaarden voor toepassing ervan, en dan met name de 'betrokkenheid' van een motorvoertuig bij het ongeval, te stellen en te bewijzen.[5] Contact tussen het motorvoertuig en het slachtoffer is voor 'betrokkenheid' niet vereist zolang het verband tussen het motorvoertuig en het ongeval aanwezig is.[6] Zo is voertuig C betrokken bij een ongeval als dat voertuig tegen voertuig B botst, waardoor voertuig B de bestuurder van voertuig A raakt die zich tussen voertuig A en B bevindt na een eerdere aanrijding.[7] Ook bij eventuele feitelijke onzekerheid met betrekking tot in art. 185 WVW genoemde begrippen als 'verkeersongeval', 'weg' (openstaand voor verkeer?[8]) en 'motorvoertuig' (door mechanische kracht voortbewogen?), draagt de eiser het bewijsrisico.[9] Bij de uitleg van deze begrippen lijkt de voorkeur uit te gaan naar een uitleg die tot een ruim toepassingsbereik van art. 185 WVW leidt.[10]

Art. 185 WVW is niet van toepassing indien het slachtoffer zich ten tijde van het ongeval in het schadeveroorzakende motorvoertuig of in een ander motorvoertuig in beweging bevond (lid 1 en 4). Een motorvoertuig is ook 'in beweging' indien het in verband met het overige verkeer even tot stilstand is gebracht. Bovendien lijkt te gelden dat wanneer iemand uit een auto geslingerd wordt bij een botsing, die persoon toch 'vervoerd' werd door die auto.[11] Wanneer de bestuurder echter het motorvoertuig (tijdelijk) heeft verlaten, wordt deze niet

---

4 Ik ga in dit hoofdstuk niet in op eventuele alternatieven voor het huidige stelsel, zie bijvoorbeeld Bloembergen, Oratie 1965; Hartlief, RM Themis 1999, p. 52-53; Van Maanen, RM Themis, p. 54 e.v.; Engelhard & Van Maanen, VR 1999, p. 135 e.v., en ook niet op het nieuw in te voeren wettelijke stelsel van verkeersaansprakelijkheid, want vooralsnog is onzeker op welke termijn en in welke vorm die invoering zal plaatsvinden. Zie voor de hoofdlijnen van het laatste 'voorstel' *Kamerstukken II* 1998/99, 25.759, nr. 5, p. 1 e.v.; Engelhard & Van Maanen, VR 1999, p. 353 e.v.; Nieuwenhuis, RM Themis 1999, p. 357-358; Hartlief, TVP 1999, p. 73-74; Van Dam 2000, nr. 1309. Ik ga ook niet in op de positie van regresnemers en op de reflexwerking van art. 185 WVW, zie Hartlief/Tjittes 1999, p. 143 e.v., en p. 152 e.v.

5 Zie Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 175.1; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 38; Schut 1997, p. 141. Bewijs kan ook door middel van vermoedens geleverd worden, zie Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 175.3.

6 Van Dam 2000, nr. 1307; Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 173.

7 Zie Rb. Alkmaar 17 april 1969, VR 1972, 36 (Grobbe/Dik).

8 Een bouwplaats is bijvoorbeeld geen openbare weg. Ook voor overeenkomstige toepassing van art. 185 WVW is dan geen plaats, zie HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), waarover Croes, NTBR 2000, p. 30 e.v.

9 Over deze begrippen, Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 6-8, en 169; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 216-217; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 38, alsmede Schut 1997, p. 140.

10 Vergelijk HR 25 februari 2000, NJ 2000, 331 (Ten Tije/OLM), waarbij het begrip 'vervoerd worden' beperkt uitgelegd werd, zodat art. 185 WVW toegepast kon worden.

11 Zie hierover de rechtspraak in Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 170.

meer vervoerd door dat motorvoertuig, zodat art. 185 WVW toepasselijk is.[12] Indien vaststaat dat iemand zich niet in het motorvoertuig bevond, maar het wel mogelijk is dat dat kort daarvoor wel nog het geval was, is het aan de aangesprokene om dat te bewijzen.[13]

Het bewijs dat aan de voornoemde voorwaarden voldaan is, is in beginsel voldoende voor aansprakelijkheid van de gedaagde op basis van art. 185 WVW. De eiser hoeft derhalve niet een 'fout' van de bestuurder aan te tonen. Het is aan de aangesprokene om aannemelijk te maken dat er van overmacht sprake was.[14] De stelling van de gedaagde dat er sprake was van overmacht, dient de eiser overigens wel gemotiveerd te betwisten.[15] Een beroep op overmacht kan slechts opgaan indien de bestuurder 'rechtens geen enkel verwijt' kan worden gemaakt.[16] Daarbij zijn fouten van anderen, zoals bijvoorbeeld het slachtoffer, alleen van belang indien deze zo onwaarschijnlijk waren dat de gedaagde bij zijn gedragingen daarmee naar redelijkheid geen rekening hoefde te houden.[17] Ten opzichte van kinderen tot 14 jaar die het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval, is het beroep op overmacht inmiddels overigens vrijwel helemaal uitgesloten. In die gevallen is een beroep op overmacht alleen mogelijk als er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van het kind.[18]

Het systeem van art. 185 WVW behelst mijns inziens een (zeer) zware schuldaansprakelijkheid, gekoppeld aan een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van de onrechtmatigheid (en de verwijtbaarheid). Zonder enige onzorgvuldigheid (en verwijtbaarheid) van de kant van de gedaagde is deze in principe immers niet aansprakelijk, maar het is wel aan de gedaagde om dat, via een beroep

12 Zie HR 25 februari 2000, NJ 2000, 331 (Ten Tije/OLM). In het licht van dat arrest lijkt de uitspraak dat iemand die is uitgestapt om een sleepkabel te bevestigen, gelijkgesteld dient te worden aan iemand die vervoerd wordt door een motorvoertuig, zie Hof Leeuwarden 28 januari 1998, NJ 1998, 790 (Tolsma/FBTO), onjuist te zijn.

13 Zie HR 19 maart 1993, NJ 1993, 305 (Scheepers/Ziekenfonds).

14 Zie bijvoorbeeld Asser 1998, p. 82; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225; Schut 1997, p. 141, en Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 38 en 39, die aangeeft dat een onbekend gebleven toedracht voor rekening van de gedaagde komt, omdat overmacht dan niet aannemelijk is. Zo ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 220.

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

16 Zie onder andere HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur); HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 147 nt. CJHB (Dijksma/Klaverblad); Bouman, VR 1987, p. 86; Spier/Bolt 1996, p. 208-209; Schut 1997, p. 142; Hartlief/Tjittes 1999, p. 125; Van Dam 2000, nr. 1308.

17 Zie HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur); HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 147 nt. CJHB (Dijksma/Klaverblad), en HR 5 december 1997, NJ 1998, 209 (Wijnings/Klaverblad), r.o. 3.3, alsmede bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 1308; Hartlief/Tjittes 1999, p. 129; Schut 1997, p. 142, en Barendrecht 1997, p. 154. Dezelfde norm geldt ten aanzien van trams, hoewel die niet onder art. 185 WVW vallen, zie HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM).

18 Zie HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA), en Van Dam 2000, nr. 1308; Hartlief/Tjittes 1999, p. 126-127; Schut 1997, p. 143; Spier/Bolt 1996, p. 219-220.

op overmacht, aan te tonen.[19] Het gedrag van de gedaagde is derhalve nog steeds relevant voor de beoordeling van diens aansprakelijkheid.[20] Gezien het voorgaande, geef ik er dan ook de voorkeur aan om hier niet van een risico-aansprakelijkheid te spreken.[21] Dat gezegd zijnde, geef ik direct ook toe dat de ruimte voor de gedaagde om het van hem verlangde bewijs te leveren, zo beperkt is dat de term 'schuldaansprakelijkheid' in dit verband wellicht vreemd klinkt. Art. 185 WVW is mijns inziens dan ook een mooi voorbeeld van het soms graduele verschil tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid.

Ten aanzien van het bewijs van overmacht dient nog aangetekend te worden dat daarbij 'aannemelijkheid' volstaat.[22] De bewijswaarderingsmaatstaf ligt derhalve lager dan gebruikelijk, zodat het aantonen van overmacht in beginsel makkelijker wordt voor de gedaagde.[23] Hieruit volgt echter niet dat overmacht niet *bewezen* hoeft te worden.[24] 'Aannemelijk maken' is immers een lichtere vorm van bewijzen.[25]

Ten aanzien van kinderen jonger dan 14 jaar lijkt deze lichtere maatstaf overigens niet te gelden. In die gevallen dient het zo te zijn dat 'niet anders kan worden geoordeeld' dan dat de opzet of bewuste roekeloosheid aanwezig is.[26] Hoe deze maatstaf zich verhoudt tot de meer gebruikelijke bewijswaarderingsmaatstaven, is niet meteen evident, maar mijns inziens zou in gevallen als deze niet meer verlangd mogen worden dan een 'redelijke mate van zekerheid', zodat de maatstaf

---

19 Zo ook Croes, NTBR 2000, p. 32. De opvatting van Hartkamp (Asser-Hartkamp 4-III, nr. 220) dat art. 185 WVW verder gaat dan een bewijsrisico-omkering omdat overmacht aangetoond moet worden, gaat mijns inziens niet op als dat overmachtsbegrip vervolgens ingevuld wordt als 'geen enkel *verwijt*'. Zie over het karakter van deze bepaling ook de literatuur in noot 1.

20 Zie Hartlief/Tjittes 1999, p. 138, en ten aanzien van het Duitse recht Müller, VersR 1995, p. 489; Kirchhoff, MDR 1997, p. 901. Vergelijk ook Keating 1999, p. 9: 'negligence criticizes conduct'.

21 Vergelijk Hartlief/Tjittes 1999, p. 125 ('tendeert naar'), en Nieuwenhuis, CRBS-bundel 1999, p. 54. Zo ook Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 109 en 110, maar zij spreken aldaar ook over een risico-aansprakelijkheid. Hartkamp (Asser-Hartkamp 4-III, nr. 220) stelt dat er hier sprake is van een risico-aansprakelijkheid (dat is de heersende leer, zie Princen 1990, p. 96; Sterk 1994, p. 247; Barendrecht 1997, p. 167; Van Dam 2000, nr. 1002). Hij definieert zulks (nr. 20) als aansprakelijkheid ondanks het ontbreken van onrechtmatigheid *of* van schuld in de zin van verwijtbaarheid. Als daarmee bedoeld wordt dat deze elementen niet meer van belang zijn, dan geldt hier geen risico-aansprakelijkheid, want mijns inziens kan niet gezegd worden dat het gedrag van de dader, en de verwijtbaarheid daarvan, hier geen rol meer speelt. Als bedoeld wordt dat deze elementen niet vast hoeven te staan om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, dan leidt die opvatting ertoe dat elke bewijsrisico-omkering een risico-aansprakelijkheid introduceert, hetgeen mijns inziens te ver voert.

22 Zie HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur), en met name HR 18 juni 1971, NJ 1971, 354 (Wickman/Kamphuis).

23 Zie Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 177; HR 18 juni 1971, NJ 1971, 354 (Wickman/Kamphuis). Dan nog is dit bewijs niet makkelijk te leveren, zie Engelhard/Van Maanen 1998, p. 18.

24 Zo bijvoorbeeld Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 41, die zich ten onrechte op Asser 1992, nr. 8, beroept, en Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225.

25 Zie hiervoor par. II.4; Giesen, AA 1999, p. 629; Asser 1992, p. 15.

26 Zie HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt), en daarover Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 41.

van 'het niet anders kunnen oordelen' daaraan gelijk gesteld zou moeten worden. Het zou te ver voeren om meer bewijsvoering van de gedaagde te eisen.

In *Engeland* heeft enige tijd de gedachte geleefd dat verkeersongevallen onder de *Rylands* v. *Fletcher*-regel[27] gebracht zouden kunnen worden. Dat zou betekenen dat verkeersongevallen door een 'strict liability' beheerst zouden worden, zodat het niet nodig zou zijn om een onzorgvuldige gedraging van de gedaagde te bewijzen. In *Wing* v. *L.G.O.C.* werd echter beslist dat in deze gevallen gewoon de regels van 'fault liability' toegepast dienden te worden.[28]

Sindsdien worden in Engeland de normale regels met betrekking tot 'negligence' toegepast op verkeersongelukken.[29] Dat een verkeersdeelnemer een 'duty' heeft om 'reasonable care' in acht te nemen ten opzichte van zijn medeweggebruikers, wordt niet betwijfeld.[30] Daarbij is een zeer hoge mate van zorgvuldigheid vereist. Zo is het bijvoorbeeld onzorgvuldig om niet de onvoorzichtigheid van anderen te voorzien.[31]

De bewijsrisicoverdeling wijkt in beginsel niet af van de gebruikelijke, zodat de eiser het bewijsrisico draagt.[32] Ten aanzien van de bewijsvoering dient opgemerkt te worden dat het niet of juist wel voldoen aan de regels van de Highway Code in een civiele procedure gebruikt kan worden als 'evidence tending to establish or negative any liability', aldus sec. 38 Road Traffic Act 1988.[33] De schending van een verkeersregel kan derhalve gebruikt worden teneinde het bewijs van 'negligence' te leveren, hoewel die schending op zichzelf niet beslissend is.[34]

---

27 Zie *Rylands* v. *Fletcher* (1866) L.R. 1 Ex. 265, en *Rylands* v. *Fletcher* (1866) L.R. 3 H.L. 330.

28 *Wing* v. *L.G.O.C.* [1909] 2 K.B. 652. Zie hierover Spencer, CLJ 1983, p. 65-84, alsmede Samuel/Rinkes 1991, p. 142, en Zweigert & Kötz 1998, p. 666-667. Het Pearson-Report 1978, nr. 1068, meende dat een verandering van de grondslag voor aansprakelijkheid niet opportuun was.

29 De vordering op basis van een 'breach of a statutory duty' komt niet voor toepassing in aanmerking, omdat de Highway Code geen civiele vordering toestaat, zie Charlesworth & Percy 1997, 9-200. De vordering op basis van 'trespass to the person' wordt hier niet behandeld, omdat daarbij opzet of onzorgvuldigheid van de dader nodig is, hetgeen de eiser dient te bewijzen (zie *Fowler* v. *Lanning* [1959] 1 All ER 290, op p. 297), zodat deze 'tort' eigenlijk niet verschilt van 'negligence' en dan ook nauwelijks nog ingeroepen wordt. Zie verder Markesinis & Deakin 1999, p. 297; Winfield & Jolowicz 1998, p. 83.

30 Zie bijvoorbeeld *Home Office* v. *Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 309; Charlesworth & Percy 1997, 9-187; Winfield & Jolowicz 1998, p. 91-92, en Cane 1999, p. 58-59. Die 'duty bestaat ongeacht of het (direct bij het ongeval betrokken) slachtoffer als gevolg van het ongeval letselschade of een 'nervous shock' oploopt, omdat de dader beide zou moeten voorzien, zie *Page* v. *Smith* [1995] 2 WLR 644, op p. 661-662, en p. 675-676.

31 Vergelijk *Fitzgerald* v. *Lane* [1988] 2 All ER 961, op p. 966; Clerk & Lindsell (Dugdale & Tettenborn) 1995, 7-140; Charlesworth & Percy 1997, 9-190 en 9-192; Markesinis & Deakin 1999, p. 297 en 298; Von Bar 1999, Rdn. 372.

32 Zie par. IV.2.3. Het Pearson-Report 1978, nr. 1069 e.v., overwoog een bewijsrisico-omkering, maar verwierp die optie (nr. 1075-1076). Buckley 1993, 20.16, is daar wel een voorstander van.

33 Vergelijk Clerk & Lindsell (Dugdale & Tettenborn) 1995, 7-140; Charlesworth & Percy 1997, 9-195; Winfield & Jolowicz 1998, p. 179; Cane 1997, p. 52.

34 Cane 1997, p. 52-53; Charlesworth & Percy 1997, 9-196. Ook een strafrechtelijke veroordeling wegens overtreding van een verkeersregel kan als bewijs voor een civiele vordering dienen. Als zo'n veroordeling aanwezig is, wordt het bewijsrisico ten aanzien van 'negligence' omgekeerd,

Van belang is in dat kader tevens dat het wel voldoen aan de verkeersregels niet direct betekent dat er zorgvuldig gehandeld werd.[35]

Daarnaast is het ook op dit terrein mogelijk om gebruik te maken van de doctrine van *res ipsa loquitur*, waardoor de gedaagde verplicht wordt tegenbewijs te leveren.[36] Deze leer is bijvoorbeeld in te roepen indien een motorvoertuig de stoep op rijdt en daar iemand verwondt.[37] De *res ipsa loquitur*-doctrine zal op het gebied van de verkeersaansprakelijkheid echter niet al te veel invloed hebben, omdat bij veel verkeersongelukken een verkeersregel veronachtzaamd zal zijn en dat feit op zich al tot *prima facie* 'negligence' aanleiding kan geven. Tot slot is bij de bewijsvoering nog van belang dat als een deel van het motorvoertuig, zoals bijvoorbeeld een wiel, defect bleek, de gedaagde dient te bewijzen dat hij zorgvuldig gehandeld heeft teneinde dat defect tijdig te kunnen ontdekken.[38]

Het *Franse* recht is in 1985 sterk gewijzigd toen verkeersongevallen onder een nieuwe wet, de Loi no 85-677 van 5 juli 1985 (verder: Loi Badinter), gebracht werden.[39] Vorderingen tot schadevergoeding in verband met een verkeersongeval kunnen sindsdien niet meer zoals vroeger op basis van art. 1384 al. 1 Cc geldend gemaakt worden.[40] De nieuwe wet vestigt een risico-aansprakelijkheid voor de bestuurder of 'gardien' van een motorvoertuig.[41] De belangrijkste voorwaarden voor toepassing van die wet zijn dat een 'accident de la circulation' en de

---

zie sec. 11 Civil Evidence Act 1968, en daarover onder andere *Wauchope* v. *Mordecai* [1970] 1 All ER 417, en Winfield & Jolowicz 1998, p. 183-184.

35 Zie Markesinis & Deakin 1999, p. 298; Charlesworth & Percy 1997, 9-198 en 9-199.

36 Zie hierover bijvoorbeeld Charlesworth & Percy 1997, 5-96 e.v. Door zo'n vermoeden verschuift het bewijsrisico niet, zie par. II.5.2, en *Ng Chun Pui* v. *Lee Chuen Tat* [1988] RTR 298.

37 Zie *Ellor* v. *Selfridge & Co Ltd.* [1930] T.L.R. 236.

38 Zie *Barkway* v. *South Wales Transport Co Ltd.* [1950] 1 All ER 392, op p. 404, en Charlesworth & Percy 1997, 5-108 en 5-109. Vergelijk tevens *Henderson* v. *Henry E. Jenkins & Sons* [1969] 3 All ER 756, op p. 764-765.

39 De Loi Badinter geldt exclusief indien een motorvoertuig bij het ongeval betrokken is, zie bijvoorbeeld de noot van Groutel, D. 1987, Jur. 187, en J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 13. Als de Loi Badinter niet van toepassing is, gelden de regels van art. 1382 Cc e.v., zie Lambert-Faivre 1996, no. 481; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3827; Viney/Jourdain 1998, no. 976 en 1006. Voor regresnemers geldt ook de Loi Badinter, zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 941; Civ. 2e, 28 janvier 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 118 (note Groutel). Indien een verkeersongeval tevens een arbeidsongeval is, waarvoor normaal gesproken de aansprakelijkheid van de werkgever uitgesloten is, zie par. VI.2, kan de werknemer zich toch jegens zijn werkgever op de Loi Badinter beroepen, zie art. L. 455-1-1 CSS, en Viney/Jourdain 1998, no. 986.

40 Zie Lambert-Faivre 1996, no. 475; Viney/Jourdain 1998, no. 974-976. Onder art. 1384 al. 1 Cc (zie ook par. IV.2.4.) gold er een 'présomption de responsabilité' ten nadele van de 'gardien' van het motorvoertuig. De eiser hoefde dus geen 'faute' te bewijzen. De 'gardien' kon zich wel op overmacht beroepen, maar niet op het feit dat hij geen 'faute' gemaakt zou hebben.

41 Over wie bestuurder en/of 'gardien' is, zie Viney/Jourdain 1998, no. 1004.

'implication' (de betrokkenheid) van een motorvoertuig aanwezig zijn.[42] Of de bestuurder een 'faute' maakte, is niet meer van belang.[43]

Het begrip 'implication' duidt op de betrokkenheid van een motorvoertuig bij het ongeval. Dat wil zeggen dat op een of andere manier aan de schade bijgedragen werd door een motorvoertuig.[44] Zo is een motorvoertuig betrokken bij een ongeval indien dit door toedoen van een tweede auto tegen een derde auto terecht komt.[45] Ook werd bijvoorbeeld een openbaar vervoerbedrijf aansprakelijk gehouden toen een vrouw werd aangereden door een brommer in een smalle steeg waarin een bus van dat bedrijf geparkeerd stond.[46]

'Implication' kan aangenomen worden als het slachtoffer in contact kwam met een bewegend motorvoertuig of met een niet-bewegend motorvoertuig, maar eventueel ook als er in het geheel geen contact was. In de eerste twee gevallen geldt er een vermoeden van 'implication' als het contact vaststaat. In het laatste geval luidde het criterium eerst dat het verkeer verstoord diende te zijn geweest ('pertuber la circulation') door het motorvoertuig, maar tegenwoordig lijkt een 'interventie' op welke wijze dan ook te volstaan.[47] De enkele aanwezigheid van een motorvoertuig is echter niet voldoende.[48] Dat een motorvoertuig bij het ongeval betrokken was, dient in beginsel de eiser te bewijzen, maar, zoals gezegd, bij contact tussen het motorvoertuig en het slachtoffer wordt zulks vermoed.[49]

Voor het *Duitse* recht bevat de Straßenverkehrsgesetz (StVG) in § 7 een regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid van de houder ('Halter') van een motorvoertuig.[50] Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid wordt niet

---

42 Viney/Jourdain 1998, no. 977; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 33-34; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3791 e.v.; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 896 e.v. Voor de invulling van de begrippen 'accident', 'circulation' en motorvoertuig, zie Viney/Jourdain 1998, no. 978 e.v., 988 e.v., en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3791 e.v., en 3801 e.v.

43 Malaurie/Aynès 1996, no. 282 en 283. Vergelijk ook Viney/Jourdain 1998, no. 976 en 991.

44 Zie Lambert-Faivre 1996, no. 473; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 906; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 50.

45 Civ. 2e, 21 mai 1990, D. 1991, Jur. 123 (note Aubert).

46 Zie Civ. 2e, 21 juillet 1986, D. 1987, Chron. 3-4 (annexe).

47 Zie over dit alles Civ. 2e, 2 avril 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 226; Civ. 2e, 27 mai 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 270 (note Groutel); Civ. 2e, 6 janvier 2000, Resp. Civ. et Ass. 2000, no. 80; Civ. 2e, 24 février 2000, Resp. Civ. et Ass. 2000, no. 152, en verder J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 65 e.v.; Lambert-Faivre 1996, no. 473; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 905-906; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3812; Viney/Jourdain 1998, no. 995-997; Von Bar 1999, Rdn. 389.

48 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 18 mars 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 173. Vergelijk ook Civ. 2e, 5 novembre 1998, D. 1999, Jur. 256 (note Mouly).

49 Zie Civ. 2e, 28 mai 1986, D. 1987, Jur. 160 (note Groutel); Viney/Jourdain 1998, no. 995 en 997; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3815 en 3817; Lambert-Faivre 1996, no. 473. De eiser zal dus bijvoorbeeld wel de beweging of het contact moeten bewijzen, zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3811.

50 Daarover onder andere Kötz 1998, Rdn. 383-384. Het gaat hier om een risico-aansprakelijkheid, zie bijvoorbeeld Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 442. De aansprakelijkheid van de daadwerkelijke bestuurder is geregeld in § 18 StVG. Deze kan aansprakelijk zijn naast de houder, maar daarvoor is wel 'Verschulden' vereist. Het slachtoffer wordt tegemoet gekomen doordat de bestuurder de

aangeknoopt bij een onzorgvuldig gedraging, maar bij het 'im Betrieb' (in bedrijf) zijn van een motorvoertuig. Aansprakelijkheid is afhankelijk van het 'Betriebsgefahr' van het motorvoertuig.[51] De eiser moet bewijzen dat de aangesprokene houder was van het motorvoertuig, dat er een ongeval plaats heeft gevonden,[52] en dat dat gebeurde bij het 'im Betrieb' zijn van het voertuig.[53] Onder dat (ruim uit te leggen[54]) begrip valt vrijwel elk gebruik van een motorvoertuig als vervoermiddel.[55] Het is niet nodig dat er contact was tussen motorvoertuig en slachtoffer, zolang maar is bijgedragen aan de schade door een motorvoertuig in bedrijf.[56] Als het door de motorvoertuigen in een bruidsstoet voortgebrachte lawaai een kudde paarden doet schrikken, waardoor een van die paarden gewond raakt en gedood moet worden, is de 'Halter' van het eerste motorvoertuig in de stoet aansprakelijk.[57]

Naast deze speciale wet is ook de 'normale' aansprakelijkheid op basis van § 823 BGB van belang. De reden daarvoor is dat de Straßenverkehrsgesetz een limiet ten aanzien van de omvang van aansprakelijkheid kent (§ 12 StVG) en dat smartengeld niet op basis van deze wet vergoedbaar is.[58] § 16 StVG staat de mogelijkheid een vordering uit 'unerlaubte Handlung' in te stellen, uitdrukkelijk toe. De regels van bewijsrisicoverdeling die daarbij gelden, zijn die welke in paragraaf IV.2.5 al besproken werden. Als de eiser zijn vordering baseert op § 823 Abs. I BGB dient hij dus te bewijzen dat een recht of rechtsgoed uit § 823 geschonden is. Verder moet vast komen te staan dat de dader onzorgvuldig handelde, hetgeen onder het 'Verschulden' valt (par. 2.4). Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de gemotoriseerde is van belang dat deze zich ten opzichte van kinderen, ouderen en hulpbehoeftigen, zoals dronken voetgangers, zeer

---

afwezigheid daarvan moet bewijzen, zie Von Bar 1999, Rdn. 376; Deutsch 1995, Rdn. 384; Müller, VersR 1995, p. 490; Greger 1997, § 18 StVG, Rdn. 2 en 13.

51 Bijvoorbeeld BGHZ 105, 65, op p. 66-67; Kötz 1998, Rdn. 385 e.v.; Müller, VersR 1995, p. 489.

52 Zie OLG Celle VersR 1980, 483.

53 Greger 1997, § 7, Rdn. 501 e.v.; Geigel/Kunschert 1993, 25. Kap., Rdn. 125; Jagusch/Hentschel 1997, § 7 StVG, Rdn. 48; Heitmann, VersR 1994, p. 136; Wussow/Schloën 1996, Rdn. 1040; Kirchhoff, MDR 1997, p. 903; Splitter, VR 1998, p. 100; Hünert, ERPL 1999, p. 462.

54 Zie BGHZ 105, 65, op p. 66.

55 Zie BGHZ 105, 65, op p. 66-67; Greger 1997, § 7 StVG, Rdn. 32 e.v.; Kötz 1998, Rdn. 387; Müller, VersR 1995, p. 489.

56 Zie Kammergericht VersR 1998, 778, op p. 779; Deutsch 1995, Rdn. 382; Müller, VersR 1995, p. 490; Kötz 1998, Rdn. 386, en Jagusch/Hentschel 1997, § 7 StVG, Rdn. 4, en over wat wel en niet onder 'Betrieb' valt, Rdn. 5-13.

57 Zie LG Köln VersR 1999, 633.

58 Zie Deutsch 1995, Rdn. 380; Müller, VersR 1995, p. 492-494. In de toekomst zal vergoeding van smartengeld waarschijnlijk wel mogelijk worden, zie Müller, ZRP 1998, p. 260-261.

zorgvuldig dient te gedragen.[59] Als de vordering gebaseerd is op § 823 Abs. II BGB, dient de eiser de schending van een 'Schutzgesetz' te bewijzen.[60]

2.2 Schade

Ten aanzien van het bestaan en de hoogte van de schade geldt in alle onderzochte rechtsstelsels de gebruikelijke bewijsrisicoverdeling. De eiser dient te stellen en bewijzen dat hij schade van een bepaalde omvang heeft geleden, maar het werken met vermoedens en 'Beweiserleichterungen', zoals § 287 ZPO, is toegestaan.[61] Met betrekking tot het *Nederlandse* recht wijs ik er nogmaals op dat indien (na een verkeersongeval) het slachtoffer letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld aan het door de eiser te leveren bewijs van toekomstige (inkomens)schade. Het is immers de gedaagde die de onzekerheid ten aanzien van die schade veroorzaakt heeft.[62]

Van belang is verder dat er naar *Frans* recht verschillende regels gelden ten aanzien van letselschade en zaaksschade. Bij letselschade gelden de hierna in paragraaf 2.5 nog te behandelen strenge regels over vermindering van schadevergoeding wegens eigen schuld, terwijl dat bij schade aan zaken niet het geval is. Als het om zaaksschade gaat, is een 'normale' 'faute' van het slachtoffer voldoende om de hoogte van de schadevergoeding te kunnen beperken.[63] Naar *Duits* recht is van belang dat de schade slechts tot een maximum vergoed wordt en dat vergoeding van smartengeld op basis van de StVG (nog) niet mogelijk is.[64]

2.3 Causaal verband[65]

Naar *Nederlands* recht vereist ook art. 185 WVW dat er causaal verband tussen het verkeersongeval en de schade bestaat.[66] Het bewijsrisico te dien aanzien, dat over het algemeen op de eiser rust, wordt veelal omgekeerd. De Hoge Raad heeft

---

59 Als een voetganger dronken over straat zwalkt en aangereden wordt, is dat feit onvoldoende om tot afwezigheid van aansprakelijkheid van de gemotoriseerde te komen of om de schadevergoeding op basis van eigen schuld volledig te laten vervallen, zie BGH VersR 2000, 199.

60 Zie over dit alles Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 346 e.v., en bijvoorbeeld BGH VersR 1969, 895, op p. 896.

61 Zie daarover hoofdstuk IV, en bijvoorbeeld HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia); Hof Leeuwarden 12 maart 1997, VR 1998, 9 (A./Woudsend).

62 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia), en de conclusie van A-G Hartkamp, sub 12, voor dat arrest, alsmede par. IV.2.2. Hetzelfde geldt in Duitsland, zie BGH VersR 2000, 233.

63 Zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 925; Viney/Jourdain 1998, no. 1032.

64 Zie par. 2.1.

65 Op de afwikkeling van verkeersongevallen met massaschade (meerdere slachtoffers en veroorzakers) ga ik niet in. Vooral in Duitsland is dit de laatste jaren een thema, zie bijvoorbeeld Hünert, ERPL 1999, p. 459 e.v.; Braun, NJW 1998, p. 2318 e.v.; Müller, VersR 1998, p. 1181 e.v.; Adam, VersR 1995, p. 1291 e.v.; Heitmann, VersR 1994, p. 135 e.v.

66 Zie Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 175.1.

inmiddels meermalen beslist dat indien door een onrechtmatige gedraging een verhoogd gevaar voor schade geschapen wordt en dit gevaar zich ook verwezenlijkt, het causale verband gegeven is, behoudens tegendeelbewijs door de gedaagde.[67] Weliswaar is die regel ontwikkeld voor het terrein van de 'gewone' onrechtmatige daad, waarbij de eiser eerst nog de onrechtmatigheid van de kant van de gedaagde dient te bewijzen, maar mijns inziens geldt deze regel ook, zeker gezien het beschermende karakter van art. 185 WVW, indien dat artikel van toepassing is. Dat heeft verstrekkende gevolgen. Immers, indien de gedaagde er niet in slaagt om overmacht aan te tonen, staat ook vast dat deze een verkeersnorm geschonden heeft omdat hem in zo'n geval 'rechtens een verwijt' gemaakt kan worden. Op dat moment staat dus tevens de onrechtmatigheid vast (par. 2.1). Dit heeft dan weer tot gevolg dat in beginsel ook het causale verband gegeven is, tenzij het tegendeelbewijs geleverd wordt door de gedaagde.

Naar *Engels* recht gelden ten aanzien van het causale verband weer de gebruikelijke regels, inclusief die voortvloeiend uit de *res ipsa loquitur*-leer. Als een 'inference of negligence' mogelijk is, is ook het causale verband, behoudens tegenbewijs, geleverd.[68] Deze 'inference' is bijvoorbeeld mogelijk als voetgangers in gevaar komen doordat een auto de stoep oprijdt, zeer plotseling remt, of bij goed zicht een object raakt.[69] Kan er geen vermoeden aangenomen worden, dan dient de eiser in principe op normale wijze het causale verband aan te tonen.

De uitspraak in de zaak *McGhee* v. *National Coal Board*[70] suggereerde dat indien door de 'negligence' het risico van schade aanmerkelijk ('materially') vergroot is, het causale verband zou mogen worden aangenomen, behoudens tegendeelbewijs door de gedaagde, maar latere rechtspraak leert dat die conclusie niet getrokken mag worden.[71] Het is overigens wel vaste rechtspraak dat het

---

67 Zie onder andere HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Kinderbescherming/Engelen); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz); Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 41, en verder par. IV.2.2, alwaar bleek dat deze regel waarschijnlijk een zeer ruim toepassingsbereik heeft, zie bijvoorbeeld HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). Het gaat hier om een zuivere bewijsrisico-omkering, zie bijvoorbeeld de voornoemde arresten, waaruit blijkt dat de gedaagde moet stellen *en bewijzen*. Zulks gaat zelfs zover dat als de eiser wordt opgedragen bewijs te leveren, die bewijsopdracht in hoger beroep niet aangevallen wordt en het Hof na bewijswaardering concludeert dat de versie van de gedaagde bewezen is, zulks niet afdoende is, zie HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz). Of cassatie en verwijzing hier zinvol was, is twijfelachtig. Immers, als de bewijsrisicoverdeling op de juiste wijze geschied zou zijn, zou de gedaagde aan dat bewijs voldaan hebben en zou het resultaat hetzelfde zijn gebleven. Wellicht was het dan ook veeleer het resultaat dat de Hoge Raad niet kon bekoren.

68 Zie hiervoor par. II.5.2.

69 Voor deze en meer voorbeelden, Halsbury's laws of England, Negligence, Vol. 34, Par. 51. Uit de overtreding van een verkeersvoorschrift volgt overigens niet dat 'negligence' altijd vermoed mag worden, zie *ibid.*, Par. 45, en par. 2.1 hiervoor.

70 *McGhee* v. *National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008.

71 Zie met name *Wilsher* v. *Essex Area Health Authority* [1988] 1 All ER 871. Zie hierover onder andere par. IV.2.3, par. VI.3.3.1, en Giesen 1999, p. 120-121.

aantonen van een 'material contribution' bij het ontstaan van de schade voldoende is om het causale verband te mogen aannemen.[72]

Via de introductie van de Loi Badinter werd in *Frankrijk* getracht om het vereiste van causaal verband te vervangen door het vereiste van een 'lien d'implication'. Die opzet is niet geheel geslaagd, want het causale verband speelt nog steeds een rol.[73] Wanneer een motorvoertuig bij een ongeval betrokken is, bestaat er in principe een recht op schadevergoeding.[74] Op dat moment is het verband tussen de *betrokkenheid* van een motorvoertuig en het *ongeval* vastgesteld.[75] Dat het bewijsrisico ten aanzien van de 'implication' op de eiser rust, zagen we al in paragraaf 2.1. Daar werd overigens ook vastgesteld dat als er contact was tussen het motorvoertuig en het slachtoffer, de 'implication' van het motorvoertuig vermoed wordt.[76] Wanneer de eiser geslaagd is in de bewijsvoering op dit punt, gaat de rechter ervan uit dat de schade ook toe te rekenen is aan het ongeval, met andere woorden, dat er causaal verband tussen het *ongeval* en de *schade* bestaat. Het is dan aan de gedaagde om dit vermoeden van 'imputabilité' te ontkrachten.[77] Overigens wordt op deze regel wel een uitzondering gemaakt indien de schade zich enige tijd na het ongeluk openbaart.[78]

Ten aanzien van de *Duitse* Straßenverkehrsgesetz is het zaak voor de eiser om het causale verband tussen 'Betrieb' en ongeval (de schadeveroorzakende gebeurtenis) te bewijzen. Vereist wordt daarbij dat de werking van het motorvoer-

---

72 Zie hierna par. VI.3.3.1, en ten aanzien van een verkeersongeval *Page* v. *Smith (no. 2)* [1996] 1 WLR 855, op p. 858. Met betrekking tot de vraag of de verder verwijderde gevolgen van een verkeersongeval toe te rekenen zijn aan de gedaagde, draagt de eiser het bewijsrisico, zie *Dingley* v. *Chief Constable of Strathclyde Police* [2000] UKHL 14.

73 Zie hierover bijvoorbeeld Malaurie/Aynès 1996, no. 284; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3807-3808; Viney/Jourdain 1998, no. 992; Jourdain, RTD Civ. 2000, p. 348-350, en de noot van Radé onder Civ. 2e, 19 février 1997, D. 1997, Jur. 384.

74 Zie Malaurie/Aynès 1996, no. 284; Camproux, D. 1994, Chron. 110; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 54; Tunc, Towards-bundel 1998, p. 467.

75 Het gaat hier dus niet om het verband tussen *betrokkenheid* en *schade*. Dat verband is in tweeën gedeeld, te weten het verband tussen betrokkenheid en ongeval en het verband tussen ongeval en schade. Zie hierover Viney/Jourdain 1998, no. 992, 993, 999, en 1000, en over dat tweede verband het vervolg van deze alinea.

76 Zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 906; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 73; Viney/Jourdain 1998, no. 995-997; Von Bar 1999, Rdn. 389; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3811 e.v.; Tunc, Towards-bundel 1998, p. 468.

77 Zie Civ. 2e, 19 février 1997, D. 1997, Jur. 384 (met noot van Radé, die op p. 385 aangeeft dat het tegen het doel van de Loi Badinter zou ingaan om de eiser het bewijs op te dragen); Viney/Jourdain 1998, no. 365-1 en 1001; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3818; Lambert-Faivre 1996, no. 474; Malaurie/Aynès 1996, no. 284; Viney, JCP 1996, éd. G., I, 3944, p. 269-270; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 72.

78 Vergelijk Viney/Jourdain 1998, no. 365-1 en 1001; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3818; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 908; Jourdain, RTD Civ. 1996, p. 406 e.v., en voor de uitzondering Civ. 2e, 24 janvier 1996, D. 1997, Somm. 30 (note Mazeaud), en Viney, JCP 1996, éd. G., I, 3944, p. 270. Dat de causale toerekening ver gaat, blijkt uit Civ. 2e, 27 janvier 2000, Resp. Civ. et Ass., no. 109, waarin een verwonding aan een oog, opgelopen tijdens een operatie na een verkeersongeval, toegerekend werd aan de andere bestuurder.

tuig aan het ontstaan van het ongeval bijgedragen heeft.[79] Het slachtoffer wordt bij zijn bewijsvoering eventueel tegemoet gekomen door toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis'. Bovendien, als vaststaat dat in strijd met een rechtsplicht gehandeld is, dan kan van de aangesprokene in bepaalde gevallen verlangd worden te bewijzen dat er geen causaal verband bestaat.[80] Daarnaast dient tevens het causale verband tussen het ongeval en de uiteindelijke schade, de 'haftungsausfüllende Kausalität', vast te staan. Het bewijsrisico rust op grond van de hoofdregel op de eiser, maar deze profiteert daarbij wel van de minder zware eisen die § 287 ZPO aan dat bewijs stelt.[81]

Ook als de vordering tot schadevergoeding gegrond wordt op § 823 BGB, dient de eiser het bewijs van het causale verband te leveren.[82] De doctrine van het 'Anscheinsbeweis' kan opnieuw de helpende hand bieden. Zo kan het causale verband door middel van een vermoeden aangenomen worden indien er alcohol in het spel was, als de auto slecht verlicht was of als de maximaal toegestane snelheid overschreden werd.[83] Dergelijke feiten kunnen overigens ook bij een vordering op basis van § 7 StVG tot een vermoeden van causaal verband leiden.

2.4 Toerekening (schuld)

In *Nederland* kan de 'schuld' van de gedaagde, in combinatie met de vraag naar diens onzorgvuldigheid nog een (zeer beperkte) rol spelen in verband met een beroep op overmacht of op eigen schuld. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid is schuld in eerste instantie echter niet van belang. Men zou ook kunnen zeggen dat er een vermoeden van schuld bestaat. Opmerking verdient nog dat die schuld niet meer als 'morele verwijtbaarheid' gezien wordt. Het schuldbegrip is geobjectiveerd.[84]

In *Engeland* hoeft 'schuld' in de zin van verwijtbaarheid, niet apart te worden gewogen bij een vordering op basis van 'negligence'. Datzelfde geldt in *Frankrijk*.[85] Daar komt hier nog bij dat de verwijtbaarheid voor aansprakelijkheid op basis van de Loi Badinter toch al niet meer relevant is.[86]

---

79 Bijvoorbeeld Kammergericht VersR 1998, 778, op p. 779, en verder Geigel/Kunschert 1993, 25. Kap., Rdn. 125; Greger 1997, § 7 StVG, Rdn. 502 en 512; Müller, VersR 1995, p. 491; Kirchhoff, MDR 1997, p. 903.

80 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1969, 895, op p. 896, par. IV.2.5, en Greger 1997, § 7 StVG, Rdn. 513.

81 Geigel/Kunschert 1993, 25. Kap., Rdn. 125; Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 360-361.

82 Zie Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 348 en 360-361, en bijvoorbeeld BGHZ 58, 48, op p. 52 e.v.

83 Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 381, 386 en 387. Zie over het gebruik van 'Anscheinsbeweis' ook Greger, VersR 1980, p. 1091 e.v., en Hagel, VersR 1976, p. 796 e.v.

84 Zie bijvoorbeeld al Schut 1963, p. 112 e.v.; Bloembergen, Oratie 1965, p. 10, alsmede Von Bar 1999, Rdn. 247, en Van Dam 2000, nr. 909.

85 Zie nader par. IV.2.3 en par. IV.2.4.

86 Zie hiervoor par. 2.1, met name noot 43.

In *Duitsland* is een eventueel 'Verschulden' voor de vestiging van aansprakelijkheid op basis van § 7 StVG niet van belang.[87] Dat zich bij het 'im Betrieb' zijn van een motorvoertuig een ongeval voorgedaan heeft, is voldoende voor het intreden van de vergoedingsplicht. Het schuldvereiste speelt wel nog een (beperkte) rol bij een beroep op overmacht en eigen schuld. Deze gevallen komen hieronder aan bod.[88] Het schuldvereiste is daarnaast nog van belang indien de vordering gebaseerd is op § 823 BGB. In dat geval moet immers het 'Verschulden' van de gedaagde vast komen te staan. Het is aan de eiser om het bewijs te leveren, waarbij opnieuw het 'Anscheinsbeweis' gebruikt kan worden. Zo is een vermoeden van schuld mogelijk indien tegen een paal of boom of tegen een voorligger aangereden werd, of de bestuurder een voorrangsweg opgereden was.[89]

Greger stelt dat uit het veelvuldige gebruik van vermoedens volgt dat het eigenlijk de aangesprokene is die dient te bewijzen dat er geen 'Verschulden' was.[90] Die stelling lijkt in zijn algemeenheid echter niet op te gaan. Als bijvoorbeeld een band plotseling klapt, volgt daaruit niet meteen het 'Verschulden' van de gedaagde.[91] Van belang is wel nog dat ook hier de algemene regel opgeld doet dat indien de schending van een 'Schutzgesetz' (hier: de verkeersregels) vaststaat, het 'Verschulden' in beginsel ook gegeven zal zijn.[92]

2.5 Disculpatie

De bestuurder of houder van een motorvoertuig kan aan aansprakelijkheid ontkomen door middel van een beroep op overmacht. Naar *Nederlands* recht is dan vereist dat vast komt te staan dat er sprake was van opzet of aan opzet grenzende bewuste roekeloosheid van het slachtoffer of een derde (indien het slachtoffer jonger dan 14 jaar was) of dat de bestuurder of houder geen enkel verwijt te maken viel (indien het slachtoffer ouder dan 14 jaar was). Dat dient door de gedaagde aannemelijk gemaakt te worden.[93] In principe verzet geen enkele rechtsregel zich er tegen om een vermoeden van overmacht aan te nemen, maar

87 Kötz 1998, Rdn. 389; Wussow/Schloën 1996, Rdn. 991; Splitter, VR 1998, p. 98.

88 Het 'Verschulden' speelt ook nog een rol bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke bestuurder, zie hiervoor noot 50.

89 Voor deze voorbeelden Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 398, 401 en 410, en BGH VersR 1975, 1158. Zie ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling onder andere Hünert, ERPL 1999, p. 462, en Heitmann, VersR 1994, p. 136. Zie over het gebruik van 'Anscheinsbeweis' ook Greger, VersR 1980, p. 1091 e.v., en Hagel, VersR 1976, p. 796 e.v.

90 Greger 1997, § 16 StVG, Rdn. 378 e.v.

91 Zie BGH VersR 1965, 1053. Vergelijk ook BGH NJW 1996, 1828.

92 Zie par. IV.2.5, en Groß, VersR 1996, p. 661.

93 Zie HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt), respectievelijk HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur), alsmede Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 175, en verder par. 2.1.

gezien de beperkte uitleg van het overmachtsbegrip zal zo'n vermoeden niet snel aanvaard kunnen worden.[94]

In *Engeland* zou de gedaagde in bepaalde gevallen een beroep op een 'latent defect' kunnen doen. De gedaagde stelt dan dat hij de vereiste zorgvuldigheid betracht heeft om eventuele defecten (in bijvoorbeeld het remsysteem) te ontdekken, maar dat deze desondanks verborgen zijn gebleven, zodat hem niets te verwijten valt. Het bewijsrisico rust dan op de gedaagde.[95] In *Frankrijk* is een beroep op 'force majeure', waartoe de fout van een derde ook gerekend wordt, niet langer mogelijk (art. 2 Loi Badinter).[96]

Het *Duitse* recht regelt in § 7 Abs. II StVG een mogelijkheid tot disculpatie voor de gedaagde die wel wat lijkt op overmacht.[97] Die mogelijkheid doet zich voor indien een 'unabwendbares Ereignis' (een onafwendbare gebeurtenis) de oorzaak van het ongeval was. Daaronder valt niet een gebrek aan het motorvoertuig. Het gedrag van het slachtoffer kan wel een voor de houder onafwendbare gebeurtenis opleveren. Vereist is dan wel nog dat de gedaagde zelf de vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen. Daarbij is de zorgvuldigheidsmaatstaf een zeer zware: onafwendbaar is een gebeurtenis alleen als die ook door de uiterst mogelijke zorgvuldigheid niet afgewend kon worden.[98] Uiterst zorgvuldig handelen betekent bijvoorbeeld dat bepaalde gevaarlijke situaties vermeden dienen te worden, met als gevolg dat het feit dat iemand niet anders kon handelen in de gegeven situatie, niet disculpeert als deze persoon, als hij zeer zorgvuldig zou hebben gehandeld, nooit in die situatie verzeild had mogen raken.[99]

---

94 Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 178, vermeldt bijvoorbeeld geen enkel geval.

95 Zie *Henderson* v. *Henry E. Jenkins & Sons* [1969] 3 All ER 756, op p. 764-765. Vergelijk ook *Barkway* v. *South Wales Transport Co Ltd.* [1950] 1 All ER 392; Charlesworth & Percy 1997, 5-108 en 5-109.

96 Zie verder bijvoorbeeld Viney/Jourdain 1998, no. 1014-1015.

97 Als er twee motorvoertuigen bij een ongeval betrokken zijn, kunnen beide 'Halters' zich jegens elkaar op deze bepaling beroepen. In zo'n geval zullen beide voertuigen 'im Betrieb' zijn en indien de voertuigen gelijksoortig zijn, zal er in beginsel en 50-50 verdeling volgen op basis van § 17 StVG, zie bijvoorbeeld BGH VersR 1996, 513, op p. 514, en Groß, VersR 1996, p. 662. Voor een afwijking daarvan is een afweging van de causale bijdrage en de mate van verwijtbaarheid noodzakelijk, zie bijvoorbeeld OLG Düsseldorf VersR 1999, 729, en Kammergericht VersR 1998, 778, op p. 780.

98 Zie bijvoorbeeld BGHZ 117, 337, op p. 340; Jagusch/Hentschel 1997, § 7 StVG, Rdn. 30; Larenz/Canaris 1994, p. 623; Deutsch 1995, Rdn. 383; Wussow/Schloën 1996, Rdn. 1026; Kirchhoff, MDR 1997, p. 903; Kötz 1998, Rdn. 389 e.v., en Zweigert & Kötz 1998, p. 654-655, die aangeven dat dit beroep weinig kans van slagen heeft. De Duitse wetgever is overigens van plan deze disculpatiemogelijkheid (verder) te beperken en alleen nog toe te staan als er sprake was van overmacht, zie Kötz 1998, Rdn. 427; Müller, ZRP 1998, p. 258.

99 Zie BGHZ 117, 337, op p. 341. Op de Duitse autowegen geldt op veel stukken geen snelheidslimiet, maar wie op zo'n stuk harder dan 130 km per uur rijdt, kan zich niet op een 'unabwendbares Ereignis' beroepen, zie BGHZ 117, 337, op p. 342-343. Ook indien de gedaagde op enigerlei wijze schuld heeft aan het ongeval, kan hij zich niet meer op deze disculpatiegrond beroepen, zie OLG Karlsruhe, VersR 2000, 863.

De 'unabwendbares Ereignis', inclusief het feit dat de gedaagde zelf zorgvuldig handelde, moet door degene die zich daarop beroept, de gedaagde, gesteld en bewezen worden. Dezelfde partij dient ook het causale verband tussen de onafwendbare gebeurtenis en het ongeval te bewijzen.[100] De leer van het 'Anscheinsbeweis' kan overigens ook hier de helpende hand bieden.[101] Ook de vordering op basis van § 823 BGB kan stuk lopen op het bewijs van overmacht. Het bewijsrisico rust naar de hoofdregel op de gedaagde.[102]

De gedaagde kan ook trachten de omvang van zijn schadevergoedingsplicht te beperken. Daartoe kan een beroep op eigen schuld gedaan worden.[103] In *Nederland* heeft de Hoge Raad op basis van art. 6:101 BW bepaald dat de eigen schuld van een persoon jonger dan 14 jaar niet aan deze toe te rekenen is, tenzij er sprake is van opzet of aan opzet grenzende bewuste roekeloosheid (de 100 %-regel). Voor personen ouder dan 14 jaar geldt dat de aansprakelijke persoon ook bij eigen schuld van het slachtoffer minimaal 50 % van de schade voor zijn rekening dient te nemen (de 50 %-regel). Ook hier geldt weer de restrictie dat er daarbij geen sprake mag zijn van opzet of aan opzet grenzende bewuste roekeloosheid aan de zijde van het slachtoffer. De billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW kan dit percentage van 50 % overigens nog hoger doen uitvallen.[104] Daarnaast geldt dat het bewijsrisico ten aanzien van de eigen schuld, en daarmee in deze gevallen ook ten aanzien van de opzet of de aan opzet grenzende bewuste roekeloosheid, op de gedaagde rust. Dat bewijs zal moeilijk te leveren zijn.[105]

Naar *Engels* recht zijn ten aanzien van 'contributory negligence' in het verkeer de normale regels van toepassing. Een voorbeeld is het geval van meerijden met

---

100 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1975, 1158, op p. 1159; BGHZ 105, 65, op p. 69; Greger 1997, § 7 StVG, Rdn. 503 en 514; Jagusch/Hentschel 1997, § 7 StVG, Rdn. 31 en 48; Geigel/Kunschert 1993, 25. Kap., Rdn. 128; Müller, VersR 1995, p. 491; Wussow/Schloën 1996, Rdn. 1026 en 1040; Kötz 1998, Rdn. 392.

101 Bijvoorbeeld Geigel/Kunschert 1993, 25. Kap., Rdn. 129.

102 Zie Deutsch 1995, Rdn. 89.

103 Daarover uitvoerig Barendrecht 1997, p. 153 e.v.

104 Zie over dit alles HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt); HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA/Vrerink); HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 nt. CJHB (Anja Kellenaers), en onder andere Schut 1997, p. 144-146; Spier/Bolt 1996, p. 212-216; Hartlief/Tjittes 1999, p. 130-135. Ten aanzien van regresnemers gelden deze regels niet en dient ten eerste een causaliteitsafweging gemaakt te worden, eventueel gevolgd door een billijkheidscorrectie waarbij de mate van verwijtbaarheid een rol kan spelen, zie HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (Zwolsche Algemeene/Regionaal Ziekenfonds); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 nt. CJHB (Van Keulen/Trias). Die correctie zal overigens doorgaans slechts tot een beperkte bijstelling kunnen leiden, zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO); HR 5 december 1997, NJ 1998, 401 (Interpolis Schade/Nuts); HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 nt. JH (Van Keulen/Trias II).

105 Zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), waarover Giesen, NTBR 1998, p. 87 e.v.; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 43; Engelhard/Van Maanen 1998, p. 18. Om een geslaagd beroep te kunnen doen op de 'extra' billijkheidscorrectie bovenop de 50 %, zal de eiser echter omstandigheden moeten aanvoeren, vergelijk daarover Hartlief/Tjittes 1999, p. 135.

een dronken bestuurder, terwijl het slachtoffer weet dat de bestuurder gedronken heeft.[106] Het bewijsrisico rust op de gedaagde.[107]

Op basis van art. 3 van de *Franse* Loi Badinter is, als het om letselschade gaat, eigen schuld alleen aan de voetganger of fietser tegen te werpen indien deze een 'faute inexcusable' gemaakt heeft. Indien het slachtoffer jonger dan 16 jaar of ouder dan 70 jaar of voor meer dan 80 % invalide is, geldt ook deze beperkte regel niet.[108] Een 'faute inexcusable' is aanwezig bij een vrijwillige fout van een exceptionele zwaarte die de veroorzaker in kenbaar gevaar brengt.[109] Het bewijsrisico rust op de gedaagde.[110] Een verdere voorwaarde is nog dat die fout de exclusieve oorzaak van het ongeval dient te zijn.[111] Het bewijsrisico te dien aanzien rust ook op de gedaagde.[112] Ook een 'faute intentionnelle', zoals bij een zelfmoordpoging, kan door de gedaagde ingeroepen worden ter ecartering van zijn aansprakelijkheid (art. 3 al. 3 Loi Badinter).[113] Als eigen schuld aangenomen wordt, vervalt de schadevergoedingsplicht in zijn geheel.[114] Wanneer het om zaaksschade gaat, kan op basis van art. 5 van de Loi Badinter ook een beroep op eigen schuld gedaan worden bij een gewone 'faute' van het slachtoffer.[115]

Ook naar *Duits* recht is een beroep op 'Mitverschulden' mogelijk, aldus § 9 StVG, waarin § 254 BGB van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Die laatste bepaling regelt ook het 'Mitverschulden' indien de vordering gegrond wordt op § 823 BGB. Vereist is dat de gedaagde de voor eigen schuld benodigde feiten bewijst, waarbij 'Anscheinsbeweis' behulpzaam kan zijn.[116] Ook moet het causale verband tussen het 'Mitverschulden' en het ongeval vastgesteld worden. Met

106 Zie *Owens* v. *Brimmel* [1976] 3 All ER 765, op p. 771-772 (20 % eigen schuld).

107 Zie *Fitzgerald* v. *Lane* [1988] 2 All ER 961, op p. 965; *Owens* v. *Brimmel* [1976] 3 All ER 765, op p. 769; Kiralfy 1987, p. 83.

108 Alleen het vrijwillig 'opzoeken' van de schade, een 'faute intentionelle', is aan die typen slachtoffers tegen te werpen, zie nader hierover Viney/Jourdain 1998, no. 1019; Lambert-Faivre 1996, no. 504; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 91 en 93; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 933 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3850 e.v.

109 Zie Ass. plén., 10 novembre 1995, JCP 1996, éd. G., II, 22564 (note Viney); Civ. 2e, 20 janvier 2000, D. 2000, IR 53; Lambert-Faivre 1996, no. 501; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 115; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 929; Viney/Jourdain 1998, no. 1021.

110 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3831.

111 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3856; Viney/Jourdain 1998, no. 1023; Lambert-Faivre 1996, no. 501; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 932.

112 Zie bijvoorbeeld CA Grenoble, 9 février 1987, D. 1987, Jur. 245 (note Chabas). Het bewijsrisico ten aanzien van de causaliteit van de eigen schuld lijkt op de gedaagde te rusten, zie Civ. 2e, 18 mars 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 190. Volgens Viney/Jourdain 1998, no. 1028, is dit afhankelijk van het concrete geval.

113 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 309 (note Groutel); Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3859; Viney/Jourdain 1998, no. 1019.

114 Viney/Jourdain 1998, no. 1019 en 1020; Lambert-Faivre 1996, no. 502; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 929.

115 Viney/Jourdain 1998, no. 1032; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3846; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 925.

116 Zie bijvoorbeeld OLG Schleswig VersR 1995, 476; Greger 1997, § 9 StVG, Rdn. 122, en § 16 StVG, Rdn. 350; Jagusch/Hentschel 1997, § 9 StVG, Rdn. 25.

betrekking tot dat bewijs, ook weer door de gedaagde te leveren, geldt de 'beweiserleichterung' van § 287 ZPO slechts ten dele, namelijk ten aanzien van de mate van aansprakelijkheid.[117] Ten aanzien van kinderen wordt eigen schuld overigens ook in Duitsland niet spoedig aangenomen.[118]

3 Twee motorvoertuigen

3.1 Onrechtmatigheid

Voor het *Engelse* en *Duitse* recht gelden dezelfde regels als besproken in paragraaf 2, waarnaar ik hier dan ook verwijs.[119] De aansprakelijkheid naar Duits recht op basis van § 7 StVG geldt derhalve ook bij ongevallen tussen twee motorvoertuigen,[120] hetgeen een opmerkelijk verschil is ten opzichte van de situatie in Nederland.

Naar *Nederlands* recht geldt de verzwaarde aansprakelijkheid van art. 185 WVW immers niet indien er sprake is van een botsing tussen twee motorvoertuigen. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag moet in zo'n geval teruggegrepen worden op art. 6:162 BW. Het is dan aan de eiser om te stellen en bewijzen dat een onrechtmatige daad gepleegd is.[121] Aldus dient de eiser de onzorgvuldigheid, de strijd met een rechtsplicht of de inbreuk op een subjectief recht aan te tonen, waarbij die eerste categorie veruit de belangrijkste is.[122] Voldoende is daartoe overigens dat de gedaagde 'enig verwijt' gemaakt kan worden, zodat een hoge mate van zorgvuldigheid vereist is.[123] Daarbij is in het bijzonder van belang dat de gedaagde rekening dient te houden met verkeersfouten van anderen.[124] Ook

117 Greger 1997, § 9 StVG, Rdn. 123-125.

118 Zie daarover Müller, VersR 1995, p. 490. Het is de bedoeling van de Duitse wetgever om het eigen schuld-verweer tegen een kind jonger dan tien jaar te ecarteren, zie Müller, ZRP 1998, p. 258.

119 De hierna te bespreken regels gelden naar Nederlands recht ook bij een ongeval tussen twee ongemotoriseerden. In Engeland zijn in dat geval weer de regels van 'negligence' van toepassing en in Frankrijk de normale aansprakelijkheid op basis van de artt. 1382 en 1384 Cc, waarop ik hier niet verder in ga. In Duitsland is § 823 BGB toepasselijk.

120 Zie bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 1310. Zie voor het Duitse recht ook nog noot 97.

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

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

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

124 Zie bijvoorbeeld HR 15 januari 1993, NJ 1993, 568 (Puts/Ceha), en HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM), en over deze 'anticipatieplicht' tevens Barendrecht 1997, p. 154 e.v. Eenzelfde anticipatieplicht geldt overigens ook bij art. 185 WVW, zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 401 (Interpolis Schade/Nuts).

is van belang dat het in het leven roepen van een gevaarlijke verkeerssituatie zonder meer onrechtmatig kan zijn, hoewel die onrechtmatigheid in beginsel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.[125]

Uit het feit dat de gedaagde de stellingen van de eiser betwist heeft, volgt niet dat de bij de betwisting door de gedaagde aangevoerde feiten door die gedaagde bewezen zouden moeten worden. In een dergelijk geval worden immers de door de eiser gestelde feiten door de gedaagde ontkend, namelijk door daar andere feiten tegenover te stellen, en zulks leidt er niet toe dat die gedaagde dan ook het bewijsrisico op zich neemt.[126] Van een bewijsrisico-omkering, die op dit terrein toch al schaars zijn,[127] is dan ook geen sprake.

Ook een aanvullende stelplicht wordt op dit terrein niet aanvaard.[128] Gezien de ratio van dat instrument (voorkomen dat materieelrechtelijke aanspraken illusoir worden), is zulks te billijken, omdat dat gevaar in verkeersaansprakelijkheidszaken niet direct aanwezig lijkt.[129] Op basis van art. 185 WVW en een ruime toepassing van art. 6:162 BW is aansprakelijkheid immers over het algemeen redelijk te verwezenlijken. Daar komt nog bij dat de bewijsvoering bij verkeersongevallen veelal afhankelijk is van politie-rapporten en getuigenbewijs. Dat zijn bewijsmiddelen die in beginsel niet (alleen) bij de gedaagde in bezit zullen zijn, zodat de gedaagde over het algemeen niet in staat zal zijn om de eiser zinvolle aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen.[130] Het wel aanvaarden van een aanvullende stelplicht op dit terrein zou mijns inziens dan ook weinig behulpzaam en onjuist geweest zijn.

Het staat de rechter echter wel vrij om (op grond van een vermoeden) voorshands de onzorgvuldigheid aan te nemen, bijvoorbeeld op grond van de toedracht van het ongeval, waarna het volgens de rechtspraak aan de gedaagde is om 'overmacht' te bewijzen.[131] Dit gebeurde bijvoorbeeld toen een bestuurder, teneinde een object op de weg te omzeilen, heftige stuurbewegingen maakte en

125 Zie HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730 (Regionaal Ziekenfonds Groningen/Koetje).

126 Zie HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813 (Centraal Ziekenfonds/Van der Velden); HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter); HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 195 nt. ARB (Klaverblad/VGZ), en Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 32.

127 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 28 april 1992, VR 1993, 78 nt. vWvC (Pullen/Royal Nederland), en HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), waarin bijvoorbeeld het gegeven dat de wederpartij een bloedproef weigerde, niet voldoende bleek om tot een bewijsrisico-omkering (ten aanzien van de eigen schuld) over te gaan. Zie nader Giesen NTBR 1998, p. 87 e.v. Uit HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade) volgt overigens dat zo'n omkering niet per se uitgesloten is, hoewel die in dat arrest niet aanvaard werd.

128 Zie daarover HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade).

129 Zie nader par. II.3.2, en over die ratio met name de conclusie van A-G Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.).

130 Zie hierover ook par. II.3.

131 Zie onder andere HR 26 maart 1982, NJ 1982, 292 (Wenmakers/Smeets); HR 25 maart 1994, NJ 1994, 549 (Van Amersfoort/Waarborgfonds); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29, en verder de rechtspraak in Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 10 en 176.

zeer krachtig remde bij hoge snelheid.[132] Men zou echter in zo'n geval eigenlijk moeten zeggen dat de *bewijsvoeringslast* ten aanzien van de onrechtmatigheid verschoven is naar de gedaagde, omdat de eiser voorshands de feiten bewezen heeft.[133] De gedaagde moet dan met tegenbewijs[134] komen dat de voorshands gegeven onrechtmatigheid ontkracht.

Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid zullen de diverse verkeersregels een belangrijke rol spelen, maar het is niet zo dat het in overeenstemming met die regels handelen onrechtmatigheid uitsluit. Het is zelfs toegestaan dan toch voorshands aannemelijk te achten dat er onrechtmatig gehandeld werd en tegenbewijs te verlangen.[135] Het omgekeerde geldt ook niet in zijn algemeenheid. Handelen in strijd met een verkeersregel betekent niet meteen dat daarmee de onrechtmatigheid vaststaat,[136] al zal dat regelmatig wel zo zijn.[137] Als in zo'n geval naast de 'strijd met een rechtsplicht' nog een nadere toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm nodig is, is wel de bewijspositie van de eiser verbeterd, omdat dan in beginsel van de onrechtmatigheid uitgegaan kan worden.[138]

De *Franse* Loi Badinter is ook van toepassing op die situaties waarbij er twee (of meer[139]) motorvoertuigen bij het ongeval betrokken zijn. Voorwaarde voor aansprakelijkheid is dus weer dat de eiser de 'implication' van het andere motorvoertuig aantoont. De gedaagde heeft in dat geval echter ook een vordering op de eiser. Beide voertuigen waren immers 'betrokken' bij de botsing. Als de precieze oorzaak onbekend blijft, kunnen beide partijen een integrale vergoeding van de ander tegemoet zien.[140] Eventuele fouten van het slachtoffer of van beide bestuurders worden via de eigen schuld-regeling verdisconteerd (par. 3.5).

3.2 Schade

Hier kan verwezen worden naar hetgeen in paragraaf 2.2 is opgemerkt, met dien verstande dat naar *Frans* recht geen onderscheid wordt gemaakt tussen letselschade

132 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 292 (Wenmakers/Smeets).
133 Vergelijk HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter).
134 In HR 6 december 1996, NJ 1997, 207 (Toering/VAD), r.o. 3.7, gaat de Hoge Raad er mijns inziens ten onrechte vanuit dat tegen*deel*bewijs nodig zou zijn, zie verder par. I.3.
135 Een ziekenauto rijdt met zwaailichten aan door rood licht; voorlopig wordt de onrechtmatigheid aangenomen, zie HR 15 februari 1985, NJ 1985, 425 (Van de Wardt/Londen & Lancashire).
136 Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 14.1. Zo staat aansprakelijkheid niet automatisch vast indien iemand bij het achteruitrijden een ander aanrijdt.
137 Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 30.
138 Vergelijk Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 30 en 34; Van Dam 1989, p. 97; Wolfsbergen 1946, p. 54, en par. IV.2.2. Zie over de vervlechting van de elementen van art. 6:162 lid 2 BW ook Hartlief/Van Maanen 1995, vooral p. 21-32.
139 Bij een kettingbotsing geldt dat alle voertuigen 'betrokken' zijn, Viney, JCP 1998, éd. G., I, 187, p. 2216, en Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 271.
140 Zie Lambert-Faivre 1996, no. 512, en Terré-Simler-Lequette 1999, no. 911.

en zaaksschade als de eigen schuld van het slachtoffer dat zelf ook een motorvoertuig bestuurde, ter discussie staat.[141]

3.3 Causaal verband

Indien de onrechtmatigheid vastgesteld is en daardoor de kans op gevaar voor ongevallen vergroot is, en dit gevaar zich verwezenlijkt heeft, staat het causale verband naar *Nederlands* recht in beginsel vast. De gedaagde draagt dan het bewijsrisico ten aanzien van het ontbreken van het causale verband.[142] Het *Franse* recht kent met betrekking tot het causale verband geen regels die afwijken van het in paragraaf 2.3 gestelde.

3.4 Toerekening (schuld)

De *Nederlandse* rechtspraak vereenzelvigt op dit terrein de onrechtmatigheidsvraag met de schuld- of toerekeningsvraag. Men spreekt veelal over de 'schuld' die de eiser te bewijzen heeft, terwijl het dan de vraag betreft of er onrechtmatig gehandeld is.[143] Hetzelfde gebeurt bij een beroep op overmacht. Ook die vraag wordt in de sleutel van schuld gezet terwijl het om (het ontbreken van) de onrechtmatigheid gaat.[144] Dit is het gevolg van het gebruik van een ruim schuldbegrip in dit soort gevallen, een begrip dat onrechtmatigheid en schuld in enge zin omvat.[145] Het ware mijns inziens beter beide begrippen strikter te scheiden. Dat voorkomt verwarring.

Ten aanzien van de toerekening draagt in principe de eiser het bewijsrisico.[146] Als er echter onzorgvuldig gehandeld is, staat in beginsel ook de toerekening vast. De schuld wordt immers vermoed als de onrechtmatigheid vaststaat.[147] Opmerking

---

141 Zie nader par. 3.5.

142 Zie bijvoorbeeld HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz); HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Kinderbescherming/Engelen), en eerder al HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 nt. G.J.S. (Nicolaye/Grooten); HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 nt. GJS (De Brouwer/Van den Besselaar); HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM). Een voorbeeld is het rijden onder invloed van alcohol, zie HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (IZA/Waarborgfonds). Zie verder nog Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a; Spier/Bolt 1996, p. 224; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 37; Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 248, en par. IV.2.2. Deze rechtspraak heeft overigens geen invloed op de vraag of er onrechtmatig gehandeld is, zie HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730 (Regionaal Ziekenfonds Groningen/Koetje); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 42-43; Asser 1998, p. 80.

143 Vergelijk HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter) en HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 195 nt. ARB (Klaverblad/VGZ), en kritisch Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 32 (noot 27).

144 Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 10.

145 Zie Schut 1997, p. 96, die stelt dat ook de causaliteitsvraag hieronder geschaard wordt.

146 Vergelijk bijvoorbeeld HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 36. Het gaat hier overigens om een kwalificatievraag die niet echt te bewijzen is, zie nader par. I.3. Onrechtmatige Daad III (Bouman), aant. 9, stelt terecht dat het bij verkeersaansprakelijkheid gaat om de schending van verkeersnormen, hetgeen een ruime toerekening rechtvaardigt.

147 Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 35 en 37; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77.

verdient nog dat dit des te sterker geldt indien, zoals hier vaak het geval zal zijn, een verkeersnorm geschonden is. In zo'n geval wordt niet alleen het bewijsrisico ten aanzien van de causaliteit omgekeerd, maar ook het bewijsrisico ten aanzien van de toerekening.[148]

In *Frankrijk* geldt hetgeen hiervoor (par. 2.4) uiteengezet werd.

3.5 Disculpatie

Naar *Nederlands* recht kan de gedaagde zich in principe disculperen door een beroep op 'overmacht',[149] maar omdat een dergelijk verweer alleen aan bod kan komen indien de onrechtmatigheid al vast staat, zal een beroep op overmacht in verkeerszaken mijns inziens niet snel kunnen slagen. Immers, als de onrechtmatigheid gegeven is, staat tevens vast dat er van 'enig verwijt' sprake was, zodat eigenlijk niet meer aan de norm van overmacht (geen enkel verwijt) voldaan zal kunnen worden. In *Frankrijk* is een beroep op overmacht expliciet uitgesloten, ook ten opzichte van een slachtoffer dat zelf een motorvoertuig bestuurde (art. 2 Loi Badinter).

De eigen schuld van het *Nederlandse* slachtoffer kan de omvang van de schadevergoedingsplicht verminderen indien de gedaagde erin slaagt het bewijs daarvan te leveren.[150] In dergelijke gevallen is in beginsel de 'gewone' maatstaf van 6:101 BW van toepassing. Opnieuw komt echter minimaal 50 % van de schade voor rekening van de gedaagde als het slachtoffer een voetganger of fietser is die zijn vordering baseert op art. 6:162 BW. Die regel geldt echter niet als er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de fietser of voetganger.[151]

Naar *Frans* recht is het van groot belang of het slachtoffer zelf ook 'conducteur' was. Indien dat niet zo was, kan diens eigen schuld alleen de aansprakelijkheid van de gedaagde uitsluiten voor zover er een 'faute inexcusable' of 'faute intentionnelle' gemaakt werd (par. 2.5). Dat is anders indien het slachtoffer zelf ook 'conducteur' was. In zo'n geval leidt ook een 'normale' eigen 'faute' tot vermindering of uitsluiting van de schadevergoeding (art. 4 Loi Badinter).[152] Dit

148 Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 37; Giesen 1999, p. 131.

149 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 292 (Wenmakers/Smeets).

150 Dat het bewijsrisico op de gedaagde ligt, volgt onder andere uit HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld).

151 Zie HR 15 januari 1993, NJ 1993, 568 (Puts/Ceha); HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA/Vrerink), alsmede HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM); Hartlief/Tjittes 1999, p. 136-137; Klaassen, A & V 1999, p. 68 , en verder par. 2.5. Omstandigheden die wellicht een vergoeding boven de 50 % met zich brengen, dient de eiser aan te voeren.

152 Het slachtoffer dient onzorgvuldig gehandeld te hebben, zie Viney/Jourdain 1998, no. 1018. Zo'n 'faute' zal gegeven zijn als de 'Code de la route' overtreden is, zie daarover J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 275-1, met name no. 6.

geldt ongeacht of het om letselschade of om zaaksschade (art. 5) gaat.[153] Het bewijsrisico ten aanzien de eigen schuld rust op de eiser.[154]

Gezien het voorgaande is het van belang dat de gedaagde in dit geval dient te bewijzen dat het slachtoffer zelf ook bestuurder was.[155] Een persoon is bestuurder vanaf het moment van instappen in het motorvoertuig tot het moment van uitstappen.[156] Of iemand bestuurder was, levert vooral een probleem op als die persoon uit een auto geslingerd werd en daarna geraakt werd. De rechtspraak gaat er dan vanuit dat die persoon geen bestuurder was,[157] waardoor de gedaagde een 'faute inexcusable' dient aan te tonen.

Indien de gedaagde de eigen schuld van de eiser bewezen heeft, rijst nog de vraag in hoeverre dit tot vermindering of zelfs uitsluiting van aansprakelijkheid leidt. Het antwoord daarop is afhankelijk van de bijdrage aan de schade van die fout van het slachtoffer. De lagere rechter, die hierbij veel vrijheid toekomt, dient een afweging te maken op basis van de zwaarte van de respectievelijke fouten.[158]

4 Bewijsrisicoverlichting?

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. Het Engelse recht is vrij onverbiddelijk als het om een eventuele tegemoetkoming aan verkeersslachtoffers gaat. De eiser dient volgens de normale regels aan te tonen dat aan de voorwaarden voor 'negligence' voldaan is. De enige tegemoetkoming, naast het gebruik van vermoedens, die in Engeland aanvaard is, is dat de gedaagde aan een zware zorgvuldigheidsnorm dient te voldoen.

In Nederland is door middel van art. 185 WVW het bewijsrisico ten aanzien van de onrechtmatigheid en de verwijtbaarheid omgekeerd. Men zou ook kunnen

153 Viney/Jourdain 1998, no. 1028 e.v.; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 920; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 128.

154 Zie onder andere Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3831; Lambert-Faivre 1996, no. 514.

155 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3822; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 919; J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 105; Viney/Jourdain 1998, no. 1027.

156 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3824; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 919. Vergelijk ook Viney/Jourdain 1998, no. 1025.

157 Zie Civ. 2e, 9 juillet 1986, D. 1987, Jur. 1 (note Groutel); J-Cl. Resp. Civ. (Bénac-Schmidt), Fasc. 280-1, no. 103 en 115; Viney/Jourdain 1998, no. 1026; Lambert-Faivre 1996, no. 509 *in fine*; Sterk, VR 1997, p. 200. Dat geldt overigens alleen indien het slachtoffer door een 'derde' aangereden wordt, zie Terré-Simler-Lequette 1999, no. 919, en bijvoorbeeld Civ. 2e, 25 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 306.

158 Zie Ch. mixte, 28 mars 1997, D. 1997, Jur. 294 (note Groutel), en Civ. 2e, 6 mai 1997, D. 1997, Jur. 503 (note Groutel), en verder Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3834; Viney, JCP 1997, éd. G., I, 4025, p. 243-244; Groutel, Resp. Civ. et Ass. 1997, Chron. 22, p. 6 e.v.; Groutel, Resp. Civ. et Ass. 1998, Chron. 17, p. 6; Viney/Jourdain 1998, no. 1029. In eerdere rechtspraak werd nog bepaald dat als slechts een van de twee bestuurders een 'faute' gemaakt had, deze in het geheel geen vergoeding van de ander kon krijgen vanwege zijn eigen schuld, zie Viney/Jourdain 1998, no. 1029.

stellen dat een risico-aansprakelijkheid is ingevoerd. Daarnaast is nog van belang dat het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband veelal omgekeerd kan worden. Bij een verkeersongeval is immers vaak een verkeersregel overtreden, waardoor de kans op schade verhoogd is. Die bewijsrisico-omkering geldt ook indien art. 6:162 BW de grondslag van de vordering is. In dat geval is het wel aan de eiser om de onrechtmatigheid te bewijzen.[159] De daarbij geldende zorgvuldigheidsnorm stelt zware eisen aan de verkeersdeelnemer.

In Frankrijk en Duitsland is men het verkeersslachtoffer tegemoet gekomen door de introductie van een risico-aansprakelijkheid. Daardoor werd de vraag naar de wenselijkheid van een bewijsrisico-omkering eigenlijk overbodig. De daarbij te bewijzen feitelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid ('implication', 'Betrieb') zijn makkelijker aantoonbaar dan een 'fout' van de gedaagde, zodat het redelijk eenvoudig is geworden om schadevergoeding te verkrijgen. Het Franse recht kent daarnaast nog een vermoeden van causaal verband als de 'implication' van een motorvoertuig gegeven is. Voor zover het 'gewone' aansprakelijkheidsrecht in Frankrijk en Duitsland naast die risico-aansprakelijkheden van toepassing is, wordt niet afgeweken van de normale bewijsrisicoverdeling.

5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

Als wij het terrein van de verkeersaansprakelijkheid in een wat breder perspectief bekijken, en daartoe zowel het materiële recht als de bewijsrisicoverdeling in ogenschouw nemen, dan blijkt een aantal argumenten voor het eventueel verzwaren van aansprakelijkheid genoemd te worden.[160] Het eerste argument sluit aan bij wat de Engelse rechter Bramwell zei:

> 'It is just and reasonable that if a person uses a dangerous machine, he should pay for the damage which it occasions; if the reward which he gains for the use of the machine will not pay for the damage, it is mischievous to the public and ought to be suppressed, for the loss ought not to be borne by the community or the injured person. If the use of the machine is profitable, the owner ought to pay compensation for the damage.'[161]

159 Indien dat bewijs geleverd is, wordt de 'schuld' vermoed aanwezig te zijn.

160 In par. XIV.3.2.4 zal blijken dat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht zodanig verbonden zijn dat de argumentatie op beide vlakken langs dezelfde lijnen verloopt, zodat de 'materiële' argumenten ook voor de bewijsrisicoverdeling van belang zijn. Zie over de opzet van deze paragraaf ook par. IV.3.

161 *Powell* v. *Fall* [1880] 5 Q.B.D. 597. Vergelijk ook BGHZ 105, 65, op p. 68, over de aansprakelijkheid op basis van § 7 StVG, welke gegrond is op het principe 'daß sich ein Risiko verwirklicht, welches die Rechtsordnung zur Nutzung des technischen Fortschritts zuläßt.' In deze zin ook LG Köln VersR 1999, 633.

Woorden van gelijke strekking zouden ook gesproken kunnen worden over de verkeersaansprakelijkheid.[162] Het gebruik van zaken die een gevaar opleveren zonder dat ze genoeg 'winst' opleveren om de 'kosten' van dat gevaar te dekken, moet tegengegaan worden. En als die 'winst' wel voldoende is om de 'kosten' te dekken, is het redelijk om de gebruiker van de gevaarlijke zaak de schade te laten vergoeden. Daar tegenwoordig vrijwel niemand zonder motorvoertuigen zou willen of kunnen, is het profijt dat deze opleveren blijkbaar voldoende groot om tevens te kunnen aanvaarden dat de eventueel daardoor veroorzaakte schade vergoed moet worden.[163] Anders gezegd, degene die de lusten heeft, en hier is dat naast het individu ook het collectief van gemotoriseerden,[164] zou ook de lasten moeten dragen.

Een tweede reden voor (verzwaarde) aansprakelijkheid schuilt in de gedachte van slachtofferbescherming.[165] De Hoge Raad stelt in dat kader dat het noodzakelijk is om het ongemotoriseerde verkeer, zoals fietsers en voetgangers, te beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer.[166] Het gevaar voor letsel dat motorvoertuigen met zich brengen, dient zo veel mogelijk tot een minimum beperkt te worden en als dat gevaar zich toch verwezenlijkt, zouden de gevolgen daarvan niet zonder meer ten laste van het slachtoffer mogen komen.[167]

Daarbij aansluitend nog een derde reden. De mate en wijze van gebruik van een motorvoertuig ligt geheel in de 'sfeer', het domein, van de gebruiker ervan, de bestuurder. De andere partij, het potentiële slachtoffer, heeft daarop nauwelijks invloed. Dat de gemotoriseerde weggebruiker een bepaald 'domein' onder zijn hoede heeft, brengt op zichzelf echter nog niet mee dat deze daarom ook aansprakelijk zou moeten zijn of het bewijsrisico zou moeten dragen. Die notie

---

162 Deze rechtvaardiging voor de introductie van een 'strict liability' bleek in Engeland onvoldoende te zijn. Of dat terecht was, kan hier in principe in het midden blijven, maar twijfels daaromtrent zijn in het licht van de ontwikkelingen elders in Europa niet vreemd. Zie ook Keating 1999, p. 16.

163 Zie Keating 1999, p. 6-7. Vergelijk ook Hartlief/Tjittes 1999, p. 121; Fleming 1998, p. 11, en Larenz/Canaris 1994, p. 619.

164 Zie over profijt voor een collectief ook Keating 1999, met name p. 40, en Fleming 1998, p. 11.

165 Zie bijvoorbeeld Hartlief/Tjittes 1999, p. 8, 9 en 116; Engelhard/Van Maanen 1998, p. 19; Barendrecht 1997, p. 177; Hartlief, Oratie 1997, p. 41; Vranken, Brunner-bundel 1994, p. 419; Klaassen 1991, p. 177-178. Volgens HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO), r.o. 3.6, zoals herhaald in HR 5 december 1997, NJ 1998, 401 (Interpolis Schade/Nuts), en HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 nt. JH (Van Keulen/Trias II), is een 'goede slachtofferbescherming' een 'maatschappelijk belang'.

166 Zie bijvoorbeeld HR 19 maart 1993, NJ 1993, 305 (Scheepers/Ziekenfonds); HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 nt. CJHB (Van Holsteijn/Groenestein); HR 25 februari 2000, NJ 2000, 331 (Ten Tije/OLM), en HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM).

167 Ik merk hier nog op dat de verbeterde bescherming op dit terrein ten eerste ten goede komt aan het ongemotoriseerde verkeer, zie bijvoorbeeld het Franse en Nederlandse recht, maar dat als een soort van 'reflex' daarvan de zorgvuldigheidsnormen die bestuurders van motorvoertuigen ten opzichte van elkaar in acht moeten nemen, ook streng zijn. Ter bescherming van fietsers en voetgangers worden strenge normen gehanteerd die doorwerken als het slachtoffer 'toevallig' een bestuurder is.

kan echter wel langs een andere weg van belang zijn, en wel omdat het motorvoertuig, het domein van de gebruiker, een verhoogd gevaar schept. Dan zijn we dus terecht gekomen bij de leer van de gevaarzetting.[168] Daarin zou ook een rechtvaardiging kunnen liggen voor een ruime toerekening van schade aan de gemotoriseerde weggebruiker, zeker als wij ons, ten vierde, bedenken dat de gemotoriseerde weggebruiker vrijwel steeds verzekerd is, althans verzekerd zou moeten zijn.[169]

Op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid vindt die 'verruimde toerekening' overigens, zo zagen wij reeds, niet alleen en niet altijd plaats via een bijzonder regel van bewijsrisicoverdeling die afwijkt van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Een verzwaring van aansprakelijkheid wordt op dit terrein veelal bereikt door wijziging van het materiële recht, namelijk door de introductie van een risico-aansprakelijkheid, waarbij dan ten aanzien van de voorwaarden voor toepassing van die risico-aansprakelijkheid de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling wordt toegepast. Het is echter de vraag of een risico-aansprakelijkheid het enige alternatief is.[170] Als men een verzwaring van aansprakelijkheid wil bereiken, kan ook gedacht worden aan een schuldaansprakelijkheid, gekoppeld aan een omkering van het bewijsrisico.[171] De rechtvaardiging daarvoor zou gelegen kunnen zijn in de ook door een bewijsrisico-omkering gegeven verbeterde bescherming van (potentiële) slachtoffers en in het gegeven dat motorvoertuigen nu eenmaal bepaalde gevaren creëren, terwijl ze voor de gebruiker ook profijt

168 Larenz/Canaris 1994, p. 619, geven aan dat de risico-aansprakelijkheid in Duitsland aanknoopt bij het scheppen en instandhouden van een 'Gefahrenquelle'. Zie ook BGHZ 105, 65, op p. 66; BGHZ 117, 337, op p. 341; Jagusch/Hentschel 1997, § 7 StVG, Rdn. 1; Müller, VersR 1995, p. 489; Kirchhoff, MDR 1997, p. 901; Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 109; Klaassen 1991, p. 176-178; Barendrecht 1997, p. 177; Tunc, Towards-bundel 1998, p. 462; Bloembergen, NTBR 1998, p. 172; Splitter, VR 1998, p. 98; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 30; Engelhard/Van Maanen 1998, p. 17; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 219; Viney/Jourdain 1998, no. 963 en 1004; Hartlief/Tjittes 1999, p. 8 en 9; Sieburgh 2000, p. 226; de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 12, voor HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM), en in algemene zin Van Dunné 1998, p. 31 e.v.

169 In vrijwel alle literatuur wordt op dat aspect gewezen. Omdat het bestaan van verzekering echter geen aansprakelijkheid creëert, zie bijvoorbeeld de conclusie van De Vries Lentsch-Kostense, nr. 12, voor HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM); Sieburgh 2000, p. 227-228; Hartlief/Tjittes 1999, p. 22-23, is dit argument hier van minder gewicht. In het kader van de eigen schuld-afweging is het verzekeringsaspect wel van belang, zie noot 104, en HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM), waarin de Hoge Raad het feit dat er voor trammaatschappijen geen verzekeringsplicht bestaat, pareert door erop te wijzen dat die maatschappijen zich in de regel wel plegen te verzekeren.

170 Daarvoor pleit dat het in het verkeer vaak om kleine, vrijwel onvermijdbare fouten gaat, die tot veel schade leiden, vergelijk bijvoorbeeld Cane 1999, p. 145, en Keating 1999, p. 32. Gevolg daarvan is dat een schuldaansprakelijkheid geen recht doet aan de werkelijkheid dat fouten niet te vermijden zijn in het verkeer. Gezien die onvermijdbaarheid van fouten, zal het preventie-argument hier slechts een beperkte rol kunnen vervullen.

171 Buckley 1993, 20.16, oppert die mogelijkheid (als een meer algemene vorm van 'tort reform') voor het Engelse recht. Vergelijk ook Fleming, MLR 1979, p. 262. Op alternatieven die buiten het aansprakelijkheidsrecht in strikte zin treden, kan ik hier niet nader ingaan.

opleveren.[172] Dat deze oplossing bovendien geschikt is om die doelen te bereiken, blijkt alleen al hieruit dat op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid de bewijsrisicoverdeling veelal beslissend is.[173]

172 Deze oplossing zou er ook toe leiden dat het argument tegen een risico-aansprakelijkheid, namelijk dat aansprakelijkheid gebaseerd zou moeten zijn op 'schuld', ondervangen zou worden. Bij aanvaarding van een bewijsrisico-omkering is schuld immers nog steeds de basis voor aansprakelijkheid, al zal dat uitgangspunt gezien de zware zorgvuldigheidsnorm veelal niet veel meer dan een wassen neus zijn.

173 Zie over de bewijsproblemen op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid Cane 1999, p. 176 en 177; Markesinis & Deakin 1999, p. 300; Bouman, VR 1987, p. 86; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 214; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 23; Kremer, VR 1998, p. 211-212; Pearson-Report 1978, nr. 1070; Heitmann, VersR 1994, p. 136-137; Kötz 1998, Rdn. 425; Hünert, ERPL 1999, p. 462.

Werkgeversaansprakelijkheid

1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de aansprakelijkheid van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer(s) voor schade door bedrijfsongevallen en beroepsziekten. Die vorm van aansprakelijkheid kan niet los gezien worden van het sociale zekerheidsrecht[1] dat immers het eerste vangnet vormt voor de werknemer als diens bron van inkomsten wegvalt. De invloed van de sociale zekerheid op het aansprakelijkheidsrecht is het grootst in Frankrijk en Duitsland. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever is daar in beginsel uitgesloten. In Nederland en Engeland kan de gelaedeerde alleen die schade die niet reeds via de sociale zekerheid vergoed werd, via het aansprakelijkheidsrecht verhalen.

Deze verwevenheid van systemen brengt met zich dat de bespreking van de werkgeversaansprakelijkheid in tweeën uiteen valt. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op het sociale zekerheidsrecht en worden de gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheid van de werkgever geschetst. In paragraaf 3 wordt vervolgens de civielrechtelijke aansprakelijkheid behandeld. Na een samenvatting van het voorgaande (par. 4), sluit ik af met een overzicht van de argumenten die op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid een rol spelen (par. 5).

Alvorens hiermee aan te vangen, ga ik nog kort in op de aard en de strekking van de hier toepasselijke normen. Het sociale zekerheidsrecht is erop gericht dat de werknemer in zijn levensonderhoud kan blijven voorzien als zijn inkomsten uit arbeid wegvallen. Of er onrechtmatig gehandeld is, is voor het verkrijgen van een uitkering niet van belang. Daarvoor is slechts vereist dat bij de uitvoering van de werkzaamheden schade geleden is.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid[2] naar *Nederlands* recht (art. 7:658 BW, voorheen art. 1638x OBW[3]) is volgens de gangbare opvatting geen risico-aansprakelijkheid. Het is een vorm van contractuele aansprakelijkheid gebaseerd op 'schuld', welke vereist dat de werkgever tekortgeschoten is.[4] De zorgplicht van

1 Die term wordt in dit hoofdstuk in de ruimste zin van het woord gebruikt.
2 In *Frankrijk* en *Duitsland* is civielrechtelijke aansprakelijkheid een uitzondering, welke ten minste vereist dat de werkgever niet de nodige zorgvuldigheid betracht heeft.
3 Van 1 januari 1992 tot 31 maart 1997: art. 7A:1638x BW.
4 Onder andere HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen); Spier/Bolt 1996, p. 91; Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 496-497; Lindenbergh 2000, p. 15 en 29.

de werkgever is derhalve niet absoluut.[5] Die zorgplicht is echter wel dusdanig zwaar dat een risico-aansprakelijkheid zeer dicht genaderd wordt.[6] De strekking van de artt. 1638x OBW en 7:658 BW[7] is het bieden van bescherming aan werknemers tegen de aan hun werkzaamheden verbonden gevaren.[8]

Ook in Engeland geldt in beginsel de normale schuldaansprakelijkheid, zodat de vraag luidt of de werkgever de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen heeft. Die zorgvuldigheidseis wordt veelal nader ingevuld door wettelijke regels die gericht zijn op de veiligheid van de werknemers in verband met de gevaren van hun werkzaamheden. De in deze gevallen veelal ook toepasselijke 'tort' van 'breach of a statutory duty' tendeert wel naar een (vorm van) 'absolute liability'.[9]

2 De werknemer en de sociale verzekeringen

In het navolgende zal ik kort schetsen onder welke voorwaarden een uitkering op basis van het sociale zekerheidsrecht mogelijk is, en op welke wijze het bestaan daarvan van invloed is op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever.[10]

In *Nederland* is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever sinds 1967 niet meer uitgesloten,[11] maar ten opzichte van de werknemer wel in omvang beperkt. Alleen de schade die niet al vergoed werd op basis van de sociale

5 Zie onder andere HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross); HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 nt. PAS (Hollander/Wolfard & Wessels); Lindenbergh 2000, p. 29.

6 Zie bijvoorbeeld Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 188; Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 496; Asser 1998, p. 103; Lindenbergh 2000, p. 22 en 30. Door de in art. 7:658 BW opgenomen bewijsrisico-omkering, waarover zo meteen meer, is deze aansprakelijkheid nog meer op een risico-aansprakelijkheid gaan lijken. Zie nader over de verhouding tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid, en de rol van de bewijsrisicoverdeling daarbij, par. XIV.3.2.5.

7 Daarnaast is er nog de algemene norm van art. 6:162 BW en art. 7:611 BW, dat onder bijzondere omstandigheden van toepassing kan zijn, zie HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.).

8 Zie onder andere HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I). Ook wordt er wel gesproken over bescherming tegen onveilige situaties, zie HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, nt. JBMV (De Schelde/Cijsouw II), r.o. 3.3.3.

9 Zie par. 3.1, en bijvoorbeeld Charlesworth & Percy 1997, 11-37 e.v.; Cane 1999, p. 79.

10 Zie verder Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1135 e.v.; Hartlief, Oratie 1997; Faure/Geers/Hartlief 1995, p. 9 e.v.; Klosse, NJB 1993, p. 1608 e.v.; Bloembergen, Oratie 1965, p. 7-9.

11 Dat is lange tijd wel het geval geweest, zie nader Asser-Hartkamp 4-I, nr. 487 e.v.; Lindenbergh 2000, p. 5 e.v. Voor ongevallen die plaatsvonden voor 1 juli 1967 (afschaffing Ongevallenwet) kan dan de vraag rijzen (los van de eventuele verjaring) of civielrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk is. Zulks zal veelal niet het geval zijn, zie HR 19 februari 1999, NJ 1999, 428 nt. ARB (Lahjaji/Mures Bouw), waarin bepaald werd dat de uitsluiting van aansprakelijkheid blijft gelden voor ongevallen van voor die datum Dat geldt echter niet als de Ongevallenwet niet voorzag in een regeling, zie de conclusie van A-G Spier voor HR 31 maart 2000, NJ 2000, 431 nt. ARB (Rouwhof/Eternit), nr. 3.2-3.4, of als de (asbest)ziekte zich na die datum openbaart, zie HR 7 maart 1980, NJ 1980, 365 (X./Y.).

zekerheidswetgeving, dient de werkgever aan de werknemer te vergoeden.[12] Dit systeem komt hierop neer dat de schade die op basis van de Ziekenfondswet (art. 83a), de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (art. 89) en de Ziektewet (art. 52) vergoed wordt, niet (ook nog) ten laste van de werkgever gebracht mag worden door de werknemer.[13] Het belang van de civielrechtelijke aansprakelijkheid ligt met name hierin dat via art. 7:658 BW immateriële schadevergoeding verkregen kan worden, alsmede in het feit dat het sociale zekerheidsrecht niet het gehele verlies van inkomen compenseert.[14]

De uitkeringen op basis van de voornoemde wetten zijn niet afhankelijk van het al dan niet plaatsvinden van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. De arbeidsongeschiktheid of ziekte als zodanig is het uitgangspunt.[15] Als het bestaan daarvan vastgesteld is, wordt een uitkering verstrekt. De oorzaak van de ziekte of arbeidsongeschiktheid is verder niet van belang.[16]

In *Engeland* stond de sociale zekerheidswetgeving lange tijd nauwelijks in de weg aan het verhalen van dezelfde schade op de werkgever.[17] Het aansprakelijkheidsrecht had vrij spel indien er een bedrijfsongeval plaatsvond of een beroepsziekte zijn intrede deed, ongeacht het bestaan van sociale zekerheid. Sinds 1989 moeten de reeds verkregen 'benefits' echter van de schadevergoeding afgetrokken worden. De dader dient vervolgens aan de Staat het bedrag te betalen dat het slachtoffer aan 'benefits' verkregen heeft in de laatste vijf jaar.[18] De vergoeding aan het slachtoffer bedraagt dan niet meer dan hetgeen waarop hij recht heeft, terwijl de dader niet profiteert van het bestaan van sociale zekerheid.[19]

Een uitkering op basis van het sociale zekerheidsrecht is mogelijk bij 'personal injury' veroorzaakt door een ongeluk 'arising out of and in the course of employment' (sec. 94 van de Social Security (Contributions and Benefits) Act 1992).

---

12 Zie hierover Hartlief/Tjittes 1999, p. 66; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 488 *in fine*, en nr. 491; Barendrecht/Storm/Kamp/Schön 1995, p. 204.

13 Regres is in in bepaalde gevallen mogelijk, zie art. 83b Ziekenfondswet, art. 90 Wet op de arbeidsongeschiktsheidsverzekering, art. 52a Ziektewet, en verder Hartlief/Tjittes 1999, p. 74-75, en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 491, maar niet als een collega-werknemer of de werkgever de schade veroorzaakte (het collega-verweer), zie nader Hartlief/Tjittes 1999, p. 95 e.v.; Lindenbergh 2000, p. 104 en 105.

14 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2000, p. 2; Fluit, SR 2000, p. 41; Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1135-1136; Bloembergen, Oratie 1965, p. 23-24; Rb. Arnhem 17 september 1998, NJ 1999, 461 (AKZO Nobel/Van Dokkum), en Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 58-59.

15 Zie bijvoorbeeld art. 18 WAO, en Lindenbergh 2000, p. 95. Bij beroepsziekten wordt daartoe soms nog met een lijst van ziekten gewerkt, zie Bier 1988, p. 49, en de bijlage bij art. 1 van het Besluit aanspraken bij beroepsziekten van niet ingevolge de WAO verzekerden (Stb. 1967, 380).

16 Voor zover de bewijsrisicoverdeling hierbij een rol speelt, wordt die verdeling bepaald door het bestuursrechtelijke bewijsrecht, waarop ik hier niet nader inga. Zie daarover onder andere Levelt-Overmars, Bewijsrecht-bundel 1994, en Schreuder-Vlasblom 1998.

17 Vergelijk Winfield & Jolowicz 1998, p. 269, en Cane 1999, p. 326-327.

18 Vergelijk Cane 1999, p. 327-328. Aldus is een vorm van regres ingevoerd, zie Ogus/Wikeley 1995, p. 425-426.

19 Zie Clerk & Lindsell (Burrows) 1995, 27-17; Cane 1999, p. 328.

'Personal injury' is aanwezig bij letselschade of psychische schade. Degene die een uitkering verlangt, dient in beginsel aannemelijk te maken dat aan de genoemde voorwaarden voldaan is en dus dat een arbeidsongeval de schade veroorzaakte.[20] Een ongeluk wordt echter 'vermoed' voort te vloeien uit ('arising out of') de werkzaamheden indien het ongeval zich voordeed tijdens het werk ('in the course of'), tenzij er tegenbewijs voorhanden is. Als dat tegenbewijs door de uitkerende instantie aangeleverd wordt, vervalt het vermoeden.[21] Of er onzorgvuldig gehandeld werd, is hier niet van belang.[22]

Ten aanzien van beroepsziekten wordt in Engeland gebruik gemaakt van een lijst met beschrijvingen van ziekten die in relatie staan tot bepaalde werkzaamheden.[23] De verzoeker dient aan te tonen een op die lijst genoemde ziekte te hebben en werkzaamheden te hebben uitgevoerd die volgens de lijst bij die ziekte horen. Ook moet het causale verband tussen de voorgeschreven werkzaamheden en de ziekte bewezen worden, maar daarbij geldt een vermoeden ten gunste van het slachtoffer.[24] Ziekten die niet op de lijst staan, kunnen niet tot een uitkering leiden.[25]

De *Franse* Code de la Sécurité Sociale (CSS) sluit in art. L. 451-1[26] uit dat de werknemer zijn schade geleden door een bedrijfsongeval of een beroepsziekte via het civiele recht kan verhalen op zijn werkgever.[27] Dat uitgangspunt kent echter enkele uitzonderingen, namelijk bij een 'faute intentionelle' of een 'faute inexcusable' van de werkgever (artt. L. 452-5 en L. 452-1 CSS). Bij een 'faute intentionelle' treedt het aansprakelijkheidsrecht weer volledig in werking, terwijl

20 Zie bijvoorbeeld *R* v. *National Insurance (Industrial Injuries) Commissioner* [1958] 2 All ER 689, op p. 690; *Chief Adjudication Officer* v. *Faulds* [2000] 2 All ER 961, op p. 963, 969, 982 en 985; Ogus/Wikeley 1995, p. 301-305; Kiralfy/Mesher 1987, p. 211; Cane 1999, p. 297.

21 Zie sec. 94 (3), en *R* v. *National Insurance (Industrial Injuries) Commissioner* [1958] 2 All ER 689, op p. 690; Ogus/Wikeley 1995, p. 317-318; Cane 1999, p. 283; Winfield & Jolowicz 1998, p. 268; Kiralfy/Mesher 1987, p. 218 e.v.

22 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 268 en 269; Markesinis & Deakin 1999, p. 521. Wel is van belang of zich een 'accident' in de zin van deze bepaling heeft voorgedaan, zie daarover uitvoerig *Chief Adjudication Officer* v. *Faulds* [2000] 2 All ER 961, met name p. 963 e.v.

23 Opgenomen in Schedule 1 bij de Social Security (Industrial Injuries) (Prescribed Diseases) Regulations 1985, (S.I. 1985 No. 967), welke regelmatig aangepast wordt. Zo is RSI bijvoorbeeld opgenomen onder nummer A4. Zie hierover ook Cane 1999, p. 284.

24 Aldus art. 4 (1) van de in noot 23 genoemde Regulation.

25 Hierover Cane 1999, p. 275; Ogus/Wikeley 1995, p. 323-328. 'Post traumatic stress disorder' is bijvoorbeeld geen ziekte in de zin van deze wetgeving, zie *Chief Adjudication Officer* v. *Faulds* [2000] 2 All ER 961, op p. 969 en 979.

26 Art. L. 451-1 CSS luidt: Sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 452-1 à L. 452-5, L. 454-1, L. 455-1, L. 455-1-1 et L. 455-2 aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit.

27 Hetzelfde artikel sluit ook uit dat de sociale verzekeraar regres kan nemen op de werkgever. Die uitsluiting hangt samen met het feit dat de werkgever premieplichtig is. Zie De Haas/Hartlief 1996, p. 79; Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 757; Viney/Jourdain 1998, no. 422-2 en 600, en uitvoerig J-Cl. Resp. Civ. (Groutel), Fasc. 230-2, no. 36 e.v.

bij een 'faute inexcusable' de schade die niet via de sociale zekerheid vergoed wordt, verhaald kan worden op de werkgever.[28] Ik kom hierop terug.[29]

Een uitkering wordt toegekend indien zich een 'accident du travail' voordeed dat tot fysieke schade geleid heeft.[30] Een 'accident du travail' is volgens art. L. 411-1 CSS een ongeluk, ongeacht de oorzaak, 'par le fait ou à l'occasion du travail'. Een ongeluk wordt gekenmerkt door de onverwachtheid ervan en door het in tijd bepaalbaar zijn.[31] Om voor een uitkering in aanmerking te komen, moet er ook causaal verband bestaan tussen ongeluk en werk én tussen schade en ongeluk. Een ongeluk dat zich tijdens de werktijd op de werkplek voordoet, wordt vermoed een 'accident du travail' te zijn, omdat de werkgever dan zeggenschap heeft over de werknemer. Dat er een ongeluk (tijdens en op het werk) plaatsgevonden heeft, dat er schade was, en dat die schade zijn oorsprong vond in het ongeluk,[32] moet de verzoeker aantonen. Indien deze daarin slaagt, wordt vermoed ('présomption d'imputabilité') dat het ongeluk en het werk causaal verbonden zijn. De uitkerende instantie kan dan aantonen dat dit vermoeden onjuist is omdat er een van buiten komende oorzaak was.[33] Of er een 'faute' is gemaakt door de werkgever, is niet van belang. Het gaat om het 'risque professionnel'.[34]

Een werknemer die getroffen wordt door een ziekte, kan op basis van art. L. 461-1 CSS een uitkering verkrijgen als die ziekte op een door de overheid vastgestelde lijst[35] voorkomt én de werknemer activiteiten uitoefende die volgens die lijst kunnen leiden tot die ziekte. Beide elementen dient de verzoeker aan te tonen. Indien hij daarin slaagt, wordt vermoed dat er sprake is van een beroepsziekte.[36] Als niet aan deze beide voorwaarden voldaan is, kan alsnog een uitkering verkregen worden als de verzoeker aantoont dat de ziekte 'essentiellement et

---

28 Zie Radé 1997, no. 63 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 600; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 50. Indien de schade ook te wijten is aan een derde, kan tegen deze derde op basis van het civiele recht geprocedeerd worden. Uitkeringen op basis van het sociale zekerheidsrecht komen in mindering op de schadevergoeding, zie bijvoorbeeld Soc, 27 juin 1991, D. 1992. 39 (note Saint-Jours); Viney/Jourdain 1998, no. 420-1; Lambert-Faivre 1996, no. 294; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 886.

29 Zie par. 3.1. Ik ga hier niet in op de afbakening en overlap met verkeersongevallen, zie Lambert-Faivre 1996, no. 292 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3797 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 985-986 (sinds 1993 is bij een verkeersongeval van een werknemer aanvullende schadevergoeding op basis van de Loi Badinter mogelijk, art. L. 455-1-1 CSS).

30 Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 397 en 405.

31 Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 400. Dit criterium dient ter afbakening van ongevallen en ziekten.

32 Dit verband wordt overigens meestal bij wege van vermoeden aangenomen als het ongeluk op de werkplek tijdens het werk plaatsvond. Bij schade die later zijn intrede doet, dient de eiser dit verband te bewijzen, zie Saint-Jours, D. 1995. Chron. 13, op p. 15; Viney/Jourdain 1998, no. 365; Soc, 12 octobre 1995, JCP 1996, éd. G., II, 22568 (note Saint-Jours).

33 Over het voorgaande Viney/Jourdain 1998, no. 365; Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 402 en 405-406. Zie ook TASS Saint-Lo, 9 novembre 1995, D. 1996, 271 (note Saint-Jours).

34 Viney/Jourdain 1998, no. 365; Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 401; Lambert-Faivre 1996, no. 259; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 869 en 877; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 48.

35 Zie de lijst behorend bij art. R. 461-3 CSS.

36 Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 417.

directement' veroorzaakt is 'par le travail habituel' (art. L. 461-1 al. 4 CSS). Daarbij wordt er rekening mee gehouden dat het causale verband tussen het werk en de ziekte veelal niet met zekerheid is aan te tonen. Dat het werk een overwegende factor is geweest, is immers voldoende.[37]

Naar *Duits* recht vallen arbeidsongevallen en beroepsziekten vrijwel volledig onder het sociale zekerheidsrecht.[38] De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever is uitgesloten in § 104 Sozialgesetzbuch VII (SGB).[39] Daarop bestaan twee wettelijke uitzonderingen, namelijk bij opzet van de werkgever en bij schade ingetreden bij deelname aan het wegverkeer van en naar het werk.[40] Een derde, niet in de wet genoemde uitzondering geldt als de werknemer zaaksschade heeft geleden. Deze schade is onder bepaalde voorwaarden langs civiele weg verhaalbaar, want § 104 SGB ziet alleen op personenschade.[41]

De getroffen werknemer kan een beroep doen op de 'Unfallversicherung' indien er door een arbeidsongeval schade ontstaan is (§ 8 SGB). Vereist is dat een verzekerde werkzaamheid (werken voor een baas) tot een ongeval geleid heeft waaruit letsel voortvloeide.[42] Van belang is vooral of er sprake was van een verzekerde gebeurtenis (viel het gebeurde nog onder 'werk'?) en of er causaal verband bestond. Of er sprake was van 'Verschulden' van de werkgever, doet er niet toe. Deze wetgeving is juist ingevoerd omdat het bewijs van 'Verschulden' veelal niet te leveren is door de werknemer.[43]

Een verzekerde werkzaamheid is aanwezig indien die werkzaamheid bestemd is om de belangen van de ondernemer te dienen. Als de handeling alleen het eigen

37 Zie Bétemps, Droit Social 1993, p. 131; Saint-Jours, D. 1994, Chron. 58; Lambert-Faivre 1996, no. 272; Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 417-418. Omdat het civiele aansprakelijkheidsrecht ingeroepen kan worden als de sociale zekerheidswetgeving niet van toepassing is (zie noot 106), rijst de vraag of de werknemer deze procedure moet doorlopen of dat hij ook meteen naar de civiele rechter kan (zo Radé, noot onder Soc, 28 octobre 1997, D. 1998, Jur. 219, op p. 222).

38 Zie hierover ook Kötz 1998, Rdn. 214 e.v.; Stern-Krieger & Arnau, VersR 1997, p. 408 e.v.

39 § 104 SGB, welke sinds 1 januari 1997 § 636 Abs. I van de Reichsversicherungsordnung (RVO) vervangt, luidt: 'Unternehmer sind den Versicherten, die für ihre Unternehmen tätig sind oder zu ihren Unternehmen in einer sonstigen die Versicherung begründenden Beziehung stehen, sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenden nach anderen gesetzlichen Vorschriften zum Ersatz des Personenschadens, den ein Arbeitsunfall verursacht hat, nur verpflichtet, wenn sie den Arbeitsunfall vorsätzlich oder auf einem nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 versicherten Weg herbeigeführt haben (...).' Door deze wijziging verandert het systeem overigens niet wezenlijk van dat welk onder de RVO gold, zie Rolfs, NJW 1996, p. 3178, en verder Kötz 1998, Rdn. 595.

40 Zie Stern-Krieger & Arnau, VersR 1997, p. 409 e.v.; Kötz 1998, Rdn. 596. In die gevallen, en in het geval van grove nalatigheid, is ook regres door de uitkerende instantie mogelijk, aldus § 110 SGB, waarover Stern-Krieger & Arnau, VersR 1997, p. 412; Kötz 1998, Rdn. 601 e.v., en Deutsch 1995, Rdn. 521. Voor het overige is regres uitgesloten, omdat de werkgever de premies betaalt, zie § 150 SGB; Kötz 1998, Rdn. 599; De Haas/Hartlief 1996, p. 57 e.v.; Rolfs, NJW 1996, p. 3181.

41 Vergelijk Schulin 1993, Rdn. 316 en 360. Zie verder over deze uitzonderingen par. 3.1.

42 Schulin 1993, Rdn. 322; Kötz 1998, Rdn. 583.

43 Zie Krasney, KF 1989, p. 31; Kötz 1998, Rdn. 577, en LAG Köln NZA 1995, 470.

belang van de werknemer dient, is de 'Unfallversicherung' niet van toepassing.[44] Voor de vraag naar het causale verband geldt het criterium van de 'rechtlich wesentlichen Bedingung'. Zulks komt hierop neer dat de grens daar ligt waar de algemene levensrisico's van de werknemer een aanvang nemen.[45]

Ook voor beroepsziekten geldt dat deze in wezenlijke samenhang met de arbeid dienen te staan. Nu dat veelal moeilijk is vast te stellen, is men ertoe overgegaan een lijst op te stellen van ziekten die als beroepsziekten gelden. Als een daar genoemde ziekte zich voordoet, is het recht op uitkering gegeven,[46] mits die ziekte verbonden is met het werk. § 9 Abs. III SGB bepaalt dat dat verband vermoed wordt indien het gevaar voor intreden van die ziekte door de werkzaamheid in verhoogde mate aanwezig is.[47] Aanpassing van de lijst geschied door middel van een 'Rechtsverordnung', maar als ten tijde van de beslissing op een aanvraag uit nieuwe medische inzichten volgt dat een ziekte een beroepsziekte is, dient de uitkeringsinstantie die ziekte ook als zodanig te erkennen (§ 9 Abs. I en II SGB).

Omdat sociale zekerheidsprocedures ingericht zijn volgens het 'Untersuchungs-maxime', waarbij de rechter een actieve(re) rol bezit, dient deze van rechtswege de feiten en het bewijs bijeen te brengen.[48] Het normale systeem van bewijsrisicoverdeling is in die gevallen van toepassing,[49] maar bij de bewijswaardering is geen grote mate van zekerheid nodig, omdat dan de sociale bescherming te veel in het gedrang zou komen: 'Der soziale Schutz der Unfallversicherung würde häufig leerlaufen (...).'[50] Vereist is dat de rechter 'hinreichende wahrscheinlichkeit' bereikt,[51] zodat de bewijswaarderingsmaatstaf verlaagd is.[52]

---

44 Zie Schulin 1993, Rdn. 331; Kötz 1998, Rdn. 585, en bijvoorbeeld OLG Oldenburg VersR 1995, 239, en OLG Hamm VersR 1995, 461. Benzine tanken op weg van het werk naar huis kan een verzekerde werkzaamheid zijn, maar dat is dan bijvoorbeeld weer afhankelijk van de vraag of het tanken nodig was om thuis te kunnen komen, zie BSG VersR 2000, 204, met name p. 205.

45 Zie bijvoorbeeld BSG VersR 1997, 1512; OLG Oldenburg VersR 1995, 239; Schulin 1993, Rdn. 337-338; Plagemann, VersR 1997, p. 10; Plagemann, NJW 1996, p. 3174.

46 Aldus § 9 SGB. Vergelijk ook Schulin 1993, Rdn. 381; Plagemann, NJW 1996, p. 3175.

47 Vergelijk Plagemann, NJW 1996, p. 3175, en VersR 1997, p. 12.

48 Zie Krasney, KF 1989, p. 30, en over die term ook Asser 1992, p. 18.

49 Vergelijk Krasney, KF 1989, p. 30; Ockenga, NZS 1993, p. 59; Plagemann, VersR 1997, p. 10. Het bewijsrisico rust derhalve op degene die een beroep doet op een uitkering.

50 Aldus Schulin 1993, Rdn. 358.

51 Zie Plagemann, VersR 1997, p. 9; Ockenga, NZS 1993, p. 60; Krasney, KF 1989, p. 30, en Mummenhoff, ZZP 1987, p. 134, en p. 135 e.v., over de invulling van dat begrip. Bij de vraag of er een verzekerde werkzaamheid was, is echter 'voll Beweis' nodig, zie BSG VersR 2000, 76.

52 Bijvoorbeeld Mummenhoff, ZZP 1987, p. 134-135; Krasney, KF 1989, p. 30, en eerder par. II.4.

3 De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever

3.1 De tekortkoming

De werkgeversaansprakelijkheid heeft in *Nederland* lange tijd gesteund op art. 1638x OBW.[53] In dat artikel was de plicht van de werkgever opgenomen om zorg te dragen voor een veilige werkplek. Als de werkgever niet de vereiste zorgvuldigheid in acht nam, was hij aansprakelijk voor de daaruit ontstane schade. De eisen die daarbij aan de in acht te nemen zorg gesteld werden, waren zeer zwaar. Zo diende de werkgever bijvoorbeeld rekening te houden met het feit dat de werknemer niet altijd de benodigde voorzichtigheid in acht zal nemen. Verder betekent het feit dat het gebruik van bepaalde grondstoffen maatschappelijk aanvaard was, niet dat de werkgever die die stof gebruikte, niet onzorgvuldig handelde. Ook het gegeven dat vergelijkbare bedrijven ook geen maatregelen namen tegen de gevaren van die grondstof, vrijwaarde de werkgever niet.[54] Zelfs het nemen van maatregelen die verder gingen dan wat vergelijkbare bedrijven deden ter voorkoming van schade, stond niet in de weg aan het oordeel dat die maatregelen niet afdoende waren.[55]

Op 1 april 1997 werd art. 1638x OBW vervangen door art. 7:658 BW.[56] Daarmee werd echter geen wijziging van het materiële recht beoogd,[57] zodat de zojuist beschreven zware zorgvuldigheidsnorm nog steeds geldt. In het navolgende

---

53 Slachtoffers van een asbestziekte kunnen inmiddels ook terecht bij het Instituut asbestslachtoffers. Ik ga daar hier niet verder op in omdat zulks niet van belang is voor de bewijsrisicoverdeling. Zie verder Swuste e.a., NJB 1997, p. 1161 e.v.; Lindenbergh 2000, p. 101-102. Voor de volledigheid wijs ik er wel nog op dat bij de schadeafwikkeling via dat Instituut bij 'verhaalbare vorderingen' de regels van het aansprakelijkheidsrecht als leidraad dienen, zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XV, nr. 58, p. 3. Het Instituut dient hier als een manier om de duur van de procedure te verkorten. Voor 'niet-verhaalbare' vorderingen is een tegemoetkoming voorzien van NLG 35.000,- (zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2000, p. 102).

54 Zie HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM) en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, nt. JBMV (De Schelde/Cijsouw II). Bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm spelen ook de publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften uit bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet een belangrijke rol, zie Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 8; Klaassen, SR 1997, p. 280.

55 Zie HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen), r.o. 3.7, en over het voorgaande ook Hartlief, SR 1999, p. 163 e.v., en Stolker & Moelands, A & V 1998, p. 130 e.v. In Bolt/Spier 1996, p. 87 e.v., is veel van de literatuur over dit onderwerp te vinden. Ik verwijs daarnaar, en naar Lindenbergh 2000, p. 33 e.v., voor wat betreft de invulling van de materiële norm.

56 Op eventuele alternatieven voor het huidige systeem, ga ik hier niet in, zie Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1139 e.v., en RM Themis 1998, p. 224 e.v., en Frenk, NJB 1999, p. 1547 e.v. Ik ga ook voorbij aan art. 7:658 lid 4 BW, waarover Hartlief, SR 1998, p. 222-224, en WPNR 6379 (1999), p. 851-852; Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 11; Frenk, NTBR 1998, p. 33 e.v.; Loos, NTBR 1999, p. 263; Van Dam, VR 2000, p. 41 e.v.; Lindenbergh 2000, p. 71 e.v.

57 Aldus de memorie van toelichting, zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23.438, nr. 3, p. 39. Zie ook Brunink & De Winter, Arbeidsrecht 1999/6/7, p. 31. Ook de Hoge Raad, zie HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis), gaat ervan uit dat het nieuwe artikel niet wezenlijk afwijkt van het oude, zelfs niet op het vlak van de bewijsrisicoverdeling. Daarmee miskent de Hoge Raad de materieelrechtelijke invloed van de bewijsrisicoverdeling (zoals die ook in de betreffende zaak bleek), tenzij de Hoge Raad ervan uit gaat dat in zijn rechtspraak al een bewijsrisicoomkering besloten lag. Daarover zo meteen meer.

zal ik eerst de ontwikkeling van art. 1638x OBW schetsen, omdat de ontwikkeling van die bepaling van belang is voor de uitleg van art. 7:658 BW.[58]

Op basis van art. 1638x OBW is het volgende bewijsrechtelijke systeem door de Hoge Raad opgebouwd.[59] In 1982 werd bepaald dat de werknemer dient te bewijzen dat de werkgever niet aan zijn zorgverplichting voldaan heeft. Wel kan van de werkgever verlangd worden dat hij zijn stelling dat hij niet onzorgvuldig handelde, met redenen omkleedt (aanvullende stelplicht).[60] Het motiveren van die ontkenning betekent dat de werkgever moet aangeven welke maatregelen hij genomen heeft ter voorkoming van het arbeidsongeval.[61] Zo kan bijvoorbeeld van de werkgever verlangd worden dat hij zelf onderzoek doet naar de gevaren van een apparaat.[62] In 1982 werd ook nog eens uitdrukkelijk beslist dat het mogelijk is om aan de omstandigheden van het geval vermoedens te ontlenen.[63] Dat laatste was niet verwonderlijk aangezien dat in beginsel altijd mogelijk is.

De zojuist genoemde aanvullende stelplicht werd nader ingevuld in het arrest *Janssen/Nefabas*.[64] De Hoge Raad stelt daarin voorop dat de werkgever die omstandigheden dient aan te geven die meer in zijn sfeer dan in de sfeer van de werknemer liggen. Daarbij is van belang dat, indien er wettelijke veiligheidsvoorschriften bestaan, de werkgever bij de motivering van zijn betwisting van de stellingen van de eiser feiten en omstandigheden moet aanvoeren die aannemelijk maken dat en hoe hij aan die plichten heeft voldaan. Als zulke voorschriften niet bestaan, dient de werkgever te onderzoeken welke gevaren er kunnen ontstaan en dient hij zich te laten inlichten. De werkgever moet dan aangeven in hoeverre die voorlichting plaatsvond of waarom die voorlichting niet heeft plaatsgevonden. Bij de vraag of voldoende onderzoek verricht is, kan ook de stand van de wetenschap in het buitenland en in soortgelijke bedrijven van belang zijn.[65] Uiteraard dient de werkgever daarna maatregelen te nemen om verwezenlijking van de ontdekte gevaren te voorkomen. Daarbij wordt de werkgever wel enige tijd gegund om orde op zaken te stellen en om het vereiste nadere onderzoek te

58 De Hoge Raad wilde overigens niet op het toenmalige voorstel voor een nieuw artikel anticiperen, zie HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf), en de noot van Stein onder dat arrest, maar was na de inwerkingtreding van art. 7:658 BW wel bereid die nieuwe bepaling onmiddellijke werking te geven, ondanks de daarin opgenomen bewijsrisico-omkering, zie HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis), en hierover ook Van Dijk, Bb 1998, p. 173 e.v., die zich daartegen verzette.

59 Zie hierover onder andere Bier 1988, met name p. 66 e.v., Princen 1990, p. 97 e.v.; Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 4; Lindenbergh 2000, p. 48 e.v.

60 HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf). Anders nog: Rb. Rotterdam 4 januari 1980, NJ 1980, 597 (Havenbedrijven/Schuiten).

61 Opnieuw HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf).

62 Aldus HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (De Vries & Zn./Kuijt).

63 Zie HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf).

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

65 Interessant is in dit kader wellicht dat RSI in Engeland al in 1948 als beroepsziekte bekend was, zie *Pickford* v. *ICI* [1998] 3 All ER 462, op p. 464 en 468.

verrichten. Het is niet zo dat de plicht tot het nemen van maatregelen altijd ontstaat op het moment dat een bepaald gevaar ontdekt wordt.[66]

Uit het bovenstaande volgt mijns inziens dat bij het bestaan van wettelijke voorschriften het bewijsrisico (ook) onder het oude recht omgekeerd was. De werkgever moet immers bij zijn betwisting *aannemelijk* maken dat hij niet tekort is geschoten. Dat betekent dat er een bewijsrisico-omkering aanvaard is, want als de werkgever zijn zorgvuldig gedrag 'aannemelijk' moet maken, moet hij bewijs leveren.[67] De werkgever moet de rechter overtuigen van de juistheid van zijn bewering. Het is niet langer de eiser die een bepaalde overtuiging bij de rechter moet bewerkstelligen. Dat die overtuiging sneller bereikt zal kunnen worden, omdat 'aannemelijkheid' volstaat, heeft enkel invloed op de bewijswaardering en doet aan de bewijsrisicoverdeling niet af.[68]

Ten aanzien van de aanvullende stelplicht ging de Hoge Raad later nog verder. In het arrest *Power/Ardross* besliste de Hoge Raad namelijk dat indien de toedracht[69] van het ongeval onbekend is, de regels van stelplicht en bewijsrisico met zich brengen dat:

> '(...) al is het in beginsel aan de werknemer om te *stellen* dat het ongeval daaruit voortspruit dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen had genomen, diens *stelplicht* wegens de aard der materie beperkt is, terwijl (...) van de werkgever die ontkent dat hij in zijn (...) zorgverplichting te kort is geschoten, mag worden gevergd dat hij omtrent de toedracht van het ongeval zodanige mededelingen doet dat daaruit *met een redelijke mate van zekerheid* kan worden opgemaakt dat het ongeval niet het gevolg is van het feit dat onvoldoende maatregelen waren genomen (...).'[70] (Curs., IG)

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit arrest alleen de term 'stelplicht' gebruikt en niets zegt over het bewijsrisico van de werknemer. Het gevolg van het niet voldoen aan de aanvullende stelplicht door de werkgever is, zo zagen wij eerder,

---

66 Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I).

67 Aannemelijk maken is een lichtere vorm van bewijs leveren, zie par. II.4. Vergelijk in dit kader ook Princen 1990, p. 106, die aangeeft dat de onderzoeksplicht de facto een bewijsrisico-omkering behelst omdat de uitkomsten van het onderzoek aan de rechter overhandigd zullen worden. De werkgever is dus bezig om feiten te verzamelen die uiteindelijk de zaak zullen beslissen.

68 Deze uitleg van het arrest brengt overigens één probleem met zich, namelijk dat de Hoge Raad in een eerdere rechtsoverweging aangeeft dat de regel die de rechtbank hanteerde (het bewijsrisico rust op de eiser) 'als uitgangspunt juist' is. Naar mijn mening moet de hier besproken bewijsrisico-omkering gezien worden als een uitzondering op dat uitgangspunt. Het belang van deze uitspraak is door de introductie van art. 7:658 BW overigens sterk verminderd.

69 Het begrip 'toedracht' is niet heel helder. Lindenbergh 2000, p. 58 e.v., bespreekt het bij het causale verband; Fluit, SR 2000, p. 42, bij de zorgvuldigheidsnorm. Mijns inziens ziet het begrip op beide aspecten.

70 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross), bevestigd in HR 24 november 1995, NJ 1996, 271 (Rust/BAM), en HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 nt. PAS (Bhoelai/Buttner).

dat de stelling van de eiser vaststaat.[71] In dit arrest besliste de Hoge Raad dan ook terecht dat de vordering in principe toewijsbaar is als de werkgever niet aan zijn stelplicht voldoet. Dat komt immers op hetzelfde neer, want als de feiten vast staan, is de vordering toewijsbaar.

Op basis van het arrest *Power/Ardross*[72] kan mijns inziens geconcludeerd worden dat het (bewijs)risico in het geval van het niet laten opmaken van een rapport na een ongeval - waarin de toedracht zodanig vastgelegd moet zijn dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan -, bij de werkgever ligt.[73] Deze kan immers alleen door het overleggen van zo'n rapport aan zijn stelplicht voldoen, omdat de eisen die aan de stelplicht verbonden zijn, dezelfde zijn.[74]

Een tweede conclusie die mijns inziens uit dit arrest getrokken kan worden, is dat in die gevallen waarin de werkgever wél een rapport heeft laten opstellen, het bewijsrisico ten aanzien van de toedracht (ook) op hem rust. Zoals gezegd gaat de Hoge Raad niet in op het bewijsrisico van de werknemer, maar alleen op diens stelplicht. Bovendien stelt de Raad dat uit het rapport (en de mededelingen op basis daarvan) met een redelijke mate van zekerheid de toedracht moet volgen. Het is derhalve aan de werkgever om die toedracht met een redelijke mate van zekerheid te schetsen. Daarbij is dezelfde mate van zekerheid vereist die nodig is als iemand aan de normale bewijswaarderingsmaatstaf dient te voldoen.[75] De werkgever dient derhalve bewijs te leveren. Daaruit volgt dat in de visie van de Hoge Raad het bewijsrisico op de werkgever rust.[76] Zulks is later ook bevestigd.[77] Ook in die

---

71 Zie hierover eerder par. II.3, en in dit verband Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 501.

72 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross).

73 In deze zin ook Lindenbergh 2000, p. 58. De plicht tot het opmaken van zo'n rapport is neergelegd in art. 9 Arbeidsomstandighedenwet, maar vloeit ook voort uit de artt. 1638x en 1638z OBW, zie HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM). In hoeverre het hier betoogde ook van toepassing kan zijn op beroepsziekten, nu te dien aanzien tegenwoordig ook een meldingsplicht (voor de Arbodienst) bestaat, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 11, is nog onduidelijk.

74 Het is mijns inziens niet juist om te stellen dat de werkgever het bewijsrisico draagt als hij *geen* rapport heeft doen opstellen (zie HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM)). In zo'n geval is niet aan de stelplicht voldaan, zodat de bewijsrisicoverdeling niet aan bod kan komen.

75 Zie par. II.4. De 'normale' maatstaf waaraan het bewijs dient te voldoen is immers die van de 'redelijke mate van zekerheid'.

76 Het voorgaande geldt niet indien de toedracht van het ongeval vaststaat en door de werknemer onvoldoende gesteld is om de onzorgvuldigheid van de werkgever te onderbouwen, zie HR 18 april 1997, NJ 1997, 510 (Hilligehekken/CVO).

77 Zie Pres. Rb. Utrecht 9 mei 1996, TMA 1996, p. 124 (Reijrink/Jongeneel). Het bestaan van deze regel werd tevens bevestigd, hoewel niet toegepast, in HR 18 april 1997, NJ 1997, 510 (Hilligehekken/CVO), waarbij ook aangegeven werd dat deze regel van invloed is op de bewijsrisicoverdeling. Ook in HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817 (Beroepsonderwijs N./B.) wordt er in dit kader uitgegaan van een regel van stelplicht en bewijsrisicoverdeling. In HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM) wordt expliciet uitgegaan van een bewijsrisico-omkering. Dit betrof overigens een geval waarin in het geheel niet aan de rapportage-plicht voldaan was, zodat de stelling van de wederpartij als vaststaand beschouwd had moeten worden. Ook uit HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis) kan een argument voor het bestaan van een bewijsrisico-omkering geput worden, nu de Hoge Raad daarin de bewijsrisico-omkering van art. 7:658 BW

gevallen waarin er geen wettelijk veiligheidsvoorschrift bestond, ging het oude recht derhalve al uit van een bewijsrisico-omkering, in elk geval wanneer er sprake was van een onbekend gebleven toedracht.[78]

Een verdere tegemoetkoming aan de werknemer is daarnaast nog dat het volgens de rechtspraak niet noodzakelijk is dat de eiser de precieze oorzaak van het ongeval kan stellen en eventueel bewijzen.[79] Stellen dat het ongeval op een door een deskundige vastgestelde wijze kan zijn veroorzaakt en de werkplek dus niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, is voldoende als de aard van het letsel op onveiligheid van de werkplek duidt en de werknemer geen nadere gegevens heeft. Dat geldt overigens niet als uit de gedingstukken een andere aannemelijke verklaring naar voren komt.[80] Het moge duidelijk zijn dat het aan de werkgever is om te zorgen dat die andere verklaring in de gedingstukken terecht komt.

Het wordt inmiddels hoog tijd de aandacht te verleggen naar art. 7:658 BW.[81] Ten eerste verdient vermelding dat de aansprakelijkheid van de werkgever op basis van dit artikel een schuldaansprakelijkheid blijft. De werkgever dient dus tekort geschoten te zijn in de op hem rustende zorgplicht.[82] Wel veranderd is ten eerste dat de bepaling nu spreekt over maatregelen 'om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.' Dat wijkt af van de oude formulering die sprak over 'bescherming tegen gevaar'. De wetgever motiveert dit door te stellen dat zo 'een strakkere lijn' verkregen wordt.[83] Nu de oude bepaling al ruim uitgelegd moest worden[84] en met de nieuwe regeling geen grote wijzigingen beoogd werden, mogen wij er wel vanuit gaan dat deze nieuwe formulering enkel een taalkundige aanpassing behelst.[85]

De grootste verandering is dat het nieuwe artikel expliciet het bewijsrisico ten aanzien van het zorgvuldig handelen op de werkgever legt. Lid 2 bepaalt immers dat de werkgever aansprakelijk is 'tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 bedoelde verplichtingen is nagekomen'. Gezien de ontwikkeling van de rechtspraak is deze

---

onmiddellijke werking geeft omdat deze niet (al te zeer) afwijkt van het 'oude' recht.

78 Dit aspect is nogal onderbelicht gebleven, al gaat Fluit, SR 2000, p. 42, wel in deze richting. Dat had wellicht te maken met de aandacht die HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I) in dezelfde aflevering van de NJ (terecht) kreeg. Ik merk nog op dat er in deze gevallen geen sprake was van voorshandse aannemelijkheid of een vermoeden, zodat het hier niet om de bewijsvoeringslast gaat.

79 Onder andere HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426 (Van Buren/ Delfzijl); HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen); HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross); HR17 november 1995, NJ 1996, 144 (Babayigit/NKF).

80 Aldus HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink).

81 Dat artikel heeft onmiddellijke werking en kan dus ook van toepassing zijn op ongevallen van voor 1 april 1997, zie HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis).

82 Zie noot 4, en Frenk, A & V 1996, p. 80.

83 *Kamerstukken II* 1993/94, 23.438, nr. 3, p. 38.

84 Zie HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.).

85 In par. 3.3 kom ik terug op een mogelijk gevolg van de nieuwe formulering.

wijziging echter niet zo spectaculair als wellicht gedacht werd. In de rechtspraak was immers ook al beslist dat het bewijsrisico op de werkgever rust.[86]

De verdeling van de stelplicht, die in beginsel op de eiser blijft rusten - ook voor wat betreft de schending van de zorgplicht -, blijft overigens dezelfde als in de eerder besproken arresten.[87] Er wordt wel gesteld dat het voldoende is dat de werknemer stelt dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade geleden heeft,[88] maar dat is mijns inziens onvoldoende. De werkgever weet dan immers niet wat hem verweten wordt, terwijl nog steeds vereist is dat hem een verwijt te maken valt. De werknemer zal derhalve op zijn minst de tekortkoming of de toedracht moeten schetsen.[89]

De getroffen 'werknemer' kan overigens ook een beroep doen op art. 6:162 e.v. BW. Titel 3 van Boek 6 BW, inclusief de risico-aansprakelijkheden daarin, is cumulatief van toepassing.[90] Dat kan bijvoorbeeld van belang zijn als hij zijn materiële werkgever (degene bij wie hij te werk gesteld was) wil aanspreken, hoewel die materie inmiddels ook in lid 4 van art. 7:658 BW is geregeld. De regels van bewijsrisicoverdeling op dit vlak hoeven niet nader uiteengezet te worden nu de stelplicht- en bewijsrisicoverdeling van art. 7:658 BW (en art. 1638x OBW) van overeenkomstige toepassing is op vorderingen op basis van art. 6:162 BW.[91]

---

86 Zie hiervoor, en in die zin ook Frenk, A & V 1996, p. 81.

87 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23.438, nr. 5, p. 9; Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 502; Fluit, SR 2000, p. 43.

88 Zie bijvoorbeeld Klaassen, NTBR 1997, p. 106, en SR 1997, p. 283, met verdere verwijzingen. In die richting ook Lindenbergh 2000, p. 52, op basis van HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis), en Boonekamp, TCR 2000, p. 43, die echter de stelplicht van de werknemer ten aanzien van het element 'in de uitoefening van de werkzaamheden' zo invult dat deze alsnog aan zijn stelplicht ten aanzien van de schending van de zorgplicht voldaan heeft.

89 Zie ook noot 76, de literatuur in noot 87, en Boonekamp, TCR 2000, p. 43-44. In HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis) wordt in de kernoverwegingen in r.o. 3.5 alleen over 'aantonen' en niet over 'stellen' gesproken, zodat daaruit mijns inziens niet anders volgt.

90 Zie lid 3 en *Kamerstukken II* 1993/94, 23.438, nr. 3, p. 40, en nr. 5, p. 9, en HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits), waarin beslist werd dat schending van een veiligheidsvoorschrift onrechtmatig is onafhankelijk van de arbeidsovereenkomst. Onder bijzondere omstandigheden is ook een beroep mogelijk op art. 7:611 BW, zie HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.), en onder andere Lindenbergh 2000, p. 44-47; Hartlief, AA 1999, p. 275 e.v., en Brunink & De Winter, Arbeidsrecht 1999/6/7, p. 30 e.v., die ingaan op de minder gunstige bewijsrisicoverdeling.

91 Over dit alles HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 nt. PAS (Stormer/Vedox); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen), en HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross). Vergelijk ook Festen-Hoff, SMA 1996, p. 87 e.v.; Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 504-505; Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 6; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 141a; Lindenbergh 2000, p. 49, en Spier/Bolt 1996, p. 114. Bolt (Spier/Bolt 1996, p. 113) meent overigens dat die overeenkomstige toepassing niet geldt indien de werknemer een beroep doet op een van de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2. BW. Zie hierover ook Klaassen, SR 1997, p. 282-283.

Naar *Engels* recht is 'negligence' de eerste mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever.[92] De werkgever heeft een algemene en persoonlijke 'duty' om naar redelijkheid zorg te dragen voor de veiligheid van zijn werknemers 'in the course of their employment'.[93] Dit is een 'duty to take reasonable care'.[94] Het delegeren van verantwoordelijkheid verandert niets aan de aansprakelijkheid van de werkgever.[95] Als de werkgever alle redelijke zorg in acht genomen heeft en de werknemer toch schade lijdt, bijvoorbeeld door verwezenlijking van een inherent gevaar van het werk, kan hij zijn werkgever niet met succes aanspreken. De zorgplicht van de werkgever is niet absoluut.[96] Bewijs van 'negligence' is altijd nodig om aansprakelijkheid te kunnen vestigen. Dat bewijs dient door de werknemer geleverd te worden.[97] Bij die bewijsvoering kan de doctrine van *res ipsa loquitur* goede diensten bewijzen voor de eiser. Toen twee 'electrical control panels' omvielen en de eiser onder beide bedolven werd, mocht deze een beroep doen op *res ipsa loquitur* en slaagde zijn vordering.[98]

De tweede 'form of action' die de werknemer kan inroepen, is de 'breach of a statutory duty'.[99] Er bestaat een groot aantal wettelijke regels gericht op

---

92 Ik ga hier niet uitvoerig in op de 'vicarious liability' van de werkgever. Dat leerstuk ('strict liability' gebaseerd op de profijt-gedachte) ziet op de aansprakelijkheid van de werkgever voor daden van zijn werknemer ten opzichte van derden, zie Cane 1997, p. 46 en 230, en verder Markesinis & Deakin 1999, p. 522 en 532 e.v. Weliswaar kan een collega-werknemer die schade lijdt als een derde gezien worden, zodat het ook hier om aansprakelijkheid van de werkgever ten opzichte van de werknemer gaat (zie Markesinis & Deakin 1999, p. 522), maar de werknemer voor wie de werkgever dient in te staan, dient wel onrechtmatig gehandeld te hebben (Markesinis & Deakin 1999, p. 520; Cane 1999, p. 189), zodat wij toch weer uitkomen bij de hier toch al te bespreken grondslagen voor aansprakelijkheid, vergelijk verder Cane 1999, p. 187; Winfield & Jolowicz 1998, p. 276-277.

93 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 270-271; Charlesworth & Percy 1997, 10-02 en 10-04.

94 Zie bijvoorbeeld *Moore* v. *R. Fox & Sons* [1956] 1 All ER 182, op p. 186; *Walker* v. *Northumberland CC* [1995] 1 All ER 737, op p. 750 en 759; Markesinis & Deakin 1999, p. 520; Winfield & Jolowicz 1998, p. 277-278. Zo kan het nodig zijn te waarschuwen tegen RSI, maar die plicht bestaat niet als een werknemer afwisselend werk verricht, zie *Pickford* v. *ICI* [1998] 3 All ER 462, op p. 479.

95 Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 70. Het gaat hier om zogenaamde 'non-delegable duties' van de werkgever. Als deze aan een ander opdraagt om de 'duty' te vervullen, blijft hij zelf aansprakelijkheid. Deze constructie was nodig omdat de werkgever niet zelf de maatregelen uitvoert. Zie verder Winfield & Jolowicz 1998, p. 270-271.

96 Zie bijvoorbeeld *Walker* v. *Northumberland CC* [1995] 1 All ER 737, op p. 750; Winfield & Jolowicz 1998, p. 278; Markesinis & Deakin 1999, p. 520 en 526, en *Thompson* v. *Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* [1984] 1 All ER 881, op p. 888-889, waar aangegeven wordt dat het volgen van de 'general practise in the industry' niet 'negligent' is, tenzij deze 'clearly bad' is. In vergelijkbare zin *Barkway* v. *South Wales Transport Co Ltd.* [1950] 1 All ER 392, op p. 402.

97 Bijvoorbeeld *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615, op p. 618; *Brown* v. *Rolls Royce, Ltd.* [1960] 1 All ER 577, op p. 578; Winfield & Jolowicz 1998, p. 278; Pearson-Report 1978, nr. 918 (een bewijsrisico-omkering werd afgewezen, zie nr. 919-922); Salmond & Heuston 1996, p. 240.

98 Zie *Bennet* v. *Chemical Construction Ltd.* [1971] 1 WLR 1571, en verder bijvoorbeeld Winfield & Jolowicz 1998, p. 279; Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 62-64.

99 Zie reeds par. IV.2.3. Vooral bij de werkgeversaansprakelijkheid is die vordering vaak mogelijk, zie Cane 1999, p. 78; Markesinis & Deakin 1999, p. 341; Winfield & Jolowicz 1998, p. 247; Salmond & Heuston 1996, p. 253-254. Het verschil ten opzichte van 'negligence' is niet groot, maar bestaat wel, aldus Markesinis & Deakin 1999, p. 336, en *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries*

bescherming van de werknemer. Het grootste deel daarvan is samengevoegd in de The Health and Safety At Work Act 1974.[100] Niet alle bepalingen uit de wet geven de werknemer echter een 'civil right of action'. De vraag of een civiele vordering mogelijk is, is afhankelijk van de bedoeling en de bewoordingen van de bepaling. Van belang daarbij is onder andere of de geleden schade dezelfde is als die welke de regel probeert tegen te gaan, of de eiser binnen de groep personen valt die beschermd wordt door de regel, en of er een speciale 'remedy' voorzien is die de gelaedeerde voldoende beschermt.[101] Ik zal hier niet ingaan op de vraag welke bepalingen 'actionable' zijn, maar alleen de hoofdzaken aanstippen.

Van groot belang bij deze vordering is de reikwijdte van de 'duty'. Veelal is die 'duty' 'absolute' of 'strict', in die zin dat als vaststaat dat een civiele vordering mogelijk is en dat die wettelijke plicht geschonden is, bewijs van onzorgvuldig gedrag door de werkgever verder overbodig is. Het niet voldoen aan de plicht is dan op zichzelf voldoende om de onzorgvuldigheid aan te mogen nemen.[102] De eiser moet dan wel bewezen hebben dat er een 'duty' bestond en dat die 'duty' niet nagekomen werd.[103] Opnieuw kan de *res ipsa loquitur*-leer daarbij behulpzaam zijn.[104] Daarnaast is van belang dat niet altijd nodig is dat de werknemer die stelt dat het werk onveilig was, aangeeft welk alternatief de werkgever had dienen te benutten. De werknemer die in een tunnel een plank vast moet houden zodat een collega die plank tegen het plafond kan spijkeren, hoeft niet aan te geven wat de werkgever had moeten doen om te voorkomen dat een wegspringende spijker zijn oog zou beschadigen.[105]

Ltd. [1939] 3 All ER 722, op p. 739.

100 Zie over de inpassing van de diverse regels in die wet en de gevolgen daarvan, Winfield & Jolowicz 1998, p. 272 e.v., en Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 131 e.v.

101 Zie Charlesworth & Percy 1997, 11-12 e.v., met vele voorbeelden (zie ook 11-62 e.v.); Cane 1999, p. 79-80; Salmond & Heuston 1996, p. 247 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 247 e.v.

102 Vergelijk *Larner* v. *British Steel plc* [1993] 4 All ER 102, op p. 109-110, en p. 111 e.v.; Charlesworth & Percy 1997, 11-37; Markesinis & Deakin 1999, p. 338 en 531; Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 148-149; Winfield & Jolowicz 1998, p. 262; Cane 1999, p. 79; Pearson-Report 1978, nr. 915. Dit hangt echter ook af van de wettelijke bepaling in kwestie, zie Cane 1999, p. 79; Winfield & Jolowicz 1998, p. 262; Salmond & Heuston 1996, p. 252. Als een onzorgvuldige gedraging nodig is, rust het bewijsrisico ten aanzien van de zorgvuldigheid veelal op de werkgever, zodat de aansprakelijkheid ook dan vrij 'strict' is, zie Cane 1999, p. 79.

103 Zie *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 732; *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615, op p. 618; Pearson-Report 1978, nr. 918; Salmond & Heuston 1996, p. 255; Markesinis & Deakin 1999, p. 336.

104 Zie bijvoorbeeld *Swan* v. *Salisbury Construction Co Ltd.* [1966] 2 All ER 138, op p. 142-144.

105 Zie *Dixon* v. *Cementation Company Ltd.* [1960] 1 WLR 746, en Charlesworth & Percy 1997, 10-75.

In paragraaf 2 zagen wij al dat er naar *Frans* recht twee[106] uitzonderingen bestaan op de regel dat het commune aansprakelijkheidsrecht is uitgesloten. De eerste uitzondering geldt als er een 'faute intentionelle' van de werkgever was.[107] De werknemer kan dan een beroep doen op een uitkering op basis van het sociale zekerheidsrecht en voor zijn overige schade, of in plaats daarvan, een vordering op basis van het civiele recht instellen.[108] De eiser zal naar de hoofdregel het bewijsrisico ten aanzien van het bestaan van de fout en de opzet dragen.[109]

De tweede uitzondering betreft de 'faute inexcusable'. Een 'faute inexcusable' is een fout '(...) d'une gravité exceptionelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience que devait avoir son auteur du danger qui pouvait en résulter et de l' absence de toute cause justificative (...)'.[110] Als een dergelijke fout aanwezig is, is een civiele vordering nog steeds niet mogelijk, maar wordt er wel een vergelijkbare oplossing geboden door de CSS. Zo kan de werknemer op basis van art. L. 452-3 CSS van de werkgever een vergoeding vorderen van de door hem geleden fysieke, morele en esthetische schade en voor de schade ten gevolge van de verminderde mogelijkheden tot promotie. De werknemer dient de grove fout te bewijzen.[111]

Ook naar *Duits* recht is het soms mogelijk via het commune aansprakelijkheidsrecht schadevergoeding te vorderen. De eerste[112] in § 104 SGB genoemde uitzondering betreft de situatie waarin de werkgever letselschade toegebracht heeft door opzettelijk handelen. De werknemer kan dan een vordering instellen op basis van § 282 BGB ('positive Vertragsverletzung'), § 823 BGB of § 826 BGB. De bij die bepalingen normale regels van bewijsrisicoverdeling gelden ook hier.[113]

---

106 Ik ga voorbij aan de situatie dat de werkgever een fout maakt waardoor de werknemer zijn rechten op basis van de sociale zekerheid niet kan effectueren. In zo'n geval zal de werkgever op basis van het commune recht tot vergoeding van de schade aangesproken kunnen worden, zie Saint-Jours, D. 1972, Chron. 219. Als de sociale zekerheidswetgeving niet van toepassing is, zoals bij een nog niet erkende ziekte, kan ook een beroep gedaan worden op het civiele aansprakelijkheidsrecht, zie Soc, 28 octobre 1997, D. 1998, Jur. 219 (note Radé); Viney/Jourdain 1998, no. 600.

107 Het gaat dan om een vrijwillige daad, verricht met de intentie om schade toe te brengen, zie J-Cl. Resp. Civ. (Groutel), Fasc. 230-2, no. 75; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1611.

108 Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 437; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 882; Viney/Jourdain 1998, no. 600; Lambert-Faivre 1996, no. 289. Hier is het contractuele aansprakelijkheidsrecht ('obligation de sécurité', waarover par. VII.3.2) toepasselijk, zie Viney/Jourdain 1998, no. 500-1; Radé 1997, no. 363 e.v.; Soc, 28 octobre 1997, D. 1998, Jur. 219 (note Radé), en Soc, 11 octobre 1994, D. 1995, Jur. 440 (note Radé), waarin toepassing van art. 1384 al. 1 Cc uitgesloten werd.

109 Vergelijk Radé 1997, no. 365.

110 Zie hierover Viney/Jourdain 1998, no. 614 e.v.; Malaurie/Aynès 1996, no. 59; Radé 1997, no. 414; Lambert-Faivre 1996, no. 290; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1640, en bijvoorbeeld Soc, 18 février 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 257 (niet in acht (laten) nemen van rusttijden door chauffeur).

111 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 261, 269, 600 en 608-1; Lambert-Faivre 1996, no. 290; Dupeyroux/Ruellan 1998, no. 439 e.v. Vergelijk ook Radé 1997, no. 365.

112 Ik ga hier niet in op de uitzondering die ziet op schade die is ingetreden bij verkeersongevallen op weg naar of van het werk. Deze vallen onder de regeling van de verkeersaansprakelijkheid, zie nader hoofdstuk V, en kunnen hier buiten beschouwing blijven.

113 Zie nader par. VII.3 en par. IV.2.5.

Omdat deze uitzondering zich weinig voor zal doen,[114] ga ik hier verder aan voorbij. Voor de werkgeversaansprakelijkheid zou ook § 618 BGB van belang kunnen zijn. Uit dat artikel volgt dat de werkgever verplicht is voor een veilige werkplek zorg te dragen. De schending van deze plicht kan een 'positive Vertragsverletzung' of 'unerlaubte Handlung' van de werkgever opleveren,[115] maar omdat deze vorderingen onder de aansprakelijkheidsuitsluiting van § 104 SGB vallen, is ook hier een opzettelijke handeling nodig zodat het belang van § 618 BGB gering is.[116]

Ten tweede is er de buitenwettelijke uitzondering op § 104 SGB: de vergoeding van zaaksschade.[117] Door middel van analoge toepassing van § 670 BGB is voor die gevallen een van 'Verschulden' onafhankelijke grondslag voor aansprakelijkheid geopend,[118] hetgeen mogelijk was omdat § 104 SGB alleen op personenschade ziet.[119] § 670 BGB bepaalt dat indien de opdrachtnemer ter uitvoering van de opdracht kosten maakt die hij voor noodzakelijk mag houden, de opdrachtgever die kosten dient te vergoeden. Het Bundesarbeitsgericht heeft deze bepaling in 1961 toegepast op de arbeidsovereenkomst.[120] Schadevergoeding is sindsdien mogelijk indien de werknemer bij de uitvoering van zijn werkzaamheden aan een eigen zaak schade lijdt, die op een met de werkzaamheden verbonden typische gevaarsituatie terug te voeren is.[121] Dat de gemaakte kosten noodzakelijk waren, moet de werknemer bewijzen.[122] Bij de vraag of de kosten betrekking hadden op 'de uitvoering van de arbeid' is van belang of de werkgever een eigen zaak had moeten inzetten als de zaak van de werknemer niet gebruikt zou zijn.[123]

3.2 Schade

In paragraaf 2 werd al aangegeven dat naar *Nederlands* recht de werknemer alleen die schade kan vorderen die niet op basis van de diverse sociale zekerheidswetten

---

114 Zie Zöllner/Loritz 1992, p. 224; Rolfs, NJW 1996, p. 3178.

115 § 618 BGB is namelijk geen zelfstandige grondslag voor schadevergoeding, zie Baumgärtel 1996, Rdn. 510; Palandt/Putzo 1995, § 618, Rdn. 8; Larenz 1986, p. 324; Prütting 1983, p. 341.

116 Erman/Hanau 1993, § 618, Rdn. 6; Palandt/Putzo 1995, § 618, Rdn. 9. Vergelijk ook Larenz 1986, p. 325. Als dit artikel toepasselijk is, wordt het bewijsrisico van de eiser verlicht. Indien vaststaat, door bewijs van de eiser, dat de wederrechtelijkheid geëigend was de schade te veroorzaken, dient de werkgever te bewijzen dat zijn verzuim niet oorzakelijk was voor de schade of dat hem geen 'Verschulden' treft. Zie onder andere Musielak 1975, p. 184; Prütting 1983, p. 341-342; Baumgärtel 1991, § 618, Rdn. 2 en 3; Erman/Hanau 1993, § 618, Rdn. 19; Baumgärtel 1996, Rdn. 511.

117 Naast het hierna besprokene is het mogelijk het gebruikelijke spoor van de 'positive Vertragsverletzung' of de 'unerlaubte Handlung' te volgen. De regels van bewijsrisicoverdeling wijken niet af van wat gebruikelijk is, zie par. VII.3 en par. IV.2.5.

118 Zie Zöllner/Loritz 1992, p. 225.

119 Zie Schulin 1993, Rdn. 316 en 360.

120 Zie BAG NJW 1962, 411.

121 Brox 1991, Rdn. 157a.

122 Zie Baumgärtel/Laumen 1991, § 670, Rdn. 1; Erman/Ehmann 1993, § 670, Rdn. 5; Frieges, NZA 1995, p. 406.

123 BAG RdA 1996, Nr. 155.

vergoed werd. Daarbij gaat het om immateriële schade en nog niet vergoede inkomensschade,[124] hetgeen van belang is omdat de uitkering maar een bepaald percentage van het laatst verdiende inkomen vergoedt. Zoals gebruikelijk moet de werknemer bewijzen dat hij schade heeft geleden en hoe groot die schade is.[125]

Hetzelfde systeem geldt in *Engeland*, met dit verschil dat het bedrag dat het slachtoffer reeds ontvangen heeft van de uitkeringsinstantie, door de dader aan de Staat betaald moet worden.[126] Verder is van belang dat bij de vordering op basis van een 'breach' van een 'statutory duty' alleen die schade vergoedbaar is die de 'duty' nu juist probeerde tegen te gaan.[127] In paragraaf 3.1 kwam al naar voren welke schade naar *Frans* recht eventueel nog vergoedbaar zal zijn. Dat die schade bestaat, moet de eiser naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling bewijzen.

In *Duitsland* is eigenlijk alleen zaaksschade via het aansprakelijkheidsrecht te verhalen, omdat letselschade vergoed wordt via de 'Unfallversicherung'. Hoewel op basis van het sociale zekerheidsrecht geen uitkering voor geleden immateriële schade mogelijk is, is ook die schade niet te verhalen via het civiele recht, tenzij de werkgever opzettelijk handelde.[128] De analoge toepassing van § 670 BGB heeft betrekking op schade aan zaken van de werknemer. Die schade moet ontstaan zijn bij het uitvoeren van de werkzaamheden en moet buitengewoon zijn. Een voorbeeld is het geval van de havenarbeider wiens kleren beschadigd werden door zuren.[129] Schade waarmee geen rekening gehouden kon worden, gezien de aard der werkzaamheden, komt voor vergoeding in aanmerking.[130] Zo dienen bijvoorbeeld de door de werknemer gemaakte proceskosten vergoed te worden.[131] Welke kosten gemaakt zijn, dient door de eiser bewezen te worden.[132]

3.3 Causaal verband

3.3.1 In 'eenvoudige' gevallen

Bij de beantwoording van de vraag wie in 'eenvoudige'[133] gevallen het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband draagt, pikken wij voor het *Nederlandse* recht

124 Afd. 6.1.10 BW is ook van toepassing op een vordering gebaseerd op 7:658 BW, zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23.438, nr. 3, p. 39; Lindenbergh 2000, p. 24 e.v.
125 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2000, p. 52.
126 Zie par. 2. Het bewijsrisico rust op de eiser, zie Charlesworth & Percy 1997, 5-15.
127 Zie Markesinis & Deakin 1999, p. 349; Winfield & Jolowicz 1998, p. 261.
128 Zöllner/Loritz 1992, p. 224.
129 BAG NJW 1962, 411.
130 Vergelijk Mayer-Maly, NZA (Beilage 3) 1991, p. 5.
131 Vergelijk Mayer-Maly, NZA (Beilage 3) 1991, p. 11 en BAG RdA 1995, Nr. 280.
132 Baumgärtel/Laumen 1991, § 670, Rdn. 1.
133 Daarmee doel ik op die gevallen waarin de werknemer slechts één potentieel aansprakelijke werkgever in rechte kan betrekken en er geen sprake is van aan zijn zijde gelegen potentiële oorzaken voor zijn schade, zoals bijvoorbeeld roken.

eerst de draad van art. 1638x OBW weer op. Ook met betrekking tot het causaliteitsvraagstuk heeft de Hoge Raad op basis van die bepaling namelijk de nodige richtlijnen gegeven.[134]

In een arrest uit 1989[135] heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld bepaald dat het bewijsrisico met betrekking tot het causale verband bij de werkgever ligt. Het ligt op de weg van de werkgever om te stellen en, indien nodig, te bewijzen, dat het nemen van maatregelen het ongeval niet voorkomen zou hebben. Het betreft hier mijns inziens een echte bewijsrisico-omkering.[136] Deze regel is herhaaldelijk bevestigd, bijvoorbeeld in 1991. Daar de schending van de zorgplicht vaststond (de rolsteiger had geen remsysteem), had de rechtbank moeten onderzoeken of het ongeluk ook gebeurd zou zijn indien het voorschrift wel nageleefd was. Daarbij is het aan de werkgever om aan te tonen dat het remsysteem niet gebruikt zou zijn als het wel aanwezig was geweest.[137] Het gaat in deze gevallen om een toepassing van de leer van de bewijsrisico-omkering na schending van een veiligheidsnorm.[138]

Het vaststellen van het causale verband wordt bijzonder moeilijk wanneer de werknemer slachtoffer wordt van een beroepsziekte, met name wanneer zo'n ziekte een lange incubatietijd heeft. Om aan die moeilijkheden voor de werknemer tegemoet te komen, besliste de Hoge Raad in *Cijsouw/De Schelde I*[139] dat indien het verzuim van de werkgever vaststaat en dat verzuim de kans op de ziekte aanmerkelijk heeft verhoogd, het causale verband in principe gegeven is, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat de te nemen maatregelen de ziekte niet hadden kunnen voorkomen. Bij beroepsziekten wordt dus dezelfde regel toegepast als bij arbeidsongevallen, zodat wij daarover verder betrekkelijk kort kunnen zijn.[140]

---

134 Naast het hierna volgende, kan de rechter gebruik maken van vermoedens, zie HR 7 maart 1980, NJ 1980, 365 (X./Y.). Zie ook Bier 1988, p. 52.

135 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen).

136 Zo wordt bijvoorbeeld in HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits) uitdrukkelijk gesproken over 'stellen en bewijzen'. Zie ook par. IV.2.2. Schijnbaar anders Lindenbergh 2000, p. 59, en Fluit, SR 2000, p. 73, die over een vermoeden spreken, en Akkermans 1997, p. 396, met name noot 10 aldaar. Hij stelt eerst dat bij een bewijsrisico-omkering het tegendeel moet komen vast te staan, hetgeen juist is, maar vervolgens dat dat hier niet het geval is omdat het bewijs van de werkgever slechts tot 'waarschijnlijkheid' hoeft te leiden. Mijns inziens miskent hij dan dat hier een minder zware bewijswaarderingsmaatstaf wordt aangelegd (waarschijnlijkheid in plaats van redelijke mate van zekerheid), waaruit echter niet volgt dat de werkgever niet het bewijsrisico zou dragen. De werkgever moet tegendeelbewijs leveren, maar zulks wordt eerder dan normaal aanwezig geacht.

137 Zie HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen).

138 Deze leer bestaat al langer, zie bijvoorbeeld HR 21 juni 1974, NJ 1975, 453 nt. G.J.S. (Windmill/Roelofsen), hoewel het daar nog om een vermoeden leek te gaan, en is ook na 1991 nog herhaaldelijk bevestigd, zie de hierna genoemde jurisprudentie en par. IV.2.2. Dat het op dit terrein veelal om veiligheidsnormen gaat, is onbetwist, zie bijvoorbeeld Bier 1988, p. 46.

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

140 Zie verder bijvoorbeeld Lindenbergh 2000, p. 57; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 190; de conclusie van A-G Vranken voor HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), en par. IV.2.2, steeds met verdere verwijzingen.

Een aantal aspecten van dit arrest wil ik nog aanstippen. Ten eerste wijs ik erop dat het vereiste dat de kans *in aanmerkelijke mate* verhoogd dient te zijn, in latere rechtspraak[141] niet meer gesteld wordt, zodat dat aspect waarschijnlijk niet van groot belang is. Tevens wijs ik er op dat de werkgever slechts 'aannemelijk' hoeft te maken dat maatregelen zijnerzijds de ziekte niet voorkomen zouden hebben. De maatstaf waaraan de bewijswaardering dient te voldoen, is derhalve een minder zware dan de gebruikelijke.[142] Of dat de werkgever veel verder helpt, valt echter te betwijfelen. Ook 'aannemelijkheid' is hier niet eenvoudig aan te tonen.[143]

Opmerkelijk aan het arrest is verder dat de bewijsrisico-regel toegepast werd in een geval waarin het specifieke gevaar dat zich verwezenlijkte (mesothelioom), nog niet bekend was bij de werkgever, maar er wel al een verwant gevaar (asbestose) bekend was.[144] In zo'n geval zal de werkgever moeten bewijzen dat maatregelen tegen het bekende gevaar het onbekende gevaar waarschijnlijk niet zouden hebben voorkomen. Het gevolg daarvan is dat de werkgever, indien hij dat bewijs niet kan leveren, ook aansprakelijk is voor (nog) niet bekende gevaren.[145]

Tot slot is nog van belang dat het volgens de Hoge Raad niet strookt met de strekking van art. 1638x OBW dat de werknemer het bewijsrisico draagt met betrekking tot de vraag wanneer de werknemer het fatale asbestkristal binnengekregen heeft. Het belang van deze specifieke regel is mijns inziens overigens beperkt, omdat in de meeste gevallen een beroepsziekte gedurende een langere periode ontstaat, bijvoorbeeld door het veelvuldig herhalen van eenzelfde handeling,[146] en niet terug te voeren is op één gebeurtenis die niet in de tijd bepaalbaar is, zoals bij het binnenkrijgen van een asbestkristal. Bovendien is deze regel alleen van belang indien er een periode te onderscheiden is waarin de werkgever wel in

141 Zie bijvoorbeeld HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), r.o. 3.5.

142 Zie daarover par. II.4.

143 Zo ook Spier, Asbest-bundel 1994, p. 39. In HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), spreekt de Hoge Raad overigens weer over 'aantonen'.

144 Al was dat minder verwonderlijk in het licht van de *Vader Versluis*-uitspraak (HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 nt. G.J.S.), zie de conclusie van Hartkamp voor HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I).

145 Vergelijk Hijma, AA 1994, p. 112.

146 Zoals bij RSI, vergelijk daarover Dommering-Van Rongen, A & V 1995, p. 28, en Faure/Geers/Hartlief 1995, p. 18-19. Iets vergelijkbaars speelt bij de ontwikkeling van een organisch psychosyndroom (OPS). In zulke gevallen kan echter wel het probleem van 'sluipende schade' rijzen, waarover Spier, Oratie 1990, met name p. 4, waarop dezelfde benadering wellicht toe te passen is.

verzuim was en een periode waarin dat niet het geval was.[147] Dat doet er overigens niet aan af dat bij andere beroepsziekten weer andere bewijsproblemen spelen.

Een bevestiging van het feit dat het bewijsrisico met betrekking tot het causaal verband bij de werkgever ligt, is bijvoorbeeld ook nog te vinden in het arrest *Pollemans/Hoondert*. De Hoge Raad besliste daarin opnieuw dat als het verzuim vaststaat, de werkgever dient aan te tonen dat maatregelen zijnerzijds het ongeval niet voorkomen zouden hebben. De Hoge Raad eiste in dit geval overigens niet dat de kans op schade door het verzuim verhoogd is.[148] Omdat de precieze formulering van deze bewijsrisicoregel echter regelmatig verschilt, lijkt het niet mogelijk om daaraan veel betekenis toe te kennen.

Hoe is de situatie onder de werking van art. 7:658 BW? Uit die bepaling, en meer in het bijzonder lid 2 daarvan, volgt mijns inziens niet dat ook het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband *via die wettelijke* bepaling naar de gedaagde verschoven zou zijn.[149] Het causale verband is in lid 2 immers opgenomen vòòr de 'tenzij' die de bewijsrisico-omkering ten aanzien van de zorgplicht inleidt. De opvatting van een aantal auteurs dat zo'n bewijsrisico-omkering wel in dit artikel is opgenomen, kan dan ook niet gevolgd worden.[150] Ook Lindenbergh, Hartlief, Hijma, Princen en Wachter stellen dat de wettelijke bewijsrisico-omkering alleen betrekking heeft op de zorgplicht.[151] Dat de wetsgeschiedenis zich in stilzwijgen hult, is mijns inziens een aanwijzing dat een omkering ten aanzien van het causale verband niet bedoeld is.[152] De bewijsrisico-omkering met betrekking tot de zorgplicht wordt immers wel expliciet aan de orde gesteld.

Hiervoor werd echter al besproken dat de rechtspraak wel een bewijsrisico-omkering aanneemt. Hoe is dat te rijmen? Betekent de introductie van art. 7:658 BW dan dat de oude rechtspraak niet meer geldt? Omdat de wetgever geen grote wijziging van het geldende recht beoogde, is dat niet erg waarschijnlijk. Wellicht

147 Een vergelijkbare kwestie deed zich voor in *Clarkson* v. *Modern Foundries Ltd* [1958] 1 All ER 33, op p. 36, maar dan met betrekking tot de verjaring. De silicose-vergiftiging van de werknemer was ten dele veroorzaakt in een periode waarvoor de werkgever niet aansprakelijk was vanwege de verjaringstermijn, en ten dele in een periode waarin de werkgever wel aansprakelijk was. De rechter wees de vordering geheel toe omdat de gedaagde, die het bewijsrisico ten aanzien van de verjaring droeg, niet bewezen had dat de schade veroorzaakt was in die eerste periode. Onzekerheid over de periode waarin de schade ontstaan is, kwam ook hier voor rekening van de gedaagde.

148 Zie HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), met conclusie van Vranken die zich wel op de specifiekere regel beroept dat indien door het verzuim de kans op schade vergroot is, het causale verband in beginsel gegeven is. In die zin ook HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits), doch zoals in de tekst HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis), en Hof Arnhem 27 februari1996, TMA 1996, p. 62 (Eternit/Rouwhof).

149 Zo ook Akkermans 1997, p. 400.

150 Bolt/Spier 1996, p. 97, noot 28; Frenk, A & V 1996, p. 81; Swuste e.a., NJB 1997, p. 1159; Klaassen, SR 1997, p. 282; Fluit, SR 2000, p. 41, 73 en 74. Vergelijk ook Boonekamp, TCR 2000, p. 43.

151 Lindenbergh 2000, p. 59 en 95; Hartlief, Oratie 1997, p. 42; Hijma, AA 1994, p. 111 (noot 4); Princen 1990, p. 100; Wachter, A & V 1995, p. 167.

152 Vergelijk Akkermans 1997, p. 396, noot 10.

dat de nieuwe wettelijke bepaling en de rechtspraak te verenigen zijn door uit te gaan van een tweedeling van het causale verband. De werknemer moet dan ten eerste het verband met 'de uitoefening van de werkzaamheden' bewijzen. Indien deze daarin slaagt, dient de werkgever te bewijzen dat eventuele maatregelen de schade niet voorkomen zouden hebben.[153] Deze opvatting is te rijmen met de wettekst en de rechtspraak, omdat de regel uit de diverse arresten steeds in verband wordt gebracht met het niet in de wettekst genoemde, maar door de rechtspraak geïntroduceerde vereiste dat maatregelen de schade niet voorkomen zouden hebben.

Hierbij dient overigens bedacht te worden dat het bewijs dat de schade in verband staat met de uitoefening van de werkzaamheden, niet altijd eenvoudig is. Zo kan zich bijvoorbeeld het geval voordoen dat onduidelijk blijft of de werknemer, die aan mesothelioom gestorven is, wel *blootgesteld* is geweest aan asbest tijdens zijn werkzaamheden. Daarmee blijft ook onduidelijk of de schade wel op de uitoefening van de werkzaamheden is terug te voeren.[154] Nu in zo'n geval de werknemer getroffen is door mesothelioom, waarvoor op dit moment niet al te veel verklaringen bestaan naast de blootstelling aan asbest,[155] is dat verband wellicht wel tot op bepaalde hoogte aannemelijk,[156] maar zekerheid bestaat hier niet. In de lagere rechtspraak zijn vorderingen in dit soort gevallen dan ook wel afgewezen.[157] Wellicht is het hier echter mogelijk om aan te sluiten bij het arrest *Van de Luytgaarden/Schuurink*.[158] Daarin werd bepaald dat indien een deskundige aangeeft dat een ongeval op een bepaalde wijze gebeurd kan zijn, zulks voldoende is voor vervulling van de stelplicht als de aard van het letsel op onveiligheid van de werkplek duidt. De aard van het letsel (mesothelioom) wijst in deze gevallen immers nadrukkelijk op onveiligheid van de werkplek.[159]

---

153 Zo ook Bier 1988, p. 57, en NTBR 1993, p. 211; Akkermans 1997, p. 400, noot 21, en p. 406, en VR 1999, p. 195. De conclusie van A-G Bakels (sub 3.2) voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 nt. PAS (Bhoelai/Buttner); Lindenbergh 2000, p. 52, en Fluit, SR 2000, p. 43, bevestigen het eerste deel van deze stelling. Asser 1998, p. 103, bevestigt het tweede deel. Zie ook HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis), r.o. 3.5, waarin beide aspecten ook in de hier bedoelde zin naar voren komen.

154 Zie ook Akkermans, VR 1999, p. 195; Faure & Hartlief, RM Themis 1998, p. 226, en in algemene zin Boonekamp, TCR 2000, p. 43. Wij zouden overigens net zo goed kunnen zeggen dat de vraag naar de blootstelling verband houdt met de zorgvuldigheidseis, want als er geen blootstelling was, heeft de werkgever ook geen zorgvuldigheidsnorm kunnen schenden. Zie tevens par. 3.3.2.

155 Vergelijk Van Boom, A & V 2000, p. 55, en Faure, Oratie 1993, p. 23, die aangeeft dat mesothelioom in 80 % van de gevallen op asbest zou zijn terug te voeren. Zo ook Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 55.

156 Ik ben geneigd van een vermoeden van blootstelling uit te gaan, zie ook par. XIV.3.4.7. Anders: Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde).

157 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 18 augustus 1998, nr. 98/0792 (niet gepubliceerd) (Heesbeen/Van Buuren-van Swaay), en Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde), waarin een bewijsrisico-omkering afgewezen werd.

158 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink).

159 Dit kan overigens alleen opgaan als duidelijk is waar gewerkt werd. Bij andere asbestziekten, zoals longkanker, rijst dan nog het probleem dat daarvoor ook andere mogelijke oorzaken bestaan, zie nader par. 3.3.1.

Naar *Engels* recht is de bewijsrisicoverdeling ten aanzien van het causale verband hetzelfde voor de vordering op basis van 'negligence' en op basis van een 'breach of a statutory duty'. De eiser dient in beide gevallen aan te tonen dat het verzuim de schade veroorzaakte of 'materially' daaraan bijdroeg.[160] Het zal duidelijk zijn dat veelal de vraag zal rijzen of de fout een 'material contribution' tot het ontstaan van de schade leverde, omdat dat het ruimste criterium is. De vraag is dan hoe 'material contribution' ingevuld moet worden. Lord Reid komt tot een zeer ruime invulling:

> 'What is a material contribution must be a question of degree. A contribution which comes within the exception *de minimis non curat lex* is not material, but I think that any contribution which does not fall within that exception must be material.'[161]

In 1972 lijkt een nieuw tijdperk aangebroken als het House of Lords uitspraak doet in *McGhee* v. *National Coal Board*.[162] Daar wordt beslist dat er geen onderscheid gemaakt mag worden tussen 'materially increasing the risk of injury' en 'materially contributing to causing the injury'. Het causale verband staat bovendien voorlopig vast indien het verzuim de kans op verwezenlijking van het risico aanmerkelijk verhoogd heeft. Lord Wilberforce ging nog verder. Hij plaatst de vraag naar de bewijsrisicoverdeling bij causaal verband in een rechtspolitiek kader. Degene die het risico creëert, zou de gevolgen van de 'evidential difficulties' moeten dragen. Hij kiest derhalve voor een bewijsrisico-omkering.

In twee latere uitspraken van het House of Lords over de medische aansprakelijkheid wordt de werking van de *McGhee*-regel echter ingeperkt. Zo wordt in *Kay* v. *Ayrshire and Arran Health Board*[163] beslist dat de regel uit *McGhee* alleen ingeroepen kan worden indien onomstotelijk vaststaat dat de oorzaak in kwestie in staat is om de geleden schade met zich te brengen of het risico ervan te vergroten. Bovendien moet vaststaan dat de 'tortious cause' op zijn minst een der oorzaken was. In *Wilsher* v. *Essex Area Health Authority*[164] wordt vervolgens door Lord Bridge gesteld dat Lord Wilberforce in *McGhee* een omkering van het bewijsrisico aanvaard heeft, hetgeen tegen de heersende mening ingaat en daarom afgewezen dient te worden. Uit de andere 'speeches' in *McGhee* kan Lord Bridge geen 'new

---

160 Zie *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615, op p. 618; *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 732, en verder onder andere *Clarkson* v. *Modern Foundries Ltd* [1958] 1 All ER 33, op p. 36; Charlesworth & Percy 1997, 5-12, 5-28 en 11-34; Hart/Honoré 1985, p. 410 en 414; Salmond & Heuston 1996, p. 240 en 255.

161 *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615, op p. 618-619. Zie ook *Thompson* v. *Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* [1984] 1 All ER 881, op p. 909, en *Page* v. *Smith (no. 2)* [1996] 1 WLR 855, op p. 858.

162 *McGhee* v. *National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008. Zie hierover onder andere Weinrib, MLR 1975, p. 518 e.v.; Goldberg 1999, p. 7-10 en 13-14.

163 *Kay* v. *Ayshire and Arran Health Board* [1987] 2 All ER 417.

164 *Wilsher* v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871.

principle of law' destilleren. In *McGhee* was het enkel een 'inference' op basis van de feiten en geen 'presumption of law', die tot de uitspraak leidde dat er een 'material contribution' was. Hij besluit, na aangegeven te hebben niet blij te zijn met de uitkomst, als volgt:

> 'But, whether we like it or not, the law, which only Parliament can change, requires proof of fault causing damage as the basis of liability in tort.'[165]

En zo is men in Engeland weer helemaal terug bij de regel dat de eiser het bewijsrisico draagt.[166] Dat werd ook recentelijk nog eens bevestigd.[167] Uit het voorgaande volgt overigens wel nog dat de eiser tegemoet gekomen kan worden door middel van een feitelijk vermoeden.[168]

Met betrekking tot beroepsziekten is de zaak *Bryce* v. *Swan Hunter Group*[169] van belang. Daarin werd door de Queen's Bench Division beslist dat de werkgever een 'duty' heeft om de hoeveelheid asbest waaraan de werknemers blootgesteld worden, te beperken. Tevens werd vastgesteld dat niet bewezen was dat de blootstelling aan asbest dé oorzaak was van de ziekte. Omdat echter het risico op schade verhoogd was door het verzuim van de werkgevers, werd het bestaan van causaal verband alsnog aanvaard en werden de werkgevers aansprakelijk gehouden. De grondslag hiervoor werd gevonden in de net besproken *McGhee*-zaak. Nu deze uitspraak van voor *Wilsher* dateert, rijst de vraag in hoeverre dit een 'leading case' kan zijn. Omdat echter ook vaststaat dat asbest de belangrijkste oorzaak is voor het ontstaan van mesothelioom, is het niet ondenkbaar, gezien de regel uit de hiervoor genoemde *Kay*-zaak, dat de regel uit *McGhee* hier correct toegepast is.[170]

Als in *Frankrijk* het civiele recht toegepast kan worden, dient natuurlijk ook het causale verband vast te staan.[171] De bepalingen in de CSS geven aan dat de eiser zulks moet bewijzen. De artt. L. 452-1 en L. 452-5 CSS spreken immers over 'l'accident est dû à la faute'. Indien de *Duitse* werknemer zijn zaaksschade wil verhalen, is uiteraard ook nodig dat het gebruik van de zaak en de schade in een

---

165 *Wilsher* v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871, op p. 883.

166 Zoals al besloten in *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615.

167 Zie *Pickford* v. *ICI* [1998] 3 All ER 462, op p. 464 en 473-474. Goldberg 1999, p. 14, meent dat *McGhee* nog wel van belang zou kunnen zijn. Zo ook Salmond & Heuston 1996, p. 241, ten aanzien van 'industrial accidents'.

168 Zie bijvoorbeeld *Gardiner* v. *Motherwell Machinery and Scrap Co Ltd.* [1961] 3 All ER 831, op p. 832-833.

169 *Bryce* v. *Swan Hunter Group* [1988] 1 All ER 659.

170 Het is overigens opmerkelijk dat de rechter, zonder het bewijsrisico te verschuiven, tot aansprakelijkheid van de werkgevers komt. Immers, Bryce, die bij vele werkgevers in dienst was geweest en bij vele van die werkgevers met asbest had gewerkt, had bij de eerste aansprakelijke werkgever slechts 182 dagen gewerkt en bij de tweede en derde samen slechts 217 dagen, terwijl zijn werkende leven zich uitstrekte over 41 jaar. De rechter noemde de bijdrage van de aansprakelijk gestelde werkgevers niettemin 'significant in degree'.

171 Zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1641.

causale relatie met het uitvoeren van de arbeid staan. Dat zal de werknemer veelal zonder problemen kunnen aantonen.

3.3.2 'Meervoudige' causaliteit en de pro rata-benadering[172]

Tot nog toe zijn slechts de 'enkelvoudige' en 'dus' 'eenvoudige' gevallen van causaliteit aan bod geweest. De causaliteitsvraag wordt echter veel complexer als er meerdere mogelijke oorzaken of veroorzakers een rol kunnen hebben gespeeld. Dat zal zich voornamelijk voordoen bij beroepsziekten. Denk aan de werknemer die overleed aan longkanker en niet alleen met asbest werkte, maar ook rookte. Daarnaast kan gedacht worden aan de werknemer die bij een aantal werkgevers in dienst is geweest die allen asbest gebruikten.

Het tweede geval (meerdere werkgevers) zal in beginsel via de regel van alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW) tot een oplossing gebracht moeten worden. Ik ga daar nu niet nader op in.[173] Het eerste geval, dat van de rokende werknemer, staat model voor die gevallen waarin er een potentiële oorzaak voor de ziekte van de werknemer is aan te wijzen die in beginsel binnen de 'toerekeningssfeer' van die werknemer valt en waarvan niet gezegd kan worden dat deze verband houdt met de uitoefening van de werkzaamheden. Nu de werknemer te dien aanzien het bewijsrisico draagt,[174] ligt hier een probleem voor die werknemer.

Akkermans heeft veel aandacht geschonken aan deze problematiek.[175] Uitgaande van de eerder beschreven bewijsrisico-omkering voor zover het gaat om de vraag of maatregelen van de werkgever de schade voorkomen zouden hebben, stelt hij dat deze regel ten dele zijn werking zou moeten verliezen als er een tweede mogelijke oorzaak bestaat die niet meer tot de risico-sfeer van de werkgever behoort. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de werknemer rookte of de veroorzakingswaarschijnlijkheid aan de zijde van de werkgever te laag is.[176]

---

172 Zie hierover ook Bier 1988, p. 62-65. Ik ga in deze paragraaf alleen in op het Nederlandse recht, omdat in de andere rechtsstelsels deze benadering in de context van de werkgeversaansprakelijkheid vrijwel onbesproken is gebleven of is afgewezen, zie *Clarkson* v. *Modern Foundries Ltd* [1958] 1 All ER 33, op p. 36. In *Thompson* v. *Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* [1984] 1 All ER 881, op p. 905-910, stond het causale verband al vast (zie p. 909) en ging het alleen nog om de berekening van de hoogte van de schadevergoeding. Zie ook *Holtby* v. *Brigham & Cowan (Hull) Ltd.* [2000] 3 All ER 421, waarin nog beslist werd dat de eiser dient te bewijzen in welke mate zijn schade is terug te voeren op het gedrag van de gedaagde (p. 428-429). Ik ga hier niet specifiek in op de theorie van het verlies van een kans, zie Giesen 1999, p. 72 e.v. en 122 e.v.

173 Zie Lindenbergh 2000, p. 96; Hondius, Van Dunné-bundel 1997, p. 164, en nader par. VII.4.4 en par. X.4.4.4. In zo'n geval dient in elk geval vast te staan dat diverse werkgevers de eiser hebben blootgesteld aan asbest en niet de nodige zorg in acht genomen hebben. Gezien de lange incubatie-tijd zullen bepaalde 'latere' werkgevers overigens als veroorzaker afvallen.

174 Zie par. 3.3.1 en hierna noot 182.

175 Zie Akkermans 1997, p. 399 e.v., en verder al Frenk, NJB 1995, p. 482 e.v., met name p. 489; Van & Nijs, TMA 1996, p. 45 e.v.; Frenk, RM Themis 1999, p. 24.

176 Akkermans 1997, p. 411 e.v. en p. 413 e.v., met conclusie op p. 418. Zie ook Lindenbergh 2000, p. 60-61, die voor deze gevallen een proportionele aansprakelijkheid onderschrijft.

Akkermans gaat in die gevallen uit van een 'verfijning' van de bewijsrisico-verdeling via de constructie van het 'gedeeltelijk tegenbewijs'. Dat betekent dat er in eerste instantie uitgegaan wordt van de bewijsrisico-omkering ten laste van de werkgever, maar dat deze, naast het 'gewone' tegendeelbewijs, ook kan aantonen dat een van beide voornoemde omstandigheden eveneens de oorzaak van de schade kan zijn geweest. Als de werkgever daarin slaagt, wordt diens aansprakelijkheid verminderd en dus een proportionele. Als de werkgever geen tegendeelbewijs levert en niet bewijst dat een van voornoemde oorzaken mede een rol kan hebben gespeeld, blijft hij volledig aansprakelijk.[177] Voor de werkgeversaansprakelijkheid betekent dit bijvoorbeeld dat de werkgever die aantoont dat het roken een reële causale betekenis had, slechts gedeeltelijk aansprakelijk is.[178]

Het voordeel van deze benadering, die overigens slechts in een beperkt aantal gevallen toegepast kan worden,[179] is dat zo ruim baan gegeven kan worden aan de inschatting van deskundigen over welk deel van de schade toe te rekenen is aan het roken en welk deel aan het werken met asbest.[180] De bewijsrisico-beslissing wordt daarmee vermeden en de werkelijkheid wordt zo waarschijnlijk het best benaderd. Een probleem rijst echter weer als zou blijken, zoals wel gesuggereerd is,[181] dat roken en werken met asbest elkaar uitsluiten als oorzaak voor longkanker. In dat geval zal er toch weer een 'keuze' gemaakt moeten worden.

Een tweede, meer dogmatisch bezwaar tegen de benadering van Akkermans is dat in die opvatting, anders dan de wetgever bedoelde, zowel de eiser als de gedaagde bewijs dienen te leveren ten aanzien van de vraag of de schade in verband staat met de uitoefening van de werkzaamheden. Aan het systeem van Akkermans komen wij immers niet toe als niet eerst door de eiser is aangetoond dat diens schade verband houdt met zijn werkzaamheden.[182] Dat is een voorwaarde voor

177 Akkermans 1997, p. 419-420, en 460, die overigens, doch ten onrechte, uitgaat van een vermoeden en niet van een bewijsrisico-omkering.

178 Akkermans 1997, p. 420 e.v. Ruimer gesteld: de werkgever dient aan te tonen dat de tweede mogelijke oorzaak niets met de uitoefening van de werkzaamheden van doen heeft. Deze oplossing werd qua resultaat ook bereikt door Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35 (Schaier/De Schelde), waarover Akkermans, VR 1999, p. 193 e.v.; Van, TMA 1999, p. 192 e.v., waarin de werkgever voor 26 % van de schade aansprakelijk werd geacht ten opzichte van een rokende werknemer. Kritisch ten aanzien van dit percentage: Akkermans, VR 1999, p. 194 en 196, en Van, TMA 1999, p. 194.

179 Akkermans 1997, p. 422.

180 Zie bijvoorbeeld Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35 (Schaier/De Schelde). Voorstanders van een proportionele benadering op dit terrein zijn, naast Akkermans 1997, onder andere Spier, Oratie 1990; Spier, Asbest-bundel 1994, p. 38-39 en 47; Frenk, NJB 1995, p. 484; Van Dijk, A & V 1997, p. 77. Van, TMA 1999, p. 192 e.v., lijkt minder enthousiast.

181 Zie Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 58.

182 Dat de werknemer dat dient te bewijzen, geeft Akkermans , VR 1999, p. 195 (en 1997, p. 406), ook aan. Zo ook Fluit, SR 2000, p. 43, en Boonekamp, TCR 2000, p. 43. De conclusie die daarop volgt, te weten dat dit bewijs door geen der partijen te leveren is en dat daarom een proportionele vergoeding nodig is, is mijns inziens alleen evident als er al gekozen is voor toepassing van een pro rata-leer. Evengoed kan gesteld worden dat de werknemer, die toch al behoorlijk tegemoet wordt

toepassing van art. 7:658 BW. Als dat verband, de blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden, niet tot op zekere hoogte is aangetoond,[183] loopt de procedure daarop stuk. Als dat bewijs geleverd is en art. 7:658 BW in beginsel toegepast kan worden, dient vervolgens de werkgever te bewijzen dat het verband met die werkzaamheden er toch niet (volledig) was. Beide partijen leveren dan bewijs ten aanzien van dezelfde vraag, hetgeen op zijn minst weinig efficiënt is.

Van[184] kiest in deze een andere insteek. Hij stelt dat de werkgever het bewijs dient te leveren - het gaat immers om 'eigen schuld' van de werknemer - en dat als deze de zware bewijsmaatstaf (die op 80 % ligt) niet gehaald heeft, een proportionele aansprakelijkheid uitgesloten is en een volledige vergoeding betaald zou moeten worden. Ook in deze opvatting ontkomen wij er echter niet aan dat voordat de eigen schuld-vraag kan rijzen, de werknemer eerst het verband met de uitoefening van de werkzaamheden zal moeten aantonen.

Een derde punt dat aandacht behoeft, betreft de vraag of de maatstaf van art. 6:101 BW, voor zover die bij deze benadering gehanteerd wordt, hier wel gebruikt kan worden. Het eigen schuld-verweer is in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid immers beperkt tot gevallen van opzet en bewuste roekeloosheid en indien zulks aangetoond is, vervalt de aansprakelijkheid in zijn geheel.[185] Akkermans meent dat dit geen probleem vormt, want het roken van de werknemer staat los van de uitoefening van de werkzaamheden, zodat de ratio van het beperkte eigen schuld-verweer hier geen zeggingskracht heeft.[186]

Het is mijns inziens de vraag of die opvatting wel juist is. De proportionele aansprakelijkheid die hier bereikt wordt via het eigen schuld-verweer, heeft immers niet alleen betrekking op het roken, maar ook op het werken met asbest. De combinatie van die twee potentiële oorzaken maakt dat een proportionele aansprakelijkheid wenselijk wordt geacht. Beide elementen zijn dus van belang voor de bepaling van de mate van aansprakelijkheid. Omdat het werken met asbest wel degelijk verband houdt met de uitoefening van de werkzaamheden, kan in

---

gekomen, op zijn minst dit bewijs zal moeten leveren, zoals ook gebeurde in Hof Den Haag 18 augustus 1998, nr. 98/0792 (niet gepubliceerd) (Heesbeen/Van Buuren-van Swaay) en Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde).

183 Minimaal > 50 % waarschijnlijk is geworden. Hier zal derhalve met een waarschijnlijkheid van > 50 % aangetoond moeten zijn dat de schade (in elk geval) ten dele, bijvoorbeeld 25 %, is terug te voeren op de werkzaamheden. Het is dus niet zo dat aangetoond moet worden dat > 50 % van de schade op de werkzaamheden is terug te voeren.

184 Van, TMA 1999, p. 195, in zijn bespreking van Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35 (Schaier/De Schelde), waarin de rechter besliste dat de schade voor 74 % aan het roken te wijten was en voor 26 % aan het werken met asbest.

185 Zie nader par. 3.5. Voor zover de proportionele benadering op andere gronden dan art. 6:101 BW gefundeerd kan worden, speelt dit probleem geen rol.

186 Akkermans 1997, p. 422, en VR 1999, p. 194-195. Zo ook Lindenbergh 2000, p. 63. In Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35 (Schaier/De Schelde) ging de rechter volledig aan deze vraag voorbij.

elk geval ten aanzien van die mogelijke oorzaak niet gezegd worden dat de ratio van het beperkte eigen schuld-verweer niet zou gelden.

Zo is gebleken dat ook de hier besproken proportionele benadering niet zonder problemen is, met name omdat het vereiste van 'de uitoefening van de werkzaamheden' de nodige complicaties met zich brengt. Nu deze pro rata-benadering met name gezien moet worden als een alternatief voor een beslissing op basis van de bewijsrisicoverdeling, en dat alternatief op die verdeling als zodanig in beginsel niet van invloed is, laat ik dit punt verder rusten.[187]

3.4 Toerekening (schuld)

De aansprakelijkheid naar *Nederlands* recht op basis van art. 1638x OBW en 7:658 BW was en is een schuldaansprakelijkheid.[188] Vereist is dus dat de werkgever verwijtbaar in zijn zorgplichten tekort is geschoten. 'Goed werkgeverschap' of 'de billijkheid' lijkt in beginsel niet tot schadevergoeding te kunnen leiden indien daarnaast art. 7:658 BW tevergeefs ingeroepen wordt.[189] De gevaren waartegen de werkgever dient te waken, dienen kenbaar te zijn, anders kan hij niet aansprakelijk gehouden worden. Die kenbaarheid wordt overigens objectief ingevuld: welke gevaren had de werkgever kunnen kennen?[190] Daardoor is 'schuld' in de zin van persoonlijke verwijtbaarheid, hier vergaand uitgerangeerd. Daarbij komt ook nog dat de Hoge Raad beslist heeft dat de werkgever dient te stellen, en zo nodig bewijzen, dat schuld afwezig was. Ten aanzien van die stelplicht is van belang dat de werkgever aangeeft welke bevelen en maatregelen hij persoonlijk gegeven en getroffen heeft en op welke wijze hij daarop persoonlijk toezicht heeft gehouden.[191] De werkgever kan derhalve nog aan aansprakelijkheid ontkomen door de afwezigheid van zijn schuld te bewijzen.

Het *Engelse* recht kent geen apart schuldvereiste, ook niet bij de 'breach of a statutory duty', dus daar hoeft hier niet op ingegaan te worden.[192] In *Frankrijk* is of opzet vereist, waardoor aan het schuldvereiste ruimschoots voldaan is, of een 'faute inexcusable', waarbij schuld niet als apart vereiste gesteld wordt. In *Duitsland* is de analoge toepassing van § 670 BGB aanvaard om te vermijden dat

187 Ik merk wel nog op dat indien deze benadering gehanteerd zou gaan worden, ik ervoor zou willen pleiten, in navolging van Van, TMA 1999, p. 194, om de gevonden percentages en de daarbij behorende bandbreedtes zoveel mogelijk in het voordeel van de werknemer te hanteren. Dat strookt met de strekking van het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein. Ook Akkermans, VR 1999, p. 196-197, past een correctie ten gunste van de werknemer toe.

188 Bijvoorbeeld Bolt/Spier 1996, p. 91, en noot 4.

189 Zie HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen), en inmiddels ook HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.).

190 Vergelijk Bolt/Spier 1996, p. 94, en Lindenbergh 2000, p. 30.

191 Zie HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 nt. FHJM (Bahou/Fireco).

192 Zie par. IV.2.3, en Salmond & Heuston 1996, p. 196.

'Verschulden' aangetoond zou moeten worden. 'Verschulden' is dus geen voorwaarde meer voor aansprakelijkheid van de werkgever.[193]

3.5 Disculpatie[194]

In paragraaf 3.4. zagen wij al dat naar *Nederlands* recht de werkgever kan ontkomen aan aansprakelijkheid als hij aantoont geen schuld te hebben. Wil dat betoog succesvol kunnen zijn, dan moet het verwezenlijkte (en het daaraan verwante) gevaar voor de werkgever niet kenbaar zijn geweest.[195] Het gaat hier dus om het verweer dat 'de stand van de techniek en de wetenschap' niet op een zodanig peil was dat de werkgever die gevaren had kunnen en behoren te kennen. Als die stand van de wetenschap inderdaad zodanig was dat de werkgever geen weet kon hebben van de gevaren, kan hij niet aansprakelijk gehouden worden. Dit 'verweer' kan voornamelijk ingeroepen worden bij beroepsziekten, met name bij ziekten met een lange incubatietijd, omdat de relatie tussen bepaalde werkzaamheden en ziekten in die gevallen vaak pas jaren later gelegd wordt. Met betrekking tot asbestziekten heeft dat de werkgevers echter niet mogen baten.[196]

Het aantonen van overmacht betekent bij werkgeversaansprakelijkheid hetzelfde als het uitsluiten van schuld, zodat overmacht hier geen zelfstandige betekenis heeft. De term is bij invoering van art. 7:658 BW dan ook vervallen.[197]

---

193 Brox 1991, Rdn. 157a.

194 Ik ga hier voorbij aan de regels van verjaring, hoewel een beroep op verjaring zeer effectief kan zijn, zeker in asbest-zaken (al is de termijn dan 30 jaar, zie HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen)). Het bewijsrisico ligt bij degene die zich erop beroept, zie Ktg. Middelburg 22 juli 1996, TMA 1996, p. 127 (Wijkhuisen/De Schelde); Pres. Rb. Utrecht 9 mei 1996, TMA 1996, p. 124 (Reijrink/Jongeneel); Ktg. Rotterdam 7 oktober 1997, JAR 1997, 238 (Van Veelen/RDM), bevestigd in Rb. Rotterdam 7 januari 1999, NJkort 1999, 24 (RDM/Van Veelen), met die kwalificatie dat er een 'aanvullende' stelplicht op de eiser rust (zo ook Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 56). Inmiddels is er een wetsvoorstel in de maak waarmee beoogd wordt de werking van de verjaringsregels ten gunste van onder andere asbestslachtoffers aan te passen, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 1-2, doch daarin niet zal slagen omdat de wijziging alleen voor toekomstige gevallen zal gelden (zie Van Dort, TMA 1999, p. 178; Duyvensz, NTBR 1999, p. 294-295; *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 4, p. 4, en nr. 5, p. 9). Zie verder over verjaring in asbestgevallen onder andere Spier, Oratie 1990, p. 23 e.v.; Van Dunné, TMA 1996, p. 17 e.v., en p. 116 e.v.; Hondius, Van Dunné-bundel 1997, p. 161 e.v.; Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 55-57; Van Dijk, A & V 1997, p. 78; Wachter, A & V 1997, p. 79-80; Swuste e.a., NJB 1997, p. 1160 en 1162-1163; Rutgers, TMA 1998, p. 136 e.v.; Dek, TMA 1998, p. 150 e.v.; de conclusie van A-G Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen), sub 3.1 e.v.; Hondius, NTBR 1998, p. 275; Klaassen, Arbeidsrecht 1999/4, p. 18-19; Hartlief, SR 1999, p. 165 e.v.; Tjittes, A & V 1999, p. 55 e.v.; Van Dort, TMA 1999, p. 177 e.v.; Duyvensz, NTBR 1999, p. 292 e.v.; Lindenbergh 2000, p. 99 e.v.; Bauw, A & V 2000, p. 9-10; Bier, VR 2000, p. 221 e.v.; Van Boom, A & V 2000, p. 55 e.v., en de conclusies van A-G Spier voor HR 31 maart 2000, NJ 2000, 431 nt. ARB (Rouwhof/Eternit) en HR 31 maart 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde), alsmede die arresten zelf.

195 Zie bijvoorbeeld Spier/Bolt 1996, p. 94.

196 Zie de asbest-rechtspraak genoemd in par. 3.1.

197 Zie bijvoorbeeld Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 497; Lindenbergh 2000, p. 31.

Art. 1638x OBW noemde als disculpatiemogelijkheid ook nog de grove schuld van de werknemer. Nadat te dien aanzien eerst was bepaald dat de schuld van de werknemer zo ernstig dient te zijn dat de tekortkoming van de werkgever daarbij in het niet valt, besliste de Hoge Raad vervolgens dat grove schuld gezien moet worden als 'opzet of bewuste roekeloosheid'.[198] Ten aanzien van die bewuste roekeloosheid werd daarna nog beslist dat daarvoor vereist is dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaande aan zijn gedraging daadwerkelijk bewust moet zijn geweest van het roekeloze karakter van zijn gedrag.[199] Het bewijsrisico ten aanzien hiervan rust op de werkgever.[200] Het aantonen van die opzet of bewuste roekeloosheid wordt hier aanzienlijk verzwaard, omdat de Hoge Raad van mening is dat bij het bepalen van de schuld van de werknemer rekening moet worden gehouden met het ervaringsfeit dat het dagelijks bezig zijn in gevaarlijke werkomstandigheden tot een geringere mate van voorzichtigheid zal leiden.[201]

Als de werknemer niet op zijn minst bewust roekeloos handelde, blijft de schadevergoedingsplicht van de werkgever volledig bestaan. Als wel daaraan voldaan is, vervalt de vergoedingsplicht echter geheel, althans wanneer de fout van de werknemer zodanig was dat de tekortkoming van de werkgever daarbij in het niet valt. De wederzijdse schuld wordt dus niet gewogen op basis van art. 6:101 BW.[202] De hier beschreven regels, zoals ontwikkeld onder art. 7:1638x OBW, blijven hun gelding behouden onder art. 7:658 BW. Bij de uitleg van art. 1638x OBW op dit punt werd immers geanticipeerd op (het ontwerp van) art. 7:658 BW.[203]

Naar *Engels* recht komen drie mogelijke 'defences' in aanmerking. Als eerste is er 'volenti non fit injuria', ofwel: datgene waarin je toestemt, kan geen schade brengen. De reikwijdte van dit verweer, dat niet in te roepen is als het om een 'breach of a statutory duty' gaat,[204] is overigens beperkt. Dat ligt onder andere hieraan dat de 'toestemming' gericht moet zijn geweest op het risico van 'negligence', en daarbij ook nog de volle wetenschap van het risico aanwezig moet zijn geweest. Een verdere beperking is dat het enkele doorgaan met werken bij

198 HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 nt. G.J.S. (Heesters/Schenkelaars), bevestigd in HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), respectievelijk HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 nt. PAS (Morsink/Nebem).

199 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert), bevestigd in HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips Lightning). Zie nader Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 10; Hartlief, Oratie 1997, p. 42-43.

200 Zie HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 nt. G.J.S. (Heesters/Schenkelaars), alsmede Bier 1988, p. 70; Bier, VR 1998, p. 2; Hartlief, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 499; Hoekzema 2000, p. 208, en Lindenbergh 2000, p. 66, en 68-69, die terecht aangeven dat dat bewijs nauwelijks te leveren is.

201 Zie onder andere HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 nt. G.J.S. (Heesters/Schenkelaars), en HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert).

202 Zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 nt. PAS (Sweegers Beton/Van den Hout), en bijvoorbeeld Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 4; Lindenbergh 2000, p. 62.

203 Expliciet HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 nt. PAS (Morsink/Nebem).

204 Charlesworth & Percy 1997, 11-49; Salmond & Heuston 1996, p. 255-256; Winfield & Jolowicz 1998, p. 264.

volledige bekendheid met de gevaren daarvan, niet gelijk staat aan toestemming geven. De 'consent' dient volledig bewezen te worden.[205]

De 'defence' van 'contributory negligence' geldt zowel bij de vordering op basis van 'negligence' als bij de vordering op basis van een 'breach of a statutory duty'.[206] Kort gezegd houdt 'contributory negligence' in dat de hoogte van de schadevergoeding bepaald wordt naar de mate van verantwoordelijkheid van beide partijen, als ten minste de werknemer ook onvoldoende 'reasonable care' in acht nam. Uiteindelijk gaat het dus om een causaliteitsvraag.[207] Daarbij is het niet opvolgen van een bevel *prima facie* bewijs van 'contributory negligence'. Hetzelfde geldt als de werknemer een op hem rustende 'statutory duty' veronachtzaamt.[208] Bij de 'breach of a statutory duty' is 'inadvertence' van de werknemer overigens niet voldoende om 'contributory negligence' aan te mogen nemen. 'Inadvertence' wordt wel omschreven als het niet opletten bij wat je aan het doen bent.[209] Net als in Nederland houdt de rechter rekening met een bepaalde mate van onvoorzichtigheid die te wijten is aan het feit dat de werkzaamheden dagelijks hetzelfde zijn.[210] Het bewijsrisico ten aanzien van 'contributory negligence' ligt bij de werkgever.[211]

Met betrekking tot de vordering op basis van een 'breach of a statutory duty' bestaat er veelal nog een derde 'defence'. Veel van de wettelijke regels maken namelijk het voorbehoud dat de werkgever alleen die maatregelen moet nemen die 'practicable' of 'reasonably practicable' zijn. Het bewijs dat een maatregel niet '(reasonably) practicable' is, dient de werkgever te leveren.[212] 'Practicable' betekent 'hetgeen gedaan kan worden', hetgeen waarschijnlijk een zwaardere norm is dan de normale 'negligence'-standaard. Dit is een objectieve maatstaf afhankelijk van de kennis op dat moment.[213] Als de regeling 'reasonably practicable' gebruikt, wordt de norm minder zwaar. Er wordt dan niet alleen gelet op de fysieke

205 Hierover Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 522-525, en Kiralfy 1987, p. 6 en 149-151.

206 Zie *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 730-731, en 739; Cane 1999, p. 79; Winfield & Jolowicz 1998, p. 264; Salmond & Heuston 1996, p. 256.

207 Zie *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 730; Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 506.

208 Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 512 en 516.

209 Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 509.

210 Zie ook Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 11-30, en *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 731 en 739.

211 *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 726 en 732; Fridman 1990, 16.20; Salmond & Heuston 1996, p. 257; Charlesworth & Percy 1997, 5-11.

212 *Caswell* v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722, op p. 726; *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons, Ltd.* [1968] A.C. 107; *Larner* v. *British Steel plc* [1993] 4 All ER 102, op p. 108; Charlesworth & Percy 1997, 11-47; Cane 1999, 79 en 80; Salmond & Heuston 1996, p. 255; Winfield & Jolowicz 1998, p. 262 en 273; Markesinis & Deakin 1999, p. 531.

213 Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 150-151.

mogelijkheden, maar ook op de moeite en de kosten die met de maatregel gepaard gaan.[214] Deze norm is te vergelijken met de 'negligence'-norm.[215]

Heeft de werkgever naar *Frans* recht nog een verweermiddel indien zijn 'faute intentionelle' of 'faute inexcusable' vaststaat? Overmacht zal in zo'n situatie nauwelijks nog een rol kunnen spelen. Er staat immers al vast dat er een zeer grove of opzettelijke fout is gemaakt. Bij een opzettelijke fout is overmacht uitgesloten, omdat hetgeen gewild werd, ook bereikt werd. Een eventuele eigen fout van de werknemer valt naast de opzet van de werkgever in het niet, zodat eigen schuld in dat geval niet ingeroepen kan worden. Als bij een 'faute inexcusable' een fout van de werknemer bijgedragen heeft aan de schade, hetgeen de werkgever dient te bewijzen, moet naar de regels van het commune aansprakelijkheidsrecht bekeken worden in welke mate beide partijen aansprakelijk zijn.[216]

Als naar *Duits* recht een beroep gedaan wordt op § 670 BGB ter vergoeding van zaaksschade, kan de werkgever ter disculpatie stellen en bewijzen dat hij een voorschot verstrekt heeft dat als dekking voor de kosten diende.[217] Een alternatief is het aantonen van 'Mitverschulden' van de werknemer. Dan moet dat 'Mitverschulden' echter wel zodanig zijn dat van grove onzorgvuldigheid of opzet sprake is.[218]

4 Bewijsrisicoverlichting?

In Nederland wordt het bewijsrisico van de werknemer ten aanzien van de zorgvuldigheid, de schuld en het causale verband aanmerkelijk verlicht. Als resultaat van een zich steeds verder uitbreidende stelplicht, is uiteindelijk ten aanzien van die vereisten door de wetgever, dan wel de rechtspraak, een (gedeeltelijke) bewijsrisico-omkering aanvaard. De Hoge Raad wil blijkbaar niet dat de negatieve gevolgen van een onmogelijke bewijsopdracht bij die werknemer terecht komen, ongeacht of een ongeval of ziekte de werknemer getroffen heeft.[219] Daardoor is art. 7:658 BW uitgegroeid tot een voor de werknemer gunstige norm.

Door het aansprakelijkheidsrecht uit te sluiten en alleen vergoeding van schade via het sociale zekerheidsrecht toe te staan, is in Frankrijk en Duitsland in principe hetzelfde bereikt, al is daar de vergoeding lager. Immers, voor een uitkering krachtens sociale zekerheid is niet vereist dat de werkgever onzorgvuldig handelde

214 Salmond & Heuston 1996, p. 255.
215 Cane 1999, p. 79 en 80; Markesinis & Deakin 1999, p. 348; Winfield & Jolowicz 1998, p. 273. Volgens Salmond & Heuston 1996, p. 255, is deze norm zwaarder. Zo ook Munkman/Hendy/Ford 1995, p. 151.
216 Zie Soc, 22 novembre 1990, D. 1991, 263 (note Saint-Jours).
217 Vergelijk Baumgärtel/Laumen 1991, § 670, Rdn. 1.
218 Zie BGH NJW 1984, 789. Vergelijk ook Reichold, NZA 1994, p. 493.
219 Zie met name HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I).

en wordt het causaliteitsvereiste ruimhartig benaderd. Zodra de relatie tussen het werk en het ongeval is aangetoond, is dat verband gegeven, tenzij de uitkerende instantie tegen(deel)bewijs levert. Hetzelfde geldt overigens in Nederland en Engeland bij uitkeringen op basis van de sociale zekerheidswetgeving.

Als een werknemer naar Engels recht probeert de schade te verhalen die niet via de sociale zekerheid gedekt wordt, ligt een en ander iets moeilijker. Het bewijsrisico rust immers volledig op de eiser.[220] Er wordt echter toch wel het nodige gedaan ten gunste van de werknemer. Zo worden bijvoorbeeld in bepaalde gevallen de feiten vrij snel bewezen geacht[221] en wordt het causaliteitsvereiste (materieelrechtelijk) ruim uitgelegd. Ook mag niet vergeten worden dat bij de schending van een wettelijke norm, het bewijs van de 'breach' veelal aanleiding is om de aansprakelijkheidsvraag verder 'strict' te benaderen. Dat het Engelse systeem niet al te ongunstig is voor de werknemer, blijkt ook al uit het feit dat de vordering tegen de werkgever zeer populair is.[222]

Met betrekking tot beroepsziekten dient er nog op gewezen te worden dat het gebruik van lijsten van ziekten in Engeland, Frankrijk en Duitsland van invloed is op de bewijsvoering. Die lijsten hebben een bewijsfunctie. Als de ziekte en de verrichte werkzaamheid op een lijst voorkomen, volgt daaruit dat het verband tussen die twee voorlopig gegeven is. Zo wordt de positie van de werknemer aanzienlijk verbeterd. Gevolg daarvan is ook dat in veel gevallen snel duidelijk wordt of een uitkering gerechtvaardigd is, waardoor procedures (en kosten) voorkomen worden. Wellicht is dit systeem ook bruikbaar in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Men zou de meest voorkomende arbeidsongevallen en beroepsziekten op lijsten kunnen zetten, deze kunnen combineren met bepaalde werkzaamheden en stoffen, en daaraan dezelfde bewijsrechtelijke gevolgen (een vermoeden ten gunste van de eiser) kunnen verbinden.[223]

---

220 Dat is op zich ook niet verwonderlijk aangezien de werknemer van een bestaansminimum verzekerd is. Daarom is het ook niet nodig om bij de 'restvorderingen' naar Duits en Frans recht de eiser tegemoet te komen. Zie verder hieromtrent par. 5.

221 Zie bijvoorbeeld *Bryce* v. *Swan Hunter Group* [1988] 1 All ER 659, waarover par. 3.3.

222 Winfield & Jolowicz 1998, p. 269.

223 Ten dele gebeurt dit al, zie art.1 lid 3 en de daarbij behorende bijlage van het Besluit aanspraken bij beroepsziekten van niet ingevolge de WAO verzekerden (Stb. 1967, 380). Zie ook Bier 1988, p. 49-50, en Lindenbergh 2000, p. 95. Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, waarover bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 11-12, zou een instantie kunnen zijn die deze taak zou kunnen vervullen. Een soortgelijk systeem stelde Van Maanen, NJB 1986, p. 1344, voor ten aanzien van het verband tussen een kernongeval en later optredende ziekten. Vergelijk ook Keating 1999, p. 35. Ook buiten het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid is dit een bruikbare methode, denk bijvoorbeeld aan de verkeersaansprakelijkheid. Een dergelijk systeem kent men al in Frankrijk als het gaat om regres tussen verzekeraars na een verkeersongeval. Voor diverse categorieën ongevallen zijn verdeelsleutels van aansprakelijkheid opgesteld. Zie verder De Haas/Hartlief 1996, p. 89 e.v.

5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

In deze slotparagraaf wordt de werkgeversaansprakelijkheid in een breder kader geplaatst en komen naast de bewijsrechtelijke ontwikkelingen ook de materieelrechtelijke ontwikkelingen en argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid aan bod. Die ontwikkelingen en argumenten lijken immers ook van invloed te zijn op de bewijsrisicoverdeling.[224] Ten eerste is hierbij van belang dat het algemeen aanvaard is dat een gewonde of zieke werknemer een vervangend inkomen moet ontvangen. De civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm is echter, zowel in Nederland als elders, zo geformuleerd dat het verkrijgen van schadevergoeding op het eerste gezicht niet eenvoudig is. De bewijsproblemen[225] die ontstaan bij het aantonen van de diverse elementen van die norm, zijn van dien aard dat het nodig is dat een alternatief gevonden wordt om het uitgangspunt van inkomensvervangende financiële middelen te kunnen bereiken. Sociale verzekeringen werden dan ook al vrij vroeg overal ingevoerd, al dan niet gekoppeld aan de uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid waarmee immers toch weinig te behalen viel.[226]

Zo ging het ook in Nederland totdat in 1967 de WAO ingevoerd werd ter vervanging van de Ongevallenwet.[227] De regel dat alleen de werkgever de premies betaalde, kwam te vervallen, en daarmee verviel ook de ratio voor uitsluiting van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Wat er daarna gebeurde, was dat een tweede alternatief (civielrechtelijke aansprakelijkheid) geïntroduceerd werd, terwijl het eerste alternatief (sociale zekerheid) nog gewoon gelding had. Financiële zekerheid voor de werknemer is immers ook te bereiken door de civielrechtelijke aansprakelijkheid niet uit te sluiten, maar deze zo te vormen dat dit een reële optie wordt voor de getroffen werknemer. Dat kan bijvoorbeeld bereikt worden door de bewijsrisicoverdeling te 'versoepelen'.[228] Twee alternatieve systemen worden in Nederland dus cumulatief gebruikt. In hoeverre dat onwenselijke gevolgen heeft, kan hier in het midden blijven.[229] Van belang is nu vooral dat door de bewijsverlichtingen het verkrijgen van volledige schadevergoeding in Nederland makkelijker is dan elders.

---

224 Zie over deze opzet par. IV.3.

225 Zie bijvoorbeeld Malaurie/Aynès 1996, no. 187; Kötz 1998, Rdn. 577; Radé 1997, no. 361-362; Scholten 1899, p. 14 e.v.; Gevers & Geers, NJB 1977, p. 955; Bier 1988, p. 47 en 49; Klosse, NJB 1993, p. 1608; Viney/Jourdain 1998, no. 629.

226 Bijvoorbeeld Gevers & Geers, NJB 1977, p. 952-953; Thévenet 1921, p. 178; Cane 1999, p. 273.

227 Zie daarover Asser-Hartkamp 4-I, nr. 487; Klosse, NJB 1993, p. 1610.

228 Er bestaan ook andere technieken om (een verzwaring van) aansprakelijkheid te bereiken, zoals bijvoorbeeld de introductie van een risico-aansprakelijkheid. Zie nader par. V.5, en par. XIV.3.2.7.

229 Dat deze koppeling van systemen wellicht ongewenste effecten heeft, wil immers niet zeggen dat het zo goed mogelijk opvangen van een zieke of gewonde werknemer onwenselijk zou zijn. Zie verder hierover Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1135 e.v.; Hartlief, Oratie 1997; Klosse, NJB 1993, p. 1608 e.v. Vergelijk ook Cane 1999, p. 80.

Een dergelijke tegemoetkoming aan de slachtoffers dient echter wel gerechtvaardigd te kunnen worden. De Hoge Raad wijst als reden voor het verzwaren van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever op de strekking van de toepasselijke norm die gericht is op de bescherming van de werknemer tegen de gevaren van zijn arbeid. Het gaat hier derhalve om slachtofferbescherming[230] en gevaarzetting.[231] De gedachte van gevaarzetting leidt al snel naar een derde argument, namelijk het feit dat de werkgever in de beste positie verkeert om preventieve maatregelen te nemen teneinde bepaalde gevaren te voorkomen.[232] De werkgever kan immers aanwijzingen geven en bepaalde handelingen verbieden.[233] Op zichzelf is de preventie-gedachte overigens niet voldoende sterk als fundament voor een verzwaarde civielrechtelijke aansprakelijkheid, want die preventie kan ook, en wellicht zelfs beter, bereikt worden door de strafrechtelijke handhaving te verscherpen. Bovendien brengen bepaalde werkzaamheden nu eenmaal altijd gevaren met zich, zodat preventie slechts tot op bepaalde hoogte bereikbaar is.[234]

Een volgende rechtvaardiging voor een verzwaarde aansprakelijkheid die ingeroepen wordt, betreft de verhouding tussen de werkgever en de werknemer, waarbij de werknemer een afhankelijke partij is.[235] De werkgever kan na een ongeval of bij ziekte van een werknemer gewoon doorgaan met zijn bedrijfsuitoefening en met winst maken. De getroffen werknemer kan dat niet. Daarbij aansluitend wordt dan nog gewezen worden op het profijtbeginsel.[236] Het betalen van

---

230 Zie hiervoor noot 8, en bijvoorbeeld Fluit, SR 2000, p. 44 en 75; Hoekzema 2000, p. 207; Lindenbergh 2000, p. 28.

231 Specifiek in die zin Fluit, SR 2000, p. 44 en 74, die ook nog op de aard van de schade wijst (op p. 44). Zo ook Lindenbergh 2000, p. 22.

232 Zie bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 1508; Schuster 1975, p. 116-117 en 138, en kritisch Fluit, SR 2000, p. 78. Daarbij aansluitend zou dan nog gesteld kunnen worden dat arbeidongevallen veelal plaatsvinden binnen het 'domein' van de werkgever, hetgeen hij kan controleren en waarvoor hij een zekere verantwoordelijkheid draagt, zie nader par. XIII.2.

233 Als tegenargument zou kunnen worden aangevoerd dat het juist de werknemer is die schade kan voorkomen door voorzichtig te werk te gaan. De ervaringsregel dat dagelijks hetzelfde werk verrichten de oplettendheid verminderd, staat daaraan echter in de weg.

234 Het verzekeren van een redelijke financiële positie voor de werknemer kan hier ook niet doorslaggevend zijn, want daarvoor bestaat immers (nog) de sociale zekerheid, hoewel de uitkeringen in dat kader lager worden. Dat terugtreden van de overheid maakt dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid steeds belangrijker wordt, zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2000, p. 2-3.

235 Vergelijk HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.), waarin ook op de mogelijkheid van zeggenschap gewezen wordt. Zie ook Kiralfy 1987, p. 6; Lindenbergh 2000, p. 6 en 28; Fluit, SR 2000, p. 45, en Gevers & Geers, NJB 1977, p. 952 en 956, die er tevens op wijzen dat de werknemer geen inzicht heeft in het productieproces zodat er sprake is van ongelijkheid in de informatieverdeling (p. 955 en 956). Zo ook Van Oostrum, AA 1974, p. 136-137; Bier 1988, p. 72; Princen 1990, p. 110; Arbeidsovereenkomst (Christe), art. 7:658, aant. 4; HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642 nt. PAS (Daalimpex/Heeringa).

236 Zie Van Dam 2000, nr. 1101 en 1508; Hoekzema 2000, p. 44 en 47; Klaassen, NTBR 1997, p. 109; Schuster 1975, p. 119, en Scholten 1899, p. 18-19 en 24, die er ook nog op wijst dat de werknemer geen controle kan uitoefenen (p. 19). In Duitsland en Frankrijk wordt dit argument gebruikt om de aansprakelijkheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever te beperken,

schadevergoeding aan gewonde of zieke werknemers behoort tot de lasten die de ondernemer dient te dragen als keerzijde van de lusten die hij heeft van die werknemers. Het zijn immers (mede) de werknemers die de onderneming in staat stellen om winst te maken.[237]

Ten aanzien van de causaliteitsvraag is nog van bijzonder gewicht dat zonder een bewijsrisico-omkering de schending van een veiligheidsnorm veelal zonder sanctie zou blijven, omdat in die gevallen het causale verband nauwelijks te bewijzen zal zijn. Om de effectiviteit van die normen te garanderen, is een bewijsrisico-omkering noodzakelijk.[238]

zie Larenz 1986, p. 329, en Viney/Jourdain 1998, no. 600. Het gegeven dat de werkgever in de regel verzekerd is, zal hier ook een rol spelen, zie bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 824; Lindenbergh 2000, p. 22 en 29. Dat argument zou echter in tegengestelde richting kunnen gaan werken als de verzekerbaarheid in de toekomst op de tocht zou komen te staan.

237 Verzwaring van aansprakelijkheid op dit terrein kan, zeker bij beroepsziekten, retroactieve werking hebben, zie bijvoorbeeld Hartlief/Geers/Faure 1995, p. 22-23. Het profijtbeginsel is bij uitstek geschikt om de onrechtvaardigheid die daarin schuilt, te counteren.

238 Zie Weinrib, MLR 1975, p. 529; Hart/Honoré 1985, p. 412-413; Van Dijk, A & V 1997, p. 76, en met name Akkermans 1997, p. 402, 404-405 en 420, die uiteindelijk tot een proportionele benadering komt, zie par 3.3.2. In deze richting ook nog Frenk, NJB 1995, p. 484 (via de preventiegedachte); Asser 1990, p. 53, en Van Oostrum, AA 1974, p. 137 (frustratie van rechten door informatiegebrek).

Productaansprakelijkheid

1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de aansprakelijkheid van producenten voor gebreken in de door hen in het verkeer gebrachte producten. Ter beoordeling van de aansprakelijkheid van de producent zijn er grofweg twee systemen van regelgeving in omloop. Naast de nationale regels van aansprakelijkheidsrecht is er de Europese richtlijn inzake productaansprakelijkheid uit 1985.[1] Beide stelsels staan naast elkaar omdat de richtlijn, blijkens art. 13, de bestaande nationale aansprakelijkheidsregels onverlet laat. Daarnaast blijft het nationale recht van belang omdat de richtlijn alleen geldt voor schade die zich nà de inwerkingtreding ervan voorgedaan heeft. Ook kan een beroep op de nationale regels worden gedaan indien een beroep op de richtlijn om andere redenen niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat bepaalde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Het 'onverlet' laten van de nationale regels door de richtlijn geldt overigens niet onbeperkt. Zo mag de nationale wetgever of rechter geen nieuwe (speciale) aansprakelijkheidsgrondslagen introduceren ten laste van de producenten. Belangrijker is echter dat de reeds bestaande grondslagen uit het nationale recht blijven bestaan én in hun toepassing gewijzigd mogen worden, zelfs als dat tot een verzwaring van de aansprakelijkheid van de producent leidt.[2] Mijns inziens zijn wijzigingen in de verdeling van het bewijsrisico ten opzichte van de situatie in 1985 dan ook acceptabel.[3] Ik kom daarop terug.

In het navolgende wordt eerst de richtlijn behandeld (par. 2). Daarna ga ik in op het nationale aansprakelijkheidsrecht, waarbij onderscheid gemaakt zal worden tussen contractuele aansprakelijkheid (par. 3) en buiten-contractuele aansprakelijkheid (par. 4). De reden hiervoor is dat de productaansprakelijkheid in sommige rechtsstelsels (ten dele) gebaseerd is op het contractenrecht. Na een samenvatting in paragraaf 5, sluit ik af met een, ook op het materiële recht gericht, overzicht van de argumenten voor (een verzwaarde) aansprakelijkheid en voor eventuele bewijsrisicoverlichtingen (par. 6).

---

1 Richtlijn 85/374/EEG; Pb EG, L 210/29 (hierna: de richtlijn).

2 Zie Dommering-van Rongen 1991, p. 52; Onrechtmatige Daad (Stolker), Afd. 6.3.3., Inleiding, aant. 6.1, en de daar aangehaalde literatuur; Palandt/Thomas 1995, ProdHaftG § 15, Rdn. 4 en 7; Ghestin, D. 1986, Chron. 136; Jolowicz, CLJ 1980, p. 265.

3 Zie par. 2.2, en Dommering-van Rongen 1991, p. 65, 285-287 en 309.

Alvorens hiermee aan te vangen, eerst nog een enkel woord over de aard van de aansprakelijkheidsregels op dit terrein. De aard van de richtlijn (risico-aansprakelijkheid, althans aansprakelijkheid zonder schuld[4]) blijkt duidelijk uit de preambule ervan. De redenen voor introductie van die risico-aansprakelijkheid waren: preventie, consumentenbescherming en een rechtvaardige toedeling van risico's.[5] De nationale regels zijn moeilijker onder één noemer te plaatsen. In de contractuele sfeer kunnen we spreken van een 'risico'-aansprakelijkheid, omdat de verkoper (en veelal de oorspronkelijke fabrikant) dient in te staan voor de kwaliteit van het door hem verkochte. Indien teruggegrepen wordt op de delictuele aansprakelijkheid, komt de normale, op 'schuld' gebaseerde aansprakelijkheid in beeld.

2 Europees privaatrecht: de Europese richtlijn

2.1 Inleiding

De Europese richtlijn inzake productaansprakelijkheid is zowel in *Engeland*, *Duitsland*, *Nederland* als (uiteindelijk[6]) in *Frankrijk* omgezet in nationale wetgeving. De Consumer Protection Act 1987, de Produkthaftungsgesetz, de artt. 6:185-193 BW en de artt. 1386-1 tot en met 1386-18 Cc getuigen daarvan. De bepalingen van die wettelijke regelingen wijken, uiteraard, in beginsel niet al te zeer af van de richtlijn. Ik zal in deze paragraaf dan ook van de richtlijn zelf en niet van de diverse nationale uitvoeringswetten uitgaan.[7]

---

4 Zie Klaassen 1991, p. 157; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 185, aant. 2; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 207; Princen 1990, p. 139; Marburger, AcP 1992, p. 14; Larenz/Canaris 1994, p. 643-644; Westerdijk 1995, p. 44; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 943 en 945-1; Cane 1997, p. 48; Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 59, en Graf von Westphalen 1999, § 71, Rdn. 2-10, die onderscheid maakt tussen risico-aansprakelijkheid en aansprakelijkheid onafhankelijk van schuld, waarbij het verschil is dat de eerste ook geen onrechtmatigheidsoordeel vergt (zie ook Arens, ZZP 1991, p. 126-127; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 441-442). De richtlijn zou een combinatie van beide zijn.

5 Vergelijk hierover onder andere Van Wassenaer van Catwijk 1991, p. 322 e.v., en Westerdijk 1995, p. 43. Ik ben voorbij gegaan aan de 'Europeesrechtelijke' doelen van de richtlijn, zoals tegengaan van concurrentievervalsing, omdat die doelen, gezien art. 13, niet volledig te bereiken zijn. Zolang de nationale regels die per land verschillen, toepasselijk blijven, zullen de daaruit voortvloeiende verschillen ook blijven bestaan, aldus ook Knottenbelt, NJB 1988, p. 1540.

6 In Frankrijk is de implementatie pas recentelijk voltooid (Loi no. 98-389 van 19 mei 1998, zie D. 1998, Lég. 184). Het was overigens wel al zo dat het Cour de Cassation de nationale regelgeving richtlijnconform interpreteerde. Daardoor werd al een bepaalde mate van overeenstemming bereikt met het Europese recht. Zie Jourdain, RTD Civ. 1989, p. 757, en RTD Civ. 1992, p. 115; Tournafond, D. 1994, Somm. 238; Viney/Jourdain 1998, no. 785-1. Zie over de Franse wet onder andere Viney, D. 1998, Chron. 291 e.v.; Larroumet, D. 1998, Chron. 311 e.v.; Jourdain, Resp. Civ. et Ass. 1998, Chron. 16, p. 4-5; S. Taylor, ICLQ 1999, p. 419 e.v.; Leonhard, ZVglRWiss 1999, p. 101 e.v.

7 Ik ga niet in op eventuele toekomstige wijzigingen van de richtlijn omdat die nog te onzeker zijn, zie daarover verder het Groenboek Productaansprakelijkheid 1999.

2.2 *'Onrechtmatigheid': het gebrekkige product*

De producent is volgens de richtlijn aansprakelijk indien schade veroorzaakt is door een gebrek in zijn product (art. 1).[8] Het gebrek van het product kan gelegen zijn in een fabricage-, ontwerp- of instructiefout[9] en is aanwezig indien het product niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten (art. 6 lid 1). Het betreft hier een geobjectiveerd criterium.[10] Bij het bepalen van de gebrekkigheid van het product, dient op alle omstandigheden acht geslagen te worden. De richtlijn noemt in art. 6 met name de presentatie van het product, het redelijkerwijs te verwachten gebruik en het tijdstip waarop het product in het verkeer gebracht werd. Daarmee is de lijst echter verre van compleet.[11] Een omstandigheid die hier niet relevant is, betreft het feit dat later een beter product in het verkeer gebracht is. Men zou uit de aanwezigheid van het nieuwe product kunnen afleiden dat de vorige versie wellicht gebrekkig was. Art. 6 lid 2 van de richtlijn sluit die aanname expliciet uit, omdat anders het ontwikkelen van nieuwe producten te zeer geremd zou worden. Uit de artt. 1 en 6 van de richtlijn volgt dat de aansprakelijkheid niet afhankelijk is van (de mate van zorgvuldigheid van) het gedrag van de producent. Het gaat om het product en de eigenschappen van dat product.[12]

Het feit dat het product gebrekkig is, dient door de eiser bewezen te worden. Deze regel, die voortvloeit uit de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, is opgenomen in art. 4 van de richtlijn: 'De benadeelde moet de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade bewijzen.'[13] Dit artikel roept een aantal vragen op. Immers, waarom zou men in de richtlijn een bepaling

---

8 Inmiddels vallen landbouwproducten ook onder de richtlijn, zie Richtlijn 1999/34/EG; Pb EG, L 141/20 van 10 mei 1999, en voor Nederland, *Kamerstukken II* 1999/00, 27.051, nr. 1-2. Andere wijzigingsvoorstellen (zie Frenk, TvC 1998, p. 305 e.v.) werden vooralsnog niet doorgevoerd.

9 Over die vormen bijvoorbeeld Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 59-60; Kötz 1998, Rdn. 435-437; Deutsch 1995, Rdn. 285 e.v., en Rinderknecht 1993, p. 608; Schut 1997, p. 130. In Duitsland kent men ook nog de 'Produktbeobachtungspflicht' en de 'Befunderhebungspflicht', zie onder andere Wieckhorst, VersR 1995, p. 1005-1006.

10 Mandigers, JUVAT-Bundel 1991, p. 8; Dommering-van Rongen 1991, p. 154; Viney/Jourdain 1998, no. 774; Leveneur, Petites Affiches 1998, no. 155, p. 29.

11 Dommering-van Rongen 1991, p. 158, noemt onder andere ook nog de voordelen van het product, de ernst van het gevaar, de waarschijnlijkheid van het gevaar, de mogelijke alternatieven en hun bezwaarlijkheid, en de kenbaarheid van het gevaar. Zie ook Wieckhorst, VersR 1995, p. 1011 e.v. Een bloedproduct dat niet HIV-vrij is, is bijvoorbeeld gebrekkig, zie Rb. Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621 (S./Sanquin).

12 Zie Newdick, CLJ 1988, p. 455; Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 59; Viney/Jourdain 1998, no. 770.

13 In Nederland opgenomen in art. 6:188 BW. Aan het in deze bepaling neergelegde principe kan niet getornd worden, aldus het Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 19 en 20. Wel kan de praktische toepassing ervan wellicht gewijzigd worden, *ibid.*, p. 20, waar ook de eventuele mogelijkheden daartoe (vermoeden, bewijskracht vastleggen, aanvullende stelplicht, deskundigenonderzoek op kosten van producent) genoemd worden (op p. 20-21). De Nederlandse regering heeft zich niet uitgesproken over de wenselijkheid van een wijziging van de richtlijn op dit punt, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 22.112, nr. 134, p. 5.

opnemen die niets verandert of toevoegt aan het bestaande recht in de diverse Lid-Staten?[14] Is dan wellicht een wijziging van dat bestaande recht beoogd? Meer specifiek luidt de eerste vraag of art. 4 van de richtlijn de al *bestaande* nationale uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling 'verbiedt'.

Op basis van art. 13 van de richtlijn wordt duidelijk dat zulks niet bedoeld is. De bestaande nationale regels blijven immers na de introductie van de richtlijn gewoon gelden, aldus dat artikel. Onder die bestaande regels zullen ook de regels van bewijsrisicoverdeling vallen. Dat betekent naar Nederlands recht bijvoorbeeld dat de bewijsrisico-omkering van art. 6:99 BW ook in de toekomst toegepast kan worden als het nationale recht als grondslag van de vordering dient.[15]

De tweede vraag is of 'bewijsverlichtingen' toegestaan zijn bij een vordering die gebaseerd is op de (in nationale wetgeving omgezette) richtlijn. Van Wassenaer van Catwijk meent dat afwijken van art. 4 in zoverre is toegestaan dat vermoedens aangenomen mogen worden, maar dat de bewijsrisico-omkering uit den boze is.[16] Dat er met vermoedens gewerkt mag worden, is echter niet opzienbarend. Dat raakt immers de bewijsrisicoverdeling niet, maar betreft de bewijswaardering welke geheel aan de diverse nationale rechtsstelsels is overgelaten.[17] Van Wassenaer meent dus eigenlijk, net als Princen,[18] Westerdijk,[19] Hartkamp[20] en waarschijnlijk ook Asser,[21] dat uit art. 4 volgt dat bewijsrisico-omkeringen niet mogelijk zijn.[22]

---

14 Volgens bijvoorbeeld De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 33; Faber 1991, p. 402, en Asser 1992, p. 131, is de bepaling overbodig. Vergelijk ook Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 2, en Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 1.

15 Zie Schrage 1998, p. 79-80; Brunner in zijn noot (sub 2) onder het *Des*-arrest (HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, waarin beslist werd dat de regel van art. 6:99 BW ook al onder het oude recht gold); Asser 1992, p. 131; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 147, alsmede Dommering-van Rongen 1991, p. 309. Vergelijk ook Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 1; Tiedtke, PHi 1992, p. 139, en Katzenmeier, NJW 1997, p. 492. Volgens Kullmann, FS Steffen 1995, p. 252, is daarbij wel van belang dat dergelijke regels niet ingaan tegen de uitdrukkelijk in de richtlijn opgenomen regels. Die opvatting is echter niet te verenigen met art. 13.

16 Van Wassenaer van Catwijk 1991, p. 341.

17 Vergelijk Kullmann, FS Steffen 1995, p. 252-253; Rinderknecht 1993, p. 611, en Van Boom, A & V 1994, p. 47. Volgens Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211; Schut 1997, p. 131; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 4; Buchner, VersR 2000, p. 30; Rinderknecht 1993, p. 611; Asser 1992, p. 131; Arens, ZZP 1991, p. 127; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C IV, Rdn. 12; Princen 1990, p. 141, is het gebruik van vermoedens dan ook toegestaan.

18 Zie Princen 1990, p. 141.

19 Westerdijk 1995, p. 239, doch twijfelend in Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 65, alwaar zelfs een wijzigingsvoorstel met betrekking tot het bewijsrisico gedaan wordt.

20 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211.

21 Asser 1992, p. 131.

22 Dat lijkt ook het standpunt van de Europese Commissie te zijn, zie Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 20, en noot 13. In deze zin ook Mandigers, JUVAT-Bundel 1991, p. 5; De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 33 (die zulks betreurt), en *Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 7, p. 45 (Mijnbouwwet), alwaar gesteld wordt dat het bij amendement ingevoerde art. 6:188 BW bedoeld was ter *voorkoming* van een bewijsrisico-omkering. Zo ook Kullmann, FS Steffen 1995, p. 257, met betrekking tot de richtlijn.

Zulks zou overigens onverlet laten dat op de producent wel een aanvullende stelplicht komt te rusten, omdat ook dat de bewijsrisicoverdeling niet raakt.[23]

In Duitsland heeft de opname van dit artikel in de Produkthaftungsgesetz ertoe geleid dat als heersende leer geldt dat bij aanspraken op basis van die wet geen bewijsrisico-omkering mogelijk zou zijn.[24] Dat zal de Produkthaftungsgesetz niet populairder maken en daarmee de receptie van de richtlijn geen goede dienst bewijzen. Men zal dan immers op basis van het nationale recht blijven ageren, waardoor het effect van de richtlijn gering zal blijven.

In navolging van onder andere Dommering-van Rongen en Knottenbelt,[25] meen ik dat art. 4 niet zo strikt gelezen moet worden. Het zou mijns inziens niet zo mogen zijn dat een bewijsrisico-omkering niet langer toegestaan zou zijn. De reden daarvoor is eenvoudig: het bereiken van de doelen van de richtlijn, waaronder de consumenten-bescherming, zou anders goeddeels illusoir geworden zijn.[26] De Europese wetgever heeft geen verslechtering van de positie van de consument beoogd. Als afwijken van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling niet meer zou kunnen, is die verslechtering de facto echter wel gegeven, omdat de bewijslevering veelal zeer moeilijk is en alleen een tegemoetkoming in de bewijsrechtelijke sfeer de consument dan nog kan helpen. Het uitsluiten van een bepaalde mate van flexibiliteit met betrekking tot het bewijsrecht past dus niet in het stelsel en de doelen van de richtlijn.[27] Ook het beperken van de verschillen tussen de nationale regels, omdat die verschillen tot concurrentievervalsing leiden, wordt bij een andere opvatting niet bereikt. De bestaande nationale grondslagen voor aansprakelijkheid - die naast de richtlijn blijven bestaan - zullen immers de boventoon blijven voeren zolang op dat vlak wel bewijsrisico-omkeringen mogelijk zijn en blijven.

Art. 4 van de richtlijn is in mijn visie derhalve niet meer dan een (overbodige) herhaling van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, welke niet uitsluit dat de rechter in bepaalde gevallen het bewijsrisico verlicht. Totdat deze vraag beantwoord

---

23 Zie Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 4; Princen 1990, p. 141, en verder par. II.3.

24 Kullmann, FS Steffen 1995, p. 253; Arens, ZZP 1991, p. 127; Möllers 1996, p. 312; Palandt/Thomas 1995, ProdHaftG § 1, Rdn. 25; Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 1; Buchner, VersR 2000, p. 30. Anders: Tiedtke, FS Gernhuber 1993, p. 473, en dezelfde, PHi 1992, p. 139.

25 Dommering-van Rongen 1991, p. 65, 285-287 en 309; Knottenbelt 1991, p. 61. Zie ook Klaassen & Van Rossum, RM Themis 1994, p. 17 e.v.; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 2 en 4; Tiedtke, FS Gernhuber 1993, p. 473, en dezelfde, PHi 1992, p. 139. Ook Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 140; Spier, JUVAT-Bundel 1991, p. 85-86; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 148 en 143; Van Dam 2000, nr. 1306, en Van Empel/Ritsema 1991, p. 81, zitten mijns inziens op deze lijn. Terughoudend, maar wel in deze zin: Van Zant, Adv.bl. 1992, p. 572.

26 Vergelijk Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 143; Viney/Jourdain 1998, no. 775; Klaassen & Van Rossum, RM Themis 1994, p. 18, alsmede Westerdijk 1995, p. 43-44, die stelt dat interpretatie van de richtlijn met name zal moeten geschieden op basis van deze doelstelling. De mogelijkheid van het alsnog aanvaarden van een bewijsrisico-omkering wijst hij echter toch af (p. 239).

27 In die zin ook Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 148. Hierover kan echter anders gedacht worden. Men zou kunnen stellen dat 'de bewijsrechtelijke flexibiliteit' ingeruild is tegen de introductie van de risico-aansprakelijkheid. Voor het succes van de harmonisatie-poging zou dat echter onverstandig zijn, zie hierna.

wordt door het Europese Hof van Justitie, zal de onzekerheid echter blijven bestaan.[28] Wel is in elk geval duidelijk dat een tegemoetkoming in de bewijsvoering door middel van het gebruik van vermoedens is toegestaan. Het gaat dan immers om bewijswaardering, een onderwerp waarover de richtlijn zelf geen regels geeft.

Een derde en laatste vraag die in dit kader rijst, is of een verdere bewijsrechtelijke ontwikkeling van de al bestaande nationale aansprakelijkheidsgrondslagen nog mogelijk is. Gezien het voorgaande zal het niet verbazen dat ik die vraag positief beantwoord. Mijns inziens is het mogelijk dat de nationale wetgever of rechter het nationale recht verder ontwikkelt en verzwaart, in die zin dat bijvoorbeeld in bepaalde gevallen een bewijsrisico-omkering aanvaard wordt.[29] Art. 4 ziet immers alleen op de aansprakelijkheid gebaseerd op de richtlijn.

2.3 Schade

Ook de schade dient door de benadeelde gesteld en bewezen te worden, aldus art. 4 van de richtlijn.[30] De eventueel vergoedbare schade is krachtens art. 9 beperkt tot schade door dood en letsel en schade aan zaken die bestemd waren voor privégebruik en als zodanig ook daadwerkelijk gebruikt werden.[31] Zodoende is schade aan de gebrekkige zaak zelf uitgesloten. Dat voldaan is aan deze voorwaarden, dient, zoals gezegd, door de eiser aangetoond te worden.[32]

2.4 Causaal verband

De richtlijn vereist verder dat er causaal verband bestaat tussen het gebrek en de schade. Ten aanzien van het bewijsrisico op dat vlak komt opnieuw art. 4 in beeld: de eiser dient het causale verband te bewijzen. In lijn met hetgeen ik hiervoor verdedigde, zijn bewijsrisico-omkeringen mijns inziens toegestaan.[33] Gebrekkige producten zullen met regelmaat de veiligheid van de gebruiker in gevaar brengen; denk aan exploderende flessen, niet genezende medicijnen en weigerende

28 Zo ook Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 2; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211.

29 Zie noot 2 en 3; Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993), p. 277; Faber 1991, p. 405; Howells, Towards-bundel 1998, p. 457, en mijns inziens ook Spier, JUVAT-bundel 1991, p. 85-86, en Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 147. Anders: Westerdijk 1995, p. 66, en Kullmann, FS Steffen 1995, p. 252-253.

30 Zie Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 5; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C IV, Rdn. 16.

31 Naar Frans recht is het schadebegrip echter sterk verruimd ten opzichte van de richtlijn, zie bijvoorbeeld Terré-Simler-Lequette 1999, no. 945. Ik ga hier voorbij aan het in art. 9 genoemde bedrag van 500 Ecu en de discussie of dit een drempel of een minimumbedrag is. Voor de verdeling van het bewijsrisico is dit van geen belang. Of vergoeding van immateriële schade mogelijk is, is afhankelijk van het nationale recht, zie bijvoorbeeld Westerdijk 1995, p. 45. Een voorstel tot opname van immateriële schade in de richtlijn werd niet aanvaard, zie Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 30.

32 Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 19.

33 Zie ook Dommering-van Rongen 1991, p. 309; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 6.

remsystemen van auto's. De normen die in dit soort gevallen geschonden worden, zijn vergelijkbaar met de van andere terreinen bekende veiligheidsnormen. In principe is zelfs elk defect in de zin van de richtlijn een overtreding van een veiligheidsnorm, aangezien 'defect' gedefinieerd is als het niet voldoen aan de veiligheid die men van het product mag verwachten. Dat een veiligheidsnorm geschonden is, is van groot belang. In de rechtspraak in *Nederland* is immers bepaald dat indien door overtreding van de veiligheidsnorm het gevaar van schade verhoogd wordt en dat gevaar zich vervolgens verwezenlijkt, het causale verband, behoudens tegendeelbewijs, gegeven is.[34] In het *Engelse*,[35] het *Franse*[36] en het *Duitse*[37] recht wordt een soortgelijke regel ook wel toegepast, hoewel de regel in die landen minder op de voorgrond lijkt te treden.

Deze bewijsrisico-omkering is naar mijn mening ook toepasbaar op het 'Europese' productaansprakelijkheidsrecht, ongeacht hoe men denkt over de gevolgen van art. 4 van de richtlijn. Betoogd kan immers worden dat er bij de toepassing van deze regel vermoedens (*res ipsa loquitur*, 'Anscheinsbeweis') in het spel zijn en er dus geen omkering van het bewijsrisico aanvaard wordt.[38] Als een bepaalde handeling een bepaald risico in het leven roept of versterkt en het is juist dat risico dat zich later verwezenlijkt, zal niemand verwonderd opkijken als de rechter van een vermoeden uitgaat. Nu vermoedens niet tot een omkering van het bewijsrisico leiden,[39] vormt art. 4 van de richtlijn hierbij geen obstakel.[40] Ik moet toegeven dat het nogal een omweg is om een algemene regel in iedere concrete zaak als een concreet vermoeden te gebruiken, maar zolang de gevolgen van art. 4 onduidelijk blijven, zit er wellicht weinig anders op als men, zoals ik, tot dit resultaat zou willen komen.

Daarnaast dient hier alvast gewezen te worden op de bijzondere problemen die de vaststelling van het causaal verband met zich brengt bij instructiegebreken.

---

34 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a; Dommering-van Rongen 1991, p. 291-292. Zie ook par. 4.4 en par. IV.2.2.

35 Zie *McGhee* v. *National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008. Deze uitspraak werd toegepast in *Clark* v. *MacLennan* [1983] 1 All ER 416, maar in belangrijke mate 'overruled' in *Kay* v. *Ayshire and Arran Health Board* [1987] 2 All ER 417, en met name in *Wilsher* v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871. Zie verder Giesen 1999, p. 120-121, en par. IV.2.3 3 en par. VI.3.3.1.

36 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 12; Viney/Jourdain 1998, no. 363-369.

37 Zie BGH VersR 1972, 767; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 22. Zie hierover ook Deutsch, FS Larenz 1973, p. 885 e.v., met name p. 901.

38 Relevant in deze context is wellicht dat in Engeland in *Wilsher* v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871, werd gesteld dat de zaak *McGhee* v. *National Coal Board* ([1972] 3 All ER 1008) louter een vermoeden ten aanzien van het causale verband betrof, en dat de aanname daarvan geoorloofd was.

39 Zie par. II.5.

40 De toepassing door de Hoge Raad van de hier besproken regel lijkt mijns inziens echter meer op een omkering van het bewijsrisico. Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), de bespreking van dat arrest in Giesen 1999, p. 66 e.v., en in par. IV.2.2., alsmede HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), r.o. 3.5, en de conclusie van Hartkamp voor dat arrest (sub 11), die 'tegendeelbewijs' vereist.

Bepaalde producten moeten op een bepaalde wijze gebruikt worden, omdat ze anders een gevaar opleveren. Over de juiste wijze van gebruik dient dan informatie verschaft te worden. De bijsluiter bij medicijnen is een voorbeeld daarvan. Indien zulke informatie niet verstrekt is, is het product gebrekkig. Het bewijs van het causale verband levert dan echter problemen op. Immers, of de waarschuwing gevolgd zou zijn door het slachtoffer indien de informatie wel (volledig) verstrekt zou zijn, is vrijwel nooit met zekerheid te zeggen. Als het bewijsrisico dan onverkort op de eiser rust, zoals uit art. 4 van de richtlijn volgt, verliest dit soort acties vrijwel alle betekenis, omdat de bewijslevering vaak niet rond te krijgen zal zijn. Nu dit probleem ook speelt bij de vorderingen op basis van het nationale recht, zal ik hierop later nader ingaan.[41]

Een onderdeel van het causaliteitsvereiste is tenslotte nog dat de eiser bewijst dat het product afkomstig is van de gedaagde.[42] Dat dit problematisch kan zijn, bewijst de Des-problematiek. In dat geval was niet meer precies te bepalen welke moeder van welke producent Des verkregen had. In zo'n geval treden naar Nederlands recht de regels van alternatieve causaliteit in werking:[43] iedere producent is in rechte aan te spreken, ongeacht of in elk individueel geval bewezen kan worden van welke producent het middel afkomstig was.[44]

2.5 Toerekening (schuld)

Schuld in de zin van verwijtbaarheid lijkt in principe niet van belang te zijn onder het regime van de richtlijn. Het gaat om de staat van het product, niet om het handelen van de producent. Bewijs van schuld of onschuld, door wie dan ook te leveren, zou dan ook overbodig zijn.[45] In de literatuur is echter de vraag opgeworpen of dat uitgangspunt wel volledig doorgevoerd is. Zo stelt Newdick bijvoorbeeld dat de implementatie in de Consumer Protection Act 1987 van de 'development risk defence' uit art. 7 (e) van de richtlijn, ertoe leidt dat de producent

41 Zie par. 3.4 en 4.4.

42 Dommering-van Rongen 1991, p. 284; Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 2; Buchner, VersR 2000, p. 30 en 31; Arens, ZZP 1991, p. 128; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C IV, Rdn. 13.

43 In Nederland art. 6:99 BW en HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des). Voorzichtigheid is echter geboden ten aanzien van de vraag of dat artikel ook van toepassing is op de richtlijn-aansprakelijkheid (Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 188, aant. 7, en Van Zant, Adv.bl. 1992, p. 572). Mijns inziens is die toepassing mogelijk, zie par. 2.2, en Dommering-van Rongen 1991, p. 309. Zo ook Markesinis/Deakin 1999, p. 593, ten aanzien van marktaandeelaansprakelijkheid, doch anders Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C IV, Rdn. 14 ten aanzien van § 830 BGB.

44 Zie over art. 6:99 BW verder par. 4.4. Voor zover art. 6:99 BW niet toepasbaar zou zijn op basis van art. 4 van de richtlijn, zou op dit vlak wellicht een aanvullende stelplicht ten laste van de producent aangenomen kunnen worden, vergelijk Tuinstra, KwNBW 1990, p. 76-77.

45 Zie bijvoorbeeld Mandigers, JUVAT-Bundel 1991, p. 5; Faber 1991, p. 401; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 139; Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 59; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 185, aant. 2; Baumgärtel/Bülow 1999, ProdukthaftRiL, Rdn. 1; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 441; Marburger, AcP 1992, p. 5.

niet aansprakelijk is 'when he has not been negligent in failing to discover the defect.' Daarmee zou een 'negligence'-standaard ingevoerd zijn en zou de door de richtlijn uitgesloten schuldaansprakelijkheid toch weer binnengehaald zijn.[46]

Deze redenering kan niet (meer) opzij gezet worden door te wijzen op de wellicht onjuiste manier van implementatie van die 'defence' door de Britse wetgever. Het Europese Hof heeft immers bepaald dat de Engelse wijze van implementatie door de beugel kan.[47] Daarbij werd aangegeven dat dit verweer van de objectieve stand van de wetenschap en techniek uitgaat, en niet van de subjectieve kennis van een bepaalde producent,[48] zodat de vrees voor introductie van elementen van 'verwijtbaarheid' wellicht niet geheel terecht is. Ik wijs er tevens nog op dat als de richtlijn inderdaad langs deze weg een 'verborgen' schuldvereiste bevat, de eiser dan nog altijd van een gunstige bewijsrisicoverdeling met betrekking tot het ontwikkelingsrisico profiteert.[49]

2.6 Disculpatie

De richtlijn kent een aantal mogelijkheden voor de producent om zich te disculperen. Gemeenschappelijk daaraan is dat de producent het bewijs dient te leveren.[50] Dit is in overeenstemming met de in de diverse rechtsstelsels geldende hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Van de mogelijkheden tot disculpatie die open staan voor de producent, kunnen bijvoorbeeld genoemd worden: hij heeft het product niet in het verkeer gebracht; het gebrek bestond niet toen het product in het verkeer gebracht werd of het is later ontstaan; het gebrek is gelegen in het moeten voldoen aan dwingende[51] overheidsvoorschriften met betrekking tot het product; het was op grond van de stand van de techniek en wetenschap op het tijdstip van het in verkeer brengen niet mogelijk het bestaan van het gebrek te ontdekken; de schade is mede of geheel veroorzaakt door het slachtoffer; de

46 Zie Newdick, CLJ 1988, p. 460, en dezelfde, LQR 1985, p. 404. Vergelijk hierover verder onder andere Spier, JUVAT-bundel 1991, p. 82; Deutsch 1995, Rdn. 296; Howells, Towards-bundel 1998, p. 452-454; Nieuwenhuis, CRBS-bundel 1999, p. 54 en 58; Van Dam 2000, nr. 1002; Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 64 en 65; Zweigert & Kötz 1998, p. 675 en 678; Kötz 1998, Rdn. 461; Mildred & Howells, MLR 1998, p. 571; Viney, D. 1998, Chron. 296; Revel, RTD Com. 1999, p. 324; Goldberg 1999, p. 239-241 en 242; Cane 1999, p. 85-86; Charlesworth & Percy 1997, 14-35.

47 Zie EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

48 Zie EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 27.

49 Vergelijk Goldberg 1999, p. 240-241; Markesinis/Deakin 1999, p. 573 en 592; Charlesworth & Percy 1997, 14-35. Het bewijsrisico ten aanzien van dit verweer rust immers op de producent, zie EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 24 en 34, en par. 2.6.

50 Zie bijvoorbeeld EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 24; Ghestin, D. 1986, Chron. 137; Asser 1992, p. 131; Westerdijk 1995, p. 44; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 185, aant. 3.

51 Als het in uitzonderingsgevallen mogelijk is van een voorschrift af te wijken, is dat voorschrift echter niet dwingend, aldus Rb. Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621 (S./Sanquin), r.o. 9.

verjaringstermijn van drie jaar of de vervaltermijn van tien jaar is verstreken. Dit alles is geregeld in de artt. 7, 8 lid 2, 9, 10 en 11 van de richtlijn.[52]

Opvallend hierbij is dat de producent dient aan te tonen dat het gebrek pas nà het in het verkeer brengen is ontstaan.[53] Het zou geen verwondering hebben gewekt indien de eiser het bewijsrisico te dien aanzien zou hebben gedragen. Dat zou op dat moment immers geen afwijking van de bestaande nationale regels hebben betekent.[54] Die afwijking is echter wel aanvaard en zodoende wordt het bewijsrisico voor de gelaedeerde aanzienlijk verlicht.[55] Deze oplossing is mijns inziens te billijken, want het is voor het slachtoffer zeer moeilijk om aan te tonen op welk moment een gebrek ontstaan is. De producent zal in elk geval ten aanzien van het productieproces gegevens voorhanden (moeten) hebben,[56] en dus in elk geval op dat punt beter in staat (moeten) zijn om het bewijs te leveren, hoewel niemand zal betwisten dat de bewijslevering ook voor de producent moeilijk zal zijn.

Het verweer dat het gebrek niet ontdekt kon worden op basis van de (toenmalige) stand van de wetenschap en de techniek (het ontwikkelingsrisico-verweer),[57] heeft betrekking op het meest geavanceerde niveau van kennis dat beschikbaar was. De subjectieve kennis van de producent is niet beslissend. Het gaat om de objectieve stand van die kennis.[58] Daarbij is wel noodzakelijk dat die kennis beschikbaar was ten tijde van het in het verkeer brengen van het product.[59]

---

52 Overmacht wordt niet aanvaard als disculpatiegrond. De richtlijn voert immers een risico-aansprakelijkheid in die van het onrechtmatigheidsvereiste abstraheert. Een beroep op overmacht, dat betrekking heeft op die onrechtmatigheid, past daarin niet, aldus Dommering-van Rongen 1991, p. 194. Zo ook Faber 1991, p. 400, noot 21, en Van Wassenaer van Catwijk 1991a, p. 17. Anders: Larenz/Canaris 1994, p. 648; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 31. Zie ook par. 3.6.

53 Zie Van Dam 2000, nr. 1306; Baumgärtel/Bülow 1999, ProdukthaftRiL, Rdn.2; Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 5; Arens, ZZP 1991, p. 128. Volgens art. 7 sub b van de Richtlijn volstaat het om de feiten aannemelijk te maken; dat is een lichtere vorm van bewijslevering, zie Baumgärtel/Bülow 1999, Beweismaß, Rdn.2; Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 8; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 86h; Asser 1992, p. 131; Arens, ZZP 1991, p. 131, en par. II.4.

54 Zulks komt in par. 4 nog aan bod. Zie verder bijvoorbeeld Arens, ZZP 1991, p. 128; Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 430; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 24.

55 Vergelijk hierover ook Mazeaud, Petites Affiches 1998, no. 155, p. 17, die hierin het grootste bewijsprobleem voor de eiser ziet. In die zin ook Huet 1996, no. 11334 en 11424.

56 Zie Dommering-van Rongen 1991, p. 204-207; Graf von Westphalen 1999, § 81, Rdn. 7; Arens, ZZP 1991, p. 129. De producent behoort bijvoorbeeld te weten wanneer een product gereed is gekomen en wanneer het product de fabriek verlaten heeft. Dat zou uit diens administratie moeten blijken of anderszins te achterhalen moeten zijn.

57 Zie uitvoerig Goldberg 1999, p. 224 e.v.; Berg, JCP 1996, éd. G., I, 3945, p. 272 e.v.; Onrechtmatige Daad (Stolker), art. 185, aant. 8, en verder Van Dam 2000, nr. 1306. Ook bewijs te dien aanzien zal overigens moeilijk te leveren zijn.

58 EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 26 en 27, waarover Hodges, MLR 1998, p. 560 e.v. Zulks sluit nauw aan bij de 'ideale Hersteller' van Larenz/Canaris 1994, p. 645-646. Gevolg is dat het verweer niet snel zal slagen, aldus Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 22; Frenk, TvC 1998, p. 307; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 140; Van Slooten, AA 1992, p. 241, en De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 24, doch anders Howells, Towards-bundel 1998, p. 453, en Rb. Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621 (S./Sanquin). Onderzocht wordt of het wenselijk is dit verweer te schrappen, zie Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 22-24.

59 EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 28.

De Rechtbank Amsterdam lijkt op dit vlak een minder stringent criterium te hanteren. Indien een nieuwe bloedtest bewerkelijk en ingewikkeld uit te voeren is, terwijl deze nog niet goedgekeurd is en nog niet voor invoering gereed is, is het voor de leverancier van bloedproducten 'praktisch gesproken' niet mogelijk en, derhalve niet van hem te vergen, dat die test gebruikt wordt.[60] De rechtbank vereist hier mijns inziens dus niet dat de meest geavanceerde kennis die toegankelijk is, gebruikt wordt, terwijl ook praktische overwegingen van belang blijken. Het Bundesgerichtshof heeft de toepassing van het ontwikkelingsrisico-verweer inmiddels beperkt tot de categorie van de ontwerpfouten. Met name bij fabricagefouten is een beroep op dit verweer uitgesloten, omdat de bepaling nu juist ziet op ontwikkelingsrisico's. Deze kunnen zich alleen bij ontwerpfouten voordoen.[61]

3 Nationaal privaatrecht: overeenkomstenrecht

3.1 Inleiding

Producten worden verkocht. De contractuele kant van de productaansprakelijkheid is daarmee gegeven. Als een product niet voldoet aan de kwaliteitseisen, kan de koper de verkoper aanspreken. Het is dan ook niet vreemd dat de productaansprakelijkheid zich oorspronkelijk via het contractuele aansprakelijkheidsrecht heeft ontwikkeld. Problemen ontstonden echter toen men zich realiseerde dat er ook nog zoiets bestond als de benadeelde 'derde'. Een product kan immers ook een toevallige gast schaden. Er is dan geen sprake van een contractuele relatie. Soortgelijke problemen rezen doordat de distributieketens langer werden. Men koopt niet meer bij de producent, maar bij de detaillist. Van een overeenkomst tussen producent en gelaedeerde is dan ook geen sprake.[62]

Een mogelijke oplossing voor deze problemen is in twee richtingen te zoeken. De contractuele band kan zodanig aangepast worden dat de derde daarbij betrokken wordt en de tussenschakel wegvalt.[63] Een tweede oplossing is gelegen in de toepassing van het delictuele aansprakelijkheidsrecht. Beide oplossingen zullen in deze paragraaf (overeenkomst) en in paragraaf 4 (onrechtmatige daad) de revue passeren.

In deze paragraaf blijft het *Nederlandse* recht buiten beschouwing. Als een producent naar Nederlands recht aangesproken wordt, gebeurt dat over het algemeen op basis van de regels van onrechtmatige daadsrecht.[64] De wanprestatie

60 Zie Rb. Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621 (S./Sanquin), r.o. 11.
61 Zie BGH NJW 1995, 2162; Groß, VersR 1996, p. 661; Marburger, AcP 1992, p. 10-11.
62 Zie over het voorgaande ook Zweigert & Kötz 1998, p. 671-672, en Kötz 1998, Rdn. 438.
63 Zeer kritisch ('nicht tragfähig') over deze oplossing is Von Bar 1999, Rdn. 274.
64 Vergelijk Schut 1974, nr. 127; Mandigers, JUVAT-Bundel 1991, p. 3, en Schut 1997, p. 124.

die is gelegen in het leveren van een gebrekkig product, vormt veelal ook een onrechtmatige daad, omdat over het algemeen niet alleen de verkochte zaak beschadigd wordt, maar er ook letselschade of schade aan andere zaken ontstaan is. Het handelen van de verkoper kan dan niet gezien worden als louter een schending van een verbintenis uit overeenkomst. Dat heeft tot gevolg dat ook de vordering uit onrechtmatige daad openstaat.[65]

3.2 Tekortkoming[66]

Naar *Engels* recht is een contractuele vordering tot schadevergoeding mogelijk voor diegene die het defecte product kocht van de producent. Hij kan ageren op basis van een 'breach of contract'. Degene die niet in een directe contractuele relatie staat tot de producent, kan dat niet. Dit volgt uit de notie van 'privity of contract'. Het 'privity'-vereiste beperkt de mogelijkheid van contractuele aansprakelijkheid tot de relatie tussen de daadwerkelijke verkoper en koper.[67] Indien het product gekocht werd bij een tussenschakel, kan derhalve alleen de tussenschakel aangesproken worden.

Aansprakelijkheid op basis van 'breach of contract' is 'strict': de koopovereenkomst impliceert een garantie ('implied term') dat de goederen geschikt zijn voor het beoogde doel en dat ze van 'satisfactory quality' zijn. Indien een partij schade lijdt door toedoen van een product, is die garantie geschonden en is de professionele verkoper aansprakelijk.[68] Sections 13,14(2), 14(3) en 15(2) van de Sale of Goods Act codificeren dienaangaande de regels van 'Common law'. De eiser dient aan te tonen dat het product niet de vereiste kwaliteit had, hetgeen veelal niet moeilijk zal zijn. Het doet er dan verder niet toe of de verkoper verwijtbaar gehandeld heeft en of hij de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen heeft.[69]

Het *Franse* recht inzake de aansprakelijkheid voor defecte producten rust voor een groot deel op het (koop)overeenkomstenrecht. De reden hiervoor is dat naar Frans recht de contractuele band niet beperkt is tot de beide partijen bij de

---

65 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 9 en 201, en recentelijk HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 nt. PAS (Pratt & Whitney/Franssen). De vordering op basis van wanprestatie is exclusief als alleen het gekochte goed beschadigd is (transactieschade), maar dat is zeldzaam, zie Schut 1974, nr. 127, en Schut 1997, p. 124. Dan is art. 7:17 BW van toepassing, vergelijk daarover Asser-Hijma 5-I, nr. 325 e.v.

66 Ik kan en zal in het navolgende niet uitputtend ingaan op de aansprakelijkheid op basis van het overeenkomstenrecht. Dat zou een boek op zich vergen.

67 Atiyah/Adams 1995, p. 229, en Markesinis/Deakin 1999, p. 558 en 579. Dat laat onverlet dat samenloop met een vordering op basis van 'negligence' (zie par. 4) mogelijk is, zie Charlesworth & Percy 1997, 14-82; Markesinis/Deakin 1999, p. 559.

68 Treitel 1999, p. 779; Chitty (Guest & Harris) 1994, 41-070 en 41-074; Markesinis/Deakin 1999, p. 558, 563, 579 en 586; Winfield & Jolowicz 1998, p. 326; Charlesworth & Percy 1997, 14-03, 14-41 en 14-44; Cane 1999, p. 81; Taylor, ICLQ 1999, p. 424.

69 Atiyah/Adams 1995, p. 114 e.v. en p. 223; Treitel 1999, p. 779; Chitty (Guest & Harris) 1994, 41-074; Salmond & Heuston 1996, p. 293; Charlesworth & Percy 1997, 14-44; Cane 1999, p. 81.

overeenkomst. Iedere opvolgende koper, tot en met de uiteindelijke consument, heeft niet alleen een vordering op zijn directe wederpartij, maar ook een vordering op de producent (de 'action directe').[70] Dit blijft overigens een contractuele vordering.[71] Nu iedere gedaagde zijn voorganger in de distributieketen in vrijwaring kan oproepen, is het om proceseconomische redenen wenselijk dat de tussenschakels worden overgeslagen, zodat men meteen terecht komt bij diegene die uiteindelijk de kosten zou moeten dragen, de producent.

De vraag is dan welke vorderingen eventueel tot aansprakelijkheid van de producent kunnen leiden. Als eerste is dat de vordering op basis van de 'garantie des vices cachés' (art. 1641 e.v. Cc). Als een product een verborgen gebrek heeft, is de verkoper of fabrikant daarvoor aansprakelijk. Een product is gebrekkig indien er een 'défaut' aanwezig is waardoor de zaak niet geschikt is voor het gebruik waarvoor deze bedoeld was.[72] Een gebrek is bijvoorbeeld aanwezig indien iets niet langer eetbaar is vanwege bacteriën, bij excessieve vibraties van een auto of bij een defecte oliepomp in een auto.[73] De koper moet bewijzen dat de zaak met het gebrek dezelfde is als de zaak die de verkoper aan hem leverde of die de fabrikant maakte, en dat de zaak inderdaad een defect had.[74] Dat laatste vereiste wordt tegenwoordig overigens soepel gehanteerd. Ten opzichte van een professionele wederpartij volstaat het bewijs van afwezigheid van andere mogelijke oorzaken voor de geleden schade.[75]

Verder is vereist dat het gebrek verborgen was; de koper mocht er dus geen weet van hebben. Het bewijsrisico dienaangaande rust op de verkoper. Deze dient aan te tonen dat het gebrek bekend was, bijvoorbeeld omdat hij daarover mededelingen gedaan had.[76] Op de koper rust overigens ook een onderzoeksplicht. Hij dient al datgene te doen wat een gemiddelde koper in dezelfde omstandigheden

---

70 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-1, no. 59, en Fasc. 463-3, no. 32; Ghestin/Jamin/Billiau 1994, no. 792-793; Huet 1996, no. 11343; Viney/Jourdain 1998, no. 750 en 764; Lambert-Faivre 1996, no. 678.

71 Zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 9 oktobre 1979, RTD Civ. 1980, 354 (obs. Durry), waarover ook Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 832. Zie ook Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3853, p. 264; Lambert-Faivre 1996, no. 678; Huet 1996, no. 11296. Op basis van het Franse principe van 'non-cumul des responsabilités' is dan meteen de delictuele aansprakelijkheid uitgesloten.

72 Zie bijvoorbeeld Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2874; Huet 1996, no. 11317.

73 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-1, no. 11.

74 Bénabent, D. 1994, Chron. 115; Huet 1996, no. 11317 en 11337; De Courreges 1997, p. 144; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 12, Fasc. 436-2, no. 20; Viney/Jourdain 1998, no. 758 en 762-1. Bewijs door vermoedens is mogelijk, zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 15 juillet 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 337.

75 Zie Civ. 1re, 2 décembre 1992, D. 1993, Somm. 241 (note Tournafond); Civ. 1re, 5 novembre 1996, D. 1997, Somm. 348 (note Tournafond); Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 6; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2883; De Courreges 1997, p. 145; Huet 1996, no. 11338, en J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 20.

76 Huet 1996, no. 11325 e.v., en met name 11333; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 16, en Fasc. 366-1, no. 22.

gedaan zou hebben. Zo moet de koper van een auto een proefrit maken. Hij is echter niet verplicht de auto (deels) te demonteren om eventuele gebreken op te sporen.[77]

Naast het gebrek en het verborgen karakter daarvan, is nog vereist dat het gebrek reeds bestond voor de verkoop. Het bewijs daarvan dient de koper te leveren.[78] Daaruit volgt dat indien niet komt vast te staan op welk tijdstip het gebrek zijn intrede deed, de koper met lege handen achterblijft. Tot slot dient de vordering binnen een korte termijn ('bref delai') ingesteld te worden (art. 1648 Cc).[79]

Ook een vordering wegens 'non-conformité' van de geleverde zaak kan als een mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid van de verkoper dienen.[80] Dit is een vordering op basis van de koopovereenkomst die is geregeld in de artt. 1604 e.v. Cc. De plicht tot afgifte van de zaak conform de overeenkomst rust zowel op de producent als de professionele verkoper. Ook hier staat de 'action directe' open. De eiser dient in principe een 'faute' van de wederpartij te bewijzen. Tegenwoordig wordt echter erkend dat het enkele leveren van een defect product voldoende is om een fout van de fabrikant aan te kunnen nemen.[81] Op de producent rust een resultaatsverbintenis[82] met betrekking tot de kwaliteit van de producten die hij in het verkeer brengt.[83] Daarnaast is nog vereist dat het gebrek al bestond voordat het product geleverd werd, hetgeen de eiser dient te bewijzen.[84]

Het onderscheid van deze vordering ten opzichte van de vordering op basis van een 'vice caché' is lastig te maken, maar wel van belang omdat de eiser geen vrije keuze heeft.[85] Veelal lijkt het er eigenlijk om te gaan of de 'bref delai' van art. 1648 Cc reeds voorbij is. Dan immers is de vordering op grond van een 'vice

77 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 16; Huet 1996, no. 11329. De niet-professionele koper hoeft geen deskundige in te schakelen om onderzoek te verrichten, zie Civ. 3e, 3 mai 1989, D. 1990, Jur. 117 (note Tournafond). De feitenrechter heeft overigens veel vrijheid ten aanzien van de vraag of een gebrek verborgen is, zie J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-1, no. 23.

78 Huet 1996, no. 11334; De Courreges 1997, p. 145; Leveneur, Petites Affiches 1998, no. 155, p. 30; Viney/Jourdain 1998, no. 762-1; Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 5; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 12, en Fasc. 436-2, no. 21. Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2879, geven aan dat de eisen aan het bewijs niet al te strikt zijn. Zie ook Civ. 1re, 5 novembre 1996, D. 1997, Somm. 348 (note Tournafond), en de literatuur in noot 75 hiervoor.

79 Hoe lang 'bref' is, is overigens niet in het algemeen te zeggen, maar een termijn van 8 maanden wordt wel genoemd als te lang, zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2885. Tijdens onderhandelingen over schadevergoeding loopt die termijn niet, zie Civ. 1re, 16 juillet 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 391. Zie verder hierover Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 6-7, en Huet 1996, no. 11347 e.v.

80 Zie hierover onder andere Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2829 e.v.; Huet 1996, no. 11253 e.v.

81 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2836 en 2855; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-2, no. 17.

82 Daarover zo meteen meer.

83 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 763-3. Aantonen van een verschil tussen hetgeen overeengekomen is en hetgeen geleverd is, volstaat als bewijs, zie Bénabent, D. 1994, Chron. 115. Volgens Bénabent, D. 1994, Chron. 115, dient de verkoper te bewijzen dat het product aan de conformiteitseis voldeed. Zo ook Huet 1996, no. 11255. Mijns inziens gaan zij uit van een onjuiste opvatting over de gevolgen van een resultaatsverbintenis, zie hierna. Zie verder nog Ghestin/Desché 1990, no. 863.

84 Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 3 en 5.

85 Zie hierover Viney/Jourdain 1998, no. 754 en 763-5-763-6; Huet 1996, no. 11254; Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 1 e.v., en verder J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 9 e.v.

caché' niet meer mogelijk. Bénabent omschrijft het verschil als volgt: als de zaak niet geleverd wordt in de staat zoals overeengekomen, is niet voldaan aan de 'conformité'. Als de zaak niet geschikt is voor het gebruik waartoe deze normaal bestemd was, is er een 'vice'.[86]

Op basis van het algemene contractenrecht zijn nog twee soorten vorderingen wegens 'inexecution d'une obligation' (art. 1147 Cc) mogelijk. De hier bedoelde vorderingen zijn gebaseerd op onvoldoende nakoming van een tweetal typen contractuele plichten, de 'obligation de sécurité' en de 'obligation d'information'. Op basis van de 'obligation de sécurité' dient de crediteur in te staan voor de afwezigheid van fysiek gevaar voor de wederpartij.[87] Crediteur van die verbintenis zijn zowel de producent als de professionele verkoper.[88] Deze vordering is autonoom ten opzichte van de vordering op basis van een 'vice caché'. De 'bref delai' geldt hier derhalve niet.[89] Opvallend is verder dat ook een 'derde' een contractuele vordering op basis van een 'obligation de sécurité' heeft.[90]

De koper (of de derde) dient in beginsel het 'défaut de sécurité' te bewijzen. Zo'n 'défaut' ligt voor bij de aanwezigheid van een gebrek dat de zaak gevaarlijk doet zijn.[91] Bewijsrechtelijk is het karakter van deze verbintenis - resultaatsverbintenis of inspanningsverbintenis - van belang.[92] Bij een inspanningsverbintenis is namelijk door de eiser te leveren bewijs van onzorgvuldig handelen (een 'faute'), nodig. Bij een resultaatsverbintenis wordt alleen bewijs (door de eiser) verlangd

---

86 Zie Bénabent, D. 1994. Chron. 115, op basis van Civ. 1re, 5 mai 1993, D. 1993, 506 (note Bénabent); Civ. 1re, 18 novembre 1997, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 63. Zo ook J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 12; Radé, JCP 1997, éd. G., I, 4009, p. 138; Casaux-Labrunée, D. 1999, Chron. 3; Viney/Jourdain 1998, no. 754-1 en 763-6; Huet 1996, no. 11228 en 11254.

87 Zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 11 juin 1991, D. 1993, Somm. 241 (note Tournafond); Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain); Civ. 1re, 15 octobre 1996, D. 1997, Somm. 287 (note Jourdain), en verder Viney/Jourdain 1998, no. 500; Calais-Auloy, D. 1993. Chron. 130, en over dit leerstuk in algemene zin Hesselink 1999, p. 191 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no.499 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1546 e.v.; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 543 en 565; Lambert-Faivre, D. 1994, Chron. 81.

88 Zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain), en Civ. 1re, 15 octobre 1996, D. 1997, Somm. 287 (note Jourdain).

89 Civ. 1re, 11 juin 1991, D. 1993, Somm. 241 (note Tournafond); Viney/Jourdain 1998, no. 500-1 en 763-8; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2867; Huet 1996, no. 11233; Jourdain, RTD Civ. 1992, p. 114; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 30. De vordering op basis van een 'défaut de sécurité' is de laatste jaren steeds belangrijker geworden, mede omdat art. L. 221-1 al. 1 Code de la Consommation de producenten verplicht om voor de veiligheid van hun producten zorg te dragen. Zie hierover Carbonnier 1996, no. 260 *in fine*; Lambert-Faivre 1996, no. 649-653.

90 Zie Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain); Viney/Jourdain 1998, no. 500-1, 763-8 en 764-1; Hesselink 1999, p. 195 e.v.

91 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 763-8; De Courreges 1997, p. 145, de noot van Jourdain in D. 1995, Jur. 350, op p. 353, en ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling Civ. 1re, 11 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 268; Huet 1996, no. 11233, en de noot van Tournafond onder Civ. 1re, 11 juin 1991, D. 1993, Somm. 241.

92 Dit karakter verschilt per type overeenkomst. Voor een overzicht: Hesselink 1999, p. 193-194; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1487 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 550 e.v.; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 565.

dat het beoogde resultaat niet bereikt is.[93] Dat laatste is meestal eenvoudiger te leveren. Hierbij dient er overigens op gewezen te worden dat de *verdeling* van het bewijsrisico in beide gevallen niet verschilt.[94] Alleen het *object* van de bewijsvoering verandert.[95] Bij de koopovereenkomst wordt ten aanzien van de levering van een zaak uitgegaan van het bestaan van een resultaatsverbintenis voor zover het om de 'obligation de sécurité' gaat.[96] Voldoende is derhalve dat de benodigde mate van 'sécurité' (het te bereiken resultaat) afwezig was, hetgeen veelal uit het intreden van de schade zal volgen.[97]

Onder de hier relevante 'obligations contractuelles' valt ook de 'obligation d'information'. Op de verkoper en de fabrikant rust de plicht tot het verstrekken van informatie met betrekking tot het gebruik en de gevaren van een product.[98] Deze informatieplicht wordt gezien als een inspanningsverbintenis.[99] Gevolg daarvan zou in beginsel zijn dat op de eiser het bewijsrisico rust met betrekking tot de vraag of er een 'faute' gemaakt is.[100] Of dat nog steeds geldt, valt echter te betwijfelen. Die twijfel komt voort uit het arrest *Hedreul/Cousin*[101] uit 1997, waarin het Cour de Cassation besliste dat uit art. 1315 Cc volgt dat:

> 'celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'execution de cette obligation.'

Deze uitspraak had betrekking op een tot schadevergoeding aangesproken arts, maar de regel is dusdanig algemeen geformuleerd dat deze ook op het onderhavige

93 Zie hierover Giesen 1999, p. 29 e.v., en Hesselink 1999, p. 191, met name noot 47 aldaar, beide met verdere verwijzingen, almede Carbonnier 1996, p. 280-281; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 552 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 521 e.v., en met name no. 530.

94 In beide gevallen dient de eiser het bewijs te leveren.

95 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 530, en Giesen 1999, p. 29-30, en noot 178, met verdere verwijzingen.

96 Zie Lambert-Faivre 1996, no. 643; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 563; Huet 1996, no. 11232 en 11233; Viney/Jourdain 1998, no. 546 en 552; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2867; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 31; Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3893, p. 510.

97 Expliciet in deze zin, Revel, RTD Com. 1999, p. 320.

98 Zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 5 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 71; Com, 1 décembre 1992, D. 1993, Somm. 237 (note Tournafond), en Ghestin/Desché 1990, no. 867; Overstake, RTD Civ. 1972, p. 492 e.v.; Thanh-Bourgeais & Revel, JCP 1975, éd. G., I, 2679; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 544 en 566; Huet 1996, no. 11264 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 502 e.v. en 763-7; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1563 e.v.; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 34 e.v. Een overeenkomst tussen de uiteindelijke koper en producent is niet vereist, zie Viney/Jourdain 1998, no. 511.

99 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 549 en 763-7; Huet 1996, no. 11272 en 11278; Terré-Simmler-Lequette 1999, no. 566; Thanh-Bourgeais & Revel, JCP 1975, éd. G., I, 2679, no. 28; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 39.

100 Thanh-Bourgeais & Revel, JCP 1975, éd. G., I, 2679, no. 28; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-2, no. 9, Fasc. 436-1, no. 12, en Fasc. 436-2, no. 39.

101 Civ. 1re, 25 février 1997, JCP 1997, éd. G., IV, 881.

terrein toegepast lijkt te kunnen worden.[102] Daarmee zou dan het bewijsrisico bij de producent zijn komen te liggen.

Tot slot dient met betrekking tot het Franse recht opgemerkt te worden dat zowel het overeenkomstenrecht als het onrechtmatige daadsrecht door het Cour de Cassation de laatste jaren in grote mate is afgestemd op de eerder besproken richtlijn.[103] In een arrest van 3 maart 1998 oordeelde het hof dat de fabrikant verplicht is producten te leveren die vrij zijn van gebreken die een gevaar voor personen of zaken scheppen en dat het product de veiligheid moet bieden die men daarvan mag verwachten.[104] Die laatste overweging sluit naadloos aan bij het gebrek-criterium van de richtlijn.[105] Later besliste het Cour de Cassation nog dat de fabrikant aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door een gebrekkig product, ongeacht of het slachtoffer in een contractuele relatie stond tot de producent. Ook dat arrest bouwt voort op de richtlijn, want daarin werden de artt. 1147 en 1384 al. 1 Cc met zoveel woorden uitgelegd in het licht van de richtlijn.[106]

Het effect van dit alles zou kunnen zijn dat er in Frankrijk eigenlijk nog maar één stelsel van productaansprakelijkheid resteert. De reeds bestaande grondslagen lijken immers geheel te zijn aangepast aan het stelsel van de richtlijn.[107] Dat is echter niet te rijmen met art. 1386-18 Cc, waarin de mogelijkheid om een beroep te doen op de 'oude' grondslagen voor aansprakelijkheid expliciet open gehouden wordt. Als men echter het 'oude' recht nog steeds toepasbaar acht, zal het 'nieuwe' recht waarschijnlijk niet echt succesvol worden, omdat daarbij het ontwikkelingsrisico-verweer geldt waardoor dat nieuwe regime minder gunstig is voor het slachtoffer dan het oude regime.[108] De verhouding tussen het oude en nieuwe recht is derhalve nog onzeker.[109]

In *Duitsland* wordt de eventuele aansprakelijkheid van een producent meestal gebaseerd op het onrechtmatige daadsrecht, maar contractuele vorderingen zijn daarnaast ook mogelijk.[110] De voornaamste reden voor de 'ondergeschiktheid'

---

102 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 511. In die zin ook Jourdain, RTD Civ. 1997, p. 434, en Viney, JCP 1997, éd. G., I, 4025, p. 239; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 39. Ook Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1738, gaan ervan uit dat dit een algemene regel is.

103 Zie de literatuur genoemd in noot 6, alsmede Terré-Simler-Lequette 1999, no. 943, en Revel, RTD Com. 1999, p. 317 e.v., die de nieuwe wet overbodig en inefficiënt acht.

104 Civ. 1re, 3 mars 1998, D. 1999, Jur. 36 (note Pignarre et Brun).

105 Zo ook de noot van Pignarre en Brun onder het arrest (D. 1999, Jur. 37), en Jourdain, RTD Civ. 1998, p. 683-684.

106 Civ. 1re, 28 avril 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 246. Datzelfde gebeurde in Civ. 1re, 5 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 71, met betrekking tot de artt. 1382 en 1147 Cc. Zie in deze zin ook reeds Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain), en verder Jourdain, RTD Civ. 1998, p. 685-686, en Viney, JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2161-2162.

107 In die zin Leveneur, Petites Affiches 1998, no. 155, p. 34.

108 Zie de noot van Pignarre en Brun onder Civ. 1re, 3 mars 1998, D. 1999, Jur. 36, op p. 39.

109 Zo Viney, JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2162.

110 Er bestaat 'Anspruchskonkurrenz' tussen beide, zie bijvoorbeeld BGHZ 67, 359, op p. 362-363; BGH JR 1992, 501, op p. 503; Erman/Grunewald, Vor § 459, Rdn. 45; Katzenmeier, NJW 1997, p. 487, en Franzen, JZ 1999, p. 705. Zulks is van belang in verband met de korte verjaringstermijn

van de vorderingen op basis van de koopovereenkomst, is dat langs die weg alleen vergoeding van de schade aan de defecte zaak zelf verkregen kan worden (zie par. 3.3). Voor de volledigheid wil ik toch enkele[111] opties kort schetsen. Zo is bijvoorbeeld een vordering mogelijk op basis van de 'Sachmängelgewährleistung' zoals geregeld in § 459 Abs. I BGB.[112] Deze bepaling vereist dat de zaak op het moment van de overgang van de eigendom vrij is van gebreken die de waarde of de deugdelijkheid bij normaal of overeengekomen bijzonder gebruik aanzienlijk aantasten. Het gaat dus om een aanzienlijke afwijking in kwaliteit tussen hetgeen overeengekomen was en de uiteindelijk aangeboden of verkregen zaak. Door die afwijking moet de gebruikswaarde van het product verminderd zijn.[113]

De verdeling van het bewijsrisico met betrekking tot de vraag of de benodigde kwaliteit aanwezig was, is afhankelijk van de vraag of de koper de zaak reeds aanvaard heeft zodat de verkoper aan zijn verbintenis tot levering voldaan heeft. Indien dat zo is, rust ingevolge § 363 BGB het bewijsrisico op de koper. Als de koper de zaak nog niet aanvaard heeft, dient de verkoper te bewijzen dat de zaak vrij van gebreken is.[114]

De verkoper kan daarnaast ook aansprakelijk zijn voor schade door een 'positive Vertragsverletzung'.[115] Daarbij gaat het om de niet-nakoming van een plicht uit een overeenkomst die niet onder een andere wettelijke bepaling geplaatst kan worden. Deze in de rechtspraak ontwikkelde vorm van contractuele aansprakelijkheid, welke dient ter opvulling van de leemten in het BGB, is te onderscheiden in twee typen: 'Schlechtleistung' en 'Verletzung von Nebenpflichten'.[116] Voorzover het gebrek in het product door onzorgvuldig handelen tot stand kwam, hebben we te maken met een 'Schlechtleistung'. Iedere handeling die het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar brengt, valt daaronder.[117] Het leveren van een gebrekkige zaak is dus voldoende om een 'Pflichtverletzung'

---

van de contractuele vordering (zes maanden), zie Larenz 1986, p. 63 en 70.

111 Voor een overzicht van andere contractuele 'constructies' die ingeroepen zijn, doch tevergeefs, om de aansprakelijkheid van de producent te kunnen bewerkstelligen, zie Larenz 1986, p. 83-85.

112 Aan de aansprakelijkheid wegens een expliciete garantie op basis van Abs. II ga ik voorbij. Zie nader Graf von Westphalen 1997, § 2.

113 Zie Graf von Westphalen 1997, § 1, Rdn. 2; Schlechtriem 1991, Rdn. 71-72 en 78 e.v.; Erman/Grunewald, § 459, Rdn.1, 22 en 23, en in het algemeen Larenz 1986, p. 36 e.v. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een verkochte auto eerder gedurende meerdere jaren door een rijschool gebruikt werd, zie OLG Köln VersR 2000, 367, op p. 368. De 'onaanzienlijkheid' van de fout dient door de verkoper bewezen te worden, zie Palandt/Putzo 1995, § 459, Rdn. 51-52.

114 Vergelijk Baumgärtel/Strieder 1991, § 363, Rdn. 2 e.v.; Erman/Grunewald, § 459, Rdn. 28; Larenz 1987, p. 243; Graf von Westphalen 1997, § 1, Rdn. 29-32.

115 De afbakening van de vordering wegens 'positive Vertragsverletzung' ten opzichte van § 459 BGB, waarover Erman/Grunewald, Vor § 459, Rdn. 37 en 39, komt in par. 3.3 aan bod.

116 Zie hierover Larenz 1987, p. 363 e.v.; Heinemann 1988, *passim*; Palandt/Heinrichs 1995, § 276, Rdn. 104-108.

117 Larenz 1987, p. 364-365; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 1 en 19.

aan te kunnen nemen.[118] Dat de zaak 'fehlerhaft' was, dient de eiser te bewijzen.[119] Naast de 'Schlechtleistung' is er ook nog de 'Verletzung von Nebenpflichten'. Daaronder valt onder andere het niet voldoende informeren van de koper.[120] De koper is belast met het bewijs dat niet aan deze plicht voldaan is.[121]

3.3 Schade

Vergoeding van transactieschade - de schade aan het defecte product zelf - is naar *Engels* recht in principe alleen mogelijk op basis van een 'breach of contract' en niet via een vordering op basis van 'negligence'.[122] Letselschade en schade aan andere zaken dan de defecte zaak zelf is overigens ook, indien deze schade voorzienbaar was, te verhalen op de contractpartner via de contractuele vordering.[123] De eiser dient dan wel het bestaan (en de hoogte) van de schade aan te tonen.[124]

De *Franse* eiser die zijn vordering baseert op een verborgen gebrek, heeft in beginsel alleen recht op vergoeding van de prijs van de defecte zaak (art. 1646 Cc), tenzij de verkoper van het gebrek op de hoogte was (art. 1645 Cc). In de rechtspraak is bepaald dat bij een vordering op basis van een 'vice caché' de fabrikant en de professionele verkoper geacht worden van het gebrek op de hoogte te zijn. Daarmee vervalt de beperking uit art. 1646 Cc, zodat de verkoper en fabrikant de volledige schade dienen te vergoeden, inclusief de schade teweeggebracht door de defecte zaak.[125] De aanname dat kennis van het gebrek aanwezig was, lijkt op een *vermoeden* van 'wetenschap' (kwade trouw). Nu het de fabrikant of verkoper echter niet toegestaan is te bewijzen dat hij geen weet had van het

118 Palandt/Heinrichs 1995, § 276, Rdn. 110.

119 Zie BGH NJW 1998, 162, op p. 163; Staudinger/Löwisch 1995, § 282, Rdn 34.

120 Vergelijk Larenz 1987, p. 372; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 23 e.v.; Palandt/Heinrichs 1995, § 276, Rdn. 118-119.

121 Zie Larenz 1987, p. 372; Staudinger/Löwisch 1995, § 282, Rdn 34; Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 7 en 23.

122 Clerk & Lindsell (Tettenborn) 1995, 9-18; Winfield & Jolowicz 1998, p. 335.

123 Chitty (Guest & Harris) 1994, 41-316 en 41-317; Charlesworth & Percy 1997, 14-44; Markesinis/Deakin 1999, p. 563 en 594; Clerk & Lindsell (Tettenborn) 1995, 9-08; Winfield & Jolowicz 1998, p. 326. Zie verder over schade onder andere Treitel 1999, p. 864 e.v.; Chitty (Guest & Harris) 1994, 41-303 e.v.

124 Zie bijvoorbeeld Keane 1996, p. 77.

125 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2896; Lambert-Faivre 1996, no. 675; Viney/Jourdain 1998, no. 755-1 en 758; Huet 1996, no. 11311-11312 en 11337; De Courreges 1997, p. 144; Overstake, RTD Civ. 1972, p. 502. Een beroep op het ontwikkelingsrisico-verweer is daarmee (het gebrek was bekend) ook niet meer mogelijk, zie ook Berg, JCP 1996, éd. G., I, 3945, p. 275.

gebrek, gaat het hier om een onweerlegbaar vermoeden.[126] Het bestaan en de hoogte van de schade dient wel nog door de eiser bewezen te worden.[127]

Bij schending van een andere verbintenis uit overeenkomst is de producent gehouden tot betaling van 'dommages et intérêts', aldus de artt. 1147 en 1611 Cc. Het gaat dan om het geleden verlies en de gederfde winst (art. 1149 Cc). Op basis van art. 1150 Cc is die schadevergoeding beperkt tot de (op het moment van contracteren) voorzienbare schade, tenzij er sprake was van 'dol' (misleiding) bij schending van de verbintenis.[128] Onder 'dol' valt ook de 'faute lourde',[129] hetgeen van belang is omdat het in het verkeer brengen van een defect product meestal daaronder valt.[130]

Naar *Duits* recht kan een vordering op basis van een 'positieve Vertragsverletzung' alleen tot vergoeding van zogenaamde 'Mangelfolgeschäden' leiden.[131] De reden daarvoor ligt in de afbakening ten opzichte van de vordering op basis van § 459 BGB. Deze laatste regel gaat namelijk, als bijzondere regel met betrekking tot koopovereenkomsten, voor de algemene regels van overeenkomstenrecht.[132] Via § 459 BGB zijn de 'Mangelschäden' te verhalen. Deze vorm van schade kan dan niet (ook) via een vordering uit 'positive Vertragsverletzung' verhaald worden, zodat die laatste vordering alleen nog maar kan dienen tot verhaal van andere schade.[133] 'Mangelschade' is schade die in verband staat met de gekochte zaak zelf, zoals reparatiekosten, blijvende minderwaarde, verlies van gebruik, advieskosten en ook gederfde winst. 'Mangelfolgeschade' is schade aan de rechtsgoederen van de koper, anders dan de schade aan de zaak zelf.[134] Dat er daadwerkelijk schade geleden is, dient door de eiser bewezen te worden.[135]

3.4 Causaal verband

Ook bij contractuele vorderingen dient er causaal verband te bestaan.[136] De bewijsrisicoverdeling daarbij wijkt in *Engeland* en *Frankrijk* in beginsel niet af

126 Bijvoorbeeld Overstake, RTD Civ. 1972, p. 502-503, en p. 504; Lambert-Faivre 1996, no. 675; Huet 1996, no. 11377; De Courreges 1997, p. 144; Leonhard, ZVglRWiss 1999, p. 105.

127 Zie Huet 1987, no. 297; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1210; Malaurie/Aynès 1996, no. 836. Bij 'inexecution' van een verbintenis wordt veelal vermoed dat er schade geleden is, nu iedere verbintenis een waarde vertegenwoordigt, zie Malaurie/Aynès 1996, no. 836; Carbonnier 1996, p. 278.

128 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 356 en 360.

129 Viney/Jourdain 1998, no. 606; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 361 en 1665.

130 Zie De Courreges 1997, p. 144.

131 Zie bijvoorbeeld BGHZ 67, 359, op p. 365; Schlechtriem 1991, Rdn. 91; Franzen, JZ 1999, p. 704, en hierover ook Larenz 1986, p. 70.

132 Zie Schlechtriem 1991, Rdn. 91; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 1, 2, en 11.

133 Erman/Grunewald, Vor § 459, Rdn. 39; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 2 en 11; Palandt/Putzo 1995, Vorbem. v. § 459, Rdn. 6, en Palandt/Heinrichs 1995, § 276, Rdn. 110.

134 Erman/Grunewald, Vor § 459, Rdn. 39; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 11-12.

135 Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 18; Larenz 1987, p. 518 en 522.

136 Zie bijvoorbeeld Treitel 1999, p. 907 e.v., en Carbonnier 1996, p. 277.

van de hoofdregel: de eiser draagt het bewijsrisico.[137] Naar *Frans* recht is wel nog van belang dat het causaliteitsvereiste redelijk soepel benaderd wordt bij een geschonden resultaatsverbintenis. Veelal kan dan het causale verband via een vermoeden aangenomen worden.[138] Bovendien is het mogelijk dat de theorie van de 'perte d'une chance' wordt toegepast. Dat geschiedde bijvoorbeeld in een zaak waarin een alarmsysteem niet functioneerde toen er ingebroken werd. Nu het systeem niet meer gedaan zou hebben dan de politie waarschuwen, kon niet met zekerheid gezegd worden dat de schade niet zou zijn ingetreden als het systeem wel gefunctioneerd had. Volledige schadevergoeding was dan ook niet mogelijk, daarvoor was het causale verband te onzeker. De verloren kans op voorkoming van de diefstal kon echter wel worden vergoed.[139]

Naast het bewijs van de 'Schlechtleistung' dient de koper naar *Duits* recht ook het causale verband aan te tonen bij een vordering op basis van een 'positive Vertragsverletzung'.[140] Die regel geldt echter niet indien een informatieplicht geschonden is. Dan rust op de verkoper het bewijsrisico aangaande het ontbreken van causaal verband. Deze dient aan te tonen dat de koper bij voldoende informatie hetzelfde gedaan zou hebben.[141] Ook bij de vordering op basis van § 459 BGB dient de schade in oorzakelijk verband met de 'Fehler' te staan.[142] De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling wordt toegepast.

3.5 Toerekening (schuld)

Bij een 'breach of contract' naar *Engels* recht doet het er niet toe of de verkoper schuld had aan het defect van het product. Hij dient in te staan voor de zaken die hij verkoopt.[143] Ook het *Franse* recht gaat, indien het om een 'vice caché' gaat, voorbij aan de vraag of de producent of verkoper het gebrek daadwerkelijk kende. De rechter neemt aan dat de producent het gebrek kende en staat hem niet toe het tegendeel aan te tonen.[144] Bij de vordering op basis van 'non-conformité' of bij

137 Zie hierover de rechtspraak genoemd in Giesen 1999, p. 52, noot 330, alsmede Viney/Jourdain 1998, no. 758; Huet 1996, no. 11339, en Lambert-Faivre 1996, no. 643.

138 Zie Civ. 1re, 26 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 269; Viney/Jourdain 1998, no. 367.

139 Civ. 1re, 17 mai 1988, RTD Civ. 1989, 83 (obs. Jourdain). Ik ga hier niet verder op deze theorie in, zie daarover met name Akkermans 1997, p. 107 e.v., en Viney/Jourdain 1998, no. 278 e.v.

140 Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 26; Staudinger/Löwisch 1995, § 282, Rdn. 34.

141 BGHZ 61, 118; BGHZ 64, 46; Staudinger/Löwisch 1995, § 282, Rdn. 22 en 34; Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 27; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 38. Dezelfde regel van bewijsrisicoverdeling geldt op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid voor een informatieverzuim, zie nader Giesen 1999, p. 53-54.

142 Vergelijk Larenz 1986, p. 61.

143 Zie bijvoorbeeld Treitel 1999, p. 779, en par. 3.2 hiervoor.

144 Zie par. 3.3, en Huet 1996, no. 11378. Het gaat om een aansprakelijkheid 'sans faute', zie Huet 1996, no. 11297, 11317, en 11419. In die zin gaat het ook hier om een resultaatsverbintenis, zie Huet 1996, no. 11377. Dit geldt echter niet bij niet-professionele verkopers, zie Viney/Jourdain 1998, no. 758. In zo'n geval dient de koper te bewijzen dat de verkoper het gebrek kende.

schending van een 'obligation de sécurité', is het in het verkeer brengen van een defect product in principe voldoende om een 'faute' en daarmee verwijtbaarheid aan te kunnen nemen.[145] Dit is wellicht anders bij schending van een informatieplicht. Betoogd zou kunnen worden dat in zo'n geval de koper de 'faute' dient te bewijzen, en daarmee tevens de daarin besloten gelegen 'schuld' van de producent. Tegenwoordig lijkt men op dit vlak echter van een bewijsrisico-omkering uit te gaan (zie par. 3.2).

Voor aansprakelijkheid op basis van het *Duitse* § 459 BGB is 'Verschulden' van de verkoper geen voorwaarde.[146] Bij een vordering op basis van een 'positive Vertragsverletzung' wordt het bewijsrisico, analoog aan de regeling in § 282 BGB, omgekeerd: de gedaagde dient te bewijzen dat zijn 'Verschulden' ontbrak. Voorwaarde daarvoor is wel dat de 'Pflichtverletzung' vaststaat en dat door de eiser aangetoond is dat de oorzaak in het 'Gefahrenbereich' van de verkoper lag.[147]

3.6 Disculpatie[148]

Bij eventuele bevrijdende omstandigheden voor de producent wordt al snel gedacht aan overmacht, maar dat zal zich bij productaansprakelijkheid niet regelmatig voordoen. 'Acts of God' hebben op een individueel product weinig invloed. Als een fabriek bijvoorbeeld door brand teniet gaat, gaan de producten onder assemblage ook verloren. Die producten zullen niet meer op de markt komen. Bij bederf door invloeden van buiten, bijvoorbeeld een bacterie, is vaak wel degelijk iemand (voor wie de producent dient in te staan) in de fout gegaan en kan overmacht ook geen rol spelen. Het product was slecht verpakt of lag te lang opgeslagen. Daar komt nog bij dat tussen een eventuele overmachtssituatie en de schade bij de consument veelal nog een handeling plaatsvindt: het alsnog in het verkeer brengen. Op dat moment is de gebeurtenis die een beroep op overmacht zou kunnen staven, reeds voorbij en moet er met de wetenschap daarover gehandeld worden. Ook dan is een beroep op die eerdere overmachtsituatie niet meer denkbaar. De overmacht-situatie die wel voorstelbaar is, is die waarbij een derde 'knoeit' met het product. Met het oog daarop zal ik kort aangeven hoe overmacht in de diverse rechtsstelsels geregeld is.

145 Zie par. 3.2.

146 Larenz 1986, p. 44-45; Palandt/Putzo 1995, § 459, Rdn. 4.

147 Zie Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 7; Larenz 1987, p. 373 e.v.; Staudinger/Löwisch 1995, § 282, Rdn. 20 en 34; Graf von Westphalen 1997, § 4, Rdn. 36, en par. XIII.2 over de leer van de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich'.

148 Ik ga hier voorbij aan de eventuele werking van exoneratie-clausules.

In beginsel is het geen 'defence' naar *Engels* recht om bij niet behoorlijke nakoming te stellen dat er geen fout is gemaakt.[149] Maar soms kan het voor de gedaagde toch nodig zijn de afwezigheid van een fout te bewijzen. Dat is het geval indien hij zich beroept op 'frustration of contract', waaronder ook overmacht geschaard wordt. De rechter neemt 'frustration' aan als redelijkerwijs duidelijk is dat de nakoming radicaal verschilt van hetgeen overeengekomen was. De gebeurtenis die tot de 'frustration' aanleiding gaf, mag echter niet teweeg gebracht zijn door een handeling van de gedaagde. Vandaar dat bewijs van de afwezigheid van een fout soms nodig zal zijn.[150]

De artt. 1147 en 1148 Cc regelen de disculpatie van de gedaagde naar *Frans* recht.[151] Niet-nakoming blijft zonder gevolg indien de gedaagde een 'cause étrangère' die hem niet toe te rekenen is, kan bewijzen. Het gaat hierbij om overmacht, 'force majeure'. Daarvoor is vereist dat de gebeurtenis onweerstaanbaar en onvoorzienbaar was en van buitenaf kwam.[152] Zo kan een daad van een derde de eiser als overmacht tegengeworpen worden indien deze onweerstaanbaar en onvoorzienbaar was.

Naar *Duits* recht is de verkoper niet aansprakelijk indien de nakoming onmogelijk is geworden door omstandigheden die hem niet zijn toe te rekenen. Dit is geregeld in § 275 BGB. De onmogelijkheid moet betrekking hebben op het gevolg van de prestatie en niet op de handeling die met betrekking tot die prestatie nodig is.[153] Het dient dus onmogelijk te zijn het (beoogde) gevolg te bereiken. De bewijsrisicoverdeling is geregeld in § 282 BGB. Ten aanzien van de vraag of de omstandigheden aan de verkoper toe te rekenen zijn, draagt deze het bewijsrisico.

'Eigen schuld' zal zich bij productaansprakelijkheid met name kunnen voordoen indien de consument een product gebruikt waarvan hij weet dat het gebrekkig is. Die wetenschap kan aanwezig zijn na een mededeling daaromtrent door de verkoper of door eigen onderzoek van de koper. Naar *Engels* recht vervallen in zo'n geval de 'implied terms' en dient de koper zijn eigen schade geheel te dragen. Naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dient de gedaagde de wetenschap van de eiser te bewijzen.[154] Eigen schuld kan ook naar *Frans* recht ingeroepen worden. Zoals gezegd zal het er dan veelal om gaan of de koper wist

149 Het is niet mogelijk om bij een contractuele vordering een beroep te doen op het ontwikkelingsrisico-verweer, zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 349.

150 Samuel/Rinkes 1991, p. 121 e.v.

151 Het ontwikkelingsrisico-verweer staat in beginsel niet open, zie J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 27; Huet 1996, no. 11385; Viney, D. 1998, Chron. 298, en Berg, JCP 1996, éd. G., I, 3945, p. 275-276, die een uitzondering maakt voor de informatieplichten.

152 Zie bijvoorbeeld Huet 1996, no. 11384. Als er een 'faute' is, kan er geen 'force majeure' bestaan en vice versa, zie Carbonnier 1996, p. 288-289.

153 Palandt/Heinrichs 1995, § 275, Rdn. 1 en 9.

154 Atiyah/Adams 1995, p. 203-204. Zie verder over eigen schuld in het overeenkomstenrecht, Treitel 1999, p. 915 e.v.

van het gebrek.[155] De aansprakelijkheid komt dan gedeeltelijk of (soms) geheel te vervallen.[156] De gedaagde dient de wetenschap van het gebrek te bewijzen.[157]

Indien de vordering naar *Duits* recht gebaseerd is op § 459 BGB, geldt de normaal voor 'Mitverschulden' geldende bepaling (§ 254 BGB) niet.[158] Dit artikel, dat wel op de 'positive Vertragsverletzung' toepasselijk is, bepaalt dat de hoogte van de schadevergoeding afhankelijk is van de mate waarin elk der partijen een bijdrage had aan de schade. Het bewijsrisico rust op de gedaagde, maar deze kan eventueel geholpen worden door middel van 'Anscheinsbeweis'.[159] Bij een vordering op basis van § 459 BGB wordt het gedrag van de koper meegewogen via de §§ 460 en 463 BGB.[160] Als de koper wist van het gebrek, is de aansprakelijkheid van de verkoper uitgesloten en als de koper door grove onzorgvuldigheid niet bekend is geworden met het gebrek, is de verkoper alleen aansprakelijk wanneer deze het gebrek arglistig verzwegen heeft. De koper is belast met het bewijs van de arglist, de verkoper met het bewijs van de bekendheid met het gebrek en de grove onzorgvuldigheid van de koper.[161]

4 Nationaal privaatrecht: buitencontractuele aansprakelijkheid

4.1 Inleiding

Als bijvoorbeeld een fles ontploft in de buurt van een 'innocent bystander', iemand die (tot dat moment) geen enkele relatie heeft met de producent van de fles, dient veelal het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ingeroepen te worden om de schade te kunnen verhalen. Het contractenrecht kan hier niet tot aansprakelijkheid leiden, hoezeer men de overeenkomst ook oprekt (zie par. 3.1). Het onrechtmatige daadsrecht vervult dan ook een belangrijke functie op het terrein van de productaansprakelijkheid.

4.2 Onrechtmatigheid

Naar *Nederlands* recht werd en wordt in productaansprakelijkheidszaken veelal geprocedeerd op basis van art. 6:162 BW (art. 1401 OBW). In 1973 resulteerde

155 Zie par. 3.2 hiervoor, en met name de tekst voor noot 76.
156 Zie hierover Huet 1996, no. 11272, 11278 en 11382-11383.
157 Zie Civ. 1re, 28 novembre 1979 en Civ. 1re, 16 mai 1984, D. 1985, Jur. 485 (note Huet) en de literatuur in noot 76.
158 Vergelijk Erman/Grunewald, § 463, Rdn. 17.
159 Baumgärtel 1991, § 254, Rdn. 1 en 2; Palandt/Heinrichs 1995, § 254, Rdn. 12-14 en 82.
160 Vergelijk Larenz 1986, p. 47.
161 Erman/Grunewald, § 460, Rdn. 19; Schlechtriem 1991, Rdn. 94.

dat in het *Lekkende Kruik I*-arrest.[162] De vordering op basis van de schuldaansprakelijkheid van (toen nog) art. 1401 OBW, leidt de Hoge Raad tot de overweging:

> 'dat het Hof met het oog op dat gebrek had moeten onderzoeken of de onderhavige kruik een zodanig gevaar opleverde, dat deze niet in het verkeer had mogen komen en of aannemelijk was dat het niet aan de schuld van Jumbo was te wijten dat dit wel is geschied.'

Bij bepaalde gebreken is het in het verkeer brengen van een product derhalve onrechtmatig. Volgens het *Halcion*-arrest[163] is dat het geval indien het product 'niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen.' Die norm is vrijwel gelijk aan die uit de Europese richtlijn.[164] Volgens het arrest *Du Pont/Hermans*[165] is het onrechtmatig om een product in het verkeer te brengen dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd is, schade veroorzaakt. De verwijzing in dat arrest naar het eerdere *Halcion*-arrest geeft aan dat die laatste norm niet wezenlijk anders is dan de eerder genoemde. We kunnen er mijns inziens dan ook vanuit gaan dat hier dezelfde omstandigheden een rol zullen spelen als bij de beoordeling van een gebrek op basis van de richtlijn.[166]

Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid is verder bijvoorbeeld nog van belang dat de producent met een bepaalde mate van onvoorzichtigheid van de consument rekening dient te houden.[167] Ook dient de producent voldoende onderzoek te doen naar de effecten van het product, het grondig te testen en de uitslag daarvan te openbaren, terwijl hij bovendien de afnemers van het halffabrikaat én het eindproduct dient in te lichten als de samenstelling van zijn product veranderd is.[168]

In de Nederlandse literatuur is de vraag gesteld of het enkel in het verkeer brengen van een defect product voldoende is om de onrechtmatigheid aan te mogen

---

162 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 nt. HB (Lekkende kruik I).

163 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 nt. CJHB (Halcion).

164 Zie Spier/Bolt 1996, p. 239. Dit criterium werd ook toegepast in Hof Leeuwarden 18 maart 1998, NJ 1998, 867 (Tetra Werke/Kuiper).

165 HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans), bevestigd in HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 3.4, waarin wordt aangegeven dat die norm zowel voor als na 1992 gold.

166 Zie Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 150, die naar de norm uit de richtlijn (zie par. 2.2.) verwijst; de noot van Bloembergen, sub 4, onder HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool), en noot 164 hiervoor. Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 120-121, zien echter wel verschillen tussen het richtlijn-criterium en dat van de Hoge Raad. Zo ook Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 23, die zich afvraagt of daaraan wel betekenis toekomt. Wat in elk geval wel verschilt, maar dat is op dit punt niet van belang, is dat bij een vordering op basis van art. 6:162 BW ook aan het schuldvereiste voldaan moet zijn, zie Bloembergen in zijn noot, sub 4, onder HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool), en par. 4.5.

167 Aldus HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 nt. HB (Lekkende kruik I).

168 Zie HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 3.5.

nemen of dat daarvoor bijkomende omstandigheden vereist zijn. Hartkamp en Schut meenden dat dat laatste het geval is; Knottenbelt en Dommering-van Rongen meenden van niet.[169] Op basis van het arrest *Koolhaas/Rockwool* lijkt inmiddels geconcludeerd te kunnen worden dat dergelijke bijkomende omstandigheden niet vereist zijn.[170]

Ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling geldt ten eerste dat de eiser dient aan te tonen dat de aansprakelijk gestelde partij het product ook daadwerkelijk in het verkeer heeft gebracht.[171] De vraag of er met betrekking tot de vaststelling dat het product gebrekkig was, ruimte is voor afwijking van de normale bewijsrisicoverdeling, op basis waarvan de eiser het bewijsrisico draagt,[172] werd beantwoord in het arrest *Leebeek-Vrumona*.[173] Bij het opendraaien van een fles cola brak de hals van de fles waardoor Leebeek verwondingen aan zijn linkerhand opliep. De Hoge Raad bepaalde dat:

> 'indien Leebeek slaagt in het bewijs dat hij de fles op normale wijze trachtte te openen, in die vaststaande toedracht besloten ligt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in de fles, behoudens tegenbewijs door Vrumona, en behoudens bijzondere omstandigheden.'

Het is mijns inziens niet evident om, zoals de Hoge Raad hier deed, uit te gaan van een vermoeden van gebrekkigheid (en dus onrechtmatigheid) als vast komt te staan dat de fles op normale wijze geopend werd. Dan is namelijk slechts één mogelijke verklaring voor het ongeval uitgesloten. Dat de fles op normale wijze gebruikt werd, zegt echter niet alles over de werkelijke toedracht, omdat het gebrek in de fles bijvoorbeeld ook ontstaan kan zijn nà het in het verkeer brengen.[174] De Hoge Raad legt met betrekking tot dat aspect echter ook het bewijsrisico op de gedaagde (zie hierna), zodat alsnog een sluitend systeem gehanteerd wordt.

Of de in dit vermoeden besloten gelegen tegemoetkoming de eiser veel verder zal helpen, valt overigens nog te bezien. Het zal veelal nauwelijks mogelijk zijn

---

169 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 202, en Schut 1974, nr. 128, tegenover Knottenbelt 1991, p. 12, en Dommering-van Rongen 1991, p. 74. Zie ook nog Molenaar & Geselschap, A & V 1999, p. 9-10.

170 Zie HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), en in deze zin ook Rinkes, NTBR 2000, p. 171; Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 118; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 23. Vergelijk ook reeds HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans).

171 Het *Des*-arrest (HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB) maakt dat niet anders, zie par. 4.4.

172 Zie De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 18; Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 429; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 152. Een uitzonderlijke constructie hanteert Hof Amsterdam 27 augustus 1998, VR 1999, 67 (Steifensand/Vos). Uitgaande van een vermoeden van een gebrek wordt de gedaagde eerst opgedragen dit vermoeden te ontkrachten, maar omdat het product zelf niet meer beschikbaar is voor onderzoek, wordt vervolgens bepaald dat de eiser alsnog bewijs dient te leveren. De eiser diende dus (alsnog) te bewijzen wat al voorshands (op basis van de bewijswaardering, het vermoeden) bewezen was. Dat is op zijn minst vreemd te noemen.

173 HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona).

174 Zie Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 430.

om aan te tonen dat een fles op correcte wijze geopend werd. Het slachtoffer moet dan het geluk hebben dat er toevallig iemand in de buurt was die toevallig ook nog zijn handeling registreerde en daarover kan getuigen. Het is dan ook weinig behulpzaam dat de Hoge Raad wel een (terecht) vermoeden van gebrekkigheid wil aannemen als het op correcte wijze openen van de fles vaststaat, maar nog niet als dat niet vaststaat. Hoeveel manieren om een fles te openen, anders dan het normale losdraaien van de schroefdop, worden met regelmaat gebruikt? Het gebruik van een waterpomptang om een fles te openen, schijnt voor te komen, maar dat zal niet frequent gebeuren. Mijns inziens kan een vermoeden van gebrekkigheid dan ook aangenomen worden zonder dat de specifieke manier van openen is bewezen. Als een fles 'ontploft', zou ik van *res ipsa loquitur* willen spreken.[175]

Wat hier verder ook van zij, in elk geval is duidelijk dat een vermoeden van gebrekkigheid aangenomen mag worden indien vaststaat, en dat moet de eiser bewijzen, dat het openen van de fles op normale wijze gebeurde en die fles toch ontplofte. Ik denk dat een veralgemenisering van die regel mogelijk is. Indien 'normaal gebruik' aangetoond is en zich een onverwacht schadelijk gevolg voorgedaan heeft, staat het gebrek voorlopig vast.[176] Bewijs van welk concreet gebrek aan het product kleefde, is dan verder niet nodig. Het uitsluiten van een andere mogelijke toedracht, gelegen in een handeling van de gebruiker van het product, is voldoende.[177] Met betrekking tot de stelplicht van de eiser kan nog opgemerkt worden dat de enkele omschrijving van de omstandigheden waarin het gevaar ontstond, voldoende is, zeker als de eiser een leek is.[178]

In het arrest *Leebeek-Vrumona*[179] werd verder nog beslist dat de stelplicht en het bewijsrisico ten aanzien van een aantal andere omstandigheden bij de gedaagde ligt. Het betreft het feit dat het gebrek nog niet bestond op het moment van het in het verkeer brengen, het feit dat het gevaar van het gebrek niet eerder is of kon worden ontdekt en het feit dat het product niet overeenkomstig zijn

175 Ook Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 429, Asser 1998, p. 89, en Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 62, plaatsen dit arrest onder de 'vermoedens'. Nu zou mij tegengeworpen kunnen worden dat de eiser eerst maar eens open kaart moet spelen en het normaal openen zo aannemelijk mogelijk moet maken, om pas daarna de producent te belasten met het bewijs. Dan gebeurt er echter feitelijk toch ook niets anders dan het aannemen van een vermoeden van gebrekkigheid op basis van de stellingen van de eiser voordat het normaal gebruik vast is komen te staan. Deugdelijke bewijsmiddelen zullen immers niet voorhanden zijn.

176 Ten aanzien van een pistool zou er derhalve sprake kunnen zijn van een vermoeden van een gebrek als dat pistool bijvoorbeeld bij het op normale wijze afvuren explodeert in de hand van de schutter. Het feit dat een ander dan de schutter verwond wordt door een (in zijn richting afgevuurde) kogel, maakt het pistool in beginsel niet gebrekkig.

177 Zie ook het Franse recht in par. 3.2, met name noot 75.

178 Zo Schut 1974, nr. 45.

179 HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona), met name r.o. 4.2.

bestemming werd gebruikt.[180] Die laatste omstandigheid lijkt zeer sterk op de omstandigheid dat het product 'normaal gebruikt' moet zijn, hetgeen de eiser dient te bewijzen.[181] Moeten beide partijen dan hetzelfde feit bewijzen of ontkrachten?[182]

Het verschil tussen beide zou hierin gelegen kunnen zijn dat de eiser het gebruik in concreto, op het moment van het voorval, dient te bewijzen, terwijl de producent moet bewijzen dat het product voor die tijd al voor een ander doel gebruikt was. De producent dient aan te tonen dat voordat het product de consument bereikte, er ergens een gebrek ontstaan is. De vraag is alleen of wij dan niet weer terug zijn bij de stelling dat het gebrek nog niet bestond op het moment van het in het verkeer brengen, hetgeen de gedaagde toch al moest bewijzen?[183] Mijns inziens is dat niet het geval. Het gaat hier om de periode tussen het in het verkeer brengen van het product en het gebruik ervan door de consument die uiteindelijk schade leed. De producent dient te bewijzen dat er bij het in het verkeer brengen geen gebrek bestond én dat in die tussenliggende periode een gebrek ontstaan is door 'slecht gebruik' van het product door een ander dan de gelaedeerde. De gelaedeerde draagt (enkel) het bewijsrisico ten aanzien van de vraag of hij zelf het product op normale wijze gebruikte. Gezien het gebrek aan kennis bij de eiser over de tussenliggende periode, lijkt mij dit alleszins redelijk.

Het *Engelse* productaansprakelijkheidsrecht op basis van 'negligence' begon met de zaak *Donoghue* v. *Stevenson*.[184] De eiser in die zaak werd ziek na het drinken van bier uit een fles waarin zich ook de resten van een slak bevonden. Dat betekende onder het toenmalige Engelse recht niet automatisch dat ook schadevergoeding verkregen kon worden. Mrs. Donoghue had het bier namelijk niet zelf gekocht; dat had een vriendin gedaan. Daardoor was niet voldaan aan het 'privity'-vereiste. Vandaar dat zij de fabrikant aansprak op basis van 'negligence'. De vraag rees of de fabrikant een 'duty of care' heeft ten opzichte van de uiteindelijke gebruiker. Het House of Lords meent van wel:[185]

> 'a manufacturer of products which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him, with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that

180 Zie ook Van Boom, A & V 1994, p. 46; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 152. Ik ga ervan uit dat deze omstandigheden de bijzondere omstandigheden zijn waarna de Hoge Raad verwees in het eerder geciteerde deel van zijn uitspraak, omdat anders onduidelijk blijft wat daarmee dan bedoeld werd.

181 Vergelijk ook HR 15 maart 1996, NJ 1996, 435 (Ateliers Belges Réunies/Kuijt), r.o. 3.3.3, waaruit blijkt dat het bewijsrisico ten aanzien van het 'juist en zorgvuldig gebruik' van het product op de eiser rust, hoewel er in casu een vermoeden ten gunste van de eiser werd aanvaard.

182 Ook Spier wijst op deze schijnbare inconsistentie, zie Spier/Bolt 1996, p. 241, maar later stelt hij (Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 143) dat de producent dient te bewijzen dat er van 'normaal gebruik' geen sprake was. Dat is mijns inziens niet verenigbaar met het oordeel van de Hoge Raad.

183 Zo ook Hof Amsterdam 27 augustus 1998, VR 1999, 67 (Steifensand/Vos), r.o. 4.18.

184 *Donoghue* v. *Stevenson* [1932] A.C. 562.

185 *Donoghue* v. *Stevenson* [1932] A.C. 562, op p. 599.

> the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.'

Het is aan de eiser om te bewijzen dat de gedaagde het product vervaardigde. Ook 'negligence', de absentie van een voldoende mate van 'reasonable care', moet door de eiser bewezen worden.[186]

In het kader van die bewijslevering is de vraag gerezen of het leerstuk van *res ipsa loquitur* ingeroepen kan worden. In *Donoghue* v. *Stevenson* werd namelijk ook gezegd dat er in een zaak als deze geen vermoeden van 'negligence' bestond en dat er geen rechtvaardiging was om de leer van *res ipsa loquitur* toe te passen.[187] Markesinis en Deakin leiden hieruit af dat er normaal gesproken geen beroep op dit leerstuk mogelijk is. Percy en Walton menen echter dat het uitsluiten van *res ipsa loquitur* te ver gaat en dat die doctrine gewoon toe te passen is indien aan de voorwaarden ervoor voldaan is. Miller en Lovell stellen dat er met vermoedens gewerkt mag worden, ongeacht of aan de vereisten van *res ipsa loquitur* voldaan is.[188] Ik zie geen enkele reden waarom het House of Lords voor alle toekomstige gevallen de toepassing van dit leerstuk zou hebben willen uitsluiten. Mijns inziens wilden de Lords alleen aangeven dat er in deze zaak geen rechtvaardiging voor de toepassing van *res ipsa loquitur* bestond.[189]

In een van de eerste opvolgers van *Donoghue*, de zaak *Grant* v. *Australian Knitting Mills*,[190] werd het gebruik van vermoedens dan ook mogelijk geacht. Overwogen werd dat de onzorgvuldigheid van de producent aanwezig was 'aanvullende stelplicht a matter of inference from the existence of the defects'. Met het bewijs van een defect is de onzorgvuldigheid van de producent derhalve gegeven.[191] In die zaak werd ook beslist dat de eiser niet de exacte persoon die de fout maakte, hoeft aan te wijzen en dat de eiser niet hoeft te specificeren wat die persoon precies fout deed. De eiser dient wel aan te tonen dat het product defect was toen het in het verkeer gebracht werd. Bewijs dat het defect niet later ontstaan is, volstaat daarbij.[192]

---

186 Onder andere Salmond & Heuston 1996, p. 303; Charlesworth & Percy 1997, 14-70; Winfield & Jolowicz 1998, p. 334, en Markesinis/Deakin 1999, p. 562 en 587.

187 *Donoghue* v. *Stevenson* [1932] A.C. 562, op p. 622.

188 Respectievelijk Markesinis & Deakin 1999, p. 562 en 587 (hoewel een 'gewoon' vermoeden wel mag worden aangenomen), Percy & Walton, in: Charlesworth & Percy 1997, 5-94 en 14-70, en Miller & Lovell 1977, p. 276.

189 Zo ook Salmond & Heuston 1996, p. 303. Dat stemt ook overeen met het feit dat de rechtsvraag of er een 'duty' bestond beslist werd los van de vraag met betrekking tot het bewijs of die 'duty ook feitelijk geschonden was, zie Charlesworth & Percy 1997, 14-49 *in fine*. Cane 1999, p. 77, stelt dat *res ipsa loquitur* op dit terrein juist uitermate belangrijk is.

190 *Grant* v. *Australian Knitting Mills* [1936] A.C. 85.

191 Zie ook Jolowicz, CLJ 1987, p. 16; Salmond & Heuston 1996, p. 303; Winfield & Jolowicz 1998, p. 334, en Taylor, ICLQ 1999, p. 424, doch schijnbaar anders Markesinis/Deakin 1999, p. 587.

192 Charlesworth & Percy 1997, 14-71 en 14-72. Vergelijk ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 332.

Naar Engels recht is in bepaalde gevallen ook een vordering op basis van een 'breach of a statutory duty' mogelijk. Daarbij is van belang dat sec. 41 (1) Consumer Protection Act 1987 deze vordering open stelt.[193] Een 'breach' van een van de veiligheidsmaatregelen uit die wet kan derhalve civielrechtelijke gevolgen hebben. Daarbij hoeft de eiser geen 'negligence' van de producent te bewijzen. Wel dient de schending van de norm aangetoond te zijn.[194] Aansprakelijkheid op basis van 'breach of a statutory duty' is een vorm van 'strict liability' die ook ingeroepen kan worden door een 'innocent bystander' die schade geleden heeft.[195]

Naar *Frans* recht is het overeenkomstenrecht van groot belang, zoals we zagen in paragraaf 3.[196] Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht heeft echter wel een functie bij de eventuele aansprakelijkheid van de producent ten opzichte van een derde, iemand die zich niet in de contractuele keten met de producent bevindt. Daarbij kan gedacht worden aan iemand die een fles frisdrank uit de koelkast van een vriend, die de fles kocht, pakt en door een gebrek in die fles schade lijdt. Overigens dient wel opgemerkt te worden dat de schending van een 'obligation de sécurité' tegenwoordig ook door een derde ingeroepen kan worden. Het gaat dan om aansprakelijkheid gebaseerd op de schending van een contractuele verbintenis.[197] Hetgeen ik in paragraaf 3.2 over de bewijsrisicoverdeling bij zo'n 'obligation' schreef, geldt ook hier.

De eerste delictuele vordering die open staat, is die op basis van art. 1382 Cc. Voor aansprakelijkheid is een 'faute'' vereist. Die 'faute' dient de eiser te bewijzen, hetgeen de vordering kan 'verlammen',[198] maar vermoedens kunnen behulpzaam zijn bij de bewijslevering.[199] Verder is van belang dat de rechtspraak aanneemt dat het enkele feit van het in het verkeer brengen van een defect product dat een gevaar oplevert, een 'faute' constitueert.[200] Ook het niet informeren over de gevaren van een product is in beginsel onrechtmatig.[201]

Ten tweede is er de vordering op basis van art. 1384 al. 1 Cc. Dat artikel bepaalt dat de 'gardien' aansprakelijk is voor schade door zaken die hij onder zijn

193 Zie bijvoorbeeld Chitty (Guest & Harris) 1994, 41-108; Salmond & Heuston 1996, p. 293; Charlesworth & Percy 1997, 14-38; Markesinis/Deakin 1999, p. 572.

194 Zie bijvoorbeeld Charlesworth & Percy 1997, 11-45.

195 Atiyah/Adams 1995, p. 250-251; Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 11-25.

196 Binnen de contractuele keten kan alleen op basis van het overeenkomstenrecht geageerd worden, zie Civ. 2e, 30 novembre 1988, RTD Civ. 1989, 323 (obs. Jourdain).

197 Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain); Carbonnier 1996, no. 266.

198 Viney, Rodière-bundel 1981, p. 345. Zie ook J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 27; Overstake, RTD Civ. 1972, p. 507 en 508.

199 Over die vermoedens, Overstake, RTD Civ. 1972, p. 509.

200 Zie Civ. 1re, 18 juillet 1972, Bull. Civ. II, no. 189, en Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain), waarover Viney, JCP 1995, éd. G., I, 3853, p. 268. Vergelijk ook Huet 1987, no. 94; Viney, D. 1998, Chron. 298; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-2, no. 17 en 26, en Fasc. 436-1, no. 12; Lambert-Faivre 1996, no. 679; De Courreges 1997, p. 150; Revel, RTD Com. 1999, p. 319.

201 Zie bijvoorbeeld Civ. 1re, 5 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 71, en Viney, Rodière-bundel 1981, p. 346.

hoede heeft. Nu is het natuurlijk zo dat de producent het product niet meer onder zijn hoede heeft zodra hij het in het verkeer brengt. In principe wordt de koper dan de 'gardien'.[202] Dientengevolge zou art. 1384 al 1 Cc in gevallen van productaansprakelijkheid geen rol kunnen spelen, hetgeen voor de slachtoffers niet gunstig zou zijn. Art. 1384 al. 1 Cc creëert namelijk een 'présomption de responsabilité', zodat de eiser geen 'faute' van de gedaagde hoeft te bewijzen. Bovendien is het aantonen van de afwezigheid van een 'faute' door die gedaagde onvoldoende om aansprakelijkheid te vermijden. Het 'vermoeden' kan alleen ontkracht worden door bewijs van overmacht, zoals een fout van een derde of een fout van de eiser zelf.[203]

Om de sterke bescherming van art. 1384 al. 1 Cc toch te kunnen benutten, wordt er wel een onderscheid gemaakt tussen twee soorten 'gardiens': de 'gardien de la structure' en de 'gardien du comportement'. De eerste is verantwoordelijk voor interne gebreken van de zaak, de tweede voor het gebruik van de zaak.[204] De producent blijft in deze visie de 'gardien de la structure', ook na het in het verkeer brengen van het product, zodat art. 1384 Cc wel toepasselijk is. Zodoende rust er op hem een vermoeden van aansprakelijkheid, tenzij het defect geen intern gebrek was. Echter, de rechtspraak gaat ook uit van het vermoeden dat een intern gebrek de oorzaak was.[205] De producent dient dat vermoeden te ontkrachten. Verder is nog van belang dat de eiser wel dient aan te tonen dat de gedaagde (nog steeds) 'gardien de la structure' was.[206]

Er bestaan echter enkele belangrijke beperkingen op het bereik van deze leer, waardoor de mogelijkheden voor toepassing ervan zeer beperkt blijven.[207] Deze leer ziet namelijk alleen op producten waarvan de 'structure' van het 'comportement' gescheiden kan worden.[208] Bovendien mag het niet zo zijn dat de gebruiker in staat is zelf het intern functioneren van het product te onderzoeken.[209] Op basis van deze twee voorwaarden wordt dit leerstuk alleen toegepast op producten die 'un dynamisme susceptible de se manifester dangereusement' hebben, zoals brandbare producten of producten die kunnen ontploffen (flessen).[210] De mogelijkheden om art. 1384 al. 1 Cc te benutten, zijn recentelijk nog verder

202 Zie Lambert-Faivre 1996, no. 679; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 22.
203 Zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 464, en over art. 1384 al. 1 Cc ook par. IV.2.4; Malaurie/Aynès 1996, no. 189 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 628 e.v.
204 Lambert-Faivre 1996, no. 679; Viney/Jourdain 1998, no. 691 e.v.; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 22 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3671.
205 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3676.
206 Waardoor de bron van het defect ('structure' of 'comportement') alsnog aangetoond dient te worden, zie J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 28.
207 Zie Durry, RTD Civ. 1972, p. 140, en Carbonnier 1996, no. 263 *in fine*.
208 Malaurie/Aynès 1996, no. 203.
209 Zie Durry, RTD Civ. 1972, p. 140.
210 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 5 juin 1971, D. 1971, Somm. 191, en Durry, RTD Civ. 1972, p. 139-140; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3674; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 26.

ingeperkt doordat de Franse rechter de nadruk heeft gelegd op de 'obligation de sécurité', waardoor alleen een contractuele vordering mogelijk is indien een product de veiligheid van de gebruiker in gevaar brengt. Tevens wijs ik er nogmaals op dat ook het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht tegenwoordig richtlijnconform wordt uitgelegd. Gevolg daarvan is dat vooralsnog onzeker is hoe de hier behandelde grondslagen zich verhouden tot de aansprakelijkheid op basis van de artt. 1386-1 e.v. Cc.[211]

Het *Duitse* recht inzake de delictuele productaansprakelijkheid, waarbij met name de vordering op basis van § 823 Abs. I BGB van belang is,[212] vereist een onzorgvuldige gedraging van de producent. Het enkele in het verkeer brengen van een gebrekkig product is onvoldoende. De producent dient een 'Verkehrspflicht' geschonden te hebben.[213] Beslissend is dus diens gedrag. De producent dient ter voorkoming van schade al die maatregelen te nemen die 'erforderlich' en 'zumutbar' zijn.[214]

De aansprakelijkheid op basis van § 823 Abs. I BGB heeft een flinke duw in de rug gekregen door de *Hühnerpest*-uitspraak van het Bundesgerichtshof.[215] Het belang van die uitspraak ligt in de eerste plaats in de daarin aanvaarde omkering van het bewijsrisico ten aanzien van het 'Verschulden' en de 'objektiven Pflichtwidrigkeit'.[216] De kern van het arrest luidt:[217]

> 'Wird jemand bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses dadurch an einem der in § 823 Abs. I BGB geschützten Rechtsgüter geschädigt, daß dieses produkt fehlerhaft hergestellt war, so ist es Sache des Herstellers, die Vorgänge aufzuklären, die den Fehler verursacht haben, und dabei darzutun, daß ihn hieran kein Verschulden trifft. (...) Dieser Beweisregel greift freilich erst ein, wenn der Geschädigte nachgewiesen hat, daß sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers, und zwar durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist.'

---

211 Zie over deze twee aspecten par. 3.2.

212 Op basis hiervan is in bepaalde gevallen ook een vordering wegens 'Eigentumsverletzung' mogelijk, zie BGH MDR 1998, 842 (Anm. Lenz); Schlechtriem 1991, Rdn. 93; Larenz 1986, p. 71 e.v.;Katzenmeier, NJW 1997, p. 486 e.v.; Graf von Westphalen, MDR 1998, p. 805 e.v.; Kullmann, NJW 1999, p. 96-97, en Franzen, JZ 1999, p. 702 e.v.

213 Zie bijvoorbeeld Kötz 1998, Rdn. 445 en 450; Foerste 1997, § 24, Rdn. 1; Larenz 1986, p. 82 en 85; Winkelmann, MDR 1989, p. 16; Wieckhorst, VersR 1995, p. 1005 en 1009.

214 Foerste 1997, § 24, Rdn. 1; Wieckhorst, VersR 1995, p. 1006-1007. Wat dat in concreto betekent, kan hier niet uitgewerkt worden, zie daarover het overzicht bij Foerste 1997, § 24.

215 BGHZ 51, 91. Door deze uitspraak is het belang van § 831 BGB op dit terrein sterk afgenomen. Ik ga daaraan dan ook voorbij. Ik ga ook voorbij aan § 826 BGB, waarover par. IV.2.5. De eiser dient dan het opzettelijke karakter van de handeling te bewijzen, net zoals de 'Mangel' van het product, de schade en het causale verband. Vergelijk verder Foerste 1997, § 35 en 36.

216 Zie par. 4.5, en ten aanzien van de 'Pflichtwidrigkeit' expliciet BGH VersR 1996, 1116, op p. 1117; BGH VersR 1999, 456, en onder andere Kullmann, NJW 1997, p. 1753.

217 Zie BGHZ 51, 91, op p. 102 en 105.

Ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling met betrekking tot de 'Fehler' van het product, verandert deze uitspraak niets. De eiser dient te bewijzen dat er een 'Produktmangel' aanwezig was, dat het product niet de benodigde veiligheid bood.[218] Dat bewijs kan lastig te leveren zijn, bijvoorbeeld als het product ontploft of verbrand is. De leer van het 'Anscheinsbeweis' kan hier eventueel 'verlichting' brengen, bijvoorbeeld indien een fondue-pan bij normaal gebruik ontploft.[219] Ook via het 'Indizienbeweis' kan de bewijsvoering verlicht worden. Zo zal het remsysteem van een auto waarschijnlijk een gebrek hebben gehad als een ervaren chauffeur een ongeluk overkomt en er geen remsporen gevonden worden.[220]

Daarnaast dient de eiser aan te tonen dat deze 'Mangel' in het 'organisatie- en gevaarbereik' van de producent ontstaan is. Dat betekent feitelijk dat de eiser dient aan te tonen dat het gebrek al bestond bij het in het verkeer brengen van het product en dat de aangesprokene het product daadwerkelijk vervaardigd heeft.[221] Als echter vaststaat dat de zogenaamde 'Befundsicherungspflicht' geschonden is, kan het bewijsrisico op dit vlak omgekeerd worden. De eiser hoeft dan niet te bewijzen dat het gebrek binnen het 'gevaarbereik' van de producent ontstaan is.[222] De 'Befundsicherungspflicht' houdt in dat de producent verplicht is het product uitgebreid te testen en de bevindingen daarvan te documenteren, zodat de defecte exemplaren van het product ontdekt kunnen worden.[223] Een dergelijke plicht rust bijvoorbeeld op degene die statiegeldflessen opnieuw vult.[224] De grondslag voor deze regel, die kritisch ontvangen is,[225] is gelegen in de 'goede

---

218 Zie BGH VersR 1972, 149, op p. 149-150, en bijvoorbeeld BGH NJW 1998, 162, op p. 163; Larenz 1986, p. 86; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 13; Arens, ZZP 1991, p. 124; Deutsch 1995, Rdn. 284; Möllers 1996, p. 310; Kötz 1998, Rdn. 451 en 456; Von Bar 1999, Rdn. 277; Kullmann, NJW 1999, p. 101. Over de term 'Produktmangel', Foerste 1997, § 30, Rdn. 18. Dit geldt ook bij een 'Instruktionsfehler', maar daarbij bestaat dan wel het voordeel dat waarschuwingen op ruime schaal gegeven dienen te worden. De producent moet zich op de 'am wenigsten informierten' richten en de aard van het gevaar omschrijven, aldus BGH NJW 1994, 932, op p. 933. Zo'n zware norm maakt het aantonen van een 'Verletzung' makkelijker.

219 Zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 24-27, en bijvoorbeeld OLG Dresden VersR 1999, 456, op p. 458, hoewel 'Anscheinsbeweis' daar niet aanvaard werd; Arens, ZZP 1991, p. 124; Weitnauer, FS Larenz 1973, p. 913, en Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 15, die hiervan weinig heil verwacht.

220 Zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 28.

221 Zie bijvoorbeeld BGH NJW 1993, 528; Foerste 1997, § 30, Rdn. 19, 30 en 34; Von Bar 1999, Rdn. 277; Kötz 1998, Rdn. 453; Möllers 1996, p. 315; Kullmann, NJW 1999, p. 101; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 15; Larenz 1986, p. 86; Winkelmann, MDR 1989, p. 17.

222 BGH NJW 1988, 2611 (Anm. Reinelt); BGH NJW 1993, 528, op p. 529; Foerste 1997, § 30, Rdn. 36 e.v.; Kullmann, NJW 1994, p. 1704; Kullmann, NJW 2000, p. 1916. Zie ook Kötz 1998, Rdn. 453; Groß, VersR 1996, p. 658; Möllers 1996, p. 107-108, 168, en 316; Baumgärtel 1996, Rdn. 492 e.v.; Baumgärtel, FS Walder 1994, p. 143 e.v.; Arens, ZZP 1991, p. 131 e.v.; Winkelmann, MDR 1989, p. 16 e.v.; Schmidt-Salzer, PHi 1988, p. 146 e.v. Dat aan deze plicht niet voldaan is, dient de eiser echter te bewijzen, zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 38; Baumgärtel 1996, Rdn. 502.

223 BGH NJW 1995, 2162. Zie ook Foerste 1997, § 30, Rdn. 37. Het bestaan van een dergelijke plicht is echter zeldzaam, aldus Kullmann, PHi 1989, p. 121 en 123, en Kullmann, NJW 2000, p. 1916.

224 Zo bijvoorbeeld BGH NJW 1995, 2162. Zie hierover ook Groß, VersR 1996, p. 658; Kullmann, NJW 2000, p. 1916; Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 429-430.

225 Zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 41, met verdere verwijzingen.

trouw' van § 242 BGB: de producent mag zich niet op een feitelijke onzekerheid beroepen als hij die onzekerheid zelf had kunnen vermijden door de producten vooraf te testen en de bevindingen daarvan te documenteren.[226]

Als deze bewijsrisico-omkering niet toegepast kan worden, kan eventueel nog de leer van het 'Anscheinsbeweis' zijn diensten verlenen. Indien vaststaat dat het product een 'Mangel' had, dan zal immers veelal ook duidelijk zijn dat deze alleen bij de productie ontstaan kan zijn.[227] Met betrekking tot de stelplicht van partijen is nog van belang dat de gedaagde in elk geval gehouden is gemotiveerd aan te geven welke maatregelen hij genomen heeft. Op de producent rust derhalve een 'aanvullende stelplicht'. Afhankelijk van de mate van substantiëring door de gedaagde, is de stelplicht van de eiser dan lichter of zwaarder.[228]

Ook § 823 Abs. II BGB biedt mogelijk een grondslag voor aansprakelijkheid van de producent. Het is dan wel noodzakelijk dat er een 'Schutzgesetz' geschonden is,[229] hetgeen de benadeelde dient te bewijzen. Daarbij kan het gebeuren dat een nalaten bewezen dient te worden. Om dan enigszins aan het zware bewijsrisico van de eiser tegemoet te komen, rust er op de producent een verzwaarde stelplicht. Een omkering van het bewijsrisico komt alleen in aanmerking als de geschonden plicht er juist toe strekte om bepaalde omstandigheden op te kunnen helderen en zulks nu niet meer mogelijk is. Ook het 'Anscheinsbeweis' kan behulpzaam zijn.[230]

4.3 Schade

Het *Nederlandse* recht kent op dit terrein geen apart te vermelden ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs van schade. De eiser dient het bestaan en de omvang van de schade te stellen en te bewijzen.[231] Ook naar *Frans* onrechtmatige daadsrecht dient de eiser de schade te bewijzen in gevallen van productaansprakelijkheid.[232]

Hetzelfde geldt ten aanzien van het *Engelse* recht, maar daarbij dient wel nog opgemerkt te worden dat bij schade die zuiver economisch van aard is, minder snel aangenomen wordt dat een vordering op basis van een 'breach' van een

226 Zie BGH NJW 1988, 2611, op p. 2613; Kullmann, PHi 1989, p. 122, en Foerste 1997, § 30, Rdn. 40. Ook wordt aangesloten bij het feit dat eenzelfde plicht op de arts rust, zie daarover Giesen 1999, p. 117 e.v. Volgens Baumgärtel 1996, Rdn. 507, is deze bewijsrisico-omkering geboden gezien het doel van de toe te passen norm.

227 Foerste 1997, § 30, Rdn. 42. Dat geldt echter niet steeds, zie BGH NJW 1993, 528.

228 Zie BGH NJW 1993, 528, op p. 529.

229 Daarbij kan de inwerkingtreding van de Produktsicherheitsgesetz uit 1997 van belang zijn, omdat een aantal bepalingen daarvan als 'Schutzgesetz' te kwalificeren is. In die wet zijn normen opgenomen waaraan bepaalde producten minimaal moeten voldoen. Zie verder Nickel, VersR 1998, p. 948 e.v., met name p. 952.

230 Zie hierover Foerste 1997, § 34, Rdn. 3-5, en in algemene zin par. IV.2.5.

231 Zie bijvoorbeeld De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 18.

232 Zie onder andere Malaurie/Aynès 1996, no. 243; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-2, no. 27, en Fasc. 436-3, no. 7.

wettelijke plicht mogelijk is. De vordering op basis van 'negligence' kan in principe helemaal niet tot vergoeding van puur economische schade leiden.[233] Het gaat bij 'pure economic loss' om schade die geheel onafhankelijk van letselschade optreedt. Zulke schade is alleen op basis van 'negligence' te verhalen als het principe uit *Hedley Byrne & Co. Ltd.* v. *Heller & Partners*[234] en de daarop volgende rechtspraak toepasselijk is.[235] Volgens die rechtspraak is zuivere vermogensschade wel via een vordering op basis van 'negligence'te verhalen, indien, kort gezegd, de gelaedeerde in 'a special relationship of proximity' tot de gedaagde staat, waardoor er een plicht tot het behoeden van de eiser voor deze schade ontstaan is, en die vergoeding bovendien 'just, fair and reasonable' is.[236]

Op basis van § 823 Abs. I BGB is de aansprakelijke persoon naar *Duits* recht gehouden om alle schade aan de in die bepaling genoemde rechtsgoederen te vergoeden. Puur economische schade die niet het gevolg is van een rechtsgoedaantasting, kan in beginsel echter niet via § 823 Abs. I BGB verhaald worden.[237] Over de vraag of een rechtsgoed aangetast is, wordt overigens niet al te moeilijk gedaan. Het beperkt worden in het gebruik waarvoor de zaak bestemd is, is al voldoende om een 'Eigentumsverletzung' aan te kunnen nemen.[238] Het bewijsrisico ten aanzien van het bestaan van de schade rust op de eiser.[239] Een mogelijke 'Beweiserleichterung' is gelegen in de toepassing van § 287 ZPO, waarop eerder ingegaan werd.[240] Hetzelfde geldt bij een vordering gebaseerd op § 823 Abs. II BGB, al is vergoeding van zuivere vermogensschade dan eerder mogelijk.[241]

4.4 Causaal verband

Volgens de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling ligt in *Nederland* het bewijsrisico met betrekking tot het causale verband bij de eiser,[242] maar ook hier is de invloed van het arrest *Leebeek-Vrumona*[243] voelbaar. Als de eiser het 'normale gebruik'

233 Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 1-30 en 11-23; Markesinis/Deakin 1999, p. 561 en 594; Winfield & Jolowicz 1998, p. 256-257. Via het overeenkomstenrecht is zuivere vermogensschade wel verhaalbaar. Schade aan andere zaken die niet zuiver economisch is, is wel vergoedbaar via 'negligence', zie Markesinis/Deakin 1999, p. 594; Winfield & Jolowicz 1998, p. 335.

234 *Hedley Byrne & Co. Ltd.* v. *Heller & Partners* [1963] 2 All ER 575.

235 Zie hierover onder andere *Caparo Industries plc* v. *Dickman* [1990] 1 All ER 568; *Murphy* v. *Brentwood District Council* [1990] 2 All ER 908; *Spring* v. *Guardian Assurance plc* [1994] 2 All ER 129; *Henderson* v. *Merret Syndicates Ltd.* [1994] 3 All ER 506; *White* v. *Jones* [1995] 1 All ER 691; *Williams* v. *Natural Life Health Foods Ltd. and Mistlin* [1998] 2 All ER 577, en Giesen 1999, p. 9-10.

236 Zie met name *Caparo Industries plc* v. *Dickman* [1990] 1 All ER 568.

237 Zie Foerste 1997, § 19, Rdn. 2, waartegen Canaris, FS Larenz 1983, p. 100-101.

238 BGH JZ 1994, 574 (Anm. Brüggemeier). Zie ook de literatuur in noot 212.

239 Zie bijvoorbeeld Foerste 1997, § 30, Rdn. 19; Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 30.

240 Zie Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 32; Arens, ZZP 1991, p. 124, en par. IV.2.5.

241 Zie bijvoorbeeld Kötz 1998, Rdn. 172.

242 Zie bijvoorbeeld De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 18, doch tevens de tekst voor en noot 248.

243 Zie HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona), en het citaat in par. 4.2.

van het product aangetoond heeft, staat volgens dat arrest immers niet alleen het gebrek vast, maar ook het feit dat dat gebrek de oorzaak van de schade was, opnieuw behoudens tegenbewijs. Dat is logisch, want het betreft hier een geval van *res ipsa loquitur*. Ik heb eerder aangegeven dat dan met het vermoeden van onrechtmatigheid ook het causale verband vaststaat.[244] Daarnaast geldt ten aanzien van het causale verband een bewijsrisico-omkering indien door de schending van een veiligheidsnorm het risico van schade verhoogd is en dat risico zich daadwerkelijk verwezenlijkt heeft. Dat is van belang, want in gevallen van productaansprakelijkheid zal regelmatig zo'n veiligheidsnorm geschonden zijn.[245]

In dit kader rijst ook de vraag naar het bewijs van causaal verband bij de schending van een informatieplicht. Naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dient de eiser dit causale verband aan te tonen.[246] Bij instructiefouten betekent dat dat de eiser moet bewijzen dat de instructie gelezen en gevolgd zou zijn als deze verstrekt zou zijn. De moeilijkheid zit in dat 'zou'. Het gaat hier om een hypothetische situatie waarin het beslissen van de zaak meestal neerkomt op het toedelen van het risico aan de producent of de consument, want daadwerkelijk te bewijzen zijn deze stellingen veelal niet.[247] Zoals gezegd ligt dat risico in beginsel bij de consument.

Het is echter goed verdedigbaar dat de rechtspraak met betrekking tot informatieplichten zal uitgaan van de regel dat indien door het verzuim het risico van schade vergroot is en die schade zich verwezenlijkt heeft, het causale verband behoudens tegendeelbewijs aangenomen mag worden. Die regel werd immers in zeer algemene bewoordingen aanvaard in een procedure tegen een notaris die niet aan zijn informatieplicht voldaan had en in algemene zin bevestigd in een procedure tegen een psychiatrisch centrum.[248]

Met betrekking tot het causaliteitsvereiste is ook de uitspraak van het Hof Arnhem[249] in de *Halcion*-zaak interessant. Producent Upjohn stelde dat het gedrag van de artsen bij het voorschrijven van Halcion getoetst diende te worden. Als dat gedrag onzorgvuldig zou zijn, zou het causale verband doorbroken zijn. Het

244 Zie nader par. II.5.2.

245 Vergelijk bijvoorbeeld HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 nt. CJHB (Lekkende kruik III), hoewel daarin niet de aansprakelijkheid van de producent van de kruik aan de orde was, en verder de tekst voor en noot 248, en par. IV.2.2.

246 Zie ook Hof Arnhem 25 april 1995, TvC 1995, p. 213 (Halcion), waarin beslist werd dat het bewijs geleverd was.

247 Zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 105.

248 Zie HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), en HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), waarover nader par. IV.2.2. Zie echter Hof Den Bosch 13 november 1979, NJ 1980, 370 (Beatrix/Van Weleveld), waarin het bewijsrisico duidelijk bij de eiser ligt en er zelfs van een vermoeden te zijner nadeel (de waarschuwing zou niet gevolgd zijn), uitgegaan wordt. Ik kom hierop nog kort terug in par. 6.

249 Hof Arnhem 7 juli 1987, te kennen uit HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 nt. CJHB (Halcion). De A-G (Hartkamp) achtte de overwegingen van het Hof juist, zie zijn conclusie voor het arrest (sub 19). De Hoge Raad ging er niet op in.

Hof veegt dit betoog echter van tafel. Zelfs als de artsen onzorgvuldig handelden, is de schade in redelijkheid nog aan de producent toe te rekenen. Dat zou alleen anders zijn bij grove nalatigheid van de artsen. De stelplicht en het bewijsrisico dienaangaande rust op de gedaagde.

Als het over productaansprakelijkheid en causaal verband gaat, kunnen we eigenlijk niet om het *Des*-arrest heen. Des was immers een product en het causale verband was het probleem. De moeders van de eiseressen wisten immers niet meer van welke fabrikant de door hen gebruikte Des afkomstig was. Naar Nederlands recht is dan de regel over alternatieve causaliteit uit art. 6:99 BW toepasselijk.[250] De gevolgen daarvan voor de verdeling van het bewijsrisico zijn als volgt. De eiseressen dienen te stellen dat de betrokken producent het middel Des in het verkeer bracht en daarbij onrechtmatig handelde, dat andere producenten hetzelfde deden en dat de eiseressen dientengevolge schade geleden hebben, maar niet meer weten wie de gebruikte Des in het verkeer heeft gebracht. Dit alles dient na betwisting ook bewezen te worden door de eiseressen.[251] De producent mag daarna proberen te stellen en bewijzen dat de schade niet het gevolg is van het gebruik van Des uit zijn bedrijf. Dat bewijs zal echter niet te leveren zijn, tenzij een producent bijvoorbeeld kan aantonen in een bepaald deel van het land geen Des geleverd te hebben.

Het is de vraag hoe groot de betekenis van dit arrest voor het aansprakelijkheidsrecht zal zijn. Eenzelfde situatie zal zich mijns inziens niet snel voordoen. Over het algemeen streven producenten naamsbekendheid na en is het dus niet moeilijk te achterhalen wie het product op de markt bracht. De Des-zaak was bovendien extra gecompliceerd doordat de schade zich pas na enkele decennia openbaarde. Ook dat zal veelal anders zijn. verder lijkt nog relevant te zijn dat Des een volledig identiek product van meerdere producenten is. Normaal gesproken verschillen producten per producent, ook als ze dezelfde functie vervullen.[252]

Naar *Engels* recht dient de eiser aan te tonen dat het causale verband aanwezig was. Dat geldt ongeacht of het een vordering op basis van 'negligence' of op basis

250 Zie HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des). Ik ga hier niet uitgebreid in op kwesties van meervoudige veroorzaking, zie nader par. X.4.4.4, en over het Des-arrest ook nog par. XIV.3.3.8. Zie verder over de oorsprong en de voortgang van de Des-zaak het artikel van Koerts in *Vrij Nederland* van 11 december 1999, p. 20-23.

251 Ik wijs er voor de volledigheid nog op dat volgens art. 6:99 BW alle mogelijke veroorzakers onrechtmatig gehandeld moeten hebben en allen de gehele schade moeten hebben kunnen veroorzaken, zie PG Boek 6, p. 347, en bijvoorbeeld Hof Den Bosch 31 mei 1999, KG 1999, 266 (Staat/De Goey), maar dat het eerste vereiste in de Des-zaak afgezwakt werd.

252 Ik kan me voorstellen dat eenzelfde situatie zich zou kunnen voordoen bij een claim tegen tabaksfabrikanten (afgezien van de vraag of de regels van productaansprakelijkheid daarop wel van toepassing zijn), omdat de schade zich ook hier na langere tijd openbaart, er vele producenten waren en de producten (redelijk) identiek zijn. De meeste rokers weten echter wel welke merken ze gerookt hebben. Of dat dan ook helemaal te bewijzen is, is echter nog vraag twee. De 'meeroker' zal echter geen specifieke producent kunnen aanwijzen, zodat op dat vlak van een Des-achtige situatie gesproken zou kunnen worden. Zie hierover verder Buchner, VersR 2000, p. 31.

van een 'breach of a statutory duty' betreft.[253] Aantonen dat de 'cause' een 'material contribution' vormde, is daartoe voldoende.[254] Ook bij de schending van een waarschuwingsplicht dient het causale verband bewezen te worden door de eiser.[255]

Voorzover de leer van de 'gardien de la structure' van een product in een uitzonderingsgeval toegepast kan worden, geldt naar *Frans* recht op basis van art. 1384 al. 1 Cc een vermoeden van aansprakelijkheid. Daarin ligt besloten dat ook het causale verband tussen het defect en de schade in dit soort gevallen voorlopig vaststaat: de zaak wordt vermoed de oorzaak te zijn van de schade. De eiser hoeft dit niet afzonderlijk te bewijzen. Tegenbewijs leveren is echter toegestaan.[256] Zulks is bijvoorbeeld mogelijk indien het product een 'puur passieve rol' speelde. De producent dient dan aan te tonen dat het product niet het instrument was dat de schade met zich bracht.[257] Dat er geen contact is geweest tussen het product en het slachtoffer, is daarbij overigens niet per se voldoende.[258] Bij een vordering op basis van art. 1382 Cc dient het causale verband gewoon vastgesteld te worden. De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling legt de plicht daartoe bij de eiser,[259] maar als het defect een gevaar geschapen heeft en dat gevaar zich verwezenlijkt heeft, is daaraan vooralsnog voldaan.[260]

Naar *Duits* recht is voor een geslaagde vordering gebaseerd op § 823 Abs. I BGB noodzakelijk dat het causale verband is aangetoond. In principe wordt er hierbij niet aan de normale bewijsrisicoverdeling gesleuteld.[261] Een uitzondering op deze regel kan echter gemaakt worden bij een 'Verletzung' van de 'Befundsicherungspflicht'.[262] In zo'n geval mag het causale verband bij wege van vermoeden aangenomen worden,[263] maar men kan ook van een bewijsrisico-omkering

253 Zie *Bonnington Castings Ltd.* v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615, op p. 618; Newdick, LQR 1985, p. 421; Charlesworth & Percy 1997, 11-45.

254 Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 2-06; Hart/Honoré 1985, p. 410; Charlesworth & Percy 1997, 5-28. Hoe gevallen van alternatieve causaliteit opgelost worden, is nog onduidelijk, zie Von Bar 1996, Rdn. 323; Hart/Honoré 1985, p. 423-425; Charlesworth & Percy 1997, 5-80 e.v.; Newdick, LQR 1985, p. 424 e.v. (die pleit voor marktaandeelaansprakelijkheid, p. 428).

255 Zie *Donoghue* v. *Stevenson* [1932] A.C. 562, op p. 622, en Miller & Lovell 1977, p. 273, en 277-278.

256 Zie hierover Viney/Jourdain 1998, no. 661 e.v.; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 819; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-1, no. 39. Anders: De Courreges 1997, p. 150.

257 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3686.

258 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3638. Zie hieromtrent verder par. IV.2.4.

259 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 816; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-1, no. 35, en Fasc. 436-2, no. 27. Gevallen van alternatieve causaliteit worden in Frankrijk via een bewijsrisico-omkering opgelost, zie Von Bar 1996, Rdn. 58.

260 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 12.

261 Zodat het bewijsrisico op de eiser rust, zie BGH BauR 1994, 524; OLG Frankfurt VersR 1994, 1118, op p. 1119; Möllers 1996, p. 315; Deutsch 1995, Rdn. 284; Larenz 1986, p. 86; Arens, ZZP 1991, p. 125; Foerste 1997, § 30, Rdn. 95; Kullmann, NJW 1997, p. 1753; Baumgärtel 1996, Rdn. 465. De consument dient ook aan te tonen dat het product normaal gebruikt is, zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 95, maar dit is vaak op basis van vermoedens aannemelijk (Rdn. 102).

262 Zie bijvoorbeeld BGH NJW 1988, 2611; BGH NJW 1993, 528; Foerste 1997, § 30, Rdn. 98; Groß, VersR 1996, p. 660; Baumgärtel 1996, Rdn. 492 e.v., en hiervoor par. 4.2.

263 BGH NJW 1988, 2611. Vergelijk ook Baumgärtel 1996, Rdn. 495.

uitgaan.[264] De eiser wordt in andere gevallen tegemoet gekomen door een ruimhartig gebruik van het 'Anscheinsbeweis'. De bij het 'Anscheinsbeweis' relevante levenservaring spreekt in het voordeel van een 'gebruik overeenkomstig de bestemming van het product' en dat leidt er toe dat indien veiligheidsvoorschriften geschonden zijn, het causale verband in principe gegeven is.[265]

De bewijsrisicoverdeling wijkt in Duitsland ook niet af van de normale regels als er een 'Instruktionsfehler' gemaakt is. De eiser dient aan te tonen dat de 'Hinweis' daadwerkelijk gevolgd zou zijn als die gegeven zou zijn.[266] Dit in tegenstelling tot de situatie waarin het om een 'vertragliche Aufklärungspflicht' gaat, want dan wordt het bewijsrisico wel omgekeerd.[267] Het is overigens wel zo dat - bijzondere omstandigheden daargelaten - de rechter er vanuit mag gaan dat een gegeven waarschuwing gevolgd zal worden. Het is derhalve toegestaan een feitelijk vermoeden van causaal verband aan te nemen dat door de producent ontkracht zal moeten worden.[268]

Ten aanzien van het causale verband na de schending van een 'Schutzgesetz' in de zin van § 823 Abs. II BGB, rust het bewijsrisico op de eiser.[269] Naast het gebruik van 'Anscheinsbeweis' is een verdere bewijsverlichting mogelijk indien de strekking van de norm gebiedt om het risico van een door de dader bewerkstelligde onzekere bewijspositie op de overtreder te leggen.[270]

Tot slot nog dit. Ook in Duitsland bestaat een wettelijke bepaling die het probleem van de alternatieve causaliteit regelt. § 830 Abs. I, Satz 2 BGB bepaalt dat indien niet vast te stellen is wie van de handelende personen de schade veroorzaakt heeft, allen aansprakelijk zijn. Voorwaarde is wel dat ieder volledig aansprakelijk zou zijn als hij de veroorzaker zou blijken te zijn.[271]

---

264 BGH NJW 1993, 528, op p. 529; Baumgärtel 1996, Rdn. 507; Arens, ZZP 1991, p. 133.

265 Zie Deutsch 1995, Rdn. 284, en verder Kullmann, NJW 2000, p. 1916-1917, en met voorbeelden Foerste 1997, Rdn. 99-103.

266 Zie BGHZ 116, 60, en BGH VersR 1999, 888, op p. 889. Zie ook Fahrenhorst, JuS 1994, p. 293; Von Bar 1980, p. 308; Kullmann, NJW 1997, p. 1753; Spindler, NJW 1999, p. 3741.

267 Zie par. 3.4, en voor een pleidooi voor gelijke behandeling van beide gevallen, Foerste 1997, § 30, Rdn. 107 (met een beroep op de bewijsrisicoverdeling bij de aansprakelijkheid van de arts voor informatieverzuim); Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 18; Tiedtke, FS Gernhuber 1993, p. 486, en dezelfde, PHi 1992, p. 139 en 145. Nu de informatieplicht ook hier bedoeld is om een geïnformeerde beslissing mogelijk te maken (Wieckhorst, VersR 1995, p. 1008), lijkt mij dit pleidooi gerechtvaardigd, zie ook Möllers 1996, p. 152, en 176-179, en verder par. 6.

268 BGHZ 116, 60, op p. 73; BGH VersR 1999, 888, op p. 889. Zie ook Kullmann, NJW 2000, p. 1917; Kullmann, NJW 1997, p. 1753; Deutsch 1995, Rdn. 284; Tiedtke, PHi 1992, p. 145; Lorenz, AcP 1970, p. 391.

269 Zie bijvoorbeeld OLG Frankfurt VersR 1994, 1118, op p. 1119, en Foerste 1997, § 34, Rdn. 10.

270 BGH NJW 1988, 2611. Vergelijk Foerste 1997, § 34, Rdn. 11 en 13.

271 Zie bijvoorbeeld BGH NJW 1994, 932, op p. 934; Deutsch 1995, Rdn. 61; Larenz/Canaris 1994, p. 570 e.v.; Foerste 1997, § 42, en par. X.4.4.4. Hünert, ERPL 1999, p. 473-474, meent dat deze bepaling (zie ook p. 463) niet toepasselijk is op Des-gevallen. Zo ook Müller, VersR 1998, p. 1185.

4.5 Toerekening (schuld)

Een bewijsrisico-omkering ten aanzien van 'schuld' (in de zin van verwijtbaarheid) is mijns inziens voor het *Nederlandse* recht aanvaard in het *Lekkende Kruik I*-arrest.[272] Het ging er namelijk om of aannemelijk was dat 'het niet aan de schuld van Jumbo te wijten was'. Een negatieve formulering, zodat de afwezigheid van schuld aannemelijk moet zijn. Er is hier naar mijn mening geen sprake van een vermoeden, maar van een echte omkering van het bewijsrisico.[273] Daarbij wordt de gedaagde overigens wel tegemoet gekomen doordat de Hoge Raad genoegen neemt met 'aannemelijkheid'.[274] Bij het leveren van het tegendeelbewijs zal de producent moeten stellen en bewijzen welke maatregelen hij genomen heeft of waarom hij de benodigde maatregelen niet kon nemen.[275]

Uit het arrest *Du Pont/Hermans*[276] kan mijns inziens niet afgeleid worden dat de verdeling van het bewijsrisico anders zou zijn dan hiervoor beschreven. Op basis van dat arrest concludeert Spier echter dat er hier van een bewijsrisico-omkering geen sprake is. Wel zou van de producent een gemotiveerde betwisting verwacht mogen worden. Spier lijkt derhalve wel het bestaan van een aanvullende stelplicht te aanvaarden.[277] Mijns inziens volgt dat echter niet uit het arrest. De formulering door de Hoge Raad duidt er veeleer op dat er in het geheel niet voldaan was aan het basale vereiste dat de stellingen van de wederpartij betwist dienen te worden. Er was in het geheel geen betwisting door Du Pont van de door Hermans gestelde 'schuld', zodat die schuld vaststond. Aan de vraag of een aanvullende stelplicht aangenomen zou moeten worden, kon daarom voorbij gegaan worden.[278] De vraag naar de bewijsrisicoverdeling ten aanzien van de schuld behoefde om

---

272 Zie HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 nt. HB (Lekkende kruik I) en de noot van Hijmans van den Berg onder het arrest. Het *Moffenkit*-arrest (HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 nt. GJS) was nog onduidelijk op dit punt, omdat de afwezigheid van schuld als verweer voor de producent gezien werd, maar tevens gesproken werd over het (positief) vast komen te staan van fouten.

273 Zo verdedigde ik eerder al, zie Giesen 1997, p. 118. Zo ook Schut 1997, p. 126; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 481 en 483; Klaassen 1991, p. 155; De Moor, JUVAT-Bundel 1991, p. 17; Faber 1991, p. 400, noot 25; Von Bar 1999, Rdn. 278, en, als ik het goed zie, Princen 1990, p. 141, en Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 135. Eerder al: Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 36. Anders nog: Schut 1974, nr. 48-49. De omkering van het bewijsrisico ten aanzien van schuld werd later ook toegepast door Hof Leeuwarden 21 december 1994, TvC 1995, p. 122 (Zee/Batavus). Vergelijk ook Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1995, TvC 1995, p. 207 (W./Hero).

274 Vergelijk Van der Grinten in AA 1973, p. 366; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 483.

275 Zoals ook ten aanzien van art. 1638x OBW bepaald werd, vergelijk HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas). Zie hierover Dommering-van Rongen 1991, p. 75, en Knottenbelt 1991, p. 22-23. Op de producent rust een onderzoeksplicht en een informatieplicht, zie Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 23-24, en de noot van Bloembergen onder HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool), sub 5 en 7.

276 HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans).

277 Zie Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 134 en 152. In die zin ook Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 118, hoewel zij op p. 120 lijken te concluderen dat de producent het bewijsrisico draagt.

278 Zulks volgt mijns inziens ook hieruit dat de Hoge Raad de bij aanvaarding van een aanvullende stelplicht normale terminologie ('aanknopingspunten verschaffen') in het geheel niet gebruikt.

dezelfde reden geen beantwoording. Over de bewijsrisicoverdeling heeft de Hoge Raad derhalve in het geheel geen uitspraak gedaan in dit arrest.

Ook Hartkamp, die de algemene gelding van deze bewijsrisico-omkering ontkent, en Knottenbelt, die aan het schuld-vereiste voorbij gaat omdat dat zijns inziens onder de onzorgvuldigheid geschaard dient te worden, gaan mijns inziens uit van een onjuiste opvatting.[279] Hartkamp erkent overigens elders wel dat de 'schuld' van de dader over het algemeen vermoed wordt aanwezig te zijn als de onrechtmatigheid vaststaat.[280] Knottenbelt meent dat het Nederlandse recht een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van de zorgvuldigheidsnorm kent, omdat hij onzorgvuldigheid en schuld vereenzelvigt.[281] Dat laatste wordt wel vaker verdedigd, maar de rechtspraak lijkt nog niet zo ver te zijn.[282] Schuld wordt in elk geval in gevallen van productaansprakelijkheid nog steeds als een zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid gezien.[283]

In paragraaf IV.2.3 werd al aangeven dat naar *Engels* recht bij een vordering op basis van 'negligence' de 'schuld' van de dader vaststaat als de 'breach of a duty of care' bewezen is. Bij schending van een wettelijke plicht geldt er een 'strict liability' zodat de verwijtbaarheid ook daar niet speelt. In *Frankrijk* ligt de verwijtbaarheid besloten in het begrip 'faute'. Als er een fout in de zin van art. 1382 Cc gemaakt is, is er ook 'schuld'. Bij de vordering op basis van art. 1384 al. 1 Cc is de aanwezigheid van een 'faute' niet nodig, zodat ook niet gevraagd wordt naar een eventueel aan de producent te maken verwijt.

Uit de belangrijke *Duitse Hühnerpest*-uitspraak[284] werd in paragraaf 4.2 al geciteerd. Als een 'Mangel' aangetoond is die uit het 'Organisations- und Gefahrenbereich' van de producent stamt, wordt het bewijsrisico met betrekking tot het 'Verschulden' en de 'Pflichtwidrigkeit' omgekeerd. De producent dient dan aan te tonen dat hij niet 'wederrechtelijk' handelde (objectief) of dat hem ten

279 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 202; Knottenbelt 1991, p. 8. Daarbij zij wel toegegeven dat de rechtspraak in deze nooit echt duidelijk is geweest, vergelijk Snijders, KwNBW 1984, p. 85.

280 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77. Zie ook Molenaar & Geselschap, A & V 1999, p. 5, en Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 118. Voor voorbeelden in deze context: Hof Den Bosch 16 april 1974, NJ 1974, 357 (Maaslandgas/De Marco), en Hof Den Haag 13 april 1973, NJ 1973, 439 (Chemproha/Kielliger).

281 Knottenbelt 1991, p. 14.

282 Zie hierover al par. IV.2.2, alsmede Sieburgh 2000, p. 88 e.v.

283 HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans) en HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool) zijn daarin vrij duidelijk. Vergelijk ook reeds Hof Amsterdam 27 juni 1957, NJ 1958, 104 (Ford/Den Ouden) en Hof Den Bosch 13 november 1979, NJ 1980, 370 (Beatrix/Van Weleveld), alsmede Kuiper, A & V 1997, p. 159-160; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 23-24; Bloembergen, noot onder HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool), sub 1 en 4.

284 BGHZ 51, 91. De hier te behandelen bewijsrisico-omkering geldt ook voor 'kleine' ondernemingen, zie BGH JR 1992, 501, op p. 502.

aanzien van dat handelen geen verwijt te maken valt (subjectief).[285] Deze omkering van het bewijsrisico steunt volgens het Bundesgerichtshof hierop dat de producent 'näher daran' is om het gebeurde op te helderen, want deze overziet het productieproces, organiseert dat proces en de controles. Voor de benadeelde is het daarentegen praktisch onmogelijk om de oorzaak op te helderen.[286]

Het voorgaande betreft voornamelijk de ontwerp- en fabricagegebreken.[287] Bij een instructiegebrek is allereerst van belang of het verwijt luidt dat bij het in het verkeer brengen van het product een waarschuwing gegeven had moeten worden, of dat het verwijt is dat de instructie op een later moment geven had moeten worden. In het eerste geval geldt dezelfde bewijsrisico-omkering als bij ontwerp- en fabricagefouten.[288] In het tweede geval geldt een beperktere bewijsrisico-omkering. De schending van de 'außere Sorgfalt', het objectieve deel van het 'Verschulden', dient dan door de eiser bewezen te worden. Als die daarin slaagt, is het aan de producent om aan te tonen dat hem dienaangaande niets te verwijten is, het subjectieve element.[289] Ten aanzien van een eventuele 'Produktbeobachtungsfehler' geldt dezelfde bewijsrisicoverdeling als bij instructiefouten.[290]

Ook § 823 Abs. II BGB vereist 'Verschulden' van de producent. De bewijsrisico-omkering die bij Abs. I van dat artikel aanvaard is, geldt hier niet.[291] In de *Hühnerpest*-zaak moest de producent die (ook) een 'Schutzgesetz' had overtreden, weliswaar het bewijs leveren dat hij daaraan geen schuld had, maar dat is later uitgelegd als een toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis'. Die leer zal overigens geregeld zijn diensten kunnen bewijzen.[292]

4.6 Disculpatie[293]

Als aan de voorgaande vereisten voor aansprakelijkheid voldaan is, staan voor de producent in *Nederland* nog een aantal verweermiddelen open. Dat het gebrek

285 Zie BGHZ 51, 91, en bijvoorbeeld BGH VersR 1996, 1116, op p. 1117; BGH VersR 1999, 456; Foerste 1997, § 30, Rdn. 46 e.v., en met name Rdn. 52. Dit wordt ook wel 'aussere' en 'innere Sorgfalt' genoemd, zie bijvoorbeeld Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 20. Zie ook Von Bar 1999, Rdn. 277; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 49; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 86f; Kullmann, NJW 1997, p. 1753; Deutsch 1995, Rdn. 284; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 25; Larenz 1986, p. 87; Lepa 1988, p. 35-36.

286 Steekwoorden zijn profijt, risicobeheersing en verzekerbaarheid, zie Foerste 1997, § 30, Rdn. 48.

287 Zie daaromtrent ook BGHZ 67, 359, op p. 362.

288 BGHZ 116, 60, op p. 73; BGH VersR 1999, 890, op p. 891. Zie ook Tiedtke, PHi 1992, p. 140; Foerste 1997, § 30, Rdn. 84; Kötz 1998, Rdn. 456-457; Kullmann, NJW 2000, p. 1917.

289 Vergelijk Foerste 1997, § 30, Rdn. 79; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 20; Arens, ZZP 1991, p. 126; Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 26; Tiedtke, FS Gernhuber 1993, p. 479-480; Tiedtke, PHi 1992, p. 140-144; Fahrenhorst, JuS 1994, p. 292-293; Deutsch 1995, Rdn. 284.

290 Foerste 1997, § 30, Rdn. 87. Hierover ook Spindler, NJW 1999, p. 3739.

291 Foerste 1997, § 34, Rdn. 2 en 6.

292 Hierover Foerste 1997, § 34, Rdn. 6-7.

293 Op overmacht ben ik in par. 3.6 al ingegaan. Ik doe dat hier niet opnieuw.

nog niet bestond bij het in het verkeer brengen van het product, zal de producent moeten bewijzen. Hetzelfde geldt voor het verweer dat het product niet volgens zijn bestemming gebruikt is en voor het verweer dat het gevaar niet eerder kon worden ontdekt.[294] Ook bij het verweer van eigen schuld (art. 6:101 BW) rust het bewijsrisico, conform de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, op de producent. Onder dat eigen schuld-verweer valt bijvoorbeeld de situatie dat de eiser wist of behoorde te weten van het gevaar.[295]

Ook in *Engeland* kan eigen schuld van de eiser de schadevergoedingsplicht geheel of gedeeltelijk opheffen. Daarvoor is bewijs dat de eiser van het defect op de hoogte was of kon zijn, vereist. Het bewijsrisico rust op de gedaagde.[296] Het is mogelijk dit verweer als een beroep op 'contributory negligence' te zien (de eiser kon het weten), maar het kan ook geschaard worden onder 'volenti non fit injuria', ofwel de vrijwillige aanvaarding van een risico (de eiser wist er daadwerkelijk van). Men kan dit echter ook zien als een ontkenning van het causale verband.[297] Ook daden van een derde kunnen dat causale verband doorbreken, maar dan moet dat gedrag wel 'grossly careless' zijn. Over het algemeen moet iemand die een (latent) gevaar schept er immers rekening mee houden dat een derde dat potentiële gevaar activeert.[298] De algemene 'contributory negligence'-regels zijn overigens ook van toepassing bij een 'breach of a statutory duty'.[299]

De *Franse* producent kan (ten dele) bevrijd zijn van zijn schadevergoedingsplicht indien een handeling van het slachtoffer een 'faute' oplevert, ook al was die handeling niet onvoorzienbaar en onweerstaanbaar. Het gedrag van die eiser moet wel als een fout te kwalificeren zijn; een niet-foutieve handeling is niet voldoende.[300] Als die fout de exclusieve oorzaak voor de schade was, is de producent geheel bevrijd. Aansprakelijkheid blijft echter deels bestaan indien de fout van het slachtoffer een van de oorzaken was.[301] Naar *Duits* recht is het 'Mitverschulden' onderworpen aan de al eerder behandelde (par. 3.6) regel van § 254 BGB.

294 Aldus HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona), zie par. 4.2.
295 Zie nader over eigen schuld, Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 121-122.
296 Zie Charlesworth & Percy 1997, 5-11.
297 Zie Miller & Lovell 1977, p. 291, en Charlesworth & Percy 1997, 14-73 e.v.
298 Zie Miller & Lovell 1977, p. 283-284. Gezien de *Donoghue* v. *Stevenson*-uitspraak ([1932] A.C. 562) is er nog een mogelijk verweer voor de producent gelegen in het aantonen dat er een 'reasonable possibility of intermediate examination' bestond. De enkele mogelijkheid van onderzoek is daartoe niet voldoende, maar de producent is wel bevrijd van aansprakelijkheid indien hij in redelijkheid een tussentijds onderzoek door een derde, zoals bijvoorbeeld een tussenhandelaar, mocht verwachten, zie Clerk & Lindsell (Tettenborn) 1995, 9-27 en 9-28.
299 Clerk & Lindsell (Brazier) 1995, 11-30 en 11-33.
300 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3687.
301 J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 366-2, no. 29.

De producent dient derhalve het 'Mitverschulden' en de oorzakelijke band met de schade te bewijzen.[302]

Naar *Nederlands* recht staat ook het 'ontwikkelingsrisico'-verweer open voor de producent. Dat verweer werd gehonoreerd door de Rechtbank Haarlem in de *Forbo*-zaak.[303] Indien naar de stand van de wetenschap in 1973 niet bekend was dat aan het verwijderen van asbesthoudende vloerbedekking gezondheidsrisico's verbonden waren, of indien niet bekend was dat die risico's onaanvaardbaar waren, is Forbo volgens de rechtbank niet aansprakelijk. Dat was het geval en dus ging de producent vrijuit.[304]

In *Engeland* wordt het 'ontwikkelingsrisico'-verweer meegewogen bij de beoordeling van de eventuele onzorgvuldigheid van de producent. Als de stand van de wetenschap niet zodanig was dat een defect ontdekt kon worden, heeft de producent niet 'careless' gehandeld door het product op de markt te brengen. Daaruit volgt dat de eiser het bewijsrisico draagt.[305] Naar *Frans* recht is het niet mogelijk dit verweer te voeren.[306]

In *Duitsland* bestond er nogal wat onduidelijkheid over de verdeling van het bewijsrisico met betrekking tot het ontwikkelingsrisico.[307] Aanvankelijk leek het bewijsrisico met betrekking tot het feit dat het risico niet kenbaar was, opgedragen aan de producent. Later is het Bundesgerichtshof daarop teruggekomen.[308] Daarbij dient overigens wel bedacht te worden dat de eiser niets over de nieuwste stand van wetenschap en techniek hoeft te stellen en bewijzen als niet eerst de gedaagde de door hem aangelegde stand daarvan bewijst. Zodoende rust op de producent een aanvullende stelplicht.[309]

---

302 Zie verder bijvoorbeeld Spindler, NJW 1999, p. 3742 e.v., alsmede p. 3745 ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling. Tegenover kinderen zal een beroep op eigen schuld niet snel slagen, zie BGH VersR 1998, 1031, op p. 1034; BGH VersR 1999, 890, op p. 892.

303 Rb. Haarlem 18 februari 1992, NJ 1993, 521 (Konsumenten Kontakt/Forbo Krommenie). Daarover ook Kremer, AA 1994, p. 499, en Festen en Swuste, TvC 1993, p. 53 e.v.

304 Van belang is verder dat bij bepaling van de stand van de wetenschap ook acht geslagen zal moeten worden op hetgeen in het buitenland bekend is, zie HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas).

305 Zie Goldberg 1999, p. 238, en Taylor, ICLQ 1999, p. 424.

306 Zie met name Berg, JCP 1996, éd. G., I, 3945, p. 276, en verder Larroumet, D. 1998, Chron. 315; Jourdain, Resp. Civ. et Ass. 1998, Chron. 16, p. 5; Viney, JCP 1996, éd. G., I, 3985, p. 491; Lambert-Faivre 1996, no. 680; J-Cl. Resp. Civ. (Revel), Fasc. 436-1, no. 27, en Fasc. 463-3, no. 25.

307 Hetgeen als zodanig dus wel erkend wordt, zie Larenz/Canaris 1994, p. 644; Wagner, VersR 1999, p. 1450; Foerste 1997, § 24, Rdn. 18 en 82 e.v.; Wieckhorst, VersR 1995, p. 1006.

308 BGH NJW 1988, 2611, en Foerste 1997, § 30, Rdn. 54-57. Zie ook Zweigert & Kötz 1998, p. 677.

309 Foerste 1997, § 30, Rdn. 59.

5 Bewijsrisicoverlichting?

Aan de bewijsproblemen voor de eiser in productaansprakelijkheidszaken wordt op diverse manieren tegemoet gekomen. Zo is in de Europese richtlijn gekozen voor de introductie, op materieelrechtelijk vlak, van een risico-aansprakelijkheid. Of de producent verwijtbaar handelde, is dan in principe niet meer van belang. Datzelfde effect wordt bereikt indien een contractuele oplossing gekozen wordt.[310] Contractuele aansprakelijkheid is immers veelal mogelijk zonder dat er verwijtbaar gehandeld is.[311] Als verwijtbaarheid wel een voorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid is, zoals in Nederland, is het bewijsrisico opgedragen aan de gedaagde. In beide systemen dient overigens nog altijd door de gelaedeerde bewezen te worden dat het product gebrekkig was.[312]

Dat laatste geldt in beginsel ook bij de delictuele aansprakelijkheid.[313] Indien het bewijs van een gebrek geleverd is, volgt daaruit veelal tevens dat de producent onrechtmatig gehandeld heeft. Op het delictuele vlak geldt in principe nog steeds de gebruikelijke schuldaansprakelijkheid, maar wel met de nodige kwalificaties. Als het bewijs van een gebrek (en dus de onrechtmatigheid) geleverd is, is het naar Nederlands en Duits recht namelijk niet meer nodig dat de eiser aantoont dat de producent ook verwijtbaar handelde. Deze dient het tegendeel te bewijzen. In Engeland en Frankrijk wordt het schuldvereiste niet als apart vereiste gezien, zodat deze kwestie daar niet speelt.[314]

Met betrekking tot het bestaan en de hoogte van de schade en met betrekking tot de disculpatiegronden geldt in beginsel de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Van belang hierbij is dat de richtlijn het vereiste dat het gebrek nog niet bestond op het moment van het in het verkeer brengen van het product, als verweer heeft opgenomen. Dat betekent dat de gedaagde het bewijsrisico draagt, hetgeen in het nationale recht tot dat moment niet steeds het geval was.[315] Datzelfde geldt voor het ontwikkelingsrisico-verweer dat bijvoorbeeld naar Engels en Duits recht niet als verweer beschouwd werd, maar dat in de richtlijn wel als verweer is opgenomen.

Met betrekking tot het causale verband bestaat er een aantal uitzonderingen op de normale bewijsrisicoverdeling. In Nederland is een beroep mogelijk op de

---

310 Zie Baumgärtel 1991, § 823 Anh. C III, Rdn. 2.

311 We hebben dan van doen met een vorm van 'strict liability'.

312 Het Franse recht lijkt echter bij schending van een informatieplicht op basis van een overeenkomst uit te gaan van een bewijsrisico-omkering met betrekking tot de vraag of er een gebrek was. De status van die regel is echter nog niet helemaal duidelijk, zie par. 3.2.

313 Een tegemoetkoming op dit vlak kent het Duitse recht bij schending van een 'Befundsicherungspflicht', maar dat betreft uitzonderingsgevallen.

314 Bij dit alles komt nog dat het schuldvereiste sterk geobjectiveerd is, zodat het bewijs dienaangaande, voor zover nodig, makkelijker te leveren is, zie Von Bar 1999, Rdn. 278; Knottenbelt 1991, p. 9 en 19; Wieckhorst, VersR 1995, p. 1015, en Lambert-Faivre 1996, no. 660.

315 De Nederlandse en (ten dele) Duitse rechtspraak heeft die oplossing later overgenomen.

leer die voorziet in een bewijsrisico-omkering na schending van een veiligheidsnorm. Die leer, die voor de wanprestatie en de onrechtmatige daad geldt, lijkt ook toepasbaar te zijn als het om een instructiegebrek gaat. In Duitsland wordt in die laatste gevallen ook het bewijsrisico omgekeerd, als de vordering ten minste een contractuele is. Bij een delictuele vordering geldt dit niet.[316] Naar Engels en Frans recht wordt hier, een enkele uitzondering daargelaten, de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling toegepast, met dien verstande dat in Frankrijk de theorie van het verlies van een kans toepasbaar is.

6 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

Indien wij voor het terrein van de productaansprakelijkheid niet alleen de bewijsrechtelijke, maar ook de materieelrechtelijke ontwikkelingen in ogenschouw nemen, blijkt er een aantal argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid naar voren te komen die op hun beurt weer voor een eventuele bewijsrisico-omkering van belang zouden kunnen zijn.

'De producent' is veelal een rechtspersoon die een productieproces in gang zet waarin vele personen vele handelingen verrichten. Dat daarin wel eens iets fout gaat, is niet helemaal uit te sluiten.[317] De producent kan dan moeilijk een echt 'verwijt' gemaakt worden. Dergelijke fouten kunnen hem wellicht echter wel toegerekend worden.[318] Dat hangt dan hiermee samen dat 'de consument' in veel gevallen niet weet of kan weten wat hij precies in handen krijgt. Hij kan het product meestal niet controleren op veiligheid.[319] Het verbaast dan ook niet dat de productaansprakelijkheid in het begin vooral betrekking had op ingeblikte etenswaren[320] en dat de doorbraak van de productaansprakelijkheid in de Verenigde Staten zijn beslag kreeg in een zaak tegen een autoproducent. Een auto is immers typisch een product dat de koper niet helemaal kan onderzoeken.[321]

Het gaat op dit terrein uiteindelijk dus om de verdeling van het risico bij schade die is opgetreden zonder dat iemand echt iets verweten kan worden. Daarbij

316 Daarbij geldt echter wel dat de schending van een 'Befunderhebungspflicht' tot een bewijsrisico-omkering kan leiden.

317 Vergelijk Wahrendorf 1976, p. 114 en 118, en Hof Amsterdam 27 juni 1957, NJ 1958, 104 (Ford/Den Ouden).

318 Zie art. 6:162 lid 3 BW, en Hof Amsterdam 27 juni 1957, NJ 1958, 104 (Ford/Den Ouden).

319 Zie Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 30. Gezien de hieruit voortvloeiende bewijsnood voor de eiser, en het grote belang van 'veiligheid' in deze, vergelijk art. 6:186 BW, lijkt een strenge uitleg van art. 6:188 BW (art. 4 van de richtlijn) nog minder voor de hand te liggen, zie verder par. 2.2.

320 Zie Epstein 1995, p. 746, en Markesinis/Deakin 1999, p. 564.

321 Zie *MacPherson* v. *Buick Motor Co* 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916), en verder Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Cane 1999, p. 81. Zie over beide zijden van het spectrum ook beeldend Van Dunné 1997, Deel 2, p. 470-473.

lijkt de bewijsrisicoverdeling, gezien de feitelijke onzekerheden die op dit terrein spelen,[322] cruciaal[323] en wellicht zelfs beslissend[324] te zijn. De vraag luidt derhalve waarin de rechtvaardiging gelegen zou kunnen zijn voor een bewijsrisicoverdeling die afwijkt van de hoofdregel, en voor de daarmee gepaard gaande verzwaring van de aansprakelijkheid van de producent.

Het Bundesgerichtshof zocht het antwoord in het feit dat het gevaar dat zich later verwezenlijkte, ontstaan is binnen het 'Gefahrenbereich' van de producent.[325] Dat gezichtspunt lijkt echter met name betrekking te hebben op de feitelijke bewijssituatie: het productieproces is voor de buitenstaander niet te overzien.[326] Als tegemoetkoming aan de door die feitelijke situatie gecreëerde bewijsnood, zou wellicht echter ook volstaan kunnen worden met een aanvullende stelplicht en een documentatieplicht voor de producent, zodat een bewijsrisico-omkering te ver zou gaan.

Een afwijkende verdeling van het bewijsrisico lijkt derhalve een nadere rechtvaardiging te vergen. Daartoe wordt de feitelijke bewijsnood wel vanuit een meer normatieve invalshoek benaderd. Het argument luidt dan dat voorkomen moet worden dat de bescherming die de materiële norm beoogt te verlenen, verloren gaat doordat het bewijs de facto vrijwel nooit te leveren is. De materiële norm zou niet mogen verworden tot een lege huls.[327] Vanuit die gedachte zou bijvoorbeeld een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband na schending van een informatieplicht, gerechtvaardigd kunnen worden.[328]

---

322 Zie over de hier spelende bewijsproblemen ook Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 30 en 32; Klaassen 1991, p. 155; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 202; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 134; Foerste 1997, § 30, Rdn. 1; Frenk, TvC 1998, p. 306; Cane 1997, p. 232; Cane 1999, p. 81; Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Barendrecht & Duyvensz, WPNR 6390 (2000), p. 118, en Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 20.

323 Zo Stolker & Westerdijk, A & V 1998, p. 65. Zie ook Zweigert & Kötz 1998, p. 672, die aangegeven dat de eiser normaal dit bewijs niet zal kunnen leveren, en verder Asser-Hartkamp 4-III, nr. 202.

324 Zo Wahrendorf 1976, p. 116 en 118.

325 Zie BGHZ 51, 91. Musielak 1975, p. 182, en Prütting 1983, p. 225, menen dat dit argument de beslissing niet kan dragen.

326 Baumgärtel 1996, Rdn. 461. De producent is derhalve beter in staat de feiten op te helderen, zie Musielak 1975, p. 372; Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 30; Groenboek Productaansprakelijkheid 1999, p. 20.

327 Zie Musielak 1975, p. 183-184, 318-319 en 372, en Tiedtke, PHi 1992, p. 144. In die zin ook Foerste 1997, § 30, Rdn. 13; Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Von Bar 1980, p. 308, en minder expliciet Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 143. Vergelijk ook Larenz 1986, p. 88, die stelt dat het niet aangaat het risico van het feit dat de gebeurtenis niet op te helderen is, alleen bij de gelaedeerde te leggen.

328 Zie par. 4.4, met name (de literatuur in) noot 267, alsmede voor het qua vraagstelling verwante terrein van de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren voor informatieverzuimen, Giesen 1999, p. 141-144. De daar gehanteerde argumentatie geldt ook hier. Zie over de verbinding tussen productaansprakelijkheid en beroepsaansprakelijkheid ook Cane 1999, p. 86-87, en Bloembergen, noot onder HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool). Uit par. 4.4 bleek overigens dat ook betoogd kan worden dat deze bewijsrisico-omkering in Nederland al geldend recht is, zie met name ook HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.).

Daarnaast wordt er op gewezen dat de producent die een gebrekkig product in het verkeer brengt, een gevaar schept. Betoogd wordt dat de producent dan ook de risico's daarvan zou moeten dragen. Wij zijn dan bij de 'gevaarzettingsleer' beland.[329] Een eventuele tegenwerping zou kunnen luiden dat de consument zelf ervoor kiest de producten te gebruiken, ongeacht de daaraan verbonden gevaren. Daar tegen kan dan echter weer aangevoerd worden dat de wil van de consument in deze voor een groot deel wordt bepaald door het aanbod en de daarvoor door de producent gemaakte reclame.[330]

In nauwe samenhang met de gevaarzettings-gedachte staat het argument dat de producent het best in staat is om eventuele schade te voorkomen en dat deze bij aanvaarding van een verzwaarde aansprakelijkheid eerder daartoe bewogen zal worden.[331] In dat kader wordt tevens aangevoerd dat via een verzwaarde aansprakelijkheid het slachtoffer (extra) beschermd wordt.[332] Daarnaast wordt er nog op gewezen dat de producent voor zijn inspanningen het nodige terug krijgt in de vorm van een winstmarge per verkocht product. Naast die lusten zou de producent dan ook de lasten van zijn activiteiten moeten dragen. Baumgärtel verwoordt die profijt-gedachte aldus:

> 'Das Schadenrisiko, das sich für den Produzenten aus einem Produktfehler ergibt, ist mit der Gewinnchance, die sich aus der Produktion ergibt, verbunden.'[333]

329 Zie hierover bijvoorbeeld Van Dunné 1998, p. 31 e.v. Vergelijk ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 339, alsmede Viney/Jourdain 1998, no. 501, die er op wijzen dat de 'obligation de sécurité' gebaseerd is op de gedachte van gevaarzetting.

330 De koper wordt verleid; die verleiding leidt tot de gedachte dat de consument mag vertrouwen op het product, zie Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Overstake, RTD Civ. 1972, p. 516-517, alsmede Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 34-35. Vergelijk ook reeds HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 nt. GJS (Moffenkit). Zweigert & Kötz wijzen ook nog op de betere verzekeringsmogelijkheden voor de producent (zo ook Overstake, RTD Civ. 1972, p. 517; Winfield & Jolowicz 1998, p. 339; Wahrendorf 1976, p. 118; Baumgärtel 1996, Rdn 462; Katzenmeier, NJW 1997, p. 489 (met twijfels), en Thanh-Bourgeais & Revel, JCP 1975, éd. G., I, 2679, no. 30, doch anders Beekhuis, Beekhuis-bundel 1969, p. 31 en 41; Markesinis/Deakin 1999, p. 578) en op het gegeven dat de producent de 'controle' heeft (zo ook Katzenmeier, NJW 1997, p. 489).

331 Zie over de preventie-gedachte op dit terrein bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 147.

332 Vergelijk Vranken, Brunner-bundel 1994, p. 419.

333 Baumgärtel 1996, Rdn. 462. Zie ook Schuster 1975, p. 148; Wahrendorf 1976, p. 118 en 119; Larenz, FS Hauß 1978, p. 238; Prütting 1983, p. 225; Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 462; Foerste 1997, § 30, Rdn. 48; Katzenmeier, NJW 1997, p. 489; Zweigert & Kötz 1998, p. 672; Goldberg 1999, p. 8.

Beroepsaansprakelijkheid

1 Inleiding

Over de bewijsrisicoverdeling op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid heb ik reeds elders de nodige opmerkingen mogen maken.[1] Het is weinig zinvol dat onderzoek hier volledig te herhalen. Ik zal op deze plaats dan ook volstaan met het (nogmaals) weergeven van de conclusies waartoe ik eerder kwam.[2]

Het doel van mijn eerdere onderzoek was te komen tot regels van bewijsrisicoverdeling die in vergelijking met de huidige regels tot een betere risicoverdeling tussen beroepsbeoefenaar en patiënt of cliënt leiden.[3] Met dat doel (nog steeds) in gedachten worden in dit hoofdstuk allereerst de belangrijkste conclusies uit het eerdere onderzoek bijeen gebracht zodat de overeenkomsten en verschillen tussen de besproken rechtsstelsels inzichtelijk worden (par. 2). Daarna komen de in de literatuur en rechtspraak gebruikte argumenten aan bod, zodat ook duidelijk wordt wat de redenen voor de verschillende regels (zouden kunnen) zijn (par. 3). Tot slot zal ik in paragraaf 4 uiteenzetten hoe mijns inziens de regels van bewijsrisicoverdeling op dit terrein zouden moeten luiden.

2 Het geldende recht in een notendop

Overzien wij het terrein van de beroepsaansprakelijkheid, dan komt daar in grote lijnen[4] het volgende beeld uit naar voren.[5] In alle stelsels wordt gebruik gemaakt van bewijs door middel van *vermoedens*. Langs die weg kunnen in principe alle voorwaarden voor aansprakelijkheid bewezen worden. Aanname van een vermoeden

---

1 Zie Giesen 1999.

2 Het navolgende is een licht aangepaste versie van Giesen 1999, p. 135-150. Nadien is over dit onderwerp nog de nodige rechtspraak en literatuur verschenen. Er hebben zich echter geen bewijsrechtelijke ontwikkelingen voorgedaan die noopten tot een grondige herziening van het betoog. Die recente literatuur en rechtspraak is dan ook niet uitputtend in het navolgende verwerkt.

3 Zie Giesen 1999, p. 1. In Engeland slaagt slechts 17 % van de vorderingen tegen medici, zie Mason/McCall Smith 1999, p. 215. Cane 1999, p. 180 (noot 15), gaat uit van 20-25 %. Zie verder nog Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 107-108, en 121 e.v.

4 Met 'grote lijnen' doel ik op gevestigde regels uit de rechtspraak. Voorstellen vanuit de literatuur en oplossingen voor bepaalde, min of meer individuele gevallen, blijven hier buiten beschouwing.

5 Voor een nadere onderbouwing van hetgeen volgt, verwijs ik naar de hoofdstukken 2 en 3 uit Giesen 1999, alwaar ook nadere verwijzingen te vinden zijn. Zie verder nog Von Bar 1999, Rdn. 299, en Giesen 1988, no. 1053 e.v.

levert in zoverre een bewijsverlichting voor de eiser op dat het dan aan de gedaagde is om dat vermoeden te ontkrachten.

Daarbij dient er echter ook op gewezen te worden dat in gevallen waarin het verwijt betrekking heeft op het niet of onvolledig verstrekken van informatie, zulke vermoedens niet snel aangenomen kunnen worden. Datzelfde geldt bij fouten van artsen gelegen in hun (andere) handelingen. De complexiteit van ingrepen in het menselijk lichaam maakt dat het lang niet altijd mogelijk is om van ervaringsregels uit te gaan. Als dat beletsel al niet bestaat, dan is tegenbewijs veelal vrij eenvoudig te leveren omdat er vaak meerdere potentiële oorzaken zijn aan te wijzen.

Ook wordt overal erkend dat het *deskundigenbericht* wezenlijk is voor de bewijsvoering. Bij het trekken van conclusies uit dergelijke rapporten dient wel enige terughoudendheid in acht genomen te worden. Als dat niet gebeurt, kan men wel eens (te ver) doorschieten en de beroepsgroep zelf teveel controle geven, zoals naar mijn mening in Engeland gebeurd is bij de medische aansprakelijkheid.

Daarnaast houden de hier besproken rechtsstelsels gelijke tred voor zover het gaat om de vaststelling van de (omvang van de) *schade*. Daarbij is de rechter zoveel vrijheid toegemeten dat hier feitelijk geen bewijsproblemen rijzen. Voor die (uitzonderlijke) gevallen waarin de bewijsrisicoverdeling nog van belang mocht zijn, ligt deze bij de eiser. Dezelfde gelijke tred is waarneembaar ten aanzien van de mogelijke *disculpatie*gronden. In de hier onderzochte rechtsstelsels rust het bewijsrisico steeds op de gedaagde.

Als *schuld* in de zin van verwijtbaarheid van de beroepsbeoefenaar (officieel) afzonderlijk vastgesteld dient te worden, zoals in *Duitsland* en in *Nederland*, is het bestaan daarvan veelal zo nauw verbonden met de eventuele aanwezigheid van een fout dat met die fout de schuld ook gegeven is, althans de aanwezigheid van schuld vermoed mag worden. Gevolg daarvan is dat zich ook op dat vlak geen bijzondere bewijsproblemen voordoen. Voor zover de verdeling van het bewijsrisico hier nog een rol speelt, fluctueert deze afhankelijk van de ingestelde vordering (in Nederland) of van de aangesproken beroepsgroep (in Duitsland). De trend is echter dat het bewijsrisico steeds meer en vaker bij de gedaagde komt te liggen.

Naar *Engels* recht wordt als tegemoetkoming aan de in bewijsnood verkerende eiser eigenlijk alleen het bewijs door middel van vermoedens geaccepteerd. Het bewijsrisico ten aanzien van de *fout* en het *causale verband* ligt steeds bij de eiser.[6] In Engeland is zoiets als een bewijsrisico-omkering nauwelijks denkbaar. In de woorden van Lord Ackner: 'It is, of course, axiomatic that the facts on which liability is based must be proved on a balance of probabilities.'[7] Een spaarzaam lichtpunt in de Engelse duisternis voor de cliënt van de advocaat, is gelegen in

6 Dat is alleen (wellicht) anders als het medisch dossier gebrekkig is, zie Giesen 1999, p. 40 e.v.
7 *Hotson* v. *East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 919.

de sporadische aanvaarding van de kanstheorie. Ten aanzien van de medische aansprakelijkheid wordt die theorie echter niet aanvaard.[8]

Het *Franse* recht is wat dat betreft coulanter. Bij een mogelijk *informatieverzuim*, waarbij het notoir moeilijk is te bewijzen wat er al dan niet gezegd is, is het sinds 1997 regel dat de beroepsbeoefenaar dient te bewijzen dat hij de benodigde informatie verstrekt heeft. Ten aanzien van *andere fouten* blijft het bewijsrisico echter, afgezien van enkele specifieke uitzonderingen, op de eiser rusten.

Ten aanzien van het *causale verband* is in een tegemoetkoming voorzien op materieelrechtelijk vlak. In Frankrijk is immers een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard door middel van de kanstheorie. Nu men bij toepassing van die theorie op zoek dient te gaan naar een ander causaal verband, te weten dat tussen de fout en de kansschade, worden bewijsrisico-problemen op dat vlak vermeden, omdat díe causale relatie veelal wel is vast te stellen. In die zin is er ook sprake van een bewijsverlichting, hoewel het bewijsrisico met betrekking tot het verband tussen de fout en de kansschade op de eiser blijft rusten.

In *Duitsland* is het rekening houden met, en verdisconteren van, vrijwel onoverkomelijke bewijsproblemen het verst doorgevoerd. Bij *informatieverzuimen* ten opzichte van een patiënt is diens zelfbeschikkingsrecht geschonden. De arts moet dientengevolge zijn ingreep rechtvaardigen door het bewijs dat hij geïnformeerde toestemming daartoe had, en dus geen fout gemaakt heeft. Ook dient hij aan te tonen dat het *causale verband* ontbrak omdat de patiënt de behandeling toch ondergaan zou hebben als hij wel ingelicht was. Dat is vrijwel onmogelijk, vandaar dat de patiënt hier niet kan volstaan met de stelling dat hij de behandeling geweigerd zou hebben. Hij dient aan te geven dat hij goede redenen gehad zou hebben om op zijn minst getwijfeld te hebben aan het ondergaan van de behandeling.

Bij fouten op het vlak van de *behandeling*, verschuift het bewijsrisico ten aanzien van het *causale verband* naar de arts als deze een grove fout gemaakt heeft of als hij zijn 'Befunderhebungspflicht' geschonden heeft. Dat de gemaakte fout een 'grove' was, dient de eiser aan te tonen. Het bewijs van de eventueel door de arts gemaakte *fout*, ten aanzien waarvan de eiser in eerste instantie het bewijsrisico draagt, wordt bovendien verlicht als een arts een documentatieverzuim begaat. Nodig is wel dat het om documentatie ging die vanuit medisch oogpunt (voor de verdere behandeling) van belang was. Een regel van die strekking zou wellicht ook ten aanzien van de andere beroepsbeoefenaren aangenomen kunnen worden.

De advocaat en de notaris dienen in het kader van het al dan niet voldaan hebben aan de op hen rustende *plichten* gemotiveerd aan te geven dat ze die vervuld hebben. Het bewijsrisico blijft echter in principe op de eiser rusten. Op het vlak

8 Naar Engels recht komt de nodige informatie boven tafel door middel van de 'disclosure'-procedure, zie par. II.2. Dat maakt dat bewijsrisicobeslissingen minder vaak nodig zullen zijn. Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 420 e.v. en 447, lijken een soortgelijke aanpak voor te staan.

van de *causaliteit* mag in bepaalde gevallen van informatieverzuim uitgegaan worden van het vermoeden dat de cliënt zich 'Beratungsgemäß', conform het advies, gedragen zou hebben. Ook § 287 ZPO komt voor toepassing in aanmerking. Voor de overige gevallen is (nog) niet helemaal duidelijk of de eerder aanvaarde bewijsrisico-omkering nog steeds geldend recht is.[9] Met betrekking tot de vraag naar het causale verband tussen handeling en schade is de eiser bewijsplichtig, maar toepassing van § 287 ZPO kan dan een bewijsverlichting brengen.

En het *Nederlandse* recht? Dat houdt het midden tussen het Engelse en Duitse stelsel. De eiser dient in principe de *fout* te bewijzen, maar de gedaagde heeft een versterkte motiveringsplicht ten aanzien van zijn ontkenning. Daardoor kunnen regelmatig bewijsproblemen voorkomen worden.[10] Deze hoofdregel kent bovendien enkele specifieke uitzonderingen, namelijk daar waar het gaat om de verzending van poststukken, waar er sprake is van een gebrekkig dossier en wellicht ook waar de al dan niet geïnformeerde toestemming van de patiënt in het geding is.[11]

De regels van bewijsrisicoverdeling met betrekking tot het *causale verband* zijn nog niet geheel uitgekristalliseerd, maar het heeft er alle schijn van dat bij de schending van een informatieplicht het bewijsrisico omgekeerd wordt, net zoals bij de schending van een veiligheidsnorm door de arts. Dat bij die eerste bewijsrisico-omkering nauw aansluiting gezocht is bij de (meer geaccepteerde) leer die aan de tweede ten grondslag ligt, was naar mijn mening overigens geen goed idee.[12] Daarnaast lijkt de toepassing van de kanstheorie steeds meer vaste grond te krijgen. Dat kan echter tot onnodige doublures leiden waarvoor gewaakt dient te worden.[13] Voor zover bewijsrisico-omkeringen niet voor toepassing in aanmerking komen, kan de dan bewijsplichtige eiser wel nog profiteren van de (toch al bestaande) aanvullende stelplicht van de gedaagde.

3 Achterliggende argumenten

De hiervoor beschreven ontwikkelingen in de richting van bewijsverlichtingen, steunen in wezen op een aantal steeds terugkerende argumenten. Met betrekking tot de informatieplicht van de arts is het hoofdargument dat die plicht ertoe strekt het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt te waarborgen. Op basis van dat recht komt de patiënt de vrije keuze toe zelf te beslissen over het al dan niet ondergaan

9 Zie Giesen 1999, p. 53 e.v.
10 Zie verder Giesen 1999, p. 21 e.v.
11 Dat laatste is echter nog geenszins een uitgemaakte zaak, zie Giesen 1999, p. 35 e.v. Zie hieromtrent ook Hulst, TMA 1999, p. 9-10.
12 Zie hierna par. 4.1.1. Die eerste bewijsrisico-omkering kan ook 'op eigen benen staan', zie reeds Giesen 1999, p. 82-83.
13 Zie daarover uitgebreid Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v.

van een behandeling.[14] Dat (grondwettelijke) recht wordt in Duitsland als zo wezenlijk gezien dat men de bescherming ervan opgerekt heeft door te eisen dat de arts dient aan te tonen het niet geschonden te hebben.[15] Dat argument speelt ook als het gaat om het causale verband. De bescherming van de persoon door het zelfbeschikkingsrecht zou op niets uitlopen als de arts vrijwel steeds aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen doordat de patiënt niet naderhand kan aantonen dat hij een andere keuze gemaakt zou hebben als hij volledig ingelicht zou zijn. De arts heeft hem die keuze juist ontnomen en dient om die reden de daaruit voortvloeiende onzekerheid te dragen.[16]

Dat het aanvaarden van een materiële informatieplicht alleen niet voldoende is, maar dat daarnaast ook mogelijk gemaakt moet worden dat die zorgplicht 'handhaafbaar' is, ofwel door het bewijs van de schending en het causale verband mogelijk te maken, ofwel door het bewijsrisico om te keren, is in aansluiting op het voorgaande een regelmatig terugkerend argument.[17] Immers, indien die 'handhaafbaarheid' niet bevorderd zou worden, zou de effectiviteit van de materiële norm verloren gaan omdat ondanks het bestaan van die norm aansprakelijkheid vrijwel nooit aangenomen zou kunnen worden.[18]

Ook ten aanzien van informatieplichten van de andere beroepsbeoefenaren komt dit argument naar voren. Het doel van de norm, bescherming tegen inbreuken op de beslissingsvrijheid, dient realiseerbaar te blijven. Als de eiser steeds weer de fout en het causale verband zou moeten bewijzen, zou dat niet meer het geval zijn.[19]

---

14 Zie bijvoorbeeld Kortmann, TvGR 1993, p. 518; Vansweevelt 1992, p. 203; Dekkers 1979, p. 56 en p. 102; Nadorp-Van der Borg, TvGR 1995, p. 2-13; Giesen, AA 1996, p. 534 e.v.; Verheij, RM Themis 1998, p. 349; Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 30 en 444; *Kamerstukken II* 1989/90, 21.561, nr. 3, p. 12; Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998, 48 (A./AMC); Rb. Den Haag 2 februari 2000, NJkort 2000, 54 (A.M./AZL); Robertson, LQR 1981, p. 126; Honoré, LQR 1998, p. 55; Markesinis & Deakin 1999, p. 250 en 264; Mason/McCall Smith 1999, p. 245 en 278; Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 113 en 123; Skegg, Med.L.Rev. 1999, p. 148; Lapoyade Deschamps, Resp. Civ. et Ass. 1997, p. 5; CA Versailles, 11 mars 1999, D. 1999, IR 124; BGHZ 29, 46, op p. 53, 54 en 56; BGHZ 29, 176, op p. 181; BGH VersR 1980, 428, op p. 429; BGHZ 90, 96, op p. 99; BGHZ 90, 103, op p. 109; BGH VersR 1998, 716, op p. 717, en vrijwel alle Duitse schrijvers.

15 Zie Giesen, AA 1996, p. 541.

16 Vergelijk de conclusie van A-G Bakels, nr. 3.22, voor HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 nt. PAS (Baijings/mr H.); Haak, AA 1998, p. 141; Dommering-van Rongen, NTBR 1998, p. 81; BGHZ 29, 176, op p. 187; BGHZ 61, 118, op p. 121; Jones 1996, 5-037. In die zin ook, maar dan ten aanzien van het bewijs van schade, HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia).

17 Zie onder andere Vansweevelt, TvP 1991, p. 338, 342 (noot 216) en 343, en Vansweevelt 1992, p. 177, 306 en 310. In deze zin ook Jones 1996, 5-036; BGHZ 90, 103, op p. 111; BGH VersR 1998, 766, op p. 767; Laufs 1993, Rdn. 630, en de meeste andere Duitse auteurs. Dit argument speelde ook een belangrijke rol in *White* v. *Jones* [1995] 1 All ER 691, op p. 699, 701, 702 en 710.

18 Vergelijk Giesen 1999, p. 82-83, alsmede Cane, LQR 1999, p. 23; Akkermans 1997, p. 402 e.v., met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid, en Maassen 1975, p. 178.

19 Zie bijvoorbeeld BGHZ 61, 118, op p. 121; BGHZ 124, 151, op p. 160; Heinemann, NJW 1990, p. 2353, en Giesen 1999, p. 69-70. Dit argument speelt met name een rol ten aanzien van het causale verband, maar kan ook bij de fout van belang zijn.

Het volgende argument voor een ruime(re) aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaren, die dan wellicht via de regels van bewijsrisico te realiseren zou zijn, is gelegen in het door de beroepsbeoefenaar gewekte vertrouwen,[20] in combinatie met zijn deskundigheid.[21] De patiënt of de cliënt gaat juist te rade bij de beroepsbeoefenaar omdat hij zelf ter zake niet deskundig is. Hij vertrouwt erop dat de beroepsbeoefenaar zijn belangen correct zal behartigen. In die zin is de klant ook afhankelijk van de beroepsbeoefenaar.[22]

Die afhankelijkheid komt overigens helemaal sterk naar voren als de route om iets te bereiken verplicht via een beroepsbeoefenaar loopt. Daarbij kan met name gedacht worden aan de verplichte notariële akte bij overdracht van onroerende zaken en aan de verplichte procesvertegenwoordiging in civiele procedures.[23]

Tot slot wordt er ook regelmatig op gewezen, hetgeen het voorgaande versterkt, dat de informatieverdeling tussen klant en beroepsbeoefenaar scheef is. De patiënt of cliënt weet vrijwel niets[24] over wat zich afspeelt, juist daarom immers kwam hij bij de beroepsbeoefenaar terecht, terwijl die laatste precies weet, althans behoort te weten, wat er gaande is en wat daarvan de gevolgen zijn.[25]

---

20 Hierop is onder andere gewezen door Boertien 1962, p. 177; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 3 en p. 21; Houwing 1951, p. 164; Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 (X./Y.); Spier/Bolt 1996, p. 128; Van den Akker, A & V 1997, p. 22; Van Dunné, AA 1995, p. 674; Sieburgh 2000, p. 236; Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 104; Powell 1996, p. 64; *White* v. *Jones* [1995] 1 All ER 691, op p. 703; Le Tourneau, D. 1987, Chron. 101; Jourdain, D. 1983, Chron. 142; BGHZ 29, 46, op p. 53; Lammel AcP 1979, p. 365; Canaris, JZ 1998, p. 603. Dit alleen rechtvaardigt echter geen bewijsrisico-omkering, aldus BGH NJW 1987, 1322, op p. 1322-1323.

21 Zie onder meer bij Houwing 1951, p. 164; Boertien 1962, p. 177; Arisz 1991, p. 5; Jansen & Van der Lely, TVVS 1998, p. 47; Hulst, TMA 1999, p. 13 en 14; Hartlief/Tjittes 1999, p. 16; Rambocus 1999, p. 278; Sieburgh 2000, p. 236; Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 (X./Y.); Rb. Zwolle 2 december 1992, NJ 1995, 56 (Van der Moere Software BV/Visschers); HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6; de conclusie van A-G Koopmans, nr. 18, voor HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 (Gerritse/Notaris V.); HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notaris M./Gerritse); *Morgan Crucible Co plc* v. *Hill Samuel Bank* [1990] 3 All ER 330, op p. 336; Jones 1996, 4-119; Powell 1996, p. 164; Le Tourneau, D. 1987, Chron. 101; Viney/Jourdain 1998, no. 512; Lammel, AcP 1979, p. 365.

22 Zie bijvoorbeeld Spier/Bolt 1996, p. 120; Leenen 1994, p. 163; Princen 1990, p. 114; Hulst, NTBR 1995, p. 120; Markesinis & Deakin 1999, p. 263; Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 129; Penneau, Resp. Civ. et Ass. 1999 (hors série, Juillet-Août), p. 10. Anders: Asser, TvGR 1991, p. 69. Dit argument zal met name tegenover particuliere cliënten een rol spelen, vergelijk HR 30 juni 2000, NJ 2000, 536 (Ermer/ABN Amro Bank), r.o. 3.3.

23 Zie hierover bijvoorbeeld Hartlief/Tjittes 1999, p. 16.

24 Ten aanzien van het causale verband is dat wellicht anders. Het gaat dan immers over de keuze die de eiser maakte. Maar, zoals ik al eerder aangaf (Giesen 1999, p. 83-84), ook in die situatie heeft de eiser feitelijk niet kunnen nadenken over de keuze die hij gemaakt zou hebben als de informatie wel beschikbaar zou zijn geweest, want op het moment dat hij zijn keuze maakte en moest maken, had hij die volledige informatie niet. De eiser heeft ook hier derhalve geen 'informatievoorsprong'.

25 Zie bijvoorbeeld Sluyters 1984, p. 50; Princen 1990, p. 113; Leenen 1994, p. 163; Van Dunné, AA 1995, p. 664; Hulst, TMA 1999, p. 10; Barendrecht/Van den Akker 1999, no. 33 en 141; Rambocus 1999, p. 279; Markesinis & Deakin 1999, p. 263; Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 129; Viney/Jourdain 1998, no. 512; Hübner, NJW 1989, p. 7; BGH NJW 1984, 1823; BGH VersR 1997, 449, op p. 450. Dit argument sluit uiteraard nauw aan bij dat van de deskundigheid, maar beide

Deze argumenten zijn tot nu toe blijkbaar onvoldoende sterk bevonden om ook in Nederland één of meer van de elders wel aanvaarde bewijsrisico-omkeringen (ten aanzien van de fout of het causale verband) te rechtvaardigen.[26] Daarbij speelt waarschijnlijk een rol dat bij een bewijsrisico-omkering het bewijsprobleem geheel ten laste van de beroepsbeoefenaar[27] komt én dat het Nederlandse recht al de aanvullende stelplicht kent die (op het eerste gezicht) minder vergaande gevolgen heeft.[28] Naar mijn mening zijn die argumenten echter wel van voldoende gewicht om de patiënt of cliënt in zekere mate (verder) tegemoet te komen. Waarom dat zo is en hoe ver zulke tegemoetkomingen zouden kunnen reiken, volgt hieronder.[29]

4 Gewenste ontwikkelingen[30]

4.1 Bij informatieverzuim

4.1.1 Causaal verband[31]

In ander verband heb ik ervoor gepleit de Duitse rechtspraak inzake de bewijsrisico-verdeling bij informatieverzuimen door de *arts* over te nemen in het Nederlandse recht,[32] zowel ten aanzien van het bewijs van de tekortkoming als ten aanzien van het causale verband. Die regels komen hierop neer dat de arts dient te bewijzen

---

zijn niet helemaal gelijk. De beroepsbeoefenaar kan ook meer informatie bezitten zonder dat dat direct afhankelijk is van zijn deskundigheid, denk aan de situatie dat de patiënt onder narcose was.

26 De *Dicky Trading II*-rechtspraak (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK, zie Giesen 1999, p. 66 e.v.) zou als een uitzondering daarop gezien kunnen worden, maar dat arrest is vooralsnog met zoveel onzekerheid omringd (zie de opmerkingen van Akkermans in het verslag van Kaandorp & Reisenstadt, AA 2000, p. 20) dat het nog maar de vraag is of daaruit een vaste regel te destilleren valt, aldus ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 447. De recente bevestiging van dat arrest in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.) zou die twijfel wellicht kunnen wegnemen.

27 Althans, zijn verzekeraar. Hoewel duidelijk is dat het bestaan van een verzekering geen aansprakelijkheid schept, zie Hartlief/Tjittes 1999, p. 22, is het bestaan van zo'n verzekering natuurlijk wel een factor die bewust of onbewust meespeelt in de afweging.

28 Dat die aanvullende stelplicht wél aanvaard is, is dan tevens een aanwijzing voor het bestaan van het argument dat een bewijsrisico-omkering *geheel* ten laste van de gedaagde komt en derhalve niet aanvaard kan worden. Op de aanvullende stelplicht kom ik zo meteen (par. 4.1.2) terug.

29 Zie ook Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v., en par. VI.3.3.2, over de 'samenloop' van de kanstheorie en de leer van de verkeers- en veiligheidsnormen, en Giesen 1999, p. 79 e.v., over de bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causaal verband bij schending van informatieplichten.

30 Bij de hierna volgende beschrijvingen van mogelijke ontwikkelingen voor het Nederlandse recht ga ik er steeds vanuit dat de partij die het bewijsrisico niet draagt, wel een aanvullende stelplicht heeft. Ik ga hier overigens niet in op bepaalde specifieke bewijsverlichtingen voor specifieke gevallen zoals die her en der naar voren gekomen zijn, zie daarvoor hoofdstuk 2 en 3 in Giesen 1999.

31 Ik ga hier eerst in op het causale verband omdat die kwestie mijns inziens het belangrijkste is én omdat de hier gemaakte keuzes doorwerken op de bewijsrisico-verdeling ten aanzien van het verzuim.

32 Zie Giesen, AA 1996, p. 534 e.v. Met betrekking tot het bewijs van causaal verband is ook Nadorp-Van der Borg, TvGR 1995, p. 12-13, voorstander van overname van het Duitse recht. Zo ook Van Dunné, AA 1995, p. 671 (noot 19), ten aanzien van de toestemming.

dat de patiënt geïnformeerde toestemming gegeven heeft.[33] Ook wordt in Duitsland aangenomen dat ten aanzien van het causaal verband de arts het bewijsrisico draagt.[34] Teneinde de arts tegemoet te komen bij het leveren van dat bewijs, wordt de patiënt een aanvullende stelplicht opgelegd in die zin dat hij gemotiveerd dient te stellen dat hij in een 'Entscheidungskonflikt' geraakt zou zijn als hij volledig en juist geïnformeerd zou zijn.[35]

Het doorslaggevende argument voor overname van deze bewijsrisicoregel met betrekking tot het causale verband is dat bij een andere bewijsrisicoverdeling het doel van de informatieplicht - de verwezenlijking van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt - niet of nauwelijks meer te bereiken is omdat de norm niet 'handhaafbaar' is. Aansprakelijkheid van de arts zal immers bij een andere bewijsrisicoverdeling regelmatig afgewezen moeten worden omdat de eiser het causale verband niet kan bewijzen.[36]

Voor wie deze bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband te ver gaat,[37] is voor wat betreft de relatie tussen het informatieverzuim en de keuze van de patiënt de behandeling te ondergaan,[38] nog een alternatief denkbaar dat wellicht op meer steun zou kunnen rekenen: het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband blijft, in lijn met de hoofdregel, bij de eiser rusten. De tegemoetkoming aan de eiser op dat vlak kan dan via de bewijswaardering gegeven worden, en wel in die zin dat *indien en zodra* de eiser *gemotiveerd* een 'Entscheidungskonflikt' *stelt*, vermoed wordt dat het causale verband aanwezig is. Het causale verband is dan *voorlopig aannemelijk gemaakt*. Op dat moment verschuift de bewijs*voeringslast*[39] naar de arts, die voornoemd vermoeden zal moeten ontkrachten in die zin dat hij twijfel dient te zaaien over de juistheid van die stelling. Het bewijsrisico

33 Zo ook het Franse recht, zie Giesen 1999, p. 26-27 en p. 38, en Mestre, RTD Civ. 1999, p. 83-89.

34 De arts dient te bewijzen dat deze individuele patiënt ook bij juiste en volledige informatieverstrekking ingestemd zou hebben. Dat is dus de subjectieve maatstaf, zie Giesen 1999, p. 64 e.v.

35 Zie Giesen 1999, p. 39-40 en p. 55-56. De gedachte van het 'Entscheidungskonflikt' is in zekere zin ook terug te vinden in het Engelse recht, nu daar dezelfde omstandigheden een beslissende rol spelen, vergelijk *Smith* v. *Barking, Havering and Brentwood Health Authority* [1994] 5 Med LR 285, op p. 288.

36 Zie hierover reeds Giesen 1999, p. 82-83, en noot 17 en 18 hiervoor. Ook de andere in par. 3 genoemde argumenten spreken voor deze oplossing.

37 Waarbij ik er nog op wijs dat dit voorstel qua resultaat niet afwijkt van wat nu al in Nederland lijkt te gelden voor het terrein van de beroepsaansprakelijkheid, zie daarover Giesen 1999, p. 79 e.v., op basis van het *Dicky Trading II*-arrest (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK), alsmede HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). Zie verder nog par. IV.2.2. Bovendien mag niet vergeten worden dat het Bundesgerichtshof de regels opstelt in de volle wetenschap dat er sprake is van bewijsnood bij beide partijen, zie met name BGH VersR 1980, 428.

38 Deze bewijsrisico-omkering heeft derhalve alleen betrekking op de in Giesen 1999, p. 79 e.v., onderscheiden eerste causale relatie. Het bewijsrisico ten aanzien van de aldaar beschreven tweede causale relatie tussen de behandeling en de uiteindelijke schade blijft gewoon op de eiser rusten.

39 Zie daarover par. I.3 hiervoor.

blijft echter bij de patiënt rusten.[40] Op die wijze is de situatie voor de patiënt niet hopeloos, overigens wel minder gunstig dan in de eerdere variant, terwijl de arts ook nog enige hoop mag koesteren dat hij vrijuit gaat.[41] Wellicht worden zo van beide 'alles of niets'-oplossingen genoeg scherpe kantjes afgeslepen om tot een voor alle betrokkenen aanvaardbaar resultaat te komen.

Deze beide varianten kunnen vrij eenvoudig in het Nederlandse systeem ingepast worden. De bewijsrisico-omkering in de eerste variant kan als bijzondere regel in de zin van art. 177 Rv beschouwd worden en de aanvullende stelplicht voor de eiser kan, analoog aan de al bestaande aanvullende stelplicht van de gedaagde op basis van art. 141 Rv, gegrond worden op art. 140 Rv. Voor invoering van de tweede variant zou aangesloten kunnen worden bij art. 179 lid 2 Rv, alwaar bepaald is dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, of bij art. 177 Rv door ook hier te spreken van een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling.

Afgezien van de vraag in welke van deze twee vormen wij de gedachte van het 'Entscheidungskonflikt' (eventueel) zouden willen overnemen, rijst de vraag of die gedachte, in één van beide varianten, ook van belang kan zijn buiten het terrein van de aansprakelijkheid van de arts voor informatieverzuimen. Zijn die stelplicht- en bewijsrisicoregels ook toepasbaar als een *notaris* of *advocaat* een onjuist advies verstrekte, op basis waarvan de cliënt een bepaalde beslissing heeft genomen?

De vraagstelling is hier niet anders dan bij de arts. Het gaat er immers steeds om of de eiser anders gehandeld zou hebben indien hij in het bezit was geweest van de juiste informatie. In beide gevallen is die vraag nauwelijks te beantwoorden, terwijl ook in beide gevallen het feit dat die eiser ernstig aan het denken zou zijn gezet, had hij de juiste informatie gekregen, een grond kan zijn om er vooralsnog vanuit te gaan dat die beslissing inderdaad anders zou zijn uitgevallen.

Een verschil is wellicht hierin gelegen dat indien de arts zijn informatieplicht schendt, daarmee het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt geschonden is. Bij schending van zo'n plicht door een advocaat of notaris zal die gedachte niet direct opkomen. Dat is hieraan te wijten dat medische beslissingen van directe invloed

---

40 Eigenlijk zit alleen in dat laatste het verschil tussen deze variant en het huidige Duitse stelsel, want in Duitsland is het nu ook zo dat de eiser eerst plausibel moet aanvoeren dat er een 'Entscheidungskonflikt' bestond, voordat het bewijsrisico (dat dan op de arts ligt) aan bod kan komen, zie Giesen 1999, p. 53 e.v. Inmiddels in deze zin ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 450. Anders Hammerstein, VR 1999, p. 325, die zich afvraagt wat in deze situatie rechtens is als de arts met een gemotiveerde betwisting komt. Het antwoord daarop luidt dat de arts het vermoeden moet ontkrachten door voldoende twijfel te zaaien. Als dat lukt, verliest de eiser, die immers het bewijsrisico draagt. Als dat niet lukt, verliest de arts. Als de betwisting voldoende sterk is om die twijfel te wekken, is dat derhalve voldoende voor de arts.

41 Hier past een woord van dank aan Leontien Sauerwein die een groot aandeel had in de totstandkoming van bovengenoemde gedachten.

zijn op de fysieke integriteit van de persoon, terwijl dat in de andere gevallen niet zo is. Echter, ook in die gevallen waarin het een advocaat of notaris is die onjuiste informatie verstrekt, heeft de gelaedeerde (uiteindelijk) niet die keuzemogelijkheid gehad die hem toekwam.[42] In die zin is ook het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt geschaad.

Toegegeven zij dat in deze redenering het begrip zelfbeschikking wat ruimer gezien dient te worden dan wellicht gebruikelijk is, maar ik geloof niet dat dat in civiele zaken op onoverkomelijke bezwaren stuit. Het gaat er ook in deze gevallen uiteindelijk om dat een weloverwogen beslissing mogelijk wordt gemaakt.[43] Als dat niet gebeurd is, omdat de cliënt niet alle relevantie informatie heeft gekregen, is diens beslissingsrecht (zijn 'Privatautonomie'[44] of 'beschikkingsrecht') en daarmee zijn recht om naar eigen goeddunken te 'beslissen', geschonden.[45]

Daar komt nog bij dat het doel van de informatieplicht die op de advocaat of de notaris rust, net zoals bij de arts, niet meer te bereiken is indien de cliënt het bewijsrisico zou dragen.[46] Dit alles in ogenschouw nemend, lijkt transponering van de eerder beschreven Duitse regels aangaande de bewijsrisico-omkering en het 'Entscheidungskonflikt' (in zowel de eerste als tweede variant) zeer wel mogelijk.[47]

De keerzijde daarvan is in alle gevallen natuurlijk dat het bewijsrisico (in de eerste variant) of de bewijsvoeringslast (in de tweede variant) op de gedaagde komt te rusten. Voor zover de hiervoor gegeven rechtvaardiging als onvoldoende gezien zou worden, wellicht omdat bij die rechtvaardiging in eerste instantie sterker naar de positie van de eiser wordt gekeken dan naar die van de gedaagde, wijs

---

42 Daar het recht voor de 'gewone man' volstrekt ontoegankelijk is, is ook de informatieverdeling tussen cliënt en advocaat of notaris uit evenwicht. Ook dat pleit voor een andere bewijsrisicoverdeling.

43 Zie Giesen 1999, p. 13 e.v.; Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 30; *Kamerstukken II* 1998/99, 26.130, nr. 5, p. 4; Rb. Utrecht 13 januari 1999, NJkort 1999, 30 (Theuns-Jacobs/Rabobank), alsmede Kortmann, TvGR 1993, p. 518, die een vergelijk maakt tussen de 'informed consent'-problematiek ten aanzien van de arts en de informatieplicht van de notaris. Vergelijk verder BGH NJW 1988, 563, op p. 566; BGH NJW 1991, 2079, op p. 2080; BGH VersR 1995, 212, op p. 213.

44 Zie Roth, ZHR 1990, p. 532. In die zin ook Bader in zijn noot onder BGH JR 1998, 155, op p. 159.

45 Het is opvallend dat het Bundesgerichtshof tegenwoordig ook in medische zaken uitdrukkelijk en *in de eerste plaats* op de 'Entscheidungsfreiheit' wijst en daarna pas op het zelfbeschikkingsrecht, zie BGH NJW 1998, 2734. Als wij het zelfbeschikkingsrecht, zoals hieruit lijkt te volgen, als een categorie binnen het ruimere geheel van de 'beslissingsvrijheid' mogen of moeten zien, geldt hetgeen ik hier betoog, des te sterker. Zie ook nog de noot van Brunner onder HR 12 april 1985, NJ 1986, 809 (X./Koopman), waarin deze stelt dat de advocaat *toestemming* nodig heeft van de cliënt.

46 Zie hiervoor noot 17 en 18, Giesen 1999, p. 82-83, alsmede BGHZ 124, 151, op p. 160.

47 Met dien verstande dat zulks alleen geldt als er in concreto een 'Entscheidungskonflikt' mogelijk was, vergelijk BGHZ 124, 151, op p. 161. In deze zin ook Heinemann, NJW 1990, p. 2353, en (deels) Vollkommer, FS Baumgärtel 1990, p. 595-596. Een aanzet hiertoe ligt ook besloten in BGH NJW 1993, 3323, op p. 3324. Zie hierover eerder al Giesen 1999, p. 79 e.v.

ik nog op het volgende. Dat de gedaagde het bewijsrisico of de bewijsvoeringslast draagt, is mede gerechtvaardigd omdat er in deze situatie, waarin het om het causale verband gaat en de tekortkoming al vaststaat,[48] in elk geval duidelijk is dat de gedaagde een plicht geschonden heeft. Dat biedt mijns inziens een gedegen aanknopingspunt om twijfel over de vraag of hij ook daadwerkelijk de schade zou moeten dragen, weg te nemen, althans minder zwaar te laten wegen.[49]

Ten aanzien van het causale verband zou, voor zover het om advocaten en notarissen gaat,[50] in bepaalde gevallen[51] ook aangesloten kunnen worden bij de gedachte dat de cliënt zich in principe 'Beratungsgemäß' (conform het advies) zal gedragen.[52] Deze uit het 'Anscheinsbeweis' gevormde regel kan in een aantal gevallen een voldoende bewijsverlichting bieden om de materiële norm niet te laten 'leerlaufen'. Voor aansluiting bij die regel bestaan ook aanknopingspunten in de Nederlandse rechtspraak. De Hoge Raad hanteerde in het verleden reeds een ervaringsregel van die strekking.[53] Mijn voorkeur heeft deze optie echter niet als dat betekent dat verdergaande bewijsverlichtingen niet meer mogelijk zouden zijn, omdat er dan teveel gevallen ten onrechte buiten de boot vallen.[54]

Men zou hier kunnen aanvoeren dat het hele voorgaande betoog onnodig is nu het door mij gewenste resultaat toch al bereikt wordt. De Hoge Raad heeft in het *Dicky Trading II*-arrest[55] immers een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband aangenomen. Strikt genomen is dat juist, maar de in dat arrest aanvaarde regel heeft dit nadeel dat bij de formulering ervan gekunsteld

---

48 Afgezien van de situatie dat de rechter eerst het causale verband beoordeelt, maar dat doet hieraan niet af, nu de fout dan alsnog vast dient komen te staan.

49 Zo ook Akkermans 1997, p. 307, en Giesen 1997, p. 131-132. Vergelijk ook OLG Düsseldorf VersR 1998, 1242, op p. 1243; Cane 1999, p. 101; Fleming 1998, p. 221; *McGhee* v. *National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008, op p. 1012; HR 1 oktober 1999, NJ 1999, 756 (Van Dijck/Venray), r.o. 3.3, en de rechtspaak inzake bijstandsverhaal, waarbij het causale verband aangenomen wordt als bewezen is dat er onvoldoende of onjuiste informatie is verstrekt, zie HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337 nt. EAA (Trakzel/Amsterdam); HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 770 (K./Eindhoven), en HR 24 december 1999, NJ 2000, 141 (Gemeente W./B.). Men mag daarnaast ook niet vergeten dat de leer van het 'Entscheidungskonflikt' een tegemoetkoming voor de gedaagde vormt.

50 Maar niet ten aanzien van de arts. Bij de keuze voor of tegen een behandeling spelen mijns inziens te veel irrationele motieven mee om uit te kunnen gaan van de gedachte dat adviezen opgevolgd zullen worden. Ten aanzien van adviezen van advocaten en notarissen staat het emotionele aspect meer op de achtergrond.

51 Deze regel zou mijns inziens aanvaard mogen worden bij onjuiste waarschuwingen en adviezen die één mogelijkheid om te handelen opperen. Als er meerdere mogelijkheden gegeven worden, kan van 'Beratungsgemäß' handelen (het advies opvolgen) geen sprake zijn. Zo ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 451.

52 In die zin Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 451. Zie hierover nader Giesen 1999, p. 53 e.v., bij de behandeling van het Duitse recht, alwaar ook literatuur te vinden is, alsmede Jones 1996, 4-119; Viney/Jourdain 1998, no. 369-1, en Nerson 1978, p. 872.

53 Zie HR 4 december 1987, NJ 1988, 370 (Lely Industries NV/Slobbe), r.o. 4.2, en HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 nt. JBMV (mr B./H.), r.o. 4.3.2.

54 Zie mijn opmerkingen in Giesen 1999, p. 57-58 en p. 79 e.v.

55 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II). Een expliciete bevestiging van dat arrest volgde in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.).

aansluiting is gezocht bij de leer van de verkeers- en veiligheidsnormen. Daardoor bestaat er (bovendien) nog steeds onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van die regel.[56] Beter zou het mijns inziens dan ook zijn om ruiterlijk toe te geven dat een bewijsrisico-omkering in deze gevallen gewenst en rechtvaardig is, zonder geforceerd te proberen aan te sluiten bij bestaande, doch niet echt verwante gevallen.[57] En als men dan toch met een schone lei begint, kan men tevens de nodige verfijning aanbrengen door de leer van het 'Entscheidungskonflikt' in te passen in de nieuw opgestelde regel.

Hoewel ook door toepassing van de kanstheorie de nodige 'winst' (voor de eiser) te behalen is, zou ik het gebruik van die theorie toch niet voorop willen stellen. De argumenten die voor een bewijsrisico-omkering pleiten - bescherming en daadwerkelijke verwezenlijking van het beslissingsrecht van de cliënt en patiënt - wegen mijns inziens zo zwaar dat ten aanzien van informatieverzuimen een bewijsrisico-omkering aanvaard zou moeten worden. De gedeeltelijke bescherming die de kanstheorie biedt,[58] acht ik hier niet voldoende.[59]

4.1.2 Onrechtmatigheid of tekortkoming

Ik pleit er ook voor de Duitse (en Franse) regel van bewijsrisicoverdeling ten aanzien van de eventuele fout van de *arts* over te nemen. Op basis van die regel draagt de arts het bewijsrisico. Dit sluit aan bij hetgeen ik eerder al bepleitte, te weten onverbloemde overname van de doctrine van 'informed consent'. De Nederlandse lagere rechtspraak gaat overigens al in die richting. Het belangrijkste argument voor die keuze is gelegen in het waarborgen van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Om dat te bereiken is deze bewijsrisico-omkering nodig.[60]

---

56 Zie Giesen 1999, p. 66 e.v., en par. IV.2.2. Asser, RM Themis 2000, p. 142, meent dat wel duidelijk is dat het hier om een algemene regel gaat. De vraag is echter hoe algemeen die regel dan is. Op basis van HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.) zou gezegd kunnen worden dat die regel vrijwel steeds van toepassing is, maar de koppeling met de verkeers- en veiligheidsnormen ontbreekt ook in dat arrest nog niet helemaal, zie de conclusie van Hartkamp, sub 11, voor het arrest.

57 Zie daarover Giesen 1999, p. 79 e.v.

58 Zie Giesen 1999, p. 75.

59 Een en ander geldt voor mij ook ten aanzien van de 'gemitigeerde' kanstheorie die voortvloeit uit in de literatuur ondernomen pogingen om de kanstheorie en de veiligheidsnormen-doctrine te 'vervlechten' (zie daarover Giesen 1999, p. 122 e.v.; Akkermans, VR 1999, p. 68, en par. VI.3.3.2). Als die 'vervlechting' aanvaard zou worden, zou ik die mogelijkheid verkiezen boven de 'gewone' kanstheorie, maar mijn eerste keuze zou dan nog steeds de bewijsrisico-omkering zijn.

60 Vanuit de dogmatiek bekeken, kan betoogd worden dat deze regel van bewijsrisicoverdeling ten opzichte van de arts eigenlijk geen bewijsrisico-omkering behelst, omdat de toestemming van de patiënt een rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk op het menselijk lichaam door de arts vormt. Die rechtvaardigingsgrond zou dan volgens de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling door de arts bewezen moeten worden. Zie eerder Giesen, AA 1996, p. 542 en hiervoor Giesen 1999, p. 35 e.v., en vergelijk Von Bar 1999, Rdn. 505 en 489. Ook dogmatisch gezien zou overname van deze Duitse (en Franse) regel derhalve voor de hand liggen.

Nu kan men opwerpen dat wij in Nederland al het instituut van de aanvullende stelplicht kennen en dat daarmee de eiser voldoende tegemoet gekomen wordt. Ik meen echter dat op die wijze het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt onvoldoende beschermd wordt, want die aanvullende stelplicht voor de gedaagde lost de problemen niet altijd voldoende op.[61] Bovendien is de vraag of aan die plicht voldaan is een feitelijke, zodat de toetsing door de Hoge Raad beperkt is.[62] Partijen blijven daardoor in het ongewisse over wat en hoeveel van hen verlangd wordt en zijn te dien aanzien overgeleverd aan het beleid van de rechter in kwestie. De rechtszekerheid is daarmee niet gebaat.

Er wordt ook wel opgeworpen dat de aanvullende stelplicht *de facto* al een bewijsrisico-omkering introduceert. Daaruit zou men dan kunnen concluderen dat overname van het Duitse recht niet nodig is. Een tweetal tegenwerpingen zou ik daarbij willen maken. Ten eerste, waarom zouden wij de bewijsrisico-omkering niet openlijk aanvaarden als die *de facto* blijkbaar toch al bestaat? Ten tweede, het is mijns inziens niet met zekerheid te zeggen of die aanvullende stelplicht werkelijk zo ver gaat.[63] Die onzekerheid maakt dat wij vooralsnog geen genoegen zouden moeten nemen met handhaving van de huidige regels.

En het bewijsrisico met betrekking tot de eventuele tekortkoming in de informatieverstrekking door de *advocaat* en *notaris*? Het Franse recht kent (ook) op dat vlak een bewijsrisico-omkering. Het lijkt mij echter niet wenselijk om in deze gevallen zowel op het vlak van de tekortkoming als op het vlak van de causaliteit van een bewijsrisico-omkering uit te gaan.[64] De enkele gemotiveerde stelling van de eiser zou dan tot aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar (kunnen) leiden.[65] Uit het voorgaande (een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van het causaal verband werd noodzakelijk geacht) volgt dan dat een bewijsrisico-omkering met betrekking tot de tekortkoming niet gewenst is. Dat maakt sommige vorderingen, hoewel wellicht terecht ingediend, moeilijk realiseerbaar, maar mijns inziens is een tegemoetkoming op het causale vlak eerder gewenst omdat de bewijsproblemen daar (nog) nijpender zijn.[66] Bovendien kennen wij in Nederland, net als in Duitsland, met betrekking tot de tekortkoming al de

61 Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman), de noot van Stein onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (Vermaat Bakkerijen/Aamar), en par. II.3.

62 Zie bijvoorbeeld de conclusie van Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.10.

63 In HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman) was daarvan in elk geval geen sprake.

64 Dat doet het Franse recht dan ook niet; ten aanzien van het causale verband rust het bewijsrisico op de eiser.

65 Bovendien gaat het in deze gevallen om vermogensschade en niet om letselschade. Dat is bij de arts anders. Zie ook de volgende alinea.

66 Bovendien is voor een bewijsrisico-omkering met betrekking tot de causaliteit aan te voeren dat het eerder gememoreerde aanknopingspunt voor aansprakelijkheid (de vastgestelde fout), aanwezig is, zie hiervoor de tekst voor noot 49.

aanvullende stelplicht van de gedaagde, waardoor de bewijsnood van de eiser (in elk geval deels) verlicht wordt.

De advocaat en de notaris worden dus anders behandeld dan de arts, nu te dien aanzien wel een bewijsrisico-omkering bepleit werd. Is dat wel gerechtvaardigd nu bij alle drie de beroepsgroepen het beslissingsrecht van de wederpartij in gevaar is? De reden voor het gemaakte onderscheid ligt hierin dat de patiënt in mijn visie sterker beschermd dient te worden dan de cliënt omdat het beslissingsrecht van de patiënt direct betrekking heeft op zijn 'lijf en leden'. Zijn geïnformeerde beslissing is een noodzakelijke voorwaarde voor een gelegitimeerde inbreuk op zijn lichamelijke integriteit. De beslissing van de cliënt van een advocaat of notaris heeft echter alleen invloed op zijn vermogenspositie. Dat laatste belang behoeft, mede gezien de gevolgen van een bewijsrisico-omkering, minder bescherming.[67]

Een bewijsrisico-omkering ten aanzien van de tekortkoming van de advocaat en de notaris zou wellicht wel mogelijk zijn als de kanstheorie zijn opmars zou doorzetten. Op het causale vlak vindt er dan geen bewijsrisico-omkering plaats, maar is er sprake van een materiële tegemoetkoming die de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar beperkt (tot een deel van de schade), zodat een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van de tekortkoming niet te ver zou gaan. Dat is althans de mening van het Cour de Cassation.[68]

4.2 Bij handelingen

Als de *arts* wellicht een behandelingsfout gemaakt heeft, dient de eiser dat te bewijzen. Verder dan een aanvullende stelplicht en uiteraard het gebruik van deskundigenberichten, die dan wel onder 'strict scrutiny' dienen te staan om Engelse toestanden te vermijden, zou ik niet willen gaan. Het zelfbeschikkingsrecht is in deze gevallen immers niet in gevaar. Bovendien kan de medische stand geen garantie tot genezing of verbetering van de lichamelijke gesteldheid geven. De complexiteit van ingrepen in het menselijk lichaam staat daaraan in de weg. Met betrekking tot de *advocaat* en de *notaris* geldt in wezen hetzelfde. Als de gemaakte fout al niet overduidelijk is, zal de eiser deze dienen te bewijzen. Ook deze

67 Het is hier dus in wezen de aard van de schade die doorslaggevend is. Vergelijk Von Bar 1980, p. 310. De bescherming van de lichamelijke integriteit dient mijns inziens beter te zijn dan de bescherming van een vermogensbelang en die betere bescherming is te verwezenlijken via een bewijsrisico-omkering.

68 Het voorgaande is immers een verkorte weergave van de hoofdlijnen van het Franse systeem. De in Nederland ook wel gehanteerde bewijsrisico-omkering ten aanzien van de causaliteit dient dan echter achterwege te blijven. Men kan beide theorieën niet zonder meer (ongewijzigd) naast elkaar (blijven) hanteren, zie Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v., en par. VI.3.3.2.

beroepsbeoefenaren werken niet met zekere uitkomsten. Als er iets mis is gegaan, is dat niet noodzakelijkerwijs op hun handelen terug te voeren.[69]

Op het voorgaande zou ik één uitzondering willen maken, en wel voor gevallen waarin er sprake is van een documentatieverzuim. De daarvoor naar Duits recht ontwikkelde regels zou ik willen overnemen in Nederland.[70] Welke beroepsbeoefenaar daarbij in het geding is, is niet van belang. Dezelfde regels zouden voor alle drie de beroepsgroepen moeten gelden.[71]

Ten aanzien van het causale verband zou mijns inziens de kanstheorie gebruikt moeten worden voor zover het om de *notaris* en de *advocaat*[72] gaat. Die theorie, samen met de mogelijkheid om met vermoedens te werken, zorgt voor voldoende licht in de duisternis voor de cliënt.

Met betrekking tot de *arts* zou ik eerder willen aansluiten bij de leer die een bewijsrisico-omkering voorziet als veiligheidsnormen geschonden zijn.[73] De reden daarvoor is dat er daarbij veelal letselschade is of kan ontstaan, hetgeen mijns inziens een verdergaande bescherming (dan de kanstheorie kan bieden) rechtvaardigt. Daarmee is naar mijn mening de mogelijkheid om de kanstheorie in zijn huidige vorm toe te passen, sterk afgenomen omdat beide doctrines moeilijk naast elkaar kunnen bestaan.[74] Nu de arts vrijwel alleen met normen van doen heeft die (mede) gericht zijn op de veiligheid van de patiënt, zal die bewijsrisico-omkering

---

69 Zie reeds Wolfsbergen 1946, p. 168, en Rambocus 1999, p. 273, die tegen elke bewijsrisico-omkering is, zie p. 295. Uit het onderzoek is ook naar voren gekomen dat een algemene bewijsrisico-omkering ten aanzien van de tekortkoming bij handelingen, nergens aanvaard wordt, zelfs niet in Duitsland, afgezien van enkele specifieke gevallen in de medische sfeer.

70 Zie Giesen 1999, p. 102-103 en p. 108. Daarbij kan aangesloten worden bij de al bestaande dossierplicht, zie Giesen 1999, p. 40 e.v. In deze zin ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 428 en 431.

71 Zo ook Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 431. Ter rechtvaardiging kan ook aansluiting gezocht worden bij de regel dat de werkgever die na een ongeval van een werknemer geen ongevalsrapportage opstelt, het bewijsrisico ten aanzien van de toedracht van het ongeval draagt, vergelijk HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM). Zowel dat rapport als het dossier van een beroepsbeoefenaar dienen er (mede) toe een reconstructie van het verloop der dingen te kunnen maken.

72 Zulks lijkt reeds mogelijk te zijn, zie HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 nt. PAS (Baijings/mr H.). Zie echter Giesen 1999, p. 122 e.v., over het in het gedrang komen van de 'equality of arms' in bepaalde gevallen van aansprakelijkheid van de advocaat. Voor die gevallen bepleitte ik aldaar een omkering van het bewijsrisico met betrekking tot het causale verband.

73 Zo ook Stolker, VR 1996, p. 4. Het Franse recht lijkt zich ook in deze zin te ontwikkelen, zie Viney/Jourdain 1998, no. 368-373, doch anders Porchy, D. 1998, Chron. 379, op p. 382-383. Op dit terrein wordt in Nederland overigens ook wel de kanstheorie toegepast, zie met name Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (Wever/De Kraker), en verder Van Dijk, A & V 1999, p. 37 e.v. Voor de goede orde, met de leer van het 'Entscheidungskonflikt' valt hier niet te werken, omdat er geen informatieplicht in het geding is en dus niet de vraag kan rijzen of de patiënt 'anders' beslist zou hebben of daarover getwijfeld zou hebben.

74 Zie Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v. Als de pogingen om een 'vervlechting' tussen de kanstheorie en de veiligheidsnormen-doctrine te bewerkstelligen (zie daarover Giesen 1999, p. 122 e.v.; Akkermans, VR 1999, p. 68, en par. VI.3.3.2), ingang zouden vinden, zou toepassing van die optie bij handelingen van advocaten en notarissen mijn voorkeur hebben boven toepassing van de 'gewone' kanstheorie.

immers vrij breed toepasbaar zijn.[75] Wellicht is daarom wel een extra voorwaarde voor toepassing ervan noodzakelijk.

Die voorwaarde zou kunnen, en mijns inziens moeten, zijn dat zich nu juist dàt gevaar verwezenlijkte waartegen de norm beoogde te beschermen.[76] Excessen worden zo voorkomen. Het (Duitse) vereiste voor een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband, namelijk dat een grove fout gemaakt zou moeten zijn,[77] acht ik niet acceptabel, omdat de aanwezigheid van een *gekwalificeerde* (zware) vorm van de ene voorwaarde (onrechtmatigheid) voor aansprakelijkheid op zichzelf nog niets zegt over de eventuele aanwezigheid van een andere voorwaarde (causaliteit) voor aansprakelijkheid.[78] Bovendien biedt dat criterium te weinig houvast, wordt er een overbodig onderscheid geïntroduceerd, en is het criterium te manipuleerbaar in de richting van wellicht gewenste, maar niet te voorziene uitspraken.

4.3 Een ruimer toepassingsbereik?

Andere beroepsbeoefenaren of dienstverleners dan de arts, de advocaat en de notaris zijn in het voorgaande niet uitvoerig aan bod geweest. Dat laat mijns inziens echter onverlet dat de regels die ik hiervoor als wenselijk naar voren bracht, in elk geval op het eerste gezicht, ook op andere beroepsbeoefenaren toegepast zouden kunnen worden.

Over het algemeen zal de situatie waarin een andere beroepsbeoefenaar zich ten opzichte van zijn cliënt bevindt, niet veel verschillen van die waarin hetzij de arts,[79] hetzij de advocaat,[80] hetzij de notaris[81] zich bevindt. Ook informatieplichten

---

75 Aan de bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband na schending van een 'Befundsicherungspflicht' door een arts zoals die in Duitsland soms toegepast wordt (zie Giesen 1999, p. 116-118), is dan ook geen behoefte.

76 Zie bijvoorbeeld HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 nt. EAAL (Dicky Trading I) en *Clark* v. *MacLennan* [1983] 1 All ER 416, op p. 427. Deze voorwaarde ligt ook besloten in het Duitse recht, zie Giesen 1999, p. 115.

77 Voor overname daarvan is Stolker, VR 1996, p. 4.

78 Het gegeven dat er een fout gemaakt is, kan, zo schreef ik eerder, een aanwijzing zijn dat de dader de schade zou moeten dragen en dus dat het causale verband aangenomen zou moeten worden, zie de tekst voor noot 49, maar dat is iets anders dan wat deze Duitse regel doet. Deze regel koppelt de aanwezigheid van causaal verband veel sterker aan de aanwezigheid van een fout. Het ene volgt als het ware direct uit het andere. Een zo sterke koppeling is in mijn visie niet juist. Bovendien, de aanwijzing dat aansprakelijkheid geïndiceerd is, wordt bij toepassing van deze Duitse regel het hoofdargument, terwijl het in mijn visie om een extra argument gaat. En als we die regel al zouden accepteren, dan blijft nog steeds onduidelijk waarom er een gekwalificeerde vorm van een fout gegeven zou moeten zijn.

79 Bijvoorbeeld de tandarts en de verloskundige.

80 Bijvoorbeeld de belastingadviseur, de assurantie-tussenpersoon, de makelaar en de beleggingsadviseur.

81 Bijvoorbeeld (in bepaalde opzichten) de rechter. Deze dient immers (net als de notaris) de zaak van zijn 'cliënten' (de rechtszoekenden) juridisch juist te regelen, vergelijk *Kamerstukken II* 1999/00, 26.800 VI, nr. 2, p. 19. Ik realiseer me dat deze vergelijking vrij ver gaat, maar het is inmiddels

van die andere beroepsbeoefenaren 'lopen leeg' als het causaliteitsvereiste steeds weer een dam opwerpt tegen aansprakelijkheid, louter omdat het bewijs daarvan niet te leveren is. Bovendien speelt de deskundigheid van de beroepsbeoefenaar en het daarmee gepaard gaande vertrouwen, de afhankelijkheid van de cliënt en de onevenwichtige informatieverdeling in die relaties een even grote rol. De argumenten voor een gelijke behandeling met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling zijn daarmee in principe gegeven.[82]

De accountant heeft in deze wellicht een wat andere positie. Investeringsbeslissingen zoals de koop van aandelen in een bedrijf, zullen niet snel genomen worden louter op basis van de door de accountant verstrekte informatie. De accountantsverklaring dient mijns inziens zelfs eerder als een laatste controlemogelijkheid voor degene die de beslissing neemt, nadat hij eerder al, op basis van andere informatie zoals de ontwikkelingen op de markt, geïnteresseerd is geraakt in een bepaald bedrijf.[83] De rechter kan dan alleen zeggen dat die verklaring waarschijnlijk tot een andere beslissing zou hebben geleid, en dus van een vermoeden van causaal verband uitgaan, als er een zeer duidelijk verschil is aan te wijzen tussen de voorgestelde en daadwerkelijke toestand van het bedrijf, terwijl dat verschil juist door de fout verdoezeld is. Het verschil moet zodanig zijn dat het door de koper niet genegeerd had kunnen worden als hij ervan geweten had.[84] Gezien de beperkte(re) rol die de informatie van de accountant naar mijn mening speelt, zal een bewijsrisico-omkering in deze gevallen niet snel aanvaard mogen worden. Een bewijsrisico-omkering heeft immers verstrekkende gevolgen voor de materiële uitkomst van een procedure.

---

wel zo dat naar Duits recht de rechter bepaalde 'Hinweispflichten' heeft, zie § 139 ZPO, waarover par. II.2.4. Deze kunnen veronachtzaamd zijn.

82 Zie inmiddels ook Hof Leeuwarden 23 december 1998, NJ 2000, 42 (Garage West/Bouma), waarin de professionele garagehouder diende te bewijzen dat hij de klant geïnformeerd had over de wijze waarop de leenauto verzekerd was.

83 Dat is dan meteen de reden waarom de verklaringen van de accountant bekeken worden. Het is mijns inziens niet zo dat iemand die geld te investeren heeft, lukraak accountantsverklaringen van een stel bedrijven gaat doornemen om te bekijken waar hij zijn geld het beste kwijt kan. De accountant komt pas in het spel als het kopen van aandelen serieus overwogen wordt.

84 Ook hier zou naar mijn mening de gedachte van het gemotiveerd stellen van een 'Entscheidungskonflikt' (in een van twee eerder beschreven varianten) goede diensten kunnen bewijzen.

Aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen

1 Inleiding

Dit hoofdstuk is gewijd aan de aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen die iemands privacy of reputatie schenden. Dit onderwerp is nauw verbonden met de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) en de regels ter bescherming van de privacy (art. 8 EVRM) en de persoon in het algemeen.[1] Een gevolg daarvan is dat de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag in meer of mindere mate[2] afhankelijk wordt van een belangenafweging:[3] de vrijheid van meningsuiting versus de persoonlijkheidsrechten. Er dient een weging plaats te vinden van de belangen van de eiser en van de gedaagde, alsmede van de algemene belangen.[4]

In het navolgende is een indeling gemaakt aan de hand van het soort mededeling waarop de vordering betrekking heeft. Daarbij worden feitelijke mededelingen (par. 2) en waardeoordelen (par. 3), die beide iemands reputatie kunnen schaden, alsmede privacy-schendende mededelingen (par. 4) apart behandeld. Uiteraard is een aantal regels voor al deze typen mededelingen gelijk en zijn de grenzen vaak niet scherp te trekken, maar ten behoeve van het overzicht lijkt een indeling als deze wenselijk. Daarna volgt in paragraaf 5 een samenvatting en een toets aan de vereisten van art. 10 EVRM. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van de bewijsrechtelijke en materieelrechtelijke argumenten voor en tegen aansprakelijkheid en bewijsrisico-omkeringen (par. 6).

---

1 Op specifiek staatsrechtelijke aspecten daarvan zal niet uitvoerig ingegaan worden. Zie voor de toetsing aan art. 10 EVRM bijvoorbeeld Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 8 e.v.; Nieuwenhuis 1997, p. 325 e.v.; Bulk 1998, p. 54 e.v., en voor botsing van grondrechten in dit verband, Kistenkas, Gst. 7047 (1997), p. 63 e.v. Ik ga hier voorbij aan misleidende reclame (een vorm van onrechtmatige mededelingen), zie hoofdstuk XI, en onjuiste of onvolledige mededelingen door dienstverleners en producenten, zie hoofdstuk VIII, respectievelijk hoofdstuk VII.

2 Dat 'mindere' ziet dan voornamelijk op het Engelse recht dat 'the right to privacy' nog niet als zodanig erkend heeft, zie bijvoorbeeld Zweigert & Kötz 1998, p. 698, maar het recht op vrijheid van meningsuiting wel, zie *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 628. Zie echter noot 29,en par. 2.5, waar blijkt dat ook in Engeland een belangenafweging vereist is.

3 Kistenkas, Mediaforum 1996, p. 4, en dezelfde, Gst. 7047 (1997), p. 64, geeft aan dat de grondrechten niet letterlijk toegepast worden, maar dat veeleer belangen, die van origine grondrechtelijk zijn, gewogen worden. Zie ook Drion, Beekhuis-bundel 1969, p. 100; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1671.

4 Onder andere Asser-Hartkamp 4-III, nr. 237; Markesinis & Deakin 1999, p. 644, en Zweigert & Kötz 1998, p. 687.

2 Feitelijke mededelingen die de reputatie van een persoon schaden

2.1 Onrechtmatigheid

2.1.1 Het geldende recht

In *Nederland* wordt het onrechtmatige karakter van een uiting die iemands reputatie schaadt, beoordeeld naar de algemene norm van art. 6:162 BW. Dat gebeurt door middel van een afweging van twee belangen: het belang om niet blootgesteld te worden aan lichtvaardige verdachtmakingen en het belang om misstanden in de samenleving aan te kunnen pakken.[5] Het is vaste rechtspraak dat een aantal omstandigheden in de beoordeling betrokken moet worden.[6] Indien het gaat om feitelijke mededelingen, behoren daartoe onder andere de aard van de verdenking en de ernst van de te verwachten gevolgen, de ernst van de aan de kaak gestelde misstand, de mate waarin de uiting steun vindt in de feiten, de inkleding, en de eventuele alternatieven.[7]

Daarbij wordt er in de rechtspraak regelmatig vanuit gegaan dat de onrechtmatigheid in principe gegeven is, indien de mededeling onjuist was (geen steun vond in de feiten),[8] althans indien de juistheid van de mededeling niet voldoende geverifieerd werd alvorens deze geopenbaard werd.[9] Het gevolg daarvan

---

5 Zie HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 nt. MS (Gemeenteraadslid). Sinds enige jaren, zie vooral HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.), sluit de Hoge Raad expliciet aan bij art. 10 EVRM. Doordat een belangenafweging vereist is, kan de leer dat met de inbreuk op een subjectief recht de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is, zie par. IV.2.2 en Schut 1997, p. 50 e.v., niet zonder meer toegepast worden op dit terrein. Zie ook nog Lindenbergh, TvP 1999, p. 1679-1680.

6 Zie HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 nt. MS (Gemeenteraadslid) en HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.). Geen van de belangen weegt daarbij a priori zwaarder dan de andere, zie HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 nt. DWFV (Ferdi E.); Nieuwenhuis 1997, p. 256; Van Rijn, WPNR 6356 (1999), p. 331 en 334, en Kremer 1999, p. 136.

7 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 nt. MS (Gemeenteraadslid). De opsomming is niet limitatief, aldus onder andere HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 nt. CJHB (Herrenberg/Het Parool). Zo kan ook de aard van het medium een rol spelen. Voor rechtspraak, zie Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 30 e.v.

8 Zie onder andere Rb. Amsterdam 1 december 1999, Mediaforum 2000, nr. 18 (Alberti/Story), r.o. 4.2; Pres. Rb. Maastricht 28 januari 1998, KG 1998, 81 (Van M./De Limburger); Pres. Rb. Amsterdam 25 september 1986, KG 1986, 441 (v. L./Nieuws van de Dag); Bulk 1998, p. 97 en Boukema 1987, p. 143-144. Anders: Hof Amsterdam 27 maart 1997, te kennen uit HR 26 maart 1999, NJ 1999, 469 (Joekes/NOS), r.o. 4.16, en de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor dat arrest. Vergelijk ook Kistenkas, Mediaforum 1996, p. 2 e.v., en daartegen De Bock, Mediaforum 1996, p. 56 e.v. De onrechtmatigheid staat in beginsel vast als aan de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 261 e.v. Sr) voldaan is.

9 Vergelijk Pres. Rb. Utrecht 9 april 1973, NJ 1973, 392 (Rakona/Industriebond NVV); Pres. Rb. Maastricht 28 januari 1998, KG 1998, 81 (Van M./De Limburger); Nieuwenhuis 1997, p. 257; Bulk 1998, p. 150; Van Rijn, WPNR 6356 (1999), p. 331, en terughoudend Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 37 (doch minder in aant. 38). Het niet corrigeren van later onjuist gebleken feiten kan op zichzelf onrechtmatig zijn, zie Bulk 1998, p. 161-162.

is dat de vraag welke partij moet bewijzen dat een mededeling juist of onjuist was, van wezenlijk belang is.

Ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling met betrekking tot de (on)juistheid van de geopenbaarde feiten is de lagere rechtspraak[10] in Nederland vrij eenduidig: het bewijsrisico rust op degene die de beschuldiging uitte, de gedaagde.[11] Deze dient de juistheid van de feiten aannemelijk te maken, of in elk geval aannemelijk te maken dat hij niet lichtvaardig handelde. Hij hoeft dus niet de 'waarheid' in strikte zin aan te tonen, maar hij moet wel op zijn minst aantonen voldoende onderzoek verricht te hebben.[12] Volgens de President van de Rechtbank Maastricht is deze bewijsrisicoverdeling nodig, want hoe ongerijmder de beschuldiging is, hoe moeilijker het zal zijn voor de beschuldigde om aannemelijk te maken dat hem geen blaam treft. Deze regel van bewijsrisicoverdeling beoogt derhalve de onschuldige te beschermen en maant de aanklager tot voorzichtigheid. Degene die zijn uitspraken niet hard kan maken, zal ze achterwege moeten laten.[13] Als het bewijsrisico daarentegen conform de hoofdregel op de beschuldigde zou rusten, zou deze als het ware 'vogelvrij' verklaard zijn. Deze regel is dus nodig om de bescherming van de beschuldigde effectief te doen zijn. Een tegenovergestelde regel zou de bewijsnood van de eiser zo groot maken dat de materiële regel nauwelijks tot zijn recht zou kunnen komen.

De President brengt hier valide argumenten naar voren die de omkering van het bewijsrisico[14] naar mijn mening kunnen dragen. Toch past een enkele kanttekening. Deze bewijsrisicoverdeling leidt namelijk tot een beperking van

---

10 Het gaat veelal om kort geding-procedures. Dat de regels van bewijsrisicoverdeling daarbij ook van belang zijn, komt nog aan bod, zie par. XI.3.1.2, alsmede Giesen, NJB 1998, p. 1629 e.v.

11 Zie onder andere Pres. Rb. Amsterdam 11 september 1974, NJ 1975, 77 (Ajax/Remmers); Hof Amsterdam 10 maart 1983, te kennen uit HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802 (De Telegraaf/A.); Hof Amsterdam 17 november 1983, te kennen uit HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 nt. CJHB (Herrenberg/Het Parool), zie ook de conclusie van Ten Kate voor en de noot van Brunner onder dat arrest; Hof Den Haag 25 januari 1989, te kennen uit HR 5 juni 1992, NJ 1992, 542 (Pals/Zwolsche Algemeene); Pres. Rb. Utrecht 16 april 1993, KG 1993, 223 (UMMON/NCB); Hof Amsterdam 26 augustus 1993, te kennen uit HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.); Pres. Rb. Maastricht 23 februari 1994, KG 1994, 99 (Bijsmans/Dautzenberg); Hof Amsterdam 1 december 1994, NJ 1996, 202 (Van Gend & Loos/X.); Hof Den Haag 18 september 1997, te kennen uit HR 23 april 1999, NJ 1999, 612 (M./T.); Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 440 (Huibregtsen/De Volkskrant); Schalken, NJB 1998, p. 1916; Bulk 1998, p. 147 en 149, en Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 38 en 41. Terughoudend: Pres. Rb. Amsterdam 25 november 1982, KG 1982, 216 (X./De Telegraaf), en Drion, Beekhuis-bundel 1969, p. 105. Anders: Hof Amsterdam 29 maart 1956, NJ 1956, 604 (X./Velsen) en HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 nt. GJS (X./Van der Graaf).

12 Zie bijvoorbeeld Boukema, RM Themis 1999, p. 364. De eisen waaraan het bewijs moet voldoen, (aannemelijk) worden hier dus verlaagd, vergelijk Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 38 en 41. Zie ook Bulk 1998, p. 166. De rechter mag niet voorbij gaan aan het bewijs door de gedaagde omdat de uiting op zich al beledigend zou zijn, aldus EHRM 23 april 1992, Serie A, vol. 236, NJ 1994, 102 nt. EJD (Castells).

13 Pres. Rb. Maastricht 23 februari 1994, KG 1994, 99 (Bijsmans/Dautzenberg).

14 Bulk 1998, p. 150.

de uitingsvrijheid.[15] In gevallen waarin de juistheid of onjuistheid van een mededeling niet is komen vast te staan, trekt die uitingsvrijheid immers, via de verdeling van het bewijsrisico, aan het kortste eind.[16] Het is de vraag of dat geoorloofd is. Nu het hier om het bewijsrisico ten aanzien van de juistheid of onjuistheid van feiten gaat, meen ik dat deze regel nog door de beugel kan. Onjuiste feitelijke mededelingen verdienen geen grondrechtelijke bescherming, het algemeen belang kan ze niet rechtvaardigen.[17] De twijfel over de juistheid van bepaalde feiten (en daarmee over de aanwezigheid van een eventuele beperking van de uitingsvrijheid) mag ten laste van de 'aanklager' komen, indien wel vast staat dat een gewichtig belang van de eiser (het niet lichtvaardig beschuldigd worden) in het geding is. Het *wellicht* aangetaste belang verliest het in dat geval van het *daadwerkelijk* aangetaste belang.[18] In het verlengde daarvan zou mijns inziens ook gezegd kunnen worden dat de belangenafweging alleen uitgevoerd mag worden als de feiten juist blijken. Als dat niet zo is, valt er niets af te wegen.[19]

Brunner komt via een hieraan verwante redenering tot hetzelfde resultaat als de President van de Maastrichtse rechtbank.[20] Hij stelt dat een beschuldiging onrechtmatig is, omdat die bewering een inbreuk op iemands persoonlijkheidsrecht maakt en dat met die rechtsinbreuk de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is. Alleen een rechtvaardigingsgrond kan dat tegengaan en daartoe behoort (het aannemelijk maken van) de juistheid van de beschuldiging. Ik wijs er op dat deze redenering net zozeer een gevaar voor de uitingsvrijheid oplevert als de redenering van de President van de Rechtbank Maastricht. Bij een *non liquet* 'verliest' ook

15 Zie Bulk 1998, p. 150, en Gatley 1998, 11.3. Of deze beperking gerechtvaardigd is, komt ook nog aan bod in par. 5.

16 Dat het aantonen dat er voldoende onderzoek verricht is voordat de mededeling gepubliceerd werd, ook voldoende is om aan aansprakelijkheid te ontkomen, verandert het bovenstaande niet. Nog steeds is het dan de vrijheid van meningsuiting die in een twijfelgeval het onderspit delft.

17 Zie Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 440 (Huibregtsen/De Volkskrant), r.o. 7; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 237; Van Rijn, WPNR 6356 (1999), p. 331; Bulk 1998, p. 137; A-G Strikwerda in zijn conclusie (nr. 15) voor HR 17 mei 1991, NJ 1991, 464 (NDU/Van Kralingen); (de rechtspraak in) Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 38; Mitchell, P.L. 1999, p. 336-337; Markesinis, LQR 1999, p. 57; Zweigert & Kötz 1998, p. 692; Seyfarth, NJW 1999, p. 1290; Giegerich, RabelsZ 1999, p. 493 en 494; *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 657; BGH GRUR 1975, 89, op p. 92; BVerfG VersR 1998, 774, op p. 776; BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324; BVerfG VersR 2000, 778, op p. 779. Terughoudend is Nieuwenhuis 1997, p. 248 en 327. Uit EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 nt. EJD (Fressoz), r.o. 54, lijkt te volgen dat voor bescherming op basis van art. 10 EVRM een 'accurate factual basis' vereist is.

18 Vergelijk de redenering van Seyfarth, NJW 1999, p. 1291, ten aanzien van de aanvullende stelplicht. Zie in dit kader ook Pres. Rb. Amsterdam 25 november 1982, KG 1982, 216 (X./De Telegraaf), die het bewijsrisico slechts bij de 'pers' wil leggen indien het gediende belang gering is te achten ten opzichte van het opgeofferde belang.

19 Zo ook Van Rijn, WPNR 6356 (1999), p. 331 en 332, sprekend over de Nederlandse Antillen en Aruba. Dit standpunt lijkt af te wijken van de heersende leer, zie de tekst voor noot 7 hiervoor, maar lijkt overeen te stemmen met de Duitse leer, zie Seyfarth, NJW 1999, p. 1290 en 1292, alsmede par. 4.1 hierna.

20 Zie zijn noot onder HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 (Herrenberg/Het Parool).

hier de uitingsvrijheid. Ik hoef mijn standpunt dienaangaande dan ook niet te herhalen. Wel dient nog opgemerkt te worden dat voor de Hoge Raad het enkele inroepen van de vrijheid van meningsuiting niet voldoende is als rechtvaardigingsgrond.[21] Alle bijzondere omstandigheden van het geval dienen gewogen te worden. Daaruit volgt dat het niet alleen op de uitingsvrijheid aankomt; een belangenafweging tussen inbreuk en 'rechtvaardiging' is beslissend. Tevens wijs ik er nog op dat de redenering van de President duidelijker doet uitkomen waar het écht om gaat: bewijsnood en de (daardoor bedreigde) effectiviteit van de materiële regel.

De Hoge Raad heeft zich na 1966 niet meer over de bewijsrisicoverdeling op dit terrein uitgesproken. In dat jaar besliste de Hoge Raad dat het bewijsrisico bij de eiser ligt en dat op de gedaagde een aanvullende stelplicht rust.[22] Of aan die uitspraak nog beslissende betekenis toekomt, is echter twijfelachtig.[23] Immers, de beoordeling van gevallen als deze is sinds 1966 wezenlijk veranderd door de opkomst van de belangenafweging.[24] Bovendien volgt de lagere rechtspraak in meerderheid een andere koers die steunt op goede argumenten. Naar mijn mening is de rechtspraak van de hoogste rechter dan ook aan een 'herwaardering' toe. Daarbij zou de in de lagere rechtspraak uitgezette lijn gevolgd kunnen worden.

Het *Engelse* recht kent in principe[25] twee 'torts' die tot schadevergoeding aanleiding kunnen geven in geval van mededelingen die iemands reputatie schenden. De eerste is 'defamation' (smaad). 'Defamation' beschermt 'the right of every person, during life, to the unimpaired possession of a reputation and a

---

21 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 nt. CJHB (De Lage Landen/De Borbon-Parma). Rb. Haarlem 7 april 1992, te kennen uit Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1996, 7 (Meuldijk/Spaarnestad), kiest een tussenweg door beide posities te verenigen (rechtvaardigingsgrond afhankelijk van afweging), zie daarover ook het Duitse recht.

22 Zie HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 nt. GJS (X./Van der Graaf), en daarover Verburgh 1970, p. 30-33. Een vergelijkbaar oordeel (aanvullende stelplicht op gedaagde) volgde in HR 7 november 1997, NJ 1998, 268 nt. Ma (Philips/VEB). Daarin ging het weliswaar ook over onrechtmatige mededelingen, maar het betrof niet een geval van schending van iemands reputatie.

23 Tekenend is wellicht dat in twee gevallen waarin het bewijsrisico op de oorspronkelijk gedaagde werd gelegd, die verdeling van het bewijsrisico in cassatie niet ter discussie werd gesteld, zodat de Hoge Raad er niet op in hoefde te gaan, zie HR 5 juni 1992, NJ 1992, 542 (Pals/Zwolsche Algemeene) en HR 23 april 1999, NJ 1999, 612 (M./T.). Bulk 1998, p. 149, noot 537, leidt uit het arrest *Pals/Zwolsche Algemeene*, mijns inziens ten onrechte, af dat de Hoge Raad de bewijsrisicoverdeling zoals door het Hof aanvaardt, geaccepteerd heeft. Vergelijk ook nog HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 nt. CJHB (Herrenberg/Het Parool), alwaar het cassatiemiddel voorop stelde dat het bewijsrisico bij de aanklager rust. De Hoge Raad ging op de kwestie niet in.

24 Zie met name HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 nt. MS (Gemeenteraadslid).

25 De 'tort' van 'deceit' (zie par. XI.3) komt hier niet voor toepassing in aanmerking omdat dan vereist is dat de eiser 'induced' werd op een bepaalde wijze te handelen. Naar aanleiding van *Spring* v. *Guardian Assurance* [1994] 3 All ER 129, is de vraag gerezen of in deze gevallen ook een beroep gedaan kan worden op 'negligence', zie Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-01. Dan zal een 'duty' van de gedaagde moeten kunnen worden aangenomen, hetgeen niet eenvoudig is, zie nader Weir, CLJ 1993, p. 376 e.v.; Gatley 1998, 21.1 e.v., en Mitchell, P.L. 1999, p. 332. Een contractuele vordering en 'defamation' sluiten elkaar niet uit, zie *Malik* v. *Bank of Credit* [1997] 3 All ER 1.

good name'.[26] Daarbij is recentelijk het belang doorgedrongen van art. 10 EVRM.[27] Dat heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat overheidsorganen niet langer een actie op basis van 'defamation' kunnen instellen. Als dat wel zou kunnen, zou namelijk de vrije discussie over publieke zaken te veel belemmerd worden.[28] Een ander gevolg van de 'ontdekking' van art. 10 EVRM is geweest dat het Engelse recht nu explicieter met een belangenafweging lijkt te werken, zoals wij nog zullen zien.[29] De grondtrekken van 'defamation' zijn echter opgebouwd zonder deze specifieke context in het achterhoofd.

'Defamation' is te onderscheiden in twee soorten: 'libel' en 'slander'. Daarbij ziet 'libel' op het 'publiceren' (overbrengen van de boodschap aan een of meer derden) van een smadelijke mededeling in een min of meer permanente vorm, terwijl 'slander' het oog heeft op vergankelijke vormen van smaad, zoals gesproken woorden.[30] Het verschil tussen beide is met name van belang in verband met het bewijs van schade, waarover later meer (par. 2.2).

Of een mededeling 'defamatory' is, is afhankelijk van de vraag hoe die woorden redelijkerwijs, objectief gezien, begrepen moeten worden. Daarbij moet de context en de vorm van de publicatie in ogenschouw genomen worden.[31] Als de betekenis van de gebruikte woorden hierop neerkomt dat de achting voor de eiser bij het algemene publiek vermindert, of dat men geneigd zal zijn die persoon te negeren, is er sprake van 'defamation'.[32] De zorgvuldigheid van het gedrag en de intentie van de gedaagde is daarbij niet van belang.[33] Het is in dit stadium van de beoordeling ook niet van belang of het een feitelijke bewering of een waardeoordeel betreft. Wanneer de woorden op het eerste gezicht, of na 'con-

26 Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-01.

27 Zie bijvoorbeeld Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-04 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 390 en 446 e.v.; Cane 1997, p. 134; Mason, Fleming-bundel 1998, p. 24 e.v.; Mitchell, P.L. 1999, p. 338; Trindade, LQR 1999, p. 175 e.v., en met name Markesinis, LQR 1999, p. 47-88. Vergelijk ook het Court of Appeal in *Tsikata* v. *Newspaper Publishing plc* [1997] 1 All ER 655, op p. 662 e.v., en in *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961, op p. 999 e.v., alsmede het House of Lords in *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609. In *Derbyshire C.C.* v. *Times Newspapers Ltd.* [1993]1 All ER 1011, op p. 1021, besliste het House of Lords overigens dat het Engelse recht in overeenstemming is met art. 10 EVRM.

28 Zie *Derbyshire C.C.* v. *Times Newspapers Ltd.* [1993] 1 All ER 1011, en daarover onder andere Barendt, P.L. 1993, p. 449 e.v., en par. 2.5.

29 Zie par. 2.5; *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961, met name p. 996 en 1005, en het vervolg daarop, *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, met name p. 621-626, en p. 629.

30 Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-06; Winfield & Jolowicz 1998, p. 391 e.v.

31 Zie bijvoorbeeld Markesinis & Deakin 1999, p. 601. Dat een bepaalde passage op zichzelf bezien 'defamatory' is, is niet genoeg, aldus het House of Lords, zie *Charleston* v. *News Group Newspapers Ltd.* [1995] 2 All ER 313.

32 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 391; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-09 en 21-12, en voor voorbeelden, 21-17 e.v.

33 Zie Markesinis & Deakin 1999, p. 601; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-10; Cane 1997, p. 45-46, en 135 (die aangeeft dat het een 'strict liability' betreft), en par. 2.4, alsmede (kritisch) Mitchell, LQR 1998, p. 663.

struction' door de rechter, niet 'defamatory' blijken, kan de eiser zich nog beroepen op een 'innuendo' (insinuatie), hetgeen wil zeggen dat hij stelt dat de woorden niet op basis van hun gewone betekenis smadelijk zijn, maar wel op basis van de overige feiten die bekend zijn bij de ontvanger van de boodschap.[34]

Naar Engels recht dient de eiser te stellen en bewijzen dat de 'libel' of 'slander' gepubliceerd is[35] en dat deze tegen hem gericht is.[36] Verder dient de eiser de gebruikte woorden te stellen, alsmede dat de beschuldiging 'defamatory' is. Het bewijsrisico dienaangaande rust in principe ook op de eiser.[37] Hierbij dient aangetekend te worden dat de smadelijke betekenis van woorden niet echt te bewijzen is. Dat is veeleer een kwestie van uitleg.[38] Wanneer de woorden 'defamatory' zijn 'in their natural and ordinary meaning', hoeft de eiser niet meer te doen dan de publicatie ervan te bewijzen. Indien de gedaagde in zo'n geval aanvoert dat die smadelijke betekenis niet aan die woorden gehecht kon worden, zal op hem de 'burden of proof' komen te rusten.[39] Wanneer de eiser een beroep doet op een 'innuendo', rust het bewijsrisico ten aanzien van de daarvoor benodigde extra feiten op de eiser.[40]

Indien vastgesteld is dat een uitspraak 'defamatory' is, wordt de *onjuistheid* van die uitspraak verondersteld.[41] Op de gedaagde rust dan het bewijsrisico, bij wijze van rechtvaardigingsgrond, ten aanzien van de juistheid van de feiten.[42] 'Defamation' valt dus niet samen met 'onjuistheid van feiten', al zijn die twee wel verbonden.[43] Ik kom hier in paragraaf 2.5 op terug.

De tweede 'tort' die voor toepassing in aanmerking komt, is 'malicious falsehood', ook wel 'injurious falsehood' genoemd. Deze 'tort' ziet op gevallen

---

34 Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-53; Winfield & Jolowicz 1998, p. 402; Mitchell, LQR 1998, p. 647.

35 Kiralfy 1987, p. 5; Cane 1997, p. 134; Winfield & Jolowicz 1998, p. 391; Markesinis/Deakin 1999, p. 617; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-61 e.v.; Gatley 1998, 32.3. Het bewerkstelligen van een 'reasonable inference', bijvoorbeeld dat een brief gepost is, volstaat daarbij, zie Gatley 1998, 32.6. Of een persoon een tekst gepubliceerd heeft, kan ten aanzien van Internet service providers lastig zijn, zie *Godfrey* v. *Demon Internet Ltd.*[1999] 4 All ER 342, op p. 348 en 352.

36 Winfield & Jolowicz 1998, p. 391; Gatley 1998, 32.3, 32.15, en 2.41; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-10. Anders: Mitchell, LQR 1998, p. 647, 648, en 656.

37 Winfield & Jolowicz 1998, p. 391; Gatley 1998, 32.27; Kiralfy 1987, p. 5; Weir, CLJ 1993, p. 377; Markesinis/Deakin 1999, p. 624.

38 Gatley 1998, 32.21; Markesinis/Deakin 1999, p. 607. Die kwestie is deels voorbehouden aan de jury, en deels aan de rechter indien deze meent dat de woorden niet 'capable' zijn 'of wearing a defamatory meaning', zie Gatley 1998, 34.2, en 34.3; Markesinis & Deakin 1999, p. 611, en Mitchell, LQR 1998, p. 646.

39 Gatley 1998, 3.14.

40 Zie Gatley 1998, 32.23.

41 Zie Gatley 1998, 11.3; Markesinis & Deakin 1999, p. 624; Winfield & Jolowicz 1998, p. 416.

42 Zie ook par. 2.5, en *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614; Markesinis & Deakin 1999, p. 624; Gatley 1998, 11.3; Winfield & Jolowicz 1998, p. 416; Barendt, P.L. 1993, p. 456; Weir, CLJ 1993, p. 376; Lord Lester, P.L. 1995, p. 2; Loveland, NLJ 1996, p. 148, en dezelfde, NLJ 1996, p. 714.

43 Markesinis & Deakin 1999, p. 624; Winfield & Jolowicz 1998, p. 397.

waarin iemand 'maliciously' een onjuiste mededeling doet aan een derde waardoor de eiser schade lijdt. Vereist is dat komt vast te staan dat er een onjuiste mededeling gedaan is over de eiser. Het onderwerp van de mededeling is daarbij niet van belang.[44] Bovendien moet de gedaagde 'maliciously' gehandeld hebben, hetgeen wil zeggen dat deze een 'dishonest or improper motive' had. 'Malice' is veelal aanwezig indien de gedaagde wist van de onjuistheid van de mededeling of 'reckless' was ten aanzien van die juistheid.[45] Het bewijsrisico met betrekking tot beide elementen (onjuistheid en 'malice') rust op de eiser.[46] 'Malicious falsehood' is overigens niet specifiek gericht op de bescherming van iemands reputatie, maar strekt er veeleer toe zijn economische en commerciële belangen te beschermen.[47] Op indirecte wijze wordt zo echter ook de reputatie beschermd.

De verhouding tussen 'defamation' en 'malicious falsehood' was lange tijd onzeker. Het was de vraag of bij feiten die in principe onder 'defamation' vallen, ook een vordering op basis van 'malicious falsehood' mogelijk was. Het kan namelijk wenselijk zijn om 'malicious falsehood' ten grondslag te kunnen leggen aan een vordering, want dan is het mogelijk om 'legal aid' te verkrijgen, hetgeen bij 'defamation' niet mogelijk is.[48] In *Joyce* v. *Sengupta*[49] besliste het Court of Appeal dat het de eiser vrij staat te kiezen welke 'tort' hij als grondslag aanvoert. Het recht van de gedaagde op een 'trial by jury', zoals dat bij 'defamation' bestaat, gaat niet zover dat deze keuze daardoor niet mogelijk zou zijn of dat ook bij een actie op basis van 'malicious falsehood' een jury geïntroduceerd zou moeten worden als de feiten onder beide 'torts' te passen zijn.

Het *Franse* recht kent verschillende grondslagen voor aansprakelijkheid bij inbreuken op iemands reputatie. Allereerst is hier de 'Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse' (verder: Loi 1881) van belang. Deze wet over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de pers,[50] behelst twee algemene(re) grondslagen voor aansprakelijkheid:[51] 'diffamation' en 'injure' (waarover par. 3). Beide zijn geregeld in art. 29 Loi 1881.[52] De Loi 1881 kan civielrechtelijk op twee manieren van belang

44 Winfield & Jolowicz 1998, p. 461-462.

45 Gatley 1998, 32.29 en 32. 32.

46 Zie bijvoorbeeld *Joyce* v. *Sengupta* [1993] 1 All ER 897; Kiralfy 1987, p. 5; Weir, CLJ 1993, p. 377; Allen, MLR 1994, p. 112, noot 10; Winfield & Jolowicz 1998, p. 462; Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 22-11; Cane 1997, p. 148; Gatley 1998, 11.2 en 32.28; Markesinis/Deakin 1999, p. 647.

47 Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 22-03 en 22-09; Cane 1997, p. 82.

48 Gezien de kosten van een civiele procedure in Engeland, kan dit van groot belang zijn. De voordelen hiervan zijn verder beperkt. Immers, bij 'defamation' dient de gedaagde de juistheid van de feiten aan te tonen, hoeft geen 'special damage' bewezen te worden en volgt er een jury-uitspraak welke de hoogte van de schadevergoeding (voor de eiser) gunstig beïnvloedt.

49 [1993] 1 All ER 897.

50 Kritisch daarover Beignier 1995, p. 151 e.v.

51 Andere specifieke strafrechtelijke aansprakelijkheden laat ik hier buiten beschouwing.

52 Art. 29 Loi 1881 luidt, voor zover hier van belang: Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. (...) Toute expression outrageante, termen de mépris ou invective qui ne renferme

zijn. Ten eerste kan de beledigde partij zich als 'partie civile'[53] voegen in het strafgeding. Ten tweede is met een strafrechtelijke veroordeling de civiele onrechtmatigheid in principe gegeven.[54] Bewijsrechtelijk kan deze wet onder andere relevant zijn, omdat in het strafgeding het 'Openbaar Ministerie' het strafbare feit dient te bewijzen. Daarvan kan de eiser in civilibus profiteren.[55]

De eerste vorm van aansprakelijkheid, 'diffamation', ziet op beweringen of beschuldigingen van feitelijke aard die de eer of het aanzien van de aangesprokene schenden. De voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn: er is een openbaarmaking; van een bewering of beschuldiging van een 'bepaald feit'; welk naar haar aard de eer en het aanzien schade toebrengt; en gaat over een bepaald persoon; terwijl er bovendien met 'mauvaise foi' gehandeld werd.[56] Blijkens die voorwaarden is dus vooralsnog niet van belang of het gewraakte feit waar is of niet. Die vraag speelt echter wel bij een van de rechtvaardigingsgronden naar Frans recht, de zogenaamde 'exceptio veritatis'. Ik zal daar in paragraaf 2.5 nader op in gaan. De vraag of een beschuldiging 'diffamatoire' is, dient overigens naar objectieve maatstaven beoordeeld te worden.[57]

Of iets een 'bepaald feit' (fait déterminé) is of niet, is van belang omdat daarmee het verschil ten opzichte van de 'injure' is gegeven. Als criterium wordt wel aangevoerd dat feiten bewijsbaar zijn en dat daarin dus het verschil is gelegen tussen 'diffamation' en 'injure'.[58] Het vereiste van 'mauvaise foi' geeft aan dat voor een veroordeling een 'intention coupable' bij de dader vereist is.[59]

Naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dient de eiser (of de vervolgende instantie) te bewijzen dat er sprake was van een openbaarmaking van een beschuldiging of bewering van een bepaald feit welke op een bepaald persoon gericht was.[60] De 'mauvaise foi' van de gedaagde wordt echter verondersteld

---

l'imputation d'aucun fait est une injure.

53 In zo'n geval gaat de strafrechter ook in op de vraag of schadevergoeding betaald dient te worden. Het voeren van een apart civiel geding wordt dan overbodig. Zie J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 8 en 11 e.v.

54 Vergelijk Dejean de la Bâtie 1989, no. 62, en meer algemeen Viney 1995, no. 148. Niet veroordeeld worden, leidt niet automatisch tot het ontbreken van onrechtmatigheid. Alleen als de strafrechtelijke veroordeling ontbreekt doordat aan een materieel vereiste niet voldaan is, is het aannemen van een 'faute' op diezelfde basis niet mogelijk, zie Viney 1995, no. 148.

55 Zie Sales Larivière, Am. J. Comp. Law 1997, p. 745 en 746.

56 Zie Bilger/Prévost 1990, p. 23 e.v., en p. 54 e.v.; Larguier/Larguier 1994, p. 96-98, en 100.

57 Braunschweig/Azibert 1994, p. 1497; Beignier 1995, p. 157 en 159.

58 Zie TGI Nanterre, 21 juillet 1993, D. 1995, Somm. 269; Braunschweig/Azibert 1994, p. 1497, alsmede Bilger/Prévost 1990, p. 54-56, 67-68, en 102. Als beide vormen niet te scheiden zijn, omdat feiten en waardeoordelen in de publicatie verweven zijn, is alleen een veroordeling op basis van 'diffamation' mogelijk, zie Braunschweig/Azibert 1994, p. 1501-1502.

59 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1065.

60 Beignier 1995, p. 152-153.

aanwezig te zijn. Dat is geregeld in art. 35bis Loi 1881.[61] De gedaagde kan dit 'vermoeden' ontkrachten door zijn 'bonne foi' aan te tonen (zie par. 2.5).[62]

Bij een schending van zijn reputatie kan de eiser ook een beroep doen op art. 1382 Cc.[63] Daarbij rust het bewijsrisico ten aanzien van de 'faute' naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling op de eiser.[64] Indien het een onjuiste feitelijke mededeling betreft én de dader die onjuistheid kende of die feiten lichtzinnig (zonder voldoende onderzoek) openbaarde, is de mededeler in principe aansprakelijk.[65] In meer algemene zin kan gezegd worden dat mededelingen niet onrechtmatig zijn als er voldoende voorzorg genomen is door de laedens om alleen juiste informatie te verstrekken.[66] De mate waarin er onderzoek verricht is naar de feiten in kwestie zal daarbij van groot belang zijn.

Als de geopenbaarde feiten juist waren en niet publiekelijk geopenbaard werden, maar aan een bepaald persoon gericht waren, zal de mededeler in beginsel niet aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheid kan wel aangenomen worden indien die niet-publiekelijk geuite feiten onjuist waren en de mededeler dat te verwijten valt. Die laatste kan dan echter aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen niet onvoorzichtig te zijn geweest. Om de juistheid van de feiten draait het dan niet direct.[67]

Als op basis van art. 1382 Cc geprocedeerd wordt, rijst de vraag naar de verhouding tussen dat artikel en art. 29 Loi 1881. Als een persoon strafrechtelijk aansprakelijk is, zal zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel ook gegeven zijn. Indien echter niet voldoende vaststaat om strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te kunnen nemen, kan eventueel wel al voldaan zijn aan de voorwaarden van

---

61 Art. 35bis Loi 1881 luidt: Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur.

62 Zie onder andere Crim, 16 mai 1995, D. 1995, IR 181; Crim, 29 novembre 1994, JCP 1995, éd. G., IV, 644; TGI Paris, 3 mars 1994, D. 1995, Somm. 272; Dejean de la Bâtie 1989, no. 62; Bilger/Prévost 1990, p. 28, 60, en 61; Beignier 1995, p. 162; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1065. Nu 'preuve contraire' nodig is, neig ik ernaar hier te spreken over een bewijsrisico-omkering.

63 Zie onder andere Kayser, D. 1989, Chron. 11, op p. 21, en Bilger/Prévost 1990, p. 116. De algemene strekking van dit artikel mag niet beperkt worden opgevat, zie Civ. 2e, 24 janvier 1996, D. 1997, Jur. 268 (note Ravanas). Overigens, bij toepassing van art. 1382 Cc wordt de uitingsvrijheid meegewogen, zie Viney, JCP 1996, éd. G., I, 3985, p. 486.

64 Zie bijvoorbeeld Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, no. 500; Danjaume, JCP 1996, éd. G., I, 3895, p. 6; J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 103, en de noot van Massis onder CA Paris, 6 mars 1998, D. 1999, Somm. 166, op p. 167.

65 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 13 mai 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 264, en verder Dejean de la Bâtie 1989, no. 60; Danjaume, JCP 1996, éd. G., I, 3895, p. 7. Zie ook de noot van Massis bij Civ. 2e, 19 janvier 1994, D. 1995, Somm. 268.

66 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 475; J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 109, en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 2311.

67 Dejean de la Bâtie 1989, no. 61. Als het om publiekelijk geuite feiten gaat, zijn we in beginsel weer terug bij de regeling van de Loi 1881, en eventueel ook art. 1382 Cc, waarover hierna meer.

art. 1382 Cc.[68] Wat is nu rechtens indien een feitencomplex onder beide normen te plaatsen is? Kan de eiser dan de bepalingen van de Loi 1881 omzeilen door zich alleen te beroepen op art. 1382 Cc? Dat kan wenselijk zijn voor de eiser, omdat de verjaringstermijn in de Loi 1881 slechts drie maanden is (art. 65 Loi 1881). Dienaangaande is echter beslist dat die verjaringstermijn ook van toepassing is als er alleen een beroep op art. 1382 Cc gedaan wordt, juist omdat anders die termijn omzeild zou kunnen worden.[69] Het Cour de Cassation heeft verder nog beslist dat een vordering op basis van art. 1382 Cc, onafhankelijk van de Loi 1881, alleen mogelijk is als de daarvoor aangevoerde feiten niet tevens een overtreding in de zin van de Loi 1881 opleveren.[70]

Ook de regeling van art. 55 Loi 1881, op basis waarvan de gedaagde binnen tien dagen zijn bewijs moet aanvoeren, kan niet via art. 1382 Cc omzeild worden.[71] De toepasselijkheid van art. 55 Loi 1881 in een 'gewone' civiele procedure kan mijns inziens gevolgen hebben voor de bewijsrisicoverdeling, want uit die toepasselijkheid zou kunnen volgen dat het bewijsrisico ten aanzien van de juistheid van de gewraakte feiten, voor zover die juistheid relevant is voor de onrechtmatigheidsvraag,[72] op de gedaagde rust (artt. 35 jo. 55 Loi 1881), ook bij een vordering op basis van art. 1382 Cc.[73]

Een waar doolhof vormt het *Duitse* recht op dit gebied. Er dient zich, hier en in de volgende paragrafen, namelijk een groot aantal aansprakelijkheidsgrondslagen aan.[74] Als wij ten eerste de blik richten op mededelingen die een persoons

---

68 Art. 1382 Cc mag dan in bepaalde gevallen ingeroepen worden, zie Civ. 2e, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 268 (zie ook de noot van Massis, die meent dat het effect hiervan zal zijn dat aan de 'esprit et la lettre' van de Loi 1881 afbreuk gedaan wordt, nu via art. 1382 Cc de speciale regels omzeild kunnen worden; zie echter ook de volgende noten), en TvI Nanterre, 21 juillet 1993, D. 1995, Somm. 269 (nota Massés), alsmede Dagen de la Bâtie 1989, no. 62, en Bulger/Privacywet 1990, p. 116. Anders: CA Pari, 17 september 1997, D. 1998, Jur. 432 (nota Gemald-Pegel).

69 Zie onder andere Civ. 2e, 17 mai 1995 en 18 décembre 1995, D. 1997, Somm. 67 (note Bigot); Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 316; Dupeux in zijn noot bij Civ. 2e, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 264; Viney, JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2158.

70 Zie Civ. 2e, 28 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 107, en Civ. 2e, 6 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, 230 (2e espèce), en bijvoorbeeld J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 102; Lacabarats, Gaz.Pal. 1994.2, Doctr. 1003, op p. 1005. In die zin ook Viney, JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2159.

71 Zie Civ. 2e, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 264 (note Dupeux); J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 71, en Viney, JCP 1998, éd. G., I, 185, p. 2158.

72 Hetgeen op basis van de Loi 1881 niet zo is. Juistheid van feiten is daar een 'pure' rechtvaardigingsgrond, hetgeen verklaart waarom de gedaagde het bewijsrisico draagt.

73 Vergelijk Kayser 1995, no. 128. Anders: Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, no. 501 *in fine*.

74 Deze grondslagen beperken allemaal het recht op vrijheid van meningsuiting (Art. 5 Grundgesetz), vandaar dat ze in het licht van Art. 5 GG uitgelegd dienen te worden, zie onder andere BVerfG NJW 1991, 95, en Grimm, NJW 1995, p. 1697-1698. Er bestaat daarbij een 'Vermutung für die Zulässigkeit der freie Rede'. Feitelijke stellingen vallen onder Art. 5 GG indien ze betrekking hebben op een mening en aan de meningsvorming bijdragen. Onware feiten worden niet grondwettelijk beschermd als de onwaarheid bekend of evident is, zie BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324; BVerfG VersR 1998, 774, op p. 776; BGH VersR 1998, 1250, op p. 1252; Grimm, NJW 1995, p. 1699; Seyfarth, NJW 1999, p. 1290.

reputatie schaden en ons dan beperken tot die grondslagen die betrekking hebben op feitelijke mededelingen,[75] dan blijven de volgende mogelijke grondslagen over.

Ten eerste is het mogelijk een beroep te doen op het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' in de zin van § 823 Abs. I BGB. Nu dat recht met name van belang is bij de bescherming tegen privacy-schendingen, zal ik die grondslag in paragraaf 4 behandelen.[76] Ten tweede is er § 824 BGB.[77] Daarin is bepaald dat degene die onware feiten verspreidt over een ander, terwijl die feiten in staat zijn diens krediet in gevaar te brengen of andere nadelen voor diens kostwinning of levensonderhoud met zich te brengen, aansprakelijk is voor de schade. Het door § 824 BGB beschermde rechtsgoed is het vermogen als zodanig.[78] Voordat aansprakelijkheid aangenomen kan worden, dient eerst vast te staan dat het een feitelijke mededeling betrof.[79] Naar Duits recht is daarvoor beslissend of de mededeling bewijsbaar is of niet. Zo ja, dan betreft het een feit; zo nee, dan betreft het een waardeoordeel.[80] Als er sprake is van een 'gemengde' mededeling, is de indruk van de gemiddelde toehoorder beslissend. Daarbij dient die uitspraak overigens in zijn context bezien te worden.[81]

In de tweede plaats dient de eiser te bewijzen dat de mededeling niet waar was. Dat is het geval indien de uitspraak in de kern onwaar is.[82] Op de gedaagde rust echter wel, net als bij de andere grondslagen voor aansprakelijkheid, een aanvullende stelplicht, een 'Darlegungspflicht', met betrekking tot de juistheid van de feiten. De gedaagde zou immers zonder veel moeite in staat moeten zijn om nadere informatie over het feit in kwestie te verstrekken, aldus het Bundesgerichtshof. Indien de gedaagde niet aan die plicht voldoet, mag ervan uitgegaan worden dat de feiten onjuist waren.[83] Als de gedaagde wel aan die stelplicht voldoet,

---

75 Grondrechtelijk gezien krijgt bij ware feiten Art. 5 GG over het algemeen voorrang, bij onware feiten niet, zie BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324, en Grimm, NJW 1995, p. 1702.

76 Zie ook hierna noot 284. Om het geheel nog verder te compliceren: mededelingen 'zu zwecke des Wettbewerbs' gedaan, vallen onder de regeling van de Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb (UWG, met name § 1 en § 14). Deze zullen behandeld worden in hoofdstuk XI.

77 § 824 Abs. I BGB luidt: Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit einem anderen zu gefahrden oder sonstiges Nachteil für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

78 Larenz/Canaris 1994, p. 463. Het is in principe dus niet nodig dat iemands reputatie gekrenkt is (vergelijk Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 49), maar dat zal veelal wel het geval zijn.

79 Zie bijvoorbeeld Kötz 1998, Rdn. 707.

80 Zie onder andere BGH VersR 1998, 1250, op p. 1252; RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 12; Seyfarth, NJW 1999, p. 1289; Larenz/Canaris 1994, p. 464; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 23; Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 53; Deutsch 1995, Rdn. 303, en onder andere BGHZ 3, 270, op p. 273.

81 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1999, 65, op p. 66, en verder Kötz 1998, Rdn. 707; RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 14 e.v.

82 Zie BGH GRUR 1987, 316, op p. 317; Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 1; RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 22 en 59; Deutsch 1995, Rdn. 310; Larenz/Canaris 1994, p. 469.

83 BGH NJW 1974, 1710, op p. 1711; BVerfG NJW 1992, 1439, op p. 1442, en BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324; Seyfarth, NJW 1999, p. 1291 (die aangeeft dat de eisen daaraan niet te zwaar mogen zijn); OLG Celle VersR 1999, 1246; Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 2.

maakt dat de verdere bewijslevering niet overbodig. In dat geval dient de eiser het bewijs van de onjuistheid te leveren.[84]

Daarnaast is voor onrechtmatigheid ook nog vereist dat de mededeling geuit of verspreid werd naar derden toe[85] én dat deze in staat was de economische positie van de betrokkene in gevaar te brengen (par. 2.3). Tot slot dient vast komen te staan dat de mededeler de waarheid had moeten kennen (par. 2.4). Het bewijsrisico ten aanzien van deze voorwaarden ligt bij de eiser.[86]

De derde en wellicht belangrijkste grondslag voor aansprakelijkheid in de hier besproken gevallen, is § 823 Abs. II BGB in verbinding met § 186 Strafgesetzbuch (StGB),[87] welke bepaling de zogenaamde 'üble Nachrede' (kwaadsprekerij) strafbaar stelt. Deze strafbepaling is een 'Schutzgesetz' in de zin van § 823 Abs. II BGB, zodat overtreding van die norm ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt.[88] § 186 StGB bepaalt dat degene die met betrekking tot een ander een feit beweert of verspreidt, welk in staat is die ander verachtelijk te maken, aansprakelijk is indien dat feit niet 'erweislich wahr' is.

Er moet sprake zijn van een openbaarmaking van een reputatieschendend[89] feit, welke een derde en niet enkel de beledigde bereikt heeft.[90] Daarbij moet bovendien opzettelijk gehandeld worden. Dat wil zeggen dat de dader moet hebben geweten dat de mededeling in staat is de ander te krenken.[91] Het bewijsrisico ten aanzien van deze elementen rust in overeenstemming met de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling op de eiser.[92] Ten aanzien van de juistheid van de feiten vereist § 186 StGB dat deze 'nicht erweislich wahr' zijn. Dat betekent in principe dat de gedaagde dient te bewijzen dat het feit waar was.[93] Daarbij is echter de in

---

84 Zie hieromtrent BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324-1325.

85 Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 46-47; Larenz/Canaris 1994, p. 470. De mededeling moet bovendien 'einen unmittelbaren Bezug auf ene bestimmte Person' hebben, vergelijk Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 54.

86 RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 59, en Rdn. 23 e.v., voor de materieelrechtelijke aspecten van voornoemde voorwaarden.

87 § 186 StGB luidt: Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe (...) oder mit Geldstrafe bestraft.

88 RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 551.

89 § 186 StGB kan overigens ook ingeroepen worden ter bescherming van iemands 'Persönlichkeitsrecht', zie par. 4.1, BGHZ 95, 212, en BVerfG NJW 1980, 2070.

90 Vergelijk over die voorwaarden Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 14-17.

91 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 18.

92 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 52-53.

93 Lepa 1988, p. 22; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 53; Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 19. Als de dader daarin slaagt, kan hij nog aansprakelijk zijn op basis van § 192 jo. § 185 StGB in verband met de vorm waarin het feit medegedeeld werd, Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 20. Bij het waarheidsbewijs zal § 190 StGB, welke bepaling dwingende bewijskracht toekent aan zowel een eerdere veroordeling als aan een vrijspraak, van belang zijn. Bij een vordering tot 'Widerruf' rust het bewijsrisico echter op de eiser, zie BGHZ 37, 187, op p. 191; BGHZ 69, 181; Lepa 1988, p. 22-23.

paragraaf 2.5 te behandelen disculpatiegrond van de 'Wahrnemung berechtigter Interessen' van groot belang, omdat daardoor de bewijsrisicoverdeling verandert. Indien aan het hier beschreven 'Tatbestand' voldaan is, wordt, zoals in het algemeen bij § 823 Abs. II BGB, verondersteld dat de 'Rechtswidrigkeit' aanwezig is.[94]

De vierde mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid is § 826 BGB, een bepaling die overigens ook van toepassing kan zijn wanneer er waardeoordelen geuit zijn.[95] Deze bepaling regelt de aansprakelijkheid van diegene die op 'onzedelijke' wijze een ander opzettelijk schade toebrengt. Dat kan door een handeling gebeuren, maar natuurlijk ook door het doen van mededelingen.[96] Nu de regels dienaangaande niet verschillen van de algemene regels ten aanzien van § 826 BGB, volsta ik hier met een verwijzing naar paragraaf IV.2.5.[97]

2.1.2 Een alternatieve benadering

Wij zagen hiervoor hoe naar het huidige Nederlandse recht de bewijsrisicoverdeling op het onderhavige terrein gestalte krijgt. Wellicht zou ook een geheel andere benadering gevolgd kunnen worden. Het is denkbaar de bewijsrisicoverdeling te laten verschillen per omstandigheid die meespeelt in de belangenafweging. Ten aanzien van iedere omstandigheid zou dan die partij het bewijsrisico moeten dragen in wier 'domein' of 'sfeer' die omstandigheid ligt. In zo'n systeem zou bijvoorbeeld de gedaagde moeten aantonen dat de misstand die aan de kaak gesteld wordt, ernstig is, dat er geen alternatieven waren, ook niet qua inkleding, en dat de feiten juist waren. De eiser zou dan moeten bewijzen dat de aard van de beschuldiging en de gevolgen ervan ernstig zijn, et cetera. In dit systeem ligt dus het bewijsrisico bij die partij voor wie de bedoelde omstandigheid 'gunstig' werkt, omdat op basis van die feiten haar belangen zwaarder zullen wegen. Met betrekking tot de omstandigheden die niet goed te plaatsen zijn bij de gedaagde of de eiser, draagt de eiser het bewijsrisico, conform de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[98]

---

94 RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 559 en 564.

95 Ook § 185 StGB kan op beide vormen van toepassing zijn, zie hierna par. 3.1.

96 Larenz/Canaris 1994, p. 460.

97 Ook § 187 StGB kan de basis vormen voor een vordering tot schadevergoeding, omdat ook deze bepaling 'Schutzgesetz' in de zin van § 823 Abs. II BGB is. Deze bepaling regelt de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens 'Verleumdung' (laster), welke sterk overeenkomt met de aansprakelijkheid op basis van § 186 StGB. Het verschil is hierin gelegen dat § 187 StGB als extra voorwaarde voor aansprakelijkheid verlangt dat de dader de feitelijk onjuiste mededeling 'wider besseres wissen' gedaan heeft. Hij moet zich dus bewust geweest zijn van de onjuistheid van het feit; opzet is vereist. Voorwaardelijke opzet is in dit geval niet voldoende. Verder dient bij § 187 StGB de eiser, en niet de gedaagde, te bewijzen dat de feiten onjuist waren, zie Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 56.

98 Dit systeem, dat ook door Gisolf 1993, p. 125, wordt voorgestaan, sluit ten dele aan bij het geldende recht, nu ten aanzien van de juistheid van de feiten de gedaagde het bewijsrisico draagt, terwijl toch in principe op de eiser het bewijsrisico ten aanzien van de onrechtmatigheid rust.

Voor degene die wellicht meent dat deze benadering te veel afwijkt van de bestaande bewijsrisicoverdeling, kan 'subsidiair' nog op een alternatief gewezen worden. Men zou er namelijk ook voor kunnen kiezen om de gedaagde te belasten met de *bewijsvoeringslast* (in plaats van het bewijsrisico) ten aanzien van de omstandigheden die te zijne gunste werken. Aan die 'last' zal de gedaagde eerder kunnen voldoen.

Een probleem van deze benadering, in beide varianten, is wellicht dat de in het geding zijnde belangen, zoals bijvoorbeeld de persvrijheid, abstract van aard zijn zodat niet licht valt in te zien hoe het bestaan ervan bewezen zou kunnen worden. Afgezien van het feit dat datzelfde probleem ook bij de huidige regel aanwezig is, kan er in antwoord daarop gewezen worden op het feit dat het hier niet om het bewijs van een 'belang' als zodanig gaat, maar om het bewijs van een voor dat belang relevante feitelijke omstandigheid. De belangen zijn immers in die omstandigheden nader geconcretiseerd en aan die omstandigheden liggen uiteindelijk feiten ten grondslag.

Daarnaast is nog van belang dat hier in wezen dezelfde problematiek naar voren komt als in die gevallen waarin de rechter een kwalificatie aan een bepaald feitencomplex moet verlenen. Die kwalificatie is op zichzelf ook niet te bewijzen, maar de feiten die tot een dergelijke kwalificatie kunnen leiden, zijn dat wel. Daarop heeft de verdeling van het bewijsrisico dan ook betrekking.[99] Datzelfde geldt bij belangen. De aanwezigheid van een belang is als zodanig niet te bewijzen, maar de feiten die tot de conclusie kunnen leiden dat een bepaald belang een rol speelt, zijn dat wel.[100] Dat bijvoorbeeld de gevolgen van een beschuldiging ernstig zijn, kan in beginsel onderbouwd worden.

2.2 *Schade*

Bij schending van iemands reputatie of privacy zal de schade grotendeels van immateriële aard zijn.[101] De vergoeding daarvan is naar *Nederlands* recht in beginsel geen probleem. Art. 6:106 lid 1 sub b BW bepaalt immers dat aantasting van de eer of de goede naam, of aantasting van een persoon op een andere wijze, recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.[102] Bij de bepaling

99 Zie ook par. I.3.

100 Daarbij mag niet vergeten worden dat de aanwezigheid van bepaalde belangen regelmatig verondersteld kan worden. Dat betekent echter niet dat de persvrijheid in elke zaak in het geding is, zie Nieuwenhuis 1997, p. 257.

101 Materiële schade, voor zover ontstaan, komt gewoon voor vergoeding in aanmerking, net zoals bijvoorbeeld een verbod of een bevel tot rectificatie. Ik zal op die laatste twee niet nader ingaan. Zie verder Bulk 1998, met name p. 183 e.v.

102 Inbreuken op iemands privacy horen tot de 'andere persoonsaantastingen' in de zin van art. 6:106 BW, zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 467; Verheij, RM Themis 1998, p. 339. Onder de vigeur van de artt. 1401 en 1408 BW was vergoeding van immateriële schade na een schending van iemands eer

van (de hoogte van) die schadevergoeding speelt opnieuw een aantal factoren een rol. Hof Amsterdam[103] noemde bijvoorbeeld de grofheid van de uitlating, de ernst van de gevolgen, de mate van publiciteit, de duur van de inbreuk, de journalistieke methode, het gedrag van de gedaagde tijdens de procedure en diens winstoogmerk. Het valt op dat de gelijkenis met de factoren die het onrechtmatigheidsoordeel bepalen, vrij sterk is.

Kistenkas stelt dat de rechter bij het bepalen van de hoogte van de immateriële schadevergoeding er op moet letten niet een al te groot afschrikwekkend (straffend) effect na te streven, omdat op die manier de uitingsvrijheid (te zeer) ingeperkt wordt.[104] Daartegenover staat echter dat een substantiële vergoeding met een straffend element in veel gevallen[105] welhaast vereist is, wil er enig (preventief) effect van de veroordeling uitgaan.[106] Bovendien strekt zo'n vergoeding mede tot bevrediging van de geschokte gevoelens van het slachtoffer.[107] Ook dat vereist dat de vergoeding niet te laag uitvalt. Mijns inziens wegen de laatste argumenten hier het zwaarst. De mogelijke beperking van de uitingsvrijheid die besloten ligt in het toekennen van een hoge schadevergoeding, weegt hier naar mijn mening minder zwaar, omdat die beperking gerechtvaardigd is in het licht van het (al vaststaande) oordeel dat er onrechtmatig gehandeld is.

Het bewijsrisico met betrekking tot het bestaan van de schade rust zoals gebruikelijk op de eiser. Daarbij dient bedacht te worden dat schade aan iemands reputatie niet makkelijk te bewijzen is. Men zou kunnen wijzen op een teruggang in verdiensten, maar daarbij kunnen ook andere factoren van invloed zijn geweest.[108]

---

en goede naam alleen mogelijk indien er een oogmerk tot benadeling was, zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 236c en 236j, en Bulk 1998, p. 106 e.v. Vergoeding van immateriële schade geleden door een andere persoonsaantasting was daarnaast wel mogelijk, zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 nt. LWH (Naturistengids), en HR 1 november 1991, NJ 1992, 58 (K./Staat).

103 Hof Amsterdam 13 september 1990, NJ 1991, 334 (Storms/Stuart). Vergelijk ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 236c; Lindenbergh 1998, p. 256-257, en Kistenkas, Gst. 7047 (1997), p. 65.

104 Kistenkas, Mediaforum 1997, p. 17; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1699. Vergelijk ook Schuijt, Informatierecht/AMI 1996, p. 25; Young, OJLS 2000, p. 93. Op basis van EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544 nt. EJD (Miloslavsky), dient de schadevergoeding proportioneel te zijn, vergelijk ook Verheij, AA 1997, p. 79-80.

105 Dat is niet zo indien gedaagde een onvermogende particulier is, zie Hof Amsterdam 8 november 1973, NJ 1974, 163 (Lewin/Nak).

106 Zie Van Schaik, Mediaforum 1999, p. 169, 170, en 172. De grote roddelbladen maken dusdanig grote winsten dat schadevergoedingen tot een bepaalde hoogte als 'bedrijfsrisico' makkelijk meegenomen kunnen worden (zie ook Van Schaik, Mediaforum 1999, p. 171). Dat is een element dat zeker gewogen dient te worden, bijvoorbeeld via art. 6:104 BW (vergelijk de noot van Brunner onder HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (De Lage Landen/De Borbon-Parma); Schuijt, Informatierecht/AMI 1996, p. 25; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1698), of door hogere vergoedingen toe te kennen, zie Van Schaik, Mediaforum 1999, p. 173 (in navolging van het Duitse recht, waarover par. 4.2), doch anders Lindenbergh, TvP 1999, p. 1698. Dat mogelijke aansprakelijkheid hier preventief kan werken, lijkt duidelijk, zie ook Cane 1999, p. 363.

107 Zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 nt. LWH (Naturistengids), en Rb. Amsterdam 1 december 1999, Mediaforum 2000, nr. 18 (Alberti/Story), r.o. 6.

108 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 420.

Mijns inziens kan en mag de rechter er echter voorshands vanuit gaan dat iemands reputatie beschadigd is, indien die persoon op onrechtmatige wijze in de publiciteit is gekomen.[109]

Indien naar *Engels* recht een beroep gedaan wordt op 'defamation', wordt het onderscheid tussen 'libel' (de permanente vorm van 'defamation') en 'slander' (de vergankelijke vorm) van belang zodra het over de vergoeding van schade gaat. Het verschil tussen beide is namelijk dat 'libel', de meest voorkomende vorm, altijd 'actionable per se' is. Dat wil zeggen dat het niet nodig is dat de eiser bewijst dat hij 'special damage' geleden heeft,[110] hetgeen de eiser bij 'slander' over het algemeen wel dient te bewijzen.[111] 'Special damage' wil in dit verband zeggen 'loss of money or of some temporal or material advantage estimable in money'.[112] Als het om een 'libel' gaat, kan de eiser dus schadevergoeding verkrijgen zonder bewijs dat hij daadwerkelijk schade geleden heeft. Men gaat ervan uit dat enige schade geleden is. Daarnaast kan hij zijn 'actual damages' vergoed krijgen, maar die schade moet dan wel bewezen worden.[113]

De schadevergoeding[114] kan in Engeland hoog oplopen - mede omdat de jury beslist over de hoogte ervan - en zodoende de uitingsvrijheid danig beperken.[115] Het Court of Appeal heeft altijd de bevoegdheid gehad om excessieve schadevergoedingen opzij te zetten, maar die bevoegdheid kwam niet echt uit de verf, totdat het EVRM erbij betrokken werd. Sinds *Rantzen* v. *Mirror Group Newspapers Ltd.* bekijkt de rechter of de toegekende schadevergoeding 'necessary (is) to compensate the plaintiff and to re-establish his reputation'.[116]

---

109 Vergelijk Hof Amsterdam 10 februari 1970, NJ 1971, 130 (De Bezige Bij/Rijkspostspaarbank). Dat strookt met de grote mate van vrijheid die de rechter in het algemeen ten aanzien van de bepaling van schade heeft, zie hiervoor par. IV.2.2.

110 Zie Gatley 1998, 4.1 en 5.1, en *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614. Een ander verschil is dat 'libel' ook een misdrijf is, zie Markesinis & Deakin 1999, p. 605.

111 Sec. 3 van de Defamation Act 1952 staat daarop echter enkele uitzonderingen toe. Indien de woorden 'calculated' zijn om schade te veroorzaken en deze in permanente vorm geuit zijn, of indien ze 'calculated' zijn om schade te veroorzaken met betrekking tot iemands beroep, bedrijf of handel, is geen bewijs van 'special damage' nodig. Zie hierover ook *Joyce* v. *Sengupta* [1993] 1 All ER 897, op p. 906 e.v. Zie verder voor de uitzonderingen die 'slander' wel 'actionable per se' maken, Gatley 1998, 4.2 e.v.

112 Gatley 1998, 5.2; Markesinis & Deakin 1999, p. 605; Winfield & Jolowicz 1998, p. 393.

113 Zie Gatley 1998, 32.43 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 393.

114 Rectificatie is ook mogelijk, maar vereist een 'mandatory injunction' welke aan strikte voorwaarden gebonden is, zie Clerk & Lindsell (Burrows) 1995, 28-3 en 28-8 e.v., en Clerk & Lindsell (Mulholland), 21-33.

115 Zie Loveland, ICLQ 1997, p. 574; Cane 1997, p. 136; Lindenbergh 1998, p. 264; Giegerich, RabelsZ 1999, p. 478; Young, OJLS 2000, p. 93.

116 [1993] 4 All ER 975, op p. 994, waarover Mason, Fleming-bundel 1998, p. 32-33. Vergelijk ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 459-461, en Loveland, ICLQ 1997, p. 561 e.v. Overigens, ook 'exemplary (punitive) damages' mogen toegekend worden, zie Cane 1997, p. 137; Gatley 1998, 32.51; *Cassel & Co Ltd.* v. *Broome* [1972] 1 All ER 801, en *John* v. *MGN Ltd.* [1996] 3 WLR 593, op p. 618, waarin als voorwaarde gesteld werd dat de gedaagde niet geloofde in de waarheid van wat hij publiceerde én dat deze gedreven werd door winstbejag.

Afgezien van die controle door de rechter, staat ook de gedaagde een aantal instrumenten ten dienst om de hoogte van de vergoeding in te perken. Ten eerste is er de mogelijkheid een verontschuldiging aan te bieden. Indien dat gebeurd is, zal dat van invloed zijn op de schadevergoeding.[117] Ten tweede kan de gedaagde bewijs introduceren met betrekking tot eisers 'general bad reputation prior to the publication of the libel'. Als iemands reputatie al slecht was, kan hij niet veel schade opgelopen hebben door de onrechtmatige daad, aldus deze redenering.[118] Ten derde kan de hoogte van de schadevergoeding beïnvloed worden indien de feiten deels juist waren, hetgeen de gedaagde dient te bewijzen.[119]

Indien de eiser zich beroept op 'malicious falsehood', dient hij, anders dan bij 'libel', het bestaan van 'special damage' te bewijzen. Die taak wordt verlicht doordat bewijs van 'general loss of business' voldoende is wanneer de onjuistheden bedoeld zijn om een dergelijk verlies te veroorzaken, of redelijkerwijs zo'n verlies met zich brengen en dat verlies normaal gesproken ook intreedt.[120]

Naar *Frans* recht is voor een strafrechtelijke veroordeling op basis van art. 29 Loi 1881 niet vereist dat komt vast te staan dat er schade geleden is. Indien de 'partie civile' schadevergoeding[121] wil verkrijgen, zal deze echter wel het bestaan van schade aannemelijk moeten maken, net zoals bij een vordering op basis van art. 1382 Cc.[122] Het zal hier echter voornamelijk om immateriële schade gaan, waarbij de rechter veel vrijheid toekomt. Als deze bewezen acht dat iemands reputatie geschonden is, zal hij veelal ook aannemelijk achten dat er enige (immateriële) schade geleden is. Het is de rechter overigens niet toegestaan de zwaarte van de 'faute' mee te wegen bij de hoogte van de schade.[123]

Naar *Duits* recht hoeft er geen schade ingetreden te zijn indien de eiser op basis van § 824 BGB bewerkstelligd wil zien dat het herhalen van de mededeling verboden wordt. De inbreuk volstaat daartoe.[124] Indien een vordering tot 'Widerruf' (rectificatie) aanhangig gemaakt wordt, hetgeen alleen bij feitelijke mededelingen

---

117 Gatley 1998, 33.48; Markesinis/Deakin 1999, p. 640-641. Onder omstandigheden kan een 'apology' ook een 'complete bar to recovery' opleveren, zie par. 2.5. Overigens, het niet aanbieden van een 'apology' kan aanleiding zijn de schadevergoeding te verhogen, zie *Rantzen* v. *Mirror Group Newspapers Ltd.* [1993] 4 All ER 975, op p. 986.

118 Gatley 1998, 11.14, 32.52, en 33.27 e.v.; Markesinis/Deakin 1999, p. 641.

119 Zie *Rantzen* v. *Mirror Group Newspapers Ltd.* [1993] 4 All ER 975, op p. 984.

120 Hierover Weir, CLJ 1993, p. 377; Winfield & Jolowicz 1998, p. 463; Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 22-18; Gatley 1998, 20.10 en 20.11. Vergelijk ook Cane 1997, p. 148. Ook een beroep op sec. 3 van de Defamation Act 1952 is mogelijk, zie Gatley 1998, 20.10 en 20.13, en *Khodaparast* v. *Shad* [2000] 1 All ER 545.

121 Ook een rectificatie is te vorderen, zie art. 12 Loi 1881, en Kayser 1995, no. 79.

122 Zie Kayser 1995, no. 81 en 196; J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 103.

123 Zie CA Versailles, 16 janvier 1998, D. 1999, Somm. 168, met noot van Bigot, die stelt dat de schadevergoeding geen straffend karakter mag krijgen.

124 Vergelijk over de diverse mogelijke vormen van tegemoetkoming en de daarbij geldende voorwaarden, Reinhardt, FS H. Lange 1970, p. 195 e.v.; Löffler/Ricker 1994, 44. Kap., Rdn. 1 e.v.; Seyfarth, NJW 1999, p. 1287 e.v.

mogelijk is,[125] dient de eiser te bewijzen dat de uitspraak feitelijk onjuist was, ook - en dat wijkt af van de normale regel - als op basis van § 186 StGB geprocedeerd wordt. De reden daarvoor is dat de rechter niet iemand kan dwingen iets te herroepen dat wellicht waar was.[126] Voor toewijzing van een vordering tot rectificatie dient vast te staan dat de uitspraak onjuist was, althans dat er geen concrete aanknopingspunten voor de waarheid bestonden.[127]

Als schadevergoeding gevorderd wordt op basis van § 824 BGB, dient het bestaan van de schade bewezen te worden door de eiser.[128] Ook bij schending van § 186 StGB jo. § 823 Abs. II BGB rust het bewijsrisico op de eiser.[129] Zowel materiële als immateriële schade komt voor vergoeding in aanmerking.[130]

2.3 Causaal verband

Naar *Nederlands* recht dient ook hier causaal verband te bestaan tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. Het gaat immers nog steeds om een toepassing van art. 6:162 BW. Dat causale verband zal in principe de eiser moeten bewijzen, waarbij uiteraard vermoedens voor aanname daarvan kunnen spreken.[131]

De bewijsvoering ten aanzien van het causale verband zal in principe niet al te veel problemen opleveren, omdat er veelal voorshands vanuit gegaan kan worden dat er schade geleden is (par. 2.2). Daaruit volgt mijns inziens dat in zo'n geval in beginsel ook van het causale verband tussen de mededeling en de schade uitgegaan kan worden, omdat anders de regel dat voorshands van het bestaan van de schade uitgegaan kan worden, zinloos zou zijn. Immers, als niet ook van het bestaan van het causale verband uitgegaan zou mogen worden, zou alsnog het bestaan van de schade aangetoond moeten worden om het causale verband tussen mededeling en schade te kunnen bewijzen.[132]

Een complicatie ten aanzien van de bewijsvoering zou echter nog kunnen zijn dat uit de aard van het getroffen belang, een geschonden reputatie, volgens de Hoge Raad niet zonder meer geconcludeerd mag worden dat het causale verband aanwezig is.[133] Daarbij speelt volgens de Hoge Raad een rol dat het hier gaat om

125 Vergelijk BGH GRUR 1975, 89, op p. 90; Schneider, AfP 1984, p. 127; Seyfarth, NJW 1999, p. 1293.

126 BGHZ 37, 187, op p. 191; BGHZ 69, 181; Schneider, AfP 1984, p. 127; Seyfarth, NJW 1999, p. 1293. Kritisch daarover Leipold, FS Hubmann 1985, p. 271, en vooral p. 276 e.v., die aangeeft dat de rectificatie niet per se als uitspraak over de waarheid van de feiten begrepen hoeft te worden.

127 Dat laatste geldt bij de beperkte rectificatie, de 'eingeschränkte Widerruf', zie BGHZ 69, 181.

128 Vergelijk Baumgärtel/Strieder 1991, § 824 BGB, Rdn. 8.

129 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn 38. Dezelfde regel geldt bij een vordering op basis van de §§ 185 (zie par. 3) en 187 StGB jo. § 823 Abs. II BGB.

130 Deutsch 1995, Rdn. 305 en 315. Daarbij gelden de in par. 4.2 te bespreken regels.

131 Vergelijk de conclusie van Bloembergen voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA).

132 Zie ook mijn opmerkingen ten aanzien van het Engelse recht op dit punt.

133 HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA).

mededelingen die in beginsel onder de vrijheid van meningsuiting vallen.[134] Dat uitgangspunt kan gevolgen hebben voor die gevallen waarin er sprake was van een *onjuiste* feitelijke mededeling. Dergelijke onjuiste mededelingen worden immers in beginsel niet beschermd door de vrijheid van meningsuiting,[135] zodat in die gevallen wellicht wel beslist zou mogen worden dat het bestaan van het causale verband uit de aard van het getroffen belang afgeleid kan worden.

Met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling is verder van belang of er in deze gevallen een beroep gedaan kan worden op de eerder besproken regel op basis waarvan het bewijsrisico omgekeerd wordt indien het risico van schade door de onrechtmatige daad verhoogd is en juist die schade zich verwezenlijkt heeft.[136] Bloembergen[137] meent dat dat niet mogelijk is. Hij beroept zich daarbij op de omstandigheid dat er veelal sprake zal zijn van winstderving indien iemands reputatie geschaad is. Die winstderving is echter tevens afhankelijk van een aantal andere onzekere factoren,[138] terwijl de eiser te dien aanzien in de betere bewijspositie verkeert. Dit zijn mijns inziens valide argumenten als het gaat om materiële schade, die in dit soort gevallen inderdaad veelal zal bestaan uit gederfde winst.[139]

Of die argumentatie ook opgaat ten aanzien van het causale verband met de immateriële schade, valt te betwijfelen. In die gevallen speelt echter een ander probleem, namelijk dat de bij deze bewijsrisico-omkering gebruikelijke aansluiting bij een geschonden verkeers- of veiligheidsnorm verloren gaat, omdat die normen in beginsel niet strekken tot voorkoming van immateriële schade, tenzij uiteraard de immateriële schade direct volgt uit de letselschade. Die veiligheidsnormen zijn immers in eerste instantie gericht op voorkoming van letselschade.[140] Het is bovendien de vraag of een bewijsrisico-omkering hier wel nodig is, nu de vaststelling van het causale verband tussen de mededeling en de immateriële schade niet al te veel problemen zal opleveren.[141] In de hier besproken gevallen ligt de toepassing van de bewijsrisico-omkering na schending van een veiligheidsnorm

134 Zodoende werd, ook op bewijsrechtelijk vlak, de invloed van de grondrechten op het aansprakelijkheidsrecht door de Hoge Raad erkend. Vergelijk daarover ook mijn bijdrage in AA 1996, p. 534 e.v.

135 Zie noot 17.

136 Het cassatiemiddel (onderdeel 2a) bij HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), meende dat dat mogelijk zou moeten zijn.

137 Zie zijn conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), onder nr. 10.

138 Vergelijk ook Asser-Hartkamp 4-I, nr. 420.

139 Vandaar ook dat aansluiting bij de in HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II) geformuleerde algemene regel hier niet voor de hand ligt, al kan uit dat arrest ook het tegendeel afgeleid worden, zeker gezien de recente algemene bevestiging van die regel in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.).

140 Zie HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (De Heel/Korver); HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 nt. G.J.S. (Vader Versluis); Spier/Bolt 1996, p. 123. Afwijkend: HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), en HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). In die laatste gevallen was er geen sprake van letselschade en werd de hier bedoelde regel toch toegepast.

141 Zie de tekst voor noot 132.

dan ook niet voor de hand. In de rechtspraak van de Hoge Raad kan echter evenzeer een aanwijzing in de andere richting gevonden worden. De Hoge Raad lijkt namelijk tegenwoordig niet meer de voorwaarde te stellen dat er een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is.[142]

Indien de gedaagde zich erop beroept dat de schade ook zou zijn ingetreden zonder de onrechtmatige publicatie,[143] wordt dat veelal niet gezien als een ontkenning van het causale verband, maar als een specifiek verweer van de gedaagde, met als gevolg dat deze het bewijsrisico draagt.[144] Dat strookt mijns inziens niet geheel met de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, maar is wel verklaarbaar doordat de stellingen van de gedaagde op dit punt zeer specifiek zijn.[145] Indien het 'gewone' causale verband vaststaat en de gedaagde zich erop beroept dat een omstandigheid voorligt die dat verband met betrekking tot een bepaalde schadepost twijfelachtig maakt, is de hiervoor genoemde regel mijns inziens toelaatbaar.[146]

Het *Engelse* recht kent ten aanzien van het causale verband bij 'defamation' weinig bijzonderheden.[147] Het bewijsrisico ligt bij de eiser. Daarbij past mijns inziens deze kanttekening dat als bij 'libel' de schade verondersteld wordt, dezelfde veronderstelling ook voor het causale verband dient te gelden. Als de schade geacht wordt aanwezig te zijn, dient tegelijkertijd ook het causale verband aanwezig geacht te worden, omdat anders de vordering alsnog zou stranden - het causale verband is immers niet te bewijzen zonder, op zijn minst, bewijs van schade - en de regel dat het bestaan van schade niet bewezen hoeft te worden, dan geen enkel nut zou hebben.[148] Ook indien op basis van 'malicious falsehood' geprocedeerd wordt,

142 Ik wijs opnieuw op HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), en HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). Zie over (het toepassingsbereik van) de eerste uitspraak ook Giesen 1999, p. 66 e.v., en par. IV.2.2.

143 De gedaagde zou bijvoorbeeld kunnen aanvoeren dat de eiser al een slechte reputatie had, en deze dus geen schade geleden heeft door de mededeling. Naar Engels recht kan dat reden zijn de schadevergoeding te verminderen, zie par. 2.2.

144 Zie vooral Hof Amsterdam 13 september 1990, NJ 1991, 334 (Storms/Stuart); (implicieter, doordat de stelling van gedaagde niet betwist werd) Rb. Haarlem 7 april 1992, te kennen uit Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1996, 7 (Meuldijk/Spaarnestad), en Hof Amsterdam 1 december 1994, NJ 1996, 202 (Van Gend & Loos/X.).

145 In Hof Amsterdam 13 september 1990, NJ 1991, 334 (Storms/Stuart) was een gemodificeerd, niet onrechtmatig geacht, feitencomplex gepresenteerd dat volgens de gedaagden tot dezelfde schade zou hebben geleid. Zie hierover in breder verband Kerkmeester en Visscher, WPNR 6378 (1999), p. 835. Zij pleiten daar (onbewust) voor invoering van de Duitse leer van het 'rechtmaßiges Alternativverhalten', welke zoveel problemen met zich brengt (zie Giesen 1999, p. 59-61) dat zulks niet wenselijk lijkt.

146 Vergelijk ook HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/International Shellfish), waarover par. IV.2.2.

147 Vergelijk Gatley 1998, 5.6.

148 Zo ook Schmidt-Szalewski, RTD Com. 1994, p. 469; Markesinis & Deakin 1999, p. 174.

dient het causale verband vast komen te staan. De schade moet een 'direct and natural result' van de mededeling zijn. Het bewijsrisico ligt bij de eiser.[149]

Het causale verband dat in *Frankrijk* vereist is krachtens art. 29 Loi 1881, is makkelijker te bewijzen dan gewoonlijk het geval is. Bij 'diffamation' is namelijk alleen vereist dat de bewering naar haar aard de eer of het aanzien van een persoon *kan* ('de nature à') schenden. Dat die bewering daadwerkelijk een schending met zich bracht, is niet vereist.[150] Het bewijsrisico ligt, naar de hoofdregel, bij de eiser, maar echte problemen zal dat niet opleveren. Ook als de vordering gebaseerd is op art. 1382 Cc, dient de causaliteit door de eiser bewezen te worden.[151]

Indien naar *Duits* recht een vordering op basis van § 824 BGB geldend gemaakt wordt, dient er tussen de mededeling en de inbreuk op het rechtsgoed causaal verband te bestaan. De eisen die daaraan gesteld worden, zijn niet al te zwaar, omdat het blijkens de tekst van § 824 BGB voldoende is dat de mededeling 'geeignet' was het krediet in gevaar te brengen of andere nadelen met zich te brengen. Dat kan veelal op basis van algemene ervaringsregels aangenomen worden.[152] Het Bundesgerichtshof heeft overigens wel beslist dat wanneer een mededeling zowel ware als onware elementen bevat, het causaal verband tussen de schade en de onjuiste elementen aangetoond dient te worden.[153]

Causaal verband is ook vereist indien een beroep gedaan wordt op § 186 StGB jo. 823 Abs. II BGB. Net zoals bij § 824 BGB is echter voldoende dat de mededeling 'geeignet' was iemands reputatie te schenden. Daardoor is dat bewijs makkelijker te leveren.[154] Het bewijsrisico, dat bij de eiser ligt,[155] wordt op dit punt ook nog verlicht doordat ten aanzien van § 823 Abs. II BGB geldt dat het causale verband geacht wordt aanwezig te zijn indien juist die schade is opgetreden waartegen de bepaling beoogde te beschermen.[156]

149 Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 22-21. Indien op basis van sec. 3 van de Defamation Act 1952 het bestaan van de schade verondersteld wordt, geldt ten aanzien van het causale verband hetzelfde als hiervoor met betrekking tot 'defamation' betoogd werd.

150 Larguier/Larguier 1994, p. 97.

151 Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, no. 500; Kayser 1995, no. 81; J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 103.

152 BGH GRUR 1975, p. 89, op p. 91; Baumgärtel/Strieder, § 824, Rdn. 3; RGRK (Steffen) § 824, Rdn. 28 en 59.

153 BGH GRUR 1987, 316, op p. 318.

154 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 17.

155 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 52.

156 Deutsch 1995, Rdn. 230; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 43; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 564. Het is overigens twijfelachtig of het hierbij om een bewijsrisico-omkering of om een toepassing van de leer van het 'Anscheinsbeweis' (in die zin Musielak 1975, p. 156) gaat. Dezelfde uitgangspunten gelden indien § 187 StGB ingeroepen wordt.

2.4 *Toerekening (schuld)*

Of de gedaagde 'schuld' had, is naar *Nederlands* recht voor de vraag naar schadevergoeding[157] ingeval van een onrechtmatige publicatie, nauwelijks nog van belang. In een arrest uit 1982 snijdt het Hof Amsterdam dit punt wel aan, maar daar wordt dan meteen aan toegevoegd dat de beoordeling daarvan afhankelijk is van de vraag of de grenzen van wat in het maatschappelijk verkeer betaamt, overschreden zijn, zodat in wezen de zorgvuldigheidsnorm toegepast wordt.[158] Die geringe aandacht voor het schuldvereiste wordt mijns inziens verklaard doordat hier een belangenafweging nodig is, waarin de verwijtbaarheid meegewogen is.

Een vordering naar *Engels* recht op basis van 'defamation' abstraheert in beginsel geheel van de motieven van de dader. Verwijtbaarheid aan de kant van de gedaagde wordt niet verlangd.[159] Alles draait om de vraag of de woorden objectief gezien smadelijk waren. Alleen als relevant wordt of er 'malice' ('kwade trouw') aanwezig was aan de zijde van de dader, kan de verwijtbaarheid van belang zijn. 'Malice' draait immers om de vraag of er onbehoorlijke motieven aanwezig waren (de intentie om schade toe te brengen) of dat de ander wist van de onjuistheid van het beweerde.[160] Het bestaan van 'malice' is relevant na een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond bij 'defamation' en indien 'malicious falsehood' aan de dader verweten wordt. In beide gevallen draagt de eiser het bewijsrisico.[161]

We zagen in paragraaf 2.1.1 dat naar *Frans* recht de dader, krachtens de artt. 29, 35 en 35bis Loi 1881, geacht wordt een 'intention coupable' te hebben en dat hij deze veronderstelling kan weerleggen. Onder welke voorwaarden dat mogelijk is, zal hierna aan bod komen (par. 2.5). Voor nu volstaat dat in principe een verwijtbare gedraging nodig is. Als de vordering gegrond wordt op art. 1382 Cc, ligt de verwijtbaarheid besloten in de constatering dat er een 'faute' was.[162]

Wanneer naar *Duits* recht via § 824 BGB getracht wordt schadevergoeding te verkrijgen, dient ook het 'Verschulden' van de gedaagde vast te staan. Dat betekent dat de eiser dient te bewijzen dat de gedaagde de onwaarheid van de mededeling kende of had moeten kennen. Daarbij leidt het feit dat de onwaarheid

---

157 Bij een rectificatie is schuld helemaal niet meer van belang, zie art. 6:167 lid 2 BW.

158 Hof Amsterdam 23 april 1982, te kennen uit HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803 nt. CJHB (Vara/Leading Succes People) stelt 'dat de aansprakelijk gestelde het *verwijt* treft dat hij onrechtmatig heeft gehandeld'. In gelijke zin Hof Amsterdam 29 maart 1956, NJ 1956, 604 (X./Velsen), waarin het Hof bovendien aangeeft bij bewezen onrechtmatigheid bereid te zijn een vermoeden van schuld aan te nemen, omdat die schuld dan uit de onzorgvuldigheid zou voortvloeien. Bulk 1998, p. 96, gaat ervan uit dat schuld bewezen moet worden.

159 Cane 1997, p. 45-46; Weir, CLJ 1993, p. 376; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-10.

160 Zie over dat begrip Mitchell, P.L. 1999, p. 330 e.v. Te goeder trouw geloven in de juistheid van de mededeling is onvoldoende om 'malice' uit te sluiten. *ibid.*, p. 335.

161 Zie bijvoorbeeld *Spring* v. *Guardian Assurance plc* [1994] 2 All ER 129, op p. 172; Gatley 1998, 20.9 en 32.28 e.v., en Weir, CLJ 1993, p. 376, en nader par. 2.5, respectievelijk par. 2.1.1.

162 Zie par. IV.2.4.

bewezen is, er niet toe dat er een vermoeden van 'Verschulden' aangenomen mag worden.[163] De aanwezigheid van 'Verschulden' zal veelal afhangen van de vraag of de gedaagde aan zijn onderzoeksplicht voldaan heeft, welke plicht weer afhankelijk is van diverse omstandigheden zoals de gevolgen van de mededeling.[164]

Voor een geslaagde vordering gebaseerd op § 186 StGB jo. 823 Abs. II BGB is de zware vorm van 'Verschulden', namelijk 'Vorsatz', nodig, omdat de schuldvorm die de 'Schutzgesetz' eist, maatgevend is bij toepassing van § 823 Abs. II BGB.[165] Daarbij is voorwaardelijke opzet (het 'op de koop toe nemen') voldoende.[166] Het 'Verschulden' hoeft alleen betrekking te hebben op de schending van de wettelijke norm en niet tevens op de schade.[167] Het bewijsrisico rust in principe op de eiser,[168] maar met betrekking tot § 823 Abs. II BGB wordt de eiser bij zijn bewijsvoering tegemoet gekomen: indien de schending van de norm gegeven is, dient de dader zijn 'Verschulden' uit te sluiten.[169]

2.5 *Disculpatie*

Hetgeen hiervoor ten aanzien van 'schuld' overwogen werd, geldt naar *Nederlands* recht ook voor de aanwezigheid van een eventuele rechtvaardigingsgrond. Al hetgeen ten voordele van de gedaagde zou kunnen spreken (zoals het dienen van het algemene belang), is al in de belangenafweging meegewogen.[170]

Tegen de vordering op basis van 'defamation' naar *Engels* recht zijn een aantal 'defences' in te brengen die mede tot doel hebben de uitingsvrijheid te

163 Zie Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 7; RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 59; Kötz 1998, Rdn. 710.

164 Daarover RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 32 e.v. Volgens Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 62, valt dit onderzoek samen met dat naar de vraag of de dader een beroep op 'Wahrnemung berechtigter Interessen' toekomt, zie hierna par. 2.5.

165 Leipold 1966, p. 153; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 561, met 'Fahrlässigkeit' als minimum, zie § 823 Abs. II Satz 2 BGB.

166 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap. Rdn. 18. Bij de vordering op basis van § 187 StGB jo. § 823 Abs. II BGB is voorwaardelijke opzet niet voldoende voor aansprakelijkheid, zie Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 21.

167 RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 560.

168 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 53.

169 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 43; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 566; Deutsch 1995, Rdn. 229; Musielak 1975, p. 162. Zie ook par. IV.2.5. Met de normschending staat vast dat de 'äußere Sorgfalt' niet in acht is genomen, waarna het niet in acht nemen van de 'innere Sorgfalt' vermoed wordt. Of het hier een vorm van 'Anscheinsbeweis' of een bewijsrisico-omkering betreft, is onduidelijk. Voor de uiteindelijke beslissing maakt dat, ondanks de dogmatische verschillen, in de praktijk niets uit, zie Von Bar 1980, p. 283.

170 Overigens wordt het 'dienen van het algemeen belang' ook wel als aparte rechtvaardigingsgrond aangevoerd, zie Boukema 1987, p. 146. Het vrijwillig plaatsen van een correctie kan soms de onrechtmatigheid wegnemen, zie Bulk 1998, p. 160-161. Voor zover het bewijsrisico ten aanzien van een rechtvaardigingsgrond een rol zou spelen, rust dit op de gedaagde, zie Boukema, RM Themis 1999, p. 364.

beschermen.[171] De eerste is dat de gedaagde de waarheid publiceerde (justification). Het bewijsrisico dienaangaande rust op de gedaagde.[172] Bewijs van 'truth' is een vrijwel absolute rechtvaardiging: 'if people think the worse of him when they hear the truth about him that merely shows that his reputation has been reduced to its proper level.'[173] Ook als de gedaagde met 'malice' handelde (zie hierna), kan deze zich erop beroepen de waarheid gesproken te hebben.[174] Als hij slaagt in dat bewijs, vervalt zijn aansprakelijkheid. Daarbij verdient wel opmerking dat bewijs van de gedaagde dat hij geloofde dat de uitspraak waar was, onvoldoende is.[175]

Dat de gedaagde de waarheid van de feiten dient te bewijzen, heeft de laatste jaren nogal wat weerstand opgeroepen, mede omdat de toegekende schadevergoedingen vrij hoog zijn (par. 2.2). De combinatie van beide zou de uitingsvrijheid teveel inperken. Die weerstand werd gevoed door de uitspraak in de zaak *Derbyshire C.C.* v. *Times Newspapers Ltd.*, waarin het House of Lords besliste dat een overheidsinstantie geen 'defamation'-vordering kan instellen, omdat dat een 'undesireable fetter on freedom of speech' zou plaatsen.[176] Daarbij werd door de Lords onder andere verwezen naar de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *New York Times Co.* v. *Sullivan*,[177] waarin geoordeeld werd dat indien een 'government body' schadevergoeding vordert, de regel dat het bewijsrisico ten aanzien van de waarheid op de gedaagde rust, de vrijheid van meningsuiting te veel beperkt.

In de Engelse literatuur is daarna de vraag gerezen of de bewijsrisicoverdeling aangepast zou moeten worden.[178] Zo werd gesteld dat als het 'chilling effect' op de uitingsvrijheid van dit soort aansprakelijkheidsstellingen serieus genomen wordt, dat ook zijn weerklank dient te vinden op het vlak van de bewijsrisicoverdeling, op zijn minst als het om 'public officials and politicians' gaat. De 'presumption of falsity' is immers onverenigbaar met de argumentatie zoals aanvaard in *Derbyshire*. 'Logically, it follows that England should alter the rules concerning

171 Zie Cane 1997, p. 91 en 134. Aan de 'defence' op basis van sec. 1 Defamation Act 1996 dat de uitgever de mededeling niet 'gepubliceerd' heeft, ga ik hier voorbij, zie daarover bijvoorbeeld *Godfrey* v. *Demon Internet Ltd.*[1999] 4 All ER 342, op p. 345 (het bewijsrisico rust op de gedaagde).

172 Zie *Joyce* v. *Sengupta* [1993] 1 All ER 897, op p. 901; *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614; Gatley 1998, 11.1, 11.4 en 33.10; Weir, Fleming-bundel 1998, p. 116; Cane 1997, p. 135; Kiralfy 1987, p. 5; Fleming 1998, p. 6; Barendt, P.L. 1993, p. 456; Lord Lester, P.L. 1995, p. 2; Loveland, NLJ 1996, p. 148; dezelfde, NLJ 1996, p. 714; Young, OJLS 2000, p. 90-91. De bewijsmaatstaf is de normale, maar de rechter zal wel rekening houden met de ernst van de beschuldiging, zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 420, en par. II.4.3.

173 Aldus Rogers in: Winfield & Jolowicz 1998, p. 416.

174 Zie *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614, en Cane 1997, p. 35. Ik ga hierbij voorbij aan de uitzondering hierop in de Rehabilitation of Offenders Act 1974, vergelijk Markesinis/Deakin 1999, p. 626.

175 Gatley 1998, 11.4.

176 *Derbyshire C.C.* v. *Times Newspapers Ltd.* [1993] 1 All ER 1011, op p. 1019.

177 (1964) 376 US 254.

178 Zie vooral Barendt, P.L. 1993, p. 456 e.v.

the burden of proof'.[179] Of deze ontwikkeling echt zo logisch is, laat ik hier in het midden,[180] maar dit debat geeft in elk geval aan dat ook de Engelsen bewuster worden van de implicaties van het recht op vrijheid van meningsuiting.

Een tweede belangrijke 'defence' voor de gedaagde is 'privilege'. Dat wil zeggen dat het onder bepaalde omstandigheden toegestaan is mededelingen te doen die anders smadelijk zouden zijn. Er bestaan twee varianten: 'absolute privilege' en 'qualified privilege'. De eerste is een absolute rechtvaardigingsgrond die verbonden is aan 'judicial proceedings', 'parliamentary proceedings' en 'official communications',[181] terwijl de tweede opzij gezet kan worden door bewijs van 'malice'.

'Qualified privilege' is aanwezig als er een gelegenheid bestond waarin de mededeler een belang of een plicht had de mededeling te doen en de ontvanger een corresponderend belang of plicht had de mededeling te ontvangen.[182] Drie elementen zijn noodzakelijk: de gelegenheid moet geschikt zijn, het onderwerp van de mededeling moet gerelateerd zijn aan die gelegenheid, en er moeten eerlijke motieven aan ten grondslag liggen. De eerste twee elementen dient de gedaagde te bewijzen.[183] Het laatste element verwijst naar de mogelijkheid voor de eiser om deze 'defence' te ontkrachten. Indien de eiser namelijk bewijst dat de gedaagde handelde met 'malice', vervalt deze rechtvaardiging. De gedaagde dient een legitiem belang te behartigen. Als dat niet het geval is, handelt hij 'maliciously'.[184] Dat is ook het geval als de gedaagde niet gelooft in de waarheid van zijn mededeling, althans onverschillig is ten aanzien van die waarheid.[185]

---

179 Over dit alles Barendt, P.L. 1993, p. 457. Vergelijk ook *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614, alwaar ook op het 'chilling effect' gewezen wordt van de regel dat de gedaagde de waarheid moet bewijzen. Een bewijsrisico-omkering werd echter afgewezen, zie p. 624. Kritisch ten aanzien van dit 'chilling effect' zijn Markesinis & Deakin 1999, p. 649, en met name Trindade, LQR 1999, p. 182-183, omdat dat net zo goed de andere kant op kan werken. Vrees voor de pers kan personen ervan weerhouden een publieke functie te aanvaarden, aldus ook Giegerich, RabelsZ 1999, p. 489. Anders: Kübler, NJW 1999, p. 1285.

180 Ik verwijs naar mijn opmerkingen dienaangaande in par. 2.1.1, ten aanzien van het Nederlandse recht, en par. 5, alsmede naar Gatley 1998, 11.3, alwaar de voors en tegens belicht worden.

181 Vergelijk Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-88 e.v. Het bewijsrisico rust op de gedaagde, zie Gatley 1998, 13.2.

182 Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-106. Een voorbeeld is de werkgever die een referentie over zijn werknemer schrijft, *ibid.*, 21-125. Zie hierover ook Mitchell, OJLS 1998, p. 381 e.v., en zeer uitgebreid *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961, op p. 988 e.v., alsmede het vervolg daarop in *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609.

183 Zie *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 624, aangevend dat het bewijsrisico niet vaak beslissend zal zijn, en verder Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-107 en 108; Gatley 1998, 33.21; Mitchell, P.L. 1999, p. 328; Winfield & Jolowicz 1998, p. 434.

184 Het bewijsrisico rust op de eiser, zie *Spring* v. *Guardian Assurance plc* [1994] 2 All ER 129, op p. 172; *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961, op p. 995; *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 622, 640, 648, en 658-659; Weir, CLJ 1993, p. 376; Winfield & Jolowicz 1998, p. 429 en 435; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-182 e.v.; Cane 1997, p. 34 en 35-36; Gatley 1998, 16.1 en 32.28; Mitchell, P.L. 1999, p. 328 en 329.

185 Zie *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 616 en 656.

In elk geval sinds de beslissing van het House of Lords in *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* is de op basis van art. 10 EVRM vereiste belangenafweging ondergebracht bij de vraag of de gedaagde zich op 'qualified privilege' kan beroepen. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval gewogen te worden, zoals bijvoorbeeld de aard en toon van de publicatie en de gebruikte bronnen. Een voorstel tot introductie van een algemeen 'privilege' met betrekking tot 'political information' werd in die zaak van de hand gewezen, onder andere omdat er dan voor de beschuldigde feitelijk geen 'remedy' meer zou bestaan, gezien het feit dat 'malice' zo moeilijk te bewijzen is.[186]

Een derde rechtvaardigingsgrond naar Engels recht is gelegen in sec. 2, 3 en 4 van de Defamation Act 1996. Op basis van die bepalingen kan een gedaagde aansprakelijkheid voorkomen als hij een 'offer to make amends' doet. De gedaagde biedt dan aan een redelijke correctie en excuses uit te brengen, alsmede om de redelijke kosten van de eiser te vergoeden (sec. 2 (4)). De gedaagde kan dat aanbod vervolgens aan de eiser tegenwerpen indien deze niet akkoord gaat (sec. 4 (2)). Indien de eiser wel akkoord gaat, vervalt daarmee diens recht een vordering in te stellen (sec. 3 (2)).[187]

Een van de kenmerken van 'malicious falsehood' is dat indien de eiser zijn vordering aangetoond heeft, de gedaagde weinig mogelijkheden heeft om zich te verweren. Ik volsta hier dan ook met de vermelding dat 'good faith' en eigen schuld eventueel ingeroepen kunnen worden.[188] De 'defences' die tegen een vordering op basis van 'defamation' ingeroepen kunnen worden, kunnen op deze manier weliswaar omzeild worden, maar daarmee wordt weinig gewonnen, want de eiser zal nog steeds 'malice' moeten aantonen.

Aansprakelijkheid op basis van 'diffamation' krachtens de Loi 1881 is naar *Frans* recht in principe via twee[189] wegen te voorkomen.[190] De eerste mogelijkheid is dat de verdachte of gedaagde zijn 'bonne foi' aantoont.[191] Daartoe dient hij in

186 Zie over dit alles *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, met name p. 621-626 (de 'leading speech' van Lord Nicholls). De relevante omstandigheden, die sterk lijken op hetgeen in Nederland relevant is, zijn genoemd op p. 626. Zie ten aanzien van het laatste punt ook p. 631, 639 e.v., 654, en 658-659. Daarbij speelde ook mee dat de pers zijn bronnen geheim mag houden. De eerder door het Court of Appeal ontwikkelde 3-fasen-test werd afgewezen (zie p. 619, 632-633, 645, 656, en 659). Het gaat erom of 'the public was entitled to know the particular information' (p. 619).

187 Voor de volledigheid zij vermeld dat ook 'consent' een rechtvaardiging is. Nu hier de algemene regels dienaangaande gelden, ga ik daar niet verder op in, zie Markesinis & Deakin 1999, p. 623.

188 Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 21-13.

189 Ik ga hier voorbij aan de wettelijke 'immunités' ten aanzien van parlementaire en rechterlijke debatten, zie art. 41 Loi 1881, en Bilger/Prévost 1990, p. 29 e.v.; Beignier 1995, p. 168 e.v.

190 Als art. 1382 Cc in het geding is, zijn de normale verweermiddelen van toepassing, waarop ik hier niet opnieuw zal ingaan, zie daarover par. IV.2.4.

191 Op de gedaagde rust dus het bewijsrisico, zie onder andere Crim, 29 novembre 1994, JCP 1995, éd. G., IV, 644; Sarda, Travaux H. Capitant 1987, p. 285; Bilger/Prévost 1990, p. 28, 60, en 61, en Kayser 1995, no. 83.

principe vier elementen te stellen en bewijzen. Ten tijde van het openbaren[192] van het bericht werd er een legitiem doel nagestreefd, was er geen persoonlijke wrok, werd een serieus onderzoek verricht en werd een proportioneel middel gebruikt.[193] Indien de gedaagde (of verdachte) daarin slaagt, is het vermoeden van 'mauvaise foi' ontkracht en kan er geen veroordeling meer volgen. Of die 'bonne foi' aanwezig was, dient overigens in concreto, naar de omstandigheden van het geval, vastgesteld te worden.[194] Het feit dat de mededeler geloofde in de juistheid van de mededeling, is niet voldoende.[195] De reden voor deze bewijsrisicoverdeling is dat zo bereikt wordt dat degene die de openbaarmaking doet, niet buiten beschouwing laat dat een ander eventueel geschaad kan worden.[196]

Ten tweede staat voor de gedaagde (of verdachte) veelal een beroep op de 'exceptio veritatis' open. Indien hij bewijst de waarheid geopenbaard te hebben, is hij niet aansprakelijk.[197] De gedaagde (of verdachte) dient dan wel volledig en absoluut bewijs met betrekking tot alle elementen van de beschuldiging te leveren.[198] Van belang is nog dat art. 35 al. 3 Loi 1881 dit bewijs niet toelaat, indien de beschuldiging betrekking had op iemands privé-leven, op feiten die meer dan tien jaar geleden plaatsvonden, of op feiten ten aanzien waarvan amnestie verleend is, die verjaard zijn of die tot een rehabilitatie hebben geleid.[199] Met betrekking tot het waarheidsbewijs zijn verder nog enkele procedurele voorschriften van belang. Zo dient op basis van art. 55 Loi 1881 de gedaagde (of verdachte) binnen tien dagen aan te geven ten aanzien van welke feiten hij bewijs wil leveren, welke getuigen hij daartoe wil aanbrengen en welke stukken hij daarbij wil benutten. Daarna heeft het 'Openbaar Ministerie' vijf dagen de tijd om getuigen en stukken die tot tegen(deel)bewijs kunnen dienen, aan te brengen (art. 56 Loi 1881). Aan

192 Zie daarover bijvoorbeeld CA Paris, 27 janvier 1988, D. 1988, IR 56.

193 Zie bijvoorbeeld CA Paris, 10 février 1999, D. 2000, Jur. 226 (note Mallet-Poujol); de noot van De Lamy onder Crim, 1 octobre 1996, D, 1998, Jur. 499, op p. 500; TGI Paris, 3 mars 1994, D. 1995, Somm. 272; J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 58; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1066; Bilger/Prévost 1990, p. 61; Sarda, Travaux H. Capitant 1987, p. 285, en de noot van Bigot bij CA Paris, 14 décembre 1993, en CA Paris, 10 mai 1994, D. 1995, Somm. 272. De laatste twee arresten zelf wijken hier overigens van af door de 'prudence' (het derde element) ondergeschikt te maken aan het legitieme belang. Bij een polemiek over politieke zaken die het functioneren van de staat raken, mag aan dit derde element min of meer voorbij gegaan worden, zie Civ. 2e, 14 janvier 1998, D. 1999, Jur. 134 (note Tavieaux-Moro).

194 Zie de noot van Bigot bij CA Paris, 22 mars 1994, en CA Paris, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 273-274, op p. 274 *in fine*, en Beignier 1995, p. 161.

195 Bilger/Prévost 1990, p. 61; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1066; Dejean de la Bâtie 1989, no. 62.

196 Bilger/Prévost 1990, p. 60.

197 Zie onder andere Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, no. 501; Sarda, Travaux H. Capitant 1987, p. 282 en 284; Dejean de la Bâtie 1989, no. 62; Bilger/Prévost 1990, p. 64, en Kayser 1995, no. 83.

198 J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 52; Sarda, Travaux H. Capitant 1987, p. 285; Bilger/Prévost 1990, p. 64; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1069.

199 Vergelijk Colombini, JCP 1947, éd. G., I, 614; Beignier 1995, p. 178; Kayser 1995, no. 126, en verder Bilger/Prévost 1990, p. 101 e.v. In de gevallen dat het waarheidsbewijs niet open staat, kan die waarheid wel meespelen bij de bepaling van de 'bonne foi' van de verdachte of gedaagde, zie Civ. 2e, 29 juin 1988, D. 1988, IR 213-214.

deze periode van tien dagen mag de rechter niet voorbij gaan, ook niet indien hij de mededeling voorshands 'diffamatoire' acht: art. 55 Loi 1881 is van 'ordre public'.[200] Van belang is verder dat de rechter niet zelfstandig op zoek mag gaan naar de waarheid van de feiten. De bewijslevering behoort toe aan de partijen.[201]

Te constateren valt dat het Franse recht niet schroomt om de onjuistheid van een mededeling in beginsel aanwezig te achten en het bewijsrisico bij de gedaagde te leggen. In verband met het recht op vrijheid van meningsuiting kan dat problematisch zijn[202] en hier is dat nog sterker het geval omdat het in deze in beginsel om strafrechtelijke normen gaat, met als gevolg dat ook het vermoeden van onschuld van art. 6 lid 2 EVRM op de tocht zou kunnen komen te staan. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft echter bepaald dat wettelijke of feitelijke vermoedens ook in strafzaken toegestaan zijn, mits deze binnen redelijke grenzen blijven en de rechten van de verdediging in acht genomen worden.[203] Zo lijkt de Franse wetgeving nog door de Straatsburgse beugel te kunnen, want tegenbewijs door de gedaagde staat immers open.[204] Ik wijs er wel nogmaals op dat hier niet alleen de onschuldpresumptie in het geding is, maar ook de vrijheid van meningsuiting. Wellicht dat de afweging anders uitvalt als er twee fundamentele rechten tegelijkertijd tegenover één ander fundamenteel recht staan.[205]

Indien naar *Duits* recht bij een vordering op basis van § 824 BGB de onjuistheid van de mededeling vaststaat, komt Absatz II van dat artikel[206] in beeld. Daarin is bepaald dat indien de onwaarheid niet bekend[207] was bij de mededeler, deze niet tot vergoeding hoeft over te gaan, indien er een 'berechtigtes Interesse' bestond ten aanzien van die mededeling, én de mededeler zorgvuldig onderzoek

200 Zie Civ. 2e, 5 février 1992, D. 1992, Jur. 442 (note Burgelin), en hierover verder J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 53-55, en Bilger/Prévost 1990, p. 103 e.v. Dit verweer zal de gedaagde ook in een gewone civiele procedure ter beschikking staan nu art. 55 Loi 1881 ook in die gevallen toepasselijk is, zie par. 2.1.1.

201 Zie TGI Avignon, 25 septembre 1997, D. 1999, Somm. 161 (note Bigot).

202 Zie verder par. 2.1.1 hiervoor en par. 5 hierna.

203 EHRM 7 oktober 1988, Serie A, vol. 141, NJ 1991, 351 nt. EAA (Salabiaku). Op basis van de *Lingens*-zaak (EHRM 8 juli 1986, Serie A, vol. 103, NJ 1987, 901 nt. EAA) kan overigens wel geconcludeerd worden dat zo'n vermoeden art. 10 EVRM schendt als dat ook werkt ten opzichte van waardeoordelen. Die kunnen immers niet bewezen worden.

204 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1065; Beignier 1995, p. 159, noot 3. Daarbij wordt overigens niet ingegaan op het verschil tussen tegenbewijs en tegendeelbewijs. Het Franse recht eist mijns inziens tegendeelbewijs, nu het absoluut en volledig bewijs vereist.

205 In deze zin ook Larenz, FS Klingmüller 1974, p. 239: 'In diesem Fall wird das 'Gewicht' des eines Gutes dadurch verstärkt, daß noch ein zweiter verfassungsmäßig anerkannter Wert zu seinen Gunsten in die Waagschale fällt.' Vergelijk ook Grimm, NJW 1995, p. 1703.

206 § 824 Abs. II BGB luidt: Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

207 Als de gedaagde de onwaarheid kende, vervalt zijn beroep op § 824 Abs. II BGB. Vandaar dat de eiser die bekendheid moet bewijzen, zie Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 5.

verricht heeft naar de waarheid ervan.[208] Of zo'n 'berechtigtes Interesse' aanwezig was, is afhankelijk van een belangenafweging.[209] Het bewijsrisico ten aanzien van deze rechtvaardigingsgrond rust op de gedaagde.[210]

Ook ten aanzien van een vordering tot schadevergoeding[211] op basis van § 186 StGB is het een bevrijdend verweer, aldus § 193 StGB, dat de dader onder 'Wahrnemung berechtigter Interessen' handelde: er wordt dan een publiek informatiebelang bevredigd.[212] Deze rechtvaardigingsgrond[213] komt pas in beeld indien het 'Tatbestand' vervuld is, en derhalve niet indien de dader de waarheid van zijn mededeling bewezen heeft. Het is via deze rechtvaardigingsgrond dat de rechter een afweging maakt tussen de persvrijheid en de reputatiebescherming.[214]

Voorwaarde voor toepassing van § 193 StGB is dat de dader een 'berechtigtes' belang dient. Belangen die tegen het recht ingaan of 'onzedelijk' zijn, zijn niet beschermenswaardig. Grof gezegd dient de gedaagde een misstand aan de kaak gesteld te hebben. Daarbij mag de dader niet lichtvaardig onjuiste feiten openbaren. Hij moet zorgvuldig onderzoek gedaan hebben, anders vervalt zijn verweer.[215] Ook moet de openbaring het juiste middel met betrekking tot het te dienen doel zijn geweest en moet de openbaring juist het behartigen van het specifieke belang als doel gehad hebben.[216]

Bewijsrechtelijk heeft de 'Wahrnemung berechtigter Interessen' de volgende consequenties. In principe dient de gedaagde de feitelijke elementen van deze rechtvaardigingsgrond te bewijzen. Hij dient te bewijzen dat aan de zorgplicht

---

208 Deutsch 1995, Rdn. 311; Larenz/Canaris 1994, p. 471-472, en onder andere BGH GRUR 1987, 316, op p. 317; BGH NJW 1994, 2614. Zie ook Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 50, en Kötz 1998, Rdn. 710-712.

209 Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 50.

210 Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 4; RGRK (Steffen), § 824, Rdn. 59. Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 57, meent overigens dat, nu de pers vrijwel steeds zo'n algemeen belang dient, een vermoeden mag worden aangenomen dat de pers een 'berechtigtes Interesse' heeft. De kwalificatie als rechtvaardigingsgrond is overigens omstreden (zie Baumgärtel/Strieder 1991, § 824, Rdn. 4, en Deutsch 1995, Rdn. 311 (ja) en Larenz/Canaris 1994, p. 473, en Reinhardt, FS H. Lange 1970, p. 206 (nee). Over de bewijsrisicoverdeling bestaat geen controverse.

211 Maar niet ten opzichte van bijvoorbeeld een verbod tot herhaling, want er is geen belang mee gediend onware feiten opnieuw te mogen openbaren, zie BGH GRUR 1975, p. 89, op p. 91. De vordering tot 'Widerruf' is volledig onafhankelijk van § 193 StGB te beoordelen. Als het feit onjuist is, is 'Widerruf' mogelijk, zo niet, dan niet. Het bewijsrisico ligt in dit geval bij de eiser, zie BGHZ 37, 187, op p. 191; BGHZ 69, 181; Schneider, AfP 1984, p. 127; Lepa 1988, p. 22-23; Seyfarth, NJW 1999, p. 1293.

212 BGHZ 31, 308; Löffler/Ricker 1994, 41. Kap., Rdn. 10.

213 Zie Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 29; Reinhardt, FS H. Lange 1970, p. 208; Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 60; Larenz/Canaris 1994, p. 714.

214 BGHZ 31, 308, op p. 313; BGH VersR 1998, 1250, op p. 1252; Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 29, 31 en 32.

215 Zie onder andere BGHZ 31, 308, op p. 313; BGH NJW 1993, 930, op p. 931; BGHZ 132, 13, op p. 23-24, waarbij die 'Anforderungen nicht überspannt' mogen worden. Wel dient er een minimum aan bewijs voorradig te zijn, zie BGH NJW 1997, 1148, op p. 1149. Daaraan is voldaan bij een beroep op een vonnis dat kracht van gewijsde heeft, zie BGHZ 95, 212, en § 190 StGB.

216 Over dit alles Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 36 e.v., en Deutsch 1995, Rdn. 304.

voldaan is en dat het doel van de openbaring het behartigen van dit specifieke belang was.[217] Van groot belang is echter dat deze rechtvaardigingsgrond van invloed is op het bewijsrisico inzake de juistheid van de gestelde feiten. Het Bundesgerichtshof heeft namelijk beslist dat indien de gedaagde zich kan beroepen op de 'Wahrnemung berechtigter Interessen', deze niet langer het bewijsrisico draagt voor de juistheid van de mededeling. Nu § 193 StGB de gedaagde het risico ontneemt dat de gestelde feiten onjuist blijken (zelfs als vastgesteld is dat ze onjuist waren), dient zolang de onjuistheid niet vastgesteld is, ervan uitgegaan te worden dat de mededeling waar is. Op die basis dient dan getoetst te worden of de mededeling een legitiem belang diende. Als dat belang aanwezig moet worden geacht, rust vervolgens op de eiser het bewijsrisico aangaande de onjuistheid van de feiten.[218] Aldus is de overname van de strafrechtelijke bewijsrisicoverdeling van § 186 StGB goeddeels ongedaan gemaakt, zeker nu de pers zeer geregeld een legitiem belang dient.[219]

3 Waardeoordelen die de reputatie van een persoon schaden

3.1 Onrechtmatigheid

Bij waardeoordelen zal naar *Nederlands* recht de onrechtmatigheidsvraag, opnieuw op basis van art. 6:162 BW, terughoudend beoordeeld moeten worden.[220] Het gaat in die gevallen immers om persoonlijke opvattingen waarover altijd verschil van mening mogelijk is. Op dit punt komt aan de vrijheid van meningsuiting bij de ook hier noodzakelijke belangenafweging,[221] een nog groter gewicht toe. Het leveren van zakelijke kritiek zal daarom in principe toegestaan zijn.[222] Een

217 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 54; Larenz/Canaris 1994, p. 713.

218 Uitgebreid BGH NJW 1985, 1621, op p. 1622, en BGH NJW 1987, 2225; BGH VersR 1993, 364, op p. 366. Vergelijk Larenz/Canaris 1994, p. 713, en Kübler, NJW 1999, p. 1287. Aanleiding hiervoor was mijns inziens BVerfG NJW 1980, 2070, op p. 2071, waarin bepaald werd dat het niet geboden was van de regel dat de eiser zijn aanspraak bewijst, af te wijken, onder voorwaarde dat er een medewerkingsplicht voor de gedaagde bestaat.

219 Opgemerkt dient te worden dat indien § 193 StGB toepassing vindt, de gedaagde alsnog aansprakelijk kan zijn op basis van § 185 jo. 192 StGB, de zogenaamde 'Formalbeleidigung', zie Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 28, 32, en 42. Het waarnemen van 'berechtigter Interessen' is geen verweer tegen een vordering op basis van § 187 StGB, omdat het navolgen van dit soort belangen onverenigbaar is met laster, zie Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 32. Anders: Reinhardt, FS H. Lange 1970, p. 205.

220 Zie bijvoorbeeld HR 28 november 1941, NJ 1942, 190 (Pesie/Pesie); Bulk 1998, p. 137; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 239.

221 Zie HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554 (Mr. Y./Drents-Groningse Pers), en Bulk 1998, p. 140.

222 Bij die belangenafweging worden de grenzen van de aanvaardbare kritiek ruimer getrokken indien een politieke aangelegenheid in het geding is, zie HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361 nt. EJD (PDA/Grubben).

waardeoordeel kan wel onrechtmatig zijn wanneer het onnodig grievend is.[223] Het onderscheid tussen feit en waardeoordeel, zal vaak lastig zijn, maar behoort gemaakt te worden, aldus het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.[224]

Bij de verdeling van het bewijsrisico is van belang dat waardeoordelen in beginsel niet te bewijzen zijn.[225] De vraag of een waardeoordeel onrechtmatig is, mag zelfs niet afhankelijk zijn van het antwoord op de vraag of dat oordeel op juistheid berust.[226] Bij die beoordeling moet echter wel in ogenschouw genomen worden of de feiten waarop de mening gestoeld is, correct zijn.[227] Voor het enkele geval waarin het bewijsrisico ten aanzien van de vraag of een uiting grievend is, doorslaggevend zou kunnen zijn - het gaat hier immers om een kwalificatie door de rechter - denk ik dat dat bij de eiser zou moeten liggen, omdat anders de vrijheid van meningsuiting teveel ingeperkt wordt. Een andere oplossing is wellicht te vinden in het in paragraaf 2.1.2 voorgestelde systeem van bewijsrisicoverdeling per omstandigheid uit de belangenafweging. Voor zover de juistheid van feiten dan een rol zou spelen, zou het bewijsrisico te dien aanzien bij de gedaagde liggen.

Naar *Engels* recht wordt de beoordeling niet anders indien een waardeoordeel aan de basis ligt van de reputatieschending, met dien verstande dat in zo'n geval alleen de 'tort' van 'defamation' voor toepassing in aanmerking komt. Op deze plaats zij dan ook verwezen naar de regels dienaangaande in paragraaf 2.

Wanneer waardeoordelen in het geding zijn, is naar *Frans* recht de regeling met betrekking tot 'injure' uit art. 29 Loi 1881 van belang. In tegenstelling tot 'diffamation' ziet 'injure' (belediging) niet op het openbaren van feiten,[228] maar op het uiten van een belediging, minachting of een scheldwoord. Het gaat bij 'injure' dus, grof gezegd, om waardeoordelen. Als 'injure'is te beschouwen een 'expression outrageante, termes de mépris ou invective, mais ne renfermant l'imputation d'aucun fait précis.'[229] Om (strafrechtelijke) aansprakelijkheid aan te kunnen nemen, dient voldaan te zijn aan de volgende voorwaarden: er dient een uiting in voornoemde zin gedaan te zijn; met betrekking tot een bepaald persoon; en de dader moet bewust gehandeld hebben (met 'intention'). Of er sprake was van een 'injure' is mede afhankelijk van de opleiding en het milieu van de persoon die de uiting doet, alsmede van het tijdsgewricht en de context waarin de openbaarmaking geschiedde. Het bewijsrisico ten aanzien van deze voorwaarden

223 Bulk 1998, p. 98; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 239 *in fine*.
224 EHRM 8 juli 1986, Serie A, vol. 103, NJ 1987, 901 nt. EAA (Lingens), no. 46. Zie ook Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 42; Giegerich, RabelsZ 1999, p. 493-495; Young, OJLS 2000, p. 89 e.v.
225 Zie Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 42; Nieuwenhuis 1997, p. 327, en Bulk 1998, p. 86.
226 Zie HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361 nt. EJD (PDA/Grubben), in navolging van EHRM 23 mei 1991, Serie A, vol. 204, NJ 1992, 456 nt. EJD (Oberschlick).
227 Vergelijk Bulk 1998, p. 154-156.
228 Bilger/Prévost 1990, p. 67.
229 Aldus art. 29 Loi 1881, zie ook Larguier/Larguier 1994, p. 107; Bilger/Prévost 1990, p. 65.

ligt bij de eiser, met uitzondering van de laatst genoemde voorwaarde. Net zoals bij 'diffamation', wordt ook bij 'injure' de 'intention coupable' vermoed. De verdachte dient dus zijn 'bonne foi' aan te tonen.[230]

Ook ten aanzien van waardeoordelen is aansprakelijkheid op basis van art. 1382 Cc mogelijk. Dan moet wel vast komen te staan dat er sprake was van kwaadwillig geuite kritiek.[231] Aan de juistheid van de feiten komt in deze situatie geen gewicht meer toe.[232] Voor het overige kan ik hier naar paragraaf 2 verwijzen.

Naar *Duits* recht staan bij reputatieschendende waardeoordelen in beginsel twee aansprakelijkheidsgrondslagen open.[233] Ten eerste kan § 826 BGB ingeroepen worden. Daarvoor verwijs ik naar paragraaf IV.2.5. De tweede mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid is § 185 StGB,[234] welk artikel eenvoudigweg bepaalt dat belediging strafbaar is. Ook deze bepaling is een 'Schutzgesetz' in de zin van § 823 Abs. II BGB.[235] 'Belediging' wordt gedefinieerd als de wederrechtelijke aanval op iemands reputatie door opzettelijke bekendmaking van minachting of geringschatting.[236] Zulks kan uitgedrukt worden via een waardeoordeel,[237] maar ook ware feitelijke mededelingen en mededelingen die een 'berechtigtes Interesse' dienen, kunnen eronder vallen. Daarvoor dient wel teruggegrepen te worden op de §§ 192 en 193 StGB, welke bepalen dat die rechtvaardigingsgronden niet uitsluiten dat iemand strafbaar is in verband met de vorm, de verspreiding of de overige omstandigheden van de belediging.[238] De uitspraak dient verder voor kennisneming door anderen bestemd te zijn. Daaruit volgt dat § 185 StGB ook toepasselijk is op feitelijke mededelingen gedaan ten overstaan van de beledigde zelf, hoewel die wijze van belediging niet onder § 186 of § 187 StGB te scharen

230 Vergelijk over dit alles Larguier/Larguier 1994, p. 107-108, en Bilger/Prévost 1990, p. 69.

231 Dejean de la Bâtie 1989, no. 65. Zie ook Lindon, D. 1985, Chron. 61.

232 Zie Civ. 2e, 19 janvier 1994, D. 1995, Somm. 268 (note Massis).

233 Grondrechtelijk gezien treedt de uitingsvrijheid terug bij schending van iemands 'menschenwürde' (Art. 1 GG) en bij smaad of 'Formalbeleidigung'. Voor het overige is een afweging nodig waarbij een vermoeden voor de meningsvrijheid spreekt als er een publiek belang gediend wordt, zie BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324, en Grimm, NJW 1995, p. 1703. Op mogelijke inbreuken op het 'Recht am Gewerbebetrieb' door middel van waardeoordelen ga ik hier niet verder in, zie noot 284; Kötz 1998, Rdn. 714 e.v., en bijvoorbeeld BGH NJW 1997, 2593.

234 § 185 StGB luidt: Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

235 RGRK (Steffen), § 823, Rdn 551.

236 Dreher/Tröndle 1995, § 185, Rdn. 1; Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 8.

237 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 5. Ook vragen zijn 'waardeoordelen', nu deze nooit onjuist kunnen zijn, maar naar de juistheid informeren, zie BVerfG NJW 1992, 1442, op p. 1443-1444.

238 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 20, 28, 32, en 42. In die gevallen moet de dader wel een 'Beleidigungsabsicht' hebben, hetgeen wil zeggen dat het gevolg doelgericht nagestreefd werd. Dit is een zwaardere schuldvorm dan opzet, zie *ibid.*, Rdn. 28.

is.[239] Naar de hoofdregel dient de eiser te bewijzen dat de 'Schutzgesetz' geschonden is.[240]

3.2 Schade

Met betrekking tot het schadevergoedingsrecht kan op deze plaats voor alle rechtsstelsels volstaan worden met een verwijzing naar paragraaf 2.2 én de opmerking dat naar *Duits* recht § 185 StGB hetzelfde regime kent als § 186 StGB zoals daar beschreven.

3.3 Causaal verband

Met betrekking tot de causaliteit kan voor *Nederland* en *Engeland* volstaan worden met een verwijzing naar paragraaf 2.3. Met betrekking tot het *Franse* recht is nog van belang dat het bij 'injure' volstaat dat de belediging een 'caractère personnel et directe' had .[241] Het bewijsrisico rust overigens gewoon op de eiser.

De algemene 'Beweiserleichterung' naar *Duits* recht, zoals in paragraaf 2.3 beschreven, komt ook voor toepassing in aanmerking indien § 185 StGB als grondslag van de vordering dient. In dit geval dient echter wel causaal verband in de gebruikelijke zin des woord vastgesteld te worden. De enkele 'Eignung' de schade te kunnen veroorzaken, is blijkens de tekst van § 185 StGB niet voldoende.

3.4 Toerekening (schuld)

Met betrekking tot het schuldvereiste verwijs ik voor het *Nederlandse*, *Engelse* en *Franse* recht naar paragraaf 2.4, terwijl ten aanzien van het *Duitse* recht alleen nog vermeld dient te worden dat § 185 StGB opzet vereist. Voorwaardelijke opzet is daarbij voldoende.[242] Het bewijsrisico rust naar de hoofdregel op de eiser. De eerder al behandelde algemene bewijsrisicoverlichtingen (alleen 'Verschulden' met betrekking tot de schending van de norm nodig; 'Verschulden' geïndiceerd indien de schending vaststaat) die bij § 823 Abs. II BGB toepasselijk zijn, kunnen echter ook in dit geval toegepast worden.[243]

239 Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 5.
240 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 38.
241 Larguier/Larguier 1994, p. 108.
242 Dreher/Tröndle 1995, § 185, Rdn. 23.
243 Daarover Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 38 e.v.

3.5 Disculpatie

Over het *Nederlandse* recht zijn hier geen nieuwe inzichten te melden. Dat ook het *Engelse* recht betekenis toekent aan het onderscheid tussen feiten en waardeoordelen,[244] bewijst de rechtvaardigingsgrond van 'fair comment' die in bepaalde gevallen ingeroepen kan worden als verweer tegen een vordering op basis van 'defamation'. De gedaagde is niet aansprakelijk als hij bewijst dat de mededeling 'a fair comment (is) on a matter of public interest'. Daarmee zijn ook de drie benodigde elementen gegeven: het moet gaan om 'comments' en derhalve niet om feiten, over zaken van publiek belang, terwijl het commentaar bovendien 'fair' is.[245] Daarbij dient wel nog vermeld te worden dat de 'comment' gebaseerd dient te zijn op 'true facts'.[246] Het bewijsrisico ten aanzien van dit verweer rust op de gedaagde.[247] Als deze in dat bewijs geslaagd is, is het aan de eiser om de rechtvaardiging te ontkrachten door 'malice' aan te tonen.[248] Overigens, ook de rechtvaardigingsgrond van 'justification' is soms in te roepen ten opzichte van 'comments', namelijk door een aantal feiten te bewijzen waaruit volgt dat het commentaar goed gefundeerd was.[249]

Naar *Frans* recht staat ten aanzien van 'injure' de 'exceptio veritatis' niet open,[250] maar er is wel een andere rechtvaardigingsgrond mogelijk. Een tweede verweer naast dat van de 'bonne foi' (zie par. 2.5) is namelijk dat er sprake was van een 'provocation' door het slachtoffer (art. 33 al. 2 Loi 1881). Indien de verdachte daarop reageerde met een 'injure' kan dat gerechtvaardigd zijn, ook als er enig tijdsverloop tussen de provocatie en de 'injure' zat. De provocatie moet wel 'injuste' zijn geweest.[251] Het bewijsrisico rust, zoals gebruikelijk bij een verweer, op de gedaagde.

Tegen een vordering op basis van § 185 StGB is naar *Duits* recht aan te voeren dat de dader handelde ter 'Wahrnemung berechtigter Interessen'.[252] Zodoende is ook hier een afweging van de belangen van beide partijen nodig. De hiervoor (par.

244 Zie uitvoerig *Telnikoff* v. *Matusevitch* [1991] 4 All ER 817, en Young, OJLS 2000, p. 89 e.v.

245 Zie hierover Winfield & Jolowicz 1998, p. 421 e.v., en Gatley 1998, 12.1 e.v., en over het vereiste van 'fairness' ook *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 615.

246 *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961, op p. 1005; Winfield & Jolowicz 1998, p. 424; Markesinis/Deakin 1999, p. 627; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-146; Young, OJLS 2000, p. 91 en 107.

247 Vergelijk *Telnikoff* v. *Matusevitch* [1991] 4 All ER 817, op p. 824; Winfield & Jolowicz 1998, p. 426; Cane 1997, p. 135; Gatley 1998, 12.21.

248 *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 615; *Telnikoff* v. *Matusevitch* [1991] 4 All ER 817, op p. 824-825 en 827; Cane 1997, p. 34, 35 en 135; Gatley 1998, 16.1 en 32.28; Winfield & Jolowicz 1998, p. 427; Markesinis/Deakin 1999, p. 630.

249 Gatley 1998, 11.5; Clerk & Lindsell (Mulholland) 1995, 21-81.

250 J-Cl. Resp. Civ. (Pierchon), Fasc. 435, no. 48; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1064; Bilger/Prévost 1990, p. 68.

251 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 1070; Bilger/Prévost 1990, p. 69-70.

252 Zie bijvoorbeeld BGHZ 36, 77, op p. 81, en Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 12.

2.5) besproken regels zijn van overeenkomstige toepassing. Indien dit beroep slaagt, vervalt de 'Rechtswidrigkeit'.[253] De gedaagde kan in bepaalde gevallen (zie par. 2.1.1) ook het bewijs van de waarheid van zijn feitelijke mededeling leveren, hetgeen hetzelfde gevolg met zich brengt.[254] Nu § 185 StGB in principe ziet op waardeoordelen, zal daaraan echter weinig gewicht toekomen. Als het waarheidsbewijs echter wel relevant is, rust het bewijsrisico op de gedaagde. Immers, de 'Rechtswidrigkeit' vervalt door dat bewijs en de onjuistheid van de mededeling is geen voorwaarde voor aansprakelijkheid op basis van § 185 StGB.

4 Privacyschendingen door middel van mededelingen

4.1 Onrechtmatigheid

Naar *Nederlands* recht verandert de beoordeling, doch niet de grondslag voor aansprakelijkheid, enigszins als een mededeling een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (privacy) van art. 10 Gw vormt.[255] Te denken valt aan het rondsturen van berichten met betrekking tot het strafrechtelijke verleden van een persoon.[256] Ook in zo'n geval dient voor de beoordeling van de onrechtmatigheid een belangenafweging plaats te vinden,[257] waarbij diverse omstandigheden zoals de hiervoor genoemde[258] meewegen, maar daarbij komen nog enkele andere, specifiekere omstandigheden. Te denken valt aan de aard en mate van intimiteit, en de persoon om wie het gaat,[259] alsmede zijn positie.[260] Ook de ernst van de inbreuk lijkt relevant te zijn.[261] Als illustratie van de moeilijkheden die bij het maken van een dergelijke belangenafweging kunnen spelen, kan het *Valkenhorst II*-arrest dienen. De Hoge Raad erkende daarin dat zowel aan het recht op respect voor het privé-leven als aan het recht op vrijheid van meningsuiting het *algemene*

253 Tenzij er een belediging naar de vorm van de uiting resteert, zie § 192 StGB.
254 Dreher/Tröndle 1995, § 190, Rdn. 1; Löffler/Ricker 1994, 53. Kap., Rdn. 12.
255 Het recht op privacy werd erkend in HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsvrouw). Zie over privacy en persoonlijke levenssfeer verder onder andere Kremer 1999, p. 103 e.v.; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1665 e.v.; Nieuwenhuis, RM Themis 2000, p. 204-205. Ik ga hier niet in op privacy-schendingen anders dan door mededelingen, publicaties en openbaringen.
256 Vergelijk Hof Den Haag 30 november 1972, NJ 1973, 190 (X./Y.).
257 Bulk 1998, p. 165; Kremer 1999, p. 113; Lindenbergh, TvP 1999, p. 1679-1680.
258 Zie par. 2.1.1, en Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 103.
259 Waarbij geldt dat 'hoge bomen veel wind vangen', zie onder andere Rb. Amsterdam 16 september 1998, NJ 1999, 439 (X./Lektuurbedrijven); Bulk 1998, p. 174 e.v., en Von Gerlach, JZ 1998, p. 741 e.v.
260 Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 104.
261 Bij een ernstige aantasting van een persoon is vergoeding van immateriële schade geboden, zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 nt. LWH (Naturistengids) en HR 1 november 1991, NJ 1992, 58 (K./Staat).

persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt.[262] De in gevallen als deze af te wegen grondrechten zijn derhalve beide terug te voeren op hetzelfde 'super-grondrecht'.[263]

Het is niet onaannemelijk dat in gevallen als deze (mede) aansluiting gezocht kan worden bij de regeling van het portretrecht in art. 21 Auteurswet (Aw) en de daarop gebaseerde jurisprudentie.[264] Het publiceren van een portret kan immers ook een inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer betekenen. Art. 21 Aw bepaalt dat de geportretteerde die geen toestemming tot publicatie gegeven heeft, zich tegen openbaarmaking kan verzetten indien hij een redelijk belang daarbij heeft. Het feit dat de geportretteerde een 'redelijk belang'[265] heeft, biedt echter geen absolute bescherming. Ook in dat geval is een belangenafweging op zijn plaats.[266] Daarbij dient vooral weer op de persvrijheid gelet te worden.

Deze belangenafweging verschilt niet van de belangenafweging zoals die gemaakt dient te worden bij andere botsingen van grondrechten, zoals bijvoorbeeld bij mededelingen.[267] Er dient dus nagegaan te worden welk van de belangen in casu zwaarder weegt.[268] Uit dit alles volgt dat de regels met betrekking tot portretten en, analoog daaraan, met betrekking tot inbreuken op iemands privacy, in wezen dezelfde zijn als die met betrekking tot de schending van iemands reputatie. Daarbij bestaat overigens wel dit grote verschil dat bij de vraag of er sprake was van een inbreuk op iemand privacy, de juistheid of onjuistheid van de gedane uitspraak niet centraal staat, zoals dat wel het geval is bij mededelingen die al dan niet iemands reputatie geschonden hebben.

Als er wellicht sprake is van een inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer, zal, analoog aan de regeling van art. 21 Aw, de eiser het bewijsrisico ten aanzien van de onrechtmatigheid (de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, ofwel: het redelijke belang) dragen.[269] Daarbij dient aangetekend te worden dat de redelijkheid

---

262 Zie HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 nt. WH-S (Valkenhorst II), en daarover Verheij, RM Themis 1998, met name p. 344-346, die aangeeft dat deze uitspraak in potentie verstrekkend is. Het algemene persoonlijkheidsrecht wordt ook opgevoerd in HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.), r.o. 5.10.

263 De term is overgenomen van Verheij, RM Themis 1998, p. 345.

264 In die zin Schuijt, Informatierecht/AMI 1996, p. 29 e.v., alsmede HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 nt. EAA (Driessen/Van Gelder), in r.o. 3.3.2. Art. 21 Aw sluit weer aan bij de jurisprudentie inzake feitelijke mededelingen, zie Záborsky-van Boxtel, Mediaforum 1996, p. 7.

265 Zie HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 nt. LWH (L./De Geillustreerde Pers): een redelijk belang is aanwezig indien openbaarmaking een inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer maakt. Zo'n inbreuk ligt voor indien een ander het portret voor commerciële doelen gebruikt, zie HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 nt. DWFV (M./Bios). Vergelijk ook Spoor/Verkade 1993, p. 272 e.v. en p. 278 e.v.

266 Zie HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 nt. DWFV (Ferdi E.). Vergelijk Schuijt, NJB 1996, p. 342. Een belangenafweging is niet nodig indien de eiser geen redelijk belang heeft.

267 Over dit alles HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 nt. DWFV (Ferdi E.).

268 Een commercieel belang 'verliest' in beginsel van de persoonlijke levenssfeer, zie HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 nt. DWFV (M./Bios).

269 Lindenbergh, TvP 1999, p. 1680. Zie ten aanzien van art. 21 Aw, Spoor/Verkade 1993, p. 288, en Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 136. Het bewijsrisico met betrekking tot de eventueel gegeven toestemming rust op de gedaagde, zie Hof Amsterdam 16 november 1995, te kennen uit

van een belang niet echt te bewijzen is, maar afhankelijk is van een waardering door de rechter. Bovenstaande komt dan ook veeleer hierop neer dat de eiser de feiten die ten grondslag liggen aan dat belang, zal moeten bewijzen.[270] Als het publiceren van een foto voor reclame-doeleinden in principe een inbreuk op de privacy van de afgebeelde oplevert, zal deze bijvoorbeeld moeten aantonen dat de foto louter met dat doel gepubliceerd werd en er geen nieuwswaarde aan verbonden was.[271] Tot slot wijs ik er nog op dat het systeem van de bewijsrisico-verdeling per omstandigheid uit de belangenafweging eventueel ook hier toegepast zou kunnen worden (zie par. 2.1.2). Dat zou in het gegeven voorbeeld hierop neerkomen dat de gedaagde dient te bewijzen dat publicatie van de foto dient ter informatie van het publiek en niet alleen als reclame.

Het *Engelse* civiele recht kent geen specifieke 'tort' ter bescherming van iemands privacy.[272] Diverse van de in paragraaf 2.1.1 behandelde 'torts', waarnaar ik hier verwijs, worden ingeroepen, maar vaak echter zonder veel succes.[273]

Indien naar *Frans* recht geklaagd wordt over de schending van iemands privacy, kan de vordering gebaseerd worden op art. 9 al. 1 Cc: 'Chacun a droit au respect de sa vie privée.'[274] Een inbreuk op dit subjectieve recht betekent dat er onrechtmatig gehandeld is. Het aantonen van de inbreuk is dus voldoende om de onrechtmatigheid (en zelfs aansprakelijkheid) te kunnen aannemen. Het is niet vereist dat er een 'faute' in de gebruikelijke betekenis van art. 1382 Cc aangetoond wordt: 'la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre le droit à réparation.'[275] In dit soort gevallen gaat de rechter dus voorbij aan de vraag of er onzorgvuldig gehandeld werd, zolang er maar van een inbreuk sprake is. Het staat de eiser overigens vrij zijn vordering te baseren op art. 9 Cc, op art. 1382 Cc of op beide grondslagen.[276]

HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 (M./Bios).

270 Spoor/Verkade 1993, p. 288. Onrechtmatige Daad VII (Schuijt), aant. 110, lijkt te suggereren, voor inbreuken los van art. 21 Aw, dat zulke feiten door de gedaagde aannemelijk te maken zijn.

271 Het voorbeeld is ontleend aan HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 nt. DWFV (M./Bios).

272 Zie hiervoor noot 2, en verder onder andere Gatley 1998, 21.9 en 21.11; Mason, Fleming-bundel 1998, p. 24; Winfield & Jolowicz 1998, p. 464; Cane 1997, p. 71.

273 Vergelijk Gatley 1998, 21.11 e.v., die ook nog op de Protection from Harassment Act 1997 wijst, en Markesinis/Deakin 1999, p. 647 e.v., alsmede Markesinis, MLR 1990, p. 802 e.v., die aangeeft dat 'defamation' hier niet voldoende werkt (p. 808). Zo ook Cane 1997, p. 71.

274 Daarbij dient aangetekend te worden dat privacy naar Frans recht slechts één voorbeeld is uit het scala van persoonlijkheidsrechten, waartoe bijvoorbeeld ook iemands reputatie, het recht op iemands naam en het portretrecht horen, zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 806 en 773 e.v. Ik zal me hier beperken tot privacy.

275 Aldus Civ. 1re, 5 novembre 1996, JCP 1997, éd. G., II, 22805 (note Ravanas), bevestigd in Civ. 1re, 25 février 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 148. Eerder al Cornu 1994, no. 518; Vergelijk ook Danjaume, JCP 1996, éd. G., I, 3895, p. 6; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 786; Viney, JCP 1997, éd. G., I, 4025, p. 237, en Kayser 1995, no. 70. Het bewijs is hierdoor makkelijker te leveren, zie Viney/Jourdain 1998, no. 449.

276 Zie CA Paris, 6 mars 1998, D. 1999, Somm. 166 (note Massis); Jourdain in zijn noot onder Civ. 1re, 5 novembre 1996, in D. 1997, Somm. 289; Kayser, Marty-bundel 1978, p. 742.

De beslissende vraag luidt derhalve of er sprake is van een inbreuk op het 'vie privée' van een ander. Wat privacy is, is lastig te bepalen. Vast staat wel dat het de 'intimiteit van het privé-leven' is die beschermd wordt. Daarbij kan 'privé' eigenlijk alleen bepaald worden in vergelijking met het 'publieke' leven van een persoon.[277] Een inbreuk op iemands privacy, die door middel van een belangenafweging te beoordelen is,[278] kan zich dan echter nog steeds in vele gedaanten voordoen.[279] Een enkel voorbeeld moge hier volstaan: er is sprake van een inbreuk indien iemand vertelt over de scheiding van een ander, indien iemand een adres van een ander openbaart of indien iemand onthult dat een ander een bepaalde ziekte heeft.[280] Ook (laten) onderzoeken of iemand op een nieuw adres woont, vormt een inbreuk.[281] Het geven van inlichtingen van puur financiële aard, zonder toespeling richting een bepaalde persoon, vormt echter geen inbreuk.[282]

Bewijsrechtelijk is van belang dat de rechter dient te bepalen of er sprake was van een inbreuk op iemands privacy. Echt bewijsbaar is dat natuurlijk niet. Het gaat om een kwalificatie door de rechter. Voor zover er sprake kan zijn van een bewijsrisico, bijvoorbeeld met betrekking tot de feiten die de rechter tot deze overtuiging zouden kunnen leiden, rust dat naar de hoofdregel op de eiser. Dat bewijs is vrij makkelijk te leveren, omdat het aantonen van de inbreuk volstaat.[283]

In *Duitsland* bestaan er bij schending van iemands privacy twee[284] mogelijke grondslagen voor aansprakelijkheid, die overigens deels dezelfde zijn als de hiervoor behandelde.[285] Het is namelijk mogelijk dat 'kwaadsprekerij' in de zin van § 186 StGB, dus door middel van een feitelijke mededeling, een schending

277 Cornu 1994, no. 512 en 516.

278 Vergelijk Kayser 1995, no. 182-1.

279 Bij de vraag of er sprake is van een inbreuk dient er rekening mee gehouden te worden of de aangesprokene een publiek figuur is of niet. 'Hoge bomen' hebben meer te dulden vergelijk Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 789. Ze zijn echter niet 'vogelvrij', zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 5 mars 1997, D. 1998, 474 (note Ravanas).

280 Voor deze en andere voorbeelden, zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 788.

281 Zie Civ. 1re, 6 mars 1996, D. 1997, Jur. 7 (note Ravanas). Vergelijk ook Kayser 1995, no. 67.

282 Civ. 1re, 28 mai 1991, D. 1992, Jur. 213 (note Kayser) en Civ. 1re, 20 octobre 1993, D. 1994, Jur. 594 (note Picod). Vergelijk Kayser 1995, no. 189.

283 Zie Jourdain in zijn noot onder Civ. 1re, 5 novembre 1996, D. 1997, Somm. 289.

284 Ik ga hier voorbij aan het 'Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb' dat erkend is als 'sonstiges Recht' in de zin van § 823 Abs. I BGB. Dit recht, dat dient ter bescherming tegen vermogensschade (BGHZ 86, 152, op p. 154), kan alleen in beeld komen wanneer het gaat om het openbaren van waardeoordelen of ware feitelijke mededelingen, omdat onjuiste feitelijke mededelingen onder § 824 BGB vallen. Het bepalen van de 'Rechtswidrigkeit' is hierbij afhankelijk van een belangenafweging, zie BGHZ 45, 296, op p. 307. Vergelijk verder Larenz/Canaris 1994, p. 538 e.v., en RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 36 e.v.

285 Het verschil tussen privacy en reputatie is naar Duits recht niet echt groot, zie hierna. Een verschil bestaat wel in die zin dat het hierna te behandelen 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' niet altijd vereist dat iemands reputatie ook geschonden is, zie Larenz/Canaris 1994, p. 499; RGRK (Dunz), § 823 Anh. I, Rdn. 5. Andersom kan een reputatieschending ook via § 823 Abs. I BGB tegengegaan worden, zie Larenz/Canaris 1994, p. 500-501, en BGHZ 95, 212.

van iemands 'Persönlichkeitsrecht' (waarover zo meteen meer) oplevert, hetgeen dan via § 823 Abs. II BGB tot schadevergoeding kan leiden.[286]

De tweede grondslag voor aansprakelijkheid is § 823 Abs. I BGB, omdat het Bundesgerichtshof sinds het 'Schachtbrief-Urteil'[287] het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' als 'sonstiges Recht' in de zin van die bepaling erkend heeft. Dat persoonlijkheidsrecht wordt wel gedefinieerd als het recht op inachtneming en onschendbaarheid van de persoon in zijn directe bestaan en in zijn verschijningsvormen.[288] Het behelst onder andere het recht om met rust gelaten te worden en het recht op vrije ontplooiing.[289] De erkenning ervan werd ingegeven doordat de naoorlogse Duitse Grondwet in Art. 1 Abs. I en Art. 2 Abs. I GG de bescherming van de persoonlijkheid op de voorgrond zette.[290] Het algemene persoonlijkheidsrecht in de zin van § 823 Abs. I BGB is een zogenaamd 'Auffangtatbestand' ten opzichte van de wettelijk erkende vormen van persoonlijkheidsbescherming, zoals § 22 Kunsturhebergesetz (de Duitse Auteurswet). Dat wil zeggen dat § 823 Abs. I BGB niet toegepast kan worden als de bijzondere bepaling toepasselijk is.[291] Door middel van het algemene persoonlijkheidsrecht wordt zowel tegen waardeoordelen als tegen feitelijke mededelingen bescherming geboden, ongeacht de juistheid of onjuistheid ervan.[292]

Teneinde te bepalen of het 'Tatbestand' vervuld is[293] en een 'rechtswidrige Verletzung' aanwezig is, is een 'Güter- und Interessenabwägung' nodig,[294] tenzij het om een onjuiste feitelijke mededeling gaat, want die worden niet grondwettelijk beschermd.[295] Dat betekent dat de 'Rechtswidrigkeit' *niet* geïndiceerd is zoals dat

286 Zie BGHZ 95, 212, op p. 214. Ook voor § 185 StGB geldt dat, zie RGRK (Dunz), § 823 Anh. I, Rdn. 44. De vergoeding van immateriële schade is hierbij wel gebonden aan de regels die gelden indien een beroep op § 823 Abs. I BGB gedaan wordt, zie par. 2.2 en Larenz/Canaris 1994, p. 497.

287 BGHZ 13, 334, op p. 338. Zie ook BGHZ 24, 72; Kötz 1998, Rdn. 626 e.v.

288 Deutsch 1995, Rdn. 204, en uitvoerig, Müller, VersR 2000, p. 797 e.v.

289 Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 177. De 'Achtung der Privatsphäre' vormt dus slechts een deel van het grotere 'allgemeines Persönlichkeitsrecht', zie BGHZ 131, 332, op p. 337; Von Gerlach, JZ 1998, p. 744.

290 Zie Kötz 1998, Rdn. 90-92; Larenz/Canaris 1994, p. 492; Deutsch, AcP 1992, p. 162; Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 105.

291 Zie Kötz 1998, Rdn. 628-629, en Larenz/Canaris 1994, p. 496-497, die dit overigens niet aanvaardt, omdat § 823 Abs. I BGB de bescherming ook in dit soort gevallen uitbreidt (bijvoorbeeld immateriële schade toekent).

292 Zie Von Gamm, NJW 1979, p. 513 e.v., op p. 514; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 22 en 30, en zeer instructief BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324. Het verschil kan van belang zijn bij de belangenafweging, zie hierna. Het bewijsrisico ten aanzien van de (on)juistheid van de feiten rust op de eiser, zie Leipold, FS Hubmann 1985, p. 272.

293 Hetgeen bij een inbreuk ten nadele van het slachtoffer het geval is, Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 183.

294 Onder andere BGHZ 13, 334, op p. 338; BGHZ 24, 72, op p. 80; BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324; Kötz 1998, Rdn. 630; Deutsch 1995, Rdn. 205; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 3. 'Rechtswidrigkeit' is gegeven indien die 'aus der zu mißbilligenden Art der Schädigung abzuleiten' is, zie BGHZ 45, 296, op p. 307.

295 Zweigert & Kötz 1998, p. 692; BGH GRUR 1975, 89, op p. 92; BVerfG NJW1999, 1322, op p. 1324 (met uitzonderingen); BVerfG VersR 2000, 778, op p. 779; Seyfarth, NJW 1999, p. 1290.

normaal wel het geval is als het 'Tatbestand' vervuld is.[296] Door middel van deze afweging worden de belangen van slachtoffer en dader gediend, waarbij ook het eventuele behartigen van een gerechtvaardigd belang meegewogen wordt.[297] Omstandigheden die bij deze afweging meespelen, zijn onder andere: welke sfeer van de benadeelde getroffen is, de ernst van de inbreuk, het gedrag van de benadeelde zelf, het doel, en de aard en de wijze van de ingreep.[298] Schendingen van iemands privacy zijn bijvoorbeeld het vervalsen van iemands uitspraken, het gebruiken van illegaal verkregen informatie, discrimineren en het binnendringen in iemands persoonlijke bereik[299] door bijvoorbeeld in het geheim te filmen of geluid op te nemen.[300] Ook het zonder distantiëring herhalen van wat een ander zegt, kan onrechtmatig zijn.[301]

Met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling volgt het algemene persoonlijkheidsrecht de regeling zoals die in het algemeen geldt bij § 823 Abs. I BGB, met dien verstande dat de 'Rechtswidrigkeit' positief vastgesteld dient te worden. Het bewijsrisico ten aanzien van de inbreuk op het persoonlijkheidsrecht rust derhalve op de eiser.[302] Indien eventueel bewijsvoering ten aanzien van de juistheid van de feiten nodig is, dient ook dat bewijs door de eiser geleverd te worden. In zo'n geval rust op de gedaagde wel een 'erweiterte Darlegungspflicht'.[303]

4.2 Schade

Voor een overzicht van het *Nederlandse* recht verwijs ik opnieuw naar paragraaf 2.2. Ik wijs er wel nog expliciet op dat een ernstige persoonsaantasting recht geeft op vergoeding van smartengeld.[304] Met betrekking tot het *Franse* recht geldt dat bij een (bewezen) inbreuk op art. 9 Cc ervan wordt uitgegaan dat er (immateriële)

---

296 Lepa 1988, p. 29-30; Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 20; Deutsch, AcP 1992, p. 163, en Larenz/Canaris 1994, p. 498-500, die overigens opmerkt dat het verschil ten opzichte van het normale model veelal niet erg groot is en dat het doen van mededelingen onder die categorie valt waarbij de 'Rechtswidrigkeit' wél geïndiceerd is, *ibid.*, p. 500 en 518.

297 Deutsch 1995, Rdn. 205. Dat laatste element ziet op de eventuele 'Wahrnemung berechtigter Interessen', waarover par. 2.5 handelde.

298 Vergelijk Palandt/Thomas 1995, § 823, Rdn. 185-194. Hierbij verdient nog opmerking dat als aan de nodige zorgvuldigheidseisen voldaan is, de uitingsvrijheid regelmatig voorrang heeft, zie BGH VersR 2000, 327, op p. 328.

299 Men onderscheidt de intieme sfeer, de individuele sfeer en de private sfeer, zie RGRK (Dunz), § 823 Anh. I, Rdn. 13 e.v.; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 7-18. De intieme sfeer krijgt vrijwel absolute bescherming, zie BGH VersR 1999, 1250, op p. 1251; Müller, VersR 2000, p. 799.

300 Zie Larenz/Canaris 1994, p. 499-512; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 6-36.

301 Zie BGHZ 132, 13, op p. 18-19.

302 Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 43; Deutsch, AcP 1992, p. 178; Lepa 1988, p. 30; Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 1, 3, 6 en 20.

303 Zie par. 2.1.1, en BVerfG NJW 1980, 2070; BGH NJW 1974, 1710, op p. 1711; Larenz/Canaris 1994, p. 500, en p. 711.

304 Zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 nt. LWH (Naturistengids), en HR 1 november 1991, NJ 1992, 58 (K./Staat), en hiervoor noot 102.

schade geleden is. De eiser hoeft dan niet in concreto te stellen en bewijzen dat hij schade geleden heeft.[305]

Indien naar *Duits* recht de vordering gebaseerd wordt op een schending van het algemene persoonlijkheidsrecht, zijn ten aanzien van de vergoeding van de immateriële schade,[306] waarover het in dit soort gevallen veelal zal gaan, een aantal bijzondere regels ontwikkeld. Dat was nodig, omdat de wettelijke bepaling die de immateriële schadevergoeding regelt (§ 847 BGB), niet de mogelijkheid biedt om in dit soort gevallen immateriële schade te vergoeden, terwijl § 253 BGB bepaalt dat alleen in de door de wet geregelde gevallen zo'n vergoeding mogelijk is.[307] Dit probleem heeft het Bundesgerichtshof opgelost door het slachtoffer een niet in de wet geregelde aanspraak op vergoeding ('Geldentschädigung') - eerst analoog aan § 847 BGB, en later direct gebaseerd op de artt. 1 en 2 GG - toe te kennen.[308] Het Hof meent dat de bescherming van het persoonlijkheidsrecht zonder deze aanspraak illusoir zou worden.[309] Er werd daarbij in eerste instantie aangehaakt bij de genoegdoeningsfunctie van deze vorm van schadevergoeding, maar sinds de *Caroline van Monaco*-uitspraken wordt er ook gewezen op het preventiedoel en is de hoogte van de vergoeding aanzienlijk gestegen.[310]

Teneinde niet aan die doelen voorbij te schieten, is voor toekenning van een vergoeding wel vereist dat er een zware inbreuk gepleegd is en dat de inmenging niet op andere wijze ongedaan te maken is.[311] Of een inbreuk 'zwaar' is, is

---

305 Civ. 1re, 5 novembre 1996, JCP 1997, éd. G., II, 22805 (note Ravanas), en Jourdain in zijn noot onder dat arrest in D. 1997, Somm. 289. Zie ook Cornu 1994, no. 518; Viney/Jourdain 1998, no. 257; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 786. De vergoeding dient er echter wel op gericht te zijn de schade weg te nemen, deze mag niet 'straffend' werken, zie CA Paris, 26 avril 1983, D. 1983, Jur. 376 (note Lindon).

306 De vergoeding van materiële schade, waartoe schending van het persoonlijkheidsrecht ook kan leiden, levert geen bijzonderheden op, zie BGH NJW 2000, 2195, op p. 2197 en 2200, en Prinz, NJW 1995, p. 820. Het bewijsrisico ligt bij de eiser, zie Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 30.

307 Zie over het navolgende onder andere Kötz 1998, Rdn. 639 e.v.; Seifert, NJW 1999, p. 1889 e.v.; (zeer kritisch) Lange, VersR 1999, p. 274 e.v.; Müller, VersR 2000, p. 798-799, 800-801 en 802-804, en Van Schaik, Mediaforum 1999, p. 171-172.

308 Zie BGHZ 26, 349, op p. 356; BGHZ 128, 1, op p. 15; BGH NJW 1995, 984, op p. 985. § 253 BGB werd terzijde gesteld als zijnde in zoverre 'Verfassungswidrig', zie BGHZ 35, 363, op p. 367. In de *Soraya*-uitspraak is het Bundesverfassungsgericht akkoord gegaan met deze rechtspraak, zie BVerfG 34, 269, op p. 285. De 'Geldentschädigung' is strikt dogmatisch gezien geen vergoeding van smartengeld, al verschillen beide eigenlijk niet, zie nader Lange, VersR 1999, p. 275 en 281.

309 Bijvoorbeeld BGHZ 35, 363; BGHZ 128, 1, op p. 15; BGH NJW 1996, 984, op p. 985. Het Bundesverfassungsgericht heeft deze rechtspraak in stand gelaten, zie BVerfG VersR 2000, p. 897, op p. 898.

310 BGHZ 128, 1, op p. 15; BGH NJW 1996, 984, op p. 985; BGH NJW 1996, 985, op p. 987. Zie verder Prinz, NJW 1996, p. 953 e.v.; Seitz, NJW 1996, p. 2848 e.v., en Soehring, NJW 1997, p. 372, en BVerfG VersR 2000, p. 897, op p. 898. De gemaakte winst dient als factor mee te spelen bij berekening van de hoogte van de vergoeding, zie BGHZ 128, 1, op p. 16; BGH NJW 1996, 984, op p. 985. Het winststreven van de gedaagde is ook als rechtvaardiging voor deze vergoeding van belang, zie bijvoorbeeld BVerfG VersR 2000, p. 897, op p. 898.

311 Zie onder andere BGHZ 35, 363, op p. 369; BGHZ 128, 1, op p.12; BGH NJW 1996, 985, op p. 986. Dat zal bij een inbreuk op het recht 'am eigenes Bild' steeds het geval zijn, zodat de voorwaarden daar minder zwaar zullen zijn, zie BGH NJW 1996, 985, op p. 986. Vergelijk hierover

afhankelijk van de uitwerking ervan op het slachtoffer en van de beweegredenen en de schuldgraad bij de dader.[312] Of het reeds toegewezen zijn van een vordering tot 'Widerruf' voldoende is als wijze van ongedaanmaking, is afhankelijk van de omstandigheden. Dat is echter niet het geval als de inbreuk 'besonderes gravierend' is.[313] Een aanspraak op vergoeding is niet uitgesloten als niet zeker is of het feit juist was of niet, maar die omstandigheid speelt wel mee bij bepaling van de zwaarte van de inbreuk.[314] Met betrekking tot het bewijsrisico geldt dat deze soort schade niet bewezen hoeft te worden.[315] Wel dient vast te staan dat aan de extra voorwaarden voldaan is. Daarvoor draagt de eiser het bewijsrisico.[316] Datzelfde geldt voor de omvang van de schade; deze dient de eiser te bewijzen. Daarbij geldt wel de bewijsverlichting van § 287 ZPO.[317]

4.3 Causaal verband

Naar *Nederlands* recht is het causale verband in deze gevallen onderworpen aan de regels zoals uiteengezet in par. 2.3. Bij een vordering naar *Frans* recht op basis van art. 9 Cc zal met de inbreuk ook het causale verband gegeven zijn. Immers, in zo'n geval wordt verondersteld dat er schade geleden is, hetgeen met zich brengt dat ook het causale verband verondersteld wordt. Als dat niet zo zou zijn, zou immers alsnog het bewijs van het bestaan van schade (om het bewijs van het verband tussen daad en schade te kunnen leveren) geleverd moeten worden, hetgeen nu juist niet vereist is.[318] Naar *Duits* recht dient bij een vordering op basis van § 823 Abs. I BGB causaal verband te bestaan tussen de handeling en de inbreuk op de privacy van het slachtoffer. Er doen zich daarbij geen bijzonderheden voor; het bewijsrisico ligt bij de eiser.[319]

---

ook Steffen, NJW 1997, p. 10 e.v., die er op wijst (p. 12) dat de hoogte van de vergoeding in toom gehouden moet worden teneinde Art. 5 GG niet te schenden (zo ook BGHZ 128, 1, op p. 16).

312 Onder andere BGHZ 128, 1, op p. 12; BGH NJW 1996, 985, op p. 986.

313 BGHZ 128, 1, op p 13; Larenz/Canaris 1994, p. 495. Commerciële doelen nastreven wordt afgestraft, zie BGHZ 35, 363, op p. 369, en BVerfG VersR 2000, p. 897, op p. 898.

314 BGHZ 132, 13, op p. 27.

315 Baumgärtel/Laumen 1991, § 847, Rdn. 1.

316 Löffler/Ricker 1994, 44. Kap., Rdn. 50.

317 Zie Baumgärtel/Laumen 1991, § 847, Rdn. 2, en eerder over die bepaling par. II.4. Het is voor de berekening van de hoogte van de vergoeding wel van belang om voldoende feiten te stellen, zie Müller, VersR 2000, p. 803.

318 Vergelijk mijn opmerkingen hierover in par. 2.3. Dat volgt ook uit Civ. 1re, 5 novembre 1996, JCP 1997, éd. G., II, 22805 (note Ravanas).

319 Löffler/Ricker 1994, 41. Kap., Rdn. 13; Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 7.

4.4 Toerekening (schuld)

Het *Nederlandse* recht kwam hiervoor (par. 2.4) al aan bod. Naar *Frans* recht is verwijtbaar handelen bij een inbreuk op iemands privacy niet vereist. De privacyschending op zichzelf volstaat om aansprakelijkheid aan te kunnen nemen (par. 4.1). Naar de (on)zorgvuldigheid van het gedrag van de dader wordt dus niet meer gevraagd.[320] De vordering naar *Duits* recht op basis van § 823 Abs. I BGB vereist wel 'Verschulden'. Daarbij is 'Fahrlässigkeit' voldoende. Dat wordt niet anders indien het algemene persoonlijkheidsrecht in het geding is.[321] Het uitgangspunt is dat de eiser het bewijsrisico draagt, maar als verlichting van die 'last' mag het gemis aan 'innere Sorgfalt' afgeleid worden uit het al vastgestelde gemis aan 'äußere Sorgfalt'.[322]

4.5 Disculpatie

Het *Nederlandse* recht is niet anders dan het hiervoor (par. 2.5) behandelde, waarnaar ik dan ook verwijs. Indien de gedaagde naar *Frans* recht een inbreuk op iemands 'vie privée' gemaakt heeft, resteren hem weinig verweermiddelen. Toestemming van het slachtoffer zou zo'n verweer kunnen zijn.[323] Naar de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dient de gedaagde te bewijzen dat die toestemming verleend werd. Verder is schadevergoeding alleen mogelijk wanneer het kwaad écht geschied is, hetgeen in dit kader wil zeggen dat de openbaarmaking het publiek bereikt moet hebben. De dader mag aantonen dat dat niet gebeurd is.[324]

De naar *Duits* recht op § 823 Abs. I BGB gebaseerde vordering wegens inbreuk op iemands persoonlijkheidsrecht kent als eventuele rechtvaardigingsgrond, naast de gebruikelijke disculpatiegronden zoals 'Mitverschulden', de al eerder genoemde 'Wahrnemung berechtigter Interessen' in de zin van § 193 StGB.[325] De daarbij vereiste beoordeling dient echter al verricht te worden bij de vraag of er sprake is van 'Rechtswidrigkeit'.[326] In die zin kan hier dan ook niet echt van

320 Vergelijk Cornu 1994, no. 518.
321 Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 68.
322 Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 26-28. Volgens Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 62, valt bij waardeoordelen de 'Verschulden'-toets samen met die naar de onrechtmatigheid en wederrechtelijkheid. In die zin ook Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 68.
323 Viney/Jourdain 1998, no. 577.
324 Cornu 1994, no. 518.
325 Vergelijk BGHZ 31, 308, op p. 312; Löffler/Ricker 1994, 42. Kap., Rdn. 65.
326 Deutsch, FS Klingmüller 1974, p. 60, stelt dat 'Tatbestand' en 'Rechtswidrigkeit' één geworden zijn als er waardeoordelen in het spel zijn, hetgeen ten aanzien van het 'Recht am Gewerbebetrieb' bevestigd is in BGHZ 65, 325, op p. 339, waarin gezegd wordt dat de belangenafweging op het niveau van het 'Tatbestand' moet plaatsvinden.

een rechtvaardigingsgrond gesproken worden.[327] Zoals eerder (par. 2.5) beschreven, is degene die zich op een gerechtvaardigd belang beroept, gehouden tot zorgvuldig handelen, dit in verband met het bijzondere nadeel dat openbaarmaking met zich brengt.[328] Het bewijsrisico ten aanzien van de vraag of de bedoelde 'Interesse' aanwezig was en of er zorgvuldig gehandeld werd, ligt, zoals we eerder zagen, bij de gedaagde.[329]

5 Bewijsrisicoverlichtingen en art. 10 EVRM

Een aantal elementen keerde in het voorgaande steeds terug. Zo is er in alle besproken rechtsstelsels op enig moment in het proces van aansprakelijkheidsvaststelling een belangenafweging noodzakelijk. Dat is hier relevant, omdat de rechter daarbij een grote waarderende rol toekomt, waardoor het niet snel tot een *non liquet* zal komen. Een ander gevolg daarvan is dat naar Duits recht de wederrechtelijkheid van een inbreuk niet, zoals gebruikelijk, verondersteld mag worden als het 'Tatbestand' vervuld is. Dat betekent een verzwakking van de positie van de eiser ten opzichte van de normale aansprakelijkheidsregels. Ten derde kan gewezen worden op het feit dat de 'invoering' van die belangenafweging samen is gegaan met de erkenning van privacy als een beschermenswaardig goed.

Bij de vaststelling van de schade wordt regelmatig gewerkt met de veronderstelling dat een inbreuk op iemands eer, reputatie of privacy op zijn minst enige immateriële schade met zich brengt. Specifiek bewijs van die schade, en daarmee van het causale verband, is dan niet nodig. In dat kader lijkt ook de erkenning in Duitsland van een (buitenwettelijk) recht op vergoeding van 'immateriële' schade gerechtvaardigd te zijn. De aansprakelijkheidsnorm zou anders gespeend zijn van een effectieve sanctie en dus effectloos blijven.[330]

Met betrekking tot de 'schuld' van de dader zijn het Nederlandse, Engelse en Franse recht redelijk tot zeer coulant.[331] In Duitsland gelden de gewone regels,

---

327 Vergelijk Von Gamm, NJW 1979, p. 514. De relevantie ervan is gelegen in de bewijsrechtelijke sfeer. Het bewijsrisico, voor zover van belang nu hier een kwalificatie door de rechter nodig is, ligt bij de gedaagde (rechtvaardigingsgrond) of de eiser (wederrechtelijkheid).

328 Zie BGHZ 31, 308, op p. 312-313.

329 Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 54. Anders: Von Gamm, NJW 1979, p. 514, die hierin geen rechtvaardigingsgrond ziet. Aan hem is toe te geven dat § 193 StGB hier niet hetzelfde werkt als bij § 186 StGB, waarbij vast staat dat het om een rechtvaardigingsgrond gaat. Immers, bij § 823 Abs. I BGB is het dienen van gerechtvaardigde belangen geen rechtvaardigingsgrond in eigenlijke zin, maar onderdeel van de rechtmatigheidstoets. Het is echter wel dat deel van die toets dat zeer gunstig kan uitwerken voor de gedaagde. Wellicht draagt hij dan ook op die grond het bewijsrisico.

330 Zo ook Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 107. Op het belang van regels die effectief benut kunnen worden, wijzen ook Zweigert & Kötz 1998, p. 687. Tegen deze Duitse oplossing is Lindenbergh, TvP 1999, p. 1698, die wel op het belang van de effectiviteit van de sanctie wijst (p. 1696), doch ten aanzien van vergoeding van smartengeld het oogpunt van compensatie voorop stelt (p. 1702).

331 Een vermoeden van schuld doorstaat de toets aan de grondrechten, zie Von Bar 1996, Rdn. 595.

waarbij soms zelfs (voorwaardelijke) opzet bewezen dient te worden. Dat iemand een gerechtvaardigd belang had om bepaalde informatie te openbaren, zal hij zelf moeten aantonen. Dat is in lijn met de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.

Een vraag die ook steeds terugkeerde, betreft het bewijsrisico met betrekking tot de (on)juistheid van de geopenbaarde feiten. Het al dan niet juist zijn van de feiten speelt een grote rol bij de te maken belangenafweging. Opvallend is dat elk van de hier behandelde rechtsstelsels ten minste één grondslag voor aansprakelijkheid kent waarbij het aan de gedaagde is om de juistheid van de mededeling te bewijzen. Of een dergelijke bewijsrisicoverdeling in verband met de vrijheid van meningsuiting nog wel door de beugel kan, is echter voorwerp van debat. In Duitsland heeft dat ertoe geleid dat de regeling die voorziet in waarheidsbewijs door de gedaagde, ingeperkt is. In Engeland beweegt men ook in die richting.

De vraag of het toegestaan is de gedaagde het bewijsrisico ten aanzien van de juistheid van zijn feitelijke mededeling op te dragen, dient mijns inziens bevestigend beantwoord te worden. In de Nederlandse context is daarbij van belang dat de uitingsvrijheid door een dergelijke regel niet *bij voorbaat* beperkt wordt (vergelijk art. 7 Gw), maar er *achteraf* eventueel een sanctie volgt indien de uiting onrechtmatig is gebleken.[332] Daarvan kan ook een preventieve werking uitgaan, dat geef ik direct toe,[333] maar een dergelijke vorm van 'toezicht' achteraf is wel in lijn met hetgeen naar Nederlands staatsrecht mogelijk is. Staatsrechtelijk gezien is iemand immers achteraf verantwoordelijk te houden voor wat hij geopenbaard heeft, zolang hij maar de mogelijkheid heeft gehad om tot openbaarmaking over te gaan. Wat niet mag, is dat een persoon bij voorbaat belemmerd wordt bij het uiten van zijn gedachten en gevoelens.[334] De mogelijke tegenwerping dat eventuele aansprakelijkheid achteraf gelijk staat (qua preventieve werking) aan maatregelen vooraf, kan in rechte niet opgaan, omdat in dat geval strafrechtelijke sanctionering achteraf ook ongrondwettig zou zijn, hetgeen ik niet zou willen verdedigen.[335]

De Nederlandse context is echter niet de enige relevante. Op basis van art. 10 EVRM kan immers ook een beperking van de uitingsvrijheid achteraf ontoelaatbaar zijn. Art. 6:162 BW leidt tot zo'n beperking, zeker als er ook nog een bewijsrisico-omkering aanvaard wordt.[336] Derhalve zal onderzocht moeten worden of een dergelijke beperking mogelijk is.[337] De beperking van de uitingsvrij-

332 Vergelijk Bulk 1998, p. 55.
333 Bulk 1998, p. 91. Vergelijk ook Loveland, ICLQ 1997, p. 574. Op basis van art. 120 Gw is toetsing of die beperking niet te ver gaat, niet mogelijk, vergelijk Bulk 1998, p. 45.
334 Zie Vermeulen 1992, p. 149; Bulk 1998, p. 35.
335 Zie Vermeulen 1992, p. 152.
336 Bulk 1998, p. 55-56, en 145.
337 Zie daarover uitgebreid Bulk 1998, p. 54-92.

heid door art. 6:162 BW is in elk geval voorzien bij wet,[338] en deze wet dient een legitiem doel, namelijk bescherming van de goede naam en de rechten van anderen.[339] De vraag die dan resteert, is of de beperking noodzakelijk was in een democratische samenleving. De belangrijkste vraag daarbij is of deze evenredig was aan het te dienen doel. Zulks dient op basis van een belangenafweging en per geval in zijn geheel bekeken te worden,[340] hetgeen in overeenstemming is met de werkwijze van de Nederlandse rechter op dit terrein. Bovendien heeft de nationale rechter hier een zekere mate van beoordelingsvrijheid.[341] Dat betekent dat algemene uitspraken over de vraag of een specifieke bepaling in strijd is met het EVRM, eigenlijk niet mogelijk zijn. Mijns inziens mag echter wel geconcludeerd worden dat het enkele feit dat het bewijsrisico met betrekking tot de juistheid van de feiten bij de gedaagde ligt, niet bij voorbaat in strijd is met de eisen van art. 10 EVRM.[342] In een recente 'dissenting opinion' van een drietal rechters van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt die opvatting expliciet bevestigd.[343]

6 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

Als wij de aandacht niet alleen op de bewijsrisicoverdeling richten, maar ook letten op de ontwikkelingen van het materiële aansprakelijkheidsrecht op dit terrein, komt het volgende beeld naar voren. Duidelijk is geworden dat hier de invloed van de

338 Vergelijk Dupont, NTBR 1997, p. 22, en Schuijt, noot onder EHRM 11 januari 2000, Mediaforum 2000, nr. 14 (News Verlag), op p. 89. Weifelend op dit punt is Bulk 1998, p. 92, omdat de wet ook een voldoende duidelijke norm moet stellen. Die duidelijkheid ontbrak in EHRM 25 november 1999, no. 2559/94 (nog niet gepubliceerd) (Hashman), maar daarin ging het om een preventieve beperking van de uitingsvrijheid, hetgeen aan zwaardere voorwaarden dient te voldoen.

339 Dupont, NTBR 1997, p. 22; Bulk 1998, p. 64 e.v.

340 Vergelijk EHRM 1 juli 1997, NJ 1999, 709 nt. EJD (Oberschlick II), r.o. 31; Bulk 1998, p. 90.

341 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 nt. EJD (Worm), r.o. 47.

342 Zo Bulk 1998, p. 91. Vergelijk ook mijn opmerkingen ten aanzien van het Franse recht in par. 2.5. Deze conclusie strookt met HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark), waarin de vraag aan de orde was of de bewijsrisico-omkering van art. 6:195 BW (bewijsrisico ten aanzien van juistheid van feiten in reclame-uiting rust op gedaagde) in strijd was met art. 10 EVRM. De Hoge Raad meende van niet. In de *Thorgeirson*-zaak gaf het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 25 juni 1992, Serie A, vol. 239, r.o. 65) weliswaar aan dat het feit dat de verdachte de juistheid van de feiten moest bewijzen, een onredelijke zo niet onmogelijke taak betrof, maar daaraan werden verder geen gevolgen verbonden. Juist op dit punt was er een 'dissenting opinion' van Gislason, die meende dat de veroordeling terecht was omdat de verdachte tot publicatie was over gegaan zonder 'supporting evidence or other justification'. In EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 nt. EJD (Fressoz), r.o. 54, gaat het Hof ervan uit dat een accurate feitelijke basis vereist is voor bescherming door art. 10 EVRM. Daaruit lijkt ook te volgen dat degene die de uiting openbaarde, zulks zal moeten aantonen.

343 Zie de minderheidsmening van Palm, Fuhrmann en Baka bij EHRM 20 mei 1999, Mediaforum 1999, nr. 43 (Bladet Tromso), die ook nog aangeven dat als de gedaagde geen kans krijgt de waarheid van zijn bewering te bewijzen, dat wel een schending van art. 10 EVRM is. De meerderheidsuitspraak gaat nergens expliciet op de bewijsrisicoverdeling in, maar gaat wel uit van een plicht (waarop uitzonderingen bestaan) voor de pers om feiten te controleren (r.o. 66).

grondrechten, zowel op materieelrechtelijk vlak als ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling, groot is. Op basis van de doorwerking van die grondrechten is tegenwoordig voor de vaststelling van de onrechtmatigheid een belangenafweging vereist, terwijl in dit kader tevens de vraag gerezen is of het bewijs van de juistheid van geopenbaarde feiten aan de gedaagde opgedragen mag worden. Daarbij heeft het er de schijn van dat de balans heden ten dage doorslaat ten voordele van de uitingsvrijheid.[344] Daar tegenover zou echter gesteld kunnen worden dat de bescherming van iemands persoonlijkheidsrechten minimaal van gelijke rang is.[345]

Indien de gedaagde het bewijsrisico draagt ten aanzien van de juistheid van de gewraakte feiten, is dat, zoals wij in paragraaf 5 zagen, juridisch goed te verdedigen. Aan hetgeen daar betoogd werd, kunnen nog de volgende argumenten voor aansprakelijkheid van de pers toegevoegd worden. Ten eerste lijkt de uitingsvrijheid niet zover te gaan dat alles zonder meer aan het publiek voorgeschoteld mag worden. Enige voedingsbodem in de realiteit mag van een mededeling verwacht worden. Als een uitgever daar anders over denkt omdat hij in de eerste plaats streeft naar een zo hoog mogelijke oplage, dient deze ook daarvan de gevolgen te dragen als blijkt dat hij te ver is gegaan. Dat komt op basis van de profijt-gedachte voor zijn risico, zo lijkt het.[346]

Verder wordt er op gewezen dat de eiser veelal een informatie-achterstand zal hebben, zelfs als de uiting over hem zelf gaat, omdat de bronnen van het verhaal voor hem onbekend blijven.[347] Bovendien lijkt een bewijsrisico-omkering nodig te zijn om over een effectieve sanctie te kunnen beschikken. Zonder een dergelijke regel zou het materiële recht, vanwege bewijsproblemen, waarschijnlijk onvoldoende tot gelding kunnen komen.[348] Steun voor een bewijsrisico-omkering zou daarnaast nog gevonden kunnen worden in het argument dat indien een mededeling onjuist is, er in beginsel geen grondrechtelijke bescherming bestaat.[349] Om die bescherming te verkrijgen, dient derhalve vast te staan dat het gewraakte feit in

344 Vergelijk *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 614, 624, 626 en 628. Mitchell, P.L. 1999, p. 339; Kübler, NJW 1999, p. 1281 e.v. Tegen die ontwikkeling: Schalken, NJB 1998, p. 1916-1917; Beignier 1995, p. 152; Markesinis & Deakin 1999, p. 644.

345 Zie ook noot 6 hiervoor.

346 Vergelijk bijvoorbeeld BVerfG VersR 2000, p. 897, op p. 898. Als het gaat over uitgevers van roddelbladen en dergelijke, zou nog explicieter aangesloten kunnen worden bij de gedachte dat die bedrijven (in hun sensatiezucht en winstbejag, vergelijk Markesinis & Deakin 1999, p. 644) tegengeworpen kan worden dat zij maar als verliespost moeten incalculeren dat ze een enkele keer moeten betalen terwijl niet geheel duidelijk is of ze onjuistheden geschreven hebben. Dat nemen ze zelf op de koop toe (anders zouden ze wel voorzichtiger zijn), dus dat mag de rechter ook doen. Het tegenargument dat de scheidslijn tussen serieuze pers en roddelpers moeilijk te trekken is, acht ik op zichzelf niet overtuigend, vergelijk Markesinis, LQR 1999, p. 71-72.

347 Expliciet zo *Reynolds* v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, op p. 624. De journalist hoeft immers in beginsel zijn bronnen niet te noemen, zie HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 nt. EJD (Van den Biggelaar/Dohmen), en Vennix, AA 2000, p. 147.

348 Zie hiervoor par. 2.1.1, met name de tekst bij noot 13.

349 Zie noot 17 en noot 295.

de kern juist was, althans dat de nodige moeite gedaan is om te verifiëren of het feit juist was. De gedaagde profiteert van die bescherming: het is een voor hem 'gunstige' norm. Dan is het ook niet vreemd die persoon met het bewijsrisico te belasten.[350] Ook vanuit een grondrechtelijk perspectief kan derhalve geconcludeerd te worden dat de bewijsrisicoverdeling die de gedaagde met het waarheidsbewijs - en daarmee een verzwaarde aansprakelijkheid - belast, gerechtvaardigd is.

Als het over ware feiten en meningen gaat, worden de grondrechtelijke belangen in acht genomen door middel van een belangenafweging in concreto. Als die afweging niet tot een beslissing kan leiden, gaat dat ten nadele van de eiser die als 'Angreifer' de procedure is ingegaan. De uitingsvrijheid wordt op die manier voldoende gewaarborgd.

Dat ten aanzien van de schade en, in navolging daarvan, het causale verband geen hoge eisen worden gesteld aan het bewijs - er is daar zeker sprake van een bewijsrisicoverlichting -, is waarschijnlijk terug te voeren op het feit dat deze schade zich 'intern' manifesteert.[351] Direct geldelijk verlies is veelal moeilijk aan te tonen, maar het lijkt wel over het algemeen een gerechtvaardigde conclusie te zijn dat er in de immateriële sfeer ten minste enige schade geleden is.[352] Uitspraken kunnen vaak zeer grievend zijn, zo leert de ervaring. Dat daaraan consequenties verbonden worden, zeker als de onrechtmatigheid al gegeven is, lijkt dan ook terecht. De achterliggende gedachte daarvoor ligt mogelijk hierin dat het niet zo zou mogen zijn dat de onrechtmatig handelende 'met de schrik vrijkomt', enkel en alleen omdat de schade niet kwantificeerbaar is.[353] Hetzelfde geldt waarschijnlijk ten aanzien van het causale verband. Nu de schade niet vast te stellen is, is immers per definitie ook de causaliteit onzeker. In zo'n geval uitgaan van de gedachte dat de 'Eignung' om schade te veroorzaken, voldoende is, lijkt gerechtvaardigd.

Uiteindelijk dient dus geconcludeerd te worden dat de uitgangspunten van het geldende recht grotendeels bevredigend uitpakken. Of dat zo zal blijven, is gezien de momenteel gevoerde discussie hierover twijfelachtig. Er dient echter voor gewaakt te worden dat de bescherming van de vrijheid van meningsuiting niet te ver doorschiet:

> 'Article 10 may protect the right for the press to exaggerate and provoke but not to trample over the reputation of private individuals.'[354]

350 Vergelijk par. 2.1.1 ten aanzien van het Nederlandse recht.
351 Zie Lindenbergh, TvP 1999, p. 1690.
352 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 1 december 1999, Mediaforum 2000, nr. 18 (Alberti/Story).
353 Daarvan getuigt ook art. 6:97 BW en zijn equivalenten elders.
354 Zie de 'dissenting opinion' van Palm, Fuhrmann en Baka bij EHRM 20 mei 1999, Mediaforum 1999, nr. 43 (Bladet Tromso).

HOOFDSTUK X

Milieu-aansprakelijkheid

1 Inleiding

Het milieu-aansprakelijkheidsrecht kenmerkt zich door een grote verscheidenheid aan mogelijke aansprakelijkheidsgrondslagen. In elk van de hier onderzochte rechtsstelsels speelt bijvoorbeeld het hinder-leerstuk, waarbij een belangenafweging doorslaggevend is, een rol. Daarnaast wordt het gewone onrechtmatige daadsrecht (op basis van 'schuld') ingeroepen én worden diverse vormen van risico-aansprakelijkheid in stelling gebracht om schadevergoeding mogelijk te maken.

De strekking van deze regelingen is (mede) gericht op het tegengaan of verplaatsen van de kosten die uit een aantasting van het milieu voortvloeien. Daarbij geldt dat bepaalde vormen van aantasting van het leefmilieu geaccepteerd dienen te worden, omdat andere (economische) belangen prevaleren. Dat speelt met name bij de belangenafweging in het kader van het hinder-leerstuk. Zulks gaat echter niet zover dat onzorgvuldig omspringen met het milieu zonder meer gerechtvaardigd is als dat vanuit een economische optiek wellicht efficiënt is. Bovendien geldt dat sommige stoffen en activiteiten zo gevaarlijk zijn dat ze alleen mogen worden uitgevoerd als iemand de verantwoordelijkheid neemt of opgelegd krijgt om eventuele schade die uit die activiteit voortvloeit, voor zijn rekening te nemen. In het milieu-aansprakelijkheidsrecht spelen dus de belangenafweging, de zorgvuldigheidsnorm en de risico-aansprakelijkheden een rol.

'Het milieu' als zodanig en het milieurecht kunnen moeilijk territoriaal begrensd worden. Vandaar dat diverse internationale verdragen tot stand zijn gekomen die betrekking hebben op aansprakelijkheid voor milieuschade. Op die verdragen zal hier echter niet ingegaan kunnen worden.[1] Het enige verdrag (het Milieuschadeverdrag van de Raad van Europa[2]) dat hier eventueel voor behandeling in aanmerking zou kunnen komen omdat dat breed opgezet is en niet slechts ziet op één vorm van milieuschade, is immers nog niet in werking getreden, terwijl zulks ook niet spoedig te verwachten is.[3]

---

1 Zie over enkele andere verdragen, Van Acht/Bauw 1996, p. 15 e.v.

2 Voluit: Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door milieugevaarlijke activiteiten, Trb. 1993, 149.

3 Nederland heeft wel getekend maar nog niet geratificeerd, zie daarover Vlas, A & V 1997, p. 64. Engeland, Frankrijk en Duitsland hebben het verdrag (nog) niet getekend. Het verdrag zal hierna overigens wel zijdelings aan de orde komen. Binnen de Europese Unie lijkt ervoor gekozen te gaan worden om niet bij het Milieuschadeverdrag aan te sluiten, maar om een richtlijn te gaan maken,

De genoemde verscheidenheid aan mogelijke grondslagen voor aansprakelijkheid heeft geleid tot een wat afwijkende opzet van dit hoofdstuk in vergelijking met de vorige. Hierna zullen ten behoeve van de overzichtelijkheid per aansprakelijkheidsgrondslag de diverse rechtsstelsels in een aparte paragraaf behandeld worden.[4] Ik ga daarbij eerst in op het hinder-leerstuk (par. 2), vervolgens op een aantal risico-aansprakelijkheden (par. 3), en daarna op de reguliere schuldaansprakelijkheid (par. 4). Na een samenvatting van het voorgaande in paragraaf 5, eindig ik met een overzicht van de argumenten die bij een eventuele verzwaring van aansprakelijkheid of bij een mogelijke bewijsrisico-omkering van belang zouden kunnen zijn (par. 6).

2 Hinder

2.1 Inleiding

Het hinder-leerstuk regelt de verhouding tussen partijen die 'buren'[5] genoemd zouden kunnen worden. Het brengt tot uitdrukking dat bepaalde vormen van overlast door de uitoefening van een bepaalde activiteit op een buurerf, getolereerd zullen moeten worden, maar ook dat die tolerantie niet grenzeloos is. Het gaat dus om een afweging tussen het vrije gebruik van zijn eigendom door de een en het ongestoorde genot van zijn eigendom door de ander.[6] In die gevallen van hinder die onder de term milieu-aansprakelijkheid gebracht zouden kunnen worden, zal het veelal gaan om een particulier die de uitoefening van bepaalde activiteiten van een nabijgelegen bedrijf aanvecht, omdat hij vindt dat de voornoemde grens overschreden is.

---

zie Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 4 en 26-27 en 28, zulks tot verdriet van de Nederlandse regering, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 22.112, nr. 150, p. 5. De inhoud van die eventuele richtlijn is, zeker ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling, vooralsnog te onzeker om daar hier al op in te kunnen gaan, zie verder nog noot 356; Bierbooms & Brans, M & R 2000, p. 182 e.v., en Bauw, NTER 2000, p. 169 e.v.

4 In het navolgende kan niet elk aspect van de milieu-aansprakelijkheid aan bod komen. Ik ga dan ook voorbij aan de mogelijke invloed van art. 8 EVRM op dit terrein, zie EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 nt. EJD (Guerra). Ook zal aan de administratiefrechtelijke aspecten van het milieu-aansprakelijkheidsrecht voorbij gegaan worden. Verder zullen leerstukken als '1401-belangen', 'bevoegdheden van milieu-organisaties' en 'Windmill-criteria' buiten beschouwing blijven.

5 De term 'buren' mag niet strikt uitgelegd worden. De erven moeten zodanig ten opzichte van elkaar gelegen zijn dat een handeling op het ene erf invloed heeft op het andere erf, vergelijk Davids 1999, p. 9. Zie ook Van Dam 2000, nr. 1214, en Van Dunné 1997, Deel 2, p. 506.

6 Zie onder andere Spier, Afscheidsrede 1999, p. 9; Van Dam 2000, nr. 1216; Winfield & Jolowicz 1998, p. 494-495; Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, no. 598, en Nieuwenhuis 1992, p. 151 e.v.

2.2 *Fout of risico?*

Naar *Nederlands* recht wordt met hinder bedoeld 'het veroorzaken van overmatig geluid, gedreun, trillingen en het verspreiden van rook, roet, stof en schadelijke dampen, waardoor bij anderen onlustgevoelens worden opgewekt of (andere) schade wordt aangericht.'[7] Art. 5:37 BW bepaalt dat hinder niet in een zodanige mate mag plaatsvinden dat dat onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW is. Op deze wijze is het hinder-leerstuk dus ondergebracht[8] bij het onrechtmatige daadsrecht; het al dan niet onrechtmatige karakter van de hinder moet beoordeeld worden naar de norm van art. 6:162 BW.[9] Daarbij geldt dat in principe elk van de drie onrechtmatigheidscategorieën als grondslag voor de vordering wegens hinder kan dienen.[10] Het antwoord op de vraag of er sprake is van een onrechtmatige mate van hinder, hangt af van een afweging van de concrete omstandigheden van het geval.[11] Daarbij kunnen genoemd worden de aard, de duur en de ernst van de hinder, de toegebrachte schade, de gediende (economische) belangen, de kosten, de gevoeligheid voor hinder, plaatselijke omstandigheden, anterieure hinder en het tijdstip.[12] Het handelen door de gedaagde wordt eveneens in die beoordeling betrokken,[13] evenals eventuele algemene belangen die in het geding zijn.[14] Ook het feit dat de gedaagde eerder ter plekke gevestigd was, kan van belang zijn omdat in zo'n geval een zekere mate van hinder eerder geduld zal moeten worden.[15]

Van belang is hier nog dat het overtreden van een vergunningsvoorschrift of het handelen zonder een dergelijke vergunning waar die wel vereist is, in principe strijd met een wettelijke plicht oplevert.[16] Het belang van deze regel ligt hierin dat het aantonen van zo'n overtreding veelal makkelijker zal zijn dan het aantonen

---

7 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 38.

8 Art. 5: 37 BW wordt gezien als lex specialis ten opzichte van art. 6:162 BW, waarbij het speciale daarin zit dat hinder ziet op de relatie tussen buurerven, aldus Davids 1999, p. 18. Zie ook Schut 1997, p. 58, en Hof Leeuwarden 14 juli 1999, NJ 2000, 80 (Poelman/Sanders), r.o. 19.

9 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 38-40; Davids 1999, p. 21.

10 Zie Onrechtmatige Daad (Lindenbergh) VIII.3, aant. 5; Davids 1999, p. 21 e.v.; Spier/Bolt 1996, p. 304, en hierover ook de conclusie van A-G Spier, sub 3.2-3.4, voor HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 nt. ARB (Luykx/Bastiaansen).

11 Zie bijvoorbeeld HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 nt. ARB (Luykx/Bastiaansen), en Onrechtmatige Daad (Lindenbergh) VIII.3, aant. 6; Van Dam 2000, nr. 1215; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 39; Davids 1999, p. 23.

12 Vergelijk HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 nt. ARB (Luykx/Bastiaansen); Onrechtmatige Daad (Lindenbergh) VIII.3, aant. 7 e.v.; Spier/Bolt 1996, p. 306-307; Schut 1997, p. 57-58; Spier c.s. 1997 (Van Maanen), no. 55; Van Dam 2000, nr. 1215.

13 Vergelijk Onrechtmatige Daad (Lindenbergh) VIII.3, aant. 11 en 11.4; Spier, Afscheidsrede 1999, p. 9.

14 Zie expliciet Hof Leeuwarden 14 juli 1999, NJ 2000, 80 (Poelman/Sanders), r.o. 21.

15 Zie HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 nt. ARB (Luykx/Bastiaansen), en uitvoerig over deze factor Kerkmeester, BR 2000, p. 315 e.v.; Van Dam 2000, nr. 1217; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 516 e.v.

16 Davids 1999, p. 22; Betlem c.s. 1999, p. 36-37.

van onzorgvuldig gedrag en in het feit dat de onrechtmatigheid dan in beginsel vaststaat.[17] Indien de gedaagde wel in overeenstemming met de vergunning handelde, verschaft hem dat echter niet direct een vrijbrief tegen aansprakelijkheid.[18] Als een zorgvuldigheidsnorm zwaardere eisen stelt dan de vergunning, kan het handelen in overeenstemming met de vergunning toch onzorgvuldig zijn.[19]

Nu bij het hinder-leerstuk steeds bepalend is of aan de criteria van art. 6:162 BW voldaan is, en de rechtsgevolgen dezelfde zijn als bij een 'gewone' onrechtmatige daad, kan ik voor de verdere invulling van die norm verwijzen naar paragraaf 4.2. De regels van bewijsrisico zijn ook gelijk aan de daar behandelde. De eiser dient dus aan te tonen dat er sprake was van hinder en dat die hinder onrechtmatig was. Daarbij dient wel nog opgemerkt te worden dat het bestaan van hinder afhankelijk is van een kwalificatie door de rechter. Bewijsrisico betekent dan ook bewijsrisico ten aanzien van die feiten die tot de kwalificatie 'hinder' kunnen leiden.

Ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling zou het mijns inziens overigens wenselijk zijn om een meer gedifferentieerde benadering te gaan volgen, afgestemd op de concrete omstandigheden die bij de belangenafweging een rol spelen. In zo'n systeem wisselt de bewijsrisicoverdeling per factor uit de belangenafweging. Men zou dan het bewijsrisico kunnen verdelen al naar gelang een omstandigheid 'gunstig' werkt voor de eiser of voor de gedaagde. Van degene die binnen de belangenafweging profiteert van de aanwezigheid van een bepaalde omstandigheid, omdat daardoor zijn belang zwaarder weegt, wordt gevraagd dat bewijs te leveren. Een tweede criterium zou wellicht kunnen zijn of een omstandigheid in iemands 'domein' ligt. Degene die geacht wordt het best in staat te zijn het bewijs te leveren ten aanzien van een bepaalde omstandigheid, omdat die persoon daarover informatie in zijn bezit heeft of geacht wordt te hebben, dient het bewijs te leveren.[20] Het gaat hierbij derhalve niet om de feitelijke bewijsmogelijkheden, al zullen die veelal bij dezelfde partij aanwezig zijn.

---

17 Zie onder andere Asser-Hartkamp 4-III, nr. 39; Hulst, TMA 1999, p. 5-6; Bergkamp, Oratie 1998, p. 91, 108 en p. 107, noot 57 (hoe specifieker het voorschrift is, hoe makkelijker het is te bepalen of een handeling eronder valt). De bewijs*risico*verdeling verandert echter niet, zie par. IV.2.2.

18 Onder andere HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker); Spier c.s. 1997 (Van Maanen), no. 55; Betlem c.s. 1999, p. 38; Von Bar 1999, Rdn. 290. Zie ook Nieuwenhuis 1992, p. 154 en 162 e.v. (die daar tegen is, zie p. 173). Terughoudend op dit punt zijn Huijgen, AA 1997, p. 336, en Davids 1999, p. 26. Faliekant tegen is Bergkamp, Oratie 1998, met name p. 68 en 91, die stelt dat het naleven van een vergunning altijd zou moeten vrijwaren tegen aansprakelijkheid. Hij wekt daarbij de suggestie dat dit op dit moment nooit zo zou zijn, hetgeen mijns inziens onjuist is (zie ook HR 17 januari 1997, NJ 1998, 656 nt. ARB (Miljoenen Zijn Tegen/Covra)). Het handelen in overeenstemming met een vergunning is een belangrijke factor in de afweging. Vergelijk ook Lambers, RM Themis 2000, p. 238.

19 Het hiervoor betoogde geldt op gelijke wijze bij de aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW, zoals behandeld in par. 4.2.

20 Het afstemmen op 'domeinen' waarin feiten zich afspelen, is geen onbekend fenomeen, zie bijvoorbeeld het Duitse recht aangaande productaansprakelijkheid in hoofdstuk VII.

In een dergelijk systeem zou de gedaagde bijvoorbeeld dienen aan te tonen dat zijn activiteit een (economisch) belang dient en dat maatregelen ter voorkoming van de hinder kostentechnisch niet uitvoerbaar zijn, terwijl de eiser bijvoorbeeld moet aantonen dat de hinder die hij ondervindt ernstig is en dat hij een bepaalde gevoeligheid daarvoor heeft. Ten aanzien van die omstandigheden die niet meteen ten gunste van één van de partijen spreken, zoals bijvoorbeeld algemene belangen of de omstandigheden ter plaatse, waarmee immers beide partijen bekend verondersteld mogen worden, zou dan de bestaande bewijsrisicoverdeling in ere gehouden kunnen worden, omdat het nog steeds de eiser is die zich als 'Angreifer' opwerpt. Dit systeem doet mijns inziens recht aan het feit dat het hier om een afweging van belangen gaat - waarbij het ene belang voor de ene partij spreekt en het andere belang voor de ander - omdat het bewijsrisico opgedragen is aan die partij voor wie dat specifieke belang 'positief' werkt.[21]

Iets minder verstrekkend dan de hiermee geïmpliceerde bewijsrisico-omkering ten laste van de gedaagde met betrekking tot een aantal omstandigheden, is het om de gedaagde de *bewijsvoeringslast* op te leggen in plaats van het bewijsrisico. Een *non liquet* komt dan niet te zijner laste, terwijl van die gedaagde wel de nodige informatie verkregen wordt. Bij de verdeling van de bewijsvoeringslast zou dan ook bij de feitelijke bewijsmogelijkheden aangesloten kunnen worden.[22]

Het *Engelse* recht kent een speciale 'tort' voor gevallen van hinder: '(private) nuisance'.[23] 'Nuisance' wordt wel omschreven als een 'unlawful interference with a person's use or enjoyment of land, or some right over, or in connection with it'.[24] Deze 'tort' kan bijvoorbeeld ingeroepen worden indien iemands genot van zijn land verstoord wordt door de uitstoot van giftige gassen door een in de buurt gelegen fabriek. Of een persoon aansprakelijk is wegens 'nuisance', is afhankelijk van de vraag of er sprake is van een onredelijke 'interference' (bemoeienis) met de belangen van de eiser.

Bij het bepalen van de redelijkheid gaat het niet in de eerste plaats om de redelijkheid van het gedrag van de gedaagde, maar om de redelijkheid van de gevolgen van dat gedrag voor de eiser. Daarbij verdient aantekening dat het gedrag van de gedaagde wel een factor van belang kan zijn.[25] Dat de 'interference' onredelijk

---

21 Zie voor een zelfde benadering hiervoor par. IX.2.1.2 en par. XI.2.1.2. In deze zin ook Gisolf 1993, p. 125.

22 Zie daarover nader par. XIV.3.5. Op de mogelijke tegenwerping dat de 'belangen' wellicht te abstract zijn, ga ik niet nogmaals in, zie par. IX.2.1.2.

23 Ik ga hier voorbij aan 'public nuisance', hetgeen een 'criminal offense' is, maar ook tot schadevergoeding naar civiel recht aanleiding kan geven indien de eiser 'particular damage' geleden heeft, zie hierover Markesinis & Deakin 1999, p. 450 e.v.; Buckley 1996, p. 67 e.v.

24 Markesinis & Deakin 1999, p. 422; Winfield & Jolowicz 1998, p. 494. Vergelijk ook Buckley 1996, p. 3, en Cane 1997, p. 81.

25 Buckley 1996, p. 6; Markesinis & Deakin 1999, p. 422. Winfield & Jolowicz 1998, p. 496-498, legt meer nadruk op die laatste factor, maar ontkent de invloed van de andere factoren niet.

was, zal de eiser moeten bewijzen.[26] Voor zover het gedrag van de gedaagde van belang is, wordt niet aan de standaard van 'the reasonable man' gemeten, maar aan een meer subjectieve, afgestemd op de mogelijkheden van de gedaagde.[27] De factoren die verder van belang zijn, zijn, afhankelijk van de soort schade,[28] onder andere de duur van de hinder, de gevoeligheid van de eiser, het karakter van de buurt, en het motief van de gedaagde.[29] Uiteindelijk gaat het om een 'balancing of conflicting interests'.[30]

In verband met het gedrag van de gedaagde is nog van belang dat 'the fact that the defendant has taken all reasonable care will not of itself exonerate him from liability', aldus het House of Lords.[31] Anderzijds is echter 'foreseeability of damage' een noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid op basis van 'nuisance'.[32] Aldus wordt een element van het begrip 'fault' - had de gedaagde de schade kunnen en moeten voorzien en dus anders moeten handelen dan hij gedaan heeft - geïntroduceerd.[33] Dat laatste lijkt met de eerste stelling in tegenspraak te zijn. Hieruit wordt dan ook wel afgeleid dat 'nuisance' geen 'strict liability tort' meer is. De (on)zorgvuldigheid van het gedrag van de gedaagde speelt immers mee,[34] want als de schade(soort) niet te voorzien was, heeft de gedaagde geen fout gemaakt door niet anders te handelen dan hij gedaan heeft.

---

26 Vergelijk *Southwark BC* v. *Mills* [1999] 4 All ER 449, op p. 466; Markesinis & Deakin 1999, p. 424, en Buckley 1996, p. 126.

27 Buckley 1996, p. 20 e.v.

28 Bij het veroorzaken van een inbreuk op het land van de ander en bij het veroorzaken van fysieke schade aan het land of de gebouwen daarop, is de aard van de omgeving niet van belang, terwijl dat bij de 'nuisance' bestaande uit het verstoren van het genot van het land van de eiser wel van belang is. Zie Clerk & Lindsell (Buckley) 1995,18-05 en 18-08; Winfield & Jolowicz 1998, p. 498; Buckley 1996, p. 7-8. Zie ook Markesinis & Deakin 1999, p. 424, die het onderscheid relativeren, maar bovenstaand gevolg ervan wel erkennen.

29 Buckley 1996, p. 6-18; Markesinis & Deakin 1999, p. 429 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 498 e.v.

30 Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 18-01; Winfield & Jolowicz 1998, p. 494; Buckley 1996, p. 6. Vergelijk ook *Southwark BC* v. *Mills* [1999] 4 All ER 449, op p. 464. Op deze basis werd beslist door het House of Lords dat de storing van de televisie-ontvangst door een (hoog) gebouw geen 'nuisance' oplevert, zie *Hunter* v. *Canary Wharf Ltd.* [1997] 2 All ER 426. Een vergunning vormt overigens geen vrijwaring tegen 'nuisance', zie Cane 1997, p. 143.

31 *Cambridge Water Co Ltd* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 71-72. Vergelijk ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 509; Cane 1999, p. 83.

32 Zie *Cambridge Water Co Ltd* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 72 en verder bijvoorbeeld Weir, Fleming-bundel 1998, p. 104; Buckley 1996, p. 19 en 130.

33 Het gaat hier om de 'invasion' van 'negligence' in 'nuisance', zie Weir, Fleming-bundel 1998, p. 102 e.v., en Cane 1997, p. 142. Over de band tussen 'foreseeability' en 'fault', zie Markesinis & Deakin 1999, p. 434.

34 Vergelijk Cane 1999, p. 83; Markesinis & Deakin 1999, p. 434; Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 18-18 en 18-32; Weir, Fleming-bundel 1998, p. 105-106. Cross, LQR 1995, p. 445 e.v. meent dat 'nuisance' nog steeds een 'strict liability tort' is omdat de kwestie van voorzienbaarheid beperkt is tot de vraag of de gevolgen voorzienbaar waren in verband met de gebeurtenis die die gevolgen veroorzaakte, hetgeen een causale uitleg van voorzienbaarheid is. Vergelijk ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 509. Heuston, LQR 1994, p. 186, meent dat aansprakelijkheid onder nuisance 'strict' is zodra de 'foreseeability' vaststaat.

Het is echter de vraag of we hier niet te maken hebben met een factor die bij het bepalen van het causale verband speelt.[35] Die uitleg zou beide voorgaande stellingen verenigbaar maken. Gevolg daarvan zou zijn dat 'nuisance' nog steeds een vorm van 'strict liability' zou zijn, die ten aanzien van het causale verband voorzienbaarheid vereist. De praktische relevantie van de keuze voor de ene of de andere uitleg is bewijsrechtelijk overigens gering, nu de eiser in beide gevallen het bewijsrisico draagt.

Naar *Frans* recht worden vele vragen van milieu-aansprakelijkheid beheerst door de leer van de 'trouble anormal de voisinage'.[36] Daarbij gaat het om 'les inconvénients excèdent ceux qui doivent normalement être tolérés, compte tenu des circonstances de temps et de lieux'.[37] Als zo'n verstoring zich voordoet, is er ruimte voor schadevergoeding, ongeacht of de gedaagde een 'faute' heeft gemaakt.[38] Het gaat hier dus alleen om de vraag of een bepaalde mate van overlast nog getolereerd dient te worden.[39] Die vraag kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de uitstoot van rook, bepaalde geuren of lawaai.[40] Of een 'trouble anormal' aanwezig is,[41] is voorbehouden aan de waardering door de feitenrechter.[42] Daarbij zal de eiser de rechter moeten voorzien van bewijs dat de overlast excessief is.[43]

Van belang bij de waardering van de (mate van) hinder door de rechter zijn onder andere de duur en de intensiteit van de hinder, de plaatselijke gebruiken, de situatie ter plekke en de aard van de betrokken onroerende zaken.[44] Het excessieve karakter van de hinder mag niet aangenomen worden louter op basis van de persoonlijke vatbaarheid van de eiser voor die vorm van hinder. Dat betekent overigens niet dat hinder die meerdere personen treft, maar die voor bepaalde

---

35 De speech van Lord Goff in de *Cambridge Water*-case ([1994] 1 All ER 53, op p. 72) heeft het over voorzienbaarheid als een voorwaarde voor 'recovery of damages', en niet als voorwaarde voor het bestaan van een 'nuisance'. Zie ook Cross, LQR 1995, p. 464 e.v., en Rogers, A & V 1994, p. 68, die stelt dat 'foreseeability' wel nodig is maar 'fault in causing it to occur' niet.

36 Zie bijvoorbeeld Viney/Jourdain 1998, no. 940, en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3291.

37 Martin, R.I.D.C. 1992, p. 69.

38 Zie bijvoorbeeld Civ. 3e, 30 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 344; Civ. 2e, 11 février 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 101, en verder J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 6 (die dit afwijst, zie no. 55 e.v.); Nicolas, RTD Civ. 1976, p. 683; Martin 1978, no. 12; Dejean de la Bâtie 1989, nr. 51; Malaurie/Aynès 1996, no. 123; Viney/Jourdain 1998, no. 459, 939 en 945. Een beroep op de artt. 1382 e.v. Cc is daarnaast ook mogelijk, zie Viney/Jourdain 1998, no. 959-960, en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3292, maar dan is uiteraard een 'faute' nodig. De grondslag voor deze regeling is omstreden, zie J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 44-54.

39 J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 10; Viney/Jourdain 1998, no. 953.

40 Zie de rechtspraak aangehaald bij Viney/Jourdain 1998, no. 950; Dejean de la Bâtie 1989, nr. 52; Mazeaud-Mazeaud-Tunc 1965, nr. 598, en het overzicht in J-Cl. Resp. Civ. (Pollet), Fasc. 265-1.

41 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3305, omschrijven 'trouble anormal' als 'un fait brut, matériel, qui existe à partir d'un certain degré d'agression.'

42 Zie bijvoorbeeld Civ. 2e, 14 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 68, en Viney/Jourdain 1998, no. 954; Dejean de la Bâtie, nr. 52; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3306.

43 Viney/Jourdain 1998, no. 960; J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 12.

44 Zie hierover onder andere Viney/Jourdain 1998, no. 955 e.v., en J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 10 e.v.

mensen tot meer schade leidt, door die personen zonder meer geduld zou moeten worden. Als iemands beroepsuitoefening met zich brengt dat die persoon extra gevoelig is voor de hinder, zoals bijvoorbeeld een muzikant voor geluidsoverlast, kan daarmee rekening gehouden worden.[45] Het feit dat de veroorzaker eerder ter plekke gevestigd was, staat niet in de weg aan een vordering van de eiser, maar doordat met de situatie ter plaatse rekening gehouden wordt, speelt die eventuele eerdere aanwezigheid van de gedaagde wel een rol.[46]

Het *Duitse* systeem met betrekking tot 'hinder' behelst kort gezegd het volgende. Als de eigendom[47] van een persoon 'beeinträchtigt' (benadeeld) wordt, kan de eigenaar daaraan een einde maken, tenzij hij verplicht is de 'Beeinträchtigung' te dulden (§ 1004 BGB).[48] De eigenaar van een erf kan de inwerking van bijvoorbeeld gassen, dampen, rook en geruis niet verbieden als die inwerking het genot van het erf niet of alleen in een niet aanzienlijke mate benadeelt (§ 906 Abs. I BGB) en ook niet indien de wel aanzienlijke benadeling door een ter plaatse gewoon gebruik ('ortsüblich') met zich gebracht wordt én die niet door maatregelen die van de gebruiker van het erf economisch verantwoord te vergen zijn, verhinderd kan worden (§ 906 Abs. II BGB). Als aan beide laatste voorwaarden voldaan is, bepaalt § 906 Abs. II BGB dat een 'Ausgleich in Geld' verlangd kan worden indien de inwerking de te vergen maat overstijgt.[49] Aldus bestaat er een recht op compensatie (de 'nachbarrechtlichen Ausgleichanspruch') voor het moeten dulden van bepaalde inbreuken op het genot van eigendom.[50] Het is niet vereist dat zo'n inbreuk 'rechtswidrig' is.[51]

Of een inbreuk al dan niet aanzienlijk is, wordt beoordeeld op basis van een maatstaf die een waardering en afweging van individuele en algemene belangen vergt en waarbij de verstandige doorsnee-persoon als uitgangspunt dient.[52] Deze maatstaf wordt geconcretiseerd door aan te knopen bij de zogenaamde 'TA

45 Zie hierover Viney/Jourdain 1998, no. 958; Dejean de la Bâtie 1989, no. 55; Martin 1978, no. 34.

46 Het gaat hier om de 'préoccupation individuelle' (wie was er eerder?) die niet in de weg staat aan een vordering, en de 'préoccupation collective' (wat voor een buurt betreft het?) die wel daaraan in de weg kan staan, zie Viney/Jourdain 1998, no. 956-957, en verder Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3311-3312; Dejean de la Bâtie 1989, no. 54; Malaurie/Aynès 1996, no. 125. Martin 1978, no. 51, gaat ervan uit dat in deze gevallen eventuele schade al gecompenseerd is in de lagere prijs, en dat er dus geen schade meer is. Om een geslaagd beroep op 'préoccupation individuelle' te kunnen doen, dient de gedaagde overigens wel aan de overheidsvoorschriften voldaan te hebben, zie Civ. 2e, 7 octobre 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 359.

47 De bepaling beschermt in de eerste plaats de eigendom, maar indirect ook gezondheid, leven, et cetera, zie Lytras 1995, p. 57.

48 Er moet dan wel al een 'inwerking' zijn. Het feit dat de buren een bordeel drijven, vormt bijvoorbeeld geen 'Beeinträchtigung' van het erf van de eiser, zie BGHZ 95, 307.

49 Als niet aan beiden voldaan is, komt § 823 BGB in zicht, zie par. 4.2. Bij de vraag naar de 'Zumutbarkeit' is de maatstaf objectief, zie Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 218.

50 Zie ook Diederichsen, FS Lukes 1989, p. 43.

51 Lytras 1995, p. 60; Schmidt-Salzer 1992, Einf., Rdn. 66.

52 Zie BGHZ 120, 239, op p. 255; BGH VersR 1999, 326, op p. 327; BGH VersR 1999, 725, op p. 726, en Vieweg & Röthel, NJW 1999, p. 969 e.v.

Immissionswerte'. Dat zijn normen over wel en niet toelaatbare concentraties van immissies, gericht op de administratieve, uitvoerende organen.[53] Overschrijdt een immissie deze waarden, dan zal veelal vaststaan dat de inwerking 'wesentlich' was.[54] Indien een immissie binnen de waarden blijft, zal dat er in de regel op duiden dat de inwerking 'unwesentlich' is, aldus § 906 Abs. I Satz 2 BGB, maar dat is geen absolute regel, omdat het gaat om de inwerking op het concrete gebruik van de grond door deze persoon.[55] De TA-normen vervullen eenzelfde rol bij bepaling van de 'Ortsüblichkeit' en de vraag naar de verhinderbaarheid van de storing.[56] In de literatuur is er overigens op gewezen dat de TA-normen niet al te veel helderheid kunnen verschaffen, omdat deze zien op de gevolgen van de gezamenlijke emissies in een gebied en niet op de emissie van een enkel bedrijf.[57]

Het hierboven beschreven systeem gaat vergezeld van een fijnmazig stelsel van bewijsrisicoregels.[58] De eiser dient te bewijzen dat er sprake was van een 'Einwirkung' op zijn eigendom.[59] Dat een 'Beeinträchtigung' onaanzienlijk was in de zin van § 906 Abs. I, dient in beginsel de emittent te bewijzen.[60] Als echter de immissie binnen de 'TA-Werte' blijft, dient de eiser te bewijzen dat de inwerking aanzienlijk was. Het bewijsrisico wordt dan derhalve omgekeerd.[61] Als de 'wesentlichkeit' vaststaat, staan er twee wegen open. Ofwel de 'Beeinträchtigung' moet geduld worden omdat deze 'ortsüblich' is of omdat nadere maatregelen niet te eisen zijn. In zo'n geval is toekenning van een vergoeding mogelijk.[62] De tweede

53 TA staat voor 'Technische Anleitung'. Men kent 'TA-werte' voor onder andere 'Luft' en 'Lärm'. Zie hierover Baumann, JuS 1989, p. 438; Gmehling 1989, p. 164 e.v., en Hulst 1993, p. 315.

54 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 6, spreekt over 'prima facie Beweis'. Zie ook Lytras 1995, p. 322.

55 Zie BGH VersR 1999, 725, op p. 726, en Vieweg & Röthel, NJW 1999, 973-974. Deze regel is in 1994 in § 906 BGB opgenomen, zie Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHR, Rdn. 198. Voor 1994 was men minder snel geneigd deze conclusie te trekken, zie BGHZ 70, 102, en Hager, NJW 1986, p. 1962. Wie dient te bewijzen dat de TA-waarden al dan niet zijn overschreden, is vooralsnog onduidelijk, zie Hager, JZ 1998, p. 362, die meent dat de gedaagde dit bewijsrisico zou moeten dragen. Zo ook Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 7.

56 Lytras 1995, p. 323-324. Anders: Walter, NJW 1978, p. 1158, die meent dat aan die TA-normen geen betekenis kan toekomen wanneer het gaat om de invulling van normatieve begrippen als 'Wesentlichkeit' (anders: Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 5). Bij de vaststelling van het causale verband zijn die normen volgens Walter wel nuttig, omdat het daarbij om de vaststelling van feiten gaat. Het bestaan van een vergunning maakt een activiteit niet meteen 'ortsüblich'; het ontbreken van een vergunning betekent dat de activiteit niet 'ortsüblich' is, zie BGH VersR 1999, 326, op p. 328.

57 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 158.

58 Zie in het algemeen Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 175 e.v. en 233; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 1 e.v.

59 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 2.

60 BGH WM 1971, 278, op p. 280; BGHZ 95, 307, op p. 312; BGH VersR 1999, 326, op p. 327; Lytras 1995, p. 321; Gmehling 1989, p. 149; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 3.

61 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 7.

62 Indien een immissie op zich te verhinderen was, maar dat wegens juridische of feitelijke redenen (ontoerekenbaar) niet gebeurd is of indien de immissie op andere gronden dan genoemd in § 906 BGB geduld moet worden, is ook vergoeding op basis van dit artikel (analoog toegepast) mogelijk. Zie BGHZ 72, 289, op p. 294 e.v.; BGH NJW 1984, 2207; Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 239, en Lytras 1995, p. 60.

weg is dat de inwerking niet geduld hoeft te worden. In dat geval treedt § 14 Bundesimmissionsschutzgesetz[63] (BImSchG) naar voren met als gevolg dat de eiser zich alsnog met een vergoeding in plaats van een verbod tevreden dient te stellen indien een vergunning afgegeven was.[64] De 'Ortsüblichkeit' en het feit dat nadere maatregelen niet 'zumutbar' zijn, dient de emittent te bewijzen. Deze moet aantonen dat de inwerking geduld moet worden.[65] Voor een vergoeding op basis van § 906 Abs. II BGB is ook nog vereist dat de inwerking uitgaat boven hetgeen van de eiser te vergen is. Het bewijs van concrete schade, te leveren door de eiser, is daartoe voldoende, net zoals bij § 14 BImSchG.[66] Ten aanzien van dat laatste artikel verdient nog opmerking dat in plaats van een vergoeding, voorzorgsmaatregelen getroffen moeten worden indien deze technisch mogelijk en economisch te vergen zijn.[67]

2.3 Schade

Indien de eiser naar *Nederlands* recht schadevergoeding wil, en niet enkel een verbod, zal hij op basis van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling moeten aantonen dat hij schade heeft geleden en waaruit die schade bestaat.[68] Indien de overlast vaststaat, zal dat niet al te veel problemen opleveren. Bij die schadevergoeding zal het overigens voornamelijk gaan om schade *via* het milieu en niet om schade *aan* het milieu zelf, mede omdat dat laatste veelal een onzekere factor is.[69] Verder zijn hier de algemene regels van afdeling 6.1.10 BW van toepassing.

---

63 § 14 BImSchG luidt: Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen. Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadensersatz verlangt werden.

64 Lytras 1995, p. 58; Hager, NJW 1986, p. 1963; Larenz/Canaris 1994, p. 661.

65 BGH WM 1971, 278, op p. 280; BGHZ 72, 289, op p. 296; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 3; Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 178, 205 en 211; Hager, NJW 1986, p. 1963. Een 'ortsübliche' inwerking die slechts in een enkel geval die grens te boven gaat, staat niet in de weg aan een vordering op basis van § 906 Abs.2 BGB, zie BGHZ 66, 70.

66 BGHZ 70, 102, op p. 112; Gerlach 1989, p. 245; Hager, NJW 1986, p. 1963. Vergelijk ook Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 9.

67 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 12.

68 Vergoedbaar is het verlies dat door de hinder wordt geleden, zie HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 (Luykx/Bastiaansen), met kritische noot van Bloembergen. Op verbodsacties en dergelijke ga ik niet nader in.

69 Vragen die daarbij spelen, zijn onder andere: aan wie behoort het milieu toe? Wie heeft schade geleden? Vergelijk Cane 1997, p. 218, en Bergkamp, Oratie 1998, p. 30. Zie over het hier gemaakte onderscheid Martin 1978, no. 29; Von Bar 1999, Rdn. 288 en 400. Men kan hier ook van 'zuiver ecologische schade' spreken, zie Viney 1998, p. 6; Viney/Jourdain 1998, no. 269-1; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 4059; Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 570, en De Putter & Verschuuren, M & R 1998, p. 2-3. In Europees verband is het de bedoeling dat de 'vervuiler' ook deze zuivere ecologische schade gaat vergoeden, zie Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 12, 15 en 19 e.v. Bij de berekening ervan, moet dan uitgegaan worden van de kostprijs voor herstel, zie p. 19.

Bij een *Engelse* vordering op basis van 'nuisance' moet in principe de schade bewezen worden door de eiser, maar regelmatig wordt die schade vermoed te bestaan. Dat vermoeden treedt in bij elke 'nuisance' waarbij schade zo waarschijnlijk is dat het overbodig zou zijn om bewijs te vragen.[70] Of dit de eiser veel verder helpt, valt te betwijfelen, nu in dat soort gevallen het aantonen van schade juist weinig problemen zal opleveren.[71]

De eiser kan in *Frankrijk* niet op basis van 'trouble de voisinage' ageren indien hij geen schade heeft geleden. Dat hij schade leed, zal de eiser, in lijn met de normale regels, moeten bewijzen.[72] Overigens is er in de literatuur strijd ontstaan over de vraag of de schade nu 'anormal' moet zijn of dat de 'trouble' dat moet zijn.[73] Mijns inziens is de laatste opvatting de juiste. Abnormale hinder kan immers hele normale schade met zich brengen. In zo'n geval kan echter niet gezegd worden dat zulke schade niet vergoed zou dienen te worden. Schadevergoeding op basis van 'trouble de voisinage' is verder onderworpen aan de normale regels van schadevergoeding.[74]

Bij de 'Ausgleich' op basis van § 906 Abs. II BGB naar *Duits* recht gaat het niet om schadevergoeding, maar om een vorm van compensatie omdat een bepaalde hinderlijke activiteit geduld dient te worden. Daarom wordt de hoogte van de vergoeding niet bepaald door de vermogensvermindering ten gevolge van de gewraakte activiteit, maar wordt er aangesloten bij de schadeloosstelling in onteigeningszaken.[75] Bovendien is compensatie alleen mogelijk voor zover de inwerking uitstijgt boven hetgeen geduld moet worden, en dan alleen maar voor dat specifieke deel.[76] Ten aanzien van het bestaan van de 'schade' draagt de eiser het bewijsrisico.[77] Op basis van § 14 BImSchG is overigens wel volledige schadevergoeding te verkrijgen, omdat het daar gaat om inwerkingen die niet geduld hoeven te worden.[78]

---

70 Markesinis & Deakin 1999, p. 455, noot 327; Winfield & Jolowicz 1998, p. 496 en 522; Buckley 1996, p. 123-124. Meestal wordt echter een 'injunction' gevorderd, zie Buckley 1996, p. 137 e.v.

71 Zie hierover Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 18-20 en 18-21. Letselschade lijkt niet via 'nuisance' te verhalen te zijn, zie *Hunter* v. *Canary Wharf Ltd.* [1997] 2 All ER 426, op p. 442 (doch anders op p. 463), en verder Winfield & Jolowicz 1998, p. 496; Weir, Fleming-bundel 1998, p. 103-104, en Buckley 1996, p. 54 en 91. 'Pure economic loss' lijkt wel verhaalbaar te zijn, zie Buckley 1996, p. 126.

72 Vergelijk J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 14-15, en Martin 1978, no. 31. Zie ook Viney 1998, p. 8-9.

73 J-Cl. Resp. Civ. (Agostini), Fasc. 265, no. 15; Nicolas, RTD Civ. 1976, p. 686, en Martin 1978, no. 33-34, menen dat vereist is dat de schade abnormaal is, terwijl Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3292 en 3305, menen dat de 'trouble' abnormaal dient te zijn.

74 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3302. Probleem daarbij is dat die regels gericht zijn op een vergoeding in geld en niet op het doen stoppen van de hinder voor de toekomst, zie Martin 1978, no. 64. e.v.

75 Zie Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 9, en Hagen, FS H. Lange 1992, p. 502.

76 Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 227.

77 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 9.

78 Hagen, FS H. Lange 1992, p. 503. Zie hierover ook Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 12.

2.4 *Causaal verband*[79]

Ook voor aansprakelijkheid op basis van hinder is naar *Nederlands* recht causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade vereist. In principe rust het bewijsrisico te dien aanzien op de eiser, net zoals dat in het algemeen geldt.[80]

Op gelijke wijze dient bij een vordering naar *Engels* recht op basis van 'nuisance' het causale verband tussen de hinder en de schade vast komen te staan. Naar de hoofdregel dient de eiser dit causale verband te bewijzen.[81] De crux zit hem daarbij in de voorzienbaarheid van de schade.[82] Ik gaf hiervoor al aan dat twijfel gerezen is over de vraag of de voorzienbaarheid beoordeeld moet worden bij het causale verband of bij de onrechtmatigheid. Ik herhaal hier dat die kwestie niet van invloed is op de verdeling van het bewijsrisico: in beide gevallen moet de eiser de voorzienbaarheid bewijzen.

De vordering op basis van 'trouble de voisinage' kan naar *Frans* recht alleen slagen als de hinder de schade veroorzaakt heeft. De toepasselijke criteria zijn die van het algemene aansprakelijkheidsrecht.[83] Dat betekent dat de eiser in principe het causale verband dient aan te tonen. Daarbij kunnen vermoedens een rol spelen.[84]

De aanspraak op 'Ausgleich' op basis van de *Duitse* § 906 BGB kan niet gehonoreerd worden indien niet bewezen is dat de er een causale relatie bestond tussen de emissie en de 'Beeinträchtigung'. Dat bewijs zal in beginsel de eiser moeten leveren.[85] Van groot belang bij die bewijsvoering zijn de in paragraaf 2.2 al genoemde TA-waarden. Als de uitstoot niet binnen die grenzen is gebleven, is dat een duidelijke aanwijzing, in de zin van een vermoeden, dat er causaal verband bestaat.[86] Het Bundesgerichtshof heeft verder bepaald dat onder omstandigheden ook andere 'beweiserleichterungen' mogelijk zijn als vaststaat dat de TA-Luft-waarden overschreden zijn. Daarbij werd met name gewezen op § 287 ZPO en op de omkering van het bewijsrisico ten aanzien van het causale

79 Op de specifieke problemen met betrekking tot het bewijs van causaal verband in milieu-aansprakelijkheidszaken, zal uitgebreid worden ingegaan in par. 4.4 nu die problemen voor alle grondslagen voor aansprakelijkheid in wezen hetzelfde zijn.

80 Zie verder par. 4.4. Naast het *conditio sine qua non*-verband, dient uiteraard ook vast komen te staan dat de schade aan de gedaagde is toe te rekenen in de zin van art. 6:98 BW, zie daarover HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Kraaiende hanen II).

81 Vergelijk Winfield & Jolowicz 1998, p. 523.

82 Vergelijk par. 2.2.

83 Nicolas, RTD Civ. 1976, p. 681.

84 Vergelijk Civ. 3e, 30 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 344, en Martin 1978, no. 44.

85 BGHZ 70, 102; Gmehling 1989, p. 150; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 9.

86 Palandt/Bassenge 1995, § 906, Rdn. 20. Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 10, geeft aan dat dit 'Anscheinsbeweis' veelal niet afdoende is.

verband.[87] Ook Baumgärtel acht een bewijsrisico-omkering mogelijk (en gerechtvaardigd) in zulke gevallen.[88]

Een probleem kan mogelijk nog zijn dat niet duidelijk is geworden of de TA-waarden overschreden zijn. Als de onduidelijkheid daaromtrent te wijten is aan de gedaagde, kan hem ook het (bewijs)risico daarvan opgelegd worden.[89] De rechtvaardiging daarvoor ligt in de gedachte dat de gedaagde dichter bij de schadebron staat.[90] Dit probleem zal overigens niet al te vaak spelen, omdat de gedaagde deze TA-waarden ook nodig heeft om aan te tonen dat de benadeling onaanzienlijk was. Dan zal ook meteen duidelijk worden of deze overschreden zijn. Als de TA-waarden niet overschreden zijn, wil dat overigens niet zeggen dat er geen causaal verband mag worden aangenomen. Ook de andere 'Beweisergebnissen' dienen in ogenschouw genomen te worden.[91] Het bewijsrisico blijft dan wel bij de eiser rusten.[92]

2.5 *Toerekening (schuld)*

Om naar *Nederlands* recht een vordering tot schadevergoeding op basis van hinder te doen slagen, dient uiteraard in principe voldaan te zijn aan 6:162 lid 3 BW. De hinder moet aan de schuld van de gedaagde te wijten zijn of op grond van de wet of de verkeersopvattingen aan hem toe te rekenen zijn. In overeenstemming met de algemene regel dat het bestaan van schuld vermoed wordt als de onrechtmatigheid vaststaat, zal het veelal aan de gedaagde zijn om aan te tonen dat hem in casu geen verwijt te maken valt.[93] Ook afgezien daarvan, valt mijns inziens niet goed in te zien hoe een vaststaand geval van onrechtmatige hinder toch niet tot

87 BGHZ 92, 143, op p. 147. Zo ook Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 176. Van belang is in dit verband ook BGH WM 1991, 1563, op p. 1564, waar de schending van DIN-normen (normen die onder meer in de bouw gebruikt worden) tot gevolg had dat het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband omgekeerd werd.

88 Baumgärtel, JZ 1984, p. 1110, en Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 10. Nu deze waarden tot doel hebben gevaren te verhinderen, dient, wanneer het gevaar toeneemt (door overschrijding), de gedaagde de niet-oorzakelijkheid te bewijzen, omdat de normen anders hun 'effectiviteit' verliezen. In dezelfde zin, Walter, NJW 1978, p. 1158. Vergelijk ook Gerlach 1989, p. 249, die overigens wel aangeeft dat dit soort normen, die zich richten op autoriteiten, niet zonder meer in een individueel geval uitsluitsel kunnen geven.

89 Zie BGH NJW 1983, 2935, op p. 2936-2937; Staudinger/Roth 1996, § 906, Rdn. 177, en Kargados, FS Baumgärtel 1990, p. 190. Deze gedachte is in lijn met de bewijsrisico-omkering in geval van 'Beweisvereitelung', waarover Baumgärtel 1996, Rdn. 109 e.v.

90 Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 189. Bovendien zal de gedaagde veelal toch met deze gegevens moeten komen, omdat, bij een vordering ex § 823 BGB, op hem het bewijsrisico rust dat hem geen 'Verschulden' treft, zie par. 4.5.

91 BGHZ 70, 102, op p. 111. Vergelijk Walter, NJW 1978, p. 1159, die meent dat 'overwegende waarschijnlijkheid' in dit soort gevallen voldoende moet zijn.

92 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 11.

93 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77, en par. IV.2.2.

aansprakelijkheid zou leiden door de afwezigheid van schuld. Dat ligt hieraan dat ook dat laatste element al bij de belangenafweging meegewogen zal zijn.[94]

Naar *Engels* recht ligt de verwijtbaarheid, voor zover daarvan al te spreken valt, besloten in het niet voorzien hebben van de schade, hetgeen bij 'nuisance' naar mijn mening onder het causale verband te rangschikken is (par. 2.2). Dat de schade voorzienbaar was, dient de eiser te bewijzen. 'Fault' speelt daarnaast nog een rol voor zover bij de beoordeling van de 'unreasonableness' meeweegt of de gedaagde alles eraan gedaan heeft om de hinder tot een minimum te beperken.[95]

Naar *Frans* recht is niet van belang of de gedaagde een verwijt te maken valt. Het gaat er alleen om of de hinder 'anormal' is.[96] Zelfs aantonen dat er niet onzorgvuldig gehandeld is, verandert niets aan die situatie.[97] De aansprakelijkheid op basis van 'trouble de voisinage' is puur objectief.[98] Datzelfde geldt in *Duitsland*. De aanwezigheid van 'Verschulden' speelt bij de vordering op basis van § 906 BGB geen enkele rol.[99]

2.6 *Disculpatie*

Het enkele feit dat de veroorzaker van de hinder zijn eigendomsbevoegdheden uitoefende, kan in *Nederland* niet als rechtvaardigingsgrond aangevoerd worden. Datzelfde lijkt te gelden met betrekking tot een verleende vergunning, maar zo'n vergunning kan wel van invloed zijn op de vraag of de handeling geduld moet worden.[100] Dat een algemeen belang gediend wordt door de activiteit is op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond die de onrechtmatigheid wegneemt.[101] Andere rechtvaardigingsgronden, zoals bijvoorbeeld overmacht, zijn wel gewoon van toepassing. Op basis van art. 6:101 BW kan ook eventueel de eigen schuld van de benadeelde ingeroepen worden. Naar de hoofdregel zal de gedaagde zijn stellingen daaromtrent moeten bewijzen. Overigens, deze rechtvaardigingsgronden zullen veelal meegewogen worden in de oorspronkelijke belangenafweging.

Indien 'nuisance' als grondslag voor aansprakelijkheid naar *Engels* recht wordt opgevoerd, staan er voor de gedaagde een aantal 'defences' open. Naast toestemming van de eiser, 'contributory negligence', daden van een 'trespasser' en overmacht (te bewijzen door de gedaagde),[102] is een belangrijke mogelijke

94 Vergelijk ook mijn beschouwingen over aansprakelijkheid op basis van een belangenafweging, en de rol van schuld daarin, in hoofdstuk IX.
95 Rogers, A & V 1994, p. 66.
96 Zie Civ. 3e, 27 novembre 1996, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 54.
97 Dejean de la Bâtie 1989, no. 51.
98 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3292.
99 BGH VersR 1997, 1496, op p. 1497; Schmidt-Salzer 1992, Einf., Rdn. 66.
100 Davids 1999, p. 18 en 26.
101 Onrechtmatige Daad (Lindenbergh) VIII.3, aant. 15.
102 Overmacht en eigen schuld zijn beperkt bruikbaar, zie Buckley 1996, p. 114-115 en 118 e.v.

'defence' gelegen in het feit dat het gedrag toegestaan is op basis van bepaalde wetgeving.[103] Die 'toestemming' moet door die wettelijke regel wel expliciet of noodzakelijk geïmpliceerd verleend zijn.[104] Andere feiten die eventueel als rechtvaardiging zouden kunnen dienen, zoals bijvoorbeeld het gegeven dat de hinder al bestond voordat de eiser zijn intrede deed, dat de activiteit nuttig was of dat de 'nuisance' ontstond door de gecombineerde daden van meer personen, vormen geen voldoende gronden om aansprakelijkheid uit te sluiten.[105]

Aansprakelijkheid naar *Frans* recht zal niet tegengegaan kunnen worden op basis van het enkele feit dat de dader zijn eigendomsrechten uitoefent[106] of dat de bevoegde autoriteit een vergunning afgegeven heeft.[107] Het staat de gedaagde wel vrij een beroep op overmacht[108] of op eigen schuld van de eiser te doen.[109]

Als naar *Duits* recht aan alle voorwaarden voor een vergoeding op basis van § 906 BGB is voldaan, is er nauwelijks nog ruimte voor een beperking van die aanspraak. De belangen zijn immers in de voorafgaande fase al voldoende afgewogen. Nu ook de gevallen waarin het gaat om een eenmalige uitstoot in plaats van uitstoot gedurende een bepaalde periode, onder deze regeling gebracht zijn, is de weg naar bijvoorbeeld een beroep op overmacht vrijwel afgesloten.[110]

3 Risico-aansprakelijkheid

3.1 Inleiding[111]

De hierna behandelde risico-aansprakelijkheden reguleren de verhouding tussen particulieren en ondernemingen. De afweging van belangen door de Nederlandse

103 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 526-527; Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 18-56 e.v.; Buckley 1996, p. 99 e.v.

104 Markesinis & Deakin 1999, p. 442. De vraag rijst dan of het gedrag binnen de uitoefening van de 'statutory power' valt. Als er substantiële hinder voortspruit uit het gedrag, zal dat niet het geval zijn, tenzij de hinder een 'inevitable consequence' van de activiteit is. Die 'inevitability' moet de gedaagde bewijzen. Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 526; Markesinis & Deakin 1999, p. 442.

105 Buckley 1996, p. 99 en 115 e.v.; Markesinis & Deakin 1999, p. 443-444; Winfield & Jolowicz 1998, p. 523 e.v.; Cane 1997, p. 149. Hoewel het feit dat de 'nuisance' er al was toen de huurder introk, geen 'defence' is, kan een vordering dan wel afgewezen worden, omdat de huurder dan vanaf het begin een gebrekkige woning gehuurd heeft, hetgeen voor zijn risico komt, zie *Baxter* v. *Camden London Borough Council* [1999] 1 All ER 237, en *Southwark BC* v. *Mills* [1999] 4 All ER 449.

106 Zie Civ. 3e, 27 novembre 1996, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 54.

107 Viney/Jourdain 1998, no. 952; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3313; Dejean de la Bâtie 1989, no. 56; Martin 1978, no. 82 e.v.

108 Martin 1978, no. 47.

109 Dat laatste kan spelen indien de eiser zich vestigt in een industriegebied. Aldus accepteert hij de risico's daarvan. Zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3312.

110 Bälz, JZ 1992, p. 58.

111 Ik behandel hier alleen de mijns inziens meest belangrijke risico-aansprakelijkheden en ga voorbij aan de vormen van risico-aansprakelijkheid in speciale (publiekrechtelijke) regelingen.

wetgever heeft ertoe geleid dat bijvoorbeeld de bedrijfs- en beroepsmatige gebruikers van gevaarlijke stoffen, naast de lusten (het profijt) ook de lasten van dat gebruik zullen moeten dragen.[112] Daarnaast speelt mee dat het hier om bronnen van verhoogd gevaar gaat.[113]

3.2 Risico voor wat?

In *Nederland* bestaan er een aantal vormen van risico-aansprakelijkheid die hier van belang kunnen zijn. De artt. 6:175, 176 en 177 BW[114] vestigen een risico-aansprakelijkheid[115] voor de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker of houder van gevaarlijke stoffen,[116] de exploitant van een stortplaats en de exploitant van een boorgat. In het navolgende zal ik mij voornamelijk richten op art. 6:175 BW als het meest algemene van voornoemde artikelen.

Wanneer is de gebruiker van een stof aansprakelijk? Indien hij een stof gebruikt in zijn bedrijf waarvan bekend is dat deze zodanige eigenschappen heeft, dat die een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, en dat gevaar zich verwezenlijkt.[117] De eiser zal dus allereerst moeten aantonen dat de gedaagde een stof onder zich had of gebruikte, dat dat gebeurde bij de uitoefening van een beroep of bedrijf, en dat die stof een bijzonder gevaar van ernstige aard oplevert.[118] Dat laatste is door de wetgever vereenvoudigd door te bepalen dat daaraan voldaan is indien de stof ontplofbaar, oxiderend, ontvlambaar of giftig is volgens de regels van art. 34 lid 3 Wet milieugevaarlijke stoffen.[119] De eiser moet verder bewijzen dat het bijzondere gevaar zich verwezenlijkt heeft. Om die 'verwezenlijking' aan te kunnen tonen, zal een bepaalde gebeurtenis waarbij dat bijzondere gevaar een rol speelde, aangewezen moeten kunnen worden.[120]

---

112 Zie Klaassen 1991, p. 125, en Spier c.s. 1997 (Spier), no. 113. De eventuele aansprakelijkheid van particulieren in verband met de omgang met gevaarlijke stoffen, valt onder het regiem van de schuldaansprakelijkheid die in par. 4 aan bod komt.

113 Zie Klaassen 1991, p. 124, en *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 6.

114 Ik ga hier, om de hoofdlijnen niet uit het oog te verliezen, voorbij aan de andere risico-aansprakelijkheden uit afd. 6.3.2. BW, zie Van Acht/Bauw 1996, p. 91 e.v., en aan de mogelijkheden om afdeling 6.3.3 BW (productaansprakelijkheid) aan te wenden om milieuschade te verhalen, zie daarover onder andere Braams, M & R 1991, p. 386 e.v.

115 Spier/Sterk 1995, p. 9.

116 Of de bewaarder, dan wel de leidingbeheerder (art. 6:175 lid 2 en 3).

117 De aansprakelijkheid is gerelateerd aan 'bronnen van verhoogd gevaar', zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 6.

118 Het bewijsrisico rust op de eiser nu deze over het algemeen het intreden van het risico waarvoor aansprakelijkheid bestaat, zal moeten bewijzen, zie Sterk 1994, p. 238. Ook op dat vlak kan dan weer met vermoedens gewerkt worden.

119 Ook zijn die stoffen gevaarlijk die opgenomen zijn in het Uitvoeringsbesluit aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging. Zie art. 1 van het Besluit van 15 december 1994, Stb. 1994, 888.

120 Spier/Sterk 1995, p. 32.

Een twistpunt met betrekking tot de verdeling van het bewijsrisico vormen de woorden 'waarvan bekend is'. Deze zijn als voorwaarde voor aansprakelijkheid opgenomen in art. 6:175 BW (maar niet in de artt. 6:176 en 177 BW), met als gevolg dat naar de hoofdregel de eiser die bekendheid[121] zou moeten aantonen. De memorie van toelichting stelt echter:

> '(...) dat rekening gehouden moet worden met de stand van de techniek. Het is derhalve een *bevrijdend verweer* dat niet bekend was dat de stof de betreffende gevaarlijke eigenschap had.'[122] (curs. IG)

Iets wringt hier. Of 'bekendheid' is een voorwaarde voor aansprakelijkheid, te bewijzen door de eiser, of 'onbekendheid' is een verweermiddel ten aanzien waarvan de gedaagde het bewijsrisico draagt. Spier en Sterk, evenals Van Acht en Bauw, menen dat de eiser het bewijsrisico draagt.[123] Messer beweert dat dat niet de bedoeling kan zijn geweest en gaat er verder vanuit dat het hier om een verweer gaat.[124] De wettekst zelf zal hier in principe doorslaggevend zijn, maar de opvatting uit de memorie van toelichting is goed verdedigbaar. Over de stand van de wetenschap en de techniek wordt immers altijd gesproken in termen van een verweermiddel, getuige ook art. 6:185 lid 1 sub e BW.[125] Bovendien kan erop gewezen worden dat als binnen een risico-aansprakelijkheid via de 'state of the art' al een element van al dan niet zorgvuldig handelen wordt opgenomen,[126] dat toch zeker niet meer dan een bevrijdend verweer zou mogen zijn, zodat de eiser niet wordt belast met het bewijsrisico ten aanzien van dat element.[127] Door de eiser wel het bewijsrisico op te dragen, lijkt men voorbij te gaan aan het doel van de regeling.[128]

---

121 Het gaat dan om bekendheid binnen de kring van personen die in het maatschappelijke verkeer met die stof te maken hebben, zie Spier en Sterk, TMA 1991, p. 166; Van Dam 2000, nr. 1303.

122 *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 42.

123 Spier/Sterk 1995, p. 46; Van Acht en Bauw, NTBR 1994, p. 49 (noot 33); Sterk 1994, p. 238 en 287; Bauw 1994, p. 223.

124 Messer 1994, p. 31 (noot 131).

125 Het is overigens nog maar de vraag hoe succesvol een 'state of the art'-verweer zal kunnen zijn. Het is denkbaar dat de *Cijsouw/De Schelde I*-regel (HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS) ook hier toegepast wordt, zodat de vervuiler aansprakelijk is als andere gevaren wel al bekend waren, zie Vranken, Brunner-bundel 1994, p. 422, terwijl bovendien de zorgvuldigheidseisen die aan handelingen in het verleden worden verbonden, erg zwaar zijn, vergelijk HR 2 oktober 1998, RvdW 1998, 172 (De Schelde/Cijsouw II), en in algemene zin daarover Van Boom/Barendrecht, BW-krant 2000, p. 45 e.v.

126 Vergelijk Bergkamp, Oratie 1998, p. 32; Messer 1994, p. 88 e.v., en Van Slooten, AA 1992, p. 243, die helder schetst hoe 'state of the art' en onzorgvuldigheid via 'bekendheid' verbonden zijn.

127 Vergelijk ook artt. 8 en 35 van het Milieuschadeverdrag welke de mogelijkheid openen het 'state of the art'-verweer als verweermiddel op te nemen.

128 Het zou mijns inziens beter zijn om het bewijsrisico expliciet om te keren en op de gedaagde te laten rusten, mede gezien het algemeen aanvaarde vermoeden van schuld (zie par. IV.2.2). Zo zou in elk geval voorkomen worden dat het bewijsrisico voor de eiser bij deze risico-aansprakelijkheid nog zwaarder is dan bij een gewone schuldaansprakelijkheid, omdat in die gevallen een

De omvang van dit probleem is overigens beperkt, omdat art. 6:175 lid 6 BW bepaalt dat ten aanzien van de stoffen die opgenomen zijn in de daar genoemde AmvB, geldt dat aan de bekendheidseis voldaan is.[129] Daarnaast gaan in elk geval Van Acht en Bauw ervan uit dat de rechter op basis van art. 177 Rv (alsnog) zal bepalen dat het bewijsrisico op de gedaagde rust.[130] Mits daartoe een voldoende sterke rechtvaardiging bestaat, welke in de hierboven gegeven argumenten gevonden zou kunnen worden, kan ik daarin meegaan. Ik acht bovenstaande argumenten overigens in elk geval sterk genoeg om een aanvullende stelplicht van de gedaagde ten aanzien van de bekendheid te kunnen aannemen.[131]

Ook naar *Engels* recht is in bepaalde gevallen van milieuverontreiniging een beroep mogelijk op een risico-aansprakelijkheid. Op basis van de beslissing in *Rylands v. Fletcher*[132] kan een 'vervuiler' eventueel aan een risico-aansprakelijkheid onderworpen zijn:

> 'We think that the true rule of law is, that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape.'

Op basis van deze regel is het niet nodig dat de eiser 'negligence' van de gedaagde bewijst.[133] Uit latere rechtspraak blijkt dat deze regel alleen van toepassing is indien er sprake was van een 'escape' van het land van gedaagde naar een plaats buiten zijn controle, van 'iets' dat gevaarlijk is.[134] Een dergelijke 'escape', in geïsoleerde vorm, is het kenmerkende element van deze 'tort' en vormt het verschil ten opzichte van 'nuisance'.[135] De 'escape' en de gevaren die daaraan verbonden zijn, zal de

---

schuldvermoeden bestaat. Echter, ook aan zo'n regeling staat de wettekst in de weg.

129 Van Acht/Bauw 1996, p. 76-77.

130 Van Acht/Bauw 1996, p. 77-78. Zie ook Sterk 1994, p. 238-239, die een heilzame werking van vermoedens verwacht.

131 Zie daarover noot 228 hierna.

132 *Rylands* v. *Fletcher* (1866) L.R. 1 Ex. 265, op p. 279, bevestigd door het House of Lords in (1866) L.R. 3 H.L. 330.

133 Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 19-01; Winfield & Jolowicz 1998, p. 544; Weir, Fleming-bundel 1998, p. 107, en expliciet *Cambridge Water Co. Ltd.* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 73. Het gaat derhalve om een 'strict liability', zie ook Markesinis & Deakin 1999, p. 500. Anders: Cane 1997, p. 144, in noot 25. Vergelijk ook Cane 1999, p. 82, die aangeeft dat deze 'tort' op zich een 'strict liability' behelst, maar door de rechtspraak toch een vorm van 'negligence' vereist wordt.

134 Zie *Read* v. *Lyons* [1947] A.C. 156, en Markesinis & Deakin 1999, p. 496-497. Op basis daarvan is duidelijk dat het hier niet gaat om een vorm van 'strict liability' voor alle gevallen van 'dangerous activities'. Zo ook Lord Goff in *Cambridge Water Co. Ltd.* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53.

135 Zie *Cambridge Water Co. Ltd.* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 76, waarin ook gezegd wordt dat er in casu geen 'isolated escape' was en dat het derhalve eigenlijk om een 'nuisance' ging. Een 'escape' die zich over een bepaalde periode uitstrekt, zoals het lekken van een giftige stof, valt dus niet onder deze regel, hetgeen de toepasselijkheid ervan in milieuzaken

eiser moeten bewijzen. Dingen die gevaarlijk zijn als ze ontsnappen, zijn bijvoorbeeld water, gas, vuur en elektriciteit. Een cricketbal die buiten het terrein geslagen wordt, is dat niet.[136]

Het House of Lords bracht overigens een beperking aan op deze regel door de toevoeging dat er van 'non-natural use' van het land sprake moet zijn.[137] Of een bepaald gebruik van land natuurlijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder tijd en plaats.[138] In de *Cambridge Water*-zaak werd echter door Lord Goff de hoop uitgesproken dat dit criterium niet langer gebruikt zou worden om het bereik van de regel te beperken. Zulks zou ook niet meer nodig zijn omdat in die zaak tevens bepaald werd dat ook onder de *Rylands* v. *Fletcher*-regel de voorzienbaarheid van schade (zie par. 3.4) een rol speelt.[139] Uit diezelfde uitspraak is ook van belang dat het opslaan van grote hoeveelheden chemicaliën beschouwd wordt als een welhaast klassiek voorbeeld van 'non-natural use'.

Naar *Frans* recht kan in bepaalde gevallen van milieuschade art. 1384 al. 1 Cc en de daarbij behorende 'présomption de responsabilité', ingeroepen worden.[140] Bij migratie van verontreiniging van het ene perceel naar het andere, heeft de zaak immers aan de schade bijgedragen.[141] De gevallen waarin art. 1384 al. 1 Cc toegepast kan worden, zullen echter zeldzaam zijn, omdat het in veel gevallen moeilijk zal zijn de vervuiler als 'gardien' te zien.[142] Als het om afval gaat, is dat overigens makkelijker, omdat afval wel als 'chose' gezien kan worden en zo'n zaak aan iemand toebehoort of toebehoorde.[143] Gezien het feit dat zich met betrekking tot art. 1384 Cc voor het overige geen bijzonderheden voordoen, laat ik deze grondslag in het vervolg van deze paragraaf rusten.[144]

In *Duitsland* bestaat er sinds 1991 een speciale wet die een risico-aansprakelijkheid voor milieuvervuiling invoert.[145] Deze 'Gesetz über die Umwelthaftung'

---

sterk reduceert. Zie hierover ook Buckley 1996, p. 52-53.

136 Zie de rechtspraak genoemd in Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 19-07 en 19-08.

137 *Rylands* v. *Fletcher* (1866) L.R. 3 H.L. 330, op p. 338-340.

138 *Read* v. *Lyons* [1947] A.C. 156, op p. 176.

139 *Cambridge Water Co. Ltd.* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 79. Zie ook Cane 1997, p. 49, die ervan uit lijkt te gaan dat de gedaagde de afwezigheid van voorzienbaarheid moet bewijzen, en verder Buckley 1996, p. 55, alsmede Weir, Fleming-bundel 1998, p. 104 en 107, alwaar deze aangeeft dat het bereik van de 'tort' door de inperking van 'non-natural use' verruimd is. Zo ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 541.

140 Vergelijk Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 4060, en Lambert-Faivre 1996, no. 698.

141 Het voorbeeld is ontleend aan Sterk 1994, p. 72.

142 Prieur 1991, no. 934; Viney, JCP 1996, éd. G, III, 3900, p. 41. Beide auteurs wijzen echter ook op de vergaande bescherming die art. 1384 Cc, indien wel van toepassing, biedt. Vergelijk ook Viney 1998, p. 7.

143 Martin, R.I.D.C. 1992, p. 68.

144 De regels van bewijsrisicoverdeling zijn beschreven in par. IV.2.4.

145 Zie bijvoorbeeld Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 442, en Marburger, AcP 1992, p. 17. Ik ga voorbij aan de al langer bestaande regeling in § 22 Wasserhaushaltgesetz die een risico-aansprakelijkheid ten laste van de watervervuiler in het leven roept, daarover Larenz/Canaris 1994, p. 631 e.v., en Deutsch 1995, Rdn. 396 e.v., alsmede aan de mogelijkheden een beroep te doen

(UmweltHG), welke bedoeld is om de gaten in de civielrechtelijke bescherming tegen milieuvervuiling te dichten,[146] bepaalt in § 1:

> 'Wird durch eine Umwelteinwirkung, die von einer im Anhang 1 genannten Anlage ausgeht, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.'

Wat onder een 'Umwelteinwirkung' te verstaan is, wordt uitgewerkt in § 3 UmweltHG: de schade moet door stoffen, geruis, druk of iets dergelijks, die zich verspreid hebben via bodem, water of lucht veroorzaakt zijn. 'Anlagen' (installaties) worden omschreven als vaste inrichtingen, alsmede machines en dergelijke, die daarmee in samenhang staan.[147] Aansprakelijkheid kan alleen intreden indien een recht of rechtsgoed beschadigd is.

De aansprakelijkheid op basis van § 1 UmweltHG is niet afhankelijk van het bestaan van 'Verschulden', noch van het al dan niet gehandeld hebben op basis van de stand van de wetenschap en techniek.[148] Het gaat om een 'Kausalhaftung' of 'Verursachungshaftung'.[149] De eiser zal moeten aantonen dat het daadwerkelijk om een 'Anlage' gaat, dat de aangesprokene de 'Inhaber' daarvan is en dat een van zijn rechtsgoederen beschadigd is.[150]

Van belang in verband met de bewijspositie van de eiser is nog dat deze op basis van de §§ 8 en 9 UmweltHG informatie kan opvragen van de 'Inhaber' en van de vergunningverlenende instantie om zo zijn schadevergoedingsaanspraak te kunnen doorzetten.[151] Voorwaarde is wel dat er feiten bekend zijn die de overtuiging kunnen staven dat deze 'Anlage' schade veroorzaakt heeft en dat daadwerkelijk schade geleden is. Voor het eerste is volledig bewijs - dat die aanname gewettigd is, niet dat de 'Inhaber' de veroorzaker is - door de eiser nodig,

---

op de regeling van de productaansprakelijkheid, zie Hager, JZ 1990, p. 397.

146 Hager, NJW 1991, p. 135; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 431. De andere aansprakelijkheidsgrondslagen blijven gewoon bestaan, aldus § 18 UmweltHG.

147 Wat verder 'Anlagen' zijn, wordt gespecificeerd in Anhang 1 bij de wet, alwaar een lijst van 'Anlagen' is opgenomen.

148 Over dat laatste, Schieber, VersR 1999, p. 817.

149 Deutsch, JZ 1991, p. 1098, respectievelijk Schmidt-Salzer 1992, § 1, Rdn. 6.

150 Zie bijvoorbeeld Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 16.

151 Een op deze bepalingen gebaseerde regeling is opgenomen in art. 16 van het Milieuschadeverdrag van de Raad van Europa. De eiser dient dan aan te tonen dat hij schade geleden heeft, zie Messer 1994, p. 213. In hoeverre een verband met de gedaagde aangetoond moet worden, blijft onduidelijk. Een regeling van gelijke strekking is die van de nieuwe Mijnbouwwet, waarbij de gelaedeerde gratis advies van de Technische commissie bodembeweging kan vragen teneinde het algemene causale verband te kunnen vaststellen, zie hierover *Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 7, p. 43 en 44, en Goedmakers, TMA 2000, p. 163.

voor het tweede ook.[152] Het begrip 'Anlage' moet hier ruim gezien worden. Het is voldoende dat het gedaagde bedrijf tot de bedrijfstak behoort die de schade veroorzaakt heeft.[153] De te verstrekken informatie betreft die welke ziet op de gebruikte inrichtingen, de aard en concentratie van de gebruikte stoffen en de overige 'Einwirkungen'. De vordering wordt afgewezen als het belang van de gedaagde bij geheimhouding overwegend is, of als deze een geheimhoudingsplicht heeft. De sanctie op het niet-voldoen aan deze plicht tot informatieverstrekking lijkt gelegen te zijn in de regeling van de 'Beweisvereitelung', te weten een vermoeden ten nadele van de gedaagde.[154]

3.3 Schade

Art. 6:175 BW ziet op schade aan personen of zaken, maar dat betekent niet dat daarmee een wijziging van het *Nederlandse* recht ten opzichte van afdeling 6.1.10 BW bedoeld is. Echter, de enkele aantasting van de lucht of de zee kan niet als aantasting van een zaak gezien worden,[155] terwijl zuivere vermogensschade niet onder de regeling begrepen lijkt te zijn.[156] Opvallend is verder nog het nieuwe art. 6:184 BW, waarin buiten twijfel wordt gesteld dat ook de kosten van preventieve maatregelen vergoedbaar zijn. Daarmee is echter geen verandering ten opzichte van art. 6:96 lid 2 BW bedoeld.[157] De eiser moet de schade bewijzen.[158]

Voor aansprakelijkheid naar *Engels* recht op basis van *Rylands* v. *Fletcher* dient de eiser zijn schade te bewijzen, want deze 'tort' is niet 'actionable per se'.[159] Van belang daarbij is vooral dat het onzeker is of letselschade vergoedbaar is. In *Read* v. *Lyons*[160] werd namelijk door Lord MacMillan in een *obiter dictum* gezegd dat zulks niet mogelijk zou zijn.[161]

Naar de regeling van de *Duitse* UmweltHG moet de beschadiging van een rechtsgoed tot personen- of zaakschade geleid hebben. Welke schade, en tot welk bedrag (tot een bepaald plafond), voor vergoeding in aanmerking komt, is geregeld in de §§ 12-15 UmweltHG voor wat betreft personenschade. Voor zaakschade

152 Schmidt-Salzer 1992, § 8, Rdn. 31 e.v. en 10. Dat komt de effectiviteit van deze aanspraken uiteraard niet ten goede: bewijs is nodig om informatie te verkrijgen die van nut kan zijn bij de bewijslevering, vergelijk Diederichsen, PHi 1992, p. 167, en Lytras 1995, p. 473. Zie hierover ook nog Möllers 1996, p. 365.

153 Schmidt-Salzer 1992, § 8, Rdn. 45.

154 Zie Möllers 1996, p. 245 en 373; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 17.

155 Van Acht/Bauw 1996, p. 78-79. Ten aanzien van vissterfte kan dat wel, zie Sterk 1994, p. 276.

156 Spier c.s. 1997 (Spier), no. 118. Weifelend: Sterk 1994, p. 275-276.

157 *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 57. Zie hierover ook Sterk 1994, p. 278.

158 Spier/Sterk 1995, p. 32.

159 Zulks volgt uit de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, zie par. IV.2.3.

160 *Read* v. *Lyons* [1947] A.C. 167.

161 Vergelijk hierover Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 19-15. Weir, Fleming-bundel 1998, p. 107, meent dat letselschade niet via *Rylands* te verhalen is. Zo ook Buckley 1996, p. 53-54; Markesinis & Deakin 1999, p.503; Winfield & Jolowicz 1998, p. 547.

gelden de algemene regels en § 15 UmweltHG. Zuivere vermogensschade en immateriële schade blijven onvergoed.[162] Bovendien komt alleen die schade voor vergoeding in aanmerking die een verwezenlijking van het 'Umweltgefahr' vormt.[163] Het bewijsrisico ligt naar de hoofdregel bij de eiser. Vermeldenswaard is nog dat § 16 bepaalt dat als de beschadiging van een zaak ook een benadeling van de natuur of het landschap vormt, de herstelkosten daarvan voor vergoeding in aanmerking komen. Het enkele feit dat die kosten de waarde te boven gaan, is daarbij, in afwijking van de gebruikelijke beoordeling op basis van § 251 BGB, onvoldoende om van vergoeding af te kunnen zien.

3.4 Causaal verband[164]

In principe dient in *Nederland* de eiser, ook onder het regime van een risico-aansprakelijkheid, te bewijzen dat er causaal verband bestaat tussen de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis en de schade.[165] Ten aanzien van art. 6:175 BW komt dat hierop neer dat het causale verband tussen de verwezenlijking van een bijzonder gevaar en de schade dient vast te staan.

Dat deze vorm van aansprakelijkheid specifiek aanknoopt bij de verwezenlijking van bijzondere gevaren van ernstige aard door stoffen die zodanige eigenschappen bezitten, is ten aanzien van het causale verband van groot belang. De in de jurisprudentie ontwikkelde regel dat dat verband in principe gegeven is indien door een onrechtmatige gedraging een bepaald risico geschapen is en dit specifieke risico zich verwezenlijkt,[166] sluit immers nauw aan bij deze norm voor onrechtmatig handelen. Nu door het gebruik van gevaarlijke stoffen, zeker als dat gevaar bekend was, altijd bepaalde risico's in het leven geroepen worden, is het causale verband ook gegeven op het moment dat zich dat risico verwezenlijkt. Aldus valt de vaststelling van het causale verband eigenlijk samen met de vaststelling van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis. Dat hierin een voor de eiser gunstige regeling schuilt, zeker in milieuzaken waar de vaststelling van het causale verband normaal gesproken veel problemen oplevert, moge duidelijk zijn.

---

162 Hager, NJW 1991, p. 136; Schmidt-Salzer 1992, § 12-14, Rdn. 4. In de toekomst wordt vergoeding van immateriële schade wel mogelijk, zie Müller, ZRP 1998, p. 260-261.

163 Deutsch, JZ 1991, p. 1099.

164 Op de specifieke problemen met betrekking tot het bewijs van causaal verband in milieu-aansprakelijkheidszaken, zal uitgebreid worden ingegaan in par. 4.4 nu die problemen voor alle grondslagen in wezen hetzelfde zijn.

165 Spier/Sterk 1995, p. 32.

166 Zie daarover Giesen 1999, p. 66 e.v., en par. IV.2.2 en de daar aangehaalde rechtspraak. Deze gedachte wordt versterkt doordat het ook hier veelal om veiligheidsnormen, gericht op het tegengaan van gezondheidsschade, zal gaan, zie Van Acht/Bauw 1996, p. 123. Waar het gaat over de mogelijkheid van een vordering op basis van art. 6:162 BW, wordt ook in *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 10 en 15, die koppeling gelegd. Zie ook Kottenhagen-Edzes 1992, p. 159 e.v.

Aan deze redenering zou wellicht tegengeworpen kunnen worden dat deze bewijsrisicoregel niet van toepassing kan zijn bij risico-aansprakelijkheden.[167] Bij die vormen van aansprakelijkheid wordt immers geabstraheerd van de onrechtmatigheid van de gedraging, terwijl die onrechtmatigheid voor toepassing van deze regel juist wezenlijk is; de onrechtmatigheid is immers hét aanknopingspunt voor toepassing ervan.[168] Mijns inziens is dat argument echter niet te verenigen met de onmiskenbare trend in de rechtspraak om de reikwijdte van deze regel vooral niet te beperkt op te vatten.[169]

De risico-aansprakelijkheid naar *Engels* recht op basis van *Rylands* v. *Fletcher* vereist ook causaal verband, en wel tussen de 'escape' en de 'damage'. Naast *conditio sine qua non*-verband is ook hier juridisch causaal verband vereist, hetgeen naar Engels recht de kwestie van 'remoteness of damage' betreft. In dat kader werd de Engelse rechter een aantal jaren geleden de vraag voorgelegd of voorzienbaarheid zo'n voorwaarde is. Het House of Lords antwoordde dat 'foreseeability of damage of the relevant type' inderdaad een voorwaarde voor aansprakelijkheid is.[170] Daaruit lijkt te volgen dat niet zozeer de 'escape' als wel het soort schade dat daaruit zou voortvloeien als er een 'escape' zou zijn, voorzienbaar dient te zijn.[171] Aldus wordt het element 'schuld', dat onlosmakelijk met voorzienbaarheid verbonden is (par. 2.2 en 3.2), buiten de deur gehouden en blijft deze vorm van aansprakelijkheid 'strict'.[172] Naar de hoofdregel dient de eiser het causale verband, en dus de voorzienbaarheid van dit soort schade, te bewijzen.

De meest spraakmakende bepalingen van de *Duitse* Umwelthaftungsgesetz zijn die betreffende het causale verband. De §§ 6 en 7 vestigen voor bepaalde gevallen een 'vermoeden' van causaal verband,[173] alsmede een aantal uitzonderingen daarop. § 6 Abs. I UmweltHG bepaalt ten eerste dat het (individuele) causale verband tussen de schade en de 'Anlage' vermoed wordt indien die 'Anlage'

---

167 Dat zou aansluiten bij de in de rechtspraak wel eens gepropageerde terughoudendheid bij de vaststelling van het causale verband als het om een risico-aansprakelijkheid gaat, zie HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509 nt. GJS (Amercentrale), waarover onder andere Sterk 1994, p. 270 e.v.

168 Vergelijk Lytras 1995, p. 239 en 243-246, die aangeeft dat het causale verband niet los gezien kan worden van de onrechtmatigheid. Risicoverhoging kan tot toerekening aanleiding geven als andere factoren, zoals wederrechtelijkheid en schuld, daarvoor spreken. Dat nu is bij risico-aansprakelijkheid niet mogelijk.

169 Vergelijk met name HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), waarover Giesen 1999, p. 66 e.v., en de recente bevestiging van dat arrest in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.).

170 Zie *Cambridge Water Co. Ltd.* v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53, op p. 76. Zie ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 544.

171 Markesinis & Deakin 1999, p. 500; Weir, CLJ 1994, p. 217.

172 Zoals het House of Lords in de *Cambridge Water*-zaak zelf ook aangeeft, zie [1994] 1 All ER 53, op p. 73. Ten aanzien van 'nuisance' kwam ik eerder al tot dezelfde conclusie; ook daar hoort de 'foreseeability' thuis bij het causale verband, zie par. 2.2.

173 En dus een 'Haftungsvermutung' nu het om een 'Kausalhaftung' gaat, zie Deutsch, JZ 1991, p. 1100. Het gaat hierbij overigens om het 'haftungsbegründende' causale verband, zie Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 24; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 18.

naar de omstandigheden van het geval *geëigend* is de ontstane schade (in het algemeen) te veroorzaken, waarbij onder andere[174] gelet dient te worden op de bedrijfsvoering, de gebruikte inrichtingen, de aard en concentratie van benutte stoffen, de tijd en plaats, de weersomstandigheden en het schadebeeld. Dat die omstandigheden bestaan én dat deze het vermoeden rechtvaardigen, dient de eiser te bewijzen.[175] De in § 6 UmweltHG neergelegde regel geldt ook indien meerdere 'Anlagen' in concreto geëigend waren de ontstane schade te veroorzaken. In zo'n geval wordt vermoedt dat de aangesproken inrichting in elk geval 'mitursächlich' was voor de schade.[176]

Op deze bepaling, die aan de bewijsnood van de eiser tegemoet wil komen,[177] is de nodige kritiek geuit.[178] Gottwald vraagt zich bijvoorbeeld af of deze regel 'irgendetwas nützt' nu voorwaarde voor toepassing ervan is dat de algemene causale samenhang tussen 'Anlage' en schade door alle omstandigheden van het concrete geval gegeven is. Als dat vaststaat, is volgens hem de geëigendheid in het individuele geval ook bewezen. En als dat zo is, is het vermoeden van § 6 UmweltHG niet meer nodig omdat het causale verband dan ook zonder dat vermoeden vooralsnog bewezen is.[179] Daarbij lijkt Gottwald er echter aan voorbij te gaan dat het hier niet om een 'gewoon' vermoeden gaat, maar om een verschuiving van het bewijsrisico.[180] Dat is hier relevant, want daardoor zullen de eisen die aan het te leveren tegendeelbewijs gesteld worden, zwaarder worden.

Schmidt-Salzer ziet dit vermoeden dan ook anders. Zijns inziens dient de eiser de abstracte en concrete causaliteit te bewijzen, waarna het vermoeden van individuele causaliteit zijn intrede doet.[181] Daarbij komt nog dat zijns inziens de algemeen erkende vormen van bewijsrisicoverlichting ook bij de twee eerstgenoemde vormen van causaliteit een rol kunnen spelen.[182] Ook Schmidt-Salzer meent dat § 6 UmweltHG wellicht niet zo spectaculair is als deze op het eerste gezicht lijkt, nu het Bundesgerichtshof zonder die bepaling waarschijnlijk tot dezelfde uitkomst zou zijn gekomen.[183]

---

174 De omstandigheden zijn niet-limitatief opgenomen in de wet, zie Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 10.

175 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 16; Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 4.

176 Zie Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 15-17. De verdere verdeling van de vergoedingsplicht geschiedt dan aan de hand van § 830 Abs. I Satz 2 BGB, *ibid.*, Rdn. 26.

177 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 1.

178 Zie voor een overzicht, Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 37. Vergelijk ook Marburger, AcP 1992, p. 24.

179 Gottwald, FS H. Lange 1992, p. 455-456. Zo ook Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 4, en Lytras 1995, p. 474-476.

180 Zie Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 211; Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 5, en hierna.

181 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 51-57. In gelijke zin OLG Düsseldorf VersR 1995, 551.

182 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 110.

183 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 200.

Inmiddels heeft het Bundesgerichtshof getoond tot op zekere hoogte gevoelig te zijn voor de kritieken en aangegeven dat het niet van plan is § 6 UmweltHG te laten doodbloeden. De lagere rechter dient namelijk zoveel mogelijk informatie te verzamelen, bijvoorbeeld via deskundigenberichten, om zo tot een gedegen beslissing over het causale verband te kunnen komen. Bovendien mogen aan de stelplicht van de eiser niet al te hoge eisen gesteld worden.[184]

Indien een 'vermoeden' op basis van § 6 UmweltHG aangenomen mag worden, heeft dat tot gevolg dat het causale verband tussen schade en 'Anlage' vaststaat. Het gaat hier, anders dan normaal bij een vermoeden, om een omkering van het bewijsrisico, met als gevolg dat de 'Inhaber' bewijs van het tegendeel moet aanvoeren. Twijfel zaaien is hier niet voldoende.[185]

Het vermoeden van § 6 UmweltHG treedt op basis van Abs. II niet in wanneer de 'Anlage' 'bestimmungsgemäß betrieben wurde', hetgeen het geval is indien de bedrijfsplichten, de administratiefrechtelijke voorschriften gericht op het tegengaan van 'Umwelteinwirkungen' (§ 6 Abs. 3), nageleefd zijn en er geen storing opgetreden is.[186] De naleving van bedrijfsplichten wordt vermoed indien die voorschriften gecontroleerd werden (Abs. 4). Het bewijsrisico ten aanzien van dit alles ligt bij de gedaagde, waarbij Abs. 4, zoals gezegd, een voor de gedaagde gunstig vermoeden creëert.[187] Hierdoor wordt de ondernemer verplicht documentatie te verzamelen.[188] Als het vermoeden van § 6 UmweltHG niet intreedt, dient de eiser alsnog met volledig bewijs te komen, waarbij de algemeen erkende 'Beweiserleichterungen' overigens in zijn voordeel kunnen werken.[189]

§ 7 UmweltHG bevat een mogelijkheid tot uitsluiting van het vermoeden. Als één of meerdere 'Anlagen' geëigend zijn de schade te veroorzaken, geldt het vermoeden niet wanneer ook een *andere omstandigheid* geëigend is de schade te veroorzaken. Daarmee wordt gedoeld op iedere toestand of gebeurtenis die niet op een 'Anlage' terug te voeren is.[190] Die andere omstandigheid mag dus niet gelegen zijn in een andere 'Anlage' in de zin van de wet.[191] Met betrekking tot die andere oorzaken, ligt het bewijsrisico bij de gedaagde.[192]

---

184 Zie BGH NJW 1997, 2748, op p. 2750, en daarover Petersen, NJW 1998, 2099, en Salje, VersR 1998, p. 797 e.v., met name p. 799.

185 Zie Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 19. Bij dat tegendeelbewijs kunnen ook voor de gedaagde de algemene bewijsverlichtingen van dienst zijn. Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 113 en 211-212; Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 5.

186 Schade die optreedt bij 'normaal gebruik' wordt gezien als 'sozialadäquat' en als onvermijdbaar, zie Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 28.

187 Zie BGH NJW 1997, 2748, op p. 2750; Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 33, 46 en 48; Möllers 1996, p. 241 en 244; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 16.

188 Möllers 1996, p. 245.

189 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 20.

190 Staudinger/Kohler 1996, § 7 UmweltHG, Rdn. 11.

191 Zie Lytras 1995, p. 484, en Hager, NJW 1991, 139.

192 Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 19; Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 5; Staudinger/Kohler 1996, § 7 UmweltHG, Rdn. 20.

Ook deze bepaling is kritisch ontvangen. Omdat het aantonen van de geëigendheid van een andere *mogelijke* oorzaak volstaat om het vermoeden uit te sluiten, kan § 6 UmweltHG te makkelijk omzeild worden. Het is immers makkelijker zo'n mogelijke andere oorzaak aan te voeren dan om het bewijs te leveren dat de 'eigen' veroorzaking geen rol speelde.[193] Het Bundesgerichtshof heeft echter ook hier ingegrepen en beslist dat voor het bestaan van een alternatieve oorzaak concrete feiten gegeven dienen te zijn die met zich brengen dat de alternatieve oorzaak *alleen* geëigend was de schade te veroorzaken.[194]

3.5 Geen 'schuld' nodig

Door de invoering in *Nederland* van een risico-aansprakelijkheid wordt (mede) beoogd te abstraheren van het element verwijtbaarheid.[195] Het is derhalve niet nodig dat de gedaagde een verwijt gemaakt kan worden over de wijze waarop hij gehandeld heeft. Dat is in principe niet anders bij de artt. 6:175 e.v. BW.[196] Het is dan ook des te opvallender dat de bekendheidseis (zie par. 3.2) in art. 6:175 BW gehandhaafd is. Daardoor wordt immers gedeeltelijk - nu bekendheid een element van schuld is - een greep terug gedaan, via de onzorgvuldigheid, naar de verwijtbaarheid.[197] Zodoende wordt de net geschapen risico-aansprakelijkheid weer gedeeltelijk uitgehold.[198] Uiteraard mag de wetgever daarvoor kiezen, maar logisch lijkt dat niet. Die uitholling laat zich overigens nog sterker voelen als de eiser dan ook nog dient te bewijzen dat die bekendheid aanwezig was. Ik zou er dan ook met Bauw voor willen pleiten de bekendheidseis als verweer, of zelfs helemaal niet, op te nemen.[199]

Ik gaf in de vorige paragraaf al aan dat 'schuld' in subjectieve zin naar *Engels* recht buiten de deur gehouden is, nu aangenomen mag worden dat 'foreseeability of damage' onder de 'remoteness' geschaard moet worden. Naar de *Duitse* UmweltHG is 'Verschulden' op geen enkele wijze van belang nu ook het 'state of the art'-verweer uitgesloten is.[200]

---

193 Vergelijk Diederichsen/Wagner, VersR 1993, p. 647; Diederichsen, PHi 1992, p. 170; Nicklisch, VersR 1991, p. 1096; Staudinger/Kohler 1996, § 6 UmweltHG, Rdn. 3.

194 Zie BGH NJW 1997, 2748, op p. 2750.

195 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 20.

196 Spier/Sterk 1995, p. 9.

197 Zie Messer 1994, p. 88 e.v., en Van Slooten, AA 1992, p. 243.

198 En dat terwijl in de memorie van antwoord (*Kamerstukken II* 1990/91, 21.202, nr. 6, p. 13) nog gesteld werd dat het bewijs van zorgvuldig handelen door de aansprakelijk gestelde, hem niet kan bevrijden van aansprakelijkheid. Zie ook Spier en Sterk, TMA 1991, p. 164.

199 Bauw 1994, p. 224. Zo wordt vermeden dat het BW uit de pas loopt met het Milieuschadeverdrag van de Raad van Europa, zie Bauw 1994, p. 224. Volgens dat verdrag kan middels een voorbehoud (art. 35) ervoor gezorgd worden dat de 'state of the art' (de kenbaarheid van de gevaren) als verweer opgenomen wordt. In dat geval rust het bewijsrisico op de dader, zie Bauw 1994, p. 223-224; Van Acht & Bauw, NTBR 1994, p. 49 (noot 33); Spier/Sterk 1995, p. 37.

200 Daarover Hager, NJW 1991, p. 136.

3.6 Disculpatie

De gronden die de laedens kan inroepen om aansprakelijkheid te voorkomen, zijn in *Nederland* ten aanzien van de artt. 6:175 e.v. BW limitatief[201] neergelegd in art. 6:178 BW. Daaronder vallen, kort gezegd, overmacht, een dwingend bevel van de overheid, handelingen verricht in het belang van de gelaedeerde, opzettelijk handelen door een derde en de gevallen waarin het gaat om hinder, verontreiniging of andere gevolgen waarvoor geen aansprakelijkheid op basis van afdeling 6.3.1 bestaan zou hebben zo zij bewust waren veroorzaakt. De laedens draagt naar de hoofdregel het bewijsrisico voor deze omstandigheden.[202]

De laatst genoemde omstandigheid lijkt het meest interessant. De wetgever beoogde via deze bepaling om de gevallen van toelaatbare hinder buiten de reikwijdte van de artt. 6:175 e.v. BW te houden.[203] Spier en Sterk geven echter aan dat noodweer en noodweerexces via deze bepaling ook als bevrijdende omstandigheden in aanmerking kunnen komen.[204] Langs die weg worden deze risico-aansprakelijkheden dan nogmaals uitgehold (zie par. 3.5). Ook de eigen schuld van de gelaedeerde kan overigens ingeroepen worden. Daarvoor gelden dan de gebruikelijke regels.[205]

Naar *Engels* recht kan aansprakelijkheid op basis van *Rylands* v. *Fletcher* via een aantal wegen voorkomen worden. Te noemen zijn de gevallen waarin de eiser toegestemd heeft in de aanwezigheid van de bron van gevaar en er geen sprake was van 'negligence', de gevallen waarin de bron van gevaar een 'common benefit' voor eiser en gedaagde oplevert, de gevallen waarin de 'escape' te wijten was aan de niet-voorziene daad van een derde en de gedaagde niet 'negligent' handelde, overmacht, de gevallen waarin de handeling van de eiser de 'sole cause' was en de gevallen waarin er een 'statutory authority' was en de gedaagde niet 'negligent' handelde.[206] Rogers geeft aan dat door deze 'defences' de *Rylands* v. *Fletcher*-aansprakelijkheid veelal samenvalt met aansprakelijkheid op basis van 'negligence', waarbij de vraag wie dan het bewijsrisico draagt ten aanzien van die eventuele 'negligence' nog niet voor alle gevallen beantwoord is.[207] Dat de 'defences' als

201 Spier/Sterk 1995, p. 73.
202 Zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 7, p. 44.
203 Vergelijk Messer 1994, p. 81; Spier/Sterk 1995, p. 79; Van Acht/Bauw 1996, p. 88.
204 Spier/Sterk 1995, p. 80.
205 Spier/Sterk 1995, p. 81.
206 Vergelijk over dit alles Winfield & Jolowicz 1998, p. 550 e.v.; Markesinis & Deakin 1999, p. 500-503, en Buckley 1996, p. 56, 59 e.v., 107-108 en 112-114.
207 In Winfield & Jolowicz 1998, op p. 553 en 556. Zo is onduidelijk wie bij aanwezigheid van 'statutory authority' (het ontbreken van) 'negligence' dient te bewijzen, *ibid.*, p. 554-555.

zodanig, afgezien van eventuele 'negligence', toepasselijk zijn, dient de gedaagde te bewijzen.[208]

Ook de *Duitse* UmweltHG kent een aantal disculpatiegronden. Allereerst bepaalt § 4 dat geen schadevergoedingsplicht bestaat wanneer de schade door 'höhere Gewalt' veroorzaakt werd. Overmacht wil hier zeggen dat het om een bedrijfsvreemde oorzaak moet gaan die bij aanwending van de uiterste zorgvuldigheid niet vermeden had kunnen worden.[209] Het gaat hierbij om de 'Außergewohnlichkeit' en dus eigenlijk weer om de kenbaarheid van het gevaar.[210] Daarbij wordt overigens veel bekend verondersteld. Als bijvoorbeeld een explosie bij een buurbedrijf een tweede explosie tot gevolg heeft in het bedrijf van de gedaagde, is aan het vereiste van 'betriebsfremdheid' niet voldaan.[211] Hieruit blijkt dat overmacht zich slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal voordoen.[212]

Een tweede disculpatiemogelijkheid, als het om zaakschade gaat, biedt § 5 UmweltHG. Als de gedaagde kan bewijzen dat de 'Anlage' overeenkomstig haar bestemming gebruikt werd (in de zin van § 6 Abs. II) en de zaak alleen 'unwesentlich' of in een maat die naar de plaatselijke verhoudingen te dulden is, beïnvloed werd, is aansprakelijkheid uitgesloten.[213] De invloed van § 906 BGB is hier onmiskenbaar aanwezig.

Een derde mogelijkheid tot beperking van aansprakelijkheid is gelegen in § 11 UmweltHG, waarin de regeling van eigen schuld (§ 254 BGB) van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Naar de mate van de bijdrage van de eiser aan het ontstaan van de schade, wordt de vergoedingsplicht gereduceerd.[214] Eigen schuld kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het hebben moeten voorzien van schade of in het niet nemen van afdoende maatregelen ter voorkoming van schade.[215] Het bewijsrisico rust op de gedaagde.

---

208 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 551, ten aanzien van de daad van een derde, waarbij het ontbreken van 'negligence' aangetoond dient te worden door de gedaagde. Datzelfde geldt bij overmacht, *ibid.*, p. 556. In Clerk & Lindsell (Buckley) 1995, 19-22 en 19-23, wordt echter verdedigd dat als een daad van een derde vaststaat, de eiser 'negligence' moet aantonen.

209 Zie Schmidt-Salzer 1992, § 4, Rdn. 2.

210 Schmidt-Salzer 1992, § 4, Rdn. 11. En dat terwijl het 'ontwikkelingsrisico'-verweer juist niet toepasselijk is, zie Nicklisch, VersR 1991, p. 1095, en Diederichsen, PHi 1992, 164.

211 Het voorbeeld komt van Schmidt-Salzer 1992, § 4, Rdn. 4.

212 Schmidt-Salzer 1992, § 4, Rdn. 15.

213 Schmidt-Salzer 1992, § 5, Rdn. 5 en 11.

214 In dat kader kan bijvoorbeeld ook het omgevingsrisico gedeeltelijk aan de eiser toegerekend worden, zie OLG Düsseldorf, JZ 1999, 684, op p. 685, met kritische noot van Salje.

215 Schmidt-Salzer 1992, § 11, Rdn. 13.

4 Schuldaansprakelijkheid[216]

4.1 Inleiding

Schuldaansprakelijkheid zal voornamelijk een rol spelen als belangrijke[217] restcategorie voor die gevallen waarin de andere grondslagen niet aan bod kunnen komen en als subsidiaire grondslag voor aansprakelijkheid. Ook hier gaat het om een afweging van belangen, maar dat lijkt een wat andere afweging te zijn dan die bij het hinder-leerstuk. Ging het daar om de grens van het duldbare, hier gaat het om de grens van het toelaatbare. Terwijl hinder ziet op de mate waarin de benadeelde overlast moet dulden, gaat het hier om de mate waarin de 'veroorzaker' overlast mag toebrengen.

4.2 Onrechtmatigheid

In *Nederland* kan een vordering tot schadevergoeding wegens milieuverontreiniging gebaseerd worden op de algemene bepaling van art. 6:162 BW. Nodig is dan dat vast komt te staan dat er onzorgvuldig of in strijd met een wettelijke plicht gehandeld is, dan wel dat er sprake is van een inbreuk op een subjectief recht. Op basis van het huidige recht zal dat vaak neerkomen op een toets aan de zorgvuldigheidsnorm.[218] Die norm is heel in het algemeen door de Hoge Raad geformuleerd in het arrest *Staat/Shell*. Of onzorgvuldig gehandeld is, is afhankelijk van de vraag of:

> 'de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop hij bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht hoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld

---

216 Ik ga in dit hoofdstuk niet in op de pogingen van de overheid om saneringskosten te verhalen. De regels in Nederland dienaangaande zijn vrijwel gelijk aan het in deze paragraaf behandelde, afgezien van art. 75 lid 5 Wet Bodembescherming, en al uitvoerig beschreven (zie onder andere Van Acht/Bauw 1996, p. 131 e.v.). Voor Engeland, zie Jones, TMA 1995, p. 159 e.v. Voor Duitsland, zie Becker, DVBl 1999, p. 134 e.v.; Neun, NJ 1999, p. 123 e.v.

217 Zie Von Bar 1999, Rdn. 286.

218 Anders Bauw 1994, p. 102. Vergelijk over de diverse categorieën ook Van Acht/Bauw 1996, p. 35 e.v. Ik ga er hier vanuit dat de gevallen die worden gepresenteerd als uitingen van de gevaarzettingsleer, ook onder de vleugels van de zorgvuldigheidsnorm tot een oplossing komen, waarbij de eisen aan de zorgvuldigheid hoger opgevoerd worden. Nu het bij de discussie daaromtrent voornamelijk over het materiële recht gaat, zal ik daarop op deze plaats niet ingaan. Zie hieromtrent Vranken, WPNR 5953-5955 (1990), p. 177 e.v.; Van Dunné, WPNR 5976 (1990), p. 613 e.v., met naschrift van Vranken op p. 631, en Sterk 1994, p. 202 e.v.

> jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig gehandeld heeft (...). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.'[219]

Het bewijsrisico dienaangaande rust op de eiser, hetgeen hetzelfde zou zijn indien een andere categorie van onrechtmatigheid aangevoerd zou worden.[220] De rechter kan daarbij natuurlijk van bepaalde vermoedens uitgaan.[221] De Hoge Raad besliste verder in dit arrest nog dat bodemverontreiniging die dateert van voor 1 januari 1975 niet onrechtmatig zal zijn, afgezien van bijzondere omstandigheden.[222] In hoeverre hetzelfde geldt ten aanzien van vervuiling van de lucht of van het water, is vooralsnog onduidelijk.

Het arrest maakt daarnaast duidelijk dat het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) in deze gevallen is opgegaan in de zorgvuldigheidsnorm, hetgeen op zich niet vreemd is nu die ongeschreven norm door de rechter geformuleerd zal worden in een vorm die toegespitst is op de beide partijen in de procedure, met als gevolg dat de relativiteit daarin al verdisconteerd is.[223] De consequentie daarvan is wel dat art. 6:163 BW in wezen overbodig is geworden bij deze onrechtmatigheidscategorie én dat de bewijsrisicoverdeling ten aanzien van het relativiteitsvereiste, voor zover dat een rol speelt, veranderd is. Dat bewijsrisico lag op basis van de wet immers bij de gedaagde;[224] nu rust dat risico op de eiser, omdat het bewijsrisico ten aanzien van de onzorgvuldigheid op de eiser rust.[225] Hierbij verdient overigens aantekening dat het relativiteitsvereiste in dit geval alleen een rol speelde omdat het de overheid was die tot verhaal van gemaakte kosten overging. Bij een procedure tussen twee private partijen zal dat vereiste geen grote rol spelen.[226]

---

219 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell). Dat het hier om de overheid ging, doet mijns inziens niet af aan de algemeenheid van de geponeerde regel. In civilibus is de overheid een partij als alle andere. Zie over dit arrest en de andere arresten van dezelfde datum, onder andere Van Dunné, NJB 1994, p. 1329 e.v.; Bierbooms & Taams, NJB 1994, p. 1339 e.v.; Hijma, AA 1995, p. 273 e.v.; Spier, WPNR 6167-6168 (1995), p. 87 e.v., en Snijders, WPNR 6180-6181 (1995), p. 303 e.v.

220 Door de uitbreiding van het aantal wettelijke normen die milieuvervuiling beogen tegen te gaan, zal er steeds vaker een beroep op schending van een wettelijke norm mogelijk zijn, met als gevolg dat met de normovertreding het bewijs van de onrechtmatigheid in beginsel geleverd is. Zie hierover Hulst, TMA 1999, p. 5. De eiser zal wel de schending van de norm moeten aantonen, zodat er geen sprake is van een bewijsrisico-omkering ten aanzien van de onrechtmatigheid. Anders: Hulst, TMA 1999, p. 6 en 10.

221 Zie het overzicht bij Van der Meijden 1996, p. 44-46.

222 Zo ook al in HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat), en HR 24 april 1992, NJ 1993, 644 nt. CJHB (Staat/Akzo).

223 Bloembergen 1965, nr. 123.

224 Zie expliciet PG Boek 6, p. 634 en 638; Lankhorst 1992, p. 43 e.v.; Onrechtmatige Daad I (Van Maanen), Art. 163, aant. 6; Van Dunné, TMA 1995, p. 119 (noot 9) en 123. Hierbij dient overigens nog opgemerkt te worden dat de vraag naar de relativiteit een kwalificatie door de rechter vergt, vergelijk par. I.3, zodat het bewijsrisico te dien aanzien geen grote rol zal spelen.

225 Datzelfde lijkt te volgen uit HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat), r.o. 3.8. Zie ook Princen 1990, p. 151.

226 Zo ook De Putter & Verschuuren, M & R 1998, p. 6, en Sterk 1994, p. 209.

Verder is nog opvallend dat het vereiste van voorzienbaarheid, dat in het kader van de causaliteit min of meer afgedaan had na introductie van art. 6:98 BW, via de relativiteit en de 'state of the art'-doctrine weer opgedoken is op het terrein van de bodemverontreiniging, ditmaal als onderdeel van de zorgvuldigheidsnorm. Omdat bij de beoordeling van de zorgvuldigheid tevens de bekendheid van bepaalde gevaren (voorzienbaarheid) bij de gedaagde een grote rol speelt, rust ook ten aanzien daarvan het bewijsrisico op de eiser. Op dat punt zouden vele procedures kunnen stranden als de norm van '1 januari 1975' niet zo hard naar *beide* kanten zou werken. Immers, die norm bepaalt niet alleen dat bodemvervuiling van voor 1975 niet onrechtmatig is, maar ook dat bodemvervuiling van na die datum in beginsel wel onrechtmatig is.[227] In dat laatste geval kan de eiser derhalve volstaan met het aantonen van de vervuilende gebeurtenis.[228] Die 'harde werking' van deze norm naar beide kanten, geldt overigens ook voor de relativiteitskwestie.

Ook naar *Engels* recht kan een beroep gedaan worden op de meest algemene grondslag voor aansprakelijkheid: 'negligence'.[229] Nu op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid geen bewijsrisico-regels gelden die van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling afwijken,[230] ga ik in deze paragraaf niet nader op die grondslag in. Ik volsta hier met een verwijzing naar de algemene regels zoals uiteengezet in paragraaf IV.2.3.[231] Het zal overigens duidelijk zijn dat die algemene regels de vordering op basis van 'negligence' niet makkelijk bewijsbaar maken.

Naar *Frans* recht geldt het voorgaande evenzeer. Een vordering op basis van art. 1382 Cc, waarbij bewijs van een 'faute' vereist is, is mogelijk, maar zal niet snel succesvol zijn. Nu ook in Frankrijk op dit terrein geen specifieke bewijsrechtelijke ontwikkelingen spelen, kan ik opnieuw verwijzen naar paragraaf IV.2.4.[232] Voor de volledigheid wijs ik wel nog op de in de Franse literatuur geuite visie dat het bewijs van een 'faute' in de loop der tijd makkelijker zal worden, omdat er steeds meer specifieke milieunormen in de diverse wetten opgenomen worden. Als zo'n specifieke norm bestaat, is het aantonen van een overtreding van die norm

227 Zie ook Hulst, TMA 1999, p. 4, en vergelijk Hof Arnhem 16 februari 1999, NJ 2000, 165 (Staat/Joontjes), r.o. 2.11.

228 Hulst, TMA 1999, p. 4. Het zou niet verbazen als in een voorkomend geval de gedaagde bovendien een aanvullende stelplicht opgelegd krijgt. Vergelijk Van Dunné, TMA 1992, p. 101; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 167 e.v. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat een dergelijke aanvullende stelplicht niet op elk terrein toegepast wordt, zie HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), zodat de toepasselijkheid van die aanvullende stelplicht niet zeker is.

229 Vergelijk de bespreking van twee niet gepubliceerde uitspraken door Steele en Wickeley, MLR 1997, p. 265 e.v.

230 Zie bijvoorbeeld *Esso Petroleum Co Ltd* v. *Southport Corporation* [1955] 3 All ER 864, op p. 872-873.

231 'Negligence' heeft als probleem dat 'foreseeability' een noodzakelijke voorwaarde is. Daarop strandde in eerste instantie de actie in de *Cambridge Water*-zaak (zie [1994] 1 All ER 53, op p. 63).

232 Voor een kort overzicht, zie Despax, JCP 1970, éd. G, I, 2359, p. 51, en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 4060.

voldoende om een 'faute' te kunnen aannemen.[233] Dezelfde gedachte lijkt overigens ook van belang te kunnen zijn voor de andere rechtsstelsels.[234]

Het *Duitse* recht kent op dit terrein wel de nodige bijzonderheden. Op basis van § 823 BGB[235] is een persoon aansprakelijk indien hij door zijn onzorgvuldig gedrag niet voorkomt dat milieugevaren tot schade voor derden leiden. Het gaat hier om zogenaamde 'Verkehrsicherungspflichten'.[236] Die norm kan echter alleen toepasselijk zijn indien § 906 BGB dat niet is,[237] waarbij bovendien geldt dat de invulling van § 823 BGB zich dan richt op het eerder behandelde hinder-leerstuk.[238] § 823 BGB kan bijvoorbeeld ingeroepen worden indien de gelaedeerde geen eigenaar van een 'Grundstück' is, maar eigenaar is van beweeglijke zaken op dat erf.[239] In feite wordt hier het hinder-leerstuk verplaatst naar § 823 I BGB, met als gevolg dat ten aanzien van buren én derden dezelfde regels gelden, al is dat onder een andere noemer.

Op basis van § 823 BGB dient de eiser allereerst te bewijzen dat er sprake was van een 'Einwirkung' en dat een van zijn rechten of rechtsgoederen aangetast is.[240] Indien een 'Einwirkung' geduld dient te worden op basis van § 906 BGB, is deze niet 'rechtswidrig' in de zin van § 823 BGB, en is een succesvolle vordering niet mogelijk, ook indien de uitstoot een niet-buurerf treft.[241] We zagen al dat een emissie geduld moet worden, met als gevolg dat § 823 BGB niet toepasselijk is, indien deze 'unwesentlich' is, of indien de aanzienlijke 'beeinträchtigung' voortkomt uit het ter plaatse gewone gebruik én niet door economisch te vergen maatregelen voorkomen kan worden.[242]

De regels van bewijsrisicoverdeling sluiten zich grotendeels hierbij aan. In de gevallen waarin het om 'nichtliegenschaftlicher' rechtsgoederen gaat, zoals

---

233 Zie Viney, JCP 1996, éd. G, III, 3900, p. 41; Viney 1998, p. 7; Prieur 1991, no. 933; Martin, R.I.D.C. 1992, p. 67.

234 Zie voor Nederland noot 220.

235 Zowel Abs. I als Abs. II van § 823 BGB komen voor toepassing in aanmerking. Bij Abs. II is wel het bestaan van een 'Schutzgesetz' nodig, zoals bijvoorbeeld § 3 en 8 van de Trinkwasserverordnung, zie BGH NJW 1983, 2935. Vergelijk Medicus, JZ 1986, p. 783.

236 Zie Gerlach 1989, p. 271 e.v.; Baumann, JuS 1989, p. 436. Dat is bewijsrechtelijk relevant omdat bepaalde bewijsrisicoverlichtingen in zo'n geval mogelijk zijn, zie par. 4.4 en par. 4.5, alsmede par. IV.2.5. Overigens, het bestaan van een vergunning vrijwaart niet tegen aansprakelijkheid, zie Möllers 1996, p. 185.

237 Zie BGHZ 120, 239, op p. 249. Het belang van toepasselijkheid van § 823 BGB schuilt ook hier in de mogelijkheid smartengeld toegewezen te krijgen, zie Hager, JZ 1998, p. 361.

238 BGH NJW 1984, 2207; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 15. Hoe de verhouding tussen § 1 UmweltHG en § 906 BGB is, is nog onduidelijk, zie Petersen, NJW 1998, p. 2100.

239 Dat was bijvoorbeeld het geval in de casus die leidde tot het '*Kupolofen*-Urteil' (BGHZ 92, 143). Daar was de lak van een aantal auto's beschadigd door neerslaande stofdeeltjes komend van een nabijgelegen terrein.

240 Gerlach 1989, p. 273-274.

241 BGHZ 120, 239, op p. 249; Gmehling 1989, p. 127.

242 Indien op basis van 'Treu und Glauben' (§ 242 BGB) de ene eigenaar niet gehouden is tot het dulden van hinder die hij op basis van § 906 BGB wel moet dulden, staat hem dus ook een vordering op basis van § 823 BGB ten dienste, zie BGH NJW 1991, 1671.

bijvoorbeeld roerende zaken, dient de eiser te bewijzen dat de inwerking 'wesentlich' was, maar ten aanzien van andere rechtsgoederen geldt dat niet. In die andere gevallen dient de gedaagde dus de 'unwesentlichkeit' te bewijzen.[243] Bovendien dient de gedaagde, net zoals bij een vordering op basis van § 906 BGB, steeds te bewijzen dat de 'Beeinträchtigung' ter plekke gebruikelijk was en dat maatregelen zijnerzijds economisch niet van hem gevergd konden worden.[244] De reden voor de aansluiting bij de bewijsrisicoverdeling van § 906 BGB is dat de gedaagde dichter bij de schadebron staat. De uitzondering voor wat betreft de aanzienlijkheid wordt hierop gegrond dat in die gevallen de getroffen zaak niet plaatsgebonden is.[245]

4.3 Schade

Voor alle rechtsstelsels geldt dat in principe de normale regels van toepassing zijn. Daarvoor verwijs ik naar paragraaf IV.2. Van speciaal belang in milieu-aansprakelijkheidszaken is wel nog de kwestie van de schade *aan* het milieu zelf, zoals bijvoorbeeld bomen die sterven[246] en vogels die onder de olie zitten. Het gaat dan om schade die ofwel niet te waarderen is zonder te vervallen in schattingen,[247] ofwel die is toegebracht aan goederen die aan niemand toebehoren, waardoor er alleen schade ontstaat als iemand zelf besluit kosten te maken ten aanzien van zulke goederen. Nu wij zodoende bij problemen (en regels) van materieel schadevergoedingsrecht zijn aanbeland, volsta ik hier met de signalering van het probleem.[248]

4.4 Causaal verband

4.4.1 Inleiding

Hét probleem bij een schadevergoedingsvordering wegens milieuverontreiniging ligt, ongeacht de gekozen grondslag, in het aantonen van het vereiste causale

243 Zie Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 199 en 196.

244 BGHZ 92, 143, 149. Hierover Lepa 1988, p. 35; Gmehling 1989, p. 127-128; Baumgärtel, JZ 1984, p. 1109; Marburger/Hermann, JuS 1986, p. 142-143; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 15, en Lytras 1995, p. 326 e.v.

245 Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 200.

246 Het Bundesgerichtshof wees aansprakelijkheid van de Staat voor het teloorgaan van bomen door luchtverontreiniging af, zie BGHZ 102, 350, en daarover Von Hippel, NJW 1985, p. 30. Het Bundesverfassungsgericht ging daarmee akkoord, zie BverfG NJW 1998, 3264, waarover Von Hippel, NJW 1998, p. 3254-3255.

247 Hetgeen mijns inziens geen belemmering zou mogen betekenen voor vergoeding. Hetzelfde speelt immers bij de vergoeding van immateriële schade. Zie ook Viney 1998, p. 8.

248 Zie verder onder andere Van Acht/Bauw 1996, p. 25 e.v., en par. 2.3.

verband.[249] De verontreiniging is immers veelal te wijten aan meerdere factoren die toe te rekenen zijn aan meerdere personen. Soms spelen daarnaast ook nog natuurlijke oorzaken een rol. In andere gevallen blijkt bovendien dat de diverse factoren van invloed zijn op elkaar, waardoor bepaalde effecten bijvoorbeeld versterkt worden. Ook is de schade vaak een indirect gevolg van een gebeurtenis (schade aan het milieu leidt tot andere schade) en er is vaak sprake van groot tijdsverloop tussen de gebeurtenis en de schade, de zogenaamde sluipende schade.[250]

4.4.2 Bewijsrisicoverdeling in 'gewone' gevallen

In principe dient in *Nederland* de eiser het causale verband tussen de aansprakelijkheidsscheppende gedraging en de schade te bewijzen, hetgeen veelal een niet te nemen hindernis vormt.[251] In het navolgende zullen daarom enkele voorstellen tot verandering van die regel, zoals die in de literatuur opgeworpen zijn en (mondjesmaat) geaccepteerd zijn door de rechter, de revue passeren.[252]

Allereerst bestaat natuurlijk de mogelijkheid dat de rechter de eiser op grond van een feitelijk vermoeden tegemoet komt.[253] Hier zij er nogmaals op gewezen dat door het aannemen van een vermoeden het bewijsrisico niet verschuift.[254] Bovendien mag niet vergeten worden dat vermoedens op ervaringsregels berusten, welke echter veelal niet voorhanden zijn wanneer het om milieu-effecten gaat.[255]

Een tweede mogelijkheid om de eiser tegemoet te komen, zou gelegen kunnen zijn in de regel dat als een handeling een veiligheidsnorm schendt en dus onrechtmatig is, en daardoor het risico op ongevallen vergroot wordt, het causale verband vaststaat indien het risico zich verwezenlijkt.[256] Deze leer kan mijns inziens

---

249 Zie bijvoorbeeld Van Acht/Bauw 1996, p. 117; Faure, Oratie 1993, p. 6; Cane 1997, p. 218 en 232; Hager, JZ 1998, p. 361; Lytras 1995, p. 78 e.v.; Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 18.

250 Daarover Spier, Oratie 1990, p. 3.

251 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 oktober 1997, te kennen uit HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 23; Van Acht/Bauw 1996, p. 118; Van Dunné, TMA 2000, p. 4.

252 Vergelijk ook de opsomming van mogelijkheden in het kader van de nieuwe Mijnbouwwet, *Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 7, p. 44-45, waarin een bewijsrisico-omkering zoals voorgesteld door Van Walsem c.s. (*Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 5) afgewezen wordt. Kritisch daarover Goedmakers, TMA 2000, p. 163-165, die een vermoeden van causaal verband wil introduceren.

253 Illustratief is Rb. Rotterdam 13 november 1963, NJ 1964, 77 (Verkade/Kunstmestfabriek). Vergelijk verder Haan 1996, p. 33; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 253 e.v.; Van Dunné, TMA 2000, p. 4. Zie ook Van Acht/Bauw 1996, p. 121, met verwijzing naar andere lagere rechtspraak. Ook de aanvaarding van een aanvullende stelplicht zou hier nuttig kunnen zijn, zie Van Dunné, TMA 2000, p. 4.

254 Zie par. II.5, en de daar aangehaalde literatuur. Anders in deze context: Van Acht/Bauw 1996, p. 121; Van Dunné, TMA 1992, p. 101, en TMA 2000, p. 4; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 257.

255 Hierop is vooral in de Duitse literatuur gewezen, zie onder andere Baumgärtel, JZ 1984, p. 1110.

256 Vergelijk par. IV.2.2 en par 3.4. Zie in het kader van het milieu-aansprakelijkheidsrecht, Betlem 1993, p. 470-471; Auping, AA 1990, p. 433; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 160 e.v. en p. 208.

ook hier van belang zijn. De meeste schrijvers nemen immers aan dat milieuvoorschriften veelal tot de veiligheidsnormen behoren.[257] Ik sluit me daarbij aan.[258]

De meest vergaande optie, namelijk het omkeren van het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband als algemene regel, *ongeacht of veiligheidsnormen geschonden zijn*, wordt in de Nederlandse literatuur nauwelijks verdedigd.[259] Faure heeft betoogd dat zulks te ver zou gaan en dat dat alleen de onbillijkheid die de bewijsonmogelijkheid met zich brengt, naar de andere zijde zou verplaatsen.[260] De 'dader' zou dan voor meer schade moeten opdraaien dan hij veroorzaakt *kan* hebben. De gedachte van slachtofferbescherming verliest het daarbij van het argument dat het omgevingsrisico een te grote rol speelt.[261] Dat bij die bewijsrisico-omkering tegendeelbewijs open zou staan voor de gedaagde, is onvoldoende omdat dat bewijs feitelijk niet te leveren is gezien de bewijsnood waarin beide partijen verkeren.

Faure heeft op zich wel gelijk, maar hij gaat mijns inziens iets te snel voorbij aan een belangrijk aspect van het probleem. Nu toedeling van het bewijsrisico aan een partij in gevallen als deze onvermijdelijk neerkomt op toerekening van de schade aan die partij, zal men niet om de normatieve vraag heen kunnen of de eiser, dan wel de gedaagde de schade zou moeten dragen. Het is dan mijns inziens niet geheel juist om de discussie af te doen op basis van het argument dat na een bewijsrisico-omkering de gedaagde de schade zou moeten dragen, terwijl niet duidelijk is of die gedaagde de schade veroorzaakt heeft. Het gaat er juist om *of* dat in bepaalde gevallen gerechtvaardigd zou kunnen zijn, hoewel onduidelijk is gebleven wie de schade veroorzaakte. Mijn antwoord op die vraag volgt later (par. 6). Overigens, op basis van de huidige Nederlandse rechtspraak zou de aanvaarding van een bewijsrisico-omkering, ook zelfstandig van de schending van een veiligheidsnorm, goed verdedigd kunnen worden. De Hoge Raad lijkt

257 In die zin Betlem 1993, p. 471; Van Acht/Bauw 1996, p. 122-123; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 163 e.v.; Van Dunné, TMA 1999, p. 154, en TMA 2000, p. 2.

258 Zulks sluit ook aan bij art. 10 van het Milieuschadeverdrag waarin ten aanzien van het bewijs van het causale verband bepaald is dat de rechter 'due account' zal nemen van 'the increased danger of causing such damage inherent in the dangerous activity'. Hoe deze regel precies begrepen dient te worden, is vooralsnog onduidelijk. Het lijkt een soort bewijswaarderingsregel te zijn (Viney, JCP 1996, éd. G., III, 3900, p. 44), maar als deze enkel als basis dient voor het mogen aanvaarden van een vermoeden (Van Acht en Bauw, NTBR 1994, p. 52) is deze overbodig. Spier /Sterk 1993, p. 34, menen dat deze regel alleen zin heeft als basis voor een bewijsrisico-omkering. Dat strookt met de considerans van het verdrag welke stelt dat de 'burden of proof' van de eiser verlicht dient te worden. Art. 10 komt als enig artikel daarvoor in aanmerking.

259 Alleen Haan 1996, p. 32, neigt daartoe voor gevallen van meervoudig veroorzaakte deelschade.

260 Faure, Oratie 1993, p. 43-44.

261 Faure, Oratie 1993, p. 44-45.

immers het vereiste van een geschonden veiligheidsnorm meer en meer los te laten.[262]

De *Duitse* literatuur heeft zich in ruime mate beziggehouden met de vraag hoe de moeilijkheden met betrekking tot het bewijs van het causale verband, waarvoor het risico in principe op de eiser rust,[263] vermeden kunnen worden. Op materieelrechtelijk vlak is bepleit om het 'recht op een schoon leefmilieu' tot de rechtsgoederen van § 823 BGB te rekenen door het als 'sonstiges Recht' in de zin van die bepaling te erkennen. Dat zou het bewijs van het causale verband vergemakkelijken, omdat het verband tussen de verslechtering van het milieu 'als zodanig' en de verontreinigende handeling beter te bewijzen is.[264] Bovendien zou dan het verband met de daaruit voortvloeiende schade via het milieu als vervolgschade onder de 'haftungsausfüllende Kausalität' en derhalve onder het lichtere regiem van § 287 ZPO vallen. Ook is voorgesteld om het aantal 'Verkehrspflichten' en 'Schutzgesetze' in de zin van § 823 Abs. II BGB uit te breiden met een aantal milieunormen, omdat het causaliteitsbewijs makkelijker te leveren is (de causaliteit wordt vermoed) indien zo'n norm overtreden is.[265]

Ook op bewijsrechtelijk vlak zijn de nodige voorstellen gedaan. Ten eerste is het gebruik van het leerstuk van het 'Anscheinsbeweis' geopperd, maar dit wordt veelal weer terzijde gesteld, omdat het in milieu-aansprakelijkheidszaken veelal aan de nodige ervaringsregels ontbreekt.[266] Zo zijn verhoogde Per-waarden[267] niet op basis van een ervaringsregel toe te schrijven aan bijvoorbeeld de chemische reiniging bij een buurbedrijf, want die verhoging kan ook te wijten zijn aan het gebruik van verf, reinigingsmiddelen of verdunningsmiddelen.[268] Ten tweede wordt op het leerstuk van het 'Indizienbeweis' gewezen.[269] De hierna nog te bespreken mogelijkheid van causaliteitsbewijs door middel van statistische gegevens is ook naar voren gebracht.[270]

---

262 Zie opnieuw HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II) en HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). In beide gevallen werd het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband op de gedaagde gelegd, zonder dat er in de overwegingen van de Hoge Raad over geschonden veiligheidsnormen gesproken werd.

263 Vergelijk onder andere OLG Köln VersR 1993, 894, op p. 896, en Gerlach 1989, p. 246: 'Daran ist im Ausgangspunkt zweifellos festzuhalten.'

264 Vergelijk Lytras 1995, p. 53 en 244; Gmehling 1989, p. 196-197; Medicus, JZ 1986, p. 779. Voor het Franse recht, zie Martin 1978, no. 98 e.v.

265 Lytras 1995, p. 53-55; Gmehling 1989, p. 199, 202 en 203; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 43.

266 Zie Baumgärtel, JZ 1984, p. 1110; Walter, NJW 1978, p. 1159, en Schwabe, VersR 1995, p. 379. Positiever is Lytras 1995, p. 374.

267 'Per' staat voor Perchloorethyleen.

268 Vergelijk OLG Köln VersR 1993, 894, op p. 895.

269 Schmidt-Salzer 1992, § 6, Rdn. 79 e.v. Hij wijst ook op de theorie van de bewijsrisicoverdeling 'nach Gefahrenbereich', maar die heeft zijn invloed eerder op het terrein van het 'Verschulden', *ibid.*, § 6, Rdn. 89 e.v.; Musielak, AcP 176 (1976), p. 474 e.v. Zie in het algemeen over 'Indizienbeweis', Baumgärtel 1996, Rdn. 272 e.v.

270 Zie Medicus, JZ 1986, p. 781, Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 172; Gmehling 1989, p. 226 e.v., en hierna par. 4.4.3.

Daarnaast is aandacht gevraagd voor de mogelijkheid het bewijs van de eiser te verlichten door middel van een algemene toepassing van § 287 ZPO. Langs die weg zouden minder zware eisen kunnen worden gesteld aan de mate van rechterlijke overtuiging die nodig is ten aanzien van het 'haftungsbegründende' causale verband. Dit gaat tegen de heersende leer in, maar vindt wel een zekere basis in de rechtspraak.[271] Als het over de 'haftungsausfüllende Kausalität' gaat, kan § 287 ZPO in elk geval toegepast worden.[272] Ook wordt nog gewezen op de invloed van het al dan niet overschrijden van de TA-waarden (par. 2.4), welke ook van invloed zijn bij de vordering op basis van § 823 BGB.[273] Indien die waarden overschreden zijn, zou een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband gerechtvaardigd zijn.[274]

De omkering van het bewijsrisico, indien aan bepaalde voorwaarden voldaan is, komt wel vaker naar voren.[275] Zo stelt Baumann voor het bewijsrisico om te keren indien de eiser aangetoond heeft dat de gedaagde de stof uitgestoten heeft, dat die uitstoot geëigend was de ingetreden schade te veroorzaken, en dat de inwerking op de rechtsgoederen van de eiser waarschijnlijk is.[276] Ook in Duitsland wordt daar echter tegen ingebracht dat een dergelijke bewijsrisico-omkering de onbillijkheid van de feitelijke onzekerheid geheel naar de zijde van de gedaagde verplaatst.[277] In dit kader mag overigens niet vergeten worden dat bij de schending van een 'Verkehrspflicht' in de zin van § 823 BGB, bepaalde bewijsrisicoverlichtingen in het algemeen mogelijk zijn. Die zouden ook op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid een rol kunnen spelen.[278] Of die rol zeer groot zal zijn, is echter twijfelachtig, omdat de rechtspraak ten aanzien van die 'Verkehrspflichten' veelal het 'Anscheinsbeweis' lijkt te gebruiken, hetgeen nu juist niet goed mogelijk is op het onderhavige terrein.[279]

---

271 Voor een overzicht, Gmehling 1989, p. 233 e.v., en Kargados, FS Baumgärtel 1990, p. 188. Vergelijk ook BGHZ 66, 70. Anders: OLG Köln VersR 1993, 894, op p. 896.

272 Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 174.

273 Zie BGHZ 70, 102; BGHZ 92, 143; Marburger/Hermann, JuS 1986, p. 358; Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 15.

274 Zie onder andere Baumgärtel, JZ 1984, p. 1109-1110, en Staudinger/Kohler 1996, Einl zum UmweltHG, Rdn. 187-188.

275 Vergelijk Baumann, JuS 1989, p. 437; Marburger/Hermann, JuS 1986, p. 358.

276 Baumann, JuS 1989, p. 437. Vergelijk ook Marburger/Hermann, JuS 1986, p. 358.

277 Zie Lytras 1995, p. 375, en Adams, ZZP 1986, p. 129 e.v., en p. 152 waar de auteur concludeert dat zo'n bewijsrisico-omkering tot een 'Übermaßhaftung' zou leiden.

278 Baumgärtel 1991, § 823 I, Rdn. 12, geeft aan dat een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband bij de schending van een 'Verkehrspflicht' mogelijk is, indien die norm beoogde een bepaald resultaat te garanderen. Vergelijk ook Gmehling 1989, p. 246 e.v.

279 Gmehling 1989, p. 247.

De vraag rijst vervolgens hoe het Bundesgerichtshof met dit alles omgaat.[280] In de *Kupolofen*-zaak[281] werd daaromtrent het een en ander duidelijk gemaakt. Het hof bepaalde namelijk dat in verband met de bewijsmoeilijkheden van de eiser, bepaalde bewijsrisicoverlichtingen denkbaar zijn. Daarbij refereerde het hof specifiek aan de gevallen waarin een overschrijding van de emissie- en immissiewaarden vaststaat.[282] In zulke gevallen kan zelfs een omkering van het bewijsrisico in aanmerking komen. Verder stelde het hof dat ook de maatstaf van § 287 ZPO van belang kan zijn.[283]

In *Frankrijk*[284] is voorgesteld om, teneinde het bewijs van het causale verband te vergemakkelijken, aansluiting te zoeken bij het systeem van lijsten, zoals gehanteerd in de sociale zekerheidswetgeving, die diverse ziektes in verband brengen met bepaalde werkzaamheden.[285] Hetzelfde is overigens in Nederland al gebeurd.[286] Het is denkbaar dat deskundigen een lijst opstellen van inwerkingen op of schades aan het milieu en van inwerkingen via of schades via het milieu, die met een bepaalde mate van zekerheid zijn terug te voeren op (het gebruik van) bepaalde stoffen. Als een stof en de daarbij behorende inwerking in een bepaald geval aangetroffen wordt, zou er voorshands vanuit gegaan mogen worden dat het causale verband gegeven is, uiteraard behoudens tegenbewijs.

4.4.3 Causaal verband en statistiek

Als methode om tegemoet te komen aan het bewijsrisico van de eiser wordt ook regelmatig een beroep gedaan op de mogelijkheid om statistisch bewijs te

280 Naar Duits recht is nog van belang dat in milieu-aansprakelijkheidszaken soms een beroep op schending van een 'Befundsicherungspflicht' mogelijk is. Het bestaan van een 'Befundsicherungspflicht' leidt ertoe dat een persoon verplicht is onderzoek te doen naar bepaalde gegevens en de resultaten daarvan te bewaren. Zo dient een arts diagnose- en controlemaatregelen te nemen. Als het bestaan van een dergelijke plicht aangenomen kan worden en deze plicht geschonden is, wordt het bewijsrisico ten aanzien van de causaliteit omgekeerd. Zie Baumgärtel 1996, Rdn. 492-509, en Möllers 1996, p. 108, en voor wat betreft de medische aansprakelijkheid Giesen 1999, p. 116-118.

281 BGHZ 92, 143, op p. 146-147.

282 Daarbij dient dan nog het volgende in het oog gehouden te worden. Voor zover hier de vraag rijst of de milieunormen al dan niet in acht genomen zijn, geldt de regel dat de gedaagde te dien aanzien het bewijsrisico draagt indien deze door het verzuim van zijn plichten verhinderd heeft dat zulks later nog vast te stellen is, zie BGH NJW 1983, 2935, op p. 2936-2937.

283 Daarbij wordt verwezen naar BGHZ 70, 102, waarin de regels over de invloed van de TA-Luft-waarden aan bod kwam, en naar BGHZ 66, 70, waarin bepaald werd dat de veroorzakingsbijdrage van elke dader naar § 287 ZPO te schatten is, ook als de oorzaken in verbinding met elkaar werkzaam zijn. Een bevestiging volgt in BGH NJW 1997, 2748. Zie hierover ook Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 21.

284 Ook in *Frankrijk* kent men de regel dat het causale verband aangenomen mag worden als door de handeling van de gedaagde een risico van schade geschapen is en dat risico zich nadien verwezenlijkt, zie Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 568-569, en Viney/Jourdain 1998, no. 369 en 373.

285 Zie Martin 1978, no. 45, en Rèmond-Gouilloud 1989, p. 246, en over die lijsten par. VI.4.

286 Zie Kottenhagen-Edzes 1992, p. 272, met verdere verwijzingen.

gebruiken.[287] Dat speelt overigens niet alleen een rol in het milieu-aansprakelijkheidsrecht, maar in meer algemene zin bij de vaststelling van het causale verband. Nu de wet bewijslevering door middel van dergelijke gegevens in beginsel toestaat en ook de Hoge Raad zulks geaccepteerd heeft,[288] zal daaraan, bij voldoende significantie,[289] in beginsel de nodige hulp ontleend kunnen worden. Hoe ver die hulp kan gaan, en vooral de vraag in hoeverre dat van invloed is op de bewijsrisicoverdeling, zal hierna onderzocht worden.[290]

Om maar meteen met een behoorlijk obstakel te beginnen. Voor zover het causale verband tussen schade en onrechtmatige gedraging aan de orde is,[291] rijst bij het gebruik van statistische gegevens in meerdere mate dan gebruikelijk het probleem van het verschil tussen 'general causation' en 'specific causation', het zogenaamde *deductie-probleem*. Daarmee is het volgende bedoeld. Hoewel geregeld het algemene verband tussen een bepaalde stof en een bepaalde ziekte ('general causation') is aan te tonen door middel van statistische gegevens, is het veelal onmogelijk, ook als die 'general causation' vaststaat, om langs die statistische weg aan te tonen dat *deze specifieke* eiser zijn ziekte te wijten heeft aan blootstelling aan die stof ('specific causation'). De ziekte kan namelijk ook te wijten zijn aan een andere oorzaak, bijvoorbeeld het omgevingsrisico.[292] Men kan derhalve op

287 Zie daarover verder onder andere par. XIII.3.2 *in fine*; Akkermans 1997, p. 281 e.v.; Auping, AA 1990, p. 932; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 265 e.v.; Faure, Oratie 1993, p. 40; Haan 1996, p. 35 e.v.; Van Acht/Bauw 1996, p. 123 e.v.; Kerkmeester, AA 1999, p. 793 e.v.; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 30; Finley, DePaul Law Review 1999, p. 335 e.v. Voor Duitsland, zie noot 270.

288 Zie art. 179 lid 1 Rv en HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya). Ook het Europese Hof van Justitie (EHvJ 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Specialarbejderforbundet/Royal Copenhagen), r.o. 24) accepteert vermoedens op basis van statistische gegevens. Schut 1997, p. 71, stelt echter dat statistische gegevens slechts tot een 'vermoeden van een vermoeden' kunnen leiden, en meent ook overigens dat de rol van statistiek slechts een beperkte kan zijn (p. 73). Zo ook Bier 1988, p. 69. Wat zo'n vermoeden van een vermoeden dan inhoudt, blijft verder onduidelijk. In die zin ook Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 32, die stelt dat statistisch bewijs op zichzelf onvoldoende is, alsmede Hof Den Bosch 8 oktober 1997, te kennen uit HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 26.

289 Zie bijvoorbeeld Van, TMA 1994, p. 109 e.v., en Finley, DePaul Law Review 1999, p. 348-349 (noot 49).

290 In zoverre is hetgeen hier volgt van belang voor het gebruik van statistiek in het algemeen en niet alleen voor het gebruik ervan op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid. Het gebruik van statistiek is nauw verbonden met de vraag naar de invloed van waarschijnlijkheidsoordelen op de bewijsrisicoverdeling, zie daarover par. XIII.3.2.

291 Bij de discussie over het gebruik van statistiek gaat het voornamelijk om dit aspect van statistisch bewijs, zie ook Weitnauer, KF 1966, p. 9. Dat is logisch omdat het gebruik van statistiek ter bepaling van de onzorgvuldigheid van een gedraging minder voor de hand ligt, omdat de laedens dan een keuze maakt die statistisch niet mee te wegen is, zie met name Stauch, OJLS 1997, p. 221-222 en hierna noot 306.

292 Zie over dit alles Weitnauer, KF 1966, p. 10; Gottwald 1979, p. 192; Rommé 1989, p. 24 e.v.; Gmehling 1989, p. 226 e.v.; Auping, AA 1990, p. 929-930 en 932; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 266; Faure, Oratie 1993, p. 6, 9-10, 16-17, en 40; Kerkmeester, WPNR 6111 (1993), p. 772; Huppes-Cluysenaer 1994, p. 154; Van 1995, p. 8 en 84 e.v.; Frenk, NJB 1995, p. 483 en 484; Verkuijlen, NJB 1995, p. 903; Akkermans, NJB 1995, p. 1278 en 1279; Akkermans, VA 1995, p. 48 e.v.; Van, NJB 1995, p. 1466-1467; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 27 e.v.; Haan 1996, p. 36; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 31; Weber 1997, p. 34-36, en 134; Newdick, LQR 1985, p. 423; Goldberg

basis van de 'general causation' alleen een verwachting ten aanzien van de 'specific causation' aangeven.[293] De echte stap van algemeen naar individueel causaal verband vereist nog een subjectieve (en normatieve) beslissing van de rechter.[294]

Om toch aan de bewijsnood van de eiser met betrekking tot de 'specific causation' tegemoet te komen, wordt wel voorgesteld om het bewijsrisico ten aanzien van die 'specific causation' om te keren als de 'general causation' is vastgesteld,[295] of om een proportionele vergoeding toe te kennen,[296] dan wel om in die gevallen een vermoeden van causaal verband aan te nemen.[297]

1999, p. 37 en 39; Finley, DePaul Law Review 1999, p. 358; Stauch, OJLS 1997, p. 218 (die overigens terecht aangeeft (omdat de causaliteit nooit direct waarneembaar is) dat hetzelfde probleem ook speelt bij de bepaling van het causale verband in 'normale' gevallen en op de gebruikelijke wijze, en dan naar het gevoel opgelost wordt); Akkermans 1997, p. 187-192 (die dit probleem minder groot en minder absoluut acht dan wel gesteld wordt, maar het bestaan ervan niet ontkent) en p. 283 e.v. Hetzelfde probleem speelt bij het verlies van een statistische kans op genezing. Die (statistische) kans is verloren gegaan, maar niet zeker is of deze patiënt die kans verloren heeft, vergelijk Hill, MLR 1991, p. 512,en Scott, MLR 1992, p. 523. Zie ook Akkermans, VA 1995, p. 48 en 51, en Akkermans 1997, p. 187 e.v. en p. 284, die er op wijst dat het in deze situatie niet om de 'specific causation' als zodanig gaat, maar om de vraag of de kansberekening bruikbaar is voor de bepaling van de hoogte van de proportionele schadevergoeding.

293 Zie met name Rommé 1989, p. 27-28, en in deze zin ook Musielak, ZZP 1998, p. 388; Akkermans, VA 1995, p. 49, en de literatuur in de vorige noot.

294 Zie Kerkmeester, AA 1999, p. 795, en Kerkmeester, NJB 1998, p. 440, die deze stap toestaat, maar wel maant tot voorzichtigheid. In deze zin ook Akkermans 1997, p. 192. Van 1995, p. 89 e.v. en p. 95, meent dat dit niet kan in het klassieke model van het aansprakelijkheidsrecht, maar wel in het door hem bepleite toerekeningsmodel (p. 247-250). Weber 1997, p. 36, meent dat deze stap niet mogelijk is. Goldberg 1999, p. 39 en 41, meent dat dat, hoewel moeilijk, wel mogelijk is via het Bayes' theorema (waarover Goldberg 1999, p. 38 e.v.; Weitnauer, KF 1966, p. 8; Kerkmeester, AA 1999, p. 795). Goldberg 1999, p. 43, gaat dan wel uit van het gegeven dat > 50 % waarschijnlijkheid genoeg is, hetgeen in Nederland niet het geval is (zie par. II.4). Bovendien wijst hij erop dat de nodige informatie aanwezig dient te zijn (p. 42 en 52), hetgeen niet steeds evident zal zijn.

295 Auping, AA 1990, p. 932 e.v., zulks op basis van Amerikaanse rechtspraak. In die zin ook Kerkmeester, TMA 1994, p. 47, en AA 1999, p. 798; Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 897 en NJB 1995, p. 1280; Chao-Duivis, Adv.bl. 1993, p. 340. In die zin ook Weitnauer, KF 1966, p. 15 e.v. Daar tegen: Faure, Oratie 1993, p. 43 e.v.; Akkermans, NJB 1995, p. 1279; Akkermans 1997, p. 304-307; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 31. Hierbij verdient wel opmerking dat Auping de aansprakelijkheid wil beperken door deze proportioneel te benaderen (p. 933), en tevens dat voor de bepleite bewijsrisico-omkering diverse goede argumenten zijn aan te voeren naast het bestaan van statistische gegevens (p. 932), zodat die omkering eigenlijk voortvloeit uit het gebruik van normatieve argumenten.

296 Zie vooral Akkermans 1997, p. 187-192; Akkermans, VA 1995, p. 50 e.v.; Newdick, LQR 1985, p. 423; Faure, Oratie 1993, p. 43-45; Van, TMA 1998, p. 35-36; Bergkamp, Oratie 1998, p. 118, en Frenk, NJB 1995, p. 489, die uiteindelijk nog verder lijkt te gaan, nu hij de (proportionele) mate van aansprakelijkheid laat afhangen van de statistische waarschijnlijkheid, en derhalve van de 'general causation', waarbij de 'specific causation' als het ware helemaal overgeslagen wordt. Zulks stelde ook Verkuijlen, NJB1995, p. 903. Frenk, NJB 1995, p. 903-904 ontkende dit. Anders: Kerkmeester, AA 1999, p. 796-797.

297 Zie het overzicht bij Faure, Oratie 1993, p. 16-17, en bijvoorbeeld Weitnauer, KF 1966, p. 13; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 272; Van 1995, p. 84 en 251; Van Acht/Bauw 1996, p. 123, alsmede Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 27 e.v., en Haan 1996, p. 36-38.

Nu in deze gevallen steeds gedurende de procedure voor dat specifieke geval bepaald zal moeten worden of de 'general causation' gegeven is,[298] waarna vervolgens besloten kan worden of dat verband voldoende sterk is voor een bewijsrisico-omkering, een proportionele vergoeding of een vermoeden van 'specific causation', zal mijns inziens een vooraf bekende en algemene regel van *bewijsrisicoverdeling* ten aanzien van het causale verband op basis van dergelijke statistische gegevens niet op te stellen zijn.[299] Dit zou wellicht anders liggen als de wetgever of de rechter zou beslissen dat, als algemene regel, bij een bepaalde mate van 'general causation' steeds uitgegaan zou moeten worden van een bewijsrisico-omkering, een proportionele vergoeding of een vermoeden van 'specific causation'. In zo'n geval zou, zo lijkt het, wel een algemene regel geschapen zijn, en zou een waarschijnlijkheidsmaatstaf, want daarover gaat het uiteindelijk bij statistische gegevens, beslissend zijn geweest.[300]

Het is echter de vraag of dat laatste wel het geval is. Acceptatie van een dergelijke regel zal naar mijn mening namelijk uiteindelijk (moeten) berusten op andere argumenten dan enkel het argument gebaseerd op statistische gegevens. Omdat de stap van 'general' naar 'specific causation' nu eenmaal niet zonder meer op basis van die statistische gegevens en waarschijnlijkheidsnoties gezet kan worden, zullen daarvoor andere argumenten beslissend moeten zijn.[301] Daarvoor komen mijns inziens alleen waardeoordelen in aanmerking. Zo'n regel zal derhalve op normatieve gezichtspunten berusten, zoals bijvoorbeeld 'tegemoetkoming aan de bewijsnood van de eiser' of 'slachtofferbescherming'.[302] De invloed van de statistiek en de waarschijnlijkheid gaat hier dus niet verder dan het bepalen van de grens vanaf waar toepassing van een verder normatief bepaalde regel mogelijk is. Het zijn dan uiteindelijk normatieve (en materieelrechtelijke) overwegingen die de bewijsrisicoverdeling bepalen.[303] Het bestaan van 'general causation' kan derhalve als argument wel een rol spelen, maar kan mijns inziens niet op zichzelf beslissend zijn. Het bestaan van een dergelijk verband is enkel een aanleiding om

298 Voorop staat dus wel steeds dat de 'general causation' epidemiologisch vaststaat. Over de valkuilen die daarbij spelen, zie Goldberg 1999, p. 43 e.v.; Akkermans, VA 1995, p. 49 e.v., en Akkermans 1997, p. 284-291.

299 De rechter in kwestie kan een dergelijke regel voor het betreffende geval wel opstellen, maar die zal niet vooraf gegeven zijn. Dat bekendheid van de bewijsrisico-regel vooraf wenselijk is, zal duidelijk zijn.

300 Zie over waarschijnlijkheidsmaatstaven en hun invloed op de bewijsrisicoverdeling, hierna par. XIII.3.2.

301 En wel ter invulling van de subjectieve beslissing (Kerkmeester, NJB 1998, p. 440) van de rechter om de 'sprong' van algemeen naar individueel te maken. Zo ook Weitnauer, KF 1966, p. 15; Haan 1996, p. 38. Zie ook hiervoor noot 294.

302 Zie Weitnauer, KF 1966, p. 15. Vergelijk ook Auping, AA 1990, p. 932; Van 1995, p. 248-250; Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 897, en Finley, DePaul Law Review 1999, p. 364 e.v.

303 Zie nader bijvoorbeeld par. XIV.3.2.4. Dat waardeoordelen een rol spelen, geldt mijns inziens ook bij de 'normale' vaststelling van het causale verband, maar speelt hier nog sterker.

te bekijken of er andere argumenten aanwezig zijn om tot een bewijsrisico-omkering over te (mogen) gaan.

Zodoende rijst het beeld dat ten aanzien van het causale verband het werken met statistische gegevens voor wat betreft de *bewijsrisicoverdeling* niet licht denkbaar is.[304] Vanwege het deductie-probleem zullen statistische gegevens ook bij de bewijs*waardering* alleen met de nodige omzichtigheid ter hand genomen mogen worden.[305] Daarbij zal er meer ruimte zijn voor het gebruik van statistische gegevens als de onrechtmatigheid reeds gegeven is[306] en als er aanvullend bewijs aanwezig is.[307] Of de consequentie daarvan vervolgens is dat een proportionele

304 De discussie over het al dan niet mogen gebruiken van statistisch materiaal (waarschijnlijkheid) beperkt zich dan veelal ook terecht tot de vraag of zulks mee mag spelen bij de bewijswaardering door de rechter, vergelijk Leenders 1997, p. 334; Van 1995, p. 84, en hierna par. XIII.2. Voor zover gerefereerd wordt aan een 'bewijslastomkering' gaat het om een mijns inziens onjuist gebruik van die term (vergelijk Dierx & Siegers, NJB 1990, p. 555; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 272 en 277; Faure, Oratie 1993, p. 25; Frenk, NJB 1995, p. 485; Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 896) omdat de 'bewijslastomkering' volgens deze auteurs volgt na aanname van een vermoeden. In zo'n geval wordt echter enkel de bewijsvoeringslast omgekeerd, zie par. I.3.

305 Ik wijs er daarbij op dat het in HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 nt. EAA (Binderen/Kaya), waarin het gebruik van statistisch materiaal toegestaan werd, ook over een vraag van bewijswaardering ging, zie Leenders 1997, p. 22, en Chao-Duivis, Adv.bl. 1993, p. 340; Betlem c.s. 1999, p. 73. Zoals hier ook Crombag 1997, p. 573; Van Acht/Bauw 1996, p. 124; Van 1995, p. 251; Kerkmeester, TMA 1994, p. 47; Haan 1996, p. 37; Weitnauer, KF 1966, p. 15; Gottwald 1979, p. 196; Gmehling 1989, p. 231; Weber 1997, p. 36, en Akkermans 1997, p. 190. Zie ook Nesson, Harvard Law Review 1985, met name p. 1378 e.v., die aangeeft dat vonnissen op basis van statistiek minder snel geaccepteerd worden door het publiek, waarover Akkermans, VA 1995, p. 52, noot 70. Een tweede probleem kan overigens zijn dat de keuze voor een bepaald uitgangspunt de uitkomsten wezenlijk beïnvloedt, zie daarover par. XIII.3.2. Een derde probleem kan zijn dat de statistische wetenschap erg terughoudend is en niet snel een causale relatie zal erkennen, zie Finley, DePaul Law Review 1999, p. 364.

306 Zie Nesson, Harvard Law Review 1985, p. 1384; Akkermans, VA 1995, p. 52, alsmede Stauch, OJLS 1997, p. 221-222. Het gebruik van statistiek ter bepaling van de onrechtmatigheid wijst Stauch af. Hij baseert zulks op de gedachte dat statistisch materiaal niets zegt over de eventuele onrechtmatigheid omdat de gedaagde altijd, hoe hoog de waarschijnlijkheid van onrechtmatig handelen ook is, ervoor kan *kiezen* niet onrechtmatig te handelen. De stap van algemeen naar individueel is dan niet te nemen. In dezelfde zin Akkermans, VA 1995, p. 52, noot 70; Akkermans 1997, p. 188-189; Kerkmeester, NJB 1998, p. 439. Anders: HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 nt. EAA (Binderen/Kaya), Kottenhagen-Edzes 1992, p. 273, en Kerkmeester, TMA 1994, p. 47. Hetzelfde betoogt Stauch voor die gevallen waarin de causaliteit van een keuze afhankelijk is, zoals bij 'informed consent'-zaken. Dat de causaliteit coulant benaderd wordt als de onrechtmatigheid gegeven is, zien we wel meer, zie Giesen 1999, p. 144; Akkermans 1997, p. 307; HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337 nt. EAA (Trakzel/Amsterdam); HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 770 (K./Eindhoven); HR 24 december 1999, NJ 2000, 141 (Gemeente W./B.). In deze richting ook Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 24.

307 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 oktober 1997, te kennen uit HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 26; Goldberg 1999, p. 32; Posner, Evidence 1999, p. 40-41; Wright, California Law Review 1985, p. 1825-1826; Leenders 1997, p. 332; Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 28; Haan 1996, p. 37, en Kerkmeester, WPNR 6111 (1993), p. 772-773. In deze zin ook Van 1995, p. 248; Bergkamp, Oratie 1998, p. 118; Betlem c.s. 1999, p. 72; Dommering-van Rongen, A & V 2000, p. 31. Anders: Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 896. Dat statistische gegevens, door daaraan te zware eisen te stellen, ook gebruikt kunnen worden om de bewijsvoering door de eiser eerder te bemoeilijken, heeft Finley, DePaul Law Review 1999, p. 335 e.v., aangetoond.

aansprakelijkheid aanvaard wordt of dat een vermoeden aangenomen wordt, zal van de rechter in kwestie afhangen, nu beide in beginsel mogelijk zijn.[308]

4.4.4 'Meervoudige' causaliteit

Tot nu toe ben ik voorbij gegaan aan die situaties waarin er meerdere potentiële schadeveroorzakers verantwoordelijk zouden kunnen zijn voor de schade van de eiser.[309] De luchtvervuiling was bijvoorbeeld niet te wijten aan één bedrijf, of een stof wordt bijvoorbeeld pas verontreinigend in combinatie met een of meer andere stoffen. De bewijslevering ten aanzien van het causale verband wordt in zulke gevallen alleen nog maar moeilijker.[310]

Naast de voornoemde mogelijke bewijsverlichtingen, die ook van betekenis kunnen zijn in gevallen van meervoudige veroorzaking, kan voor het *Nederlandse* recht in dergelijke gevallen art. 6:99 BW (zoals uitgelegd in het *Des*-arrest[311]) van belang zijn. Dat artikel en de daarin besloten gelegen bewijsrisico-omkering kan uiteraard, als ten minste aan de toepassingsvoorwaarden voldaan is, ook op gevallen van milieu-aansprakelijkheid toegepast worden.[312] Een voorbeeld daarvan vormt het arrest *Moerman/Bakker*,[313] waarin het ging om de vervuiling van een sloot vanaf, wellicht, beide buurerven, met als gevolg dat sanering nodig werd. In dat arrest besliste de Hoge Raad dat het Hof terecht de gedachte achter art. 6:99 BW gevolgd heeft, te weten dat:

---

308 Proportionele aansprakelijkheid lijkt daarbij het beste uit te werken omdat zo een 'alles of niets' ten nadele van de gedaagde, beter dan bij een vermoeden (dat niet makkelijk te weerleggen zal zijn), voorkomen wordt.

309 Ik ga niet uitputtend in op deze materie en laat het Engelse en Franse recht in beginsel buiten beschouwing. Vergelijk in het algemeen daarover Akkermans 1997, p. 17 e.v. en p. 325 e.v., en over art. 6:99 BW bijvoorbeeld ook Asser 1992, p. 105-106; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 266 e.v.; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 440 e.v., en par. VII.4.4. Het Milieuschadeverdrag gaat voor deze gevallen uit van hoofdelijke aansprakelijkheid, zie art. 11. Meerdere veroorzakers zijn naar *Engels* recht allen voor het geheel van de schade aan te spreken, zie Charlesworth & Percy 1997, no. 5-80. Dat geldt ook in *Frankrijk*, zie Martin 1978, no. 48. Hetzelfde, respectievelijk gedeeltelijke aansprakelijkheid, dient naar zijn mening te gelden indien één der oorzaken een 'toevallige' is , respectievelijk aan de eiser te wijten is, *ibid.* no. 49 en 51. Van belang is ook dat naar Frans recht al deze gevallen onder overmacht vallen, met als gevolg dat het bewijsrisico op de *gedaagde* rust, *ibid.*, no. 47. Zie verder Viney/Jourdain 1998, no. 374 e.v.

310 Zie onder andere Tjittes, LSA-bundel 1996, p. 24, en Akkermans, TMA 1998, p. 26.

311 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des), waarover par. VII.4.4.

312 Zo Bauw, TMA 1998, p. 30. Hierover bestaan, althans bestonden, echter twijfels. Is dit artikel ook bij een risico-aansprakelijkheid toepasbaar? Is het toepasbaar buiten de context van de productaansprakelijkheid? En is het artikel toepasselijk als er geen letselschade is opgetreden? Zie hierover Spier/Sterk 1995, p. 22 e.v.; Van Acht/Bauw 1996, p. 129; Bauw, TMA 1998, p. 30. Mijns inziens is drie maal een bevestigend antwoord nodig, omdat afdeling 6.1.10 ook ziet op risico-aansprakelijkheden, en voor het overige vanwege het hierna te bespreken *Moerman/Bakker*-arrest.

313 HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230 (Moerman/Bakker).

> 'wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde hoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is.'

Art. 6:99 BW kan dus van toepassing zijn in (bepaalde) gevallen van milieuverontreiniging. Daarbij dient wel vermeld te worden dat de feitelijke situatie in dit arrest, voor zover inzichtelijk geworden, tot de klassieke voorbeelden voor toepassing van art. 6:99 BW behoorde: twee of drie personen vervuilen (mogelijk) allen dezelfde sloot door dezelfde soort handeling (lozen van olie), ze kunnen allen de gehele schade veroorzaakt hebben, en het is niet meer te bepalen wie uiteindelijk de schade daadwerkelijk veroorzaakte.[314]

In de loop der tijd zijn er nogal wat twijfels gerezen over het nut van art. 6:99 BW in gevallen van milieuverontreiniging, omdat die verontreiniging veelal veroorzaakt wordt door 'samenwerkende' oorzaken welke samen een drempelwaarde te boven gaan, terwijl voor toepassing van de bewijsrisico-omkering van art. 6:99 BW nodig is dat elke mogelijke schadeveroorzakende gebeurtenis op zichzelf de gehele schade heeft kunnen veroorzaken.[315] Bemoedigend voor potentiële eisers is wellicht dat de Hoge Raad uitdrukkelijk spreekt over 'de gedachte achter' het artikel, zodat de (ruimere) strekking van het artikel beslissend lijkt te zijn.[316] Bovendien lijkt uit het arrest *Moerman/Bakker* te volgen dat het enkele feit dat het mogelijk is dat de oorzaken elkaar wellicht versterkt hebben en alleen in samenwerking met elkaar tot de schade geleid hebben, zoals dat mijns inziens bij

---

314 Ook Schadevergoeding (Boonekamp), Art. 99, aant. 4, noemt deze situatie als voorbeeld. Voor de duidelijkheid zij er nog op gewezen dat alle potentiële veroorzakers onrechtmatig gehandeld moeten hebben, zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 31 mei 1999, KG 1999, 266 (Staat/De Goey), en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441a. Als wel bepaald kan worden wie welke schade veroorzaakt heeft en aan de laatste eis niet voldaan is, is er sprake van een samenloop van oorzaken en is de aansprakelijkheid een hoofdelijke, zie HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 nt. ARB (Nugteren/Meskes), waarover ook Van Boom, NTBR 2000, p. 200 e.v.

315 Vergelijk onder andere Faure, Oratie 1993, p. 19 e.v.; Kottenhagen-Edzes, NJB 1989, p. 1337; Van Acht/Bauw 1996, p. 128; Spier/Sterk 1993, p. 34-35; Spier/Sterk 1995, p. 23. De discussie over in hoeverre dit artikel wel of niet van toepassing is bij deelschade (waarover in algemene zin Akkermans, WPNR 6043 (1992), p. 249 e.v.) en dan tot een vergoeding zou leiden, laat ik hier rusten. Ontkennend: Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441b; Akkermans 1997, p. 76; Akkermans, TMA 1998, p. 28; Bauw, TMA 1998, p. 31; Spier, A & V 1997, p. 73; Spier c.s. 1997 (Hartlief), nr. 238; Klaassen & Van Rossum, RM Themis 1994, p. 9. Bevestigend: De Putter & Verschuuren, M & R 1998, p. 7; Van Dunné, TMA 1997, p. 54 e.v. Schijnbaar bevestigend *Kamerstukken II* 1998/99, 26.219, nr. 7, p. 46, doch schijnbaar ontkennend *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 8.

316 Over die strekking had de Hoge Raad zich overigens ook al uitgesproken in het *DES*-arrest. Art. 6:99 BW beoogt de onbillijkheid weg te nemen 'dat de benadeelde de schade zelf moet dragen, omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal is voor zijn schade', zie HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des).

vervuiling door olie het geval kan zijn, niet aan de toepasselijkheid van (de strekking van) art. 6:99 BW in de weg staat.[317] Daarbij dient wel meteen aangetekend te worden dat de feitelijke situatie zoals die zich in casu voordeed, tot in cassatie onduidelijk bleef. Of en in hoeverre art. 6:99 BW echt van betekenis zal blijken in gevallen als deze, dient derhalve afgewacht te worden.

Wanneer meerdere mogelijke veroorzakers in het spel zijn, wordt naar *Duits* recht § 830 Abs. I Satz 2 BGB, dat in elk geval op gevallen van alternatieve causaliteit en 'Anteilszweifel' (deelschade) toepasselijk is,[318] interessant.[319] Dat artikel bepaalt dat meerdere, op zijn minst *mogelijke* veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk zijn, indien niet meer vast te stellen is wie van de veroorzakers de schade daadwerkelijk veroorzaakt heeft. Het artikel bewerkstelligt dus een omkering van het bewijsrisico; de gedaagde zal moeten aantonen dat zijn handeling niet causaal was.[320] De reden voor deze bewijsrisico-omkering is gelegen in de gedachte dat de dader juist door zijn handeling de bewijsnood van de eiser geschapen heeft en dat daaraan tegemoet gekomen moet worden.[321] Voorwaarde voor toepassing van § 830 Abs. I Satz 2 BGB is wel dat ieder der aangesprokenen 'Rechtswidrig' en 'Schuldhaft' gehandeld heeft[322] en dat elke handeling op zichzelf in staat was de gehele schade te veroorzaken.[323] Soms wordt ook nog vereist dat de aangesprokenen op de één of andere manier 'verbonden' zijn, in die zin dat er een 'einheit-

317 Zie verder noot 315 hiervoor.

318 BGH NJW 1994, 932, op p. 934; Baumgärtel/Laumen 1991, § 830, Rdn. 5 en 6; Gmehling 1989, p. 213; Deutsch 1995, Rdn. 61. Ook Larenz/Canaris 1994, p. 575 en 581, gaat uit van de toepasselijkheid van het artikel op gevallen van deelschade. Daarbij dient wel bedacht te worden dat ook in deze gevallen de oorzaak wel de *gehele* schade moet hebben kunnen veroorzaken. Zie ook Lytras 1995, p. 386, die pleit voor toepassing van het artikel in gevallen waarin er naast de 'aansprakelijkheidsscheppende' oorzaken ook 'niet-aansprakelijkheidsscheppende' oorzaken meegewerkt kunnen hebben (zie p. 397 e.v.), en voor toepassing in die gevallen waarin het slachtoffer of het toeval voor een der alternatieve oorzaken verantwoordelijk is (p. 399 e.v.). De dogmatische oplossing van die gevallen loopt via § 254 BGB (Mitverschulden). Toepassing op gevallen van deelschade en minimale causaliteit is zijns inziens niet mogelijk (p. 407 en 408). Anders: Staudinger/Belling/Eberl-Borges 1997, § 830, Rdn. 82.

319 Het artikel is van toepassing ongeacht de aansprakelijkheidsgrondslag, zie Lytras 1995, p. 422, behalve bij gevallen van waterverontreiniging, waarvoor § 22 Wasserhaushaltgesetz geldt. Als meerdere personen voor 'Einwirkungen' in het water gezorgd hebben, zijn ze hoofdelijk aansprakelijk indien de schadelijke stof in verbinding met de andere stoffen geëigend is de schade te veroorzaken. De eiser hoeft niet aan te tonen welke bijdrage aan de schade de aangesprokene leverde, zie BGHZ 57, 257. In gevallen van meervoudige veroorzaking waarbij een natuurlijke oorzaak ook een rol speelt, biedt het causaliteitsvermoeden van § 6 UmweltHG geen soelaas, zie § 7 UmweltHG, en daarover Salje, JZ 1999, p. 686.

320 Zie Larenz/Canaris 1994, p. 571. Dit is ook het doel van de bepaling, zie Staudinger/Belling/Eberl-Borges 1997, § 830, Rdn. 4 en 65.

321 Zie onder andere BGH NJW 1994, 932, op p. 934, en Larenz/Canaris 1994, p. 571.

322 Zie BGHZ 137, 89, op p. 102; Hünert, ERPL 1999, p. 463; Larenz/Canaris 1994, p. 572; Deutsch 1995, Rdn. 61. Zulks is te bewijzen door de eiser, zie Lytras 1995, p. 386, 390; Baumgärtel/Laumen 1991, § 830, Rdn. 3. Medicus, JZ 1986, p. 781, geeft aan dat dat vele problemen zal geven.

323 Expliciet zo BGH NJW 1994, 932, op p. 934.

lichen Vorgang' bestond.[324] Dat vereiste is echter in de loop der tijd danig uitgehold.[325]

Het is vooralsnog niet duidelijk of deze bepaling, waarvan ook onduidelijk is of het een 'Haftungsnorm' is of een bewijsrisico-norm,[326] toepasselijk kan zijn in gevallen van milieuverontreiniging. Het gedrag van alle 'deelnemers' afzonderlijk moet, zoals gezegd, op zichzelf 'geeignet' geweest zijn om het schadetoebrengende gevolg in zijn geheel met zich te brengen (mogelijke causaliteit), hetgeen de eiser moet bewijzen.[327] Dat is een probleem, omdat het bij milieu-aansprakelijkheid veelal om cumulatieve causaliteit (samenwerken van meerdere oorzaken) gaat, waarbij de mate van de individuele bijdrage van elke mogelijke oorzaak twijfelachtig is.[328] Gmehling legt de bepaling zo uit dat deze ook toepasselijk is indien een handeling mogelijk slechts deels, mogelijk slechts in samenwerking met een andere handeling, of mogelijk helemaal niet causaal was, indien maar vaststaat dat de handeling in het algemeen geëigend was de ontstane schade ten minste deels te veroorzaken.[329] Door een dergelijke ruime uitleg zou dit artikel van belang kunnen zijn in milieuzaken.[330]

Voor die gevallen waarin meerdere benadeelden en meerdere daders betrokken zijn, is door Hager een oplossing voorgesteld.[331] Hij gaat ervan uit dat de eiser allereerst dient aan te tonen dat hij door een immissie getroffen is die voor de geleden schade op zijn minst mede-oorzakelijk is. Daarna betoogt hij dat in zo'n geval het principe van 'Vollbeweis' vervangen zou moeten worden door 'bewijs naar overwegende waarschijnlijkheid', omdat de bewijsnood van de eiser niet toevallig is, maar veeleer 'unvermeidlich'.[332] Aanknopingspunten daarvoor vindt hij in het sociale zekerheidsrecht waar dat principe reeds geldend is.[333] De tweede stap die de eiser zal moeten zetten, betreft het bewijs van het oorzakelijke verband

---

324 Er dient dan een zakelijke, ruimtelijke en tijdelijke samenhang te bestaan tussen de diverse handelingen en de veroorzaakte schade, zie Lytras 1995, p. 391. Anders: Staudinger/Belling/Eberl-Borges 1997, § 830, Rdn. 102.

325 Larenz/Canaris 1994, p. 573; Braun, NJW 1998, 2320.

326 Daarover onder andere Groß, VersR 1996, p. 660; Larenz/Canaris 1994, p. 572; Baumgärtel/Laumen 1991, § 830, Rdn. 1. In de richting van een 'Haftungsnorm' gaat BGH NJW 1994, 932, op p. 934.

327 Baumgärtel/Laumen 1991, § 830, Rdn. 5; Medicus, JZ 1986, p. 781.; Gmehling 1989, p. 215; Steffen, NJW 1990, p. 1821.

328 Medicus, JZ 1986, p. 781; Schwabe, VersR 1995, p. 375; Geigel/Schlegelmilch 1993, 24. Kap., Rdn. 79. Volgens Baumgärtel/Laumen 1991, § 830, Rdn. 5 en 6, is § 830 BGB ook toepasselijk bij cumulatieve causaliteit.

329 Gmehling 1989, p. 216-217. Ook Larenz/Canaris 1994, p. 574, hecht veel waarde aan de 'konkreter Eignung' van de handeling.

330 Zulks lijkt moeilijk te verenigen met BGH NJW 1994, 932, op p. 934. Ongeclausuleerd vóór toepassing is Lytras 1995, p. 401.

331 Zie Hager, NJW 1986, 1967 e.v., en daarover ook Gmehling 1989, p. 204 e.v. Voor Nederland, zie Akkermans 1997, p. 325 e.v.

332 Hager, NJW 1986, p. 1968.

333 Zie par. VI.2.

tussen de immissie en de emissie door de veroorzaker, hetgeen via moderne technieken te leveren zou moeten zijn.

Daarna rijst het probleem van de 'Haftungsumfang'. Daarvoor geldt dat die omvang op basis van § 287 ZPO geschat moet worden.[334] Daarin heeft Hager echter weinig vertrouwen vanwege de synergetische werking van vele stoffen. Hij vraagt zich dan ook af of § 830 Abs. I Satz 2 BGB van toepassing zou kunnen zijn, hetgeen hij ontkent omdat niet zeker is of deze oorzaak de gehele schade alleen had kunnen doen ontstaan. De oplossing ligt dan volgens Hager in een nieuwe regel van bewijsrisicoverdeling: wie door middel van gevaarlijke stoffen bijgedragen heeft aan een schade, moet voor de gehele schade opkomen zolang hij zijn eigen, beperkte(re) aandeel niet bewijst.[335] Omdat het enkele 'deelnemen' echter niet genoeg is om iemand aansprakelijk te kunnen houden, voegt Hager een nieuwe voorwaarde toe: risicoverhoging. Indien de immissie het risico van schade vergroot, is de bewijsrisico-norm van toepassing.

4.5 Toerekening (schuld)

Naar *Nederlands* recht zal krachtens art. 6:162 lid 3 BW in principe de onrechtmatige gedraging aan de aangesprokene toe te rekenen moeten zijn op basis van diens schuld, de wet of de verkeersopvattingen, hetgeen de eiser zal moeten bewijzen. Ik verwijs in dit verband echter naar de in paragraaf IV.2.2 besproken regel dat met de onrechtmatigheid de schuld gegeven zal zijn.[336]

Een geslaagde vordering naar *Duits* recht veronderstelt dat de gedaagde 'Verschulden' verweten kan worden. Voor gevallen van milieu-aansprakelijkheid is het bewijsrisico dienaangaande door het Bundesgerichtshof in het *Kupolofen*-Urteil[337] omgekeerd.[338] De gedaagde dient derhalve aan te tonen niet 'schuldhaft' gehandeld te hebben. De redenen daarvoor zijn dezelfde als die welke het Bundesgerichtshof ertoe bracht het bewijsrisico ten aanzien van het 'Verschulden' om te keren in gevallen van productaansprakelijkheid:[339] alleen de emittent kan overzien of de benodigde maatregelen genomen zijn en daarnaast is hij beter in staat het bewijs rond te krijgen. Het Bundesgerichtshof geeft overigens wel nog

334 BGHZ 66, 70. Zie Hager, NJW 1986, p. 1968.

335 Hager, NJW 1986, p. 1969.

336 Zie voor het terrein van de milieu-aansprakelijkheid, Hulst, TMA 1999, p. 13; De Putter & Verschuuren, M & R 1998, p. 6; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 511 e.v.

337 BGHZ 92, 143. Zie ook BGH NJW 1997, 2748.

338 Ook zonder deze expliciete omkering van het bewijsrisico, zou de eiser op dit punt vergaand tegemoet gekomen kunnen worden. Zowel bij een aangetoonde schending van een 'Schutzgesetz' ex § 823 II BGB, als bij een aangetoonde schending van een 'Verkehrspflicht' op basis van § 823 I BGB, is de rechtspraak bereid van het 'Verschulden' uit te gaan en de gedaagde te belasten met het bewijs van het tegendeel. Zie Gmehling 1989, p. 202 en p. 246; Von Bar 1980, p. 283 e.v.; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 43; Lytras 1995, p. 55 en 85-86.

339 Zie BGHZ 51, 91, waarover par. VII.4.2.

aan dat de aan het bewijs te stellen eisen niet te zwaar mogen worden. Het mag niet zo zijn dat er opeens een 'Verursacherhaftung' ontstaat.[340] Ook mag er in beginsel vanuit gegaan worden dat indien de gedaagde overeenkomstig de TA-waarden handelde, er geen ontoelaatbare emissie zal zijn geweest zodat het 'Verschulden' ontbreekt.[341]

4.6 Disculpatie

De in *Nederland* bij art. 6:162 BW gebruikelijke verweren voor de gedaagde staan ook op het onderhavige terrein open. Ik volsta hier dan ook met een verwijzing naar paragraaf IV.2.2.[342] Opmerking verdient wel nog dat het 'state of the art'-'verweer' bij milieu-aansprakelijkheid niet langer als verweer gezien wordt. De kenbaarheid van de gevaren maakt immers deel uit van de zorgvuldigheidsnorm, met als gevolg dat de eiser het bewijsrisico draagt.[343] Ook naar *Duits* recht zijn de gebruikelijke verweren mogelijk. Ik zal die hier niet opnieuw uiteen zetten.[344]

5 Bewijsrisicoverlichting?

Op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid wordt met diverse middelen getracht de eiser tegemoet te komen in zijn pogingen om zijn schade te verhalen. Een eerste middel is het introduceren van risico-aansprakelijkheden, hetgeen zowel op internationaal[345] als nationaal niveau heeft plaatsgevonden. Gevolg daarvan is dat het al dan niet zorgvuldige gedrag van de gedaagde en de verwijtbaarheid daarvan, in principe,[346] niet meer van belang is. De gedaagde dient in te staan voor bepaalde gebeurtenissen in verband met de door hem ontplooide activiteiten of gebruikte stoffen.

De noodzaak om vast te stellen of de gedaagde onzorgvuldig en verwijtbaar handelde, is ook naar de achtergrond gedrongen door het inroepen van het hinderleerstuk. Daarbij gaat het immers om een afweging van belangen en niet zozeer om de onzorgvuldigheid van bepaald gedrag. Het Duitse recht is daarbij het meest

340 BGHZ 92, 143, 151. Zie hierover ook Baumgärtel 1999, § 906, Rdn. 15.
341 BGHZ 92, 143, op p. 151-152. Zie ook Diederichsen, FS Lukes 1989, p. 47. Ook deze regel is niet zonder uitzonderingen, zie BGH NJW 1997, 2748, op p. 2749.
342 Een specifiek geval van een (afgewezen) eigen schuld-verweer is Rb. Den Haag 1 februari 1985, NJ 1986, 635 (Nederpel/Van der Hoeven).
343 Zie HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell), en par. 4.2. Dat het bewijsrisico ten aanzien van de stand van de wetenschap op de eiser rust, was in de lagere rechtspraak al eerder aangenomen, toen nog onder vigeur van de (foutieve) gedachte dat de eiser (de Staat) de relativiteit, en dus de kenbaarheid, diende aan te tonen, zie voor een overzicht Wubs, TMA 1992, p. 94.
344 Zie par. IV.2.5.
345 Zie het in noot 2 genoemde Milieuschadeverdrag van de Raad van Europa.
346 De 'state of the art'-perikelen vormen daarbij nog wel eens een beletsel.

vooruitstrevend, in elk geval op bewijsrechtelijk vlak: de gedaagde dient aan te tonen dat bepaalde hinder geduld moet worden. Daarnaast wordt de eiser soms tegemoet gekomen door het openstellen van een procedure ter verkrijging van informatie, hetgeen zijn bewijsnood wellicht kan verminderen. Ook de steeds toenemende verdichting van milieurechtelijke regelgeving (meer specifieke normen) kan de eiser ten goede komen, omdat het aantonen van een 'fout' daardoor eerder mogelijk zal zijn. Het betreft hier dus vooral materieelrechtelijke verlichtingen van het bewijsrisico.

Op het moment dat de traditionele schuldaansprakelijkheden ingeroepen worden, blijft een verlichting van het bewijsrisico vrijwel geheel uit, afgezien van het Duitse recht dat aansluiting gezocht heeft bij de regels van bewijsrisico zoals ontwikkeld voor het hinder-leerstuk. Bovendien is daar het bewijsrisico ten aanzien van het 'Verschulden' expliciet op de gedaagde gelegd. Dat laatste geldt in wezen overigens ook in Nederland.

De bewijsproblemen voor de eiser worden niet minder als de vaststelling van de schade, met name bij de schade aan het milieu, en, wellicht nog belangrijker, het causale verband aan de orde is. Ten aanzien van dat causale verband bestaan nog geen algemene regels of algemeen toepasselijke leerstukken die een bewijsverlichting brengen en nu al structureel worden toegepast. Diverse methoden van bewijsverlichting, zowel materieel- als bewijsrechtelijk van aard, passeerden hiervoor de revue, maar vaste grond hebben die methoden nog niet verworven. Ook § 6 UmweltHG kan waarschijnlijk niet als een echte oplossing gekwalificeerd worden. Gebleken is immers dat deze regel in zijn huidige vorm weinig soelaas zal bieden. Op ad hoc-basis is de rechter bereid gebleken bepaalde technieken te benutten, maar daar blijft het dan ook bij. Nu echter algemeen erkend wordt dat de vaststelling van het causale verband de eiser voor schier onoverkomelijke problemen stelt, lijkt het zinvol om over bewijsverlichtingen na te blijven denken.

6 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat de bewijslevering op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid de nodige problemen met zich kan brengen.[347] Uit dat gegeven volgt echter nog niet dat dan ook meteen het bewijsrisico verschoven zou moeten worden. Zulks zou immers een behoorlijke verzwaring van de potentiële aansprakelijkheid met zich brengen, waarvoor een gedegen rechtvaardiging aangevoerd zou moeten kunnen worden. Teneinde te bezien of dat mogelijk zou

347 Zie bijvoorbeeld Medicus, JZ 1986, p. 784; Diederichsen, PHi 1992, p. 166; Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 17 en 18; Van Dunné, TMA 2000, p. 4.

kunnen zijn, dienen wij naast de bewijsrechtelijke invalshoek ook de materieelrechtelijke zijde van het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein in ogenschouw te nemen.

Het lijkt op het eerste gezicht niet rechtvaardig om bepaalde personen of bedrijven aansprakelijk te houden, terwijl onduidelijk is of zij onzorgvuldig gehandeld hebben en of zij een bijdrage aan het ontstaan van de schade hebben geleverd.[348] Daarbij mag bovendien niet uit het oog verloren worden dat de aangesproken personen en bedrijven veelal handelden vanuit de gedachte, zoals die op dat moment in de gehele samenleving leefde, dat zij de maatschappij vooruit hielpen en welvaart brachten. Pas recentelijk zijn de keerzijden daarvan aan het licht gekomen.[349]

Daartegenover lijkt echter wel te staan dat de bedrijfsmatige 'vervuiler' al die jaren de lusten van zijn activiteiten (de winst) heeft genoten, terwijl de lasten later bij een ander terecht lijken te komen. De profijtgedachte zou dan met zich kunnen brengen dat de 'vervuiler' niet alleen die lusten zou mogen ontvangen, maar dat hij ook de schade zou moeten vergoeden. In dit verband kan gewezen worden op de aansluiting die het Bundesgerichtshof heeft gezocht bij de bewijsrisicoverdeling in productaansprakelijkheidszaken.[350] De redenen voor een omkering van het bewijsrisico in gevallen van productaansprakelijkheid zijn volgens het Bundesgerichtshof net zozeer van toepassing op gevallen van milieuaansprakelijkheid. We zagen al[351] dat bij de productaansprakelijkheid de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' van belang was, alsmede dat daar een belangrijke rol speelde dat de ondernemer naast de lusten van zijn activiteiten ook de lasten ervan voor zijn rekening zou moeten nemen.[352] De profijt-gedachte speelde overigens ook een belangrijke rol bij de invoering van de risico-aansprakelijkheden van art. 6:175 e.v. BW.[353] In samenhang hiermee wordt er ook nog op gewezen dat de 'vervuiler', degene die de risico's schept, bij verwezenlijking van

348 Vergelijk Faure, Oratie 1993, p. 44.

349 Zie over die problematiek in het kader van de vaststelling van de zorgvuldigheidsnorm bijvoorbeeld Van Boom/Barendrecht, BW-krant 2000, p. 45 e.v., alsmede HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell). Kenmerkend in dit verband is dat een eventuele toekomstige Europese richtlijn geen terugwerkende kracht zal krijgen, zie Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 14. Ik erken dat de in het arrest *Staat/Shell* op de problematiek van de 'Altlasten' toegesneden argumentatie op een deelprobleem ziet, maar dat wil niet zeggen dat de daar gebruikte argumenten niet te transponeren zijn naar andere vormen van milieuverontreiniging. Ook in de meer huishoudelijke sfeer, bij het gebruik op micro-niveau van nu als verontreinigend erkende stoffen, geloofde men lange tijd dat de welvaart gediend was met hetgeen men deed. Vergelijk ook Martin 1978, no. 73, die deze redenering als verklaring aanvoert voor het opnemen van limieten als het om de hoogte van de schadevergoeding gaat.

350 BGHZ 92, 143.

351 Zie par. VII.6.

352 Zie hierover Baumgärtel 1996, Rdn. 462; Nicklisch, VersR 1991, p. 1095; Martin 1978, no. 75.

353 *Kamerstukken II* 1988/89, 21.202, nr. 3, p. 7; Van Acht/Bauw 1996, p. 69, en noot 112.

die risico's in moet staan voor de schade die daardoor veroorzaakt wordt.[354] Wij herkennen hierin de gevaarzettingsleer. De voorgaande argumenten worden overigens geregeld gebundeld in het beginsel dat 'de vervuiler betaalt'.[355]

Op basis van het voorgaande lijkt het mogelijk een rechtvaardiging te vinden om ten aanzien van het causale verband in milieu-aansprakelijkheidszaken de bewijsrisico-omkering na schending van een veiligheidsnorm toe te passen. Schending van een dergelijke norm, waardoor het risico van ongevallen verhoogd wordt, leidt ertoe dat het causale verband vaststaat als zich juist dat risico verwezenlijkt, dat alles behoudens tegendeelbewijs door de gedaagde. Voor toepassing van die regel op dit terrein spreekt naast de voornoemde argumenten nog dat bij een andere bewijsrisicoverdeling de effectiviteit van de norm waarschijnlijk verloren zou gaan. Vanwege de bewijsproblemen met betrekking tot het causale verband zou de aansprakelijkheidsnorm anders immers slechts zelden ingeroepen kunnen worden.[356] Ook vanuit het oogpunt van preventie zou zo'n bewijsrisico-omkering overigens functioneel kunnen zijn.[357]

De in die bewijsrisico-omkering besloten gelegen verzwaring van aansprakelijkheid zou wellicht ook in een afgezwakte vorm langs een andere weg bereikt kunnen worden. Zo zou het denkbaar zijn om, net zoals ten aanzien van de aansprakelijkheid voor beroepsziekten wel gebeurd is, lijsten op te stellen die een verband leggen tussen bepaalde activiteiten en/of stoffen en bepaalde inwerkingen[358] op het milieu. Zo'n systeem zou grofweg als volgt kunnen functioneren.[359] Als het verband tussen de gewraakte activiteit en de vastgestelde inwerking op het milieu volgens de betreffende lijst aanwezig is, hoeft de eiser alleen nog de relatie

---

354 Zie bijvoorbeeld Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 17; Van Acht/Bauw 1996, p. 69; Spier/Sterk 1995, p. 2; Lambert-Faivre 1996, no. 697; Wagner, JZ 1991, p. 176; OLG Düsseldorf, JZ 1999, 684, op p. 685, en noot 113.

355 Dit beginsel is bijvoorbeeld neergelegd in art. 174 EG-Verdrag. Zie verder onder andere Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 2 en 3, en Van Acht/Bauw 1996, p. 70. Daarbij valt overigens op dat tegelijkertijd gesteld wordt dat het van groot belang is dat een verzekering beschikbaar is, zie Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 14 en 24-26, alsmede Van Acht/Bauw 1996, p. 69. Het is dus toch niet de vervuiler die alleen alles moet betalen.

356 Zie noot 88; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 431, en Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 3 en 17, waarin de doeltreffendheid van milieu-aansprakelijkheid direct gekoppeld wordt aan het kunnen aantonen van het causale verband en de bewijsrisicoverdeling in het algemeen. Op p. 18 wordt dan ook voorgesteld om op een of andere, nog nader te bepalen manier, een bewijsrisicoverlichting te introduceren. Ook voor Van Dunné, TMA 2000, p. 4, is een bewijsverlichting op dit terrein een noodzaak, en wel om een 'zinvolle werking' te bereiken, zie p. 5. Het voorgaande klemt te meer nu de informatie en deskundigheid zich veelal aan de zijde van de 'vervuiler' zal bevinden, vergelijk Van Dunné, TMA 2000, p. 5.

357 Dat het preventie-argument hier belangrijk is, blijkt bijvoorbeeld uit het Witboek milieuaansprakelijkheid 2000, p. 2, 3 en 12, alsmede Van Acht/Bauw 1996, p. 70.

358 En dus niet de schade als zodanig, omdat die zich op vele manieren kan voordoen waardoor het maken van zulke lijsten ondoenlijk wordt. Bij het maken van zulke lijsten zou men wellicht ook nog kunnen onderscheiden tussen inwerkingen op het milieu en 'inwerkingen' die zich via het milieu uiten.

359 Zie hieromtrent ook par. VI.4 *in fine*.

tussen die inwerking en zijn schade aan te tonen. Als dat verband aangetoond is, gaat de rechter er voorlopig vanuit dat het causale verband bewezen is. Voor de gedaagde staat de mogelijkheid open om tegenbewijs te leveren. Dat het voldoende is voor de gedaagde om tegenbewijs (voldoende twijfel zaaien) in plaats van tegendeelbewijs te leveren, is ingegeven vanuit de gedachte dat zoveel mogelijk ervoor gewaakt dient te worden dat de gedaagde niet bij voorbaat kansloos blijkt. In dit systeem wordt de eiser een heel eind tegemoet gekomen zonder dat de gedaagde bij voorbaat 'veroordeeld' wordt - de onrechtmatigheid dient immers eerst vast te staan én het leveren van tegenbewijs is mogelijk -, zodat recht gedaan wordt aan de hier besproken gezichtspunten.

Ongeoorloofde mededinging

1 Inleiding

Een daad van ongeoorloofde mededinging kan gelegen zijn in een groot aantal soorten handelingen. Een voorbeeld daarvan is het maken van misleidende reclame, hetgeen in een aparte paragraaf (par. 3) behandeld zal worden, omdat daar enige specifieke bewijsrechtelijke problemen spelen. Ongeoorloofde mededinging kan echter ook plaatsvinden door middel van andere handelingen of door middel van mededelingen die niet als (misleidende) reclame te beschouwen zijn. Daaraan is paragraaf 2 gewijd. Na die twee paragrafen wordt het voorgaande kort samengevat (par. 4) en wordt getracht de argumenten voor een eventuele verzwaring van aansprakelijkheid en eventuele bewijsrisico-omkeringen bloot te leggen (par. 5).

Bij ongeoorloofde mededinging in algemene zin[1] gaat het om een vorm van aansprakelijkheid, soms op basis van het algemene aansprakelijkheidsrecht en soms op basis van speciale regels, die gekenschetst kan worden als een schuldaansprakelijkheid, maar waarin ook elementen van een belangenafwegingsaansprakelijkheid naar voren komen. Die belangenafweging betreft dan de afweging tussen het beginsel van vrijheid van handel en verkeer, op basis waarvan aanvaard wordt dat eenieder de markt mag betreden en mag proberen winst te maken,[2] en de notie dat die concurrentie niet verstoord mag worden door het gebruik van oneigenlijke middelen, dit ter bescherming van de belangen van de concurrenten én de consumenten.[3]

De grondslag voor aansprakelijkheid wegens misleidende reclame is gelegen in een aparte civielrechtelijke regeling, zoals in Duitsland en in Nederland, of in specifieke strafrechtelijke regelingen over handelingen die via de algemene regels van het aansprakelijkheidsrecht tevens onrechtmatig zijn, zoals in Frankrijk, althans

---

1 Een mooie omschrijving is die van Verkade 1992, p. 2: Het leerstuk (...) betreft (...) regels welke grenzen stellen aan de toelaatbaarheid van het handelen gericht op een sterkere marktpositie. Zie ook Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 8.

2 Zie bijvoorbeeld Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 3. Op de publiekrechtelijke regels die willen voorkomen dat de concurrentie verdwijnt doordat ondernemingen concentraties en kartels en dergelijke gaan vormen, zoals de artt. 81 en 82 EG-Verdrag, zal hier niet ingegaan worden. Ik zal me hier alleen richten op de aansprakelijkheidsregels die de wijze van mededinging reguleren.

3 Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 9; Verkade 1986, p. 55-67; Verkade, AA 1990, p. 860; Drysdale/Silverleaf 1995, 1.06; Burst 1993, no. 1; Serra 1993, p. 30-31 en 45; Izorche, RTD Com 1998, p. 17; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 683; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 76-83, en BGHZ 19, 393, op p. 396.

een grond voor compensatie opleveren, zoals in Engeland. De aard van deze aansprakelijkheden is overal dezelfde. Het betreft steeds schuldaansprakelijkheden.

2 Ongeoorloofde mededinging in het algemeen[4]

2.1 Onrechtmatigheid

2.1.1 Grondslagen en voorwaarden voor aansprakelijkheid

In *Nederland* wordt de aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde mededinging beheerst door de algemene norm van art. 6:162 BW.[5] Op basis van die bepaling zijn diverse soorten gedragingen van ondernemers als onrechtmatig bestempeld. Ik noem hier, zonder pretentie van volledigheid en zonder al deze vormen uitvoering te behandelen,[6] het aanhaken of aanleunen bij iemands prestaties of onderscheidingsmiddelen, het doen van onware of afbrekende mededelingen over de concurrent, het uitlokken en profiteren van wanprestatie en de boycot.[7]

Van groot belang is dat naar Nederlands recht de vrijheid van handel en bedrijf voorop staat zodat concurreren op zichzelf niet onzorgvuldig is. Er zijn bijkomende omstandigheden nodig om een handeling onrechtmatig te maken.[8] Er wordt dan ook wel gezegd dat een belangenafweging nodig is.[9] In principe mag dus iedereen

---

4 In het navolgende zal ik niet ingaan op de intellectuele eigendomsrechten die hier relevant zouden kunnen zijn omdat het bestaan van zo'n recht een vordering op basis van 'ongeoorloofde mededinging' zou kunnen uitsluiten. De afbakening tussen die twee onderwerpen laat ik ook buiten beschouwing, zie Verkade 1986, p. 30 e.v.; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 101 e.v.

5 Ten tijde van de totstandkoming van het nieuwe BW is er nog wel gediscussieerd over de vraag of er voor ongeoorloofde mededinging een aparte wettelijke bepaling ingevoerd zou moeten worden, maar daartoe is uiteindelijk niet besloten. Zie PG Boek 6, p. 787-788, en Verkade 1992, p. 10 e.v.

6 Als er bij die concurrentie inbreuk gemaakt wordt op een (subjectief) intellectueel eigendomsrecht of een wettelijke plicht, is de onrechtmatigheid in beginsel gegeven als ook aan de relativiteitsnorm voldaan is, zie Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 23. Het hierna betoogde ziet slechts op de toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid.

7 Vergelijk over deze en andere handelingen onder andere Verkade 1986, p. 72 e.v.; Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach 1989, nr. 1262 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 47-49; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 201 e.v. Het bevorderen of uitlokken van wanprestatie zal, anders dan het enkele profiteren ervan, op zichzelf onrechtmatig zijn, zie de conclusie van Mok voor HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101 nt. ARB (Driessen/Benegas), nr. 3.5.3.2 en 3.5.3.3.

8 Zie bijvoorbeeld HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101 nt. ARB (Driessen/Benegas); HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 84 (Assco/Layher); Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 66; Duk en Limperg, BIE 1985, p. 179; Verkade 1986, p. 56; Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach 1989, nr. 1257; Bremer, RM Themis 1994, p. 114; Vranken, WPNR 6288 (1997), p. 719; Sieburgh 2000, p. 21; Van Dam 2000, nr. 812; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 3. Vergelijk ook onder andere HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 nt. Ph.A.N.H. (Thole/Hyster) en HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 nt. vNH (Holland Nautic/Decca).

9 Vergelijk de conclusie van Eggens voor HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 nt. Ph.A.N.H. (Thole/Hyster); Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 2.4; Van Zanten, AA 1992, p. 78; Cahen 1995, p. 4; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 41, en HR 26 juni 1986, NJ 1987, 191 nt. vNH

proberen anderen af te troeven en klanten naar zich toe te halen. Dat is nu juist het doel van de concurrentie. Dat de ander daarvan schade ondervindt, is geen indicatie dat aansprakelijkheid aangewezen zou zijn, omdat schade voor de ander ook door rechtmatig concurreren ontstaat.[10] Bij de bepaling van de mate van zorgvuldigheid die een ondernemer in het maatschappelijk verkeer aan de dag moet leggen, kunnen de branche-opvattingen overigens ook een rol spelen, maar deze zijn niet beslissend.[11]

Het *Engelse* recht kent geen algemene 'tort' ter bestrijding van 'unfair competition'.[12] Men zal het in elk concreet geval moeten stellen met een of meer van de vele 'separate torts' die voor toepassing in aanmerking zouden kunnen komen, zoals 'deceit' (zie par. 3), en 'defamation' of 'malicious falsehood'.[13] Daarbij verdient aandacht dat ook in Engeland de vrijheid van mededinging voorop staat.[14] Hier zal ik slechts ingaan op twee mogelijk in aanmerking komende 'torts', namelijk 'passing off' en 'interference with trade by unlawful means'.[15]

Een eerste belangrijke tort op dit gebied is 'passing off'. 'Passing off' ziet op die situaties waarin de ene handelaar zijn goederen of diensten laat doorgaan voor de goederen of diensten van een concurrent die een betere reputatie heeft. Van dat 'aanhaken' bij de reputatie van die andere goederen of diensten profiteert die handelaar doordat zijn afzet groter wordt dan die geweest zou zijn als de handelaar op eigen kracht had geworven voor zijn product.[16] Een voorbeeld hiervan is het handelen onder een naam die zeer sterk lijkt op die van de concurrent.[17] Het doel van 'passing off' is het beschermen van andere handelaren en consumenten tegen het scheppen van verwarring.[18] Ook naar Engels recht wordt overigens erkend

(Holland Nautic/Decca).

10 Zie bijvoorbeeld Duk en Limperg, BIE 1985, p. 177.

11 Zie onder andere HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 nt. vNH (Holland Nautic/Decca); Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 42-44; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 51k; Betlem c.s. 1999, p. 58; en Verkade 1986, p. 67.

12 Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-07; Winfield & Jolowicz 1998, p. 618; Cane 1997, p. 163.

13 Over die twee 'torts', par. IX.2.

14 Vergelijk Cane 1997, op p. 58, 152, en 156-158; Markesinis & Deakin 1999, p. 466 e.v., en *Home Office* v. *Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 297: 'Competition involves traders being entitled to damage their rivals' interests by promoting their own'.

15 Ik zal hier niet ingaan op de tort van 'conspiracy' nu die van weinig belang is, aldus Carty, LQR 1988, p. 250; Winfield & Jolowicz 1998, p. 648, en Markesinis & Deakin 1999, p. 487. Ik zal hier ook niet ingaan op 'trade disputes' nu het daarbij voornamelijk gaat om 'immunities' van vakbonden, vergelijk Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23-91 e.v. Om de behandeling van het onderwerp binnen proporties te houden, zal ik ook niet ingaan op 'intimidation' en 'interference with a subsisting contract', zie Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23- 38 e.v. en 23-09 e.v. Zie verder voor een overzicht van in aanmerking komende 'torts', Zweigert & Kötz 1998, p. 607-608.

16 Vergelijk de omschrijving in Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-01, en Cane 1997, p. 76.

17 Zie Salmond & Heuston 1996, p. 383, voor dit en andere voorbeelden.

18 Zie Carty, LQR 1996, p. 632.

dat hier twee strijdige belangen, het belang van de vrije mededinging en het algemeen belang, spelen.[19]

De voorwaarden voor aansprakelijkheid op basis van 'passing off' zijn door Lord Diplock op een rij gezet. Nodig is: een 'misrepresentation'; gedaan door een handelaar in de uitoefening van zijn bedrijf; tegenover toekomstige klanten of de uiteindelijke consumenten van zijn goederen of diensten; die erop gericht is het bedrijf of de goodwill van een andere handelaar te schaden; en welke inderdaad schade veroorzaakt aan het bedrijf of de goodwill van die ander.[20]

Het vereiste van 'misrepresentation' betekent dat er een feitelijke mededeling, in de ruime zin van het woord, gedaan moet zijn door de gedaagde. Dat kan een directe of indirecte mededeling zijn geweest, die niet noodzakelijk onjuist hoeft te zijn geweest. Waar het om gaat, is dat er een verband gelegd is met de goederen van een ander, met als gevolg dat het publiek misleid is.[21] 'Het publiek' betekent hier de klanten van de eiser of de uiteindelijke consumenten van de goederen of diensten in kwestie. Van dat publiek dient een substantieel deel misleid te zijn. Of dat het geval was, wordt bepaald door af te stemmen op het normale, verstandige lid van dat publiek.[22]

Door het suggereren van een band met de goederen of diensten van een ander, dient de reputatie of de goodwill van die ander geschaad zijn. De bescherming door middel van 'passing off' is niet verbonden aan de naam of het merk van het product zelf (daarvoor kent men allerlei rechten van intellectuele eigendom), maar aan de 'eigendom' die de rechthebbende verkregen heeft in die naam of dat merk door gebruik ervan (de goodwill).[23]

Een tweede belangrijke 'tort' is 'interference with trade by unlawful means'. Op basis van die 'tort' is het onrechtmatig om opzettelijk economisch nadeel, in de zin van het hinderen van de uitoefening van beroep of bedrijf, toe te brengen aan een ander door middel van 'unlawful means'.[24] Deze 'tort' wordt wel gezien als de uitdrukking van het algemene principe dat het onrechtmatig is opzettelijk economische schade te veroorzaken. De andere 'economic torts', zoals 'conspiracy',

19 Zie de speech van Lord Diplock in *Erven Warnink BV* v. *J. Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] 2 All ER 927, op p. 933, en Carty, LQR 1996, p. 951.

20 Zie *Erven Warnink BV* v. *J. Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] 2 All ER 927, op p. 932-933, alsmede *British Telecommunications plc* v. *One In A Million Ltd* [1998] 4 All ER 476, op p. 486, en *Artistic Upholstery Ltd* v. *Art Forma (Furniture) Ltd* [1999] 4 All ER 277, op p. 288.

21 Winfield & Jolowicz 1998, p. 668; Drysdale/Silverleaf 1995, 2.10, 4.07 en 4.02. Hetgeen 'het publiek' overigens geen vordering oplevert, dat is voorbehouden aan de concurrent, zie Carty, LQR 1996, p. 634.

22 Drysdale/Silverleaf 1995, 4.03-4.05.

23 'Goodwill' wordt gezien als 'the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It's the attractive force which brings in custom', aldus Lord MacNaghton, geciteerd in Drysdale/Silverleaf 1995, 2.27. Vergelijk ook Carty, LQR 1996, p. 631 en p. 634 e.v.

24 Vergelijk Carty, LQR 1988, p. 257 en 262 e.v., en Winfield & Jolowicz 1998, p. 649.

'intimidation' en 'interference with a subsisting contract' zouden dan species daarvan zijn.[25]

Een eerste voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat er 'unlawful means' gebruikt werden door de gedaagde. Dat wil zeggen dat er handelingen verricht werden die de gedaagde niet vrijstond te verrichten. Dat betekent niet dat die daden op zich al 'actionable' dienen te zijn.[26] 'Unlawful' zijn onder andere het dreigen met of gebruiken van geweld, het gebruik van een 'misrepresentation (misleiding), en contractbreuk of het uitlokken ervan.[27] Verder dient vastgesteld te zijn dat de gedaagde een 'intent to injure' had en dat hij bedoelde de eiser schade toe te brengen.[28] Ook schade en causaal verband zijn vereist, maar daarover later meer.[29]

Naar *Frans* recht berust de eventuele aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde mededinging op de artt.1382 en 1383 Cc, de algemene regeling van de onrechtmatige daad.[30] Het gaat er dus om dat schade vergoed moet worden die veroorzaakt is door een 'faute'.[31] Daarbij gaat ook het Franse recht ervan uit dat concurreren in principe rechtmatig is.[32] Niettemin kan de wijze van concurreren (een concurrentieverhouding is in beginsel noodzakelijk[33]) zodanig zijn dat er sprake is van een 'faute'.[34] Daarvoor zijn wel bijzondere omstandigheden nodig.[35] Als

25 Vergelijk Carty, LQR 1988, p. 250 e.v.; Winfield & Jolowicz 1998, p. 650, en vooral Lord Diplock in *Merkur Island Shipping Corp.* v. *Laughton* [1983] 2 All ER 189, op p. 196.

26 Markesinis & Deakin 1999, p. 480; Cane 1997, p. 87 en 150. Maar als ze dat wel zijn, zal er ook sprake zijn van 'unlawful means', zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 652. Een beperkter criterium hanteert Carty, LQR 1988, p. 272. Zie hierover ook Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 416 e.v.

27 Zie Markesinis & Deakin 1999, p. 480-482. Bij andere daden zijn er twijfels, zoals bijvoorbeeld bij handelen in strijd met een wet welke strafrechtelijke sancties kent, zie daarover ook Winfield & Jolowicz 1998, p. 651 e.v.; Carty, LQR 1988, p. 268 e.v. Vergelijk ook het overzicht in Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23-59 e.v.

28 Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 436; Carty, LQR 1988, p. 274; Markesinis & Deakin 1999, p. 480. Zie verder par. 2.4.

29 Ook lijkt een 'interference with trade' nodig te zijn, zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 650. Anders: Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 430.

30 Zie onder andere Guyon 1992, no. 839; Serra 1993, p. 29; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 683; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3221.

31 Izorche, RTD Com. 1998, p. 34 e.v.; J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 4.

32 J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 7; Terré-Simler-Lequette 1999, no. 39; Izorche, RTD Com. 1998, p. 18 en 35; Le Tourneau, RTD Com. 1998, p. 86; Burst 1993, no. 1; Serra 1993, p. 29; Guyon 1992, no. 839.

33 Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3225, en daarover Burst 1993, no. 248 e.v. Aansprakelijkheid is zonder een dergelijke verhouding wel nog mogelijk, zie Izorche, RTD Com. 1998, p. 19 en 40 e.v.; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 689. Ik ga hier niet verder in op de diverse onderscheidingen die de doctrine op dit punt maakt, zoals bijvoorbeeld tussen 'concurrence deloyale' en 'agissements parasitaires', vergelijk onder andere Le Tourneau, D. 1993, Chron. 310; Burst 1993, no. 3, en Izorche, RTD Com. 1998, p. 17 e.v.

34 Er is dan sprake van 'abus de la liberté de la concurrence', zie Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3221.

35 Zie onder andere Izorche, RTD Com. 1998, p. 31 en 36; Jourdain, RTD Civ. 1999, p. 407; Serra 1993, p. 33; Com, 18 octobre 1994, D. 1995, Somm. 261 (note Serra), en CA Paris, 27 mars 1996, D. 1997, Somm. 99 (note Serra).

dan ook nog schade ingetreden is en er causaal verband tussen de fout en de schade bestaat, is aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid voldaan.[36]

Een 'faute' kan gelegen zijn in een groot aantal verschillende gedragingen. Bij wijze van voorbeeld noem ik hier het doen van denigrerende mededelingen, het profiteren van wanprestatie, het scheppen van verwarring, en het openbaren van bedrijfsgeheimen.[37] Van belang is nog dat de 'faute' niet opzettelijk gepleegd hoeft te zijn; een gewone fout volstaat.[38]

De vraag of onrechtmatigheid direct aangenomen dient te worden indien een 'régle déontologique' (een beroepsnorm) geschonden is, was lange tijd aan de waardering door de feitenrechter overgelaten. In 1997 heeft de Chambre commerciale van het Cour de Cassation, in afwijking van eerdere rechtspraak,[39] echter beslist dat met het niet in acht nemen van zulke regels de onrechtmatigheid gegeven is.[40] De opvattingen binnen een branche lijken daarmee beslissende betekenis gekregen te hebben, in elk geval voor die situaties waarin een branche-regel overtreden is.[41]

In *Duitsland* bestaat er een speciale wettelijke regeling ter bestrijding van gevallen van 'unlauterer Wettbewerb', de UWG. De bepalingen uit het BGB kunnen daarnaast alleen van toepassing zijn, indien, grof gezegd, de UWG een 'Lücke' vertoont, indien het om andere feiten gaat of indien de partijen niet in een concurrentieverhouding tot elkaar staan.[42] Uit deze wettelijke regeling zal ik aan twee bepalingen, § 1 en § 14 UWG, aandacht besteden, op basis van belang (§ 1) en bewijsrechtelijke relevantie (§ 14).

Voorop staat ook in Duitsland dat mededinging in principe geoorloofd is en dat voor onrechtmatigheid bijzondere omstandigheden nodig zijn.[43] Op basis

36 Zie onder andere de noot van Schmidt-Szalewski onder Com, 3 octobre 1978, D. 1980, Jur. 55, op p. 58. Let wel, uit het bestaan van schade kan de 'faute' niet afgeleid worden, zie Serra 1993, p. 34-35.

37 De voorbeelden zijn ontleend aan Guyon 1992, no. 841-843; Serra 1993, p. 37 e.v., en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3234 e.v. Zie ook nog Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 695 e.v.

38 Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 683 en 688; Izorche, RTD Com. 1998, p. 22; Serra 1993, p. 34; Burst 1993, no. 277; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3226, en verder par. 2.4.

39 Daarover Izorche, RTD Com. 1998, p. 29.

40 Zie Com, 29 avril 1997, D. 1997, Jur. 459 (met kritische noot Serra).

41 Of met de vaststelling dat er geen branche-regel overtreden is, ook gegeven is dat er geen 'faute' is gemaakt, blijft vooralsnog onduidelijk.

42 Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 58-61, en 345; Kötz 1998, Rdn. 691; BGHZ 36, 252 en BGHZ 41, 314. In het laatste hier genoemde geval is de UWG niet van toepassing, want dan is er geen sprake van mededinging. Ik ga hier dan ook voorbij aan de §§ 823 Abs. I ('Recht am Gewerbebetrieb', zie bijvoorbeeld BGH NJW 1997, 2593) en 823 Abs. II, 824, en 826 BGB, vergelijk daarover Kötz 1998, Rdn. 660-666, en par. IV.2.5 en IX.2.

43 Zie onder andere BGHZ 19, 392, op p. 395 e.v.; BGHZ 81, 291, op p. 293 e.v., en BGH NJW 1986, 381, op p. 382, alsmede Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rdn. 107 en 110, en Kulms, RabelsZ 1999, p. 529.

van § 1 UWG,[44] de zogenaamde 'Generalklausel' van de UWG, is het onrechtmatig om in het handelsverkeer ten behoeve van de mededinging handelingen te verrichten die tegen de 'guten Sitten' ingaan. Voorbeelden daarvan zijn onder andere misleiding, bedrijfsstoring, afzetverhindering, boycot, slaafse nabootsing, uitlokken en profiteren van wanprestatie en het verstoren van verticale prijsbinding.[45]

De voorwaarden voor aansprakelijkheid op basis van § 1 UWG zijn als volgt: er is gehandeld in het handelsverkeer, ten behoeve van de mededinging, terwijl die handeling 'sittenwidrig' was - waarmee de 'Rechtswidrigkeit' in beginsel gegeven is - en 'opzettelijk' gepleegd werd. Handelen in het handelsverkeer wordt ruim opgevat. Het omvat elke zelfstandige, economische doelen nastrevende bezigheid, waarin een deelname aan het beroepsleven tot uitdrukking komt. Winststreven hoeft daarbij niet aanwezig te zijn.[46]

De voorwaarde dat het handelen ten behoeve van de mededinging plaats diende te vinden, valt uiteen in objectieve en subjectieve elementen. Objectief gezien is een handelen ten behoeve van de mededinging aanwezig indien er een handeling plaatsvond die objectief geëigend is de afzet van een persoon ten nadele van een ander te bevorderen.[47] Verder dient er een mededingingsverhouding te bestaan, die veelal volgt uit de gelijkheid van de klantenkring van beide concurrenten, hoewel zulks niet beslissend is.[48] Op het subjectieve vlak is vereist dat de bedoeling bestond de eigen positie ten nadele van die van een ander te bevorderen. Die bedoeling hoeft overigens niet de enige of de overwegende reden voor de handeling te zijn.[49]

Het zwaartepunt van § 1 UWG ligt in de betekenis van het begrip 'sittenwidrig'. Wat daaronder verstaan dient te worden, is moeilijk in algemene zin te zeggen. De hiervoor genoemde voorbeelden zijn uitwerkingen van dat begrip, maar er zijn vele andere voorbeelden te geven. Waar het op neer komt, is dat de handeling indruist tegen het betamelijkheidsgevoel van de rechtschapen en verstandige concurrent.[50] Het gaat hierbij dus om de verkeersopvattingen.[51] Er dient hierbij

---

44 § 1 UWG luidt: Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

45 Zie voor een overzicht van deze voorbeelden, Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rdn. 167 e.v.

46 Al wordt het begrip ruim opgevat, het dient wel aanwezig te zijn, zie onder andere BGH GRUR 1986, 759, op p. 760. Vergelijk ook Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 208.

47 BGHZ 3, 270, op p. 277; Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rdn. 215.

48 Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 216 e.v.

49 BGHZ 3, 270; BGH GRUR 1988, 38, op p. 39; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 232 en 234.

50 Vergelijk onder andere BGHZ 81, 291, op p. 296; Kemper 1992, p. 178, en Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 12. Andere formuleringen worden ook gebruikt, maar het gaat steeds om een objectieve standaard, zie ook Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 125.

51 Daarbij mag de rechter in bepaalde gevallen van zijn eigen wetenschap uitgaan, zie nader par. 3.1.2 *in fine*, alsmede Teplitzky, GRUR 1992, p. 826. Schending van een norm die de gezondheid tracht te bevorderen, zal ook regelmatig een schending van § 1 UWG zijn, zie BGH VersR 2000, 378.

ook nog aan een subjectieve voorwaarde voldaan te zijn, namelijk opzet van de gedaagde. Dat wil zeggen dat de handelende persoon de omstandigheden die de handeling objectief gezien 'sittenwidrig' maakten, diende te kennen. Voorwaardelijke opzet volstaat daarbij.[52] Het *besef* dat de handeling, gezien die omstandigheden, 'sittenwidrig' was, is in dit kader echter niet vereist. 'Verschulden' is in dit stadium derhalve (nog) niet nodig.[53]

De tweede grondslag voor aansprakelijkheid naar Duits recht die hier behandeld zal worden, is § 14 UWG.[54] Deze bepaling betreft de 'Anschwärzung', het 'zwart maken' van iemand met wie de dader in een mededingingsverhouding staat. De bepaling dient ter bescherming van economische belangen; het gaat om mededelingen die de bedrijfsreputatie schenden.[55] Een eerste voorwaarde voor aansprakelijkheid op basis van § 14 Abs. I UWG is dat er ten behoeve van de mededinging gehandeld werd, een begrip dat hiervoor reeds aan bod kwam. Verder dient het om het mededelen of doorgeven van feiten te gaan, waarbij feit weer[56] gezien wordt als een 'gebeurtenis' die bewijsbaar is. Het feit dient betrekking te hebben op het bedrijf van een ander, de leiding van het bedrijf, of de producten of prestaties van een ander. Dat feit moet daarnaast in staat zijn het bedrijf of de reputatie van de ander te schaden. Bovendien dient de mededeling 'nicht erweislich wahr' te zijn.[57] Deze bepaling ziet derhalve op onjuiste mededelingen.[58]

2.1.2 Bewijsrisicoverdeling

Ook vanuit het oogpunt van de bewijsrisicoverdeling is het uitgangspunt dat naar *Nederlands* recht mededinging in principe rechtmatig is, van groot belang omdat daardoor wordt bevestigd dat de *on*geoorloofdheid van de handeling aangetoond

52 Zie onder andere BGH GRUR 1992, 448, op p. 449; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 126 e.v.; Köhler en Steindorff, NJW 1995, p. 1708.

53 Voor een vordering tot schadevergoeding is uiteindelijk wel 'Verschulden' noodzakelijk, zie par. 2.4, en over dit alles Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 125, 140 en 142.

54 § 14 UWG luidt: (1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. (...) (2) Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen mußte.

55 Baumbach/Hefermehl 1998, vor §§ 14, 15, Rdn. 1 en 4.

56 Zie eerder par. IX.2.1.1.

57 Baumbach/Hefermehl 1998, § 14 UWG, Rdn. 2-4, 13-16, 19 en 26.

58 Bij juiste mededelingen kan § 1 UWG ingeroepen worden, zie Kötz 1998, Rdn. 704, of een van de grondslagen die ik in hoofdstuk IX besprak.

zal moeten worden. Het bewijsrisico rust derhalve op de eiser.[59] Met bewijs door middel van vermoedens, hetgeen in principe mogelijk is,[60] zal de rechter voorzichtig moeten zijn. Immers, uit het enkele feit dat schade geleden is, mag de onrechtmatigheid niet zonder meer afgeleid worden, omdat elke concurrerende activiteit schade met zich brengt.[61]

Tot het bewijsrisico van de eiser behoren ook die feiten die tot aanname van een bijzondere omstandigheid aanleiding zouden kunnen geven, omdat de eventuele onrechtmatigheid nu juist in die bijzondere omstandigheden gelegen zal moeten zijn. De eiser dient bijvoorbeeld aan te tonen dat er verwarringsgevaar bestond,[62] hetgeen de rechter overigens veelal zelfstandig beoordeelt,[63] en dat dat nodeloos was omdat de keuze voor een andere constructie of vorm vanuit het oogpunt van deugdelijkheid en bruikbaarheid niet bezwaarlijk was (met andere woorden: dat het verwarringsgevaar aan de gedaagde te wijten was),[64] of dat er bijvoorbeeld sprake was van een eenlijnsprestatie.[65]

Nu we gezien hebben dat het antwoord op de onrechtmatigheidsvraag veelal afhankelijk is van een belangenafweging, zou ten aanzien de verdeling van het bewijsrisico opnieuw gedacht kunnen worden aan het hiervoor[66] geopperde systeem van bewijsrisicoverdeling per omstandigheid uit die belangenafweging. De aanwezigheid van die omstandigheden die voor de eiser gunstig zijn omdat daardoor

---

59 Zo de noot van Brinkhof in BIE onder HR 1 december 1989, NJ 1990, 473; BIE 1991, 68 (Monte Trading/GKN). Zie ook Molengraaff, RM 1887, p. 379, en Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach 1989, nr. 1312.

60 Zie Hof Amsterdam 28 juni 1990, BIE 1991, 70 (Newlong/Fischbein).

61 Zie Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 68.

62 Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 285. Wellicht is het mogelijk dit te bewijzen via een opinieonderzoek, zie Van Nieuwenhoven Helbach, Haardt-bundel 1983, p. 287 e.v., die deze mogelijkheid uiteindelijk afwijst (p. 293 en 296), en Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999, KG 1999, 282 (Productschap Vis/AXA), waarin terughoudendheid te dien aanzien betracht wordt. Getuigenbewijs is onbruikbaar, want het gaat om verwarring bij het publiek in het algemeen en niet bij een of meerdere personen in het bijzonder, zie Van Nieuwenhoven Helbach, Haardt-bundel 1983, p. 288.

63 Vergelijk Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 285; Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 114.1; Van Nieuwenhoven Helbach, Haardt-bundel 1983, p. 296. Maatstaf daarbij is niet het publiek als geheel, maar het in casu relevante publiek (de potentiële afnemers), zie HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 nt. DWFV (Decaux/Mediamax), en Van Nieuwenhoven Helbach, Haardt-bundel 1983, p. 288.

64 Zie HR 28 februari 1969, NJ 1969, 366 nt. DJV (Sirocco/Oldenburger); Hof Den Bosch 13 september 1988, NJ 1989, 251 (Kijlstra/Zoontjens), en Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 120a. Het arrest HR 1-12-1989, NJ 1990, 473 nt. DWFV (Monte Trading/GKN) doet aan die regel niet af. In dat arrest werd het bewijsrisico wel bij de nabootser gelegd, maar deze was in casu ook de eiser die een verklaring voor recht wilde dat hij niet onrechtmatig handelde. Daartoe diende deze te bewijzen dat het verwarringsgevaar haar niet te verwijten viel, zie ook Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 285, en Asser 1998, p. 84-85.

65 Zie hierover HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 nt. vNH (Holland Nautic/Decca), en onder andere Van Zanten, AA 1992, p. 81.

66 Zie par. IX.2.1.2 en par. X.2.2., alsmede Gisolf 1993, p. 125.

zijn belang zwaarder weegt, zal dan door diezelfde eiser aangetoond moeten worden. Voor de gedaagde geldt hetzelfde.[67]

Drie specifieke gevallen zullen hier, vanwege de daarbij horende bewijsrechtelijke regels, nader besproken worden. Het eerste geval betreft de situatie waarin een concurrent uitspraken doet over een ander, of over diens waren. Voor zover dergelijke uitspraken niet te bestrijden zijn via de regeling van de misleidende reclame (zie par. 3), kan daarin eventueel wel een 'gewone' onrechtmatige daad schuilen.[68] In deze gevallen rijst veelal de vraag of de mededeling waar was en wie te dien aanzien het bewijsrisico draagt. De Hoge Raad heeft immers lang geleden al beslist dat het doen van mededelingen die afnemers afkerig maken van een concurrent, nagenoeg altijd onrechtmatig zal zijn als die mededelingen onwaar zijn, terwijl de onrechtmatigheid van de verdere omstandigheden van het geval afhankelijk is als de mededelingen waar zijn.[69] Het bewijsrisico met betrekking tot de waarheid van het gestelde, lijkt daarbij op de gedaagde, de mededeler, te rusten, zulks in afwijking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[70] Een argument voor deze bewijsrisico-omkering zou kunnen zijn dat de gedaagde het best in staat zou moeten zijn het bewijs te leveren.[71] In elk geval mag immers verlangd worden van degene die de mededeling doet, dat deze kan aangeven waarop hij zijn mededeling baseerde. Voor zover hij dat niet kan, komt dat voor zijn rekening (in de zin van 6:162 lid 3 BW).[72]

Als de mededeling waar is, kan er toch sprake zijn van een onrechtmatige daad als de mededeling onnodig grievend was of als er andere omstandigheden

---

67 De omstandigheden die onder een algemeen belang vallen, zou dan onder het bewijsrisico van de eiser, als 'Angreifer', vallen. Men zou eventueel ook alleen de bewijsvoeringslast kunnen omkeren, zie par. IX.2.1.2.

68 Zie over deze materie Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 371 e.v.

69 Zie met name HR 13 maart 1941, NJ 1941, 660 nt. PS (Dogcakesfabriek/Felix), en hierover Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 373-374.

70 Zie onder andere Hof Den Bosch 25 januari 1927, NJ 1927, 1283 (Smeets/Busch); Hof Den Haag 29 mei 1941, NJ 1941, 846 (Felix/Dogcakesfabriek); Pres. Rb. Amsterdam 28 juli 1969, NJ 1969, 392 (Nedigepha/CSM); Pres. Rb. Amsterdam 31 mei 1979, BIE 1981, 17 (Bugamor/Oedip Cerem); Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 312; Kabel 1999, p. 212; Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 150; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 376, met verdere verwijzingen. Dit is in lijn met de regel die de lagere rechtspraak (doch niet de Hoge Raad, zie HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 nt. GJS (X./Van der Graaf), waarover par. IX.2.1.1) aanvaardt voor mededelingen buiten de concurrentiesfeer, zie par. IX.2.1.1, en met art. 6:195 lid 1 BW, waarover par. 3.1.2. Uit dat laatste artikel leidt Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 150, een algemene regel in bovenbedoelde zin af. Anders: Rb. Breda 31 januari 1961, NJ 1961, 385 (Bahmuller/Merck's).

71 Vergelijk Pres. Rb. Maastricht 23 februari 1994, KG 1994, 99 (Bijsmans/Dautzemberg). Anders: Kemper 1992, p. 48 en 52, doch niet op p. 83. Zie over dat argument, dat hier niet in feitelijke, maar in normatieve zin gebruikt wordt, ook par. XII.2.13 en par. XIV.3.5.4.

72 Vergelijk Kabel 1999, p. 212, en in een iets andere context Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 375. Of daarnaast de informatieverdeling tussen partijen scheef is, is afhankelijk van de concrete mededeling. Als die voornamelijk betrekking had op het product van de eiser, zal deze de nodige informatie bezitten. Als het over het product van de gedaagde gaat, heeft de eiser die informatie niet.

meespeelden.[73] In die gevallen zal het bewijsrisico naar de hoofdregel op de eiser rusten. Nu de waarheid van de mededeling hier niet meer in het geding is en de gedaagde derhalve ook niet langer gezien kan worden als de partij die per se het best in staat zou moeten zijn het bewijs te leveren, zal die hoofdregel in beginsel toegepast worden.

De tweede situatie die bewijsrechtelijk interessant is,[74] betreft gevallen waarin een gesloten verkooporganisatie met betrekking tot de prijs of de afzet van producten, doorbroken wordt door een concurrent, die dan tegengeworpen krijgt dat hij dat alleen heeft kunnen doen door het profiteren of het uitlokken van wanprestatie van een van de contractanten van de verkooporganisatie.[75] In zo'n geval dient de eiser te bewijzen dat de gedaagde bekend was of behoorde te zijn met het systeem van de eiser,[76] alsmede dat de gedaagde de producten slechts heeft kunnen verkopen tegen een bepaalde prijs of heeft kunnen verkrijgen door gebruik te maken van wanprestatie van een derde jegens de eiser.[77]

Vooral dat laatste element is moeilijk aan te tonen, te meer omdat de gedaagde niet verplicht is zijn leverancier te noemen, maar noodzakelijk is dat wel.[78] Als immers de gedaagde de producten heeft kunnen verkrijgen zonder dat er ergens in de keten wanprestatie is gepleegd, kan er van onrechtmatigheid geen sprake zijn. Er dient dus vast komen te staan dat zulks niet mogelijk was. Daarvoor is nodig dat vaststaat dat de organisatie 'gesloten' was, hetgeen uiteenvalt in twee elementen: juridische geslotenheid en feitelijke geslotenheid. Juridisch gesloten wil zeggen dat de opzet van het systeem zodanig is dat verkoop buiten het stelsel om (juridisch gezien) uitgesloten is, terwijl de feitelijke geslotenheid betrekking heeft op de daadwerkelijke handhaving van het systeem.[79]

Teneinde het bewijsrisico van de eiser te verlichten, gaat de rechter in deze gevallen vaak uit van het vermoeden dat er sprake was van het profiteren van

---

73 Verkade 1986, p. 111 e.v.

74 Al is het gebruik ervan onder invloed van art. 85 EG-Verdrag minder geworden, zie Cahen 1995, p. 7. Zie ook Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 226, en art. 6 Mededingingswet.

75 Hierover in het algemeen Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach, nr. 1294 e.v., en Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 227 e.v.

76 Zie over die eis HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (Cacharel/Geparo) en HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (Cacharel/Trade Max). Dat aan deze voorwaarde voldaan is, is op zichzelf beschouwd niet voldoende voor aansprakelijkheid, zie Cahen 1995, p. 5.

77 Zie HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (Gennep/Jac. Hermans) en daarover Verburgh 1970, p. 26 e.v.; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 233, alsmede Pres. Rb. Roermond 1 mei 1984, KG 1984, 151 (Lekkerland/Vecata).

78 Zie bijvoorbeeld Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 234, en Pres. Rb. Den Haag 25 juni 1998, IER 1998, 34 (Dior/Tuk). Wellicht kan de eiser wel profiteren van een feitelijk vermoeden of van het feit dat de betwisting niet gemotiveerd was, aldus HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (Gennep/Jac. Hermans).

79 Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 236.

wanprestatie indien de juridische en feitelijke geslotenheid aangetoond is.[80] Immers, als het systeem waterdicht was, moet er wel iemand tekortgeschoten zijn als het product toch buiten het systeem om op de markt gekomen is. Deze beide vormen van geslotenheid betreffen overigens geen materiële vereisten, maar hebben slechts een bewijsrechtelijke functie.[81] Het bewijsrisico ten aanzien van de geslotenheid rust op de eiser nu deze de materiële voorwaarde waar het eigenlijk om gaat, moet bewijzen.[82] Als eenmaal de geslotenheid van de organisatie is komen vast te staan én daaruit afgeleid wordt dat er ergens binnen die organisatie wanprestatie gepleegd is, dient de gedaagde bij wege van tegenbewijs aannemelijk te maken dat hij de producten verkreeg zonder gebruik te maken van wanprestatie.[83] Ter rechtvaardiging daarvan kan er op gewezen worden dat de gedaagde in beginsel zonder bezwaar of moeite de herkomst van zijn producten kan aantonen.[84] Wellicht speelt hier ook nog mee dat deze verkooporganisaties kartelrechtelijk gezien in de verdachte hoek zitten, zodat een eventuele doorbraak ervan niet zo erg is.

Interessant zijn ook de gevallen waarin bedrijfsgeheimen van de eiser geopenbaard werden. Zulks zal veelal anoniem gebeuren, zodat in beginsel lastig te traceren zal zijn wie de dader was. Van belang wordt dan of te achterhalen valt wie de bedrijfsgeheimen heeft kunnen bemachtigen. In een dergelijk geval zal het uitlokken van een herhaling van de gewraakte handeling een van de weinige middelen zijn om te kunnen ontdekken wie de schuldige is. Als die uitlokking slaagt, heeft de eiser ook direct het benodigde bewijs verzameld. Nu staat het uitlokken in Nederland niet direct in een goed daglicht, maar als die uitlokking enkel bedoeld is om het nodige bewijs te verzamelen, lijkt zulks naar Nederlands recht toegestaan te zijn.[85]

---

80 Zie HR 18 mei 1979, NJ 1979, 480 nt. LWH (Maxis/VBBB); Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 562 e.v.; Verkade 1986, p. 187-188; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 236; de conclusie van A-G Koopmans voor HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (Cacharel/Geparo) en voor HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (Cacharel/Trade Max), en dat arrest zelf. Door middel van deze constructie wordt dus invulling gegeven aan het vermoeden uit HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (Gennep/Jac. Hermans). Een vermoeden is ook mogelijk als controletekens verwijderd zijn, zie Verkade 1986, p. 188, en Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 83.3

81 Aldus HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (Cacharel/Trade Max). Zie ook Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 84.3.

82 Zie HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (Cacharel/Trade Max), r.o. 3.4, en Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 233. Anders nog Hof Amsterdam 9 juni 1988, BIE 1991, 17 (Auping/CUC), en Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 563, ten aanzien van de feitelijke geslotenheid.

83 De gedaagde draagt derhalve de bewijsvoeringslast. Zie hierover HR 18 mei 1979, NJ 1979, 480 nt. LWH (Maxis/VBBB).

84 HR 18 mei 1979, NJ 1979, 480 nt. LWH (Maxis/VBBB); Pres. Rb. Haarlem 13 april 1984, KG 1984, 160 (VBBB/Vomar), en Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 236. Vaak zal de gedaagde dat echter niet willen, omdat de eiser dan op basis van die informatie het 'lek' kan dichten zodat de gedaagde zijn voordeel kwijt is. Als de gedaagde om die reden weigert, komen de gevolgen daarvan voor zijn rekening.

85 Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 65, en Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 48, met verdere verwijzingen, ook naar Duits recht.

Naar *Engels* recht rust het bewijsrisico ten aanzien van alle elementen van 'passing off' op de eiser.[86] Dat betekent bijvoorbeeld dat de eiser moet bewijzen goodwill te hebben verworven. De eiser moet derhalve aantonen onder een significant deel van het publiek, door het gebruik van onderscheidende tekens, een exclusieve en unieke erkenning te hebben verkregen voor zijn goederen.[87] Nu goodwill alleen ontstaat door het gebruik van tekens, namen, merken of kleuren die 'distinctive' zijn, dient de eiser ook de 'distinctiveness' van het teken aan te tonen.[88] Ook indien de 'interference with trade by unlawful means' ingeroepen wordt, draagt de eiser het bewijsrisico. Deze dient derhalve aan te tonen dat er 'unlawful means' gebruikt werden en dat de gedaagde de 'intent to injure' had.[89]

Het bewijsrisico ten aanzien van de aanwezigheid van een 'faute' rust naar *Frans* recht conform de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling op de eiser.[90] Interessant zijn daarbij weer de situaties waarin het gaat om mededelingen van de ene concurrent over de andere. In zulke gevallen dient degene die de mededeling deed, te bewijzen dat deze waar was of dat hij zorgvuldig te werk is gegaan.[91]

Een tweede interessant geval betreft het doorbreken van een gesloten verkooporganisatie. Naar Frans recht is in zulke gevallen de eerste vraag of die organisatie op zich wel rechtmatig is, hetgeen het geval is indien er geen prijsrestricties zijn en de leden van de organisatie naar objectieve criteria geselecteerd worden. Het bewijsrisico te dien aanzien ligt bij degene die het netwerk ingesteld heeft.[92] Indien de organisatie op zich rechtmatig is, rijst de vraag of de doorbraak ervan onrechtmatig was. Daarvoor moet in principe vaststaan dat de doorbrekende distributeur de koopwaar onrechtmatig verkreeg, hetgeen de eiser

86 *Erven Warnink BV* v. *J. Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] 2 All ER 927, op p. 943; *Artistic Upholstery Ltd* v. *Art Forma (Furniture) Ltd* [1999] 4 All ER 277, op p. 288; Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-01; Drysdale/Silverleaf 1995, 7.25. Bewijs door middel van opinie-onderzoek is toegestaan, zie Drysdale/Silverleaf 1995, 7.35 e.v.

87 Drysdale/Silverleaf 1995, 2.07 en 2.16; Winfield & Jolowicz 1998, p. 671.

88 Zie Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-03.

89 Vergelijk Markesinis & Deakin 1999, p. 480.

90 Zie J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 11 en 48; Guyon 1992, no. 840; Serra 1993, p. 33 en 34; Burst 1993, no. 277; Pollaud-Dulian, RTD Com. 1997, p. 360, en Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 688, en Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3227, die erop wijzen dat een bundel van feiten van 'concurrence deloyale' als bewijs aanvaard mag worden (naar aanleiding van Civ. 1re, 29 octobre 1985, D. 1986, IR 340 (note Serra, die erop wijst dat dit standpunt afwijkt van dat van de Chambre commerciale), waartegen Izorche, RTD Com. 1998, p. 36 en waarover Burst 1993, no. 258 en 285. Vergelijk ook Com, 7 novembre 1984, D. 1985, IR 383 (note Serra) en CA Versailles, 9 juin 1986, D. 1987, Somm. 263.

91 Zie J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 52, en *ibid.*, Fasc. 132-2, no. 22. Als een mededeling waar is, kan deze overigens toch nog onrechtmatig zijn, zie Burst 1993, no. 110; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 696.

92 Zie Com, 27 octobre 1992, IIC 1995, p. 113 (noot Szönyi), en daarover J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 59; Lagarde 1994, p. 219. Uit de rechtmatigheid volgt dat de organisatie, in Nederlandse termen, 'juridisch gesloten' is, hetgeen volstaat. Feitelijke geslotenheid wordt alsdan geacht te bestaan. Aldus wordt het voortbestaan van deze organisaties gewaarborgd, zie de noot van Szönyi onder voormeld arrest, op p. 117-118.

dient te bewijzen.[93] Die onrechtmatige verkrijging wordt echter vermoed indien de distributeur weigert zijn leverancier te noemen.[94] Aldus wordt de eiser in verregaande mate tegemoet gekomen, omdat de gedaagde het noemen van de leverancier veelal niet wenselijk acht.[95]

In *Duitsland* ligt het bewijsrisico met betrekking tot § 1 UWG in principe op de eiser. De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling geldt ook op het terrein van de ongeoorloofde mededinging.[96] Bepaalde uitzonderingen op die hoofdregel worden overigens wel aanvaard. Indien aan de eerder omschreven objectieve voorwaarden voldaan is, mag de rechter bijvoorbeeld uitgaan van het vermoeden dat ook in subjectieve zin gehandeld werd 'zu Zwecken des Wettbewerbs'.[97] Bovendien mag de rechter ten aanzien van de 'Sittenwidrigkeit' een bewijsverlichting voor de eiser toepassen wanneer diens bewijsrisico betrekking heeft op bedrijfsinterne gegevens van de gedaagde waarover deze makkelijk informatie kan verstrekken. Op de gedaagde rust dan een aanvullende stelplicht. Daarbij heeft het Bundesgerichtshof expliciet aansluiting gezocht bij de rechtspraak met betrekking tot § 3 UWG, welke in paragraaf 3.1.2 nog behandeld zal worden.[98]

Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt verdient het geval van doorbreking van een verkoop- of afzetorganisatie[99] weer speciale aandacht.[100] Het is op zich toegestaan zo'n organisatie te ondermijnen door producten goedkoper te leveren. Voor onrechtmatigheid zijn dus bijzondere omstandigheden vereist, zoals bedrog, uitlokken van wanprestatie of profiteren van wanprestatie. Dat laatste kan zich alleen voordoen indien het systeem gesloten, 'Lückenlos' (zowel 'gedanklich' als 'praktisch'), is. Bovendien dient de buitenstaander te weten van het bestaan van het systeem.[101]

Dit alles, inclusief de gewraakte handeling zelf, dient de eiser te bewijzen, maar die last wordt in bepaalde gevallen wel ten dele verlicht. Zo dient de eiser

---

93 Het enkele 'doorbreken' is niet onrechtmatig, zie de noot van Mazeaud bij Com, 9 avril 1996, D. 1997, Somm. 26.

94 Com, 27 octobre 1992, IIC 1995, p. 112; Com, 9 avril 1996, D. 1997, Somm. 26 (note Mazeaud). Zie ook Jourdain, RTD Civ. 1999, p. 406.

95 Dit past in de lijn van de rechtspraak aangaande misbruik van wanprestatie, die niet mals is voor de derde, zie de noot van Picod bij Com, 7 février 1995, D. 1997, Somm. 105, op p. 106.

96 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 1 (en voor de diverse voorwaarden: Rdn. 4, 7 en 13); Kur 1981, p. 103; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 472-473; Kemper 1992, p. 153.

97 Zie onder andere BGH GRUR 1992, 860, op p. 861; Piper, GRUR 1996, p. 152.

98 Zie BGH NJW 1993, 1010, op p. 1012 e.v. Opmerking verdient nog dat voor zover de eiser de Duitse variant van het kort geding benut, 'Glaubhaftmachung', en derhalve het aantonen van 'een overwegende waarschijnlijkheid', volstaat, zie Scherer 1996, p. 12-13 en 28, en par. II.4.3.

99 Welke in principe toegestaan zijn, zie Baumbach/Hefermehl 1998, §1 UWG, Rdn. 709.

100 De eerder wel behandelde situatie van mededelingen over de concurrent, komt hier niet aan bod, nu deze onder § 14 UWG valt indien de mededeling onjuist was, en onder § 1 UWG indien deze waar was. Op dat moment speelt echter de bewijsrechtelijk interessante vraag naar het waarheidsbewijs al niet meer. Overigens, ook de in hoofdstuk IX behandelde grondslagen kunnen ingeroepen worden. Zie Baumbach/Hefermehl 1998, § 1 UWG, Rdn. 317.

101 Vergelijk Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 761 e.v.

naast de juridische geslotenheid weliswaar ook de praktische geslotenheid te stellen en bewijzen,[102] maar daartoe volstaat dat hij aantoont dat hij alle nodige maatregelen genomen heeft om het systeem door te voeren, namelijk dat hij de werking in de gaten hield en inbreuken bestreed. Indien de eiser slaagt in dat bewijs, mag de rechter uitgaan van het vermoeden dat het systeem feitelijk gesloten is; de gedaagde dient dan tegenbewijs aan te voeren. Het gaat hier dus niet om een omkering van het bewijsrisico, maar om een verschuiving van de bewijsvoeringslast.[103] Staat zodoende de 'Luckenlosigkeit' vast, dan volgt daaruit weer *prima facie* dat er sprake was van profiteren van wanprestatie.[104]

Indien § 14 Abs. I UWG toegepast wordt, rust het bewijsrisico ten aanzien van de eerder besproken voorwaarden voor aansprakelijkheid op de eiser, behalve ten aanzien van het laatste element, de waarheid van de mededeling. Dat de mededeling waar was, dient namelijk de gedaagde te bewijzen.[105] Als § 14 Abs. II UWG in beeld komt, verandert het voorgaande echter enigszins. Indien de gedaagde aantoont[106] dat het om een vertrouwelijke mededeling ging, ten aanzien waarvan hij of de ontvanger een 'berechtigtes Interesse' had,[107] heeft hij in principe aangetoond gerechtigd te zijn de mededeling te openbaren. Het bewijsrisico ten aanzien van de onwaarheid van de mededeling verschuift dan naar de eiser. Als die onwaarheid vast komt te staan, kan er geen rechtvaardiging (geen 'berechtigtes Interesse') meer bestaan om die mededeling te verspreiden en is de gedaagde alsnog aansprakelijk. Die onwaarheid dient de eiser dan wel te bewijzen.[108]

2.2 *Schade*

Hiervoor memoreerde ik al dat daden van concurrentie altijd schade met zich (kunnen) brengen, ongeacht of deze handelingen onrechtmatig zijn of niet.[109] Het doel van de concurrentie is juist het vergroten van de eigen afzet ten koste van de afzet van een ander. Dat maakt het vaststellen van de door een onrechtmatige

102 Zie BGH GRUR 1988, 826, op p. 828.

103 Kemper 1992, p. 169.

104 Zie over het voorgaande Kemper 1992, p. 168-169; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 81-82. Overigens, de wetenschap van de gedaagde wordt veelal ook vermoed, zie Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 82.

105 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 14 UWG, Rdn. 1 en 2; Baumbach/Hefermehl 1998, § 14 UWG, Rdn. 27; Kemper 1992, p. 52. Dit volgt uit de opbouw van de wettelijke bepaling, waarin de waarheid als uitzondering geponeerd is. Hetzelfde geldt indien het om een negatief feit gaat, al zijn bepaalde 'Beweiserleichterungen' dan wel mogelijk, zie BGH GRUR 1993, 572. Indien de waarheid komt vast te staan, is overigens wel nog aansprakelijkheid op basis van § 1 UWG mogelijk.

106 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 14 UWG, Rdn. 5.

107 Het gaat hierbij om cumulatieve voorwaarden, zie BGH GRUR 1992, 860, op p. 861.

108 Baumbach/Hefermehl 1993, § 14 UWG, Rdn. 31 en 40; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 14 UWG, Rdn. 2 en 6.

109 Zie noot 10, en Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 91-92; Ulmer/Baeumer/Van Manen 1974, nr. 68; Serra 1993, p. 36; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 70.

daad geleden schade moeilijk.[110] Wellicht immers zijn de teruglopende resultaten van de eiser wel (ten dele) te wijten aan de daadwerkelijke voorkeur van de consument. Al met al is de berekening van schadevergoeding,[111] en in samenhang daarmee, het vaststellen van het causale verband, in principe een hachelijke kwestie. Voor zover het over de regels van bewijsrisicoverdeling op dit vlak gaat, doen zich hier echter geen bijzonderheden voor. Ik volsta hier dan ook met een verwijzing naar par. IV.2.[112]

Dat concurrentie eigenlijk altijd schade met zich brengt, kan overigens ook in tegengestelde zin gebruikt worden. Als eenmaal vaststaat dat er op onrechtmatige wijze geconcurreerd werd, kan de rechter er namelijk, gezien de nauwe band tussen concurrentie en schade, in beginsel ook vanuit gaan - en dat gebeurt dan ook regelmatig - dat er de eiser op zijn minst enige schade geleden heeft én dat deze schade veroorzaakt werd door de onrechtmatige handeling.[113]

2.3 Causaal verband

De vraag of de schade veroorzaakt is door de ongeoorloofde handeling van de gedaagde, is nauw verbonden met de vraag of er daadwerkelijk schade geleden is (par. 2.2). Die schade kan immers ook veroorzaakt zijn door een normale terugloop in afzet van het product van de eiser. De *Nederlandse* rechtspraak erkent dit probleem en neemt, als pragmatische oplossing daarvoor, genoegen met het uit de aard van de (onrechtmatige) handeling afleiden van de schade. De redenering is dan dat concurrentie steeds tot schade leidt, zodat onrechtmatige concurrentie ook schade zal veroorzaken.[114] Het causale verband is daarmee als probleemgebied

110 Zie bijvoorbeeld de noot van Brinkhof onder Pres. Rb. Amsterdam 6 november 1991, BIE 1993, 68 (DDKA/Tested Design); Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 55; Molengraaff, RM 1887, p. 413; Guyon 1992, no. 845-846; Le Tourneau, RTD Com. 1998, p. 90; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 694; Kemper 1992, p. 139; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 40.

111 Uiteraard zijn andere vorderingen, zoals een verbod of een vordering tot afgifte van een lijst van afnemers (zie HR 23 februari 1990, NJ 1990, 664 nt. DWFV (Hameco/Smith Kline)), mogelijk, maar daarop zal ik hier niet ingaan, vergelijk onder andere HR 28 juli 1974, NJ 1974, 400 (Kamsteeg's/Chevron).

112 Het bewijsrisico ligt bij de eiser, zie onder andere Molengraaff, RM 1887, p. 412; Serra 1993, p. 36; Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 431; *Artistic Upholstery Ltd* v. *Art Forma (Furniture) Ltd* [1999] 4 All ER 277, op p. 288 en 289 (waarbij 'likelihood of damage' overigens lijkt te volstaan); Burst 1993, no. 291; Baumgärtel/Ulrich, § 1 UWG, Rdn. 39-42 en § 14 UWG, Rdn. 3.

113 Zie met name Com, 27 février 1996, D. 1997, Somm. 104 (note Serra); CA Pau, 22 mai 1985, D. 1986, IR 339 (note Serra); CA Paris, 29 avril 1998, D. 1999, Somm. 99 (note Izorche), en verder Serra 1993, p. 36; Viney/Jourdain 1998, no. 247; Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 690; Izorche, RTD Com. 1998, p. 36, alsmede hierna noot 114.

114 Zie HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 nt. Grosheide (Hertzano/Otto Simon); Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 55, en Molengraaff, RM 1887, p. 413. Het hiervoor in par. 2.2. betoogde, is dus ook hier van toepassing, met name de stelling dat nu concurrentie altijd tot schade leidt, dat zeker het geval zal zijn bij ongeoorloofde concurrentie. Zie bijvoorbeeld ook Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach 1989, nr. 1310; Rb. Rotterdam 4 april 1986, BIE 1990, 54 (Molnlycke/Vergalex), en noot 113.

geëcarteerd. Indien de onrechtmatigheid al vaststaat, is deze afleiding naar mijn mening in beginsel mogelijk, omdat er inderdaad van uitgegaan kan worden dat oneerlijke concurrentie schade zal veroorzaken. Het probleem dat wel nog onduidelijk zal zijn hoe groot die schade is, betreft de schadeberekening.

Naar het *Engelse* recht inzake 'passing off' is het vereiste van causaal verband opgenomen in de hiervoor genoemde vierde en vijfde voorwaarde voor aansprakelijkheid. De mededeling dient (verwarring gesticht te hebben en daardoor) het bedrijf of de goodwill geschaad te hebben. Zodra de schade een redelijk voorzienbaar gevolg is, is dat verband gegeven.[115] Over het algemeen zal het bewijs van causaal verband hier niet al te veel problemen voor de eiser opleveren.[116]

Indien de grondslag voor aansprakelijkheid gelegen is in 'unlawful interference with trade', is vereist dat de schade veroorzaakt werd door het gebruik van de 'unlawful means'.[117] Het bewijsrisico rust op de eiser. Daar komt echter nog bij dat ook vereist is dat de intentie van de gedaagde om de eiser te schaden een 'contributing cause' was voor het verlies van de eiser.[118] Zo is er dus in wezen een dubbel causaal verband vereist.

Indien naar *Frans* recht art. 1382 Cc wordt ingeroepen ter bescherming tegen ongeoorloofde mededinging, dient voor een succesvolle schadevergoedingsvordering vast te staan dat er causaal verband bestond tussen de handeling en de schade. Het bewijsrisico ligt bij de eiser.[119] Bepaalde bewijsverlichtingen zijn echter aanvaard. Zo mag bijvoorbeeld het causale verband aangenomen worden als andere oorzaken uitgesloten zijn.[120] Een andere tegemoetkoming is hierin gelegen dat het afleiden van de schade uit de onrechtmatige handeling, als die laatste vaststaat, noodzakelijkerwijs van invloed is op de vaststelling van het causale verband, omdat met het afleiden van de schade uit de vaststaande onrechtmatige handeling dat causale verband noodzakelijkerwijs gegeven is.[121]

Naar *Duits* recht wordt de benadering van het causale verband niet anders dan gebruikelijk indien de grondslag voor vergoeding gelegen is in § 1 UWG. De dader is alleen verantwoordelijk voor schade die door hem veroorzaakt is.[122]

---

115 Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-01, 25-14. Let wel, het is niet nodig dat het relevante publiek daadwerkelijk in verwarring werd gebracht.

116 Clerk & Lindsell (Alexander) 1995, 25-17; Drysdale/Silverleaf 1995, 4.06. Hetgeen hiermee samenhangt dat indien schade vermoed wordt, zie par. XI.2.2, datzelfde dient te gebeuren ten aanzien van het causale verband, vergelijk mijn opmerkingen daarover in par. IX.2.2.

117 Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 436.

118 Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23-56.

119 Burst 1993, no. 303; Serra 1993, p. 37.

120 Hetgeen algemeen geldt, zie Viney, JCP 1996, éd. G, I, 3985, p. 489. In beginsel is ook de kanstheorie toepasbaar, zie Viney/Jourdain 1998, no. 280, en Izorche, RTD Com. 1998, p. 39.

121 J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 48, 68 en 69; Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 819. Zie ook CA Paris, 29 avril 1998, D. 1999, Somm. 99 (note Izorche), en Izorche, RTD Com. 1998, p. 36-37. Vergelijk ook mijn opmerkingen ten aanzien van het Engelse recht, par. II.5.2; mijn bijdrage in WPNR 6265 (1997), p. 245, en Schmidt-Szalewski, RTD Com. 1994, p. 469.

122 Zie Baumbach/Hefermehl 1998, Einl. UWG, Rdn. 387.

Dat dient de eiser aan te tonen.[123] De problemen die zich hierbij voordoen, komen voornamelijk voort uit het feit dat de omzet van een ondernemer ook afhankelijk is van andere invloeden. De leer van het 'Anscheinsbeweis' kan echter gebruikt worden om deze problemen op te lossen.[124] Bij een vordering op basis van § 14 UWG volstaat het om te bewijzen dat de mededeling 'geeignet' was de schade te veroorzaken, hetgeen beoordeeld moet worden aan de hand van de aangesproken 'Verkehrskreise'. Het bewijsrisico, voor zover van belang, rust op de eiser.[125]

2.4 Toerekening (schuld)

Een schadevergoedingsvordering naar *Nederlands* recht op basis van art. 6:162 BW vereist in beginsel de aanwezigheid van schuld. Dat is niet anders als het om ongeoorloofde mededinging gaat.[126] Een verschil is wel dat het in dit soort gevallen vaak zal gaan om opzettelijke handelingen. Het handelen van de concurrent is er immers op gericht de ander omzet te ontnemen. De opzet van de gedaagde zal dan ook veelal uit de handeling zelf volgen.[127] Als die opzet inderdaad gegeven is, zal tevens aan de lichtere voorwaarde van 'schuld' voldaan zijn. Voor die gevallen waarin de opzet niet uit de handeling zelf volgt en de gedaagde bijvoorbeeld stelt het product van de eiser niet gekend te hebben, blijkt dat het antwoord op de schuldvraag veelal afhangt van de vraag of er voldoende onderzoek verricht is. Is dat niet het geval, dan heeft de gedaagde schuld. Heeft hij wel voldoende onderzoek verricht, dan valt hem niets te verwijten.[128] Het bewijsrisico ligt in principe bij de eiser,[129] maar de rechter mag veelal van een vermoeden van schuld uitgaan. De gedaagde dient dat vermoeden dan te ontkrachten.[130]

---

123 Kemper 1992, p. 138; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 37.

124 Zie Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 473.

125 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 14 UWG, Rdn. 1; Baumbach/Hefermehl 1998, § 14 UWG, Rdn. 19.

126 Zie de conclusie van A-G Bakels voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle), nr. 2.15. Voor zover een verbod gevorderd wordt, hetgeen op dit terrein veel gebeurt, is het schuldvereiste niet meer van belang, omdat na het instellen van de procedure de handeling nooit meer zonder schuld verricht kan worden, daar de bekendheid op dat moment aanwezig moet zijn. Zie ook noot 129.

127 Zie Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 36; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 52; Kötz 1998, Rdn. 666; Burst 1993, no. 279, en *Home Office* v. *Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 297.

128 Vergelijk HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle), r.o. 3.3.2. Hierdoor sluit de schuldvraag nauw aan bij hetgeen normaal gesproken onder de vraag naar de zorgvuldigheid getoetst wordt. Zie de rechtspraak genoemd bij Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 36, waarbij (vrijwel) steeds relevant blijkt of de gedaagde onderzoek verricht heeft. Vergelijk ook Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 52.

129 Die het zichzelf makkelijker kan maken door een sommatie tot het staken van de gewraakte handeling te sturen. Als de concurrent daarna doorgaat met zijn handelingen, staat vast dat hij 'schuld' had, zie Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 37.

130 Zie par. IV.2.2, en de daar vermelde literatuur. Vergelijk ook de conclusie van A-G Bakels voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle), nr. 2.16.

De vordering op basis van 'passing off' komt voort uit de 'tort' 'deceit'. Bij 'deceit' is 'fraud' een vereiste voor aansprakelijkheid, bij 'passing off' echter niet.[131] Bewijs van opzet om te misleiden is naar *Engels* recht dus niet nodig. Het is voldoende dat de gewraakte 'representation' feitelijk gedaan is; zelfs 'negligence' is niet nodig.[132] De voorwaarde van verwijtbaarheid is hier dus verdwenen. Een bepaalde mate van verwijtbaarheid is wel noodzakelijk om een vordering op basis van 'unlawful interference with trade' te doen slagen. Het doel of de intentie om de eiser schade toe te brengen is een wezenlijk element van de 'tort', maar dit hoeft niet zover te gaan dat dit doel van de gedaagde 'predominant' was. Echter, het enkele feit dat de schade voorzienbaar was, is niet voldoende.[133] Het bewijsrisico ligt bij de eiser.[134]

Naar *Frans* recht is algemeen erkend dat niet vereist is dat de gedaagde opzettelijk handelde. Het bestaan van een gewone 'faute' volstaat.[135] De benodigde verwijtbaarheid ligt daarin besloten.[136]

Het *Duitse* recht rept in § 1 UWG niet van 'Verschulden'. Toch is de aanwezigheid daarvan vereist voor een succesvolle vordering tot schadevergoeding.[137] Lichte onzorgvuldigheid volstaat daarbij. Indien de gedaagde 'sittenwidrig' handelde en de omstandigheden die tot dat oordeel leidde, kende,[138] mag er overigens veelal vanuit gegaan worden dat hij ook 'Verschulden' had.[139] Bij een vordering op basis van § 14 Abs. I UWG is geen 'Verschulden' vereist.[140] Als § 14 Abs. II UWG van toepassing is, dient de eiser echter te bewijzen dat de gedaagde de onwaarheid van de mededeling kende of behoorde te kennen en dus 'Verschulden' had.[141]

---

131 Drysdale/Silverleaf 1995, 2.12 e.v.

132 Zie *Artistic Upholstery Ltd* v. *Art Forma (Furniture) Ltd* [1999] 4 All ER 277, op p. 288; Cane 1997, p. 146.

133 Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23-57; Carty, LQR 1988, p. 274-276. Vergelijk ook Markesinis & Deakin 1999, p. 480, en Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 429.

134 Markesinis & Deakin 1999, p. 480; Cane 1997, p. 150; Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 425; Clerk & Lindsell (Wedderburn) 1995, 23-58.

135 Zie bijvoorbeeld Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3226; Pollaud-Dulian, RTD Com. 1997, p. 361; J-Cl. Resp. Civ. (Jeantin), Fasc. 132-1, no. 11 en 61; Guyon 1992, no. 844; Com, 17 octobre 1984, D. 1985, IR 383 (note Serra); Com, 6 novembre 1990, D. 1992, Somm. 49 (note Serra).

136 Zie par. IV.2.4.

137 Zie BGH NJW 1986, 381 op p. 383; Kemper 1992, p. 136; Köhler, NJW 1992, p. 1478; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 125, 140 en 142. Bij een verbodsvordering is geen 'Verschulden' vereist.

138 Het gaat hierbij dus om de voorwaardelijk opzet die de eiser dient te bewijzen, zie par. 2.1.1 en Piper, GRUR 1996, p. 155. 'Anscheinsbeweis' kan hierbij te hulp komen.

139 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 38; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 339 en 372; Kemper 1992, p. 137.

140 Kemper 1992, p. 136; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 37, en § 14, Rdn. 3; Baumbach/Hefermehl 1998, vor §§ 14, 15 UWG, Rdn. 29.

141 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 14 UWG, Rdn. 7; Baumbach/Hefermehl 1998, § 14 UWG, Rdn. 40.

2.5 *Disculpatie*

Naar *Nederlands* recht zijn, als de onrechtmatigheid gegeven is, nog enkele verweren mogelijk voor de gedaagde.[142] Naast de gebruikelijke verweren als overmacht, verjaring, misbruik van recht en rechtsverwerking,[143] is dat het verweer van *in pari delicto* (de pot verwijt de ketel). Volgens dat leerstuk onttrekt een eiser zich aan de bescherming van het onrechtmatige daadsrecht indien blijkt dat de eiser, die stelt schade te lijden door de overtreding van een bepaalde norm door de gedaagde, zelf ook de norm waarop hij zich beroept, overtreedt.[144] De gedaagde zal dat moeten aantonen.[145]

Tegen een vordering naar *Engels* recht op basis van 'passing off' staan weinig verweermiddelen open.[146] Wel erkende Lord Diplock[147] dat het feit dat aan de voorwaarden daarvoor, voldaan is, niet betekent dat de actie altijd open staat, omdat het mogelijk is dat er een 'exceptional feature' bestaat 'which justifies, on grounds of public policy' dat de eiser een voorziening onthouden dient te worden. Welke 'features' daarvoor in aanmerking kunnen komen, liet hij echter open. Gedacht zou kunnen worden aan het geval dat de eiser illegale activiteiten ontplooit.[148] Verdere verweren die de gedaagde kan voeren, zijn het gebruik te goeder trouw van zijn eigen naam, rechtsverwerking, en 'misconduct by the plaintiff'.[149]

Indien de 'unlawful interference with trade' gegeven is, is een rechtvaardiging daarvan in principe niet mogelijk, omdat het opzettelijk gebruik van 'unlawful means' niet te rechtvaardigen valt.[150] Een uitzondering is wellicht mogelijk als de gedaagde het bestaan van een eigen, eerder recht van gelijke waarde kan aanwijzen.[151]

---

142 Een verschoonbare rechtsdwaling kan de gedaagde niet baten, zie HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 nt. Grosheide (Hertzano/Otto Simon). In geval van slaafse nabootsing kan de behoefte aan standaardisatie een rechtvaardigingsgrond opleveren. De gedaagde draagt het bewijsrisico, zie HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 84 (Assco/Layher).

143 Voor een overzicht, Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 61 e.v.

144 Zie HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463 nt. HB (Maas/Willems); Verkade 1986, p. 214; Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 64, en Van Laarhoven, Nieskens-bundel 2000, p. 70-72.

145 Indien het hier, zoals Van Laarhoven, Nieskens-bundel 2000, p. 72, stelt, zou gaan om het ontbreken van de onzorgvuldigheid, zou het bewijsrisico op de eiser rusten. Mijns inziens gaat het hier echter om een zelfstandig verweer van de gedaagde.

146 De verweren die Drysdale/Silverleaf 1995, 4.30 e.v., noemen, hangen allen samen met de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Uiteraard kan de gedaagde aansprakelijkheid ontlopen door zelf te bewijzen dat niet aan een of meer van de voorwaarden daartoe voldaan is. Die situaties hoeven hier echter niet behandeld te worden.

147 *Erven Warnink BV* v. *J. Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] 2 All ER 927, op p. 933 en p. 938.

148 Drysdale/Silverleaf 1995, 2.33.

149 Drysdale/Silverleaf 1995, 4. 36 e.v., 4.42 e.v. en 4.44.

150 Markesinis & Deakin 1999, p. 486; Cane 1997, p. 157.

151 Vergelijk Markesinis & Deakin 1999, p. 486; Cane 1997, p. 151; Sales & Stilitz, LQR 1999, p. 418. Anders: Carty, LQR 1988, p. 277-278 en 281-282.

Naar *Frans* recht kunnen in principe dezelfde verweren gevoerd worden als tegen elke andere vordering op basis van art. 1382 Cc. Ik kan hier dan ook volstaan met een verwijzing naar par. IV.2.4. Wel wijs ik er nog op dat de omstandigheid dat de gedaagde later zijn gedrag wijzigde, excuses aanbood, of te goeder trouw was, niet van invloed is op zijn aansprakelijkheid. Deze omstandigheden kunnen hoogstens van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding.[152]

Naar *Duits* recht is aansprakelijkheid op basis van § 1 UWG (ten dele) te bestrijden via een beroep op 'Mitverschulden'[153] in de zin van § 254 BGB of op rechtsverwerking.[154] De gedaagde kan zich er ook op beroepen gehandeld te hebben ter afwering van tegen hem gericht onrecht. Het gaat hierbij echter niet om een rechtvaardigingsgrond in eigenlijke zin. Wat het verweer probeert te bewerkstelligen, is dat de handeling als niet 'sittenwidrig' beoordeeld wordt, gegeven de feiten waartegen de gedaagde zich afzette. Voorwaarde daarbij is dat het verweer 'erforderlich' was. De vraag naar wat toelaatbaar is bij een zodanig verweer, is afhankelijk van inhoud en de vorm van de aanval.[155] Hoewel het hierbij niet om een rechtvaardigingsgrond gaat, rust het bewijsrisico toch bij de gedaagde. Deze beroept zich immers op een recht dat alleen in uitzonderlijke situaties bestaat.[156]

De disculpatiegrond bij uitstek ten aanzien van een vordering op basis van § 14 UWG, kwam hiervoor (par. 2.1.2) reeds aan bod. Indien de gedaagde aantoont een vertrouwelijke mededeling gedaan te hebben ten aanzien waarvan hij of de ontvanger een 'berechtigtes Interesse' had, is hij in principe gevrijwaard van aansprakelijkheid, tenzij de eiser de onwaarheid van de uitspraak aantoont.

3 Misleidende reclame

3.1 Onrechtmatigheid

3.1.1 Grondslagen en voorwaarden voor aansprakelijkheid

Naar *Nederlands* recht vallen misleidende mededelingen die als misleidende reclame te beschouwen zijn,[157] onder een specifieke aansprakelijkheidsgrondslag:

152 Vergelijk Le Tourneau/Cadiet 1998, no. 3231.
153 Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 388; Teplitzky, GRUR 1994, p. 767.
154 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 50 e.v.
155 Vergelijk hierover Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 359 e.v.
156 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 48.
157 Ik ga niet specifiek in op vergelijkende reclame, omdat die vorm van reclame hier alleen relevant is als deze ook misleidend is, in welk geval de reclame onder het hier behandelde valt. Zulks geldt te meer sinds de introductie van de Europese richtlijn met betrekking tot vergelijkende reclame (Richtlijn 97/55/EG; Pb. EG 1997, L 290/18), die stelt dat vergelijkende reclame geoorloofd is, tenzij deze misleidend is (vergelijk art. 3bis en Pres. Rb. Utrecht 4 januari 2000, KG 2000, 60 (Hans

de artt. 6:194 e.v. BW.[158] Art. 6:194 BW is een uitwerking van art. 6:162 BW met betrekking tot het element onrechtmatigheid, maar bewerkstelligt niet dat aan de andere vereisten van art. 6:162 BW voorbij gegaan mag worden.[159] De gevallen van misleidende reclame die, om welke reden dan ook, niet onder art. 6:194 BW te brengen zijn, kunnen altijd nog tot aansprakelijkheid op basis van de algemene norm leiden.[160] De regeling aangaande misleidende reclame is ingevoerd ter bescherming van de concurrent (tegen anderen die zichzelf op ongeoorloofde wijze een voorsprong in het economisch verkeer willen verschaffen), én de consument (tegen de gevaren van onjuiste voorlichting).[161]

Art. 6:194 BW bepaalt dat degene die een mededeling openbaart waarmee goederen of diensten worden aangeboden, onrechtmatig handelt indien die mededeling misleidend is. De misleiding dient beoordeeld te worden naar de maatstaf van het gemiddelde publiek dat weet dat enige overdrijving eigen is aan reclame.[162] Bij die beoordeling spelen spraakgebruik en ervaringsregels een grote rol.[163] Verder worden in de onderdelen a tot en met j van art. 6:194 BW concrete invullingen van die norm gegeven. Daarop ga ik hier niet verder in.[164]

Wel dient hier nog bepaald te worden wat het toepassingsgebied van deze regeling is, mede in verband met de nog te behandelen bewijsrisico-omkering in art. 6:195 BW. Zeker is dat gevallen van misleidende mededelingen in prospectus-

---

Anders/Pearle), r.o. 3.17), hetgeen mijns inziens weinig nieuws oplevert nu misleidende reclame al bestreden werd door Richtlijn 84/450 EEG (Pb. EG 1984, L 250/17). Overigens, de eerstgenoemde richtlijn is een wijziging van de laatstgenoemde. Zie Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 352 e.v.; Temmink, NTER 1997, p. 287 e.v.; Straetmans, TvP 1998, p. 383 e.v.; Don, AA 1999, p. 708 e.v. Het Bundesgerichtshof heeft geanticipeerd op de voornoemde richtlijn door vergelijkende reclame nu wel toe te laten, zie BGHZ 138, 55; BGHZ 139, 378; Vogt, NJW 1999, p. 3607.

158 Aldus is in beginsel ook voldaan aan de plicht de Europese richtlijn inzake misleidende reclame (Richtlijn 84/450 EEG; Pb. EG 1984, L 250/17) in de nationale wetgeving op te nemen, zie echter hierna noot 213.

159 Vergelijk Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 1; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 164 en 165.

160 Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 350; Kabel 1999, p. 214.

161 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 2; Asser-Hartkamp 4-III, no. 245; Van Dam 2000, nr. 1103, en HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 nt. LWH (Bendien/Verwet).

162 Holzhauer 1994, p. 59; Verkade 1992, p. 40. Volgens het Europese Hof van Justitie dient uitgegaan te worden van 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument', zie EHvJ 16 juli 1998, C-210/96 (Gut Springenheide GmbH), r.o. 31 en 37, waarover Kabel 1999, p. 217-218; Kulms, RabelsZ 1999, p. 535. Wanneer er bijzondere moeilijkheden bestaan bij die beoordeling, mag een opinie-onderzoek gebruikt worden, zie r.o. 35 en 37 van het arrest. Welk percentage van het publiek misleid moet zijn, is afhankelijk van het nationale recht, zie r.o. 36. Of deze 'Europese' maatstaf afwijkt van de Nederlandse, is twijfelachtig. Mijns inziens verschilt alleen de formulering. Kabel 1999, p.'217, lijkt ervan uit te gaan dat een 'nuancering' nodig is.

163 Verkade 1992, p. 42.

164 Zie verder Verkade 1992, p. 36 e.v., en Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 3 e.v.

sen onder deze regeling gebracht kunnen worden.[165] Dat doet de vraag rijzen of ook mededelingen van andere financiële dienstverleners onder deze regeling vallen.

De mededeling dient allereerst gericht te zijn op de promotie van *diensten of goederen*, waarbij die begrippen ruim dienen te worden opgevat.[166] Mededelingen met betrekking tot financiële dienstverlening, zoals mededelingen van een bank over gunstige beleggingen, zijn daaronder te brengen.[167] De mededeling moet verder betrekking hebben op het *aanbieden* van die diensten of goederen.[168] Het bestaan van een aanbieding mag worden aangenomen als de bank ook beleggingstransacties afhandelt, hetgeen veelal het geval zal zijn. Het hoeft hier niet om 'reclame' in de gebruikelijke zin van het woord te gaan, de regeling in het BW spreekt immers over mededelingen.[169] De mededeling moet verder *in de uitoefening van beroep en bedrijf* gedaan zijn, hetgeen met betrekking tot een bank het geval zal zijn.

Tot slot moet de mededeling *openbaar gemaakt* zijn. Het enkele mededelen is daartoe onvoldoende, maar wel voldoende is dat het publiek ervan kennis kon nemen.[170] Derhalve is niet vereist dat het publiek daadwerkelijk de mededeling vernomen heeft.[171] Als informatie over de belegging in kwestie via foldermateriaal of iets dergelijks beschikbaar is, kan het publiek daarvan kennis nemen en is er dus sprake van openbaar maken.[172] Dat zal niet het geval zijn als de informatie in een direct gesprek tussen cliënt en bank meegedeeld is.[173] Uit het voorgaande zou mijns inziens kunnen volgen dat de regeling van de misleidende 'reclame' ruimer toegepast zou kunnen worden dan wel gedacht wordt.[174]

Naar *Engels* recht bestaat er ter bestrijding van misleidende reclame geen specifieke 'tort'. Naast 'defamation' en 'malicious falsehood', die zo nu en dan

---

165 Zie onder andere Blom 1996, p. 65-68, en Hoff 1997, p. 350. Specifieke aandacht zal de prospectusaansprakelijkheid hier overigens niet krijgen. Alleen waar dat van belang is voor de misleidende reclame in enge zin, zal op de prospectusaansprakelijkheid worden ingegaan.

166 Verkade 1992, p. 27.

167 Vergelijk de noot van Verkade, nr. 3, onder HR 28 mei 1998, NJ 1998, 888 nt. Ma en DWFV (Boterenbrood/MeesPierson).

168 Mededelingen over de gang van zaken en de toekomst van een bedrijf vormen geen aanbieding, zie HR 7 november 1997, NJ 1998, 268 nt. Ma (Philips/VEB).

169 Verkade 1992, p. 29.

170 Verkade 1992, p. 31. We zien hier opnieuw een ruime uitleg, zie Kabel 1999, p. 215. Zo ook de Hoge Raad die besliste dat het opnieuw verspreiden van informatie ook een openbaring is, zie HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV (ABN AMRO/Coopag).

171 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 5; Hoff 1997, p. 352, noot 14.

172 Verkade 1992, p. 32, lijkt als criterium de 'gestandaardiseerdheid' van de informatie aan te hangen, hetgeen mij ter onderscheiding van de persoonlijke mededeling nuttig voorkomt.

173 Zie de noot van Verkade, sub 3, onder HR 28 mei 1998, NJ 1998, 888 nt. Ma en DWFV (Boterenbrood/MeesPierson), en Kabel 1999, p. 216. Ook het versturen van een fax aan één klant is geen openbaarmaking, zie Pres. Rb. Utrecht 4 augustus 1998, BIE 1999, 25 nt. JK (RTS/Sybase). Aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW is natuurlijk nog steeds mogelijk, maar de bewijspositie van de cliënt wordt dan wel zwaarder.

174 Zo ook Van Maanen, WPNR 6241 (1996), p. 745-746, en Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 164. A-G Mok meent dat een strikte uitleg van de artt. 6:194 e.v. BW nodig is, omdat het een uitzondering betreft, zie zijn conclusie voor HR 7 november 1997, NJ 1998, 268 nt. Ma (Philips/VEB).

in stelling te brengen zijn,[175] is het ook mogelijk een beroep te doen op 'deceit', ook wel 'fraud' genaamd. Op basis van die 'tort' is een persoon aansprakelijk indien hij opzettelijk een onjuiste mededeling doet aan een ander met de bedoeling dat die ander daarnaar zal handelen, waarna die ander schade lijdt als deze inderdaad op basis van de mededeling handelt.[176] De voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn: er is een feitelijke mededeling; gedaan met de intentie dat de ander daarnaar zal handelen; de ander handelde inderdaad aldus; waardoor deze schade leed; terwijl de mededeling gedaan werd wetende dat deze onjuist is of zou kunnen zijn.[177]

Ten aanzien van de eerste voorwaarde geldt dat de mededeling in principe een feit moet bevatten, maar dat begrip wordt ruim geïnterpreteerd. Het niet melden van een feit valt er in bepaalde gevallen ook onder en het weergeven van een mening wordt ook gezien als feitelijk voorzover het over iemands 'state of mind' op dat moment gaat.[178] Verder dient de gedaagde de intentie gehad te hebben dat de ander zou handelen op basis van zijn mededeling. Dat betekent echter niet dat de gedaagde ook de intentie moest hebben om de ander schade toe te brengen.[179]

Het maken van misleidende reclame is daarnaast een 'criminal offence'. Sec. 1 (1) van de Trade Descriptions Act bepaalt dat degene die bij het drijven van handel of de uitoefening van een bedrijf een onjuiste beschrijving bij een goed geeft of goederen levert dan wel aanbiedt waarbij een valse beschrijving gegeven is, zich schuldig maakt aan een overtreding. Een 'trade description' is een indicatie met betrekking tot een goed over een bepaald element ervan, waarvan sec. 2 (1) een aantal opsomt, waaronder de hoeveelheid, de maat en de samenstelling.[180] Sec. 3 (1) bepaalt vervolgens dat onjuistheid aanwezig is indien de beschrijving 'false to a material degree' is, terwijl sec. 3 (2) bepaalt dat een misleidende beschrijving geacht wordt onjuist te zijn. Voor een veroordeling is niet nodig dat komt vast te staan dat degene die de beschrijving aanbracht, de intentie tot bedriegen had.[181]

Voor ons onderwerp is van belang in hoeverre dit van invloed is op het civiele aansprakelijkheidsrecht. De eerste gedachte die dan opkomt, is dat het niet voldoen aan deze strafrechtelijke norm een 'breach of a statutory duty'[182] is. Zulks wordt echter niet aanvaard in Engeland, omdat sec. 35 bepaalt dat 'failure to comply'

175 Maar hier niet verder behandeld zullen worden. Zie voor beide 'torts' par. IX.2. Ik ga hier ook voorbij aan de aansprakelijkheid voor 'negligent misstatement', waarover in het kort Giesen 1999, p. 8-10.
176 Winfield & Jolowicz 1998, p. 353; Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-01.
177 Deze laatste voorwaarde vervalt op basis van sec. 2 (1) van de Misrepresentation Act 1967 indien het tot een overeenkomst gekomen is, zie par. XI.3.4.
178 Zie Winfield& Jolowicz 1998, p. 354-359; Markesinis & Deakin 1999, p. 463-464.
179 Winfield & Jolowicz 1998, p. 359-360.
180 Een onjuiste mededeling met betrekking tot de prijs is ook een 'offence', en wel op basis van sec. 20 van de Consumer Protection Act 1987.
181 Atiyah/Adams 1995, p. 257.
182 Zie daarover par. IV.2.3.

er niet toe leidt dat de overeenkomst nietig of niet handhaafbaar is. Daaruit wordt afgeleid dat ook civielrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten is.[183]

Dit laat echter onverlet dat de strafrechter via een '*compensation order*' de veroordeelde kan verplichten tot het betalen van 'schadevergoeding' aan het slachtoffer. Die mogelijkheid staat namelijk ook open bij een veroordeling op basis van de Trade Description Act.[184] Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid van de rechter waarvan alleen gebruik gemaakt zal worden als de 'issues' niet complex zijn. Dat civielrechtelijke aansprakelijkheid niet aanvaard wordt, is geen belemmering voor het toekennen van een 'compensation order', zolang maar aan de strafrechtelijke voorwaarden voldaan is.[185]

Naar *Frans* recht is misleidende reclame een vorm van ongeoorloofde mededinging waarvoor de artt. 1382 en 1383 Cc gelden.[186] Er bestaan geen speciale bewijsrechtelijke regels die afwijken van het voorgaande (par. 2.1.2). Wel is er, net als in Engeland, een strafrechtelijke sanctie ingevoerd tegen het misleiden van het publiek door middel van reclame. Dat is hier relevant, want overtreding van die norm betekent dat er in beginsel ook een 'faute' in de zin van art. 1382 Cc aanwezig is.[187] Bovendien is het daardoor mogelijk voor de eiser om zich als civiele partij in het strafgeding te voegen.[188]

De hier bedoelde strafbaarstelling was opgenomen in art. 44 lid 1 van Loi no. 73-1193,[189] en is nu opgenomen in art. L 121-1 Code de la consommation (C. Cons). Dat artikel bepaalt: 'Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celle-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-aprés(...)', waarna een opsomming volgt van onder andere de samenstelling, de substantiële kwaliteiten en de prijs.

Wanneer is er nu sprake van een strafbaar feit en dus een 'faute'?[190] De vervolgende instantie,[191] of de eiser in een 'gewone' civiele procedure op basis

183 Atiyah/Adams 1995, p. 252 en 257.
184 Atiyah/Adams 1995, p. 254.
185 Atiyah/Adams 1995, p. 255.
186 Zie Guyon 1992, no. 841 en 900. Zo is het op basis van art. 1382 Cc niet toegestaan te adverteren met de tekst 'de grootste meubelzaak van Parijs' als dat alleen juist is als alle filialen bij elkaar genomen worden, zie CA Paris, 29 avril 1986, D. 1987, Somm. 264 (note Serra).
187 Zie Viney 1995, no. 148, en de noot van Jourdain onder Civ. 1re, 7 octobre 1998, D. 1999, Somm. 263.
188 Zie Burst 1993, no. 171. De strafrechter gaat dan ook in op de vraag of schadevergoeding betaald dient te worden. Vergelijk over de voeging ook Calais-Auloy, D. 1974, Chron. 92.
189 Wet van 27 décembre 1973, no. 73-1193, ook wel Loi Royer genaamd.
190 Daarbij is van belang dat strafrechtelijke bepalingen strikt uitgelegd moeten worden, en er dus minder snel een 'faute' aan te nemen valt, zie de noot van Izorche onder CA Riom, 6 juin 1990, D. 1992, Somm. 47, op p. 49. De puur civielrechtelijke aansprakelijkheid gaat dus verder, zie de noot van Izorche bij CA Versailles, 21 mars 1991, D. 1992, Somm. 55.
191 De civiele partij die zich voegt, profiteert hiervan. Als de vervolgende instantie slaagt in de bewijsvoering, slaagt zij ook. Vergelijk Soulez Larivière, Am. J. Comp. Law 1997, p. 745 en 746.

van art. 1382 Cc als er geen 'action civile' geïnitieerd is, zal in principe moeten aantonen dat er sprake was van een bewering, inlichting of aanbieding, dat deze betrekking had op koop of dienstverlening, en dat deze onjuist was[192] of naar haar aard tot verwarring leidt. Zo is het bijvoorbeeld verboden een mailing aan potentiële klanten te sturen waarin hen voorgehouden wordt dat ze de loterij gewonnen hebben.[193] 'Mauvaise foi' is voor aansprakelijkheid niet vereist. Het gaat niet om de intentie van de dader.[194] Dat betekent dat ook 'gewone' onjuiste inlichtingen onder de regeling kunnen vallen, mits er maar een 'faute' gemaakt is.[195]

In *Duitsland* is de aansprakelijkheid voor misleidende reclame geregeld in § 3 UWG.[196] Dat artikel bepaalt dat degene die in het handelsverkeer, ten behoeve van de mededinging, bijvoorbeeld met als doel de verkoop te bevorderen, misleidende mededelingen doet, aangesproken kan worden om die mededelingen na te laten. Een vordering tot schadevergoeding is mogelijk op basis van § 3 in verbinding met § 13 Abs. VI UWG.[197] Daarbij dient wel aangetekend te worden dat de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen alleen open staat voor concurrenten en bepaalde (consumenten-)organisaties (§ 13 Abs. II UWG), doch niet voor de individuele consument.[198] Ook § 823 BGB kan dat niet verhelpen nu er, zoals wel vereist is voor toepasselijkheid van § 823 BGB naast de UWG, geen 'Lücke' aanwezig is. Het feit dat § 3 UWG wellicht een 'Schutzgesetz' in de zin van § 823 II BGB is, doet daaraan niet af nu de regeling van § 13 UWG de schadevergoeding volledig regelt.[199]

De voorwaarden voor toepassing van § 3 UWG, dat in de eerste plaats het algemene belang dient,[200] zijn kort gezegd dat in het handelsverkeer; ten behoeve van de mededinging; over bedrijfsmatige verhoudingen; 'irreführende Angaben'

192 Onjuiste reclame is altijd misleidend, aldus Izorche, zie de noot bij CA Versailles, 21 mars 1991, D. 1992, Somm. 55.

193 Zie Crim, 5 avril 1995, JCP 1995, éd. G., IV, 1695. Als echter de belofte gestand wordt gedaan, en er verder geen misleiding plaats vond, is dat geoorloofd, zie CA Riom, 6 juin 1990, D. 1992, Somm. 47 (note Izorche).

194 Crim, 4 décembre 1978, D. 1979, IR 180; Crim, 5 avril 1995, JCP 1995, éd. G., IV, 1695; Fabre-Magnan 1992, no. 271.

195 Guyon 1992, no. 901; Fabre-Magnan 1992, no. 271.

196 § 3 luidt: Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden.

197 Schadevergoeding is overigens veelal ook mogelijk via § 1 UWG. Deze bepaling kwam hiervoor al aan bod, vandaar dat ik daar niet nogmaals op inga, zie verder Vogt, NJW 1997, p. 2565 e.v., en Baumbach/Hefermehl 1998, § 3 UWG, Rdn. 4.

198 BGH NJW 1983, 2493, op p. 2494; Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 440; Canaris, FS Larenz 1983, p. 69.

199 BGH NJW 1983, 2493, op p. 2494; Baumbach/Hefermehl 1998, Einl UWG, Rdn. 341-342, en § 3 UWG, Rdn. 440; Canaris, FS Larenz 1983, p. 68.

200 Zie BGH NJW 1997, 3236, op p. 3238.

gedaan zijn. Het belangrijkste vereiste is het vierde: er moet sprake zijn van een 'irreführende Angabe'. 'Irreführung' is aanwezig indien een niet onaanzienlijk deel van de aangesproken groep van personen door de mededeling misleid wordt.[201] Daarbij wordt niet uitgegaan van een doorsnee persoon, maar van een persoon die de advertentie vluchtig en ongedwongen leest.[202] Misleiding is over het algemeen aanwezig als een objectief onjuist feit gesteld werd. Dat een feit juist is, wil overigens niet zeggen dat er van misleiding geen sprake kan zijn. De misleiding kan dan schuilen in de verkeerde voorstelling die dat feit teweeg brengt[203] of in het feit dat de reclame een onvolledige voorstelling van zaken geeft.[204] In zo'n geval zal er wel een belangenafweging gemaakt moeten worden en is een hogere 'irreführungsquote' dan normaal vereist.[205]

Onder 'Angaben' worden controleerbare uitspraken over een zakelijke verhouding verstaan. De reclame moet begrepen worden als een op juistheid van inhoud controleerbare uitspraak. Dat geldt in de eerste plaats voor feiten, maar kan ook gelden voor een meningsuiting.[206]

3.1.2 Bewijsrisicoverdeling

Van groot belang voor het *Nederlandse* recht is art. 6:195 lid 1 BW. Dat artikel bepaalt dat het bewijsrisico aangaande de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling vervat zijn, en waarop het misleidende karakter berust, ligt bij degene die de inhoud en de inkleding van de mededeling (mede) zelf heeft (doen) bepalen.[207] Met andere woorden, we hebben hier te maken met een gedeeltelijke (alleen ten aanzien van de juistheid van de feiten) omkering van het

201 Aldus BGHZ 13, 244, op p. 253. Het gaat hierbij dus om het vaststellen van de verkeersopvatting, vergelijk Kur 1981, p. 147 e.v.; Kulms, RabelsZ 1999, p. 532.

202 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 27; Piper, GRUR 1996, p. 164; Vogt, NJW 1997, p. 2562. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verlangt echter dat afgestemd wordt op een 'consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen', zie EHvJ 6 juli 1995, NJ 1996, 228 (Mars), waarover Vogt, NJW 1997, p. 2562 (die ook aangeeft dat indien die opvatting overgenomen wordt door de rechtspraak, er wellicht alsnog gedacht moet worden aan een algemene bewijsrisico-omkering, zie p. 2559), en inmiddels EHvJ 16 juli 1998, C-210/96 (Gut Springenheide GmbH), waarover noot 162.

203 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 24-25.

204 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1999, 772, op p. 774. De misleiding kan ook gelegen zijn in het verzwijgen van feiten, maar dan alleen als er een plicht tot spreken was, zie BGH NJW 1999, 3491.

205 Zie BGH NJW 1996, 3419, op p. 3420; BGH BB 1996, 1959, en Köhler, BB 1998, p. 2067 en 2069. Of er over het algemeen een belangenafweging vereist is, staat ter discussie, zie daarover Traub, FS Nirk 1992, p. 1017 e.v., die meent dat zo'n afweging steeds nodig is (p. 1032; zo ook Köhler, BB 1998, p. 2070). Bewijsrechtelijk heeft die opvatting tot gevolg dat de 'Rechtswidrigkeit' niet vermoed wordt aanwezig te zijn (p. 1032). Zie daarover nader par. IV.2.5.

206 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 13-16.

207 Onder het oude BW was dat niet anders, zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Rotterdam 7 juli 1982, KG 1982, 120 (Tredis/Shell), en Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 62a.4.1 en 150. De bewijsrisico-omkering geldt in beginsel ook voor vergelijke reclame, zie art. 6 van de eerder genoemde Europese richtlijn, en Temmink, NTER 1997, p. 289.

bewijsrisico ten aanzien van de onrechtmatigheid, in vergelijking met het systeem van art. 6:162 BW. Dat maakt de regeling meteen interessant voor gedupeerden.[208] De reden voor de bewijsrisico-omkering is gelegen in de voorziene bewijsnood die het moeten aantonen van de misleiding zou opleveren voor de eiser.[209] De vraag die hier rijst, is wat de reikwijdte van deze bewijsrisico-omkering is en of die omkering in elke soort procedure toegepast kan worden.

Ten aanzien van die laatste vraag dient opgemerkt te worden dat naar de heersende leer deze bepaling weinig effect zal kunnen sorteren, aangezien volgens die leer de regels van bewijsrisicoverdeling in kort geding niet op dezelfde wijze toepasselijk zijn als in een bodemprocedure, terwijl geschillen over misleidende reclame vaak in kort geding 'uitgevochten' worden.[210] Het is mijns inziens de vraag of het effect van die bewijsrisico-omkering wel zo beperkt is, en als dat al zo is, of dat dan wel zo zou moeten zijn.

Mijns inziens is de bewijsrisico-omkering van art. 6:195 lid 1 BW ook van belang in een kort geding-procedure.[211] Ook in een dergelijk geding moet het geschil immers (uiteindelijk) naar de materiële normen beoordeeld worden. De belangenafweging door de President zal zich altijd afspelen binnen het materieelrechtelijke kader van het geschil. Ongeacht hoe het met de doorwerking in kort geding van de bewijsregels uit Rv gesteld is, zal de President niet zomaar voorbij kunnen gaan aan de regels die in het BW zijn neergelegd. Tot die regels behoort ook art. 6:195 BW. Als de rechter in kort geding niet overtuigd is van de aannemelijkheid van een stelling van een partij, zal hij, net zo goed als in een bodemprocedure, toch een beslissing moeten geven. Hij kan zijn belangenafweging in zo'n geval echter niet stoelen op feiten die in het geheel niet aannemelijk zijn gemaakt. De uitspraak zal dan conform de uitkomst die de regel van bewijsrisicoverdeling voorschrijft, moeten luiden; het gaat dan immers om een *non liquet*.[212] Juist voor deze gevallen heeft de wetgever in art. 6:195 BW bepaald hoe die

208 Bovendien, als de mededeling onvolledig is, zal de gedaagde feiten moeten stellen en bewijzen die de slotsom wettigen dat er van misleiding toch geen sprake kon zijn, zie HR 28 mei 1998, NJ 1998, 888 nt. Ma en DWFV (Boterenbrood/MeesPierson).

209 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 251. En daaraan verbonden, de betere bewijspositie van de gedaagde, zie Bertrams/Vermeer 1997, p. 33, en Hoff 1997, p. 350, noot 10.

210 Zie Verkade 1992, p. 68; Holzhauer 1994, p. 63; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 251.

211 Ik heb dat elders in algemene zin uitvoerig betoogd, zie Giesen, NJB 1998, p. 1629 e.v., alwaar verdere verwijzingen te vinden zijn. Het hierna volgende is gebaseerd op dat artikel. Tot hetzelfde resultaat komt (door het prognose-karakter van een kort geding te benadrukken) Vrieze, Trema 1998, p. 39-40. Inmiddels instemmend: Klaassen, Arbeidsrecht 1999/4, p. 18. Anders: Tonkens-Gerkema, TCR 1999, p. 59 e.v.

212 Hetgeen Verkade 1992, p. 68, ook toegeeft. Zie bijvoorbeeld ook Pres. Rb. Den Haag 22 juli 1999, KG 1999, 223 (Allergan/Ipsen).

beslissing zou moeten uitvallen. Mijns inziens kan dan niet gezegd worden dat art. 6:195 BW van weinig of geen belang zou zijn.[213]

Bovendien kunnen er naar mijn mening ook in algemenere zin vraagtekens gezet worden bij de algemene uitsluiting van de regels van bewijsrecht en bewijsrisicoverdeling in kort geding. In de literatuur is men over het algemeen van mening dat de regels van bewijsrisicoverdeling, althans art. 177 Rv, niet toepasselijk zijn in kort geding, afgezien wellicht van een bepaalde reflexwerking in die zin dat de President bij zijn uitspraak rekening zal houden met de bewijsrisicoverdeling in de hoofdzaak.[214] Mijns inziens is die uitsluiting van de regels van bewijsrisicoverdeling onjuist. Ook in een kort geding kan het tot een *non liquet* komen en dan dient het bewijsrisico beslissend te zijn.[215] Het gaat in kort geding weliswaar om 'aannemelijkheid',[216] maar ook ten aanzien van de aannemelijkheid van een stelling kan de rechter in twijfel blijven verkeren. Toegegeven zij dat het in minder gevallen zal komen tot een *non liquet*, al was het maar omdat naar de bodemprocedure verwezen zal worden als een uitgebreide bewijsvoering te verwachten is, maar ondenkbaar is deze situatie niet.[217] Dat het kort geding 'slechts' tot een voorlopige maatregel leidt, doet aan het voorgaande niet af, omdat die maatregelen verstrekkend en feitelijk definitief zijn.[218]

Zoals ik eerder schreef, noopt de jurisprudentie niet tot een andere conclusie.[219] Ook de recente rechtspraak is niet van dien aard dat van het voorgaande afstand

---

213 Zulks volgt mijns inziens ook uit HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark), waarover zo meteen meer. In deze richting ook Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 1. Ik wijs er overigens nog op dat de Europese richtlijn inzake misleidende reclame zowel een spoedige voorziening (art. 4 lid 2) als een bewijsverlichting (art. 6) vereist van het nationale recht. Het niet hanteren van (op zijn minst) een bewijsverlichting in kort geding, levert mijns inziens een schending van het Europese recht op, vergelijk ook Kemper 1992, p. 251-252.

214 Zie mijn overzicht in NJB 1998, p. 1630; de noot van Verkade, sub 3, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark), en de conclusie van Bakels, nr. 2.40, voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle).

215 Asser 1992, p. 7-8, geeft ook toe dat het bewijsrisico niet afhankelijk is van de aard van de procedure. Waar hij dit uitwerkt voor de verzoekschriftprocedure, neem ik aan dat daar ook 'kort geding' gelezen zou kunnen worden. Vergelijk ook Musielak 1975, p. 31. Het hierna betoogde is in overeenstemming met het Duitse recht, zie Kemper 1992, p. 350-358.

216 Zie par. II.4.4.

217 Zie hierover Giesen, NJB 1998, met name p. 1632-1633. Ik onderschrijf de opmerking van Verkade in zijn noot, sub 6, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark) dat als de bewijsrisicoverdeling een rol speelt, de gedaagde ook de kans moet krijgen om het bewijs te leveren en dat de rechter het aangevoerde bewijs dan ook daadwerkelijk moet beoordelen.

218 Zie de noot van Verkade, sub 7, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark).

219 Zie Giesen, NJB 1998, p. 1630-1632. Volgens Tonkens-Gerkema, TCR 1999, p. 60, kan er van een 'moeten' toepassen van de regels van bewijsrisicoverdeling geen sprake zijn, omdat, kort gezegd, de rechter in kort geding niet altijd een prognose hoeft te geven. Andere beslissingsmodellen worden immers ook toegepast, hetgeen inderdaad uit HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Proctor & Gamble/Kimberly Clark) volgt. Daarbij gaat zij er echter ten onrechte aan voorbij dat het prognose-argument in mijn visie niet het enige argument is.

genomen zou moeten worden. In het arrest *De Schelde/Wijkhuisen*[220] wordt weliswaar door de Hoge Raad kortweg gesteld dat 'de regels van stelplicht en bewijslast in kort geding niet van toepassing zijn', maar in het enkele maanden later gewezen arrest inzake *Proctor & Gamble/Kimberly Clark*[221] besliste de Hoge Raad dat het Hof terecht als uitgangspunt had genomen 'dat het in dit kort geding, gelet op het bepaalde in art. 6:195 BW, op de weg van Proctor & Gamble (de gedaagde in eerste aanleg, IG) lag om haar superioriteitsclaim aannemelijk te maken'. Hier wordt derhalve wel degelijk een bewijsrisico-regel toegepast in een kort geding-procedure.[222]

Gezien dit laatste arrest, de geringe mate van nuance in de regel uit het *De Schelde/Wijkhuisen*-arrest, en de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad op dit terrein, welke die nuanceringen ten dele wel bevatte, meen ik dat de uitspraak in *De Schelde/Wijkhuisen* als een wat te korte omschrijving van de op dat moment reeds bestaande regel gezien zou moeten worden, die in zo algemene vorm echter onjuist is.[223] Bovendien, zelfs als inderdaad geoordeeld zou moeten worden dat naar huidig Nederlands recht de regels van bewijsrisicoverdeling 'niet van toepassing zijn' in kort geding, meen ik dat aanvaard zou moeten worden dat die leer onjuist is en dat daarvan afgestapt zou moeten worden.

In de literatuur is ook nog naar voren gebracht dat aan de bewijsrisico-omkering van art. 6:195 lid 1 BW niet veel behoefte bestaat, omdat op basis van de in art. 177 Rv genoemde uitzonderingsmogelijkheden hetzelfde te bereiken zou zijn.[224] Dat laatste is theoretisch zeker waar, doch ik betwijfel of datzelfde resultaat in de praktijk in veel gevallen daadwerkelijk bereikt zou worden. Het nut van art. 6:195 BW ligt mijns inziens hierin dat dat artikel buiten twijfel stelt dat de gedaagde het bewijsrisico draagt. De bevoegdheid van de rechter om op basis van art. 177 Rv bij wege van uitzondering in dezelfde zin te beslissen, is door art. 6:195 BW een 'plicht' geworden, in die zin dat de rechter nu slechts bij wege van uitzondering anders zal kunnen beslissen. De opname van art. 6:195 BW betekent ook dat het in elk nieuw geval zoeken naar rechtvaardigingsgronden

220 HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen).

221 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Proctor & Gamble/Kimberly Clark).

222 Zie ook de conclusie van A-G Mok voor het arrest, sub 4.2, waar deze stelt dat met art. 6:195 BW 'rekening moet worden gehouden' in kort geding, en dat zulks ook de bedoeling van de wetgever is geweest. Vergelijk ook Onrechtmatige Daad VI (oud) (Martens), aant. 62a.4.2, en HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle), waarin gesteld wordt dat het het Hof vrij stond de 'bewijslast' op HBS te leggen (r.o. 3.3.6).

223 Waarbij mijns inziens ook nog meespeelde dat de Hoge Raad in *De Schelde/Wijkhuisen* wel zo kort door de bocht moest gaan om de voor het asbestslachtoffer gunstige beslissing van het Hof, die met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling waarschijnlijk niet helemaal juist was, in stand te kunnen laten.

224 Zie Verkade 1992, p. 26; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 251. Hoe dit uitgangspunt te verenigen zou zijn met de niet-toepasselijkheid van de regels van bewijsrisicoverdeling in kort geding, is mij niet duidelijk.

voor een bewijsrisico-omkering niet langer nodig is. Die afweging is al door de wetgever gemaakt.

Dat gezegd zijnde, resteert nog de eerder gestelde vraag naar de reikwijdte van art. 6:195 lid 1 BW. Ten aanzien van de stelplicht met betrekking tot de onjuistheid of onvolledigheid van de feiten verandert er niets; deze blijft rusten op de eiser.[225] De bepaling ziet verder alleen op de *feiten* die in de mededeling vervat of gesuggereerd zijn, en dus niet op de misleiding voor zover die uit iets anders voort zou vloeien, noch op de misleiding als zodanig.[226] Hier wordt mijns inziens een gekunsteld onderscheid gemaakt. Ik kan mij niet voorstellen op welke wijze een mededeling niet misleidend zou zijn, terwijl de (gesuggereerde) feiten wel onjuist of onvolledig zijn.[227] Als de gedaagde er dus niet in slaagt om de juistheid van de feiten aan te tonen, is de misleiding ook gegeven, zodat de gedaagde feitelijk de afwezigheid van de misleiding dient aan te tonen.[228]

Bovendien is de beperking in art. 6:195 BW tot de 'feiten' ook niet zo vreemd als men zich bedenkt dat de vraag of een mededeling misleidend is, zich niet laat bewijzen voor zover het niet om de feiten gaat die daarmee in verband staan. Het betreft dan immers een door de rechter te verlenen kwalificatie. Het gaat bij het antwoord op die vraag om de waardering door de rechter, waarbij het bewijsrisico alleen doorslaggevend is als die waardering niet een van beide kanten op wijst, hetgeen moeilijk voorstelbaar is.[229] Met andere woorden, de beperking van lid 1 tot de feiten is geen wezenlijke beperking. Het zal vrijwel altijd om de juistheid van de feiten gaan, en te dien aanzien draagt de gedaagde het bewijsrisico.

Een wel belangrijke beperking van art. 6:195 lid 1 BW is dat deze bepaling alleen van toepassing is op diegene die de inhoud en inkleding van de mededeling (mede) zelf heeft bepaald.[230] Het medium (het dagblad dat de advertentie plaatst bijvoorbeeld) is dus gevrijwaard van de bewijsrisico-omkering. Een andere beperking schuilt in de mogelijkheid die de rechter geboden wordt het bewijsrisico 'terug' om te keren, indien de omkering zoals voorzien in dit artikel, onredelijk

225 Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 164; Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 2; Hoff 1997, p. 354. Daaraan zal de eiser uiteraard toevoegen waarom de feiten zijns inziens onjuist zijn. Dat volgt uit de algemene plicht voor partijen om hun stellingen gemotiveerd te poneren.

226 Verkade 1992, p. 69.

227 Afgezien van de gevallen van evidente overdrijving, waarbij de onwaarheid direct herkenbaar is, maar in die gevallen is de onjuistheid van de mededeling geen onderscheidend criterium. Ook Overeem 1977, p. 34-35, wijst op het nauwe verband tussen onjuistheid en misleiding.

228 Overigens, ook juiste feiten kunnen misleiden. Het publiek leiden tot de veronderstelling dat een product beter is dan een ander, is misleiding, zelfs als dat product inderdaad beter is, zie HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 nt. LWH (Bendien/Verwet). In zo'n geval zou het gemaakte onderscheid dus wel relevant kunnen zijn, omdat het bewijsrisico ten aanzien van de misleiding op de eiser rust als de juistheid van de feiten aangetoond is. In een dergelijk geval is de beoordeling echter afhankelijk van een kwalificatie door de rechter en niet van het bewijs van feiten, zodat het bewijsrisico dan een zeer geringe rol zal spelen, zie ook hierna.

229 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 6.

230 Over dit begrip Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 5.

zou zijn. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het de eiser er alleen om te doen zou zijn gevoelige informatie te verkrijgen van de gedaagde.[231] Tot slot zou nog een beperking gelegen kunnen zijn in het feit dat het misleidende karakter van de reclame moet berusten op die feiten waarvan vastgesteld was dat die onjuist of onvolledig waren.[232]

Naar *Engels* recht dient de eiser te bewijzen dat aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid op basis van 'deceit' voldaan is.[233] Ten aanzien van de daarbij relevante vraag of er wel een mededeling gedaan is, is na enige discussie expliciet bepaald dat ook hier de normale maatstaf voor bewijs in civiele zaken geldt. Er dient dus aan de 'preponderance of probability' voldaan te zijn.[234] Dat eventueel aan de voorwaarden voor toekenning van een 'compensation order' voldaan is, zal de vervolgende instantie dienen aan te tonen. Het slachtoffer, dat verder overigens niet in de procedure betrokken is, zal daarvan kunnen profiteren.

Voor zover naar *Frans* recht bij het beoordelen van een eventuele 'faute' van de gedaagde (mede) een beroep gedaan wordt op art. L 121-1 C. Cons, is van belang dat de eiser in beginsel te dien aanzien het bewijsrisico draagt, maar zeker ook dat de verdachte op basis van art. L 121-2 C. Cons gehouden is alle 'éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations' ter beschikking te stellen aan de vervolgende instantie. Nu op het niet ter beschikking stellen van die informatie dezelfde sanctie staat als op het publiceren van misleidende reclame zelf (art. L 121-7 C. Cons), wordt wel gezegd dat er de facto een omkering van het bewijsrisico heeft plaatsgevonden.[235] Mijns inziens heeft de gedaagde echter de bewijsvoeringslast opgelegd gekregen. Hij dient materiaal aan te dragen, meer niet. Als hij dat doet, blijven sancties uit, tenzij het bewijs geleverd wordt geacht. Voor zover het om vergelijkende reclame gaat en de juistheid van een feit in het geding is, lijkt het bewijsrisico wel te rusten op degene die de reclame maakte.[236]

Met betrekking tot het *Duitse* recht, en in het bijzonder § 3 UWG, geldt het volgende. De eerste drie in paragraaf 3.1.1 genoemde vereisten (in het handelsverkeer; ten behoeve van de mededinging; over bedrijfsmatige verhoudingen) zijn bewijsrechtelijk weinig interessant nu de 'aanwezigheid' daarvan door de rechter vastgesteld dient te worden, terwijl bewijsvoering daaromtrent niet goed denkbaar

231 Zie Holzhauer 1994, p. 63; Rb. Haarlem 26 mei 1987, KG 1987, 296 (Kat-Jackson/Van Gelder), en de noot van Verkade, sub 3, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark). Volgens Asser 1992, p. 106, is deze mogelijkheid overbodig in het licht van art. 177 Rv.

232 Overigens, in het ABN AMRO/Coopag-arrest (HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV) gaf de Hoge Raad aan dat de bank in een prospectus een 'disclaimer' kan opnemen, zodat, en daarover verschillen de meningen, ofwel de omkering van het bewijsrisico van art. 6:195 BW niet door gaat, ofwel de aansprakelijkheid zelf uitgesloten is. Vergelijk Bertrams/Vermeer 1997, p. 35-36.

233 Zie *Downs* v. *Chappel* [1996] 3 All ER 344, op p. 351; Winfield & Jolowicz 1998, p. 354.

234 Zie *Hornal* v. *Neuberger Products Ltd.* [1956] 3 All ER 970. Zie hierover ook al par. II.4.3.

235 Zo Calais-Auloy, D. 1974, Chron. 92. Terughoudender is Guyon 1992, no. 901.

236 Aldus Ripert/Roblot/Germain/Vogel 1998, no. 701.

is. Het blijft echter wel zo dat een eventueel *non liquet* ten aanzien van een of meer van deze vereisten ten laste van de eiser komt. Ook in het 'Wettbewerbsrecht' geldt immers als hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dat degene die zich op de rechtsgevolgen van een voor hem gunstige norm beroept, de feiten die voor toepassing van die norm vast dienen te staan, bewijzen moet.[237]

Deze hoofdregel van bewijsrisicoverdeling wordt in principe ook toegepast op het vierde vereiste voor aansprakelijkheid. De eiser dient derhalve te bewijzen dat er sprake was van een 'irreführende Angabe'.[238] Bepaalde bewijsverlichtingen met betrekking tot de vraag naar de juistheid van de in de reclame gebruikte feiten, zijn echter wel geaccepteerd door de rechtspraak, dit vanwege de bewijsmoeilijkheden die op dit terrein spelen.[239] Het beeld dat uit de rechtspraak hieromtrent naar voren komt, is nogal uiteenlopend. Daaruit mag mijns inziens geconcludeerd worden dat de 'Einzelfälle' in elk geval ten dele bepalend waren voor die rechterlijke coulantie.[240]

Als eerste wijs ik op de '*Odol*-Entscheidung' van het Bundesgerichtshof.[241] Daarin werd overwogen dat het bewijsrisico ten aanzien van de juistheid van een vaktechnisch omstreden mening, zonder vermelding van de andere mening(en) dienaangaande, op de gedaagde rust. De reden hiervoor is dat de gedaagde moet instaan voor de objectieve juistheid van de mening die hij zich eigen maakt.[242] Zou de regel anders luiden, dan zou de gedaagde door middel van eenzijdige uitspraken de eiser in een onmogelijke bewijspositie kunnen brengen, hetgeen onbillijk zou zijn.[243]

Het is de vraag of uit deze uitspraak conclusies getrokken mogen worden voor andere vormen van reclame. In deze zaak was de 'Irreführung' eigenlijk al gegeven door het verzwijgen van de andere meningen, zodat de juistheid van de

237 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 1. Zie ook Nordemann 1990, Rdn. 627, waar ook de materieelrechtelijke aspecten van deze eisen aan bod komen. Daarover ook Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 5 e.v.

238 BGH GRUR 1959, 365; Kur 1981, p. 168; Nordemann 1990, Rdn. 629; Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 80 en 119; Kemper 1992, p. 87. Een wetsvoorstel dat voorzag in een bewijsrisico-omkering, werd uiteindelijk niet aanvaard, zie daarover Harmsen, GRUR 1969, p. 251 e.v. Over de wenselijkheid van een algemene bewijsrisico-omkering lopen de meningen verder nogal uiteen. Voor een overzicht, zie Kemper 1992, p. 263-312.

239 Over die moeilijkheden, zie Kemper 1992, p. 83. Dat betekent overigens niet dat de moeilijkheid om de misleiding aan te tonen op zichzelf al voldoende is om wel strijd met § 1 UWG aan te kunnen nemen, zie Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 8, of om het bewijsrisico om te keren, zie Kemper 1992, p. 83-84.

240 Vergelijk Harmsen, GRUR 1969, p. 253. Zie over de hierna te bespreken arresten ook Kemper 1992, p. 222-262; Baumgärtel/Ulrich, § 3 UWG, Rdn. 9 e.v.; Kur 1981, p. 183 e.v.; Baumgärtel 1996, Rdn. 307.

241 BGH GRUR 1958, 485, bevestigd in onder andere BGH GRUR 1965, 368, op p. 373 en BGH GRUR 1971, 153, op p. 155. Zie over deze materie ook Kemper 1992, p. 160 e.v.

242 Ulrich, WRP 1986, p. 586. In Nederland lijkt het niet nodig andersluidende wetenschappelijke opvattingen te vermelden, zie Rb. Den Haag 31 oktober 1990, IER 1990, 68 (BAT/Stivoro).

243 Aldus BGH GRUR 1958, 485, op p. 486.

uiting louter als rechtvaardiging kon dienen. Daarvoor draagt de gedaagde het bewijsrisico.[244] Een algemene regel die wel uit deze uitspraak lijkt te volgen, is dat reclame die een beroep doet op gezondheidsoverwegingen extra streng beoordeeld moet worden, mede via een bewijsrisico-omkering, juist omdat op dat gebied veelal verschil van mening zal heersen over de kwaliteiten van bepaalde producten en de onjuistheid van zulke reclames extra gevaar oplevert voor de consument.[245] Opmerkelijk aan deze uitspraak is overigens nog dat voordat de bewijsrisico-omkering aanvaard kan worden, vast dient te staan dat het om een vaktechnisch omstreden vraag ging, hetgeen de eiser moet bewijzen. Als dat gebeurd is, staat echter eigenlijk ook al vast dat de juistheid nooit door de gedaagde bewezen kan worden en dat deze dus zal verliezen.[246]

In 1961 volgt de '*Pressedienst*-Entscheidung'.[247] Daarin besliste het Bundesgerichtshof dat in bepaalde gevallen een 'Darlegungslast' van de gedaagde moet worden aangenomen. Daartoe bestaat aanleiding indien de eiser *buiten het gebeuren* staat en geen kennis van de feiten kan hebben, terwijl de gedaagde makkelijk informatie verstrekken kan. Het zal daarbij dus om informatie gaan die binnen het bereik van de gedaagde ligt. Verder moet de informatieverstrekking door de gedaagde ook aan hem 'zumutbar' zijn. De grondslag voor deze beslissing is gelegen in het 'Gebot von Treu und Glauben'(§ 242 BGB). Als aan deze 'aanvullende stelplicht' niet voldaan wordt, staat de stelling van de wederpartij op basis van § 138 Abs. 3 ZPO vast.[248] Van belang is nog te constateren dat de enkele bewijsnood van de eiser niet tot een bewijsrisico-omkering leidt.[249]

Vrij snel na deze beslissing volgde de '*Bärenfang*-Entscheidung'[250] waarin het voorgaande aangescherpt werd doordat niet langer gesproken werd van een 'Darlegungslast', maar van een 'Darlegungs- und Beweispflicht', opnieuw op basis van de gedachte van 'Treu und Glauben'. Hieruit mag echter opnieuw niet geconcludeerd worden dat er sprake is van een bewijsrisico-omkering. Het Bundesgerichtshof spreekt namelijk over een 'Beweis*pflicht*' die, indien deze niet

244 Zie Harmsen, GRUR 1969, p. 253, en Kur 1981, p. 194. Anders: Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 33.

245 BGH GRUR 1971, 153; BGH GRUR 1991, 848, op p. 849. Kur 1981, p. 196; Baumbach/Hefermehl 1998, § 1, Rdn. 28 *in fine*, en § 3, Rdn. 120; Rohnke, GRUR 1988, 670. Dezelfde strenge 'Anforderungen' zijn ook aan reclame te stellen die zich direct baseert op milieuvriendelijkheid (zie BGHZ 105, 277; BGH NJW 1996, 3419, op p. 3420). Of dat ook daar tot bewijsverschuivingen leidt, is nog onduidelijk. Een bewijsrisico-omkering wordt wel aanvaard door het Kammergericht waar het reclame in een prospectus betreft, zie WM 1997, 444, op p. 445.

246 Vergelijk Kur 1981, p. 193-194. Hier rijst de vraag in hoeverre de bedoelde bewijsrisico-omkering dan nog wel bestaat nu de eiser moet bewijzen dat een feit omstreden is, en daarmee de misleiding in wezen niet meer te ontlopen is. Daarmee heeft de eiser eigenlijk ook de misleiding bewezen.

247 BGH GRUR 1961, 356.

248 BGH GRUR 1961, 356, op p. 359. Zie ook Kemper 1992, p. 223, en in algemene zin par. II.2.4 en II.3.1.

249 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 11.

250 BGH GRUR 1963, 270.

nagekomen wordt, ertoe kan leiden dat de rechter bij zijn bewijswaardering ten gunste van de eiser beslist.[251] De rechter mag er dan vanuit gaan dat het publiek misleid werd. Het betreft hier dus de bewijswaardering en niet het bewijsrisico.[252] De hier aangenomen 'Beweispflicht' wordt dan ook wel aangeduid als een omkering van de bewijsvoeringslast.[253]

Een bijzonder geval vormt de '*Kredietvermittlung*-Entscheidung'.[254] De gedaagde beweerde de grootste kredietverlener van Zuidwest-Duitsland te zijn, hetgeen als 'irreführend' werd beschouwd. We hebben dan van doen met een zogenaamde 'Alleinstellung': iemand beweert boven de rest uit te steken.[255] In zo'n geval dient diegene zijn bewering hard te maken. Het bewijsrisico met betrekking tot dat feit verschuift naar die partij. De gedaagde dient dus aan te tonen werkelijk boven de rest uit te steken en derhalve dat de concurrentie 'kleiner' is. Hierbij moet wel bedacht worden dat deze regel alleen geldt als dat bewijs door de eiser onmogelijk of zeer moeilijk te leveren is en dat de bewijsrisico-omkering zich tot het feit van de 'Alleinstellung' beperkt.[256] De rechtvaardiging voor deze regel is dat de gedaagde die informatie over de concurrentie sowieso dient te hebben, omdat hij zich zorgvuldig dient voor te bereiden en te (laten) informeren over die concurrentie alvorens zo'n bewering te doen. Als hij dat niet gedaan heeft en dus in bewijsnood komt, komt dat voor zijn risico.[257] Opmerking verdient overigens dat deze redenering op alle vormen van reclame toepasbaar is. De reclamemaker dient zich zorgvuldig voor te bereiden en de juistheid van zijn bewering te onderzoeken. Als dat niet gebeurd is en hij daarna (en daardoor) in bewijsnood raakt, komt dat voor zijn risico. Aldus wordt het denkbaar dat de reclamemaker in alle gevallen het bewijsrisico zou dienen te dragen.

Een andere groep van gevallen betreft die waarin met een bepaalde (lage) prijs geworven wordt, terwijl de producten niet voorradig zijn of de prijs toch hoger ligt. De 'Irreführung' is dan gegeven en de gedaagde kan alleen aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen dat dat manco hem niet toe te rekenen was. Het betreft hier overigens geen bewijsrisico-omkering, want het gaat om een rechtvaardiging

---

251 Harmsen, GRUR 1969, p. 253; Teplitzky, NJW 1993, p. 1377; Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 120. Dat het bewijsrisico in principe bij de eiser blijft, volgt ook uit BGH GRUR 1965, 368, op p. 372.

252 Zoals het BGH aangeeft in BGH GRUR 1978, 249, op p. 250. Zo ook Musielak 1975, p. 144. Anders: Kemper 1992, p. 234. Over de diverse opvattingen in de literatuur, zie Kur 1981, p. 188 e.v.

253 Zo Kur, GRUR 1982, p. 664, en Musielak 1975, p. 144.

254 BGH GRUR 1978, 249, bevestigd in BGH GRUR 1985, 140.

255 Deze vorm van reclame komt in de buurt van de vergelijkende reclame, die in Duitsland onder § 1 UWG valt, waarbij de gedaagde het bewijsrisico voor de juistheid draagt, zie Kur 1981, p. 199 en p. 207 e.v.; Kemper 1992, p. 157, en Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 59.

256 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 28. Ten aanzien van de grootte van het *eigen* bedrijf geldt op basis van de voorgaande jurisprudentie dat de gedaagde een 'Beweispflicht' heeft.

257 Vergelijk de noot van Droste, GRUR 1978, p. 251. Bovendien mag niet verwacht worden van de consument dat deze een dergelijk onderzoek zal verrichten, als hij daartoe al in staat zou zijn.

voor onrechtmatig handelen, hetgeen naar de hoofdregel door de gedaagde bewezen moet worden.[258]

Verwant aan de voorgaande gevallen zijn die waarin reclame gemaakt wordt met een prijsverlaging, terwijl onduidelijk is of de hogere prijs ooit daadwerkelijk gevraagd is. In dergelijke gevallen rust op de gedaagde een 'Darlegungs- und Beweispflicht', zoals die ontwikkeld werd in de '*Bärenfang*-Entscheidung'.[259] Het bijzondere is dat het in deze gevallen niet om alleen intern bekende gegevens gaat. Dat de gegevens ook extern bekend waren, verbetert de situatie van de eiser echter niet, nu die gegevens alleen in het verleden aan de openbaarheid prijsgegeven werden, op een moment dat er voor de eiser nog geen aanleiding bestond om daaraan speciale aandacht te schenken. Het Bundesgerichtshof acht dit onderscheid dan ook niet relevant.[260]

Als het over de *bewijswaardering* door de rechter gaat, is het vaste rechtspraak dat de rechter op basis van eigen wetenschap mag beslissen over de eventuele misleiding als hij tot de aangesproken groep personen behoort en hij de vraag naar de misleiding positief wil beantwoorden. Als hij die vraag negatief wil beantwoorden, mag hij dat niet op basis van eigen wetenschap doen.[261] Hij zelf hoort wellicht immers tot die personen die niet misleid worden, terwijl anderen dat wel worden. In zo'n geval zal hij een bewijsaanbod niet mogen passeren.[262]

De bewijsvoering geschied in Duitsland in dit soort gevallen over het algemeen door een enquête onder het relevante publiek, waarbij misleiding aangenomen mag worden als die bij minimaal 10 procent van de ondervraagden bestond.[263] De rechter mag (uiteraard) ook beslissen op basis van algemene ervaringsregels, maar daarbij dient bedacht te worden dat die na verloop van tijd kunnen veranderen.[264]

---

258 BGH GRUR 1982, 681; BGH GRUR 1988, 629. In die zin ook Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 18.

259 Zie BGH GRUR 1975, 78. In zulke gevallen moet overigens ook duidelijk gemaakt worden dat de oude prijs die prijs was die de reclamemaker zelf vroeg, zie BGH NJW 1980, 2085.

260 Vergelijk Kur 1981, p. 187.

261 Zie onder andere BGHZ 53, 339, op p. 341; BGH GRUR 1987, 444, en Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 4.

262 Vergelijk Kur 1981, p. 139-147, met name p. 145.

263 BGH GRUR 1987, 171; Kulms, RabelsZ 1999, p. 533. Op basis van § 286 ZPO moet de rechter daarbij nauwkeurig toetsen of de enquête voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Als de reclame waar is, maar op grond van een belangenafweging besloten moet worden of deze niet toch misleidend is, is een hoger percentage van misleiding nodig, zie BGH NJW 1996, 3419, op p. 3420; BGH BB 1996, 1958, alsmede Traub, FS Nirk 1992, p. 1023, en Köhler, BB 1998, p. 2067 en 2069.

264 Zie BGH BB 1996, 1959. Ik wijs er nog op dat de hier besproken regels van bewijsrisicoverdeling ook van toepassing zijn in een eventuele spoedprocedure naar Duits recht. De aard van de procedure is derhalve niet van invloed op (de toepasselijkheid van) de regels van bewijsrisicoverdeling. Zie hierover Kemper 1992, p. 350-358. Wel is in die gevallen een lagere bewijsmaatstaf voldoende: 'Glaubhaftmachung' volstaat. Zie Scherer 1996.

3.2 Schade

Als de eiser schadevergoeding wil verkrijgen wegens misleidende reclame, zal hij moeten bewijzen dat hij daadwerkelijk schade geleden heeft.[265] De speciale regels van de artt. 6:194 e.v. BW veranderen daar niets aan.[266] Er kan overigens veelal van uitgegaan worden dat (immateriële) schade geleden wordt, indien de reclame misleidend is.[267] Voor het overige gelden hier geen speciale regels van bewijsrisicoverdeling die tot een uitgebreide behandeling nopen. Ik volsta dan ook met een verwijzing naar de algemene regels op dit punt.[268]

3.3 Causaal verband

Zoals te doen gebruikelijk is voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding naar *Nederlands* recht vereist dat er causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige handeling, hier de misleidende mededeling, en de schade. Dat volgt uit art. 6:195 lid 2 BW. De speciale regeling in het BW laat onverlet dat de normale regels aangaande causaal verband gelden.[269] Dat causale verband dient de eiser aan te tonen.[270] Voor de hier behandelde gevallen betekent dit vereiste dat de mededeling de eiser bewogen moet hebben tot een actie, een aankoop bijvoorbeeld, die deze zonder die mededeling niet ondernomen zou hebben. Als immers zonder de mededeling dezelfde aankoop gedaan zou zijn, en dus dezelfde schade geleden zou zijn, was de mededeling niet causaal voor de schade.

Ook Verkade[271] acht beslissend dat het gedrag van de ontvanger van de mededeling beïnvloed werd. Het moet dus gaan om misleiding ten aanzien van kenmerken van het product die voor de consument wezenlijk zijn. Verkade vreest echter dat de Hoge Raad hier een ander criterium volgt, nu deze in 1985[272] besliste dat er ook van misleiding sprake kan zijn indien onjuiste mededelingen suggereren

---

265 Een vordering tot vergoeding van geleden schade zal overigens zeldzaam zijn, Veelal zal men trachten een verbod tot verdere openbaarmaking van de reclame te verkrijgen.

266 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 1.

267 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 september 1980, NJ 1981, 198 (Consumentenbond/Dirk van den Broek), en Pres. Rb. Utrecht 4 januari 2000, KG 2000, 60 (Hans Anders/Pearle), r.o. 3.23.

268 Zie hiervoor par. IV.2.

269 Zie de conclusie van Mok voor HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV (ABN AMRO/Coopag), en Asser 1998, p. 90. Indien in kort geding enkel een (herhalings)verbod gevorderd wordt, hetgeen op dit terrein regelmatig zal gebeuren, is met name van belang of er onrechtmatig gehandeld is of dreigt te gaan worden, en speelt de vraag naar de schade en het causale verband geen grote rol, tenzij een verbod wellicht geweigerd zou kunnen worden omdat niet valt in te zien hoe de reclame de wederpartij zou kunnen benadelen. Ten aanzien van dat laatste punt zal voldoende zijn dat de eiser aantoont dat de mededeling potentieel misleidend is.

270 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 9; Asser 1998, p. 90; HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV (ABN AMRO/Coopag).

271 Verkade 1992, p. 38-39.

272 HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 nt. LWH (Bendien/Verwet).

dat het product beter is dan dat van de concurrent, zelfs indien de consument in feite beter af is met het aangeprezen product. Dusdoende zou geabstraheerd worden van de vraag of het koopgedrag beïnvloed werd, en dus van de vraag naar het causale verband. Het bestaan daarvan zou dan verondersteld worden.[273] Een bevestiging hiervan zou gelegen kunnen zijn in de regel dat het niet noodzakelijk is dat het publiek daadwerkelijk van de mededeling kennis heeft genomen, al dient deze wel op zijn minst openbaar gemaakt te zijn.[274]

De vrees van Verkade is in elk geval nu niet meer terecht. De Hoge Raad heeft immers na het voornoemde arrest uit 1985 beslist dat de normale regels van bewijsrisico toepasselijk zijn op de vraag naar het causale verband.[275] Dat kan alleen betekenen dat de eiser het bewijsrisico draagt. Dat causaal verband vereist is én bewezen moet worden door de eiser, volgt ook uit de tekst van art. 6:195 lid 2, waarin immers het woord 'dientengevolge' is opgenomen vòòr de tenzij-clausule die de bewijsrisico-omkering ten aanzien van de toerekenbaarheid introduceert.[276]

Hier verdient overigens wel nog opmerking dat de eisen die aan het causale verband verbonden zijn, niet al te hoog zijn. Als vaststaat dat beïnvloeding van de consument door de reclame objectief gezien mogelijk was, is dat voldoende.[277] Het gaat er dus om of een mededeling in abstracto in staat is het publiek te misleiden.[278] Op basis daarvan zal dan het verband tussen de misleiding en de schade van de individuele eiser aangenomen worden.[279]

Ook bij de *Engelse* tort van 'deceit' is causaal verband tussen mededeling en schade noodzakelijk. De eiser moet zijn afgegaan op de mededeling, op basis daarvan gehandeld hebben en ten gevolge van die handeling schade geleden hebben. Dat de eiser daarbij eventueel ook nog door andere factoren beïnvloed werd, is niet van belang zolang de mededeling maar een substantieel effect had op de

---

273 Zie de noot van Wichers Hoeth onder HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 (Bendien/Verwet).

274 Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 194, aant. 5; Hoff 1997, p. 364.

275 HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV (ABN AMRO/Coopag), r.o. 4.5, en Hoff 1997, p. 363.

276 Zonder aarzeling ook in deze zin Verstappen 1996, p. 335. Op basis van de algemene bewoordingen in HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II), en de bevestiging daarvan in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.), zou betoogd kunnen worden dat ook op dit terrein een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband aanvaard zou moeten worden. Mijns inziens zou dat te ver voeren, maar de in die arresten neergelegde regel kent weinig begrenzing, dus het zou wel mogelijk kunnen zijn.

277 Zie Timmerman 1996, p. 81. In die zin ook Hoff 1997, p. 363, in geval van prospectusaansprakelijkheid, waarbij de misleiding van de belegger samenvalt met de misleiding van de markt als geheel.

278 Vergelijk *Kamerstukken II* 1975/76, 13.611, nr. 3, p. 10, alwaar het over het (gemiddelde) publiek, en dus een objectieve maatstaf, gaat.

279 Eenzelfde objectieve benadering van de vraag of onvolledige of onjuiste informatie van invloed is geweest op de beslissing van de eiser, wordt ook wel gebruikt op het gebied van de medische aansprakelijkheid wegens informatieverzuim. Op dat terrein wordt echter ook met regelmaat een subjectieve benadering gehanteerd, zie Giesen 1999, p. 64-66, en Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 443-445.

beslissing.[280] Het bewijsrisico dienaangaande rust op de eiser.[281] Causaal verband is ook vereist voor het aannemen van een 'offence' op basis van de Trade Description Act. Daarbij is niet vereist dat de koper daadwerkelijk misleid is, maar gaat het erom of de mededeling 'capable (is) of misleading the average buyer'.[282]

De *Franse* 'partie civile' in een strafvervolging op basis van art. L 121-1 C. Cons kan alleen schadevergoeding krijgen indien causaal verband tussen de reclame en de schade is aangetoond. Dat causale verband zal echter snel gegeven zijn. Voldoende is immers dat de mededeling 'de nature à induire' is, ofwel naar haar aard tot misleiding kan leiden. De eiser hoeft niet daadwerkelijk misleid te zijn.[283] Daar komt nog bij dat de vervolgende instantie de bewijsvoering op zich neemt en dat de verdachte verantwoording dient af te leggen (zie par. 3.1.2). Als de vordering in een gewone civiele procedure gebaseerd is op art. 1382 Cc, gelden de normale regels.

Naar *Duits* recht is het noodzakelijke causale verband wanneer het om misleidende reclame gaat, gegeven indien de koper door de misleiding 'angelockt werden kann'. De misleidende mededeling hoeft derhalve niet de beslissende beweegreden voor aankoop geweest te zijn.[284] Voldoende is dat de mededeling tot misleiding 'geeignet' was. Of het publiek feitelijk misleid werd, is niet van belang zolang de 'Eignung' daartoe gegeven is.[285] Anders gezegd, de verkeerde voorstelling moet relevant zijn, waarbij uitgegaan wordt van de specifieke eiser en derhalve van een subjectieve maatstaf.[286] Het bewijsrisico ligt bij de eiser. Een feitelijk vermoeden spreekt overigens veelal voor aanname van dat verband, waardoor op de gedaagde de taak komt te rusten dat vermoeden te ontkrachten.[287]

3.4 Toerekening (schuld)

Aansprakelijkheid wegens misleidende reclame is naar *Nederlands* recht een schuldaansprakelijkheid. Maar ook ten aanzien van de toerekenbaarheid (schuld) kent de Nederlandse wet een bewijsrisico-omkering. Deze is opgenomen in art. 6:195 lid 2 BW. Dat artikel bepaalt dat indien iemand onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van art. 6:194 BW, die persoon aansprakelijk is voor de schade, tenzij

280 Zie Winfield & Jolowicz 1998, p. 360-361; Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-34 en 14-35.
281 Bijvoorbeeld *Downs* v. *Chappel* [1996] 3 All ER 344, op p. 351, en Winfield & Jolowicz 1998, p. 354.
282 Atiyah/Adams 1995, p. 256.
283 Calais-Auloy, D. 1974, Chron. 92; Guyon 1992, no. 901.
284 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 2; Piper, GRUR 1996, p. 164; Kulms, RabelsZ 1999, p. 532.
285 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 87; Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 2; Kulms, RabelsZ 1999, p. 532. Vergelijk ook BGH NJW 1999, 3491, op p. 3492, en BGH NJW 2000, 1417, op p. 1419.
286 BGH NJW 1997, 3236, op p. 3237. Een gelijksoortig relevantie-criterium verdedigen Barendrecht/Van den Akker 1999, nr. 436 e.v., bij informatieplichten van dienstverleners.
287 Baumbach/Hefermehl 1998, § 3, Rdn. 88b *in fine*; Piper, GRUR 1996, p. 164.

hij bewijst dat 'zulks' niet aan zijn schuld te wijten is noch voor zijn rekening komt. 'Zulks' ziet daarbij op de misleiding.[288] Gezien de vrij algemene regel dat de schuld aanwezig is als de onrechtmatigheid gegeven is,[289] is het de vraag of deze regeling van veel waarde zal zijn. Mijns inziens ligt de waarde van dit artikel in het buiten twijfel stellen dat de zojuist genoemde regel in elk geval bij dit soort vorderingen geldt[290] en in het gegeven dat het hier een daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico betreft en niet enkel een vermoeden.[291] De rechtvaardiging voor deze omkering ligt mijns inziens hierin dat het niet goed voorstelbaar is dat iemand die een misleidende reclame opstelt, geen schuld zou hebben.[292] Reclame wordt immers bewust gemaakt.

Ten aanzien van art. 6:195 lid 2 BW geldt overigens, net als bij lid 1, de beperking dat die regel alleen ziet op gevallen waarin de dader de inhoud van de mededeling zelf heeft bepaald. De uitzonderingsmogelijkheid in lid 1 voor die gevallen dat de bewijsrisico-omkering onredelijk zou zijn, is in lid 2 niet opgenomen.[293] De reden hiervoor is waarschijnlijk gelegen in de totstandkomingsgeschiedenis van lid 1. Lid 1 van art. 6:195 BW was oorspronkelijk niet voorzien, maar is later toegevoegd. Die wijziging kon waarschijnlijk alleen doorgevoerd worden als tevens de concessie gedaan werd dat de redelijkheids-uitzondering ook opgenomen werd. Ten aanzien van lid 2 is een dergelijke strijd niet gevoerd.[294]

Indien de vordering naar *Engels* recht gebaseerd is op 'deceit', is een essentiële voorwaarde voor aansprakelijkheid dat de gedaagde wist dat de mededeling onjuist was, dan wel dat deze roekeloos (onverschillig) was ten aanzien van die juistheid. Met andere woorden, de gedaagde moet 'fraudulently' gehandeld hebben. Dat aan deze voorwaarde voldaan is, dient de eiser te bewijzen. De onredelijkheid van de grond waarop het geloof in de juistheid van de mededeling bij de gedaagde gebaseerd is, kan daarbij behulpzaam zijn, als basis voor een vermoeden.[295]

Indien de hiervoor bedoelde wetenschap niet aangetoond kan worden, strandt de actie uit 'deceit', maar dat wil nog niet zeggen dat schadevergoeding niet meer mogelijk is. Op basis van sec. 2 (1) van de Misrepresentation Act 1967 is het namelijk mogelijk veroordeeld te worden tot het betalen van schadevergoeding hoewel de 'misrepresentation' niet 'fraudulently' gedaan werd. Voorwaarde is

288 Hof Amsterdam 27 mei 1993, NJ 1993, 682 (ABN AMRO/Coopag), r.o. 5.16; Onrechtmatige Daad (Van Nispen), art. 195, aant. 8.

289 Zie par. IV.2.2, en Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77. In nr. 252 wordt deze trend echter ontkend.

290 Verkade 1992, p. 71, spreekt over een symboolfunctie. Hier zij herhaald dat deze regel mijns inziens ook in kort geding van belang is, net als lid 1 (par. 3.1.2 hiervoor).

291 Asser 1992, p. 107, gaat er vanuit dat het hier een vermoeden betreft.

292 Asser 1992, p. 107.

293 Zulks is overigens ook niet nodig, nu dezelfde 'ontsnappingsmogelijkheid' is neergelegd in art. 177 Rv.

294 Zie Verkade, NJB 1976, p. 365, en Verkade, NJB 1979, p. 458 e.v., met name p. 460.

295 Vergelijk Winfield & Jolowicz 1998, p. 364-365, en Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-23.

wel dat aan de overige vereisten voor 'deceit' voldaan is en dat er een overeenkomst tot stand gekomen is. Sec. 2 (1) vormt dus feitelijk een aanscherping van 'deceit' doordat het element 'wetenschap' geëcarteerd is.[296]

Nu voor compensatie via een 'compensation order' op basis van de Trade Descriptions Act 1968 een 'offence' nodig is, dient naar de grondbeginselen van het Engelse strafrecht *mens rea* aanwezig te zijn: de handeling moet de dader verweten kunnen worden. We zagen al dat 'intent to deceive' niet nodig was, maar enige vorm van culpoos handelen dient wel vastgesteld te zijn.[297] Het slachtoffer wordt hierin bijgestaan doordat de vervolgende instantie de bewijsvoering voor zijn rekening neemt.

Zoals gebruikelijk ligt de verwijtbaarheid naar *Frans* recht besloten in de vaststelling dat er een 'faute' gemaakt is. Hoewel de Code de la consommation een strafrechtelijke aansprakelijkheid schept, verandert dat uitgangspunt daardoor niet. Art. L 121-1 C. Cons verlangt immers geen intentie tot misleiding.[298]

Indien de eiser wegens misleidende reclame schadevergoeding vordert naar *Duits* recht, hetgeen op basis van § 13 VI sub 1 UWG mogelijk is, dient vast te staan dat de gedaagde wist of had moeten weten dat de mededeling misleidend was. Dat wil zeggen dat 'Verschulden' vereist is.[299] Dat dient de eiser, naar de hoofdregel, te bewijzen.[300]

3.5 Disculpatie

De gedaagde heeft naar *Nederlands* recht weinig mogelijkheden tot disculpatie. Overmacht lijkt niet voor toepassing in aanmerking te komen, omdat het maken van reclame een bewuste handeling betreft. Wellicht is als rechtvaardiging nog aan te voeren dat de eiser het gedrag van de gedaagde heeft uitgelokt door zelf agressief (impliciet gericht tegen de gedaagde) reclame te maken (eigen schuld), maar de afweging die door dat verweer gevraagd wordt, zal reeds gemaakt zijn bij de vraag naar de misleiding.[301] Bovendien dient daarbij bedacht te worden dat 'misleiding' volstaat om onrechtmatigheid aan te kunnen nemen. De aanleiding en het motief daarvoor doen niet ter zake.

Tegen de vordering op basis van 'deceit' naar *Engels* recht bestaan eigenlijk geen 'defences'. 'Contributory negligence' en 'consent' zijn dat in elk geval niet,

296 Vergelijk Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-43; Salmond & Heuston 1996, p. 377. De schadevergoeding is dezelfde als die welke via 'deceit' te verkrijgen is, zie Markesinis & Deakin 1999, p. 465.

297 Atiyah/Adams 1995, p. 257. Inleidend over het Engelse strafrecht in het algemeen, en *mens rea* in het bijzonder, Van Veen, AA 1994, p. 389 e.v., met name p. 390.

298 Guyon 1992, no. 901.

299 Baumbach/Hefermehl 1998, § 13, Rdn. 55-56.

300 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 13 UWG, Rdn. 11.

301 Zie Rb. Dordrecht 4 september 1980, NJ 1981, 200 (Adidas/Pony) (verweer afgewezen).

net zo min als het feit dat de eiser de onjuistheid makkelijk zelf had kunnen ontdekken.[302] Er bestaan echter wel enige 'defences' indien sec. 2 (1) Misrepresentation Act 1967 als grondslag ingeroepen wordt. Op dat moment kan een beroep gedaan worden op 'contributory negligence'. Bovendien kan de gedaagde aan aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij redelijke gronden had om te geloven dat de mededeling juist was.[303]

De Trade Description Act kent een aantal 'defences' voor de aangesprokene die ook voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid relevant zijn. Sec. 24 van de wet bepaalt dat er geen aansprakelijkheid bestaat indien de overtreding te wijten was aan een vergissing of aan vertrouwen op informatie van een ander of de fout van een ander, een ongeval of een geval van overmacht, én de overtreder alle redelijke voorzorgsmaatregelen nam en alle 'due diligence' uitoefende om de overtreding te voorkomen. Het bewijsrisico dienaangaande rust, blijkens de aanhef, op de overtreder. Bovendien is het een 'defence' voor de overtreder als hij bewijst dat hij niet wist en niet kon weten dat de goederen niet voldeden aan de beschrijving, aldus sec. 24 (3).

Naar *Frans* recht staan voor degene die in een procedure op basis van art. L 121-1 C. Cons verdachte is, alle strafrechtelijke verweermiddelen open. Het zou echter te ver voeren daarop in deze studie in te gaan.[304]

Ook in *Duitsland* zijn de verweermogelijkheden van de gedaagde beperkt. De niet-toepasbaarheid van het overmacht- en eigen schuld-verweer geldt ook in Duitsland. De gedaagde zal zijn pijlen dus moeten richten op het ontkrachten van de aanwezigheid van de voorwaarden voor aansprakelijkheid, zelfs als hij het bewijsrisico dienaangaande niet draagt.[305] De gedaagde kan zich er overigens ook nog op beroepen dat het misleidende karakter van de mededeling later verloren is gegaan. Dat dient hij dan wel te bewijzen.[306]

3.6 De grondrechtelijke dimensie bij misleidende reclame[307]

Een probleem dat hiervoor nog niet aangestipt werd, maar dat wel in elk van de besproken rechtsstelsels een rol zou kunnen spelen, is dat reclame-uitingen in

302 Zie *Corporacion Nacional del Cobre de Chile* v. *Sogemin Metals Ltd.* [1997] 2 All ER 917, op p. 921 e.v.; Salmond & Heuston 1996, p. 373; Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-37.

303 Zie Clerk & Lindsell (Carty) 1995, 14-45 en 14-43. Hetgeen een andere vraag is dan die of de mededeler 'negligently' handelde, zie *Howard Marine & Dredging Co Ltd.* v. *A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.* [1978] 2 All ER 1134, op p. 1144 e.v.

304 Zie verder Guyon 1992, no. 841.

305 Zo dient de gedaagde bijvoorbeeld te wijzen op feiten en omstandigheden die de soms wel aanvaarde, doch niet algemene plicht (BGH NJW 1996, 3419, op p. 3421) om op negatieve aspecten van het aangebodene te wijzen, kunnen doen vervallen, zie BGH NJW 1999, 2190, op p. 2192.

306 Baumgärtel/Ulrich 1987, § 3 UWG, Rdn. 5.

307 Zie over de vrijheid van meningsuiting en bewijsrisico-omkeringen ook hoofdstuk IX.

beginsel onder de vrijheid van meningsuiting vallen (art. 10 EVRM).[308] De vraag rijst dan of de eerder besproken bewijsrisico-omkeringen wel toelaatbaar zijn. Deze vormen immers een inperking van die vrijheid van meningsuiting, een inperking die verder gaat dan de mogelijkheid van aansprakelijkheid wegens misleidende reclame waarbij de eiser de onjuistheid van de mededeling moet bewijzen. Door die bewijsrisico-omkering zal een reclamemaker immers eerder aansprakelijk zijn.

In Nederland heeft de Hoge Raad bepaald dat de beperking van de uitingsvrijheid zoals die besloten ligt in de regeling van de misleidende reclame met zijn bewijsrisico-omkering, noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van consumenten en concurrenten.[309] De stelling dat art. 6:195 lid 1 BW in strijd zou zijn met art. 10 EVRM, omdat die regeling als inperking van de vrijheid van meningsuiting ongerechtvaardigd of disproportioneel is, werd in het *Proctor & Gamble/Kimberly Clark*-arrest wel impliciet aan de orde gesteld, maar niet verder onderbouwd of aannemelijk gemaakt.[310] Gezien de uitspraak van de Hoge Raad in dat arrest is de kans op succes van een beroep op een dergelijke stelling, ook als die verder onderbouwd zou zijn, naar mijn mening niet groot. De Hoge Raad besliste immers expliciet dat de wettelijke regeling van de misleidende reclame 'noodzakelijk' is.[311] Bovendien zou de grondrechtelijke bescherming van de uitingsvrijheid alleen ingeroepen mogen worden ten aanzien van een ware mededeling. Onjuiste feitelijke mededelingen verdienen geen speciale bescherming.[312]

---

308 Zie bijvoorbeeld de conclusie van Mok voor HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Proctor & Gamble/Kimberly Clark) en r.o. 3.4 van dat arrest; Nolte, RabelsZ 1999, p. 510; Kulms, RabelsZ 1999, p. 520 e.v., en onder andere EHRM 20 november 1989, Serie A, vol. 165, NJ 1991, 738 nt. EAA (Markt intern). Over art. 10 EVRM in deze context verder Onrechtmatige Daad IV (Van Nispen), aant. 5 en 351. Naar Duits recht speelt art. 10 EVRM in deze een geringe rol, zie Ellger, RabelsZ 1999, p. 655; Kulms, RabelsZ 1999, p. 534, hoewel dat artikel ook daar relevant is, zie Nolte, RabelsZ 1999, p. 509.

309 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Proctor & Gamble/Kimberly Clark), r.o. 3.4. Ook in Duitsland heeft de regeling van de misleidende reclame de toets aan de grondrechten doorstaan, zie Baumbach/Hefermehl 1998, § 3 Rdn. 1. Zie verder nog Ellger, RabelsZ 1999, p. 657, en Nolte, RabelsZ 1999, p. 514-516. Daarbij speelde een rol dat het bij reclame om 'commercial speech' gaat en niet om 'political speech', welke meer bescherming krijgt, zie ook Kulms, RabelsZ 1999, p. 526-527.

310 Vergelijk de conclusie van Mok, sub 6.2.2.6 en 6.2.2.7, voor HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Proctor & Gamble/Kimberly Clark). In Pres. Rb. Utrecht 4 januari 2000, KG 2000, 60 (Hans Anders/Pearle), werd aan het beroep op art. 10 EVRM voorbij gegaan omdat de gedaagde onrechtmatig handelde.

311 Terecht kritisch ten aanzien van de motivering is Verkade in zijn noot, sub 3, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark). Het door de Hoge Raad bereikte resultaat stemt overeen met mijn conclusie in par. IX.5 dat een bewijsrisico-omkering ten aanzien van de juistheid van een mededeling grondrechtelijk gezien mogelijk is. Dat de in de tekst bedoelde 'noodzakelijkheid' op dit terrein aanwezig is, blijkt ook uit de Europese richtlijn inzake misleidende reclame (Pb. EG 1984, L 250/17), waarin in art. 6 bewijsverlichtingen zijn opgenomen.

312 Vergelijk Asser-Hartkamp 4-III, nr. 237 en par. IX.2.1 en par. IX.6.

4 Bewijsrisicoverlichting?

Bij de behandeling van de *ongeoorloofde mededinging in het algemeen* is gebleken dat ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling voornamelijk vastgehouden wordt aan de hoofdregel. Alleen in specifieke gevallen wordt daarvan nog wel eens afgeweken, bijvoorbeeld indien de waarheid van een mededeling van belang is. Dan wordt de gedaagde belast met het bewijsrisico.

Verder is het werken met vermoedens toegestaan, zoals bijvoorbeeld bij de doorbreking van een gesloten verkooporganisatie, maar van principiële betekenis is dat niet. Het werken met vermoedens behoort altijd tot de mogelijkheden. In Duitsland wordt daarnaast ook nog gebruik gemaakt van de constructie van de aanvullende stelplicht zoals deze oorspronkelijk gebruikt werd op het terrein van de misleidende reclame. Ten aanzien van de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling nog steviger verankerd. De eiser wordt daar echter tegemoet gekomen doordat de materieelrechtelijke eisen verlicht worden, bijvoorbeeld ten aanzien van de schade en het causale verband, of doordat de desbetreffende materiële eis in het geheel niet meer gesteld wordt, zoals bijvoorbeeld bij 'passing off' of bij § 14 I UWG waar verwijtbaarheid geen voorwaarde voor aansprakelijkheid is.[313]

Ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens *misleidende reclame* is daarentegen duidelijk te zien dat de eiser wel tegemoet gekomen wordt bij zijn bewijsvoering. Het Nederlandse recht kent een wettelijke omkering van het bewijsrisico met betrekking tot de onrechtmatigheid én de toerekenbaarheid. De Duitse rechtspraak staat, als het om de onrechtmatigheid gaat, bepaalde bewijsverlichtingen toe, zoals de net genoemde aanvullende stelplicht, en soms zelfs specifieke bewijsrisico-omkeringen. In Engeland en Frankrijk heeft de eiser in civilibus in sommige gevallen het voordeel dat hij kan aanhaken bij een strafvervolging door de daartoe bevoegde instantie, die dan meteen ook voor hem de bewijsvoering op zich neemt. Naar Frans recht is bovendien van belang dat de verdachte (en gedaagde) zelf alle relevante gegevens moet aanvoeren. Bovendien worden aan de causaliteit op materieelrechtelijk vlak geen al te hoge eisen gesteld, terwijl de verwijtbaarheid veelal verondersteld kan worden, omdat het maken van reclame een bewuste bezigheid is. Niet onvermeld mag blijven dat er over het algemeen weinig disculpatiemogelijkheden voor de gedaagde bestaan. Zelfs een beroep op de vrijheid van meningsuiting lijkt de gedaagde niet te kunnen baten.

313 Zie hierover in meer algemene zin par. XIV.3.2.7.

5 Argumenten voor (verzwaarde) aansprakelijkheid

Als tot besluit van dit hoofdstuk de geschetste bewijsrechtelijke ontwikkelingen op het terrein van de ongeoorloofde mededinging in verband worden gebracht met de materieelrechtelijke ontwikkelingen en argumenten voor aansprakelijkheid, ontstaat in grote lijnen het volgende beeld.

De redenen waarom op het terrein van de *ongeoorloofde mededinging in het algemeen* nauwelijks gebruik wordt gemaakt van bewijsrisico-omkeringen, met als gevolg dat de potentiële aansprakelijkheid in elk geval niet langs die weg verzwaard wordt, zijn niet eenvoudig te achterhalen.[314] Deze argumenten kunnen echter wel van belang zijn, want op basis daarvan zou bijvoorbeeld kunnen blijken welke omstandigheden onvoldoende zijn om een bewijsrisico-omkering te rechtvaardigen. Een argument dat hier een belangrijke rol lijkt te spelen, betreft het algemene uitgangspunt op dit deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht dat mededinging in principe geoorloofd is. Dat principe, dat in beginsel ook ten gunste van de consument werkt die immers profiteert van de lagere prijzen ten gevolge van de hierop gebaseerde marktwerking, en dat mede de strekking van de zorgvuldigheidsnorm op dit terrein lijkt te kleuren, zou ondergraven worden indien een concurrent al te snel aansprakelijk gehouden zou kunnen worden, bijvoorbeeld omdat de regels van bewijsrisicoverdeling dat in de hand zouden werken. Het beoogde effect van het leidende beginsel op dit terrein zou dan te zeer ingeperkt worden.

In een poging de argumenten bloot te leggen, zou er bovendien op gewezen kunnen worden dat het in een typisch geval van ongeoorloofde mededinging gaat om twee tegenover elkaar staande ondernemingen. De particulier is niet betrokken bij deze vorm van mededinging. Dat zo'n particulier wellicht enige steun zou kunnen gebruiken, kan derhalve buiten beschouwing blijven. Deze gedachte wint wellicht nog aan kracht als men daarbij ook nog betrekt dat bij de regeling van de misleidende reclame - een vorm van ongeoorloofde mededinging waarbij wel particulieren betrokken zijn - de wetgever en rechtspraak coulanter zijn op bewijsrechtelijk vlak.

De argumenten die het mogelijk maken dat er op het specifieke terrein van de *misleidende reclame* wel wordt afgeweken van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, lijken de volgende te zijn. Het lijkt in de eerste plaats nodig om tegemoet te komen aan de informatie-achterstand van de eiser.[315] Omdat aan alle reclame het gevaar van misleiding verbonden is, is het wenselijk dat de burger een middel

314 Mede debet daaraan is waarschijnlijk dat de beslissing om het bewijsrisico niet om te keren over het algemeen minder uitvoerig gemotiveerd wordt, vergelijk nader par. XIV.3.2.9.

315 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 106-107; Baumbach/Hefermehl 1998, § 3 Rdn. 80 en 120. Dat aldus de vrijheid van meningsuiting beperkt wordt, doet daaraan niet af, zoals we eerder zagen, zie par. 3.6.

gegeven wordt om dat gevaar te bestrijden en daarvoor is het wegwerken van de informatieachterstand onontbeerlijk. Zulks kan geschieden door aanvaarding van een bewijsrisico-omkering of een andere bewijsrisicoverlichting. Zou dat niet gebeuren, dan zou waarschijnlijk elke bepaling die het gevaar van misleiding beoogt tegen te gaan, binnen afzienbare tijd een dode letter blijken. Een voorbeeld hiervan biedt het Franse recht dat het mogelijk maakt dat de vervolgende instantie alle informatie opvraagt die zij denkt nodig te hebben.[316]

In aanvulling hierop kan nog gewezen worden op het vaak onontkoombare karakter van die informatieachterstand. De eventuele aansprakelijkheid van de reclamemaker lijkt vrijwel volledig afhankelijk te zijn van gegevens die in principe alleen bij die reclamemaker bekend kunnen zijn. Op basis daarvan kunnen mogelijk de bewijsverlichtingen zoals aanvaard door het Duitse Bundesgerichtshof,[317] verklaard worden. Deze hadden immers betrekking op gevallen waarin de benodigde informatie onbereikbaar was voor de eiser. Nu alle noodzakelijke gegevens zich in die gevallen binnen het 'domein' van de gedaagde bevonden en daaraan door de Duitse rechter bewijsrechtelijke gevolgen verbonden werden, lijkt de verbinding met de gedachte van de 'Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich' als verklaring eenvoudig gelegd te kunnen worden.[318] Daarbij kan 'Gefahr' uiteraard niet als gevaar voor lichamelijk letsel gezien worden, maar zou men dat moeten zien als 'misleidingsgevaar'.

Kur wijst er daarnaast nog op dat door middel van het maken van reclame een bepaalde mate van vertrouwen gewekt wordt. Daarvoor dient degene die de mededeling deed dan wellicht ook de verantwoording te dragen als dat vertrouwen ten onrechte gewekt werd.[319] Degene die pocht over zijn eigen verdiensten ('de grootste', 'de beste') en zo tracht zichzelf een bepaalde kwaliteit aan te meten, zal tevoren moeten nagaan of die verdiensten ook daadwerkelijk bestaan. Mocht later blijken dat zulks niet het geval is en dat het publiek derhalve ten onrechte uitgegaan is van die kwaliteit, zal hij de gevolgen daarvan moeten dragen.

Een probleem lijkt zich echter aan te dienen als bedacht wordt dat ook de regeling van de misleidende reclame tot het terrein van de ongeoorloofde mededinging behoort en derhalve ook onder invloed staat van het principe dat

316 Of dit in het kader van de onschuldpresumptie toegestaan is - het gaat hier om een strafrechtelijke bepaling - laat ik hier verder in het midden.

317 Zie hiervoor par. 3.1.2.

318 Zo Verkade, NJB 1976, p. 361; Kemper 1992, p. 158-159 en 245-246 (die zulks afwijst), en Fritze, GRUR 1975, p. 62. Anders, Kur 1981, p. 215. Zie uitgebreid over deze theorie par. XIII.2.

319 Kur 1981, p. 217, en GRUR 1982, p. 665. Zo ook Fritze, GRUR 1975, p. 62, en Kemper 1992, p. 157. Vergelijk ook Baumbach/Hefermehl 1998, § 3 Rdn. 80; Kulms, RabelsZ 1999, p. 526. Ook het Bundesgerichtshof wijst op het overnemen van verantwoordelijkheid voor de objectieve juistheid van uitspraken door de gedaagde, zie BGH GRUR 1958, 485, op p. 486. Zo ook, voor alle vormen van reclame, Baumgärtel/Ulrich 1987, § 1 UWG, Rdn. 6.

mededinging in beginsel geoorloofd is.[320] Omdat bij de misleidende reclame de noodzaak tot bescherming van de consument pregnant naar voren komt[321] - de consument wordt daardoor direct getroffen - terwijl het daarbuiten slechts indirect om de belangen van die consument gaat, is het waarschijnlijk mogelijk om het verschil in benadering ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling, en daarmee de aansprakelijkheid in het algemeen, te rechtvaardigen.

Een ander argument tegen een bewijsrisico-omkering zou kunnen luiden dat een concurrent zich via deze regeling een informatievoorsprong kan verschaffen, omdat zijn tegenstrever openheid van zaken dient te geven. Dat lijkt echter niet doorslaggevend te kunnen zijn.[322] Als de informatie die langs deze weg in de openbaarheid zou kunnen komen, werkelijk zo gevoelig zou zijn, kan de reclamemakende onderneming alle mogelijke risico's vermijden door voorzichtig te werk te gaan bij de reclame die (vrijwillig) gemaakt wordt. Als dat in een bepaald geval niet gebeurd zou zijn, komt dat, zo lijkt het, voor het risico van degene die de reclame maakte.[323]

320 Zie bijvoorbeeld Kemper 1992, p, 86.

321 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 107.

322 Zie Overeem 1977, p. 37.

323 In die zin Kur 1981, p. 225, en de noot van Verkade, sub 5, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark). In Nederland is het bovendien op basis van art. 6:195 BW nog mogelijk om het bewijsrisico 'terug' om te keren en weer op de eiser te leggen. Die 'escape' is ingegeven om misbruik, zoals het ontfutselen van bedrijfsgeheimen, tegen te gaan, zie de noot van Verkade, sub 3, onder HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark). Vergelijk over de voors en tegens van een bewijsrisico-omkering verder Kur 1981, p. 218 e.v.; Harmsen, GRUR 1969, p. 254 e.v., en Kemper 1992, met name p. 240 e.v. en p. 313 e.v.

De argumenten voor een bewijsrisico-omkering

1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van de voorgaande zeven hoofdstukken met elkaar in verband gebracht. Bezien wordt welke argumenten in de diverse rechtsstelsels gebruikt worden of zouden kunnen worden om een verzwaarde aansprakelijkheid, die wellicht via een bewijsrisico-omkering bereikt zou kunnen worden, te rechtvaardigen.[1] We zouden deze argumenten ook 'factoren' kunnen noemen, omdat elk argument een factor is binnen de afweging of een verzwaarde aansprakelijkheid (via een bewijsrisico-omkering) mogelijk is. Dat één enkel argument voldoende is voor zo'n omkering, is overigens zeldzaam.[2]

Het belang van deze factoren voor het onderhavige onderzoek ligt mijns inziens hierin dat, zoals in de vorige hoofdstukken is gebleken,[3] de normatieve gezichtspunten die in het materiële aansprakelijkheidsrecht een rol spelen, niet alleen op daar van invloed kunnen zijn, maar dat deze argumenten evenzeer van belang blijken voor de vraag naar de verdeling van het bewijsrisico en daarmee tevens voor de ontwikkeling van een model ten aanzien van de bewijsrisico-omkeringen. Bovendien lijkt zo de eerdere uitspraak dat er een nauwe samenhang tussen materieel recht en bewijsrisicoverdeling bestaat, bevestigd te worden.[4] Gezien die verbondenheid is het mijns inziens mogelijk om de hierna te bespreken factoren in het vervolg van dit onderzoek rechtstreeks op de bewijsrisicoverdeling te betrekken.

Het is overigens mogelijk dat het navolgende onvolledig lijkt. Niet ieder argument dat in de diverse rechtsstelsels ten aanzien van de behandelde deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht naar voren is gebracht, wordt hier behandeld.[5]

---

1 In de voorgaande hoofdstukken werden deze argumenten besproken in de bredere context van de vraag of een verzwaring van aansprakelijkheid mogelijk en/of wenselijk zou zijn, waarbij zowel de materieelrechtelijke als de bewijsrechtelijke aspecten aan bod kwamen. Hierna ga ik alleen in op de bewijsrisicoverdeling, hetgeen mogelijk is omdat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht nauw verbonden zijn en onder invloed van dezelfde argumenten staan, zie bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 114. Zie ook de volgende alinea en de tekst voor en noot 9.

2 Zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 29.

3 De opzet van de slotparagrafen van die hoofdstukken was in elk geval erop gericht om zulks duidelijk te maken.

4 Zie par. IV.3.

5 Voor een overzicht, zie Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 461; Schlemmer-Schulte 1997, p. 25 en 29; Münch.Komm. ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 112-117; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 43-53. Verschil van inzicht in de medische wetenschap en de aanwezigheid van een essentieel

Het gaat hier alleen om de belangrijkste factoren. Dat zijn de factoren die, zoals we nog zullen zien, in meer of minder mate 'onderwerp-overstijgend' zijn.

2 De argumenten[6]

2.1 Gevaarzetting

Het eerste argument dat uit de voorgaande hoofdstukken naar voren lijkt te komen, betreft de notie van *gevaarzetting*. In algemene termen geformuleerd, komt dat hierop neer: wanneer iemand door zijn handelen of nalaten een bepaalde mate van gevaar schept die uitgaat boven wat op basis van de normale risico's van het dagelijkse leven verwacht mag worden, dient die gevaarzetting verdisconteerd te worden in het oordeel over de aansprakelijkheid van die persoon. Dat het handelen op de wijze zoals dat geschied is, op zich toegestaan is,[7] doet daaraan niet af. Het gegeven dat een ander schade ondervindt van de gevaarzettende activiteiten van die persoon, is in principe voldoende voor de vestiging van aansprakelijkheid.[8]

De 'verdiscontering' van de gevaarzetting kan op materieelrechtelijk vlak plaatsvinden, bijvoorbeeld door het aanleggen van een zware zorgvuldigheidsnorm of door het aanvaarden van een risico-aansprakelijkheid, maar ook op het vlak van de bewijsrisicoverdeling.[9] Als onzeker is of het de gevaarverhogende activiteit geweest is die de schade teweeg bracht, kan daaraan bijvoorbeeld tegemoet gekomen worden door minder zware eisen te stellen aan het causale verband, maar er kan ook een bewijsrisico-omkering aanvaard worden.[10]

---

belang zijn onvoldoende sterke argumenten voor een bewijsrisico-omkering, aldus de Hoge Raad, zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98 (Oomen/Interpolis), waarover Giesen, NTBR 1998, p. 92.

6 Als algemene bronvermelding voor het hierna volgende, volsta ik hier met een verwijzing naar de slotparagrafen van de voorgaande hoofdstukken in Deel 2. Voor zover hierna bepaalde bronnen expliciet vermeld worden, dienen die als voorbeeld. Die bronvermeldingen zijn geenszins uitputtend bedoeld.

7 Bijvoorbeeld omdat er een vergunning voor het verrichten van die handeling afgegeven is.

8 Zie verder in algemene zin onder andere Scholten 1899, p. 134, 142, 146 en 148; Schut 1963, p. 31-32; Möllers 1996, p. 131 e.v.; Van Dunné 1997, Deel 2, p. 144 e.v.; Van Dunné 1998, p. 31 e.v.; Von Bar 1999, Rdn. 204; Sieburgh 2000, p. 182, en HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 125 (Jansen/Jansen), waarin beslist werd dat de enkele mogelijkheid van een ongeval als verwezenlijking van een gevaar onvoldoende is voor onrechtmatigheid.

9 Zie bijvoorbeeld par. V.5. Deze stelling gaat overigens ook op voor de andere nog te behandelen factoren, zie daarover nader par. XIV.3.2.7. Dat beide mogelijkheden bestaan, ligt hieraan dat het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling nauw verbonden zijn en elkaar wederzijds beïnvloeden, zie par. XIV.3.2.4 hierna, en bijvoorbeeld Von Bar 1980, p. 105 en 295; Van Dunné, BW-krant 1993, p. 184.

10 Ik wijs hier slechts op de leer van de bewijsrisico-omkering na schending van een verkeers- en veiligheidsnorm.

De terreinen waarop deze factor zich laat gelden, zijn mijns inziens die van de verkeersaansprakelijkheid, de werkgeversaansprakelijkheid, de productaansprakelijkheid en de milieu-aansprakelijkheid. Wat daarbij nog opvalt, is dat de geleden schade veelal als letselschade te kwalificeren is, met uitzondering wellicht van sommige gevallen van milieu-aansprakelijkheid.

2.2 *Preventie*

Nauw verbonden aan de gevaarzettingsleer is de *preventiegedachte*. De preventiegedachte komt, toegepast op het aansprakelijkheidsrecht, grofweg hierop neer dat degene die een bepaalde (gevaarlijke) activiteit verricht, 'bewogen' moet worden om zoveel mogelijk te trachten te voorkomen, door het treffen van preventieve maatregelen, dat die activiteiten tot schade voor een ander leiden. Door een 'zwaarder' aansprakelijkheidsregiem te introduceren voor die gevallen, wordt (wellicht) bereikt dat die persoon die (extra) maatregelen zal nemen.[11] Een dergelijke verzwaarde aansprakelijkheidsregeling zou bijvoorbeeld bereikt kunnen worden door de aanvaarding van een bewijsrisico-omkering,[12] doch ook door een verzwaring van het materiële aansprakelijkheidsrecht.

Dat de preventiegedachte nauw verbonden is met de gevaarzettingsleer, blijkt mijns inziens hieruit dat beide uiteindelijk hetzelfde beogen, namelijk het zoveel mogelijk tegengaan van de (schadelijke) gevolgen van (te) gevaarlijke activiteiten. De preventiegedachte tracht dat echter te doen door het gedrag van potentiële veroorzakers van schade vooraf te reguleren, terwijl de gevaarzettingsleer dat doet door achteraf een verzwaard aansprakelijkheidsregime toe te passen op degene die het gevaar creëerde.[13]

Gezien die verbondenheid tussen beide noties is het niet verwonderlijk dat de terreinen waarop de preventiegedachte in meer of mindere mate een rol zou kunnen spelen, dezelfde zijn als die waar de gevaarzettingsleer opgeld doet. Dat

---

11 Zie over preventie en aansprakelijkheid onder andere Van Dam 2000, nr. 825; Hartlief/Tjittes 1999, p. 3-4; Spier c.s. 1997 (Van Maanen), nr. 9; Kötz 1998, Rdn. 36-41. Dat het aansprakelijkheidsrecht een zekere preventieve werking kan hebben, ontken ik niet, maar die preventieve werking mag niet overschat worden, zie verder par. XIV.3.2.5. Dat ligt bijvoorbeeld hieraan dat veel mensen weinig notie hebben van wat het aansprakelijkheidsrecht is en wat het wil bereiken, al dringt dat besef wel steeds meer door in onze maatschappij, getuige de toenemende 'claimcultuur'. Zie over dat fenomeen met name *Kamerstukken II* 1998/99, 26.630, nr.1, en 1999/00, 26.630, nr. 2; Bauw c.s. 1999, p. 9 e.v.; Faure & Hartlief, A & V 1999, p. 75 e.v., en dezelfden, NJB 1999, p. 2007 e.v. Het bewijsrecht wordt overigens als één van de juridische determinanten van dat fenomeen genoemd, zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26.630, nr. 1, p. 4-5, en Bauw c.s. 1999, p. 29.

12 Zie verder nog par. XIV.3.2.3.

13 Omdat het scheppen van een gevaar en het voorkomen ervan, niet helemaal gelijk te schakelen zijn, is het mijns inziens beter beide apart te benoemen. Het betreft hier overigens geen principiële kwestie.

zijn derhalve de verkeersaansprakelijkheid,[14] de werkgeversaansprakelijkheid, de productaansprakelijkheid en de milieu-aansprakelijkheid.

2.3 Slachtofferbescherming

De factor gevaarzetting staat, zo zagen wij net, in nauw verband met de soort schade. Dat er letselschade geleden is, lijkt ook een terugkerend element te zijn op de terreinen waar het tweede argument dat voor een omkering van het bewijsrisico pleit, dat van de *slachtofferbescherming*, opgeld doet.[15]

Dat de notie van slachtofferbescherming een argument is voor een verzwaarde aansprakelijkheid, welke bijvoorbeeld bereikt kan worden door middel van een bewijsrisico-omkering, is inmiddels gemeengoed.[16] Ook de Hoge Raad schroomt niet om daar nadrukkelijk op te wijzen.[17] Het slachtoffer, veelal een particulier, dient zoveel mogelijk beschermd te worden tegen nadeel (schade),[18] en als dat nadeel toch zijn intrede doet, dient het slachtoffer schadeloos gesteld te worden. Die schadeloosstelling is eerder te bereiken als de regels van bewijsrisicoverdeling ten gunste van de gelaedeerde aangepast worden.[19]

De terreinen waarop deze factor waarschijnlijk een rol speelt, zijn de verkeers-, de werkgevers- en de productaansprakelijkheid. Wellicht is ook de beroepsaansprakelijkheid hierbij in te delen, maar op dat terrein lijken andere factoren van groter belang te zijn.[20] Voor zover deze factor bij de beroepsaansprakelijkheid al een rol zou spelen,[21] zal die rol zich voornamelijk beperken tot de aansprakelijkheid van de arts voor beroepsfouten, niet zijnde informatieverzuimen.[22] Uit het

---

14 De preventie-gedachte zal daar echter een ondergeschikte rol spelen, zie par. V.5, noot 170, en Dewees c.s. 1996, p. 21.

15 Dat het soort schade van belang is, stipte ik reeds eerder aan, zie Giesen 1999, p. 146-147.

16 Zie bijvoorbeeld Hulst, Van Dunné-bundel 1997, vooral p. 194; Van Dunné, BW-krant 1993, met name p. 184; Stolker, NJB 1985, p. 842, in verband met de regeling van art. 6:166 BW, en in algemene zin bijvoorbeeld Bloembergen, Oratie 1965, p. 28; Van Dam 2000, nr. 2; Cane 1997, p. 50; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 435 e.v., en kritisch Barendrecht 1997, p. 178.

17 Zie op het gebied van de aansprakelijkheid van de werkgever bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV (De Schelde/Cijsouw II), en voor de verkeersaansprakelijkheid bijvoorbeeld HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO); HR 5 december 1997, NJ 1998, 401 (Interpolis Schade/Nuts); HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 nt. JH (Van Keulen/Trias II), waarin gesteld wordt dat een goede slachtofferbescherming van maatschappelijk belang is.

18 In zoverre speelt hierbij ook de preventiegedachte een rol, zie ook par. VI.5.

19 Zie Hulst, Van Dunné-bundel 1997, met name p. 188, 191, 192 en 194. Dat zal overigens veelal gepaard gaan met een 'verzwaring' van de zorgvuldigheidsnormen waaraan de laedens had moeten voldoen. Materieel recht en bewijsrisicoverdeling gaan hand in hand. Zie ook Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 436-437.

20 Zoals bijvoorbeeld het zelfbeschikkingsrecht, de verwezenlijking van de norm, gewekt vertrouwen en de deskundigheid, zie nader Giesen 1999, p. 138-140, en Asser, TvGR 1991, p. 68.

21 Uit het eerder verrichte onderzoek kwam dit argument niet echt naar voren. Wellicht speelt daarbij een rol dat duidelijk is dat de arts veelal ook in een weinig benijdenswaardige positie zit.

22 Over dat onderscheid Giesen 1999, p. 2, en kritisch daarover Asser, RM Themis 2000, p. 142.

voorgaande bleek immers al dat deze factor vooral van belang is voor die gevallen waarin er letselschade opgetreden is.

2.4 *Het 'Gefahrenbereich'*

De gedachte achter de leer van de bewijsrisicoverdeling naar '*Gefahrenbereich*' zoals die in Duitsland is ontwikkeld, kan mogelijk ook een argument leveren voor een verandering in de bewijsrisicoverdeling, hoewel die theorie niet als leidend beginsel voor de verdeling van het bewijsrisico aanvaard is. De gedachte is dat als een gedraging of activiteit zich geheel afspeelt in *het domein* van de laedens en hij als enige de mogelijkheid tot controle en beheersing van die activiteit heeft, deze die mogelijkheden dient te benutten om schade te voorkomen. Indien dat niet gebeurd is, is de laedens verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan.[23]

Dat de sanctie die gesteld wordt op het niet benutten van die mogelijkheden soms op het terrein van het bewijsrisico gezocht wordt, is verklaarbaar omdat de wederpartij - die immers geen controle en beheer kan uitoefenen - geen inzicht kan verkrijgen in het proces voorafgaande aan de handeling of de activiteit. Het domein van de laedens is wat dat betreft voor hem gesloten. Daaruit volgt dat de gelaedeerde veelal niet in staat zal zijn het bewijs te leveren. De bewijsvoering zou voor de laedens echter makkelijk(er) moeten zijn.[24] De gedaagde heeft immers het inzicht in, en daarmee ook de verantwoordelijkheid over, datgene dat zich binnen zijn 'domein' afspeelt.

Deze gedachte is voornamelijk van invloed op het terrein van de productaansprakelijkheid, en werkt, in Duitsland althans, via die vorm van aansprakelijkheid door op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid.[25] Daarnaast zou deze gedachte ook een rol kunnen spelen op het terrein van de misleidende reclame. Daar gaat het immers ook over (de uitvoering van) keuzes die binnen een bedrijf gemaakt worden en die van invloed zijn op de concurrent en de consument, terwijl die

---

23 Zie hierover nader par. XIII.2, met verdere literatuur, alsmede Stoll, AcP 1976, p. 196; Von Bar 1980, p. 294; Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 462; Möllers 1996, p. 133-134; Von Bar 1999, Rdn. 204. De notie van het 'Gefahrenbereich' lijkt overigens niet alleen samen te hangen met de mogelijkheid van controle en beheersing, maar ook in meer of mindere mate met preventie, gevaarzetting, de informatieverdeling tussen partijen en de bewijsmogelijkheden. Het eerste aspect lijkt echter het belangrijkste te zijn, vergelijk par. XIII.2, vandaar dat ik hier aan deze notie een aparte paragraaf heb gewijd. Bovendien zijn de overige aspecten mijn inziens belangrijk genoeg om een zelfstandige behandeling te rechtvaardigen.

24 Vergelijk Sieburgh 2000, p. 168; Fleming 1998, p. 351, en BGH NJW 1981, 1673, op p. 1674. Eenzelfde gedachte vinden we terug in HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440 nt. PAS (N./Tribulet), en de conclusie van A-G Bakels, sub 2.17, voor dat arrest, alsmede in HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665 nt. PAS (Z./De Tille), en de conclusie van A-G Asser voor dat arrest. In dezelfde lijn ligt ook HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger), r.o. 3.7.7. Deze factor hangt nauw samen met die van de 'bewijsmogelijkheden'. Hoe beide zich tot elkaar verhouden, komt hierna aan bod in par. 2.13.

25 Zie par. X.4.5 en par. X.6, en bijvoorbeeld Schmidt-Salzer, NJW 1994, p. 1308.

partijen dat proces niet kunnen overzien. Ook voor de verkeersaansprakelijkheid lijkt deze gedachte opgeld te kunnen doen. Welke handelingen de bestuurder van een motorvoertuig zal verrichten en in welke toestand hij (geestelijk of lichamelijk) verkeert op dat moment, is voor de buitenstaander (de aangereden bestuurder, voetganger of fietser) immers niet waar te nemen. Tot slot, ook de handelingen die de beroepsbeoefenaar verricht, spelen zich af in een voor de wederpartij ontoegankelijk 'domein'. Die wederpartij heeft immers weinig tot geen zicht op hoe de beroepsbeoefenaar nu eigenlijk werkt.[26]

2.5 De profijt-gedachte

Ook de *profijt-gedachte* kan, voor zover deze niet tot aanvaarding van een risico-aansprakelijkheid aanleiding geeft,[27] van belang zijn voor de verdeling van het bewijsrisico.[28] Deze gedachte komt in de kern hierop neer dat degene die de lusten (de winst) uit een activiteit ontvangt, ook de daarmee gepaard gaande lasten (de schade van derden) zou moeten dragen.[29] De gedachte is dus dat het niet zo mag zijn dat de één zich verrijkt ten koste van de ander. Als het materiële aansprakelijkheidsrecht die 'herverdeling' van de lasten niet kan bewerkstelligen, kan het nodig of wenselijk zijn de regels van bewijsrisico te gebruiken om die herverdeling wel te bereiken.[30]

Deze factor is vooral terug te vinden bij die aansprakelijkheden waarbij ondernemingen schade toebrengen, zoals bij de werkgeversaansprakelijkheid, de productaansprakelijkheid en de milieu-aansprakelijkheid. Als die ondernemingen in hun streven naar winst schade berokkenen, dienen ze die schade ook te dragen. Ook op het gebied van de verkeersaansprakelijkheid lijkt deze gedachte van belang te zijn. De bestuurder, of het collectief van bestuurders, profiteert van de voordelen van het gemotoriseerde verkeer. De aangeredene mag dan niet met de schade blijven

26 Zie Giesen 1988, Rdn. 1082 en 1088. Dat deze factor hier van belang zou kunnen zijn, is nog weinig onderkend. Ik ben daar zelf eerder ook aan voorbij gegaan (Giesen 1999, met name p. 138-140), omdat dit argument naar de huidige opvattingen een geringe rol speelt. Hetzelfde zou gezegd kunnen worden over de invloed van deze factor op de werkgeversaansprakelijkheid.

27 Dat die factor daarbij van invloed is, wordt in brede kring aanvaard, zie Scholten 1899, onder andere p. 18-19, 24, 133 e.v. en 142 e.v.; Schut 1963, p. 32-33; Klaassen 1991, p. 49, 66, 84, 125 en 142; Sieburgh 2000, p. 182; Honoré 1999, p. 9; Radé, D. 1998, Chron. 304; Koziol, MJ 1998, p. 121-122, en Kötz 1998, Rdn. 264, doch kritisch Cane 1997, p. 50. De profijt-gedachte speelt bijvoorbeeld ook bij de aansprakelijkheid voor hulppersonen, zie HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 nt. JH (B./W.).

28 Zie bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 115 en 119; Stoll, AcP 1976, p. 170; Larenz, FS Hauß 1978, p. 238; Von Bar 1980, p. 295; Kötz 1998, Rdn. 264.

29 Zie bijvoorbeeld Sieburgh 2000, p. 182; Hoekzema 2000, p. 44 en 47; Van Dam 2000, nr. 1101; Von Bar 1999, Rdn. 204; Cane 1999, p. 154-155; Keating 1999, p. 29, 38-39 en 61, en Honoré 1999, p. 79, 80 en 81, die op p. 8 stelt dat dit principe 'independent moral force' heeft. Wij zouden ook kunnen stellen dat degene die de lusten van een bepaalde activiteit naar zich toe trekt, ook moet trachten eventuele lasten (schade) te voorkomen.

30 Het kan hierbij overigens ook om het profijt van een 'collectief' gaan, zoals de bezitters van motorvoertuigen, zie par. V.5, en bijvoorbeeld Fleming 1998, p. 11.

zitten. Datzelfde geldt voor het terrein van de onrechtmatige mededelingen, en dan met name ten opzichte van een bepaald segment van de pers, de roddelpers, want zij verkopen hun 'product' ten koste van het (privé-)leven van anderen.[31]

2.6 De strekking van de norm

Dat de strekking van de norm van invloed is op de bewijsrisicoverdeling, zal ik hier niet uitwerken. Wij zullen nog zien dat deze factor, die vooral bij de werkgeversaansprakelijkheid naar voren kwam, opgaat in het hierna nog te behandelen argument van 'de verwezenlijking van de norm' en dat dat argument een andere rol vervult dan de overige factoren.[32]

2.7 De afhankelijkheidsrelatie tussen partijen

De afhankelijkheid van de ene partij ten opzichte van de ander kan waarschijnlijk ook van invloed zijn op de verdeling van het bewijsrisico.[33] Afhankelijkheid brengt 'ongelijkheid', in de zin van niet dezelfde feitelijke mogelijkheden hebben omdat de ander een machtspositie heeft, en het recht wil daarin een nivellerende functie vervullen, zo lijkt het. De afhankelijke partij wordt daarom tegemoet gekomen. Het bewijsrisico bij de 'machthebber' leggen, brengt de relatie tussen partijen meer in evenwicht.

Deze afhankelijkheid is met name aanwezig in arbeidsrelaties, want de werknemer is vrijwel geheel aangewezen op zijn werkgever voor wat betreft zijn inkomenspositie. Ook op het gebied van de beroepsaansprakelijkheid is de verhouding tussen de partijen 'scheef'. De afhankelijkheid schuilt in die gevallen hierin dat ofwel de beroepsbeoefenaar de enige is die bepaalde handelingen *mag* verrichten,[34] ofwel de enige is die, gezien de daarvoor vereiste deskundigheid, zulke handelingen *kan* verrichten. De patiënt of cliënt is immers een leek. Vandaar ook dat hij zich wendt tot de arts, de advocaat of de notaris.

---

31 Vandaar ook de in de lagere Nederlandse rechtspraak wel aanvaarde omkering van het bewijsrisico ten aanzien van de vraag of een uiting in de pers waar was.

32 Zie over dit alles hierna par. XIV.3 e.v., en voor een voorbeeld van een 'bewijsrisicoverdeling' waarbij de strekking een rol speelt, HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger).

33 Vergelijk Stoll, AcP 1976, p. 196; Betlem c.s. 1999, p. 73-74; Giesen 1999, p. 140, en HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.), r.o. 3.9. Ik doel hier niet op die vorm van afhankelijkheid die ingegeven wordt door de verdeling van de beschikbare informatie tussen de partijen. Dat laatste vormt een factor op zich, zie par. 2.10 hierna. De factor 'afhankelijkheid' zal overigens nauw aansluiten bij die van het 'Gefahrenbereich', alwaar de ene partij voor wat betreft de feiten die zich in het domein van de wederpartij afspelen, dezelfde afhankelijkheid kent. Die afhankelijkheid is echter niet zo alomvattend als de hier beschreven variant, vandaar dat ik beide apart behandel.

34 Denk aan het monopolie van de notaris in verband met het verlijden van akten en het procesmonopolie van de advocaat, zie Giesen 1999, p. 140.

2.8 *De verwezenlijking van de norm*

Het argument dat de verwezenlijking van de materiële norm mogelijk moet blijven, of, in andere woorden, dat het effect van de materiële norm verloren zou gaan indien de bestaande regels van bewijsrisicoverdeling gehandhaafd zouden blijven, is een factor die veel invloed heeft op de regels van bewijsrisico. Het argument komt hierop neer dat bij handhaving van de bestaande regels van bewijsrisicoverdeling, de materiële norm zal 'leeglopen', omdat een aansprakelijkstelling vrijwel nooit succesvol zal kunnen zijn daar de feiten die nodig zijn voor een geslaagde vordering, (vrijwel) nooit te bewijzen zullen zijn.[35] Een correctie is dan nodig.

Wij zagen reeds dat deze factor een rol speelt bij werkgevers-, product-, beroeps- en milieu-aansprakelijkheid, alsmede op de terreinen van de onrechtmatige mededelingen en de ongeoorloofde mededinging.[36] Dat deze factor een bredere 'impact' heeft, en uiteindelijke een wezenlijk andere rol vervult dan de andere argumenten, zullen we nog zien. Ik ga daar nu nog niet op in.[37]

2.9 *De grondrechtelijke dimensie*

Ook het privaatrecht is ondergeschikt aan normen van hogere orde zoals de grondrechten. Bij eventuele conflicten tussen wat de grondrechtelijke norm poogt te bewerkstelligen en wat het privaatrecht bepaalt, gaat de eerste in beginsel voor. De grondrechtelijke dimensie die aan bepaalde belangen verbonden is, dient bij de aansprakelijkheidsvraag verdisconteerd te worden. Daarbij kan van belang zijn dat geprobeerd moet worden om een inbreuk op een grondrecht te voorkomen of om een schending van een grondrecht te herstellen. De verdeling van het bewijsrisico kan hierbij een rol spelen.[38] Door een bepaalde bewijsrisico-omkering

35 Zie bijvoorbeeld Giesen 1999, p. 139.

36 Op dat laatste terrein pleit deze factor *tegen* een bewijsrisico-omkering voor zover het om ongeoorloofde mededinging gaat, en *voor* een bewijsrisico-omkering op het terrein van de misleidende reclame.

37 Zie par. XIV.3 e.v.

38 Zie bijvoorbeeld Giesen 1999, p. 138. De relatie tussen de grondrechten en het materiële privaatrecht, en tussen de grondrechten en de bewijsrisicoverdeling komt steeds meer, zeker in Duitsland, onder de aandacht. Zie uit de rechtspraak bijvoorbeeld BVerfG NJW 1979, 1925; BVerfG NJW 1980, 2070, en uit de literatuur met name Schlemmer-Schulte 1997; Reinhardt, NJW 1994, p. 93 e.v.; Huster, NJW 1995, p. 112-113; Vollkommer, FS Schwab 1990, p. 503 e.v.; Stürner, NJW 1979, p. 2334 e.v.; Von Bar, RabelsZ 1995, p. 203 e.v.; Von Bar 1996, Rdn. 553-599; Larenz/Wolf 1997, p. 106 e.v.; Canaris 1999, en verder bijvoorbeeld Giesen, AA 1996, p. 541; Verheij, RM Themis 1998, p. 342 e.v.; Mason, Fleming-bundel 1998, p. 13 e.v.; Bocken, TvP 1999, p. 567 e.v.; Smits, AA 1999, p. 808; Lord Irvine, Med.L.Rev. 1999, p. 261 e.v.; Nieuwenhuis, RM Themis 2000, p. 203, en HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya). Het grote belang van de grondrechten in Duitsland is wellicht terug te voeren op de recente geschiedenis van dat land, zie Wiarda 1999, p. 80, en Giesen, AA 1996, p. 541.

te aanvaarden kan bijvoorbeeld eerder een inbreuk op een grondrecht hersteld worden.

Deze grondrechtelijke dimensie lijkt op drie terreinen een belangrijke rol te spelen, namelijk bij de beroepsaansprakelijkheid, en dan met name bij de aansprakelijkheid van de arts voor informatieverzuimen,[39] bij misleidende reclame[40] en bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen.[41] Op dat laatste terrein lijkt de doorwerking van de grondrechten op het aansprakelijkheidsrecht in eerste instantie tegen een bewijsrisico-omkering te pleiten, maar we hebben al gezien dat die analyse niet zonder meer juist bleek te zijn.[42]

2.10 De informatieverdeling tussen partijen

Het argument dat de informatieverdeling tussen de partijen 'scheef' of ongelijk is,[43] lijkt op de eerder beschreven afhankelijkheidsrelatie van partijen, maar is mijns inziens niet helemaal daarmee gelijk te stellen.[44] Bij de afhankelijkheidsrelatie gaat het om een meer omvattende afhankelijkheid, in die zin dat de ene partij een machtspositie heeft ten opzichte van de andere. Wat hier van belang is, is dat de informatie die nodig is om het handelen van een ander te verifiëren, niet beschikbaar is. Daadwerkelijke aansprakelijkheid van die ander is in zo'n geval ver te zoeken, want een vordering met bewezen feiten staven, wordt dan heel lastig. Om die situatie te corrigeren en partijen gelijke kansen te geven, kunnen de regels van bewijsrisicoverdeling ingezet worden.[45] Men zal overigens voorzichtig moeten zijn met het toekennen van al te veel gewicht aan deze factor, want in het

---

39 De invloed van deze factor op de aansprakelijkheid van de advocaat en de notaris wegens een informatieverzuim, zou ik echter niet willen uitsluiten, zie Giesen 1999, p. 142-144. De grondrechtelijke dimensie speelt ook een rol bij 'wrongful birth'- en 'wrongful life'-vorderingen, zie Von Bar 1996, Rdn. 581-583; Verheij, RM Themis 1998, p. 346-347.

40 Zie met name par. XI.3.6, en HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark).

41 Zie bijvoorbeeld HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA), en Von Bar 1996, Rdn. 586-588 en 592-593.

42 Zie par. IX.5 en par. IX.6. Ook op het terrein van de misleidende reclame kan de (wettelijke) bewijsrisico-omkering door de beugel, zie HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark).

43 Het gaat hier om asymmetrie van informatie, zie Bergkamp, Oratie 1998, p. 133, noot 36.

44 Deze factor sluit ook aan bij de gedachte van het 'Gefahrenbereich', maar is daarmee niet geheel gelijk te stellen, want in het laatste geval gaat het er om dat de schadeoorzaak in het domein van de wederpartij gelegen is, terwijl dat domein ondoorzichtig is, terwijl het hier specifiek over de aanwezigheid van bepaalde informatie bij bepaalde partijen gaat.

45 Vergelijk bijvoorbeeld Gevers & Geers, NJB 1977, p. 955 en 956; Möllers 1996, p. 117; Bergkamp, Oratie 1998, p. 133, noot 36; Giesen 1999, p. 140; Cane 1999, p. 78; William, Eggleston-bundel 1982, p. 292 en 298; *Goodes* v. *East Sussex CC* [2000] 3 All ER 603, op p. 615, en HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 nt. JdB (C./M.), r.o. 3.4. Dit sluit ook aan bij de veel geuite wens om zoveel mogelijk tot de materiële waarheid te komen bij de feitenvaststelling door de civiele rechter, zie verder par. II.2, omdat de partij die de informatie kan verstrekken, gedwongen wordt deze ook daadwerkelijk te verstrekken.

aansprakelijkheidsrecht is het zeer regelmatig zo dat de ene partij feiten dient te bewijzen die zich hebben afgespeeld bij de ander.[46] Als dan steeds een bewijsrisico-omkering zou volgen, zou de hoofdregel tot uitzondering verworden.

Het opheffen van de informatie-achterstand speelt mijns inziens een rol bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen, en bij de aansprakelijkheid wegens misleidende reclame.

2.11 Het gewekte vertrouwen

Dat opgewekt (en gerechtvaardigd) vertrouwen gehonoreerd dient te worden, is een regelmatig terugkerende notie in het privaatrecht. Voor het aansprakelijkheidsrecht is dat niet anders. Als iemand een bepaald vertrouwen gewekt heeft en later blijkt dat hij zijn pretenties niet kan waarmaken, is er een situatie ontstaan die in principe tot aansprakelijkheid zou moeten kunnen leiden. Met vertrouwen komt immers ook een zekere verantwoordelijkheid. Als een dergelijk beschaamd vertrouwen onvoldoende te corrigeren is via het materiële recht, kan de bewijsrisico-verdeling inspringen.[47]

Dat beroepsbeoefenaren vertrouwen wekken, althans dat hun klanten vertrouwen in hen stellen,[48] en dat zij daarvoor in dienen te staan, wordt algemeen erkend. Dat is wellicht nog niet zo waar het gaat om misleidende reclame, maar ook daar is er mijns inziens sprake van opgewekt vertrouwen, en daarmee van een zekere verantwoordelijkheid voor het niet-beschamen van dat vertrouwen.

2.12 Bewijsnood?

De *enkele* bewijsnood van een procespartij lijkt geen voldoende reden voor een bewijsrisico-omkering te vormen. Dat is inmiddels vrij algemeen aanvaard.[49] Maar, zo wordt wel gezegd, dat laat onverlet dat de aanwezigheid van bewijsnood wel

---

46 Vergelijk McCormick 1992, p. 570.

47 Vergelijk Pohle, AcP 1955, p. 179; Stoll, AcP 1976, p. 196; Von Bar 1980, p. 296; Von Bar 1999, Rdn. 203 en 204; Jourdain, D. 1983, Chron. 142; Giesen 1999, p. 139-140, doch anders Möllers 1996, p. 129.

48 Zie bijvoorbeeld Jones, Med.L.Rev. 1999, p. 104. Dat het vertrouwen van de klant wellicht ongevraagd aan de beroepsbeoefenaar gegeven wordt, doet aan dit alles niet af, want dat vertrouwen is in wezen niets persoonlijks, maar vloeit voort uit de functie die de beroepsbeoefenaar vervult.

49 Zie reeds Diephuis 1885, p. 305-306; Asser 1990, p. 48; HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 (V./A.); HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld); mijn noot onder dat arrest in NTBR 1998, p. 87 e.v. op p. 91, met verdere verwijzingen; A-G Bakels in zijn conclusie, sub 2.23, voor HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade); Von Bar 1980, p. 281; Heinemann 1988, p. 172; Kemper 1992, p. 163; Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 31; Betlem c.s. 1999, p. 73; Schaafsma-Beversluis & Hammerstein, NJB 2000, p. 535. In schijnbaar andere zin echter *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 2.

een rol kan spelen bij de vraag of een bewijsrisico-omkering nodig of gewenst is.[50] Dat de bewijsnood van partijen op dat vlak inderdaad een rol speelt, is eigenlijk logisch, want de vraag of een bewijsrisico-omkering nodig of gewenst is, zal veelal pas opkomen indien één of beide partijen in bewijsnood verkeren. Als dat niet zo is, zal het bewijs gewoon geleverd worden.[51]

Wij raken hier een algemener punt, namelijk het gegeven dat de regels van bewijsrisicoverdeling niet aan bod komen voordat duidelijk is dat een feit niet bewezen of te bewijzen is. Er is derhalve altijd sprake van bewijsnood als de bewijsrisicoverdeling een rol blijkt te (gaan) spelen. Het bestaan van bewijsnood is dus een eerste voorwaarde waaraan voldaan dient te zijn voordat er zinvol over de introductie van een bewijsrisico-omkering nagedacht kan gaan worden. Daarmee is tevens duidelijk geworden dat bewijsnood geen factor kan zijn bij beantwoording van de vraag of een bewijsrisico-omkering nodig of gewenst is. Als 'factor' heeft de bewijsnood op dat moment immers geen enkel onderscheidend vermogen meer.[52]

2.13 De (feitelijke) bewijsmogelijkheden (?)

Nauw verbonden met de bewijsnood van partijen, is de factor 'bewijsmogelijkheden'. Deze bestaat mijns inziens in twee varianten. De eerste heeft betrekking op de vraag wie *feitelijk* in staat is het bewijs te leveren. De tweede variant ziet op de vraag wie geacht moet worden de (betere) bewijsmogelijkheden te hebben. Het gaat dan om een *normatief* gezichtspunt.[53] De vraag luidt in dat geval wie de controle over de schadeveroorzakende gebeurtenis had of kon hebben gehad en derhalve (achteraf) opheldering zou moeten kunnen verschaffen. Die normatieve variant onderscheidt zich niet wezenlijk van de 'Gefahrenbereich'-leer, zodat ik daar niet opnieuw op hoef in te gaan.

De feitelijke variant van dit argument (wie is feitelijk het beste in staat het bewijs te leveren) heeft voor de bewijs*risico*verdeling naar mijn mening geen zeggingskracht,[54] omdat een *non liquet* alleen intreedt indien het bewijs niet

---

50 Zie de conclusie van Asser (nr. 2.3) voor HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S/B.S), en voor HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 (V./A.), nr. 2.6; BGH VersR 1986, 1121, op p. 1123, alsmede hierna par. XIV.3.2.2.

51 Dit is uiteraard anders als pas gaandeweg de procedure duidelijk wordt dat de 'bewijsplichtige' partij niet zal slagen in haar bewijsvoering, maar het hierna betoogde geldt ook voor die situatie.

52 Ook de situatie dat een der partijen de feitenvaststelling belemmert, blijft hier buiten beschouwing. Dit soort gevallen staat teveel op zichzelf om te kunnen dienen als leidraad voor algemene regels. Immers, zo'n situatie kan in elke procedure ontstaan, maar ook in geen enkele. Dat is geheel afhankelijk van het gedrag van een der partijen. Als basis voor meer algemene regels of gezichtspunten, biedt dit te weinig houvast.

53 Men zou daarvoor de term 'meest gerede partij' (vergelijk Betlem c.s. 1999, p. 73) kunnen reserveren.

54 In hoeverre de feitelijke bewijsmogelijkheden op een eerder moment in de procedure, namelijk voordat het *non liquet* gerezen is, wel een rol kunnen spelen, komt in par. XIV.3.5.4 nog aan bod. Zie voor nu slechts Maassen 1975, p. 15, 69, 82 en 154. Daaruit volgt ook de verklaring waarom in HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger) wel belang

geleverd kon worden. Op dat moment is ook duidelijk dat, hoewel het er wellicht alle schijn van had dat er betere bewijsmogelijkheden aanwezig waren voor een van de partijen, die schijn onjuist was. Het bewijs kon immers niet geleverd worden. Die betere bewijsmogelijkheden bleken derhalve (feitelijk) niet te bestaan. Daaruit volgt dan ook dat die notie geen rol meer kan spelen bij de vraag naar de uiteindelijke bewijsrisicoverdeling.[55]

Die conclusie vloeit overigens ook hieruit voort dat de notie van de feitelijke bewijsmogelijkheden eigenlijk niet meer is dan de keerzijde van de notie van bewijsnood, waarvan zojuist gebleken is dat die voor de uiteindelijke bewijsrisicoverdeling niet relevant is. Als één partij in bewijsnood verkeert, heeft de andere partij immers vrijwel steeds de betere feitelijke bewijsmogelijkheden.

2.14 Waarschijnlijkheid?

Dat de waarschijnlijkheid van de stelling die bewezen moet worden, niet van invloed is op de bewijs*risico*verdeling, komt hierna nog uitvoerig aan bod.[56] Hier volstaat de opmerking dat op het moment dat het bewijsrisico van het grootste belang is, namelijk indien er een *non liquet* gerezen is, deze factor niets bijdraagt aan de beantwoording van de vraag naar die verdeling, omdat er in zo'n geval geen overwegende waarschijnlijkheid voor of tegen dat feit bestaat. Als die overwegende waarschijnlijkheid er namelijk wel zou zijn, zou er geen *non liquet* zijn gerezen en zou de bewijsrisicoverdeling niet beslissend zijn, omdat het geschilpunt dan via de bewijswaardering opgelost zou kunnen (en moeten) worden.[57]

2.15 Verzekering?

De notie dat de gedaagde verzekerd was of zou moeten zijn, met als gevolg dat de (verzwaarde) aansprakelijkheidslast draagbaar zou (moeten) zijn, is in het voorgaande her en der naar voren gekomen.[58] Het lijkt echter niet direct mogelijk voor de rechter[59] om die gedachte te gebruiken als argument voor een eventuele bewijsrisico-omkering. De reden daarvoor is dat volgens de heersende leer het

---

werd gehecht aan de moeilijke bewijspositie waarin de Ontvanger zou verkeren.

55 Zie ook Kemper 1992, p. 83-84, die dit argument afwijst in verband met de rechtsonzekerheid die daaruit voortvloeit; Lagarde 1994, no 145, met name p. 233-234; Hof Den Haag 29 mei 1941, NJ 1941, 846 (Felix/Dogcakesfabriek); Diephuis 1885, p. 305-306. Anders: Murphy 1997, p. 96; Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 293.

56 Zie par. XIII.3.2.

57 Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 463. In hoeverre de waarschijnlijkheid op een eerder moment in de procedure, voordat het *non liquet* gerezen is, wel een rol kan spelen, komt in par. XIV.3.5.3 nog aan bod. Zie voor nu slechts Maassen 1975, p. 126.

58 Zie bijvoorbeeld par. V.5 en par. VII.6.

59 Voor de wetgever gelden hier andere overwegingen dan de navolgende, zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 22-25.

bestaan van een verzekering geen aansprakelijkheid schept,[60] zodat in het feit dat er verzekeringsdekking bestond, geen voldoende rechtvaardiging voor het aannemen van aansprakelijkheid gelegen kan zijn. Uit het feit dat verzekering geen aansprakelijkheid schept, lijkt dan tevens voort te vloeien dat het bestaan van verzekeringsdekking geen *verzwaarde* aansprakelijkheid kan scheppen,[61] zodat ook een bewijsrisico-omkering, die immers tot een dergelijke verzwaring van aansprakelijkheid leidt, niet langs die weg gerechtvaardigd lijkt te kunnen worden.[62]

2.16 Een rangorde?

Of er wellicht een rangorde tussen de voor de bewijsrisicoverdeling relevante factoren bestaat, in die zin dat de ene factor meer gewicht in de schaal legt dan een ander, is vooralsnog niet erg duidelijk. Ik ga er voorlopig vanuit dat zulks niet het geval is, omdat het niet direct mogelijk lijkt om aan bepaalde normatieve gezichtspunten bij voorbaat en in abstracto meer gewicht toe te kennen dan aan andere.[63] Het is echter wel waarschijnlijk dat degene die een bewijsrisico-omkering wil bewerkstelligen, sterker zal staan als hij zich op meerdere factoren kan beroepen. Dat vloeit eigenlijk als vanzelf uit het voorgaande voort, want we hebben al gezien dat op de meeste terreinen waarop zich een bewijsrisico-omkering voordoet, meerdere factoren een rol spelen.

---

60 Zie Sieburgh 2000, p. 227-230; Hartlief/Tjittes 1999, p. 22-23; Schut 1997, p. 8; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 24. Minder stellig: Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 10. Anders: Spier/Bolt 1996, p. 381-382. Zie ook Von Bar 1999, Rdn. 182-183, die aangeeft dat in de praktijk het verzekeringsargument wel meespeelt. Aan het principiële punt dat de aanwezigheid van verzekeringsdekking mijns inziens geen aansprakelijkheid schept, noch zou mogen scheppen, doet dat gegeven echter niet af.

61 Let wel, het gaat hier niet om de omvang van de aansprakelijkheid, welke wel beïnvloed wordt door de vraag of de dader verzekerd was, zie bijvoorbeeld Schut 1997, p. 8; Spier c.s. 1997 (Spier), nr. 10; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 25, en ten aanzien van de eigen schuld-vraag HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertsema/HTM), r.o. 6. Het gaat hier enkel om de vraag naar de vestiging van aansprakelijkheid. Ten aanzien van de verjaring van asbestclaims speelt de vraag of de gedaagde nog verzekeringsdekking heeft, ook een rol, zie HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde), r.o. 3.3.3.

62 In hoeverre het bestaan van een verzekering daadwerkelijk buiten beschouwing wordt gelaten door de rechter, is moeilijk te beoordelen, mede omdat de rechter daaraan niet altijd refereert als dat zou gebeuren. Het voorgaande vormt derhalve allerminst een wet van Meden en Perzen. Gezien deze onduidelijkheden ben ik hier van de heersende leer uitgegaan. Wat wel duidelijk is, is dat een eventuele bewijsrisico-omkering van invloed kan zijn op de verzekerbaarheid van de betreffende aansprakelijkheid. Ik ga daar later kort op in, zie par. XIV.3.2.5.

63 Zo ook Schuster 1975, p. 121. De factor dat de verwezenlijking van de materiële norm niet meer mogelijk is, zal belangrijker blijken dan de overige factoren, zie par. XIV.3, maar dat verandert niets aan deze stelling omdat aldaar ook zal blijken dat die factor niet op hetzelfde vlak te plaatsen is als de overige factoren, zodat deze eigenlijk niet in het rijtje thuis hoort.

3 Afronding van Deel 2

De bewijsrisicoverdeling is afgebakend ten opzichte van het overige proces- en bewijsrecht, de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is beschreven en uit het geldende aansprakelijkheidsrecht zijn de bouwstenen voor potentiële bewijsrisico-omkeringen naar voren gekomen. Het wordt tijd om te bezien of er in de bestaande theorievorming aanwijzingen te vinden zijn voor de vraag onder welke voorwaarden een bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht aanvaard zou kunnen worden, en of er voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling een theoretisch model ontwikkeld kan worden. Dat gebeurt in Deel 3.

DEEL 3

DE THEORIEVORMING

Theorievorming over de bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een aantal van de in het verleden verdedigde theorieën over de bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht besproken worden. Ik pretendeer derhalve niet alle bestaande theorieën op dat vlak uitputtend te (kunnen) behandelen.[1] Het gaat er hier om de mijns inziens belangrijkste daarvan kort uiteen te zetten en aan te geven of deze navolging verdienen. Voor zover dat niet het geval zou zijn, bekijk ik nog of ze niet bepaalde elementen bevatten die wel waardevol zouden kunnen zijn voor de verdere theorievorming ten aanzien van de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Achtereenvolgens zal ik ingaan op de theorie van de bewijsrisicoverdeling 'nach Gefahrenbereich' van Prölls (par. 2), op de ideeën van Reinecke en op de bewijsrisicoverdeling naar waarschijnlijkheid (par. 3), en op de theorieën van Wahrendorf (par. 4), Lepa (par. 5) en Asser (par. 6). Een conclusie (par. 7) sluit dit hoofdstuk af.

2 'Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich'

Eén van de belangrijkste ontwikkelingen op het terrein van de bewijsrisicoverdeling betreft de opkomst van de theorie van de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich'. Deze theorie, die vooral door Prölls verdedigd is,[2] stelt dat de bewijsrisicoverdeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht afhankelijk is van het antwoord op de vraag *in wiens domein* de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden. Daarbij wordt het begrip 'domein', het 'Gefahrenbereich', door Prölls gedefinieerd als het 'feitelijk beheersbare levensbereik'.[3]

---

1 Zie verder Baumgärtel 1996, Rdn. 156-168, en Heinrich 1996, p. 59 e.v. De hierna te noemen theorieën zien overigens niet allemaal specifiek of alleen op het aansprakelijkheidsrecht. Wel zijn alle naar mijn mening in beginsel geschikt om toegepast te worden op het aansprakelijkheidsrecht.

2 Prölls 1966, alsmede Prölls, VersR 1964, p. 901 e.v. Zie voor een weergave van deze leer ook Musielak 1975, p. 165 e.v.; Schuster 1975, p. 66 e.v.; Musielak, AcP 1976, p. 465 e.v.; Larenz, FS Hauß 1978, p. 225 e.v.; Larenz 1987, p. 373 e.v.; Prütting 1983, p. 213 e.v.; Gmehling 1989, p. 87 e.v.; Heinrich 1996, p. 70 e.v.

3 Prölls 1966, p. 83.

Degene die in staat geacht wordt een bepaald domein onder controle te hebben en te overzien, dient ook het bewijsrisico te dragen als de gebeurtenis die tot de schade leidde, plaatsvond binnen dat domein. Die partij zal dan immers ook in staat (moeten) zijn de nodige informatie die tot bewijs kan dienen, te verzamelen en presenteren. Zij heeft de betere bewijsmogelijkheden en kan het feitelijke verloop van de gebeurtenis ophelderen. Bovendien kan die partij preventieve maatregelen nemen.[4] De wederpartij, die buiten dat domein staat en geen inzicht heeft, noch kan hebben, over wat zich in dat domein afspeelt, kan het bewijs niet verzamelen. Voor die partij is er sprake van bewijsnood.[5] Bovendien, zo stelt Prölls, zou de eiser feitelijk 'rechtlos' blijven als deze bewijsrisico-omkering niet aanvaard zou worden.[6] De gedaagde is derhalve 'näher daran' om de gevolgen van het niet kunnen achterhalen van het feitelijke gebeuren, dat zich binnen zijn domein afspeelde, te dragen.[7] Die gevolgen worden dus aan hem toegerekend.

De voorwaarde voor aanname van een bewijsrisico-omkering[8] is dat vast komt te staan dat de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvond binnen het domein van de gedaagde. Dat dient de eiser derhalve eerst aan te tonen.[9] Slaagt deze daarin, dan wordt het bewijsrisico niet alleen ten aanzien van de 'Pflichtwidrigkeit' en het 'Verschulden', maar ook ten aanzien van het causale verband omgekeerd.[10] Eigenlijk gaat het hier dus om een *driedubbele* omkering van het bewijsrisico.

Deze theorie leek in eerste instantie op vrij grote schaal geaccepteerd te worden. Zo werd en wordt deze gedachte, voor zover het om het 'Verschulden' gaat, toegepast bij de bewijsrisicoverdeling ten aanzien van de niet-nakoming van verbintenissen uit bepaalde overeenkomsten.[11] Het Bundesgerichtshof paste deze theorie verder toe op de producent van een gebrekkig product. Deze zou (in elk geval) moeten bewijzen dat hem geen 'Verschulden' tegengeworpen kan worden.[12] Ook op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid leek een zekere doorbraak van deze theorie waarneembaar, nu het Bundesgerichtshof op dat terrein aansluiting

4 Prölls 1966, p. 75-76. Vergelijk ook Stoll, AcP 1976, p. 155.
5 Zie Prölls 1966, p. 75 e.v.
6 Prölls 1966, p. 75.
7 Zie Prölls 1966, p. 72, en Larenz 1987, p. 374.
8 Dit is een 'echte' bewijsrisico-omkering, zie Larenz 1987, p. 374; Larenz, FS Hauß 1978, p. 226.
9 Prölls 1966, p. 82; Larenz 1987, p. 374. Hierbij kan een beroep op 'Anscheinsbeweis' gedaan worden, zie Prölls, VersR 1964, p. 903, hoewel de rechter in principe zelf zal bepalen wat in welk domein plaatsvond.
10 Zie Prölls 1966, p. 67 e.v. en p. 79, hoewel deze niet expliciet is ten aanzien van het causaliteitsvereiste, en zeer expliciet Larenz 1987, p. 375. Zie hierover ook Heinemann 1988, p. 32, alsmede Stoll, FS Von Hippel 1967, p. 522, en Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 11, en de literatuur genoemd in noot 19 en 22, die deze opvatting verwerpen.
11 Zie bijvoorbeeld RGZ 148, 148, op p. 150; BGH VersR 1958, 441; BGH VersR 1966, 344, op p. 345, en verder Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 58; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 86a; Prölls 1966, p. 65 e.v.; Musielak, AcP 1976, p. 466 e.v.; Stoll, AcP 1976, p. 154; Heinemann 1988, p. 25 e.v. Het gaat hierbij om toepassing van § 282 BGB, aldus Larenz 1987, p. 373-374; Musielak, AcP 1976, p. 471 e.v., en Baumgärtel/Strieder 1991, § 282, Rdn. 3.
12 Zie BGHZ 51, 91, op p. 105, en daarover nader par. VII.4.5.

zocht bij de bewijsrisicoverdeling in productaansprakelijkheidszaken, en daarmee indirect aansloot bij de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich'.[13]

Deze theorie heeft naast bijval,[14] ook in Nederland,[15] tevens de nodige kritiek ondervonden.[16] Het begrip 'Gefahrenbereich' zou te onbepaald zijn om als afgrenzing voor de bewijsrisicoverdelingsvraag te kunnen dienen.[17] Bovendien zou het gebruik van één criterium tot starheid leiden.[18] Daaraan zou nog toegevoegd kunnen worden dat een driedubbele bewijsrisico-omkering wel erg ver lijkt te gaan.

Musielak meent dan ook dat de bewijsrisico-omkering beperkt is tot het 'Verschulden'.[19] Ten aanzien van dat 'Verschulden' leidt de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' echter niet tot andere resultaten dan de toepassing van § 282 BGB met zich zou brengen, zodat deze leer op dat terrein zijns inziens niets toevoegt.[20] De bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' kan volgens Musielak ten aanzien van de causaliteit niet tot een bewijsrisico-omkering leiden, omdat het juist een voorwaarde voor toepassing van die leer is dat vaststaat dat de oorzaak in het 'Gefahrenbereich' van de gedaagde lag. Daaruit volgt dat de causaliteit al bewezen moet zijn alvorens de theorie toegepast kan worden.[21] Schwab meent dat de gedachte van het 'Gefahrenbereich' beperkt dient te blijven tot de causaliteit en het 'Verschulden'. De bewijsrisico-omkering ook uitstrekken tot de 'Pflichtwidrig-

13 Zie BGHZ 92, 143, op p. 150-151, en daarover nader par. X.4.5. Zie voor een pleidooi voor een ruim toepassingsbereik (ook bij delictuele aanspraken in het algemeen), Prölls 1966, p. 78 e.v., en Larenz 1987, p. 375-376. Daarbij stelt Larenz wel als voorwaarde dat het betreffende geval er een van echte bewijsnood is. Daartegen: Stoll, FS Von Hippel 1967, p. 556-557, en Musielak, AcP 1976, p. 484. In zekere zin speelt deze theorie ook mee bij de medische aansprakelijkheid en wel via het concept van de 'voll beherschbare Risiken'. Zie Stoll, AcP 1976, p. 157; Odersky, NJW 1989, p. 4-5, en over dat concept, Giesen 1999, p. 132.

14 Zoals bijvoorbeeld van Schuster 1975, p. 122 en 154, die dit overigens combineert met de gedachte van bewijsrisicoverdeling op basis van een aantal principes, waarover par. 4. Voor een overzicht, zie Heinemann 1988, p. 28.

15 Zie Dommering-van Rongen, NTBR 1998, p. 153; Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 895; Chao-Duivis, Adv.bl. 1993, p. 341; Schoordijk, Verspreid werk 1991, p. 162-163; Stein, Jonge Baliebundel 1988, p. 53, en dezelfde, NJB 1988, p. 389, en NJB 1988, p. 875; Tjittes, NJB 1988, p. 1129, en de conclusie van Bakels voor HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), nr. 2.23. Vergelijk ook Sieburgh 2000, p. 168. Voor het bestuursrecht in deze zin, Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 315 e.v., en Simon, JBplus 1999, p. 31 en 33.

16 Zie naast de hierna te noemen kritiek ook nog de kanttekeningen van Prütting 1983, p. 224 e.v.

17 Stoll, FS Von Hippel 1967, p. 521; Schuster 1975, p. 67; Schwab, FS Bruns 1978, p. 515; Prütting 1983, p. 217-220; Heinemann 1988, p. 28-32; Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 12; Heinrich 1996, p. 73.

18 Vergelijk hierover Prütting 1983, p. 227, en Baumgärtel 1996, Rdn. 163. Dat laatste argument is nogal flauw, want ten opzichte van de nog te bespreken multi-factor-benaderingen wordt dan weer gezegd dat zulks tot teveel versnippering leidt. Vergelijk Schwab, FS Bruns 1978, p. 511.

19 Musielak, AcP 1976, p. 465 e.v., met name p. 484; Prütting 1983, p. 221. Zie ook Baumgärtel 1991, Anh. § 282, Rdn. 1, na een analyse van de rechtspraak.

20 Musielak 1975, p. 172 en 178, en Musielak, AcP 1976, p. 471-473; Prütting 1983, p. 220-221. Musielak ziet de 'Gefahrenbereich'-leer dan ook meer als een verklaring voor de regel van § 282 BGB, zie Musielak 1975, p. 179, en Musielak, AcP 1976, p. 482.

21 Dat de oorzaak binnen het domein van de gedaagde gelegen was, is makkelijker te bewijzen dan het verband tussen handelen en schade, en kan eventueel via de leer van het 'Anscheinsbeweis' vastgesteld worden. Zie Musielak 1975, p. 174-175, en Musielak, AcP 1976, p. 477-480 en 482.

keit' zou neerkomen op het creëren van een risico-aansprakelijkheid waartegen alleen een overmachtsverweer zou kunnen baten, hetgeen te ver zou gaan.[22]

Wellicht als gevolg van deze kritiek is de aanvaarding van de theorie van de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' beperkt gebleven tot de eerder genoemde terreinen.[23] Een hierop gebaseerde *algemene* leer ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling voor het terrein van het aansprakelijkheidsrecht is nooit van de grond gekomen.[24] Een ruimere acceptatie van deze leer zou ook naar mijn mening te ver gaan, omdat het waarschijnlijk in veel gevallen mogelijk zal zijn om te zeggen dat de schadeveroorzakende gebeurtenis uit 'het domein' van de gedaagde stamde, zodat deze vrijwel altijd het bewijsrisico zou dragen.

Hieruit volgt echter niet dat de 'Gefahrenbereich'-leer voor de verdere theorievorming geen enkele waarde zou hebben. Mijns inziens bevat ze een aantal positief te waarderen elementen die de verdere gedachtevorming nader zouden kunnen sturen. Wat ik met name van belang acht uit deze theorie, is dat de gedachte van het 'Gefahrenbereich' in bepaalde gevallen één van de factoren zou kunnen zijn die bij de bewijsrisicoverdeling een rol speelt.[25] Dat geldt te meer als de eiser anders feitelijk 'rechtlos' achterblijft omdat hij nooit het bewijs zal kunnen leveren.[26] Bovendien is van belang dat in deze leer erkend wordt dat de verdeling van het bewijsrisico een vraag van toerekening betreft.[27]

3 Reinecke en de rechtspolitiek: waarschijnlijkheid[28]

3.1 De leer van Reinecke

Reinecke's uitgangspunt is dat de rechter veel vrijheid heeft bij de verdeling van het bewijsrisico. Daarnaast dient volgens hem erkend te worden dat diverse

22 Schwab, FS Bruns 1978, p. 514-516. Tot afwijzing van de gedachte dat de bewijsrisico-omkering zich uitstrekt tot de 'Pflichtwidrigkeit' komen ook Musielak, AcP 1976, p. 474, en Prütting 1983, p. 221. Zie voor een overzicht van de kritiek, Gmehling 1989, p. 90-102, en Heinrich 1996, p. 74-75.

23 Op het terrein van bijvoorbeeld de contractuele aansprakelijkheid van de arts is de leer nooit in algemene zin toegepast, zie Heinemann 1988, p. 30-31.

24 Reinecke 1976, p. 72-73; Schwab, FS Bruns 1978, p. 516; Prütting 1983, p. 226-227 en 230; Gmehling 1989, p. 103; Belling & Riesenhuber, ZZP 1995, p. 462; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 34; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 50; Heinrich 1996, p. 83.

25 Zo ook Musielak 1975, p. 182; Reinecke 1976, p. 50-51; Schwab, FS Bruns 1978, p. 516 en 518; Prütting 1983, p. 229; Heinemann 1988, p. 32; Gmehling 1989, p. 103; Heinrich 1996, p. 81-82; Baumgärtel 1996, Rdn. 163; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 50; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 34. Ik ga in par. 3 en 4 nader op deze factor-benadering in.

26 Zie Prölls 1966, p. 75. In die zin ook Baumgärtel 1996, Rdn. 163, en Schuster 1975, p. 73.

27 Zie speciaal Prölls, VersR 1964, p. 903. Vergelijk ook Heinrich 1996, p. 83.

28 Het werk van Reinecke is toegespitst op het arbeidsrecht en dus niet op het aansprakelijkheidsrecht, maar hij heeft gekozen voor het arbeidsrecht omdat er op dat terrein veel rechtersrecht bestaat en zijn gedachten vooral dan van belang zijn (Reinecke 1976, p. 17). Nu hetzelfde geldt voor het aansprakelijkheidsrecht, meen ik dat behandeling in dit hoofdstuk gewettigd is.

rechtspolitieke factoren (normatieve overwegingen) bepalend zijn voor de bewijsrisicoverdeling.[29] Zijn leer komt in essentie verder hierop neer.

Als het bewijsrisico niet door een uitdrukkelijke 'Beweislastnorm'[30] of door een uitdrukkelijke wettelijke bepaling geregeld is, is in principe de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling van toepassing,[31] maar deze hoofdregel heeft volgens Reinecke slechts beperkte normatieve gelding.[32] Steeds indien er 'vernünftiger sachliche Gründe' aanwezig zijn, zou een bewijsrisico-omkering aanvaard mogen worden.[33] Het gaat daarbij overigens niet om bewijsrisico-omkeringen op basis van de concrete omstandigheden van het geval, maar om nieuwe abstracte regels, nieuwe bijzondere 'Beweislastnormen'.[34]

Of zulke 'sachliche Gründe' gegeven zijn, is afhankelijk van de uitkomst van een kwalitatieve en kwantitatieve afweging van de negatieve effecten van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. Bij de kwantitatieve afweging speelt met name een rol of het te bewijzen feit over het algemeen vaker wel of vaker niet gegeven zal zijn (abstracte waarschijnlijkheid).[35] Verder is van belang of de bewijsvoering de ene partij zwaarder zal vallen dan de andere partij, bijvoorbeeld omdat het feit zich in het domein van de ander afspeelde.[36] De kwalitatieve afweging sluit daarbij aan. De vraag luidt dan of één der partijen harder getroffen wordt dan de andere doordat zij haar materiële rechten in verband met de verdeling van het bewijsrisico niet kan verwezenlijken. Deze vraag heeft volgens Reinecke vooralsnog te weinig aandacht gekregen. Tot slot dient men zich af te vragen of men het wel of niet intreden van een rechtsgevolg (mede) door de verdeling van het bewijsrisico bevorderen wil. Daarmee wordt de bewijsrisicoverdeling definitief in een rechtspolitiek kader getrokken. Verder wijst Reinecke er nog op dat steeds al deze criteria gewogen dienen te worden. De rechter mag zich er niet makkelijk van afmaken door slechts aan één of twee ervan te toetsen.[37]

Leipold heeft er op gewezen dat het nog maar de vraag is of het steeds mogelijk is op deze wijze de argumenten op te sporen die de bewijsrisicoverdeling bepalen. Nu de theorie van Rosenberg niet gevolgd wordt, zijn die argumenten

29 Reinecke 1976, p. 16. Zie ook de bespreking van Leipold in AcP 1979, p. 502 e.v., op p. 504, Gmehling 1989, p. 69 e.v., en Heinrich 1996, p. 65-66.

30 Zie over dit begrip, dat in Duitsland geïntroduceerd werd om de problemen die de rechter treffen als hij een *non liquet* aan de hand heeft, te overwinnen, par. III.2.3. Reinecke wijst de theorie van Rosenberg af omdat die theorie die problemen niet oplost.

31 Zie over die hoofdregel par. III.2.3.

32 Kritisch ten opzichte van dit laatste punt zijn Leipold, AcP 1979, p. 503, en Prütting 1983, p. 199.

33 Reinecke 1976, p. 84.

34 Reinecke 1976, p. 88-89.

35 Het gaat derhalve om de waarschijnlijkheid dat zich een feit zal voordoen. Zie daarover nader par. III.2.2, en met name hierna par. 3.2.

36 Het gaat derhalve om het criterium van de bewijsmogelijkheden, waarover al par. III.2.2.

37 Zie over dit alles Reinecke 1976, p. 88. Door die laatste opmerking (alle criteria spelen mee) wordt duidelijk dat Reinecke net als Wahrendorf (par. 4) met meerdere principes of criteria werkt.

echter wel steeds nodig om het vacuüm dat achterblijft, te vullen.[38] Schwab meent dat Reinecke teveel afbreuk doet aan het beginsel van de binding van de rechter aan de wet, door te snel de mogelijkheid te openen om een bewijsrisico-omkering aan te nemen.[39] In deze zin uit zich ook Musielak, die aangeeft dat ook de bewijsrisicoverdeling uiteindelijk aan rechtsnormen gebonden is.[40]

3.2 *Een uitstapje aan de hand van de opvatting van Reinecke: de (on)houdbaarheid van waarschijnlijkheidstheorieën*

Daarnaast wordt er in de kritiek op de opvatting van Reinecke op gewezen dat deze ten onrechte aansluiting zoekt bij de notie van de waarschijnlijkheid van een feit.[41] De bezwaren daartegen zijn, indien steekhoudend, te veralgemeniseren en gelden dan tegen elke theorie die de bewijsrisicoverdeling wil regelen aan de hand van waarschijnlijkheidsmaatstaven.[42] Er bestaan derhalve voldoende redenen om te onderzoeken of die kritiek terecht is.

Volgens Reinecke is het bewijsrisico in de meeste gevallen zo verdeeld dat de versie van een gebeurtenis die in *abstracto* het minst waarschijnlijk is, bewezen moet worden door de partij die zich op deze minst waarschijnlijke versie beroept.[43] Anderen stellen dat degene die zich op een versie van een bepaald gebeuren beroept die in *concreto* het minst waarschijnlijk is, het bewijsrisico draagt.[44]

Beide varianten hebben de nodige kritiek ondervonden. Ten aanzien van de tweede variant, de 'bewijslastverdeling' naar concrete waarschijnlijkheid, wordt aangevoerd dat deze ten onrechte de bewijswaardering en de bewijsrisicoverdeling op één hoop gooit.[45] Dat is mijns inziens juist. Of een feit tot op zekere hoogte waarschijnlijk is of juist niet, zou niet van invloed mogen zijn op de bewijsrisicoverdeling. Immers, de bewijsrisicoverdeling speelt naar haar aard pas een rol, en

38 Zie hierover Leipold, AcP 1979, p. 503.

39 Zie Schwab, FS Bruns 1978, p. 510, alsmede Gmehling 1989, p. 72. Schwab geeft overigens toe dat ook bij de bewijsrisicoverdeling interpretatie nodig is. Kritisch ten aanzien van de uitgangspunten van Reinecke is ook Prütting 1983, p. 199 e.v.

40 Musielak, ZZP 1987, p. 388.

41 Zie hierna noot 45.

42 In Nederland is zulks, als correctie op de hoofdregel, verdedigd door Chao-Duivis, Adv.bl. 1993, p. 339-340. Voor het Anglo-Saksische recht, zie Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 277.

43 Daarover al par. 3.1 hiervoor.

44 Zo met name Kegel, FS Kronstein 1967, p. 321 e.v., en Motsch 1983, vooral p. 92. Voor andere voorbeelden, zie Heinrich 1996, p. 69. Ik wijs er nog op dat er in deze opvattingen geen proportionele aansprakelijkheid, afhankelijk van de mate van waarschijnlijkheid, aanvaard wordt. Als niet aan het bewijsrisico voldaan wordt, volgt een volledige toe- of afwijzing.

45 Zo ook onder andere Musielak 1975, p. 291, die de waarschijnlijkheid een plek geeft bij een (eventuele) verlaging van de bewijsmaatstaf, waarover par. II.4.3, en verder Maassen 1975, p. 82; Schwab, FS Bruns 1978, p. 513-514; Prütting 1983, p. 86, 190 en 211 (die aldaar Musielak's opvatting volgt); Gmehling 1989, p. 69; Heinrich 1996, p. 70 en 82; Baumgärtel 1996, no. 161; Zöller/Greger 1999, Vor. § 284, Rdn. 17. Zie ook nog Post 1893, p. 91; Grünebaum 1904, p. 147, 155 en 158; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 653 e.v.; Koopman 1996, p. 78, alsmede par. III.2.2.

kan pas een rol gaan spelen, als er een *non liquet* voorligt, als de te bewijzen feiten niet zijn komen vast te staan, met andere woorden, als, na de bewijswaardering door de rechter, het één niet (in voldoende mate) waarschijnlijker wordt geacht dan het andere. Juist in die gevallen waarin de waarschijnlijkheid van een feit onduidelijk blijft (in mijn visie: tussen de 50 en 75 procent waarschijnlijkheid blijft steken[46]) en de rechter derhalve niet kan of mag beslissen op basis van de uitkomst van de bewijswaardering, zodat hij wel moet beslissen op basis van de regels van bewijsrisicoverdeling, kan de waarschijnlijkheid niets bijdragen aan het oordeel over hoe die verdeling van het bewijsrisico zou moeten geschieden. De waarschijnlijkheid kan in die gevallen geen oplossing aanreiken, omdat deze niet in beslissende mate in de ene of de andere richting wijst. Als de waarschijnlijkheid dat wel zou doen, zou de bewijsrisicoverdeling niet aan bod komen. We zouden ook kunnen zeggen dat de rol van de waarschijnlijkheid reeds is uitgespeeld als de bewijsrisicoverdeling in beeld komt.[47]

Het voorgaande[48] klemt te meer als wij ons realiseren dat door aan te sluiten bij de waarschijnlijkheid uiteindelijk in het geheel geen abstracte en algemeen geldende *regel* van bewijsrisicoverdeling meer geldt. In die gevallen waarin de bewijswaardering 'mislukt' is en de bewijsrisicoverdeling derhalve beslissend blijkt voor de uitkomst van de procedure, resteert er immers, als wij de visie van Reinecke doordenken, geen criterium meer voor de verdeling van het bewijsrisico. De notie van de waarschijnlijkheid van een feit is op dat moment uitgespeeld en kan derhalve niet beslissend zijn, en er is dan geen alternatief criterium voorhanden om het bewijsrisico te verdelen. De bezwaren die tegen het gemis van een criterium of

46 Zie par. II.4.5. Als hier andere percentages zouden gelden, blijft het principiële punt overigens hetzelfde. Dat wordt alleen anders als 50,1 % waarschijnlijkheid voldoende zou zijn op het vlak van de bewijswaardering, want dan resteert er feitelijk helemaal geen plaats voor de verdeling van het bewijsrisico. In zo'n geval zou de bewijswaardering altijd beslissend zijn.

47 Zie hierover bijvoorbeeld Prütting 1983, p. 194; Gmehling 1989, p. 68; Maassen 1975, p. 16-17 en 113; Heinrich 1996, p. 7; Schlemmer-Schulte 1997, p. 17, en Kan 1921, p. 108, alsmede reeds par. III.2.2, met verdere verwijzingen. Vergelijk ook HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS), r.o. 3.4, waarin de Hoge Raad de waarschijnlijkheid terecht op het terrein van de bewijswaardering plaatst. Ter toelichting nog het volgende. Voor een geval waarin de waarschijnlijkheid bijvoorbeeld 90 % is, is op zich een bewijsrisicoregel op te stellen die zegt dat het minst waarschijnlijke bewezen dient te worden door degene die zich erop beroept, maar in die gevallen is een dergelijke regel overbodig. Na bewijswaardering zal de rechter immers tot de uitspraak komen dat het feit bewezen is. Een bewijsrisicoregel is derhalve alleen nodig waar de zaken minder helder liggen, waar de waarschijnlijkheid tussen de 50 en 75 % (zie par. II.4.5) ligt. Als dan aanvaard wordt dat 50 % waarschijnlijkheid onvoldoende is, doch dat 75 % wel voldoende is, zou het vreemd zijn om voor het tussengelegen gebied een doorslaggevende rol toe te kennen aan de waarschijnlijkheid van een feit.

48 Betoogd zou nog kunnen worden dat de waarschijnlijkheid één van de factoren zou kunnen zijn die in bepaalde gevallen mede een rol speelt, vergelijk Prütting 1983, p. 205 en 212; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn.37, doch het voornoemde bezwaar speelt ook in dat geval. Ook in die situatie is de rol van de waarschijnlijkheid uitgespeeld als de bewijsrisicoverdeling beslissend is geworden.

regel ter bepaling van de bewijsrisicoverdeling aan te voeren zijn, zijn onder de noemers 'geringe rechtszekerheid' en 'geringe voorspelbaarheid' samen te vatten.[49]

Nu zou het voorgaande geïnterpreteerd kunnen worden als een keuze mijnerzijds die voor een ander wellicht anders zou uitvallen, maar mijns inziens is de hier verdedigde opvatting onvermijdelijk, als men ten minste aanneemt dat er een verschil bestaat tussen de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico.[50] Dat onderscheid is van belang, want, ik wijs daar nu alvast op,[51] het hiervoor betoogde laat namelijk onverlet dat de rechter zijn *voorlopige* waardering van het feitenmateriaal kan baseren op hetgeen in eerste instantie waarschijnlijk schijnt.[52] Op die basis kan hij dan de *bewijsvoeringslast* verdelen, om vervolgens tot een definitieve waardering van het feitenmateriaal te komen. Die situatie is echter niet gelijk aan die waarover het hier gaat. De situatie die hier bezien wordt, is immers die waarbij het gaat om de *bewijsrisicoverdeling*, aan het einde van de procedure, nadat duidelijk is geworden dat de bewijswaardering geen uitsluitsel kon geven.[53]

In samenhang met het eerder genoemde argument dat het opstellen van een abstracte, algemene regel niet mogelijk is voor zover de bewijsrisicoverdeling afhankelijk wordt gemaakt van de concrete waarschijnlijkheid, kan er nog op gewezen worden dat in die gevallen ook afstand gedaan wordt van de gedachte dat de bewijsrisicoverdeling wellicht wel zou moeten berusten op (materieelrechtelijke) overwegingen van normatieve aard.[54] Die normatieve argumenten worden bij een bewijsrisicoverdeling op basis van de waarschijnlijkheid terzijde gesteld ten faveure van de concrete situatie. Gezien de nauwe band tussen de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht, en gezien het gegeven dat de bewijsrisicoverdeling uiteindelijk een toerekeningsvraag is,[55] waarvoor normatieve gezichtspunten in

49 Zie onder andere Lepa 1963, p. 30-31; Güldner 1965, p. 5; Schuster 1975, p. 61; Prütting 1983, p. 185, 190, 194 en 212; Heinemann 1988, p. 39; Prütting, KF 1989, p. 8-9; Heinrich 1996, p. 70; Baumgärtel 1996, Rdn. 150, 153 en 161; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37, alsmede BVerfG NJW 1979, 1925. Dat een partij de betreffende mate van waarschijnlijkheid tevoren wellicht kende, en het dus wellicht wel meevalt met die onvoorspelbaarheid, doet hieraan niet af, omdat die (bekende) mate van waarschijnlijkheid niet beslissend bleek te kunnen zijn.

50 Dit onderscheid lijkt de heersende leer te zijn in Nederland en elders, zie bijvoorbeeld Asser 1992, p. 23; de conclusie van Hartkamp voor HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed); HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS), r.o. 3.4, en hiervoor par. I.3.

51 Ik kom hier later uitvoerig op terug, zie hierna par. XIV.3.5.

52 Zie bijvoorbeeld HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS), r.o. 3.4.

53 Ik wijs er nog op dat voor zover Reinecke het oog zou hebben gehad op de bewijsvoeringslast, hij dat mijns inziens nergens duidelijk heeft gemaakt.

54 Expliciet zo Prütting 1983, p. 86, 195 en 212. Zie ook Schuster 1975, p. 62 en 123; Van 1995, p. 65; Heinrich 1996, p. 70; Zöller/Greger 1999, Vor. § 284, Rdn. 17.

55 Zie voor beide aspecten bijvoorbeeld Zöller/Greger 1999, Vor. § 284, Rdn. 17, en nader par. 7 en par. XIV.3.2.4 en XIV.3.2.5. Toegegeven dient te worden dat het op zich wel mogelijk is ervoor te kiezen de toerekening op basis van de waarschijnlijkheid zoals die zich in concreto aandient, te laten geschieden. Ik meen echter dat de toerekening op basis van abstracte rechtsnormen, gelijkelijk geldend voor een ieder, zou moeten plaatsvinden, zie ook de literatuur in noot 126 en par. III.3.2.

beginsel beslissend lijken te zijn, lijkt dat onwenselijk.[56] Ik kom hier later nog op terug.[57]

De vraag is gerechtvaardigd of de voormelde bezwaren niet alleen betrekking hebben op de bewijsrisicoverdeling die afhankelijk is van de *concrete* waarschijnlijkheid. Wellicht dat die bezwaren niet aan te voeren zijn tegen een bewijsrisicoverdeling die bepaald wordt door de *abstracte* waarschijnlijkheid van een feit, de eerste van de eerder genoemde twee varianten, zoals Reinecke die voorstaat.[58]

Ook de bepaling van de abstracte waarschijnlijkheid (per gevaltype wordt bijvoorbeeld aangegeven wat over het algemeen in die situatie het meest waarschijnlijk is) betreft echter een waardering, nu in abstracto, die niet langer beslissend kan zijn indien de bewijsrisicoverdeling een rol is gaan spelen, als er een *non liquet* gerezen is. Ook dan bevinden we ons immers in een situatie waarin naar de aard van de materie onduidelijk is gebleven (er is immers een *non liquet*) in hoeverre in casu van de aan- of afwezigheid van een feit uitgegaan mag worden. De waarschijnlijkheid in abstracto geeft derhalve in zo'n geval geen oplossing, omdat onduidelijk is wat in dit geval waarschijnlijk is. Anders gezegd, de bewijsrisicoverdeling wordt pas relevant op het moment dat de waarschijnlijkheid niet in de ene of de andere richting wijst.[59] Als dat het geval is, als de waarschijnlijkheid geen richting biedt, kan die waarschijnlijkheid natuurlijk ook geen antwoord geven op de vraag naar de bewijsrisicoverdeling en mag daarin ook niet het antwoord gezocht worden omdat de rechter dan niet op basis van de bewijswaardering mag beslissen. Opnieuw wordt dus, als uitgegaan zou worden van de waarschijnlijkheid, de bewijswaardering met de bewijsrisicoverdeling verward.[60]

---

56 Vergelijk ook Zöller/Greger 1999, Vor. § 284, Rdn. 17; Gmehling 1989, p. 68-69. Een overzicht van de normatieve gezichtspunten die hierbij een rol kunnen spelen, heb ik in hoofdstuk XII gegeven.

57 Zie nader hoofdstuk XIV. Met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling op basis van de concrete waarschijnlijkheid van een stelling, dient nog het volgende opgemerkt te worden. De verdeling van de *stelplicht* volgt, zo wordt algemeen erkend, de verdeling van het bewijsrisico, zie bijvoorbeeld Baumgärtel 1996, Rdn. 28. De vraag die dan rijst is hoe iemand omtrent die stelplicht uitspraken kan doen als de bewijsrisicoverdeling afhankelijk is van de (concrete) waarschijnlijkheid van een feit in het proces. In een dergelijk geval is het niet mogelijk om bij voorbaat te zeggen wie de stelplicht draagt. De bewijsrisicoverdeling wordt immers pas gedurende het proces, op basis van waarschijnlijkheid zoals die in het proces naar voren komt, 'geregeld'. Zulks leidt tot een lastige processuele situatie. Onduidelijk blijft immers wie op welk moment in de procedure wat moet stellen of had moeten stellen en, belangrijker nog, wie de gevolgen dient te dragen als een bepaald feit niet gesteld is, dan wel onvoldoende gemotiveerd gesteld is.

58 Zie over dit onderscheid Prütting 1983, p. 191.

59 Vergelijk Heinemann 1988, p. 42-43.

60 Zie Baumgärtel 1996, Rdn. 161; Heinemann 1988, p. 42, en vooral Prütting 1983, p. 204, 205, 207 en 211. Het probleem schuilt in wezen dus hierin dat de abstracte waarschijnlijkheid niet bepalend is voor het concrete geval, nu er blijkbaar in concreto twijfel gerezen is (er is een *non liquet*). De voornoemde verwarring zou niet spelen als bij de bewijswaardering volstaan zou kunnen worden met 50, 1 % waarschijnlijkheid, zie noot 46, maar dat is logisch omdat de bewijsrisicoverdeling in zo'n geval nooit beslissend zal kunnen zijn omdat dan altijd op basis van de bewijswaardering beslist wordt.

Van meer praktisch belang is nog het probleem dat bij de bewijsrisicoverdeling op basis van de abstracte waarschijnlijkheid de vraag zal rijzen of elke rechter die (abstracte) waarschijnlijkheid op gelijke wijze zal inschatten. Dat probleem, dat natuurlijk ook op andere terreinen speelt, geldt hier des te sterker omdat de rechter ten aanzien van vele vragen niet over plausibele (statistische) gegevens beschikt, met als gevolg dat een subjectieve inschatting door die rechter vrijwel onvermijdbaar wordt.[61] De rechtszekerheid en de voorspelbaarheid komen dan weer in de gevarenzone.[62]

De tegenwerping zal waarschijnlijk luiden dat de rechter in deze gevallen, voor zover ervaringsregels al niet beschikbaar zijn,[63] veelal de benodigde informatie elders kan betrekken. De partijen zelf kunnen de rechter immers van statistische gegevens voorzien, op basis waarvan de abstracte waarschijnlijkheid bepaald kan worden.[64] De partijen of de rechter kunnen bovendien een deskundige inschakelen.[65] Ook als we dat accepteren,[66] resteert er echter nog een probleem.

Immers, dat wellicht in steeds meer gevallen statistische gegevens voorhanden zijn en dat procespartijen in steeds meer gevallen zulke gegevens kunnen verstrekken, is in deze niet voldoende, althans voor zover we spreken over bewijsrisicoverdeling op basis van waarschijnlijkheid. Het is namelijk onwenselijk dat een regel van bewijsrisicoverdeling in het ene geval wel (als de nodige statistische gegevens voorhanden zijn) en in het andere geval niet (als die gegevens niet voorhanden zijn) toegepast kan worden.[67] Als bewijsrisicoverdeling op basis van abstracte waarschijnlijkheid de regel zou zijn, moet in beginsel altijd teruggevallen kunnen worden op statistische gegevens ter bepaling van die waarschijnlijkheid en daarmee de bewijsrisicoverdeling. Zolang niet, in elk geval

61 Cane 1997, p. 175; Verkuijlen, NJB 1995, p. 903; Prütting 1983, p. 204. Men zou dit kunnen voorkomen door steeds opnieuw in de wet te laten opnemen wat in principe het meest waarschijnlijk geacht wordt, maar werkbaar en haalbaar lijkt die optie niet.

62 Vergelijk Prütting 1983, p. 205 en 212.

63 Het werken met ervaringsregels leidt in beginsel tot vermoedens in de ene of andere richting. Nu de vermoedens reeds aan bod zijn geweest, zie par. II.5, ga ik hier verder niet op in. Zie over ervaringsregels verder Rommé 1989, p. 7 e.v., die op p. 28 aangeeft dat ervaringsregels sterker zijn dan statistische waarschijnlijkheden.

64 Zie nader over het gebruik van statistiek en de daarbij spelende problemen, par. X.4.4.3.

65 Leenders 1997, p. 338. Wellicht zou hij zulks zelfs moeten doen, vergelijk Akkermans 1997, p. 188, noot 388, want uit onderzoek is gebleken dat de meeste mensen niet met statistische informatie om kunnen gaan, zie Crombag 1997, p. 569, 571 en 573, en vergelijk ook Finley, DePaul Law Review 1999, p. 335 e.v. In dat licht bezien zal het pleidooi van Leenders 1997, p. 337-338, voor gebruik van meer geavanceerde vormen van statistiek de acceptatie van het gebruik van statistische gegevens niet bevorderen.

66 Hetgeen niet evident is, zie bijvoorbeeld Verkuijlen, NJB 1995, p. 903, die onder andere op de kosten van het inschakelen van een deskundige wijst.

67 Vergelijk Heinemann 1988, p. 40.

per deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht, aan dat vereiste voldaan is,[68] zijn statistische gegevens en daarmee waarschijnlijkheidsnoties voor de vraag naar de bewijsrisicoverdeling in algemene zin in principe niet bruikbaar. Er wordt dan immers op niet te rechtvaardigen gronden een onderscheid geïntroduceerd in soorten regels van bewijsrisicoverdeling die op een deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht gelden. In het ene geval zou de bewijsrisicoverdeling dan immers bepaald worden door de mate van waarschijnlijkheid en in het andere geval niet.[69]

In het licht van het voorgaande is het wellicht nog denkbaar dat voor bepaalde typen gevallen waarvoor wel gegevens beschikbaar zijn, (bijzondere) bewijsrisicoregels gebaseerd op abstracte waarschijnlijkheden geformuleerd worden. Als we zulks zouden accepteren - hetgeen voorbij zou gaan aan de gedachte dat als het bewijsrisico beslissend is, de waarschijnlijkheid blijkbaar niet beslissend was, zodat de waarschijnlijkheid uitgespeeld is - accepteren we echter ook dat de normatieve gezichtspunten die in andere gevallen de bewijsrisicoverdeling bepalen,[70] in deze gevallen niet beslissend zijn. Afgezien van de vraag of dat aanvaardbaar is,[71] mede gezien het feit dat andere bewijsrisicoregels wel normatief bepaald zijn, zijn er nog enkele andere aspecten die de aandacht verdienen.

In deze gevallen, waarin de bepaling van de abstracte waarschijnlijkheid, gezien het gebrek aan gegevens,[72] over het algemeen toch al moeilijk is,[73] speelt namelijk ook nog mee dat de bepaling van de waarschijnlijkheid sterk afhankelijk

---

68 Hetgeen vooralsnog twijfelachtig is, zie Motsch 1983, p. 252; Akkermans, VA 1995, p. 49, en Faure, Oratie 1993, p. 46-47, die aangeeft dat statistisch bewijs onzeker blijft. Vergelijk ook Scott, MLR 1992, p. 523, en Van, TMA 1994, p. 111 en 117, die onder andere op de rol van het toeval (de significantie van de gegevens) wijst, zie ook Van 1995, p. 147 e.v.; Akkermans, VA 1995, p. 50; Leenders 1997, p. 310 e.v.; Van Acht/Bauw 1996, p. 124; Posner, Evidence 1999, p. 42 e.v.

69 Het is mijns inziens niet mogelijk om in gevallen waarin statistische gegevens ontbreken genoegen te nemen met een schatting van de waarschijnlijkheid door de rechter en op basis daarvan te beslissen. De beslissing komt dan wel heel erg op los zand te rusten.

70 Voor een overzicht van die argumenten, zie hoofdstuk XII.

71 Nee, aldus bijvoorbeeld Prütting 1983, p. 206 en 212, en Heinemann 1988, p. 43.

72 Zie ook Motsch 1983, p. 252; Schuster 1975, p. 62; Verkuijlen, NJB 1995, p. 903; Weber 1997, p. 37; Cane 1997, p. 176; Gmehling 1989, p. 24, en Akkermans 1997, p. 187. Akkermans, VR 1999, p. 68, is positiever over de beschikbaarheid van dergelijke gegevens.

73 Zie over enkele elementaire begrippen uit de statistiek, en over de problemen die spelen als statistiek in rechte gebruikt wordt, Kerkmeester & De Mulder, NJB 1987, p. 73 e.v., die bijvoorbeeld aangeven dat er diverse waarschijnlijkheidsbegrippen in omloop zijn (p. 76). Zo ook Kerkmeester, WPNR 6111 (1993), p. 768 e.v. Zie verder nog Weitnauer, KF 1966, p. 3 e.v.; Leenders 1997, p. 283 e.v.; Crombag 1997, p. 569 e.v.; Kerkmeester, AA 1989, p. 30 e.v.; Eggleston 1978, *passim*; Akkermans, VA 1995, p. 44 e.v., en Van, TMA 1994, p. 109 e.v., die op p. 112 en 116 aangeeft dat een significante verhoging van een risico als zodanig nog niets zegt over de oorzaak van die verhoging. Ten aanzien van die medische oorzaak bepleit Van een bewijsrisico-omkering (TMA 1994, p. 117). Frenk, NJB 1995, p. 490, bepleit dat het ontbreken van een medische oorzaak niet in de weg zou moeten staan aan de aanname van juridisch causaal verband. Zie verder over 'significantie' en 'betrouwbaarheid' Kerkmeester, AA 1989, p. 32-33; Kerkmeester, TMA 1994, p. 47; Van, TMA 1994, p. 111; Van 1995, p. 147 e.v.; Akkermans 1997, p. 191 en 289-290; Leenders 1997, p. 309-316. Ik wijs er tot slot nog op dat het eerder behandelde deductie-probleem (par. X.4.4.3) hier ook zal spelen, zie ook Schuster 1975, p. 62.

is van het *uitgangspunt* dat gekozen wordt bij het gebruik van statistische gegevens. Als bijvoorbeeld uitgegaan wordt van het bestaan van een overeenkomst tussen twee personen uit een grote groep mensen, zoals de inwoners van een middelgrote stad, dan is het waarschijnlijk dat er geen overeenkomst zal bestaan. Als er echter uitgegaan wordt van de waarschijnlijkheid van het bestaan van een overeenkomst tussen twee procespartijen waarvan één partij claimt dat er inderdaad een overeenkomst was, dan zal die waarschijnlijkheid veel groter zijn.[74] Een (mogelijk) probleem bij het gebruik van statistiek ter bepaling van de waarschijnlijkheid schuilt derhalve in de keuze van het 'collectief', de groep van personen, dat als beginpunt van de vergelijking genomen wordt.[75]

Door de keuze van een bepaald uitgangspunt bij het opstellen van de waarschijnlijkheidsmaatstaf kan de rechter (de procespartij, de deskundige) derhalve de uitkomst van de vraag naar de bewijsrisicoverdeling (als die afhankelijk wordt gemaakt van de waarschijnlijkheid) sturen,[76] zodat het verschil tussen het gebruik van abstracte en concrete waarschijnlijkheid sterk vermindert.[77] Het gevolg daarvan is dan dat opnieuw de concrete processuele situatie uiteindelijk bepalend zal zijn, zodat het er niet van zal komen abstracte, algemene normen op te stellen.[78] Uiteraard is dit bezwaar te ondervangen door er zorg voor te dragen dat een degelijk uitgangspunt gekozen wordt, maar dat is niet eenvoudig. Minst genomen dient dus het uitgangspunt te zijn dat voorzichtigheid hier geboden is.

Al met al rijst een beeld van een ten hoogste zeer beperkte plaats voor bewijsrisicoregels gebaseerd op abstracte noties van wat waarschijnlijk is, terwijl zelfs die gevallen niet zonder problemen zijn. Voeg daarbij dat er alternatieven voor de bewijsrisicoverdeling bestaan die deze problemen niet kennen,[79] en het

---

74 Het voorbeeld is ontleend aan Prütting 1983, p. 202, die het weer ontleent aan Reinecke. Zie hierover ook Weitnauer, KF 1966, p. 14-15; Heinemann 1988, p. 41-42; Gmehling 1989, p. 71; Heinrich 1996, p. 67-68 (die op deze basis de theorie van Reinecke afwijst), en uitgebreid Leenders 1997, p. 292-304, die hierin (zie p. 286 en 307) het enige werkelijke probleem van het gebruik van statistiek in het kader van discriminatiezaken ziet.

75 De keuze van het referentiekader is cruciaal voor de uitkomst, terwijl voor die keuze geen algemeen geldend criterium te geven is, aldus Leenders 1997, p. 296. Zie ook Schuster 1975, p. 62. In bovengenoemd voorbeeld is de keuze van een collectief alleen zinvol als dat twee concrete personen betreft, zie Prütting 1983, p. 202-203.

76 Leenders 1997, p. 334, spreekt over manipulatie. Die manipulatie wordt dan nog versterkt door de menselijke neiging om op zoek te gaan naar informatie die het gekozen uitgangspunt bevestigt en deze zwaar te laten meewegen. Andere (ontkennende) informatie wordt dan verdrongen, zie nader Crombag 1997, p. 567; Posner, Evidence 1999, p. 23; Barendrecht/Van den Akker 1999, no. 426.

77 In deze zin ook Heinemann 1988, p. 41 en 43. Vergelijk ook Schuster 1975, p. 62.

78 Zoals gezegd, de enige algemene norm waartoe men zou kunnen komen is die dat degene die de minst waarschijnlijke versie presenteert, het bewijsrisico draagt, maar daarmee wordt in wezen niets gezegd omdat die regel geen uitsluitsel geeft in die gevallen waarvoor die opgesteld is, omdat in die gevallen niet duidelijk is wat nu het minst waarschijnlijk is. Ik wijs er verder nog op dat ook het in noot 57 genoemde stelplicht-probleem hier weer de kop op zal steken.

79 Een aantal alternatieven komt in dit hoofdstuk aan bod. Mijn eigen alternatief formuleer ik in het volgende hoofdstuk.

zal duidelijk zijn dat theorieën die aansluiting zoeken bij de waarschijnlijkheid van een feit naar mijn mening geen navolging verdienen.

Bij wijze van afsluiting van deze paragraaf wijs ik nog op het volgende. Het gegeven dat via de keuze van een uitgangspunt de uitkomsten van het statistisch onderzoek te beïnvloeden zijn, is ook van belang voor zover het gaat over de vraag of statistische gegevens bij de bewijswaardering gebruikt mogen worden. De rechter zal ook daarbij dus op zijn tellen moeten passen.[80] Omdat dit bezwaar echter wel te ondervangen is, zou ik niet op deze basis voor een algehele uitsluiting van het gebruik van statistische gegevens bij de bewijswaardering willen pleiten.[81]

Met dit alles is derhalve niet gezegd dat statistische gegevens ter bepaling van de waarschijnlijkheid van een feit geheel onbruikbaar zijn op het vlak van de bewijsvoering - dat zou ook tegen de huidige wetgeving en rechtspraak ingaan[82] - maar die bruikbaarheid is dan wel beperkt tot de *bewijswaardering* (de aanname van een vermoeden) in een concreet geval waarin die gegevens voorhanden zijn en daarmee behoedzaam wordt omgegaan.[83] Die bruikbaarheid wordt overigens vergroot als er bij de bewijswaardering nog andere informatie beschikbaar is die in dezelfde richting wijst. Op de bewijsrisicoverdeling zal de waarschijnlijkheid naar mijn mening niet van invloed mogen zijn.[84]

3.3 Conclusies ten aanzien van de leer van Reinecke

Na dit uitstapje terugkerend naar de hoofdlijn van dit hoofdstuk, kan het volgende geconcludeerd worden. Het zal duidelijk geworden zijn dat het belang dat Reinecke bij de bewijsrisicoverdeling hecht aan de waarschijnlijkheid van een feit, ten onrechte zeer groot is. Daaruit volgt dat zijn theorie niet gevolgd kan worden. Wat uit Reinecke's gedachtegoed mijns inziens wel van belang is voor de verdere theorievorming, is dat bij de vraag naar de bewijsrisicoverdeling (mede) van belang is of iemands materiële rechten nog verwezenlijkt kunnen worden. Ik kom daar nog op terug.[85] Ook het gegeven dat de verdeling van het bewijsrisico zich, net

80 Ik zou er dan ook voor willen pleiten om als regel te hanteren dat voor zover er twijfel blijft bestaan over de juistheid van het gekozen uitgangspunt, de gegevens niet gebruikt mogen worden. Degene die zich op dergelijke gegevens beroept, moet aantonen dat deze op een deugdelijk uitgangspunt gebaseerd zijn.

81 In het kader van de bewijsrisicoverdeling weegt dit argument sterker omdat het dan (tevens) benut wordt om tot een regel te komen die ook voor andere situaties geldt. Een fout uitgangspunt leidt dan tot meer onjuiste beslissingen.

82 Zie art. 179 lid 1 Rv (bewijs kan in beginsel door alle middelen geleverd worden) en HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 nt. EAA (Binderen/Kaya), alsmede hiervoor par. X.4.4.3, alwaar ik reeds aandacht schonk aan het bewijs door middel van statistische gegevens.

83 Zie verder par. X.4.4.3. Ik wijs er daarbij nogmaals op dat het in HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 nt. EAA (Binderen/Kaya), waarin het gebruik van statistisch materiaal toegestaan werd, ook over een vraag van bewijswaardering ging, zie bijvoorbeeld Leenders 1997, p. 22.

84 Zie ook nog par. X.4.4.3.

85 Zie par. XIV.3 en hiervoor par. 2 *in fine*.

als het materiële recht, niet onttrekt aan het normatieve, aan rechtspolitiek getinte waardeoordelen, is een inzicht dat ten onrechte nogal eens onderbelicht blijft, uiteindelijk ook bij Reinecke zelf.

4 De principes van Wahrendorf

Wahrendorf wil aantonen dat op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht de bewijsrisicoverdeling uiteindelijk bepaald wordt op basis van een zevental 'Prinzipien'. Het uitgangspunt van zijn theorie is dat de verdeling van het bewijsrisico op basis van de 'Normentheorie'[86] van Rosenberg afgedaan heeft. Er bestaan inmiddels te veel uitzonderingen om aan die hoofdregel te kunnen blijven vasthouden. Wat nodig is, is dat de maatgevende waardeoordelen die de bewijsrisicoverdeling bepalen, aan de oppervlakte gebracht worden. Wanneer wij op die manier aan de slag gaan op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, dienen de materieelrechtelijke principes van het aansprakelijkheidsrecht in ogenschouw genomen te worden, omdat de bewijsrisicoverdeling steeds in verbinding met de materieelrechtelijke normen gezien moet worden.[87] De toerekening van bepaalde schade aan een bepaald persoon die het materiële aansprakelijkheidsrecht tracht te bewerkstelligen, werkt door als de feiten niet opgehelderd kunnen worden en een bewijsrisicobeslissing nodig is. Ook in die gevallen wordt er immers uiteindelijk een oordeel over de toerekening van schade gegeven. De beslissing valt immers in het nadeel van één partij uit en die partij blijft met de schade zitten.[88] Dat de bewijsrisicoverdeling op basis van principes geschiedt, betekent overigens niet dat het om de billijkheid in concreto gaat.[89]

Onderzoek van een aantal bepalingen uit het BGB en een aantal gevaltypen leert, aldus Wahrendorf, dat er zeven principes of ordeningscriteria bij de bepaling van het bewijsrisico te onderscheiden zijn. Die zeven zijn het waarschijnlijkheidsprincipe, het beschermingsprincipe, het garantieprincipe, het vertrouwensprincipe, het principe van aansprakelijkheidssolidariteit, het strafprincipe en het principe van de sociale risicoverdeling.[90] De auteur concludeert tevens dat het niet zinvol is deze principes te scharen onder de noemer 'rechtvaardigheidsoverwegingen', omdat dat te abstract is terwijl er bovendien concretere aanwijzingen bestaan. De

86 Zie daarover par. III.2.3.
87 Wahrendorf 1976, p. 1-2 en p. 12-18, en de bespreking van Musielak in NJW 1977, p. 620.
88 Wahrendorf 1976, p. 19-26.
89 Wahrendorf 1976, p. 15.
90 Wahrendorf 1976, p. 131.

zoektocht naar één enkel criterium voor de verdeling van het bewijsrisico wordt daarmee ook als onbereikbaar afgedaan.[91]

De leer van Wahrendorf heeft de nodige kritiek uitgelokt.[92] Prütting wijst erop dat Wahrendorf een hoop vragen openlaat. Zo zegt deze bijvoorbeeld niets over hoe het bewijsrisico ten aanzien van de schade geregeld is. Daarnaast kunnen deze zeven principes volgens Prütting alleen al voor het aansprakelijkheidsrecht niet toereikend zijn; er zijn meer principes te bedenken.[93] Bovendien, zo stelt deze auteur, zijn de uitgangspunten van Wahrendorf onjuist omdat het bestaan van uitzonderingen nog niet wil zeggen dat de 'Normentheorie' als zodanig onjuist is, en komt de onderlinge verhouding tussen de principes niet uit de verf.[94] Schwab wijst er nog op dat de diverse principes geen nauwkeurig te bepalen inhoud hebben.[95] Musielak stelt dat deze opvatting eraan voorbij gaat dat ook de bewijsrisicoverdeling op abstracte, algemene rechtsnormen moet berusten.[96]

Daarnaast speelt nog het volgende. Wahrendorf gaat ervan uit dat het waarschijnlijkheidsprincipe een grote rol speelt bij de bewijsrisicoverdeling. Daarin schuilt zijns inziens één van de twee leidende principes.[97] Dat brengt ons opnieuw bij de vraag of waarschijnlijkheidsoordelen bepalend kunnen zijn voor de bewijsrisicoverdeling. Dat zulks niet het geval kan zijn, betoogde ik al in paragraaf 3.2.[98] De daar geuite bezwaren gelden hier evenzeer.[99]

Geconcludeerd dient te worden dat de theorie van Wahrendorf als geheel niet aanvaardbaar is. Van grote waarde is mijns inziens echter wel dat hij er expliciet op gewezen heeft dat het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling sterk samenhangen en dat op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht niet alleen het materiële recht bepalend is als het om de toerekeningsvraag gaat, maar dat ook de verdeling van het bewijsrisico uiteindelijk neerkomt op een vorm van toerekening van schade.[100] Bovendien heeft Wahrendorf ons, net als Prölls (zie par. 2), op het spoor gezet van een aantal factoren die weliswaar niet zelfstandig

91 Wahrendorf 1976, p. 131. In deze zin ook Schuster 1975, p. 115. Zie voor een samenvatting onder andere Gmehling 1989, p. 72 e.v., en Heinrich 1996, p. 75-76.

92 De bespreking van Musielak, NJW 1977, p. 620, is positief, al geeft de auteur wel aan dat Wahrendorf niet al te ver van de heersende leer staat, nu het ook bij de heersende theorieën nodig is te zoeken naar afwijkingen van de hoofdregel, waarbij de principes van Wahrendorf zinvol kunnen zijn.

93 Prütting 1983, p. 236-237. Vergelijk ook Schlemmer-Schulte 1997, p. 26 en 29.

94 Prütting 1983, p. 237-240. Zie hierover ook Gmehling 1989, p. 77 e.v.

95 Schwab, FS Bruns 1978, p. 511. Zo ook Prütting 1983, p. 241.

96 Musielak, ZZP 1987, p. 388. Zo ook Prütting 1983, p. 243, en Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37. Zie voor een overzicht Heinrich 1996, p. 77-79.

97 Wahrendorf 1976, p. 131.

98 Zie vooral de literatuur genoemd in noot 45, alsmede Gmehling 1989, p. 78-79.

99 Vergelijk verder vooral Prütting 1983, p. 207-211.

100 Zo ook Prütting 1983, p. 243, en Gmehling 1989, p. 86.

de bewijsrisicoverdeling kunnen bepalen, maar die daarbij wel een rol zouden kunnen spelen.[101]

5 De rationele grondslag volgens Lepa

Na eerst de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling onderzocht te hebben, gaat Lepa ook in op de (zijns inziens spaarzame) uitzonderingen op die regel. Zijns inziens is voor een dergelijke uitzondering nodig dat het voorliggende geval een rechtsverhouding betreft die bijzondere aandacht voor de belangen van de ene partij vereist én de achterstelling van de wederpartij gerechtvaardigd doet zijn. De vraag luidt vervolgens welke 'Momente', zoals Lepa ze noemt, *voor de wetgever* belangrijk genoeg zijn om van de hoofdregel af te wijken. Van belang daarbij is dat volgens Lepa de uitzonderingen moeten berusten op rationele overwegingen, dat het niet zijn bedoeling is een heel scala aan potentiële nieuwe bewijsrisicoregels te introduceren en dat de 'Momente' die hij onderscheidt *voor de rechter* alleen bij de bewijswaardering mogen meespelen.[102]

De rationele overwegingen worden door Lepa in tien 'Momente' samengevat: bewijsnabijheid (wie is in staat bewijs te leveren), strafbewijs (wie had er belang bij een bewijsmiddel te verzekeren), concrete waarschijnlijkheid, begunstiging van de totstandkoming van overeenkomsten, risicobeheersing bij overeenkomsten, verzekering van gewenste gevolgen van een overeenkomst, het sociale moment (begunstiging van de zwakkere partij), het piëteitsmoment (bescherming van de overledene), bescherming van de 'intiemsfeer' en bescherming van familiebelangen.[103] Voor het aansprakelijkheidsrecht zijn het eerste, tweede, derde en het zevende 'moment' het meeste van belang.[104]

Uit het voorgaande blijkt dat Lepa in wezen een factoren-benadering zoals later uitgewerkt door Reinecke en Wahrendorf, aanhangt. Een belangrijk verschil met die twee auteurs is echter dat Lepa de factoren, voor zover het om rechtstoepassing door de rechter gaat, alleen laat meespelen bij de bewijswaardering. Alleen de wetgever mag de factoren verdisconteren bij de bewijsrisicoverdeling.

Die beperking maakt dat het belang van Lepa's gedachten voor deze studie vrij gering is, zeker voor zover het gaat over het Nederlandse recht. De Nederlandse

101 Vergelijk Musielak, NJW 1977, p. 620; Prütting 1983, p. 237; Gmehling 1989, p. 84 en 86; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 34, en Baumgärtel 1996, Rdn. 162. Dat geldt mijns inziens overigens niet ten aanzien van alle genoemde factoren. Het waarschijnlijkheidsprincipe kan bijvoorbeeld niet van groot belang zijn, zie par. 3.2 hiervoor.

102 Zie Lepa 1963, p. 128-129, en daarover Prütting 1983, p. 233.

103 Lepa 1963, p. 130-156.

104 Lepa schrijft niet alleen over het aansprakelijkheidsrecht, maar uit de genoemde 'momenten' blijkt mijns inziens wel direct het belang dat zijn gedachten ook voor dit gebied (zouden kunnen) hebben.

rechter heeft immers uitdrukkelijk 'toestemming' van de wetgever gekregen om van de wettelijke regels van bewijsrisicoverdeling af te wijken (art. 177 Rv). Daar komt nog bij dat voor de wetgever allerlei andere factoren, zoals bijvoorbeeld politieke haalbaarheid, net zo goed rationele 'Momente' vormen, en die wetgever zich dus juist niets gelegen hoeft te laten liggen aan de rationele grondslagen zoals Lepa die ziet. Overname van zijn theorie lijkt dus niet zinvol.

Het feit dat Lepa, voor zover de rechter in beeld is, de 'Momente' enkel van belang acht bij de bewijswaardering, is mijns inziens grotendeels terecht. Dat geldt echter niet op het terrein van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor zover het gaat om de zevende factor, de begunstiging van de zwakkere, want dat is een typisch materieelrechtelijk gezichtspunt dat bij de bewijsrisicoverdeling meegewogen moet worden. Voor de verdere theorievorming is naar mijn mening tevens nog van belang dat Lepa het uitgangspunt zoals dat zou moeten luiden (dat een bewijsrisicoverdeling jegens *beide* partijen gerechtvaardigd moet zijn), nog eens nadrukkelijk op de voorgrond plaatst.[105]

6 Asser en de onevenwichtigheid in processuele posities[106]

Met name in zijn Monografie Nieuw BW, maar ook elders, heeft Asser zich een voorstander getoond van de objectiefrechtelijke theorie[107] van bewijsrisicoverdeling, gekoppeld aan een uitzonderingsmogelijkheid.[108] Zo'n uitzondering zou zich kunnen voordoen indien het nodig is 'al te grote processuele onevenwichtigheden weg te nemen en de realisering van het materiële recht te waarborgen.'[109] Elders stelde hij dat een dergelijke uitzondering mogelijk zou zijn:

> 'wanneer in bepaalde procesconstellaties een zo ernstige verstoring van het processuele evenwicht dreigt dat de doelstelling van het civiele proces: de realisering van het materiële recht, zonder ingrijpen teveel in gevaar zou komen.'[110]

Asser schetst daarnaast een aantal methoden om de noodzakelijke tegemoetkoming te realiseren, zoals de verzwaarde stelplicht.[111]

---

105 Zo ook Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 19.
106 Het gedachtegoed van Asser ziet overigens niet alleen op het aansprakelijkheidsrecht.
107 Zie daarover par. III.3.
108 Zie Asser 1992, p. 60-64; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 15 en 19, en Asser 1998, p. 45.
109 Asser 1998, p. 45. Vergelijk ook Asser, TvGR 1991, p. 68.
110 Asser 1992, p. 64. In navolging daarvan A-G Bakels, conclusie voor HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade), nr. 2.23.
111 Zie Asser 1992, p. 60-63; Asser 1998, p. 45-46, en de conclusie van Asser voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), en par. II.3.

Hoewel de hoofdlijn van deze leer, die in wezen gebaseerd is op het Nederlandse positiefrechtelijke stelsel, aantrekkelijk is, zijn er toch een tweetal bezwaren aan te voeren. Het eerste heeft betrekking op de aansluiting bij de 'processuele onevenwichtigheid'. Het gebruik van deze term zou makkelijk kunnen leiden tot de gedachte dat een dergelijke processuele onevenwichtigheid op te lossen is door middel van toepassing van de (op het procesrecht gerichte) billijkheidsleer. Sterker nog, ook Asser zelf lijkt daarvan uit te gaan.[112] Daarvan zou mijns inziens echter, zoals ik eerder betoogde, geen sprake mogen zijn.[113] Uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dienen neergelegd te worden in abstracte, algemeen toepasbare regels.[114] Daardoor worden weliswaar niet alle mogelijke problemen opgelost,[115] maar wordt in elk geval een aantal problemen voorkomen.

Mijn tweede bezwaar betreft de geringe mate van uitwerking van voornoemde gedachte, hoewel dat op zich niet verwonderlijk is nu Asser zijn gedachten ontvouwd heeft in een op de praktijk gerichte monografie. Het probleem blijft dan echter dat weinig duidelijkheid geschapen wordt over de vraag wanneer, en onder welke precieze voorwaarden, een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling mogelijk zou kunnen zijn.[116]

Hoewel Asser's theorie in zijn huidige, onuitgewerkte vorm (nog) niet zonder meer gevolgd lijkt te kunnen worden, bevat deze wel enkele belangrijke elementen. De gedachte dat de realisering van het materiële recht niet in gevaar mag komen door de bestaande regels van bewijsrisicoverdeling, zal mijns inziens meegenomen moeten worden als we op zoek gaan naar een eigen theorie.[117]

7 Conclusies

Geen van de hiervoor behandelde theorieën kan mijns inziens zonder meer overgenomen worden. Daaruit volgt echter niet dat die theorieën niet ook waardevolle aspecten bevatten.[118] In het voorgaande heb ik trachten aan te geven in welk opzicht elk van die theorieën naar mijn mening een bijdrage heeft geleverd

112 Zie Asser 1992, p. 63 ('doet overigens wel een zekere sympathie binnen de Hoge Raad voor de opvattingen van de procesrechtelijke school vermoeden') en p. 64.

113 Ik ga daar hier niet opnieuw op in, zie par. III.3.

114 Daarop heeft vooral Prütting 1983, p. 185 en 190, gewezen. Zie ook de literatuur in noot 126.Deze algemene regels hoeven niet van de wetgever te komen, de rechter is ook prima in staat zulke regels te maken, en mag dat ook, zie art. 177 Rv.

115 Denk met name aan problemen met betrekking tot rechterlijk overgangsrecht, waarover Asser-Vranken, nr. 252 e.v.

116 En dat is, ook voor de praktijk, van groot belang. Als een advocaat weet welke ideeën meespelen bij de beslissing omtrent de bewijsrisicoverdeling, kan hij daarop zijn zaak bouwen.

117 Zie ook par. 2 en 3.3.

118 Zie over de meeste van de hier gemaakte punten ook Prütting, KF 1989, p. 9-11.

aan de gedachtevorming met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling.[119] Het kan naar mijn mening vruchtbaar zijn om die waardevolle aspecten, die mijns inziens in een vijftal 'gedachten' of 'overwegingen' samen te vatten zijn, bij de ontwikkeling van een theoretisch model voor de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht te betrekken en daarvan te leren.[120] Die vijf gedachten zijn de volgende.

De eerste betreft de juiste vraagstelling. De vraag behoort niet enkel te luiden of een eventuele bewijsrisico-omkering gerechtvaardigd is vanuit de positie van de eiser, maar er zou ook gevraagd moeten worden wat zulks voor de positie van de gedaagde met zich brengt en of dat tevens gerechtvaardigd is.[121] Een tweede belangrijke overweging is dat de regeling van de bewijsrisicoverdeling in bepaalde gevallen in de weg zou kunnen staan aan de realisering van het materiële recht, met daarbij als impliciete veronderstelling dat dat niet het geval zou mogen zijn.[122]

Ten derde is naar voren gekomen dat de vraag naar de bewijsrisicoverdeling (uiteindelijk) een toerekeningsvraag is, nu die bewijsrisicoverdeling, als ze aan bod komt, vaak meteen ook beslissend is voor de vraag wie de schade moet dragen en dus voor de vraag aan wie de schade toegerekend moet worden.[123] Uit die laatste gedachte vloeit eigenlijk als vanzelf de vierde voort, namelijk dat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht nauw verbonden zijn. Als de uiteindelijke toerekening, die in wezen op materieelrechtelijke noties steunt, mede afhankelijk is van de verdeling van het bewijsrisico, is het materiële recht als zodanig ook nauw met die bewijsrisicoverdeling verbonden.[124]

De vijfde en laatste gedachte die mijns inziens uit de hier beschreven theorieën te putten is, is dat de vraag naar de bewijsrisicoverdeling beïnvloed wordt, of afhankelijk is, van de eventuele aanwezigheid van diverse 'factoren' of normatieve gezichtspunten, zoals de 'Gefahrenbereich'-gedachte. Dat is overigens een constatering die ondersteund wordt door de uitkomsten van het positiefrechtelijke deel van deze studie waarin op het bestaan van een aantal argumenten voor verzwaarde aansprakelijkheid en bewijsrisico-omkeringen gewezen werd.[125]

---

119 Ik zal niet ontkennen dat de selectie van wat waardevol zou kunnen zijn, mede beïnvloed is door eigen voorkeuren en persoonlijke opvattingen. In zekere zin is die selectie steeds weer een keuze geweest. Ter onderbouwing kan ik enkel nog aanvoeren dat het keuzes betreft die mijns inziens noodzakelijk zijn om tot een juiste theorie te komen.

120 Deze gedachten geven op zichzelf geen direct antwoord op de vraag wie in een concreet geval het bewijsrisico draagt. In die zin zijn zij dan ook weinig richtinggevend. Deze overwegingen zijn dan ook alleen bedoeld als 'aanwijzingen' die bij de ontwikkeling van een theoretisch model in het oog gehouden zouden moeten worden.

121 Zie par. 5 hiervoor en par. III.4.

122 Zie par. 2, par. 3.3 en par. 6.

123 Zie par. 2 en par. 4, alsmede Stoll, AcP 1976, p. 196, en par. XIV.3.2.5.

124 Zie par. 3.3 hiervoor, eerder al hoofdstuk III en hoofdstuk XII, en par. XIV.3.2.4 hierna.

125 Zie par. 2 en par. 4 hiervoor, en eerder al hoofdstuk XII, alsmede Stoll, AcP 1976, p. 196, en McCormick 1992, p. 571.

Tot slot dient nog een overweging genoemd te worden die als zodanig niet uit de hier behandelde opvattingen voortvloeit, maar eerder uit de kritieken daarop. Uit het gegeven dat de bewijsrisicoverdeling een toerekeningsvraag is (de derde gedachte), volgt namelijk ook dat een eventuele uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in een algemene, abstracte rechtsnorm neergelegd zal moeten worden.[126] Het lijkt vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en voorspelbaarheid niet wenselijk om de bewijsrisicoverdeling louter afhankelijk te laten zijn van de concrete processuele situatie.[127] Dat is een gedachte die van theoretisch en praktisch belang lijkt te zijn en derhalve niet uit het oog verloren mag worden.[128]

126 Zie daarover onder andere Lepa 1963, p. 6 en 30-31; Schuster 1975, p. 108; Prütting 1983, p. 185, 190 en 243; Leipold 1985, p. 19-21 en 22; Prütting, KF 1989, p. 8-9; Musielak, ZZP 1987, p. 388; Kemper 1992, p. 83-84; McCormick 1992, p. 569; Heinrich 1996, p. 55-56, 79, 82, en 258; Baumgärtel 1996, Rdn. 150; Zöller/Greger 1999, Vor. § 284, Rdn. 17 en 22; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37, en par. III.3.3. In deze zin ook Meijers, VPO II 1955, p. 217. Zulks impliceert overigens in het geheel niet dat alleen de wetgever een dergelijke regel zou mogen geven. Ook de rechter (de Hoge Raad) formuleert algemene regels. Mijns inziens is dat gerechtvaardigd, omdat art. 177 Rv daartoe de ruimte biedt, zie ook Asser, Discussieverslag 1994, p. 53 en 55.

127 Zie bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 108. Zulks volgt overigens ook al uit de eerdere verwerping van de billijkheidsleer, zie par. III.3.

128 Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheden van toetsing in cassatie, hetgeen bij rechtsregels (abstracte normen) in principe op ruimere schaal mogelijk is, vergelijk Koopman 1996, p. 8.

De bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht

'Wenn plausible Ansprüche massenhaft an den Barrieren des Prozesses scheitern würden, wäre das Ansehen unseres Rechtssystems insgesamt beeinträchtigt.'

Braun, NJW 1998, p. 2322

1 Inleiding

Na geconstateerd te hebben dat de bestaande theorieën niet aanvaard kunnen worden, is het tijd zelf een poging te wagen om tot een theorie te komen. Hier zij herhaald dat het er om gaat een model te ontwikkelen voor die gevallen waarin, binnen het aansprakelijkheidsrecht, afgeweken wordt van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[1] Daarbij zal worden voortgebouwd op de in het tweede deel van deze studie gevonden argumenten, factoren of hoe wij ze ook willen noemen, alsmede op een aantal overwegingen van meer algemene aard uit hoofdstuk XIII.

In dit hoofdstuk zullen allereerst die argumenten, zoals ik ze zal noemen, en de algemenere overwegingen nogmaals kort op een rij gezet worden (par. 2). Daarna zal ik aangeven hoe mijns inziens een bewijsrisico-omkering gefundeerd zou kunnen worden (par. 3). Vervolgens zal in paragraaf 4 onderzocht worden hoe dit nieuwe model zich verhoudt tot het geldende positieve recht. Tot slot zal ik (par. 5) bekijken of het hier ontwikkelde model wellicht ook op een aantal andere delen van het burgerlijk recht van toepassing zou kunnen zijn.

2 Recapitulatie: de argumenten en enkele algemene overwegingen[2]

In Deel 2 kwam een aantal argumenten naar voren die bij een eventuele verzwaring van het materiële aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol spelen. Tevens kon geconstateerd worden dat diezelfde argumenten ook voor de vraag naar de bewijsrisicoverdeling van belang zijn.[3] Die argumenten zijn de volgende:

---

1 Vergelijk Schwab, FS Bruns 1978, p. 518. Over die hoofdregel, zie hoofdstuk III.

2 Deze paragraaf is een verkorte weergave van hoofdstuk XII en par. XIII.7. Aan de factor 'strekking van de norm' (par. XII.2.6) ga ik nog even voorbij.

3 Zie par. XII.1, par. XIII.7, alsmede hierna par. 3.2.4 en 3.2.5. Eenzelfde soort methode, waarbij voor de invulling van een deelterrein van het aansprakelijkheidsrecht teruggegrepen wordt naar de argumenten die elders in het aansprakelijkheidsrecht gelden, is recentelijk voor de toerekening naar verkeersopvattingen gehanteerd door Sieburgh 2000, met name p. 187 e.v. Ik wijs er nog op dat de navolgende lijst niet limitatief is. Als andere gebieden onderzocht waren, waren er

1. Gevaarzetting. Indien een persoon door zijn handelen (extra) gevaren schept, dient dat verdisconteerd te worden indien een ander schade lijdt.
2. Preventie. Degene die voorzorgsmaatregelen kan nemen om schade voor een ander te voorkomen, dient bewogen te worden dat ook te doen.
3. Slachtofferbescherming. Het 'onschuldige' slachtoffer dient zoveel mogelijk beschermd te worden tegen nadeel dat hem kan overkomen en zoveel mogelijk hersteld te worden in de positie zoals hij die voor de gebeurtenis innam.
4. Het 'Gefahrenbereich'. Degene die in een bepaalde situatie de mogelijkheid tot controle en beheersing heeft, dient die mogelijkheid te benutten op straffe van de toedeling van het bewijsrisico (en veelal aansprakelijkheid).
5. De profijt-gedachte. Degene die de lusten van een bepaalde activiteit naar zich toe trekt, moet ook de lasten van die activiteit dragen.
6. De afhankelijkheidsrelatie tussen partijen. De partij die afhankelijk is van de andere partij, dient tegemoet gekomen te worden, teneinde haar sterker te maken.
7. De doorwerking van de grondrechten. Privaatrechtelijke normen zijn ondergeschikt aan normen van hogere orde, zoals de grondrechten. Bij een conflict hebben die laatste normen 'voorrang'. Die voorrang dient verdisconteerd te worden in het civiele geding.
8. De informatie-achterstand van één der partijen. Indien zo'n achterstand bestaat, is het gewenst die op te heffen om partijen gelijke kansen te bieden.
9. Het opgewekte vertrouwen. Mensen kunnen in hun onderlinge relaties niet goed functioneren zonder een gezonde vertrouwensbasis. Dat vertrouwen mag niet beschaamd worden.
10. De verwezenlijking van de materiële norm moet mogelijk blijven. Indien een materiële norm zo is opgesteld dat toepassing ervan niet mogelijk is omdat de feiten veelal niet op te helderen zijn, dient er een correctie aangebracht te worden. Indien dat niet zou gebeuren, zou de norm 'leeglopen', een dode letter worden. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van degene die de norm opstelde. Het gaat hierbij overigens niet om een louter kwantitatief criterium (hoe vaak wordt de norm toegepast?), want er bestaan ook normen die nu eenmaal weinig ingeroepen kunnen worden, maar ook om een kwalitatief criterium (kan de norm worden toegepast in de daartoe bestemde gevallen?).[4]

---

waarschijnlijk andere argumenten bijgekomen. Zie ook de opsomming van 'Sachgünde' bij Prütting 1983, p. 257-263, en bij Münch.Komm. ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 112.

4 De situaties waarin de feitenvaststelling belemmerd wordt, worden hier niet genoemd. Naar mijn mening staan die gevallen teveel op zichzelf. Zo'n situatie kan immers in elke procedure spelen, maar kan ook net zo goed in het geheel niet spelen. Dat is geheel afhankelijk van het gedrag van partijen, zie ook par. 3.5.2. De Hoge Raad ziet in deze gevallen dan ook geen aanleiding voor een bewijsrisico-omkering, zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), en mijn noot in NTBR 1998, p. 87 e.v., alsmede par. XII.2.12. Eenzelfde soort verklaring is op te bouwen met betrekking tot het ontbreken van het element 'bewijsnood', zie Kemper 1992, p. 83-84 en 87, tenzij echter die bewijsnood onvermijdelijk, structureel, is. Op dat

Naast deze argumenten zijn nog enkele meer algemene noties van belang gebleken voor de verdere theorievorming. In paragraaf XIII.7 noemde ik:
1. Een bewijsrisico-omkering moet naar beide partijen toe gerechtvaardigd kunnen worden.
2. Het mag niet zo zijn dat de verwezenlijking van het materiële recht door de regels van bewijsrisicoverdeling onmogelijk wordt gemaakt.[5]
3. De verdeling van het bewijsrisico is uiteindelijk een toerekeningsvraag.
4. Dat heeft tot gevolg dat het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling nauw verbonden zijn.
5. En dat die verdeling afhankelijk is van allerlei argumenten van normatieve aard.[6]
6. De uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dienen in algemene en abstracte rechtsregels neergelegd te kunnen worden.[7]

Met dit alles weer vers in het geheugen kunnen wij dan overgaan tot de ontwikkeling van wat een theorie over de uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen zijn.

3 Het model: de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht

3.1 De formulering

3.1.1 Inleiding

Het gaat mij er in de eerste plaats om een model te ontwikkelen dat er in slaagt de in Deel 2 beschreven ontwikkelingen te verklaren.[8] Als het model daarin zou slagen, zijn wij er echter nog niet. Het zou voor de rechtsontwikkeling een vooruitgang betekenen als het model ook voorspellende waarde zou hebben, in die zin dat het model zou kunnen aangeven op welke deelgebieden er in de toekomst wellicht veranderingen zouden kunnen gaan plaatsvinden.[9]

Mijns inziens dient getracht te worden de hierboven beschreven argumenten in één principe te laten opgaan. Vanuit het oogpunt van kennisvermeerdering lijkt

---

moment zijn wij echter weer aangekomen bij de factor dat de norm niet meer te verwezenlijken is, waarover zo meteen meer.

5 Hetgeen ook uit het voorgaande volgt.

6 Zie hiervoor in deze paragraaf en par. 3.2.5.

7 Zie daarover ook al par. III.3.3 en III.3.4, en par. XIII.7.

8 In die zin ook Canaris, JuS 1993, p. 378. Hierin schuilt echter ook een gevaar. Een theorie die alles kan verklaren, zou wel eens zinloos kunnen blijken te zijn, zie Popper 1978, p. 58 e.v. Volgens Larenz 1991, p. 451, gaat het bij een juridische theorie niet zozeer om het verklaren, als wel om het integreren van normen in een logisch en qua waardering consistent systeem.

9 Huppes-Cluysenaer 1994, p. 14, noemt ook verklaren en voorspellen. Zie ook Canaris, JuS 1993, p. 379. Het kunnen oplossen van praktische problemen lijkt voor Canaris echter het belangrijkste te zijn, zie Canaris 1999, p. 51.

het immers wenselijk om in elk geval te proberen een zo algemeen mogelijke theorie te ontwikkelen. Als derhalve een poging ondernomen wordt om tot een theorie te komen die de deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht overstijgt, lijkt het noodzakelijk om op basis van deze argumenten één overkoepelende theorie te vormen, omdat die argumenten bepalend zijn per specifiek deelgebied.[10] Daar komt nog bij dat indien tot één principe gekomen kan worden, botsingen tussen de diverse argumenten wellicht vermeden kunnen worden.[11] Omdat ik op zoek ben naar het fundament voor de uitzonderingen op de hoofdregel, zou het bovendien voor de rechtspraktijk wenselijk zijn indien die uitzonderingen tot één 'bron' zijn terug te voeren. Daarmee zou de rechtszekerheid[12] op dit terrein gebaat zijn, en de toepassing van de regels van bewijsrisicoverdeling zo eenvoudig mogelijk blijven. In samenhang daarmee, als wij op zoek gaan naar één principe, komen wij tot een theorie die algemeen van aard is, hetgeen niet alleen een vereiste is dat in de wetenschapsleer gesteld wordt,[13] maar dat vooral hier van belang is, omdat, ik gaf dat net al aan, het de bedoeling van het model is de regels zoals die op de diverse deelgebieden gelden, te overstijgen. Hiermee is dan echter tevens geïmpliceerd dat de afzonderlijke argumenten in elk geval door het model omvat dienen te worden.[14]

Daaraan voorafgaand rijst wel de vraag of het mogelijk is de argumenten tot één principe te herleiden. Wellicht zijn de argumenten 'terreingebonden' in die zin dat bepaalde argumenten op het ene deelgebied een rol spelen, terwijl andere argumenten op een ander deelterrein hun invloed doen gelden, zonder dat er van enige samenhang sprake is.[15] Ook dan zouden deze argumenten overigens nog

---

10 Over het belang daarvan, Storme 1962, nr. 8-9. Wij zijn hier immers op zoek naar een theorie met betrekking tot *de* uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisico *binnen het aansprakelijkheidsrecht*. Het gaat dan mijns inziens niet aan om te blijven steken bij een multi-factorbenadering per deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht, of om enkel te proberen regels van groepscasuïstiek te ontwikkelen, zie ook Motulsky 1948, no. 126.

11 Omdat de argumenten dan tegen elkaar afgewogen zijn. Bovendien wordt zo de kritiek vermeden die Wahrendorf ten deel gevallen is. Wahrendorf meent dat er in het aansprakelijkheidsrecht 7 principes te ontwaren zijn die de bewijsrisicoverdeling regelen. Kritisch daarover (de principes zouden slechts ordeningsprincipes zijn zonder inhoudelijke afgrenzing) Baumgärtel 1996, Rdn. 162, en Heinrich 1996, p. 77-79, met verdere verwijzingen, en par. XIII.4.

12 De billijkheid blijft hier even buiten beeld, omdat verwacht mag worden dat die billijkheid reeds verdisconteerd is in de argumenten. Het gaat er dus mede om een systeem te ontwikkelen waarbij het in acht nemen van de billijkheid zo min mogelijk ten koste gaat van de rechtszekerheid. Zo ook Meier, ZSR 1987, p. 722.

13 Vergelijk Canaris, JuS 1993, p. 377.

14 Waarbij ik dus uitga van de juistheid van de premisse dat de hiervoor genoemde argumenten een rol spelen. Daarbij claim ik echter niet dat die lijst volledig is. Zoals wij nog zullen zien, is dat echter ook niet nodig.

15 Vergelijk Prütting 1983, p. 255. Voor deze auteur is dit een wezenlijk punt omdat hij op zoek is naar een fundament voor de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling voor het civiele recht. Hier speelt het argument dat de diverse principes zich wellicht beperken tot deelterreinen geen rol, omdat ik op zoek ben naar een grondslag voor de uitzonderingen op de hoofdregel die de individuele argumenten van de diverse deelterreinen overstijgt.

waardevol zijn, omdat daardoor immers per deelterrein duidelijk naar voren komt wat de achterliggende gedachten van een bepaalde regeling zijn of zouden moeten zijn,[16] maar de waarde van deze argumenten zou natuurlijk groter zijn als ze tot één geheel gesmeed zouden kunnen worden. In het verleden zijn pogingen daartoe met de nodige scepsis ontvangen.[17] De meerwaarde van één overkoepelend principe is mijns inziens echter groot genoeg om ten minste een poging te wagen. Ten eerste dient dan bepaald te worden hoe dat leidende principe zou kunnen luiden.

3.1.2 De centrale stelling en het model in hoofdlijnen

Mijns inziens ligt het leidende principe besloten in het overzicht van argumenten, en wel in het daarnaast ook als algemene notie gepresenteerde principe dat de *verwezenlijking van de materiële norm mogelijk moet blijven.* Dit principe zou ook omschreven kunnen worden als het beginsel van effectieve rechtsbescherming[18] of als het waarborgen van de effectiviteit van de norm.[19] Het gaat hier om een principe dat weliswaar regelmatig naar voren komt,[20] maar op enkele uitzonderingen

16 Vergelijk Musielak, NJW 1977, p. 620.

17 Zie Verburgh 1970, p. 10; Pohle, AcP 1955, p. 175; Prütting 1983, p. 228, 230, 255 en 256; Wahrendorf 1976, p. 13.

18 Zie bijvoorbeeld Schlemmer-Schulte 1997, p. 117; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 52, en Curtin & Preschal, NJB 1997, p. 378, die zich daarbij baseren op de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake gelijke behandeling (daarover ook Van den Broek & Van Hees, AA 1999, p. 226, 227, 231-232, en noot 395). In die jurisprudentie heeft het Hof het bewijsrecht in discriminatie-zaken zo ingericht dat verzekerd wordt dat de anti-discriminatie-wetgeving niet via de weg van de indirecte discriminatie gefrustreerd wordt. In deze zin ook Musielak 1975, p. 356, en Leenders 1997, p. 27 (zie ook nog p. 7, 76, 83, 85, 86 en 345).

19 Zie bijvoorbeeld Akkermans 1997, p. 402 e.v.; Frenk, NJB 1995, p. 484; Weinrib, MLR 1975, p. 529; Pals 1983, p. 181; Villegas-Lopez 1951, p. 102 en 113; Beudant/Lerebours-Pigeonnière 1953, no. 1139; Von Bar 1980, p. 277-278 en 280; Canaris, FS Larenz 1983, p. 50; Leipold 1985, p. 16; Möllers 1996, p. 152. Vergelijk ook Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 17.

20 Een selectie: Post 1893, p. 8; Grünebaum 1904, p. 13; Kan 1921, p. 140; Storme 1962, no. 348; Verburgh 1970, p. 3; Limperg, NJB 1977, p. 313; Ten Kate, Haardt-bundel 1983, p. 71 en 81; Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 685; Asser, TvGR 1991, p. 68; Asser 1992, p. 64, 93, 94, 97; Akkermans, WPNR 6043 (1992), p. 253; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 3, p. 1 en 2; Honoré, LQR 1998, p. 54; Larguier, RTD Civ. 1953, p. 42; Chevalier 1958-1959, p. 85, 225-227, en 268; Ekelöf, ZZP 1962, p. 297; Lepa 1963, p. 130, 131 en 132; Prölls, VersR 1964, p. 903; Prölls 1966, p. 75 en 103; Diederichsen, KF 1966, p. 21; Hofmann, NJW 1974, p. 1642; Musielak 1975, p. 317 en p. 372; Schuster 1975, p. 3, 55, 74 en 153; Reinecke 1976, p. 143; Larenz, FS Hauß 1978, p. 237; Stürner, NJW 1979, p. 2337; Heinemann 1988, p. 170-171; RGRK (Steffen), § 823, Rdn. 526; Gmehling 1989, p. 3, 113 en 181; Heinemann, NJW 1990, p. 2346 en 2351; Roth, ZHR 1990, p. 533; Wittmann, FS Baumgärtel 1990, p. 643; Münch. Komm. ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 112; Kemper 1992, p. 137, 259, 307 en 318; Tiedtke, PHi 1992, p. 144; Lytras 1995, p. 81; Huster, NJW 1995, p. 113; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 443; Möllers 1996, p. 117-118 en 315; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 52, 60, 95; Foerste 1997, § 30, Rdn. 13; Paulus, AcP 1997, p. 140; Weber 1997, p. 137 en 186; Schlemmer-Schulte 1997, p. 26 en 115; Arens/Lüke 1999, Rdn. 277; Zweigert & Kötz 1998, p. 672.

na,[21] nooit de centrale plaats heeft gekregen die het mijns inziens zou moeten hebben.[22]

Op basis van dit principe luidt mijn centrale stelling: *Een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen - met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is - omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.*

De materiële norm is niet meer te verwezenlijken als aansprakelijkheid op basis van die materiële norm niet te bereiken is vanwege de daarbij spelende bewijsproblemen, indien derhalve van de materiële norm in wezen niet meer dan een 'lege huls' resteert. Bewijsproblemen in de hier bedoelde zin doen zich daarbij alleen voor als er sprake is van *structurele bewijsnood*. Dat is het geval indien het in de meerderheid van de gevallen die in beginsel op materieelrechtelijk niveau onder de materiële norm geschaard zouden kunnen worden, niet tot toepassing van die norm kan komen doordat de feitelijke voorwaarden daarvoor structureel niet te bewijzen zijn.

Dit betekent niet dat de enkele bewijsnood op zichzelf voldoende is voor een bewijsrisico-omkering. Er dient meer aan de hand te zijn. Door het vereiste van structurele bewijsnood, waarin op zich al een beperking gelegen is, wordt bewerkstelligd dat het model alleen toepasselijk is als de materiële norm van zijn gelding, van zijn effectiviteit beroofd wordt. De verwezenlijking van de materiële norm dient in gevaar te zijn alvorens tot toepassing van het model besloten kan worden. De aanname van een bewijsrisico-omkering (en daarmee een verzwaarde vorm van aansprakelijkheid) is derhalve niet steeds mogelijk als zich een bewijsprobleem aandient. Het model tracht tot een oplossing te komen voor meer uitzonderlijke situaties.

In een aantal gevallen dient aansprakelijkheid echter wel mogelijk gemaakt te worden en daartoe kan de bewijsrisico-omkering ingezet worden (hoewel er ook materieelrechtelijke en procesrechtelijk alternatieven daarvoor bestaan). Dat is het geval indien aansprakelijkheid of een verzwaring van de bestaande aansprakelijkheid in het voorliggende type van gevallen *wenselijk* is. Of

21 Zie Wahrendorf 1976, p. 17, 23, 62, 78, 80, 100, 109 en 112; Devèze 1980, p. 517, 619 en 660; Kur 1981, p. 66-68; Prütting 1983, p. 264, en Baumgärtel 1996, Rdn. 169 en 507, waarover nader par. 3.3. Vergelijk overigens ook reeds Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 47, 50, 51 en 52. Weifelend over de waarde hiervan is Hofmann 1972, vooral op p. 70, hoewel dit principe echter wel her en der naar voren komt, en wel zeer pregnant op p. 101-102. Zo ook Schuster 1975, met name p. 100 e.v., die meent dat dit niet genoeg zeggingskracht heeft (p. 104).

22 Het hierna volgende wijkt overigens niet al te zeer af van wat reeds in de bestaande bronnen besloten ligt, waarbij ik met name Asser 1992, waarover par. XIII.6, en de literatuur in par. 3.3 noem. Het navolgende vormt een uitwerking van die gedachten.

aansprakelijkheid inderdaad wenselijk is, is afhankelijk van de *uitleg* van de materiële norm. Op basis van *het doel en de strekking* van die norm dient tot het oordeel gekomen te worden dat aansprakelijkheid wenselijk is. Aanvaarding van een bewijsrisico-omkering is derhalve afhankelijk van de vraag of het doel en de strekking van de materiële norm nog verwezenlijkt kan worden.

De invulling van het doel en de strekking van de materiële norm wordt bepaald door de argumenten, de materiële 'toerekeningsfactoren', zoals die in het positiefrechtelijk deel zijn gevonden. De argumenten die de bewijsrisicoverdeling bepalen, zijn dus uiteindelijk dezelfde als die welke de aansprakelijkheidsvraag op materieelrechtelijk vlak bepalen. Gezien de invloed van de bewijsrisicoverdeling op de materiële uitkomst van een procedure en de daaruit voortvloeiende nauwe banden tussen bewijsrisico en *materieel recht*, is het gebruik van materiële argumenten op bewijsrechtelijk niveau niet alleen logisch maar ook geboden. Deze aansluiting bij het materiële recht is tevens geboden, omdat de bewijsrisicoverdeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht een vorm van *toedeling* of toerekening van schade is. Omdat de uiteindelijke verdeling van het bewijsrisico, via de bepaling van het doel en de strekking van de materiële norm, afhankelijk is van een materieelrechtelijke invalshoek en de bewijsrisicoverdeling tevens een vorm van toerekening van schade is, wordt ook duidelijk dat de vraag naar de bewijsrisicoverdeling zich uiteindelijk oplost in een rechtsvindingsvraag.

In een meer 'schematische' vorm ziet het model er dan als volgt uit. Of de materiële norm niet meer te verwezenlijken is, zodat een bewijsrisico-omkering geïndiceerd is, is afhankelijk van het bestaan van: 1) een structureel bewijsprobleem, en 2) de wenselijkheid van (een verzwaring van) aansprakelijkheid. Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval een bewijsrisico-omkering aanvaard moet worden, dienen dan de volgende stappen genomen te worden: a) na uitleg van (doel en strekking van) de materiële norm; b) wordt getracht die materiële norm zoals uitgelegd toe te passen; c) indien dan de verwezenlijking van die norm problematisch blijkt te zijn door een structureel bewijsprobleem; d) maar aansprakelijkheid wenselijk is; e) dient een bewijsrisico-omkering aanvaard te worden.

3.1.3 Argumenten voor aanvaarding van het model[23]

Er bestaan diverse argumenten die er voor pleiten een bewijsrisico-omkering te accepteren indien de verwezenlijking van de materiële norm niet meer mogelijk is. Zo dient het procesrecht, waartoe de verdeling van het bewijsrisico naar de

23 De voordelen van het model zoals genoemd in par. 3.2.10, kunnen overigens ook als argumenten voor dit model gezien worden.

heersende leer behoort,[24] in de eerste plaats[25] ter verwezenlijking van het materiële recht.[26] Daaruit volgt dan ook dat het proces- en bewijsrecht in beginsel niet *in de weg mag staan* aan de toepassing en verwezenlijking van het materiële recht.[27] Het bewijsrecht is hulpmiddel, instrument.[28] Het zou in principe[29] niet zo mogen zijn dat de materiële norm gefrustreerd wordt door het bewijsrecht, meer specifiek de bewijsrisicoverdeling. Dat uitgangspunt maakt dat in bepaalde gevallen van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling afgeweken zal moeten worden. De verwezenlijking van de materiële norm staat centraal. De bewijsrisicoverdeling zal daaraan eventueel aangepast moeten worden.[30]

Het hier gekozen gezichtspunt wordt ook ondersteund door het gegeven dat het hele juridische debat, en dus ook dat aangaande de bewijsrisicoverdeling, uiteindelijk gericht is op de rechtvaardigheid.[31] Nu komt dit streven per definitie in gevaar indien de procedure beslist wordt via een bewijsrisicobeslissing, omdat er in die gevallen per definitie twijfel blijft bestaan over wat er daadwerkelijk

24 Vergelijk PG Bewijsrecht, p. 50. Of dat terecht is, vergelijk Snijders, Stein-bundel 1994, p. 10-11, kan in het midden blijven, zie noot 98.

25 Het procesrecht dient overigens ook de rechtvaardigheid op directere wijze, zie daarover Zöllner, AcP 1990, p. 477; Belinfante, WPNR 4056 (1948), p. 347 e.v.; Allan, OJLS 1998, p. 497 e.v.; Hoffmann 1992, p. 14, 16, en 140. Anders: Ten Kate, Haardt-bundel 1983, p. 71.

26 Zie onder andere Belinfante, WPNR 4056 (1948), p. 347 e.v.; RGZ 105, 422, op p. 427; BVerfG NJW 1979, 1925, op p. 1926; Solus 1950, p. 128; Devèze 1980, p. 13 en 660; Greger 1978, p. 179; Gottwald 1979, p. 224; Prütting, KF 1989, p. 6; Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 45; Hoffmann 1992, p. 14, 16, 141, en 247; Heinrich 1996, p. 16; Weber 1997, p. 137 en p. 216; Allan, OJLS 1998, p. 479 en 514-515; Polak 1953, p. 43 en 62; Storme 1962, no. 194; Ten Kate, Haardt-bundel 1983, p. 71 en 82; Tjittes, NJB 1988, p. 1130; Princen 1990, p. 23 en 55; Asser 1992, p. 51, 55, 64, 96; Van Nispen, Oratie 1993, p. 28; Pitlo-Hidma-Rutgers 1995, p. 2; Asser-Vranken, nr. 9 en 31; Snijders, NTBR 1996, p. 216; Rutgers, AA 1998, p. 978; Knigge 1998, p. 7; Bakels, conclusie voor HR 8 januari 1999, NJ 1999, 320 (De Haas/Autoschade Centrum Breda), nr. 2.2; Boukema, R & R 1999, p. 228; Kremer 1999, p. 144 en 171; Asser 1999, nr. 3.4; Kerameus, Towards-bundel 1998, p. 122 en 131. In die zin ook Kan 1921, p. 12, en Thesingh 1961, p. 30. Zöllner, AcP 1990, noemt dit de heersende leer (p. 473 en 476), doch verzet zich hiertegen, zie p. 481 en 486. Uitgebreid hierover Henckel 1970, p. 48 e.v.

27 Kerameus, Towards-bundel 1998, p. 122, 123 en 131; RGZ 105, 422, op p. 427; Blomeyer 1966, p. 10-11; Stürner, NJW 1979, p. 2337; Mummenhoff, ZZP 1987, p. 134; Braun, NJW 1998, p. 2322; Rutgers, AA 1998, p. 978; Asser, conclusie voor HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S), nr. 2.6, en zeer expliciet Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33 (Moot/Kuiper).

28 Vergelijk Cappelletti & Garth 1987, I-10, p. 14; Belinfante, WPNR 4056 (1948), p. 348; Ten Kate, Haardt-bundel 1983, p. 71, 78 en 82; Brenninkmeijer, Oratie 1993, p. 2 en 27; Rommé 1989, p. 118-119; Prütting, KF 1989, p. 6; Hoffmann 1992, p. 141.

29 Dat dat doel niet steeds bereikt wordt (Henckel 1970, p. 58), doet aan het beginsel niet af.

30 Als de bewijsrisicoverdeling tot het materiële recht gerekend wordt, verandert dat het voorgaande niet, want als materiële regel zal de bewijsrisicoverdeling, voor zover toegepast in het proces, toch ook tot verwezenlijking van het materiële recht moeten bijdragen.

31 Vergelijk Devèze 1980, p. 618 en 651; Scholten, Verz. Geschr. I 1949, p. 485; Pitlo 1969, p. 149; Hoffmann 1992, p. 164, voor het procesrecht als geheel. Met andere woorden, het procesrecht is ook op directe wijze gericht op de materiële rechtvaardigheid, zie ook noot 25. De bewijsrisicoverdeling zou dat dan ook moeten zijn.

geschied is.[32] Maar, gegeven de keuze van de wetgever of rechter voor een materiële regel die hij rechtvaardig acht en waarmee hij bepaalde doelen nastreeft, dient die keuze in beginsel gerespecteerd te worden. Dat betekent dat die norm niet van zijn gelding beroofd mag worden. Sterker nog, die norm dient verwezenlijkbaar gemaakt te worden. Als de ene regel van bewijsrisicoverdeling tot verwezenlijking van de norm kan leiden, terwijl een andere regel dat juist verijdelt, dient de eerste regel voorrang te krijgen.[33]

Op een meer gevoelsmatig niveau pleit voor dit model dat het vreemd zou zijn indien het aansprakelijkheidsrecht een (groot) aantal gevaltypen zou omvatten die niet tot gelding kunnen komen.[34] Wat hebben wij aan een norm die niet of nauwelijks in te roepen is, omdat de feitelijke elementen vereist voor toepassing van die norm, vrijwel nooit te bewijzen zijn?[35] Algemener gesteld: een wetboek met 'lege' normen is weinig richtinggevend voor de maatschappij. Het zal alleen het rechtvaardigheidsgevoel van de burger beschamen.[36] Weinig is frustrerender dan gelijk hebben, maar het niet kunnen krijgen. En dat is wat gebeurt als de mogelijkheid tot verwezenlijking van de materiële norm verloren gaat.[37]

Ook het beginsel van 'equality of arms', dat besloten ligt in het vereiste van een 'fair trial' uit art. 6 EVRM,[38] zou ter ondersteuning van het hier betoogde naar voren gebracht kunnen worden.[39] Het verzekeren van een eerlijk proces, niet alleen

---

32 Zie Belinfante, WPNR 4056 (1948), p. 351. Als over de feiten twijfel blijft bestaan, is de rechtvaardigste oplossing eigenlijk uit het zicht verdwenen, omdat de feiten in de eerste plaats bepalen wat, gegeven die feiten, rechtvaardig zou zijn.

33 Hiermee is geenszins gezegd dat niet afgeweken kan worden van een bewijsrisicoverdeling zoals in de wet bepaald. Als de materiële norm zo is opgesteld dat de wenselijke oplossing niet te bereiken is door het daarmee samenhangende bewijsprobleem, *moet* er mijns inziens zelfs van die regel afgeweken worden, juist omdat die oplossing niet te bereiken is.

34 Vergelijk Bydlinski 1982, p. 444: als een bepaalde uitleg ertoe leidt dat een regel doel- of functieloos wordt, dient die uitleg afgewezen te worden, want het is onwaarschijnlijk dat men een niet toepasbare bepaling heeft willen geven. Zie ook Hoffmann 1992, p. 102; Dommering-van Rongen, NTBR 1998, p. 153, en Meijers 1958, p. 9-10, die aangeeft dat als een regel niet toegepast wordt, niet van een rechtsregel gesproken kan worden.

35 Vergelijk Storme, RW 1992, p. 1443; Cane 1997, p. 55, en Boukema, R & R 1999, p. 223.

36 Vergelijk Betlem c.s. 1999, p. 7, en *Dimond* v. *Lovell* [2000] 2 All ER 897, op p. 900, ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht dat niet 'illusory in practice' zou mogen zijn, alsmede *Kamerstukken II* 1999/00, 26.800 VI, nr. 2, p. 10, waarin gesteld wordt dat goede wetgeving effectief en handhaafbaar is. In dit kader is interessant dat het debat in de Common law-landen om 'tort law' af te schaffen omdat dat stelsel toch niet rechtvaardig werkt, mede ingegeven werd door problemen ten aanzien van het bewijs(risico), zie Cane 1997, p. 231 e.v., met name p. 232. In die zin ook Deakin, OJLS 1999, p. 538 en 545.

37 Het principe van de 'verwezenlijking van de materiële norm' zien wij bijvoorbeeld ook terug bij de regeling van de collectieve actie, zie Florijn, AA 1991, p. 843, bij de regeling van de algemene voorwaarden, met name waar het gaat over onredelijk bezwarende bewijsafspraken (art. 6:236 sub k), zie T & C BW (Valk), art. 6:236, aant. 6, en bij art. 6:97 BW, zie noot 140.

38 Zie Knigge 1998, p. 17; EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 nt. EJD (Dombo); EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber), en de noot van Snijders (sub 2c) onder HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 nt. HJS (Kinetics/Mol).

39 Weifelend is Dommering in zijn noot onder EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 nt. EJD (Dombo).

theoretisch, maar ook feitelijk,[40] is een positieve plicht van een staat[41] en de 'equality of arms' vergt, zo wordt wel gezegd, dat een procespartij een reële mogelijkheid heeft haar vordering te bewijzen.[42] Zeker is in elk geval dat de ene partij niet een substantieel nadeel mag ondervinden ten opzichte van de andere partij bij de bewijslevering, ofwel dat de ene partij bij de bewijsvoering niet een ongeoorloofde voorsprong op de ander mag hebben.[43]

Dit zou ook voor ons onderwerp van belang kunnen zijn. Als een bepaald type vordering vrijwel niet te bewijzen is omdat afdoende bewijsmiddelen in die gevallen niet of nauwelijks aanwezig zullen zijn, zijn die gelijke mogelijkheden voor partijen namelijk *feitelijk* niet aanwezig, zodat de handhaving van het materiële recht ook onmogelijk is.[44] Uit de positieve plicht van een staat om de rechten uit art. 6 EVRM te effectueren, zou dan kunnen voortvloeien dat een staat aan die inherente feitelijke onmogelijkheid om een vordering geldend te maken, een einde zou moeten maken. In procedures waarin beide partijen in bewijsnood verkeren, zijn hun bewijsmogelijkheden echter gelijk (afwezig bij beiden), en dan zou een bewijsrisico-omkering alleen als effect hebben dat de rechten van de andere partij in het gedrang komen. Als echter de wederpartij wél in staat geacht moet worden bewijs te leveren, zou uit het voorgaande afgeleid kunnen worden dat de staat op dat vlak een bewijsrisico-omkering of een andere bewijsverlichting zou moeten introduceren.[45] Alleen zo is de 'equality of arms' te waarborgen.[46]

---

40 Knigge 1998, p. 18.

41 Knigge 1998, p. 8, 10 en 22.

42 Zie Giesen 1988, nr. 1054. Vergelijk ook Kremer 1999, p. 228 en 229; Lepa 1988, p. 37, en Möllers 1996, p. 117.

43 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 nt. EJD (Dombo) en EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber), respectievelijk HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 nt. HJS (Kinetics/Mol), en de noot van Snijders (sub 2c) met verdere verwijzingen.

44 Vergelijk Schlemmer-Schulte 1997, p. 46, en Foerste 1997, § 30, Rdn. 7.

45 Vergelijk Baumgärtel/Wittmann 1980, p. 20-21, en Schlemmer-Schulte 1997, p. 91-93, die schrijft over de uit de Duitse Grondwet stammende 'Waffengleichheit', die goed te vergelijken is met de 'equality of arms'-notie. Zij neemt daarbij afstand van de 'meerderheidsmening' in BVerfG NJW 1979, 1925, op p. 1927, die uitging van een formele uitleg van deze notie (doch de al bestaande bewijsrisico-omkering in stand liet), en volgt de materiële uitleg van de andere rechters (NJW 1979, p. 1925-1926; zo ook Vollkommer, FS Schwab 1990, p. 518-520). Ook uit het verbod van willekeur zou volgens Schlemmer-Schulte 1997, p. 994, een bewijsrisico-omkering kunnen volgen. Dat de bewijsrisicoverdeling op basis van de hoofdregel in beginsel voldoet aan de normen van 'equality of arms', zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 93, doet aan het hier betoogde niet af. Het gaat hier om uitzonderingsgevallen, waarbij een correctie nodig is.

46 Ik wijs er wel nog op dat het bewijsrisico en de bewijsmogelijkheden van partijen in beginsel los staan van elkaar omdat de eerste pas gaat spelen als de tweede afwezig zijn, zie Giesen 1999, p. 126, noot 242, en Stürner, NJW 1979, p. 2337, maar de feitelijke bewijsmoeilijkheden kunnen wel van dien aard zijn dat het dragen van het bewijsrisico als zodanig een inbreuk op de 'equality of arms' gaat worden. Vergelijk in dit kader ook BGH NJW 1981, 1673, op p. 1674 (bewijsrisico-omkering in verband met effectieve rechtsbescherming).

3.2 Uitwerking van het model

3.2.1 Inleiding

Het in paragraaf 3.1.2 door mij gepresenteerde model vergt enige toelichting. Het begrip 'niet meer te verwezenlijken' en de elementen die daarbij gebruikt worden, dienen nader ingevuld te worden om het gebruik van het model te vereenvoudigen.

3.2.2 Uitwerking: structurele bewijsnood

De vraag die voor de toepassing van dit model beantwoording behoeft, is wat de betekenis van het begrip 'niet meer te verwezenlijken' is. Dat begrip valt uiteen, zo zagen we, in twee elementen of vereisten. Het eerste is dat er sprake dient te zijn van *structurele bewijsnood*. Daarmee doel ik op die situatie dat in een geval dat normaal gesproken onder de materiële norm gebracht zou moeten kunnen worden, de maatschappelijk wenselijke beslissing structureel niet meer te bereiken is ten gevolge van praktische (feitelijke) problemen bij de bewijslevering.[47]

Voor toepassing van het model is derhalve vereist dat het de structurele bewijsproblemen zijn die de niet-verwezenlijking van (het doel en de strekking van) de norm tot gevolg hebben. Als puur materieelrechtelijke voorwaarden voor toepassing van de norm in de weg staan aan een wenselijk resultaat, zal de oplossing in principe buiten de bewijsrisicoverdeling gezocht moeten worden, door wijziging van die materiële voorwaarde (versoepeling van de norm).[48] In zulke gevallen de weg van de bewijsrisico-omkering volgen, zou in feite het bewandelen van een sluiproute betekenen.[49]

Daarmee is de vraag verworden tot deze: wanneer is er sprake van 'feitelijk niet meer bewijsbaar zijn'? Dat is mijns inziens het geval indien de eiser[50] het bewijs niet rond *kan* krijgen, met als gevolg dat het tot een *non liquet* komt. Die situatie kan zich mijns inziens op tweeërlei[51] wijze voordoen. Ten eerste kan het te bewijzen feit objectief gezien niet bewijsbaar zijn, niet alleen voor de eiser, maar ook voor de gedaagde. Dat is bijvoorbeeld vaak het geval ten aanzien van het causale verband in milieu-aansprakelijkheidszaken.

---

47 Vergelijk Schut 1974, p. 62; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 443.

48 Een voorbeeld is dat het bewijs van de voorwaarde geacht wordt geleverd te zijn indien een ander feit, in plaats van die voorwaarde, bewezen is, terwijl dat feit makkelijker te bewijzen is. Het gaat hierbij dus eigenlijk om bewijs door vermoedens, zie ook par. 3.2.7.2. Een voorbeeld hiervan biedt de regeling van de doorbreking van een gesloten verkooporganisatie, zie par. XI.2.1.2.

49 Waarmee geenszins gezegd is dat dat niet zou gebeuren of gebeurd is, vergelijk Schut 1997, p. 26-27 over het gebruik van het vermoeden van schuld, en hierna par. 3.2.7.2.

50 Hetzelfde kan, in een spiegelbeeldige situatie, ten aanzien van de gedaagde gezegd worden, zie noot 52.

51 Zie ook Weber 1997, p. 247-248.

Ten tweede kan de bewijsnood van de eiser voortvloeien uit de informatieverdeling tussen partijen. De eiser is niet in staat bewijs te leveren; de gedaagde zou dat wellicht wel zijn.[52] Voor zover die tweede situatie zich structureel voordoet, en de daaruit voortvloeiende problemen niet op andere wijze op te lossen zijn, zoals bijvoorbeeld via de bewijswaardering,[53] kan een bewijsrisico-omkering nodig zijn. Het gaat hierbij dus om twee situaties van *structurele én noodzakelijke* bewijsnood voor de eiser.[54] Met minder kan geen genoegen genomen worden.[55]

Deze omschrijving beoogt uitdrukkelijk niet om ieder mogelijk *non liquet* te omvatten. Dat laatste begrip is ruimer dan de hier gehanteerde definitie, omdat daaronder ook de gevallen te rangschikken zijn waarin het in concreto, in het specifieke geval, tot bewijsnood komt, zonder dat zulks structureel is voor dat soort gevallen.[56]

Het structurele karakter van de bewijsnood is aanwezig indien die bewijsnood de *meerderheid* van de gevallen omvat die onder de norm zouden vallen als er geen bewijsnood zou spelen (als de feiten wel duidelijk zouden zijn).[57] Met andere woorden, alleen als de bewijsnood in het merendeel van de gevallen een sta-in-de-weg is, komt de hier gepresenteerde oplossing voor toepassing in aanmerking. Als zich slechts in enkele individuele gevallen bewijsnood voordoet, komt de verwezenlijking van de norm niet in gevaar en is aan een correctie geen behoefte.

Een voorbeeld. In het arrest *Kacar/Stegeman*[58] was het de vraag of de ontslagen werkneemster ten tijde van de opzegging zwanger was. Duidelijk was dat ze in elk geval kort na die opzegging zwanger was. De vraag die resteerde was op ze ook al op het moment van opzegging zwanger was. De Hoge Raad besliste dat het bewijsrisico te dien aanzien op de werkgever rust, als ten minste de

---

52 Het spiegelbeeld van deze situaties kan zich ook voordoen, en wel als het gaat om een feit ten aanzien waarvan de gedaagde naar de hoofdregel het bewijsrisico draagt (overmacht, eigen schuld). In zo'n geval kan men in beginsel dezelfde principes toepassen.

53 Zie verder par. 3.5.1. Door een vernieuwde inrichting van het burgerlijke proces, gericht op het meer en meer boven tafel halen van de feiten, zie nader par. II.2, kan deze tweede situatie meer en meer voorkomen worden.

54 Het begrip 'structurele' of 'typische' bewijsnood is niet nieuw, vergelijk BVerfG NJW 1979, 1925; BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427; BGHZ 126, 217, op p. 224; Reinecke 1976, p. 88; Hager, NJW 1986, p. 1968; Heinemann 1988, p. 178; Gmehling 1989, p. 45; RGRK (Nüßgens), § 823, Anh. II, Rdn. 286; Vollkommer, FS Baumgärtel 1990, p. 596; Reinhardt, NJW 1994, p. 97; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 25.

55 Vergelijk Storme 1962, no. 351. In die zin ook Kemper 1992, p. 307. Ik merk hier nog op dat indien de ontwikkeling in het civiele procesrecht om meer feiten boven tafel te krijgen, doorzet, zie daarover par. II.2, de tweede situatie (ongelijkheid in de informatieverdeling) minder zal voorkomen.

56 Vergelijk de definitie van het *non liquet* in par. I.3.

57 Voor wat het waard is, noem ik hier het percentage van 65 % van de gevallen als invulling van het begrip 'meerderheid'. Verder dan een grove inschatting zal de rechter echter niet kunnen komen. Dit percentage berust op een inschatting mijnerzijds (ongeveer tweederde) over hoe 'meerderheid' in een cijfer omgezet zou kunnen worden.

58 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 nt. PAS (Kacar/Stegeman), waarover kritisch Gras, WPNR 6062 (1992), p. 653 e.v.

werkneemster heeft aangetoond dat ze in elk geval kort na de opzegging zwanger was. Is er hier sprake van structurele bewijsnood? In een 'normaal' geval van ontslag tijdens de zwangerschap zal geen bewijsprobleem rijzen, omdat dan veelal vrij eenvoudig duidelijk gemaakt zal kunnen worden dat die zwangerschap reeds begonnen was. Alleen in die gevallen waarin het begin van de zwangerschap en het ontslag vrijwel samenvallen in de tijd, rijst er een bewijsprobleem. In die specifieke gevallen is er echter ook meteen een structureel bewijsprobleem.

De beslissing van de Hoge Raad om voor die specifieke situatie een eigen bewijsrisico-regel toe te passen, zou als onjuist gezien kunnen worden. Slechts in een beperkt aantal gevallen is er hier immers sprake van een bewijsprobleem, namelijk indien opzegging en zwangerschap samenvallen, zodat niet gezegd kan worden dat er een structureel probleem aanwezig is dat de verwezenlijking van de norm in gevaar brengt. De ratio van deze regeling is bovendien om te voorkomen dat een werkneemster ontslagen wordt, *vanwege het enkele feit dat* ze zwanger is. Als iemand ontslagen wordt in een zo vroeg stadium van de zwangerschap dat (ook naderhand) niet duidelijk wordt of die zwangerschap al begonnen was, zal die zwangerschap ten tijde van de opzegging nog niet bekend zijn geweest, zodat het niet wel denkbaar is dat de werkneemster ontslagen werd, louter en alleen omdat ze zwanger was. De werkgever wist niet van de zwangerschap, zodat daarin niet zijn intentie voor het ontslag kan hebben gelegen.

Een ander oordeel hieromtrent is echter ook mogelijk. Men zou kunnen zeggen dat indien de werkneemster heeft aangetoond dat zich in dit geval de specifieke situatie voordoet dat het begin van de zwangerschap en het ontslag samenvallen, de ratio van de ontslagregeling, die gericht is op de bescherming van de werknemer, met zich brengt dat het bewijsrisico op de werkgever komt te rusten. Als de werkneemster in dat bewijs slaagt, is immers duidelijk dat in die specifieke situatie een structureel bewijsprobleem gegeven is. Die bewijsrisicoverdeling is in die specifieke situatie gerechtvaardigd omdat in dat geval het structurele bewijsprobleem maakt dat de verwezenlijking van de materiële norm in gevaar is.

Dit voorbeeld geeft aan dat de materiële norm in kwestie nauwkeurig omschreven en geconcretiseerd zal moeten worden om tot een juiste beoordeling te kunnen komen. Het hangt af van de formulering van de materiële norm of die norm nog geëffectueerd kan worden of niet. Voor het aansprakelijkheidsrecht betekent dit dat bij de beoordeling van de vraag naar een bewijsrisico-omkering voorbij gegaan dient te worden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals geformuleerd in art. 6:162 BW. In plaats van 'de zorgvuldigheid zoals die in het maatschappelijk verkeer betaamt', dienen wij de meer concrete 'deelnorm' op een bepaald terrein te beoordelen, zoals bijvoorbeeld dat een beroepsbeoefenaar dient te handelen zoals het 'een redelijk handelend beroepsbeoefenaar betaamt'. De te beantwoorden vraag is dus of de 'deelnorm' (dat een beroepsbeoefenaar die niet

handelt als een redelijk handelend beroepsbeoefenaar, aansprakelijk zou moeten zijn) nog te verwezenlijken is.

Deze *concretisering* is niet alleen van belang voor de beoordeling van de structurele bewijsnood, maar ook voor de beoordeling van het tweede element, de wenselijkheid van aansprakelijkheid. Voor die nader geconcretiseerde deelnorm dient bepaald te worden of aansprakelijkheid nog te verwezenlijken is. Het doel en de strekking van die deelnorm dient nog te verwezenlijken te zijn. In het geval *Kacar/Stegeman* werd de toepasselijke norm mijns inziens te veel 'geconcretiseerd' en te veel toegespitst op het concrete geval, waardoor uiteindelijk verder gegaan werd dan de ratio van de regeling vereiste.[59]

Tot slot nog dit. In paragraaf XII.2.12 stelde ik ten aanzien van het element bewijsnood dat de enkele bewijsnood geen onderscheidend vermogen heeft met betrekking tot de verdeling van het bewijsrisico, omdat er nu eenmaal altijd bewijsnood is indien de bewijsrisicoverdeling relevant wordt.[60] De vraag zal dan rijzen waarom hier dan weer de bewijsnood geïntroduceerd wordt. Ten eerste omdat het hier over structurele bewijsnood gaat en ten tweede omdat het bestaan van een dergelijke structurele bewijsnood een eerste voorwaarde is om eventueel tot een algemeen toepasbare bewijsrisico-omkering over te gaan. Als er geen structurele bewijsnood bestaat, komt een bewijsrisico-omkering niet in beeld. Als die bewijsnood wel bestaat, is dat voor de verdere *verdeling* van het bewijsrisico niet beslissend. Die verdeling wordt bepaald door de wenselijkheid van aansprakelijkheid en de daarbij gebruikte argumenten, waarop ik zo meteen nader in ga, en niet door de bewijsnood.

3.2.3 Uitwerking: aansprakelijkheid wenselijk

Het tweede element of vereiste van het model is dat aansprakelijkheid of verzwaring van aansprakelijkheid *wenselijk* is.[61] Dat is het geval indien zulks door middel van uitleg van de materiële norm, na bepaling van het doel en de strekking van die norm, vastgesteld is. Het is derhalve *het doel en de strekking van de norm die verwezenlijkt dient te kunnen worden.*[62] Het gaat uiteindelijk niet alleen om de

59 Het kan natuurlijk zo zijn dat er contra-indicaties zijn die de beoordeling in een andere richting sturen, bijvoorbeeld wanneer de werkneemster kort voor de opzegging aan de werkgever heeft meegedeeld zwanger te willen worden. In zo'n geval zal de bewijswaardering bepalend zijn.

60 Dat de enkele bewijsnood voldoende zou zijn, zou ook niet te rijmen zijn met de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt, vergelijk HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld), en mijn noot in NTBR 1998, p. 87 e.v., met verdere verwijzingen.

61 Zo ook Diederichsen, KF 1966, p. 21.

62 Zo ook Baumgärtel 1991, § 823 II, Rdn. 45, en § 824, Rdn. 9, en Baumgärtel 1996, Rdn. 169, 548-549, en dezelfde, FS Walder 1994, p. 150, alsmede in FS Baur 1981, p. 213, aarzelend echter in Baumgärtel 1991, § 618, Rdn. 2. Vergelijk ook Schuster 1975, p. 55; 1967, p. 557-559; Larenz, FS Hauß 1978, p. 237; Wittmann, FS Baumgärtel 1990, p. 640; Reinhardt, NJW 1994, p. 99; Gmehling 1989, p. 64; Leipold 1985, p. 17; Prütting 1983, p. 264; Wahrendorf 1976, p. 65 en 72;

letter van de wet, maar om de strekking van de norm op een bepaald terrein.[63] Dat zou ook niet anders kunnen nu de hier relevante norm, zoals in de wet geformuleerd, eigenlijk steeds dezelfde is; het gaat vrijwel steeds om de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer vereist is. De strekking van die norm verschilt echter wel per deelterrein. Per deelterrein moet die strekking dan ook verwezenlijkt kunnen worden.

Het begrip 'doel en strekking van de norm' is niet het meest bepaalde of bepaalbare begrip dat de juridische wetenschap rijk is. Als (poging tot) nadere omschrijving kan het volgende dienen. Met 'doel en strekking' bedoel ik, in navolging van Pontier:[64]

> 'dat aan rechtsnormen een bepaald doel of beginsel ten grondslag ligt (...) of dat de rechtsnorm een bepaalde functie heeft, of een bepaald belang beoogt te beschermen dat bij toepassing van de norm ook moet worden gediend.'

Het doel en de strekking van een materiële norm wordt op zijn beurt weer bepaald en ingevuld door de argumenten zoals die uit het positiefrechtelijke deel van deze studie naar boven zijn gekomen.[65] Aan de hand van die argumenten, die wij ook 'toerekeningsfactoren' zouden kunnen noemen, dient bepaald te worden of (een verzwaring van) aansprakelijkheid mogelijk is of juist niet, of de argumenten voor (uitbreiding van) aansprakelijkheid zwaarder wegen dan de argumenten tegen.[66]

Die 'toerekeningsfactoren' dienen beschouwd te worden als rechtvaardigingsgronden in concreto, welke gericht zijn op de rechtvaardigheid op abstracter niveau, namelijk het verwezenlijken van de norm mogelijk houden. Door middel van die

---

Musielak 1975, p. 317-318; Devèze 1980, p. 517 en 597; Asser, conclusie (nr. 2.24) voor HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (Knook/Melchers); Asser 1992, p. 4, 52, 59, 91, 109; Asser, Bewijsrechtbundel 1994, p. 19; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 662; Frenk, Schademecum 1995, p. 15; Smith 1998, p. 189. Vergelijk ook de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604 (Uniforce/Munewer); de noot van Stein onder HR 18 juni 1982, NJ 1982, 606 nt. PAS (Hurkmans/Schuurink); Stoll, AcP 1976, p. 159; Schlemmer-Schulte 1997, p. 30; Stein/Rueb 2000, p. 98, en BVerfG NJW 1998, 519, op p. 520, waarin gesteld wordt dat het doel en de strekking van de normen tot gelding gebracht moet worden.

63 Vergelijk PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1022 ('Men zal de wet steeds naar zijn strekking dienen uit te leggen.'); Lankhorst 1992, p. 124; Gmehling 1989, p. 64; Zweigert & Kötz 1998, p. 602, en Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1998, 113 (Weststrate/De Schelde), waarin de vraag of een bewijsrisico-omkering nodig is, gekoppeld wordt aan de strekking van de materiële norm. Ook Spier, Afscheidsrede 1999, p. 3, en Van Dam 2000, nr. 839, leggen die koppeling. Zie ook Kemper 1992, p. 23, 84, en 244.

64 Zie Pontier 1998, p. 35. Vergelijk ook Asser-Scholten, p. 119; Pitlo 1969, p. 125-126, en Lankhorst 1992, p. 117 e.v.

65 Zie par. 2. Wat het doel en de strekking van een bepaalde norm is, kan bepaald worden door de wetgever of de rechter, afhankelijk van de situatie waarin de vraag zich aandient. Het model is op beide soorten 'rechtsvormers' van toepassing, zie par. 3.2.8.

66 Het gaat hier dus om een afweging. Het kan ook gebeuren dat een bepaalde vorm van aansprakelijkheid zich in eerste instantie uitbreidt, maar dat op een bepaald moment een eindpunt bereikt wordt, zoals bijvoorbeeld bij de verkeersaansprakelijkheid het geval lijkt te zijn, zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25.759, nr. 5.

argumenten wordt aangegeven wat het *in concreto* rechtvaardig doet zijn om het nadeel (van een situatie waarin feitelijke onzekerheid heerst) toe te rekenen aan de andere partij. Want dat is het gevolg van het streven de verwezenlijking van de norm mogelijk te maken: de wederpartij draagt daarvan het nadeel. En dat dient gerechtvaardigd te kunnen worden.[67] Deze rechtvaardigingsgronden werken overigens niet eenzijdig, in die zin dat deze alleen aangeven waarom de uitkomst rechtvaardig is voor de bevoordeelde, maar tweezijdig. Ook de rechtvaardiging om de andere partij het risico te laten dragen in situaties waarin onzeker is dat deze dat nadeel zou moeten dragen, ligt daarin besloten. Het antwoord op de rechtspolitieke vraag naar de wenselijkheid van aansprakelijkheid wordt dus op basis van deze toerekeningsfactoren gegeven.[68]

Ik geef direct toe dat zodoende de kans bestaat dat de wederpartij meer nadeel krijgt te dragen dan wellicht aan haar toe te rekenen zou zijn geweest indien de feiten wel bewezen zouden zijn. Die consequentie vloeit echter rechtstreeks voort uit de aard van de bewijsrisicoregels en is onvermijdelijk zolang wij het traject van de bewijsrisicoverdeling volgen.[69] Als wij aan dit 'surplus' aan toerekening willen ontkomen, dient iedere bewijsrisicobeslissing vermeden te worden.[70]

Ik ontken dus niet dat een bewijsrisico-omkering op basis van het hier gepresenteerde model nadelig en wellicht zelfs tot op zekere hoogte onrechtvaardig voor de gedaagde zou kunnen uitpakken. Dat is dan ook een overweging die wij zullen moeten meenemen.[71] Als echter op basis van het principe dat de normverwe-

---

67 Vergelijk noot 90, en bijvoorbeeld Hoekzema 2000, p. 43, die aangeeft dat een verplaatsing van nadeel via het aansprakelijkheidsrecht een rechtvaardiging behoeft. Een bewijsrisico-omkering zorgt ook voor (meer) verplaatsing van nadeel.

68 Ik realiseer me dat het antwoord op die vraag niet steeds eenvoudig te geven zal zijn, maar die vraag is in wezen geen andere dan de gebruikelijke bij toepassing van het aansprakelijkheidsrecht.

69 Dat een partij méér nadeel draagt dan die partij zou dragen als de feiten (hypothetisch gesproken) wel bekend zouden zijn, is onontkoombaar omdat de wederpartij, na een bewijsrisico-omkering, niet alleen in de situatie dat de eiser gelijk heeft maar dat niet kan bewijzen, maar ook in de situatie dat de eiser ongelijk heeft maar dat niet te bewijzen is, de schade draagt. Dat daarvoor een rechtvaardiging nodig is, is evident, zie ook hierna noot 90, maar die rechtvaardiging hoeft niet buiten de kaders te gaan die hier gesteld zijn. Immers, gegeven een situatie van feitelijke onzekerheid zal een bewijsrisicoverdeling *altijd* tot de uitkomst leiden dat één partij teveel nadeel draagt, zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 45. Als het bewijsrisico bij de eiser blijft, zal deze ook meer nadeel dragen dan in werkelijkheid door hem gedragen zou moeten worden, vergelijk Stoll, FS Von Hippel 1967, p. 558. Mijns inziens is hierin ook een aanzet te vinden voor een verklaring voor de meest gewraakte consequentie van het Des-arrest (HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB), namelijk dat de producenten voor meer schade opdraaien dan ze veroorzaakt kunnen hebben. Die consequentie volgt noodzakelijkerwijs en onvermijdbaar uit de bewijsrisicobeslissing die de Hoge Raad in dat arrest gegeven heeft.

70 Zie noot 69. Voor alternatieven, zie par. 3.2.7. Of het wenselijk zou zijn de bewijsrisicoverdeling af te schaffen, kan ik hier in het midden laten. Die optie is namelijk, zelfs met inachtneming van de toegenomen materieelrechtelijke mogelijkheden, zo onwaarschijnlijk (zie Heinrich 1996, p. 8-18) dat een antwoord daarop niet zinvol is.

71 Beide kanten van de zaak verdienen de aandacht, zie bijvoorbeeld Möllers 1996, 11; Akkermans, WPNR 6043 (1992), p. 252; Spier, Oratie 1990, p. 18; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 4, p. 3, en *Thompson* v. *Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* [1984] 1 All ER 881, op p. 917.

zenlijking niet in gevaar mag komen, tot een omkering van het bewijsrisico besloten wordt, zal er mijns inziens niet snel alsnog van dat uitgangspunt afgeweken kunnen worden. De daarvoor relevante argumenten zien immers niet alleen op de positie van de eiser. Ze vormen tevens de rechtvaardiging voor een verzwaring van de positie van de gedaagde.

Een argument om *niet* tot een bewijsrisico-omkering over te gaan, zou wellicht hierin gelegen kunnen zijn dat door zo'n bewijsrisico-omkering sommige vormen van aansprakelijkheid *onverzekerbaar* zouden worden.[72] Naar mijn mening is dat argument op zichzelf echter niet voldoende sterk om van een bewijsrisico-omkering af te zien.[73] Zoals het enkele feit dat iemand verzekerd is, niet tot het aannemen van aansprakelijkheid mag leiden,[74] zo zou mijns inziens ook het enkele feit dat iemand niet verzekerd is of zich niet kan verzekeren, niet op zichzelf voldoende mogen zijn om geen aansprakelijkheid aan te nemen.[75] Daarbij komt nog dat het vooralsnog onzeker is hoe het nu daadwerkelijk met die verzekerbaarheid is gesteld. De verzekeringswereld klaagt geregeld, maar harde gegevens zijn moeilijk te verkrijgen, mede omdat de verzekeraars die nauwelijks (kunnen of willen) verstrekken.[76] Zolang die gegevens ontbreken, dient de gedachte van onverzekerbaarheid mijns inziens met de nodige voorzichtigheid gehanteerd te worden.[77]

Bovendien zou een bewijsrisico-omkering, waardoor aansprakelijkheid eerder aangenomen zal kunnen worden, ook tot gevolg kunnen hebben dat potentiële gedaagden beter gaan opletten en voorzichtiger worden, of in elk geval ervoor zullen zorgen om, voor zover mogelijk, bewijsmiddelen te vergaren, zodat het aantal

---

72 Zie bijvoorbeeld Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1136: door een bewijsrisico-omkering wordt de aansprakelijkheidslast groter, waardoor de verzekerbaarheid in gevaar kan komen.

73 Spier, Afscheidsrede 1999, p. 16, meent dat dit argument niet veel invloed heeft op de rechter. Het lijkt bovendien niet onwaarschijnlijk dat in zo'n geval de materiële norm zelf, en niet de bewijsrisico-omkering, tot de verzekeringsproblemen zal leiden.

74 Zie bijvoorbeeld Hartlief/Tjittes 1999, p. 22-23; Nieuwenhuis, RM Themis 1987, p. 209 e.v.; Bergkamp, Oratie 1998, p. 44, en par. XII.2.15. Vergelijk ook Hoekzema 2000, p. 45, die aangeeft dat de gedachte van 'de best mogelijke schadespreiding', welke nauw verwant is aan de vraag wie verzekerd is of zou moeten zijn, geen grondslag voor aansprakelijkheid kan zijn.

75 Vergelijk Mildred & Howells, MLR 1998, p. 570. In schrijnende gevallen zou daarnaast de matiging op basis van art. 6:109 BW nog soelaas kunnen bieden. Hier zou nog tegengeworpen kunnen worden dat een bewijsrisico-omkering haar doel voorbij zou kunnen schieten in die zin dat mede daardoor de materiële norm alsnog niet meer te verwezenlijken zou zijn, omdat de toegekende schadevergoeding niet verhaald zou kunnen worden door het ontbreken van verzekeringsdekking. Zodoende wordt mijns inziens echter miskend dat het beter is om een niet-verhaalbare vordering toe te wijzen dan om een gerechtvaardigde vordering af te wijzen omdat die toch niet verhaalbaar zou zijn.

76 Zie Spier/Bolt 1996, p. 4 en 8.

77 Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen); diens conclusie voor HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 nt. ARB (Rouwhof/Eternit), nr. 4.1, 4.4, en 4.10, en Spier, Afscheidsrede 1999, p. 16-17.

(succesvolle) vorderingen wellicht zelfs zou kunnen verminderen, met als gevolg dat de verzekerbaarheid alsnog gewaarborgd kan worden.[78]

Voor zover het wel tot een toename van het aantal vorderingen zou komen door een eventuele bewijsrisico-omkering, is dat niet per se een negatief te waarderen gevolg. Als die claims terecht zijn omdat er onrechtmatig gehandeld is, is het instellen ervan vanuit het oogpunt van preventie in beginsel een goede zaak.[79] Immers, als er meer succesvolle claims mogelijk zijn door een bewijsrisico-omkering, zal de afschrikkende werking van het aansprakelijkheidsrecht, voor zover aanwezig, groter zijn.[80] Ik ben mij ervan bewust dat dit ook tot gevolg kan hebben dat claims ingesteld worden die zonder de bewijsrisico-omkering volstrekt kansloos zouden zijn. De 'afschrikkende' werking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, hierop neerkomend dat bepaalde vorderingen niet geldend gemaakt worden omdat het bewijs toch niet te leveren is,[81] is in die gevallen namelijk verloren gegaan. Het is echter de vraag of die vorderingen niet ten dele langs andere wegen uit het systeem gefilterd (kunnen) worden, zoals bijvoorbeeld door het gevaar van een kostenveroordeling. Daarnaast zou het mijns inziens niet juist zijn als de 'goede' zouden lijden onder de 'kwade', te meer nu mijn model er juist op gericht is de procesafschrikkende werking van de bewijsrisicoverdeling op te heffen ten bate van die 'goede' vorderingen.

Bij de vraag naar de wenselijkheid van aansprakelijkheid zou wellicht ook nog de stelregel dat 'ieder in beginsel zijn eigen schade draagt', van invloed kunnen zijn. De vraag of die regel nog steeds een adequate omschrijving van het geldende

78 Wij raken hier de vraag naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. In hoeverre het aansprakelijkheidsrecht inderdaad preventief werkt, zou ik niet in zijn algemeenheid durven zeggen, zie hierover onder andere Hartlief, Oratie 1997, p. 20-21; Bergkamp, Oratie 1998, p. 38 e.v.; Zweigert & Kötz 1998, p. 681-683; Cane 1999, p. 361 e.v.; Lang, VersR 1999, p. 274 e.v.; Hartlief/Tjittes 1999, p. 4; Bauw c.s. 1999, p. 34-35; Van Dam 2000, nr. 825; Sieburgh 2000, p. 11; Hartshorne e.a., MLR 2000, p. 519; Cane 1997, p. 216 en 217 e.v., en par. XII.2.2. Naar mijn mening bestaat die preventieve werking soms wel en soms niet, afhankelijk van de positie van de gedaagde. Een meer 'geïnstitutionaliseerde' potentiële gedaagde zal eerder gevoelig zijn voor de prikkels die uitgaan van de mogelijkheid om aansprakelijk gehouden te worden, omdat die gedaagde daar ook daadwerkelijk aandacht aan zal besteden, terwijl een 'gewone particulier' dat minder snel zal zijn, zie ook Cane 1999, p. 362, 364 en 382; Fleming 1998, p. 14; Bloembergen, Oratie 1965, p. 11-12, doch anders Koch, JZ 1999, p. 924 en 926, en Wagner, VersR 1999, p. 1442-1443. Vergelijk ook Dewees c.s. 1996, p. 21, die aangeven dat ten aanzien van de preventieve werking van de verkeersaansprakelijkheid geen harde conclusies mogelijk zijn. Hier zijn waarschijnlijk andere gedachten (voorkomen van eigen letsel) leidend, zie Fleming 1998, p. 12; Zweigert & Kötz 1998, p. 681; Cane 1999, p. 382.

79 Zie Faure & Hartlief, NJB 1999, p. 2007, 2010 en 2014, en dezelfden, A & V 1999, p. 75 e.v. Bovendien zegt het aantal ingestelde of in te stellen vorderingen niets over de vraag of aansprakelijkheid mogelijk is of zou moeten zijn, vergelijk Van den Brink, NJB 2000, p. 794.

80 Zie Cane 1997, p. 219.

81 Zie daarover Lepa 1963, p. 69 e.v. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26.630, nr. 2, p. 13. Die afschrikkende werking kan echter ook met zich brengen dat wel gerechtvaardigde vorderingen niet worden ingesteld, zie Cane 1999, p. 156.

recht vormt, kan hier echter in het midden blijven.[82] Twee aspecten lijken daarbij van belang te zijn. Het eerste aspect is dat als die hoofdregel van het aansprakelijkheidsrecht nog steeds geldt,[83] hetgeen wel betwijfeld wordt,[84] die regel niet zonder gevolgen is voor de verdeling van het bewijsrisico. Immers, als een ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, dient degene die een uitzondering daarop aanvaard wil zien, dat aan te tonen. Vandaar ook dat de eiser in beginsel het bewijsrisico draagt ten aanzien van de voorwaarden voor aansprakelijkheid.[85]

Het tweede aspect is echter dat het niet mogelijk is om uit deze stelregel de conclusie te trekken dat uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling niet meer aanvaard zouden mogen worden. Dat volgt alleen al hieruit dat op deze stelregel diverse uitzonderingen gemaakt worden, waarvan art. 6:162 BW de belangrijkste is.[86] Een bewijsrisico-omkering doet in dat kader eigenlijk niet meer dan het 'vergemakkelijken' van de mogelijkheid tot het inroepen van een dergelijke, al erkende uitzondering. Een 'verbod' om een bewijsrisico-omkering te aanvaarden, ligt derhalve niet besloten in dit adagium. Ten hoogste kan men zeggen dat aanvaarding van zo'n uitzondering een deugdelijke rechtvaardiging en motivering behoeft.[87]

Uit het voorgaande is gebleken dat het niet de bedoeling is dat situaties waarin aansprakelijkheid niet gewenst is, toch tot aansprakelijkheid leiden omdat aan de bewijsrisicoverdeling gesleuteld wordt. De strekking en het doel van de norm moet van dien aard zijn dat op basis daarvan in de gegeven situatie tot aansprakelijkheid gekomen zou moeten worden. Zo zal het mijns inziens niet toelaatbaar zijn een weerman jegens een akkerbouwer aansprakelijk te houden wegens het verstrekken van onjuiste weersinformatie, op basis van een bewijsrisico-omkering die bepaalt dat de weerman dient te bewijzen dat hij zorgvuldig handelde. Er bestaat, vooralsnog, in Nederland geen norm die de strekking heeft de maatschappij te behoeden voor schade ten gevolge van onjuiste weervoorspellingen.[88]

---

82 Ik wil hierover alleen opmerken dat mijns inziens de waarde van dit beginsel per deelgebied in kaart gebracht zou moeten worden. Ik kan mij namelijk niet aan de indruk onttrekken dat op enkele terreinen die waarde vrij beperkt is, vergelijk Bloembergen, Oratie 1965, p. 4, noot 4.

83 Zo bijvoorbeeld Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 3; Hartlief, Oratie 1997; Schut 1997, p. 2; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 12 e.v.; Sieburgh 2000, p. 12 en 20.

84 Zie bijvoorbeeld Langelaar, NJB 1997, p. 1581 e.v.; Nieskens-Isphording 1991, p. 54-61; Drion, R & K 1988, p. 333 e.v.; Spier, Afscheidsrede 1999, p. 1 en 12; Van Dam 2000, nr. 002; Bloembergen, Oratie 1965, p. 4, noot 4.

85 Zie hoofdstuk IV. De aan deze stelregel verbonden bewijsrisicoverdeling hangt dus sterk samen met het 'Angreifer-prinzip', zie Prütting, KF 1989, p. 10. Omgekeerd zou men uit het bestaan van die bewijsrisicoregel af kunnen leiden dat het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt, nog steeds geldt. Ware dit anders, dan zou immers het bewijsrisico op de gedaagde rusten.

86 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III, nr. 17-18. Vergelijk ook Sieburgh 2000, p. 23.

87 Hetgeen inderdaad het geval is, zie hierna noot 90; par. 3.2.9, en Prütting, KF 1989, p. 10.

88 Het zou natuurlijk kunnen dat er in de toekomst een norm als deze tot ontwikkeling komt. Als de verwezenlijking van die norm dan in gevaar zou komen in verband met een bewijsprobleem, zou een bewijsrisico-omkering nodig kunnen worden. Zover is het echter nog niet. Dit voorbeeld is gebaseerd op BGH NJW 1995, 1828, waarin het ging om een weerdienst op een vliegveld die de

Wellicht zijn er gevallen te bedenken waarin het model niet tot toepassing kan komen, maar een gelijke oplossing (omkering van het bewijsrisico) in concreto wel wenselijk zou zijn. Het zou daarbij dus gaan over de wenselijkheid van aansprakelijkheid in een *individueel* geval. Zou dat laatste niet het geval zijn, dan zou het model toegepast kunnen worden en dit probleem verder niet spelen. Voor die individuele gevallen kan het hier verdedigde model geen oplossing aanreiken. Een kenmerk van de regels van bewijsrisicoverdeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht is dat er een toerekening, of neutraler: een toedeling, van schade plaatsvindt, en in bepaalde gevallen zal die toerekening ten laste van de eiser komen. Het is immers niet zo dat het model beoogt om iedere eiser een handreiking te doen. Het model is slechts van toepassing als aan de voorwaarden daarvoor voldaan is. Is dat niet het geval, dan blijft de oorspronkelijke bewijsrisicoverdeling in stand.[89]

De conclusie luidt derhalve dat een belangrijke voorwaarde is dat aansprakelijkheid in de gegeven situatie *wenselijk* is, en de rechtvaardigheid daarvan in concreto door middel van een of meer der argumenten gegeven is.[90] Daarnaast dient dat wenselijke resultaat niet te realiseren te zijn, omdat, gezien het *structurele bewijsprobleem*, de hoofdregel van *bewijsrisicoverdeling daaraan in de weg* staat. Als aan die voorwaarden voldaan is, kan de rechter ertoe overgaan de bewijsrisicoverdeling te wijzigen.[91]

Het voorgaande overziend, komt wellicht de gedachte op dat het niet bij voorbaat duidelijk is dat de verwezenlijking van de (strekking en het doel van de) norm nodig zou zijn. Misschien is die norm slechts bedoeld voor enkele uitzonderlijke gevallen. Afgezien van het feit dat de norm ook dan, in die uitzonderlijke gevallen, nog te verwezenlijken dient te zijn,[92] kan daarover het volgende gezegd worden. Als het inderdaad zo is dat de norm alleen voor uitzonderingsgevallen bedoeld is, zal dat naar voren komen bij de vaststelling van

---

impact van een hagelbui verkeerd inschatte. Daardoor werd een vliegtuig zwaar beschadigd. De vordering tot schadevergoeding werd afgewezen.

89 Zie ook nog par. 3.5.2. De bewijsrisico-omkering op basis van de redelijkheid en billijkheid zou hier naar voren kunnen komen. Ik ben daar geen voorstander van, zie par. III.3.4. Ik zou dan ook willen aansporen tot grote terughoudendheid dienaangaande, omdat anders de 'Einzelfallgerechtigkeit' een te grote invloed gaat krijgen.

90 Mijns inziens is dan ook meteen voldaan aan de eis, zie onder andere *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 4, p. 3; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 19; Reinhardt, NJW 1994, p. 99; BGH VersR 1985, 452, op p. 453; Prütting, KF 1989, p. 10; Musielak, AcP 1976, p. 467, noot 8, dat voor een bewijsrisico-omkering gewichtige gronden aangevoerd moeten kunnen worden.

91 Het eerder gemaakte voorbehoud dat in die situatie ook de wetgever zou *kunnen* ingrijpen, kan ook hier weer gemaakt worden. Wellicht zou men nog verder moeten gaan en zeggen dat indien aan beide voorwaarden voldaan is, de wetgever zou *moeten* ingrijpen. Dat is echter politiek gezien een weinig haalbare kaart.

92 Ik wijs hier op art. 6:99 BW, dat mijns inziens voor uitzonderlijke gevallen bedoeld is, maar in die gevallen dan ook toegepast dient te worden. Zo ook de Hoge Raad, zie HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des).

het doel en de strekking van de norm en daarmee meteen ook van invloed zijn op de beslissing over de juiste bewijsrisicoverdeling.[93] Tot een afwijking van de hoofdregel zal het dan niet komen, want doel en strekking van de norm zijn niet in gevaar bij het voortbestaan van de bestaande bewijsrisicoverdeling. Voor ingrijpen is geen ruimte en geen noodzaak. Zo bezien geeft dit model dus (mede) een aanwijzing over wanneer de hoofdregel onveranderd dient te blijven.[94]

De voornoemde tegenwerping zou echter ook zo kunnen worden omschreven: is het niet kunnen innen van een vordering niet gewoon 'all in the game'?[95] Anders gezegd: het feit dat de verwezenlijking van de materiële norm in gevaar is, is op zich *geen rechtvaardiging* voor een afwijking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[96] Waarom zou men immers de wettelijke norm ruimer of anders toepassen dan de wet aangeeft? Welke rechtvaardiging is daarvoor te geven?

Het antwoord daarop schuilt mijns inziens al in het voorgaande. Als besloten wordt het model toe te passen, is vast komen te staan dat aansprakelijkheid wenselijk is, doch dat die aansprakelijkheid vooralsnog niet te bereiken is. Het doel en de strekking van de norm, uitgelegd op basis van de toerekeningsfactoren, brengt met zich dat aansprakelijkheid mogelijk moet zijn ondanks de bewijsproblemen. In die toerekeningsfactoren schuilt de rechtvaardiging in concreto. En omdat, zoals wij nog zullen zien,[97] al die argumenten tevens te scharen zijn onder het principe van de verwezenlijking van de materiële norm, blijkt dat principe de uiteindelijke rechtvaardiging te bieden voor een afwijking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling. In het niet meer kunnen verwezenlijken van de materiële norm ligt de abstractere rechtvaardiging.

3.2.4 Uitwerking: bewijsrisicoverdeling en materieel recht

In het voorgaande ligt besloten, en het onderhavige model gaat daar ook vanuit, dat er een nauwe relatie bestaat tussen de verdeling van het bewijsrisico en het materiële recht.[98] Naar mijn mening is het bestaan van die nauwe band niet te

93 Een voorbeeld daarvan vormt mijns inziens de bestuurdersaansprakelijkheid, zie par. 3.4.3.

94 Zie hierover ook par. 3.3.9.

95 Vergelijk De Groot 1998, p. 64, en Kemper 1992, p. 307. Uiteraard is dat in beginsel het geval, zo zou mijn antwoord luiden, maar dat verandert zodra het 'niet kunnen innen' een structureel probleem gaat vormen.

96 Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 43, lijken op dat spoor te zitten, al zijn ze niet helemaal helder over wat nu de 'diepere' laag zou moeten zijn, de verwezenlijking van de norm, of de diverse argumenten. Op p. 46 komen de auteurs ertoe de 'materiellen Gerechtigkeit' als leidend beginsel te aanvaarden. Dat is in wezen wat ik hier betoog, nu de rechtvaardigheid (de gewenste uitkomst) in mijn model nagestreefd wordt via de (materiële) (toerekenings)argumenten.

97 Zie par. 3.2.6.

98 Ik ga hier voorbij aan de vraag of de regels van bewijsrisicoverdeling tot het procesrecht of het materiële recht behoren, omdat die vraag hier, anders dan in ipr-kwesties, niet van belang is, zie Kerameus, Towards-bundel 1998, p. 125; Meijers 1958, p. 20-21. In Duitsland behoort het bewijsrisico-norm tot het rechtsgebied van de toe te passen norm, zie Heinrich 1996, p. 52. Voor

ontkennen, al was het maar, zoals wij al zagen, omdat het bewijsrecht dient als 'instrument' bij de toepassing van het materiële recht.[99] De relatie tussen die twee gaat echter verder. De bewijsrisicoverdeling kan mijns inziens nooit los van het toepasselijke materiële recht gezien worden.[100] Beide dienen steeds in hun onderlinge samenhang bekeken te worden. Het materiële recht bepaalt immers in eerste instantie de verdeling van het bewijsrisico, zoals wij gezien hebben ten aanzien van de hoofdregel.[101] Uit deze samenhang volgt dan tevens dat materieelrechtelijke overwegingen ook bij de bewijsrisicoverdeling een rol (zouden moeten) spelen. Dat zulks inderdaad het geval is, wordt nog duidelijk.

Door de verwevenheid van bewijsrisico en materieel recht heeft de regeling van het bewijsrisico daarnaast echter ook een *vormende* invloed op het materiële recht. De materiële norm, en dan met name de uitkomst van toepassing van die norm, verandert onder invloed van een andere bewijsrisicoverdeling.[102] Uiteraard

---

ons onderwerp horen ze derhalve tot het materiële recht. Zie hierover ook Storme 1962, no. 39 e.v.

99 Zie par. 3.1.3. Dat het materiële recht en het procesrecht een eenheid (zie Zöllner, AcP 1990, p. 481) vormen, doet hieraan niet af. Daarmee is immers niet gezegd dat het processuele deel van die eenheid niet tevens dienend is ten opzichte van het materiële deel. Zie verder nog over de verhouding tussen materieel recht en procesrecht, Kremer 1999, p. 144 e.v.

100 Deze gedachte komt vaak naar voren, maar veelal (te) terloops, zie onder andere Grünebaum 1904, p. 97; Meijers, VPO II 1955, p. 213; Thesingh 1961, p. 90, p. 115, p. 120 e.v.; Storme 1962, no. 38, 47, 285, 471; Drion, RM Themis 1966, p. 421-423; Wiersma, RM Themis 1966, p. 481; Schut 1974, p. 61 (anders nog: Schut 1963, p. 245 en 259); Bier 1988, p. 66; Vranken, Aansprakelijkhedenbundel 1990, p. 277, noot 5; Tonkens-Gerkema, Gerbrandy-bundel 1991, p. 137; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 655; Asser 1992, p. 46, 51, 52, 60, 77, 115, 119; Van Dunné, BW-krant 1993, p. 184; Van Dunné, AA 1995, p. 665; Faure/Geers/Hartlief 1995, p. 17 en 25; Asser, Nieuw Burgerlijk Recht 1997, p. 515 en 528; Akkermans 1997, p. 395; Visser, TCR 1997, p. 74; Leenders 1997, p. 27; Gras, Cahen-bundel 1997, p. 116; Hidma, TCR 1998, p. 29; Schoordijk, Eggens-bundel 1998, p. 18; Wiersma 1998, nr. 262; Van Dijk, Bb 1998, p. 175; Asser 1999, nr. 4.1; Spier, Afscheidsrede 1999, p. 6, noot 27; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 3, p. 6; HR 20 december 1985, NJ 1986, 231 (Doodkorte/Dane), r.o. 3.2.1; Thayer 1898, p. 371 en 373; Stone, LQR 1944, p. 274; Denning, LQR 1945, p. 379; Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 276, 291 en 296-297; McCormick 1992, p. 580 en 589; Gaskins 1992, p. 21, 22, 27, en 29; Cross & Tapper 1995, p. 121; Keane 1996, p. 67; Fleming 1998, p. 350; Legeais 1955, p. 169; Chevalier 1958-1959, p. 17, 83 en 188; Boulanger, RTD Civ. 1966, p. 752; Devèze 1980, p. 20, 538, 598 en 659; dezelfde, noot onder Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289; Ponsard, Travaux H. Capitant 1987, p. 683; Ekelöf, ZZP 1962, p. 297; Blomeyer 1966, p. 30; Henckel 1970, p. 282; Schuster 1975, p. 55, 107 en 114; Stoll, AcP 1976, p. 149; Gottwald 1979, p. 224; Stürner, NJW 1979, p. 2336; Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 42-43; Prütting 1983, p. 243-244; Arens, ZZP 1983, p. 18; Wahrendorf 1976, p. 16 en 19; Musielak, ZZP 1987, p. 399 en 405; Larenz 1987, p. 334; Häsemeyer, AcP 1988, p. 165; Prütting, KF 1989, p. 11; Bydlinski, KF 1989, p. 35; Gmehling 1989, p. 79; Roth, ZHR 1990, p. 529 e.v.; Möllers 1996, p. 118; Baumgärtel 1996, Rdn. 169; Frohn, JuS 1996, p. 248; Schlemmer-Schulte 1997, p. 29-30 en 117, en Meier, ZSR 1987, p. 722, alsmede Kerameus, Towards-bundel 1998, p. 125.

101 Vergelijk hoofdstuk III. Dat beide verbonden zijn, volgt ook uit het gegeven dat de bewijsrisicoverdeling een vorm van toerekening is, zie par. 3.2.5.

102 In die zin onder andere Kan 1921, p. 90 en 100; Drion, WPNR 4593 (1959), p. 337, alsmede in RM Themis 1966, p. 422-423; Schut 1974, p. 61; Asser 1992, p. 52; Faure, Oratie 1993, p. 43; Snijders, Stein-bundel 1994, p. 11; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 12 en 16; Van Dunné, AA 1995, p. 665; Asser 1999, nr. 4.1; *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 5, p. 13; Buckley 1993, 2.16; Fleming 1998, p. 351; Rommé 1989, p. 118-119; Zöllner, AcP 1990, p. 486; Reinhardt, NJW 1994, p. 94; Schuster, NJW 1995, p. 113; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37; Von Bar 1999,

verandert die materiële norm niet qua formulering, maar wel voor wat betreft de inhoud, de uitkomst van de procedure.[103] Een goed voorbeeld daarvan is de ontwikkeling van art. 7A:1638x OBW (art. 7:658 BW) in de loop der jaren alvorens de wetgever ingreep.[104] Door de aanscherping van de regels van stelplicht en bewijsrisico werd de aansprakelijkheid die uit die norm voortvloeit, verscherpt. In Duitsland spreekt men in zulke gevallen van 'Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel'.[105] De rechter kan dus het bewijsrecht gebruiken om de aansprakelijkheidsregels te verscherpen. De bewijsrisico-omkering leidt dan tot een aanpassing, qua uitkomst, van het materiële recht.

Wij zien derhalve dat de bewijsrisicoverdeling en het materiële recht elkaar wederzijds beïnvloeden.[106] De bewijsrisicoverdeling verandert onder invloed van het materiële recht en het materiële recht verandert onder invloed van de bewijsrisicoverdeling. Daarbij geldt dat het materiële recht steeds onder invloed staat van de bewijsrisicoverdeling, ook als er geen sprake is van een bewijsrisico-omkering. Ook als de hoofdregel wordt toegepast, is de materiële uitkomst afhankelijk van de bewijsrisicoverdeling.

Dat het bewijsrecht, inclusief de bewijsrisicoverdeling, in 1988 overgeheveld werd vanuit het BW naar het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, doet aan het voorgaande niet af. De plaats van een wettelijke regeling zegt immers niets over de invloed en uitstraling van die regeling.[107] De wetgever heeft bovendien aan het uitgangspunt dat de bewijsrisicoverdeling in Rv geregeld zou moeten worden, niet steeds de hand kunnen houden. De bewijsrisicoverdeling bij productaansprakelijkheid (art. 6:188 BW) vormt daarvoor het bewijs.[108]

Rdn. 308; Rodière, Ripert-bundel 1950, p. 207; Levy 1954, p. 120; Legeais 1955, p. 103; Frossard 1965, no. 187, en Devèze 1980, p. 620-621, die er op wijst dat veranderen van het bewijsrisico vaak, in elk geval voorlopig, geprefereerd wordt boven een radicale wijziging van het materiële recht, zie ook diens noot onder Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289, op p. 292, en Radé, D. 1998, Chron. 301, op p. 302. Zo ook Nesson, Harvard Law Review 1985, p. 1384 en 1385, die er voor pleit om dan het materiële recht te wijzigen, zie nader par. 3.2.7.2.

103 Hetzelfde geldt in wezen bij aanname van een vermoeden als tegenbewijs in feite niet mogelijk is. Vermoedens zijn dus ook nauw verbonden met het materiële recht, zie onder andere McCormick 1992, p. 589, en par. 3.2.7.3, noot 148 en 149.

104 Daarover hoofdstuk VI.3.

105 Zie Stoll, AcP 1976, p. 145 e.v. In die zin bijvoorbeeld ook Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 47; Von Bar 1980, p. 104, 279 en 294; Kur 1981, p. 36-37 en 62-64; RGRK (Nüßgens), § 823, Anh. II, Rdn. 295; Lytras 1995, p. 243; Huster, NJW 1995, p. 113; Schmidt-Salzer, FS Steffen 1995, p. 443; Baumgärtel 1996, Rdn. 143 en 507; Von Bar 1996, Rdn. 31; Schlemmer-Schulte 1997, p. 3 en 29; Braun, NJW 1998, p. 2319. Daartegen, Diederichsen, KF 1966, p. 27-28; Kemper 1992, p. 317, en Weber 1997, p. 165 (noot 144) en 222. Zie ook al Bruins 1906, p. 115.

106 Zie expliciet Schuster 1975, p. 55 en 153-154; Asser 1999, nr. 4.1.

107 Of die overheveling terecht was, kan dan ook in het midden blijven.

108 Ook de nieuwe 'bewijsrisicoverdeling' in zaken over discriminatie op basis van geslacht, komt onder andere in het BW, in art. 7:646, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 1-2. Daarop is ook door enkele Kamerleden gewezen, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 4, p. 7.

3.2.5 Uitwerking: bewijsrisicoverdeling en toerekening

Als wij de vraag stellen of een uitzondering op de 'normale' bewijsrisicoverdeling gerechtvaardigd is op een deelgebied van het aansprakelijkheidsrecht, dan vragen wij eigenlijk: indien in het normale geval waarin deze vorm van aansprakelijkheid ingeroepen zou (moeten) kunnen worden, bewijs onmogelijk is, is de schade dan toch *toe te delen* of *toe te rekenen* aan de persoon die naar de hoofdregel niet het bewijsrisico draagt?[109] Indien het antwoord op die vraag positief[110] is en aansprakelijkheid in gevallen als deze in beginsel wenselijk is, kunnen wij niet anders dan concluderen dat er geschoven zal moeten worden met de bewijsrisicoverdeling.[111] Daaruit volgt dan ook dat de verdeling van het bewijsrisico een vorm van *toedeling* of *toerekening van schade* aan een bepaald persoon is.[112] Men zou ook kunnen zeggen dat de verdeling van het bewijsrisico een rechtspolitieke keuze impliceert[113] of dat bij zo'n verdeling normatieve elementen een rol spelen.[114] Het besef *dat* het bij de bewijsrisicoverdeling uiteindelijk om een vorm van (materiële)

---

109 Meier, ZSR 1987, p. 725, stelt deze vraag in iets andere vorm, namelijk: wat weegt zwaarder, de veronderstelling van de aanwezigheid van het feit of de veronderstelling van de afwezigheid van het feit?

110 Op basis van de argumenten uit par. 2 die maken dat de vraag op die wijze beantwoord wordt. Als voorbeelden van kwesties waarin dit speelde, zijn het *Des*-arrest en het *Cijsouw I*-arrest te noemen, waarover par. 3.3.8.

111 Uiteraard onder dit voorbehoud dat de wetgever overgaat tot het wijzigen van de materiële norm zelf, waardoor het bewijsprobleem geëcarteerd wordt, zie par. 3.2.7.2. Overigens, men kan in plaats hiervan ook enige soepelheid bij de aanname van vermoedens betrachten, waardoor vrijwel hetzelfde resultaat bereikt wordt, vergelijk noot 148 en 149. Dat wordt te meer duidelijk als bedacht wordt dat de 'policy'-factoren die de bewijsrisicoverdeling bepalen, ook bij de aanname van vermoedens een rol spelen, vergelijk McCormick 1992, p. 580 en 583 e.v.; Diederichsen, VersR 1966, p. 219 e.v., en par. 3.2.7.3.

112 Zie al par. XIII.7 en par. 2. Zo ook (onder andere) Kan 1921, p. 83; Thesingh 1961, p. 114; Hoekema, NJB 1980, p. 984; Faure, Oratie 1993, p. 25 en 43; Van Dunné, AA 1995, p. 667; Akkermans 1997, p. 59; Faure & Hartlief, NJB 1998, p. 1136; Legeais 1955, p. 103; Lagarde 1994, no. 170-171; Prölls, VersR 1964, p. 903; Diederichsen, VersR 1966, p. 216; Hofmann 1972, p. 57 en p. 101; Musielak 1975, p. 150; Schuster 1975, p. 107 en 114; Wahrendorf 1976, p. 18 en 25; Greger 1978, p. 13; Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 44, 47, 53 en 56; Von Bar 1980, p. 281 en 294; Prütting 1983, p. 240; Larenz 1987, p. 375; Heinemann 1988, p. 19; Prütting, KF 1989, p. 6, 9 en 15; Rommé 1989, p. 159; Münch.Komm. ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 88; Kemper 1992, p. 222; Geigel/Rixeker 1993, 8. Kap., Rdn. 33; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 17; Lytras 1995, p. 229; Baumgärtel 1996, Rdn. 12 en 455; Heinrich 1996, p. 83; Weber 1997, p. 238; Stein/Jonas /Leipold 1997, § 286, Rdn. 45, noot 106; Schlemmer-Schulte 1997, p. 26, 29-30, en 38, en BGH NJW 1993, 3259, op p. 3260. Kritisch hierover is Gras, NJB 1993, p. 102-103. Implicieter is Brunner, Afscheidsrede 1996, p. 15 en 17.

113 In die zin Stone, LQR 1944, p. 283; Weinrib, MLR 1975, p. 528; Williams, Eggleston-bundel 1982, p. 277, 292, 298 en 300; McCormick 1992, p. 569, 570, 571 en 580; Keane 1996, p. 78; Stauch, OJLS 1997, p. 212; Fleming 1998, p. 350; Honoré, LQR 1998, p. 54; Goldberg 1999, p. 9, noot 27; Lepa 1963, p. 140; Musielak 1975, p. 317 en p. 384; Kur 1981, p. 66; Meier, ZSR 1987, p. 724 e.v.; Reinhardt, NJW 1994, p. 93; Thévenet 1921, p. 283; Devèze 1980, p. 596; Le Bars 1997, no. 381 en 388; Lapoyade Deschamps, Resp. Civ. et Ass. 1997, Chron. no. 8, p. 5, alsmede Schoordijk, WPNR 5937 (1989), p. 681, en Princen 1990, p. 45.

114 Zie Asser 1992, p. 32; Van 1995, p. 65 en 227; Akkermans, LSA-bundel 2000, p. 34; Schuster 1975, p. 123. Die normatieve elementen zijn dan weer de argumenten uit par. 2.

toerekening gaat, maakt een theorie over de verdeling van het bewijsrisico overigens niet overbodig. Sterker nog, nu het van wezenlijk belang is om te bepalen *hoe* die toerekening dient te geschieden, is een theorie eens te meer noodzakelijk.

Opnieuw zien wij hier de nauwe band tussen het materiële aansprakelijkheidsrecht en de bewijsrisicoverdeling. Beide betreffen de toerekening van schade. Hieruit zou dan echter ook moeten volgen dat de argumenten die de materiële toerekening vorm geven, tevens de toerekening op basis van de regels van bewijsrisicoverdeling bepalen.[115] Niet toevallig blijkt dat ook zo te zijn.[116] Algemener gezegd: alle argumenten die van belang kunnen zijn voor de toerekening van schade via het materiële recht, zijn dat ook voor de toerekening via de bewijsrisicoverdeling.[117]

Een enkel voorbeeld ter illustratie. Eén van de argumenten die een rol speelt bij de bewijsrisicoverdeling, is het lusten-en-lasten-principe. Datzelfde principe speelt ook een belangrijke rol wanneer het gaat om de vraag of een kwalitatieve of risico-aansprakelijkheid gewenst is.[118] Wij zien dus dat bij het invoeren van een risico-aansprakelijkheid en bij het omkeren van het bewijsrisico dezelfde gronden in overweging genomen worden.[119] Dezelfde redenering is op te zetten

115 Zo onder andere Boulanger, RTD Civ. 1966, p. 740; Devèze 1980, p. 659; Henckel 1970, p. 282; Schuster 1975, p. 55, 114 en 154; Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 43; Baumgärtel 1996, Rdn. 487; Kötz 1998, Rdn. 140; Bruins 1906, p. 115; Kan 1921, p. 70; Asser 1992, p. 104. Vergelijk ook Fisselier 1979, p. 390, en Schlemmer-Schulte 1997, p. 30.

116 Vergelijk naast de literatuur in de vorige noot nog de 'aanwijzingen' dat aansprakelijkheid wenselijk is bij Wertheim 1930, p. 63-70 (gevaarzetting; domein; profijt), en vergelijk tevens Henckel 1970, p. 2, 23, 25 en 41, die aangeeft dat dezelfde waardeoordelen aan het procesrecht en het materiële recht ten gronde liggen en dat de waardeoordelen van beide gebieden elkaar beïnvloeden.

117 Ook Hofmann 1972, p. 101-102, legt de link tussen bewijsrisicoverdeling als toerekening en de verwezenlijking van de materiële norm.

118 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 26.630, nr. 2, p. 2; Klaassen 1991, p. 49, 66, 84, 125, en 142; Schut 1997, p. 28; Hoekzema 2000, p. 44 en 47; Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 63; Scholten 1899, p. 133 e.v.; Koziol, MJ 1998, p. 121-122; Radé, D. 1998, Chron. 301, op p. 304.

119 In die zin reeds Kan 1921, p. 72; Wertheim 1930, p. 60-61, en Klaassen 1991, p. 9, 108 en 157, die aangeeft dat de ontwikkeling van de risico-aansprakelijkheden voortkwam uit de moeilijkheid schuld te bewijzen en de daarmee gepaard gaande onrechtvaardigheid. Zo ook Kötz 1998, Rdn. 342; Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 565 en 579-580; Schut 1963, p. 28; Hoekema, NJB 1980, p. 997, en Schut 1997, p. 25, verwijzend naar Scholten (Scholten 1899, zie met name p. 14 e.v.). Vergelijk over de nauwe betrekkingen tussen schuldaansprakelijkheid, bewijsrisico-omkering en risico-aansprakelijkheid, en over de geringe praktische verschillen tussen deze, onder andere Wertheim 1930, p. 137-138; Wolfsbergen 1946, p. 150; Van Maanen-Spier-Sterk 1990, p. 109; Jongbloed & Simon, NJB 1995, p. 892; Hulst, Van Dunné-bundel 1997, p. 194; Van Dunné 1998, p. 24; Bergkamp, Oratie 1998, p. 28, noot 4; Van Dijk, Bb 1998, p. 175; Van Dam 2000, nr. 1004; Sieburgh 2000, p. 177-178; Pound 1954, p. 94; Markesinis & Deakin 1999, p. 304; Cane 1997, p. 130; Cane 1999, p. 77; Honoré 1999, p. 23; Diederichsen, KF 1966, p. 27; Maassen 1975, p. 162; Von Bar 1980, p. 104, 280 en 320; Marburger, AcP 1992, p. 28 e.v.; Weber 1997, p. 222; Schlemmer-Schulte 1997, p. 31-32 (de bewijsrisico-omkering ligt als het ware halverwege tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid); Thibierge, RTD Civ. 1999, p. 581; Zweigert & Kötz 1998, p. 650. Tegen deze nauwe banden is Princen 1990, p. 13.

ten aanzien van de gevaarzetting en de slachtofferbescherming.[120] Denk bijvoorbeeld aan de vrij recente eerste poging tot invoering van een nieuwe (materieelrechtelijke) regeling inzake de verkeersaansprakelijkheid voor gemotoriseerde verkeersdeelnemers waarbij beide argumenten een rol speelden.[121]

3.2.6 Uitwerking: terugkoppeling naar de argumenten

Een vraag die nog niet beantwoord werd, is hoe het leidende principe in overeenstemming is te brengen met de andere uit het positieve recht gehaalde argumenten.[122] Zoals gezegd, mijns inziens vormen en sturen die overige argumenten de achterliggende 'ideeën' van de materiële normen. Die argumenten bepalen het *doel* en de *strekking* van de materiële norm.[123]

Zo kan de factor gevaarzetting in sommige gevallen bepalend zijn voor de strekking van de zorgvuldigheidsnorm. Die norm beoogt dan erop toe te zien dat de consequenties van gevaarlijk handelen zo beperkt mogelijk blijven en dat dat handelen eventueel zelfs achterwege blijft. Als die strekking in gevaar komt, als de consequenties van het gevaarlijke handelen niet voldoende beperkt blijven, dient daarop gereageerd te worden. Daartoe kan de verdeling van het bewijsrisico een geschikt instrument zijn.

Hetzelfde geldt in wezen voor het preventie-argument. De zorgvuldigheidsnorm op een bepaald terrein kan (mede) gekleurd zijn door de bedoeling om te bewerkstelligen dat er bepaalde voorzorgsmaatregelen genomen worden. Als die voorzorgsmaatregelen in onvoldoende mate genomen worden, komt dat doel in gevaar en lijkt een reactie daarop wenselijk. Die reactie zou dan kunnen zijn dat de bewijsrisicoverdeling aangepast wordt.

Als slachtofferbescherming een argument is dat op een bepaald terrein van het aansprakelijkheidsrecht een rol speelt, betekent dit dat de strekking van de norm is het slachtoffer te beschermen tegen de gevaren die de norm beoogt tegen te gaan. Als die strekking niet verwezenlijkt kan worden ten gevolge van een bepaalde bewijsrisicoverdeling, verwordt die norm tot een lege huls. Dan kan de

120 Zie over die begrippen in het kader van risico-aansprakelijkheden onder andere Klaassen 1991, p. 198, respectievelijk 196-197; Zweigert & Kötz 1998, p. 671; *Kamerstukken II* 1999/00, 26.630, nr. 2, p. 2 en 6, alsmede reeds Scholten 1899, p. 134 e.v. (gevaarzetting). Interessant is hier ook dat (dissenting) Lord Wilberforce 'greater knowledge' bij één der partijen expliciet een 'argument of policy' noemt, zie *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons Ltd.* [1968] A.C. 107, op p. 129.

121 Vergelijk daarover Van Maanen, NJB 1998, p. 121, die met name de 'gevaarzetting' noemt. De memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1997/98, 25.759, nr. 3, p. 2-3) noemde als argumenten voor invoering van de risico-aansprakelijkheid de gedachte van slachtofferbescherming, van gevaarzetting, en het feit dat schuld moeilijk te bewijzen is.

122 Dat het hier gepresenteerde model ook in overeenstemming is met de in par. 2 genoemde algemenere noties, is, naar ik hoop, in het voorgaande voldoende gebleken.

123 In die zin ook Klaassen 1991, p. 23. Meier, ZSR 1987, p. 724, bestempelt deze principes als instructies voor het vinden van bewijsrisicoregels.

bewijsrisicoverdeling eventueel aangepast worden.[124] Het uiteindelijke doel is dus het verwezenlijken van de strekking van de norm, waarbij bijna terloops de slachtofferbescherming 'meegenomen' wordt. Wij zien hier derhalve dat het leidende principe in eerste instantie schuil lijkt te gaan achter het concrete argument.

De gedachte van de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' wil zeggen dat een ieder dient in te staan voor het 'domein' waarover hij controle kan uitoefenen en dus moet uitoefenen.[125] De strekking van de norm die onder invloed staat van de 'Gefahrenbereich'-gedachte, is derhalve dat controlemogelijkheden, op straffe van aansprakelijkheid, benut moeten worden. De aansluiting bij de gedachte van de verwezenlijking van de materiële norm is hier heel duidelijk, want indien de persoon die de controle kon uitoefenen, geen 'nadeel' op bewijsrechtelijk of ander vlak zou ondervinden van het niet-nakomen van zijn plichten, zou de norm vrijwel betekenisloos worden. De effectiviteit van de norm zou tot bijna nul gereduceerd worden.[126] De wederpartij kan dat domein immers niet of onvoldoende overzien om met succes de norm in te kunnen roepen.

De profijt-gedachte 'stuurt' de materiële norm in die zin dat het wenselijk gevonden wordt dat degene die de lusten van een activiteit naar zich toetrekt, in principe ook degene is die de lasten op zijn bord vindt. De norm wordt daardoor gekleurd en de bewijsrisicoverdeling kan veranderen indien blijkt dat de lasten en de lusten op verschillende plekken terecht komen.

Ook de afhankelijkheidsrelatie tussen partijen kleurt de norm in bepaalde gevallen. Als de ene partij zich in een afhankelijke positie ten opzichte van de andere partij bevindt, dient die andere partij daarmee rekening te houden en is waakzaamheid vereist om te zorgen dat er van die afhankelijkheid geen misbruik gemaakt wordt. Met afhankelijkheid komt veelal ook vertrouwen, waaruit duidelijk de samenhang met die factor blijkt.

In nauwe samenhang met een eventuele afhankelijkheid staat ook de factor van de informatie-achterstand bij één der partijen. Veelal zullen beide argumenten samengaan en elkaar versterken. Van een informatievoorsprong mag geen misbruik gemaakt worden. Die notie kleurt de strekking van de zorgvuldigheidsnorm. Beide

124 Zie over het verband tussen de strekking van de norm en de notie van slachtofferbescherming (welke dan een ruime uitleg van de norm vergt), Hoekzema 2000, p. 46. In dit kader past ook het beeld dat Brenninkmeijer, Oratie 1993, p. 29, schetst van de rechter die de beschermende functie die een norm heeft, in het proces overneemt. Uiteraard kan ook de materiële norm als zodanig aangepast worden door het object van bewijs te veranderen, maar die gevallen zijn hier alleen van belang vanuit het oogpunt van het terugdringen van het aantal gevallen waarin een bewijsrisicobeslissing de doorslag zal geven, zie verder par. 3.2.7.2.

125 Zie verder par. XIII.2.

126 Vergelijk par. XIII.2; Prölls 1966, p. 75; Akkermans 1997, p. 402; Keane 1996, p. 74, en *Nimmo v. Alexander Cowan & Sons Ltd.* [1968] A.C. 107, op p. 122.

partijen dienen gelijke kansen te hebben.[127] Een eventueel correctie-mechanisme is dan, zeker als het om informatie gaat, de omkering van het bewijsrisico.

Dat grondrechtelijke beschermde belangen mede de strekking van de norm bepalen, is evident. Het kan niet de bedoeling zijn dat die grondrechtelijk beschermde belangen door middel van het privaatrecht met voeten getreden zouden kunnen worden. De privaatrechtelijke norm dient daarop afgestemd te zijn of te worden. De strekking van die norm dient de grondrechtelijke dimensie te verdisconteren. Gebeurt dat onvoldoende, dan kan een verschuiving van het bewijsrisico geïndiceerd zijn.[128]

Over gerechtvaardigd vertrouwen kan in dit kader nog gezegd worden dat dergelijke opgewekte verwachtingen niet beschaamd mogen worden. Dat is de strekking die vele normen op het terrein van het overeenkomstenrecht beheerst. Daarmee kan men rekening houden bij het formuleren van bewijsrisicoregels op (andere) terreinen waar opgewekt vertrouwen een rol speelt, in die zin dat dan een groter 'risico' wordt toebedeeld aan die partij die dat vertrouwen wellicht beschaamd heeft. De strekking van de norm heeft dat nodig, omdat anders het beschamen van gerechtvaardigd vertrouwen 'straffeloos' zou blijven.

3.2.7 Uitwerking: alternatieven voor de bewijsrisico-omkering

3.2.7.1 Inleiding

In paragraaf 3.1.1 werd aangegeven dat de bewijsrisico-omkering niet het enige middel is om de verwezenlijking van de materiële norm vooruit te helpen. Diverse andere materieelrechtelijke en procesrechtelijke instrumenten, die in deze paragraaf de revue zullen passeren, komen daarvoor ook in aanmerking.[129] De bewijsrisico-omkering is slechts één van de alternatieven om tot een bepaalde uitkomst te komen. Zo is bijvoorbeeld in Engeland de bewijsrisicoverdeling nauwelijks van belang, omdat daar veel zaken via de bewijswaardering opgelost (kunnen) worden, terwijl in Duitsland de bewijsrisicoverdeling juist van zeer groot belang wordt geacht.[130]

---

127 Zie bijvoorbeeld Dijkstra 1918, p. 28.

128 Specifiek in deze zin Schuster, NJW 1995, p. 113.

129 Zie bijvoorbeeld Schuster 1975, p. 95, en vergelijk Von Bar 1999, Rdn. 449. De argumenten voor het gebruik van een van de hierna te bespreken instrumenten, zijn mijns inziens steeds, onafhankelijk van welke techniek men wenst te benutten, te vinden bij de in par. 2 genoemde (van oorsprong) materieelrechtelijke argumenten. Omdat het gebruik van zo'n instrument, net zoals het gebruik van een bewijsrisico-omkering, over het algemeen tot een verzwaring van aansprakelijkheid leidt, dient men zich steeds af te vragen of de argumenten voor een verzwaring van aansprakelijkheid sterker zijn dan de argumenten tegen.

130 In Engeland zal vrij snel aan de lichte bewijswaarderingsmaatstaf van 51 %, zie par. II.4, zijn voldaan, hetgeen naar Duits recht niet het geval is.

3.2.7.2 Materieelrechtelijke oplossingen

In plaats van het zoeken van een oplossing via de bewijsrisicoverdeling, kan de rechter of de wetgever er voor kiezen om rechtstreeks via het materiële recht de ongewenste situatie te veranderen.[131] Daaruit blijkt dan meteen nogmaals de nauwe verbondenheid tussen materieel recht en bewijsrisicoverdeling.

Een voorbeeld van deze benadering vormt het proefschrift van Paul Scholten.[132] Hij pleitte daarin, kort gezegd, voor de erkenning van een plicht tot schadevergoeding wegens rechtmatige daad ('aansprakelijkheid buiten schuld'), onder andere vanwege het bestaan van een aantal gevallen waarin de gelaedeerde wegens bewijsproblemen geen al te hoge verwachtingen mocht koesteren van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad of wanprestatie. Scholten zocht de oplossing derhalve niet in een bewijsrisico-omkering, maar in de erkenning van een nieuwe materieelrechtelijke regel[133] naast de al bestaande regels gebaseerd op het schuldprincipe.[134]

De oplossing van bewijsproblemen via de introductie van een risico-aansprakelijkheid, zien wij overigens vaker terug. In zulke gevallen wordt de bewijsrisicoverdeling als het ware 'overbodig' gemaakt door het moeilijk te bewijzen feit uit de voorwaarden voor aansprakelijkheid te schrappen.[135] Dat gaat (theoretisch in elk geval) nog verder dan een bewijsrisico-omkering omdat in die gevallen tegendeelbewijs niet meer mogelijk is (omdat het betreffende feit geen rol meer speelt), hetgeen na een bewijsrisico-omkering wel nog het geval is.[136]

In plaats van het creëren van nieuwe materieelrechtelijke regels, kan hetzelfde resultaat (een materieelrechtelijke oplossing) ook bereikt worden via uitleg van de bestaande regels. Zo kan bijvoorbeeld door een ruime uitleg van wat nog onder een bepaald begrip valt, een *non liquet* vermeden worden.[137]

---

131 Zie voor het strafrecht in deze zin Borgers & Kristen, AA 1999, p. 876. Tegen is Bergkamp, Oratie 1998, p. 30. Een verwante benadering is in Duitsland op het terrein van de onrechtmatige mededelingen gevolgd. Om de materiële norm tot bescherming tegen inbreuken op iemands privacy effectief te kunnen handhaven, werd door het Bundesgerichtshof als sanctie een 'Geldentschädigung' aan het slachtoffer toegekend die niet in het wettelijk stelsel past, zie BGHZ 128, 1, op p. 15.

132 Scholten 1899. Voorbeelden van recenter datum zijn Van 1995 en Akkermans 1997.

133 Scholten 1899, met name p. 14-34. Een bewijsrisico-omkering ging hem niet ver genoeg, omdat aansprakelijkheid dan nog steeds op schuld zou berusten, zie p. 17-18, alsmede p. 144-145.

134 Schuld als grondslag blijft dus van belang, zie Scholten 1899, p. 100 en 102.

135 Vergelijk over deze samenhang verder Bauw, A & V 1999, p. 20-22 (over de nieuwe mijnbouwwetgeving); Borgers & Kristen, AA 1999, p. 876, en hiervoor par. 3.2.5, met name noot 119 en 120.

136 Een bewijsrisico-omkering is dan een minder vergaande stap, zie Klaassen 1991, p. 198. Dat zou er op kunnen duiden dat bij een bewijsrisico-omkering de argumenten voor acceptatie daarvan minder zwaar zouden hoeven te wegen. Ik ga er echter vanuit dat het verschil tussen beide opties praktisch gezien te gering is om een dergelijk onderscheid in zwaarte van argumenten te rechtvaardigen.

137 Zie Borgers & Kristen, AA 1999, p. 876; Diederichsen, KF 1966, p. 26, en Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 28 en 35.

In dezelfde lijn passen die gevallen waarin een materieelrechtelijke regel zo geformuleerd wordt dat de mogelijkheid dat de bewijsrisicoverdeling van beslissende invloed zal worden, vergaand uitgesloten wordt.[138] Een voorbeeld hiervan biedt het arrest *Waarbroek/H.*[139] Daarin besliste de Hoge Raad, kort gezegd, dat een zorgvuldig handelend dienstverlener gehouden is poststukken op een zodanige wijze te verzenden dat hij daarbij een bewijs verkrijgt dat hij de zending inderdaad en op tijd verricht heeft. Als het verwijt aan de dienstverlener vervolgens luidt dat de verzending niet of te laat geschied is, zal deze moeten aantonen wél zorgvuldig gehandeld te hebben. Wanneer de dienstverlener geen bewijsstuk kan overleggen, staat meteen vast dat hij onzorgvuldig handelde, want onderdeel van het benodigde zorgvuldig handelen is nu juist dat hij zo'n bewijs in bezit moet hebben. Op die manier heeft de Hoge Raad ook meteen de mogelijkheid van bewijsnood geëcarteerd. Of het bewijsstuk is er, zodat het bewijs gewoon geleverd kan worden, of het bewijs is er niet en dan is de onzorgvuldigheid meteen gegeven zodat verdere bewijslevering te dien aanzien niet meer nodig is.[140]

Een vierde voorbeeld van de benadering waarbij een materieelrechtelijke oplossing verkozen wordt boven een meer bewijsrechtelijke georiënteerde, is die van de kanstheorie (of algemener: proportionele aansprakelijkheid).[141] Zonder hier op de merites daarvan in te gaan,[142] kan daarover wel opgemerkt worden dat, voor zover het om het causale verband tussen onrechtmatigheid en schade gaat, die theorie bewijsproblemen omzeilt door van een ander schadebegrip uit te gaan. In plaats van het onbewijsbare verband tussen de fout en de uiteindelijke schade,

---

138 Daarnaast (en in samenhang daarmee) kan de rechter de materiële regel zo uitleggen dat het *non liquet* weliswaar niet uitgesloten wordt, maar dat er wel een ander (makkelijker) te bewijzen feit naar voren komt, vergelijk de tekst bij noot 135 en 137; par. XI.4; Betlem c.s. 1999, p. 71; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 28, en Prütting, KF 1989, p. 15, of dat uit die regel als vanzelf de bewijsrisicoverdeling voortvloeit, zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 nt. PvS (Coral/Stalt), waarin de regel luidt dat (in bepaalde concernverhoudingen) *slechts dan niet* onzorgvuldig gehandeld wordt als er een rechtvaardiging voor de voorkeursbehandeling is. De gedaagde moet deze rechtvaardigingsgrond bewijzen.

139 HR 4 september 1998, NJ 1998, 828 (Waarbroek/H.).

140 Andere voorbeelden van dezelfde benadering zijn mijns inziens HR 23 februari 1996, NJ 1996, 395 (Meijburg/Hazewinkel), alsmede art. 6:97 BW. In wezen beoogt ook art. 6:97 BW de verwezenlijking van de norm mogelijk te houden. De daarin neergelegde schattingsbevoegdheid is voor de rechter juist van belang teneinde de vordering niet te laten stranden op het enkele feit dat de precieze schade onbekend is gebleven. Men zou dat artikel dan ook kunnen zien als een exponent van dezelfde gedachte die hier verdedigd wordt. Zie ook nog HR 15 mei 1998,NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia), waarin de Hoge Raad bepaalde dat aan het bewijs van schade geen al te zware eisen gesteld mogen worden.

141 In de lagere rechtspraak wordt deze leer meer en meer gebruikt. De Hoge Raad lijkt ook tot (subsidiaire) aanvaarding van die theorie overgegaan te zijn, in elk geval voor het terrein van de beroepsaansprakelijkheid, zie HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 nt. PAS (Baijings/mr. H.), waarover onder andere Giesen 1999, p. 73; Akkermans, A & V 1998, p. 24-26, en Haak, AA 1998, p. 138 e.v., alsmede Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434b en 434c.

142 Zie daarover met name Akkermans 1997, p. 107 e.v.; Spier, Oratie 1990, en Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v., steeds met verdere verwijzingen.

wordt afgestemd op het wel bewijsbare verband tussen de fout en de verloren kans.[143] Ik wijs er tevens nog op dat ook de kanstheorie (gedeeltelijk) een garantie kan vormen voor het handhaven van de effectiviteit van de materiële norm, en dus in zoverre hetzelfde bewerkstelligt als het hier beschreven model.[144] Langs materieelrechtelijk weg, door uitsluiting van de mogelijkheid tot het ontstaan van een *non liquet*, wordt hetzelfde bereikt als door middel van een bewijsrisico-omkering: de materiële norm is te verwezenlijken. Beide benaderingen zijn derhalve sterk verwant.

Het gevolg van deze materiële benaderingswijze is steeds dat de regels van bewijsrisicoverdeling pas op de plaats moeten maken. Het *non liquet* wordt bij voorbaat vermeden. Net zoals bij de procesrechtelijke regelingen die in hoofdstuk II aan bod kwamen en hierna nogmaals de revue passeren, wordt ook via deze benadering het aantal procedures dat op basis van de regels van bewijsrisico beslist wordt, verminderd.

3.2.7.3 Procesrechtelijke oplossingen

Ook het procesrecht biedt alternatieven voor een bewijsrisico-omkering. Zo zullen wij nog zien in paragraaf 3.5.2 dat de in Nederland veel gebruikte notie van de 'aanvullende stelplicht' in wezen hetzelfde beoogt als hetgeen het hier verdedigde model voorstaat: de verwezenlijking van de materiële norm dient mogelijk te blijven. Dat wordt dan bereikt doordat de wederpartij, meestal de gedaagde, geacht wordt aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen, zodat de eiser alsnog het gevraagde bewijs kan leveren. De rechter gebruikt die aanvullende stelplicht als een bewijsrisico-omkering in zijn ogen te ver gaat of anderszins niet geaccepteerd kan worden.[145] De nauwe verwantschap tussen de aanvullende stelplicht en de bewijsrisico-omkering blijkt ook als wij in ogenschouw nemen dat de argumenten voor aanname van een aanvullende stelplicht in beginsel dezelfde kunnen zijn als die voor aanname van een bewijsrisico-omkering.[146] Vooral het

143 Zie bijvoorbeeld Giesen 1999, p. 72, met verdere verwijzingen.

144 Zie Giesen 1999, p. 75 en 145, en par. VIII.4.1.1. hiervoor.

145 Zo ook Tjittes, NJB 1988, p. 1130. Zie verder de noot van Van Schilfgaarde onder HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 (Møkster/Wijsmuller), waarin deze de aanvullende stelplicht als een alternatief voor de bewijsrisico-omkering presenteert. Men zou hieruit kunnen afleiden dat de argumenten voor een aanvullende stelplicht minder zwaarwegend hoeven te zijn dan voor een bewijsrisico-omkering, vergelijk BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427-2428, en BGH GRUR 1993, 572, op p. 573, waarin de uiteenlopende nabijheid van partijen tot het bewijs onvoldoende was voor een bewijsrisico-omkering, maar zulks wel van invloed was op de omvang van de stelplicht.

146 Vergelijk Meijers, noot onder HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 nt. EMM (Batava/Salomonsky), op p. 231.

argument dat de informatie-achterstand opgeheven zou moeten worden, zal bij beide een rol spelen.[147]

Het gegeven dat de norm verwezenlijkt moet kunnen worden, lijkt ook bij de bewijswaardering een rol te spelen. Bij de bepaling van de mate van bewijs die een rechter nodig heeft om te kunnen zeggen dat een feit bewezen is, lijkt in elk geval in Duitsland aanvaard te zijn dat rekening gehouden wordt met het gegeven dat een zware bewijsmaatstaf er toe zal leiden dat de materiële norm in feite niet meer te verwezenlijken is.[148] De bewijswaardering zal zich dus mede op (het doel en de strekking van) de aansprakelijkheidsregel moeten richten.[149] Die gedachte zien wij bijvoorbeeld terug bij de toepassing van § 287 ZPO, op basis waarvan de hoogte van de schade geschat mag worden en een minder zware bewijsmaatstaf geldt.[150] Hetzelfde geldt bij art. 6:97 BW in Nederland.[151]

Teneinde de effectiviteit van een materiële norm te garanderen, kunnen overigens ook *verzwaarde* eisen aan de bewijswaardering gesteld worden. Zo vereist een effectieve auteursrechtelijke bescherming dat de getuigenverklaring van de gedaagde, de persoon waarvan gezegd wordt dat hij een inbreuk op het auteursrecht maakte, in beginsel onvoldoende is als bewijs dat er van zo'n inbreuk geen sprake zou zijn. In een dergelijk geval is aanvullend bewijs nodig.[152]

Wij kunnen derhalve constateren dat de leidende gedachte van het hier gepresenteerde model op verschillende deelterreinen van het bewijsrecht is terug te vinden.[153] Dat die gedachte ook bij de verdeling en de eventuele omkering van

147 In Duitsland wordt dezelfde gedachte ook wel gebruikt als rechtvaardiging voor het 'soepel' benaderen van de stelplicht van de eiser. Aan die stelplicht worden dan geen hoge eisen gesteld omdat anders de materiële norm voor aansprakelijkheid zou 'leerlaufen', zie BGH NJW 1991, 2351, op p. 2352.

148 Zie Baumgärtel 1996, Rdn. 66, 69, 76. 79 en 403; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 28; Prütting, KF 1989, p. 8; Mummenhoff, ZZP 1987, p. 134; Prütting 1983, p. 88, 90 en 91-92. In deze zin ook Hoogendijk-Deutsch, RM Themis 1992, p. 322; Van Boom, A & V 1999, p. 121. Via een 'snelle' aanname van een vermoeden kan overigens hetzelfde bereikt worden. Door makkelijk het bestaan van een feit uit een hulpfeit af te leiden, kan de verwezenlijking van de norm gestimuleerd worden, zie Leipold 1985, p. 16; Fleming 1998, p. 359 en 363, en het in noot 395 genoemde wetsvoorstel.

149 Expliciet Gottwald 1979, p. 209. Daaruit volgt dan tevens dat ook de bewijswaardering en het materiële recht innige banden onderhouden. Vergelijk ook Diederichsen, VersR 1966, p. 221; Schuster 1975, p. 86 en 87; Maassen 1975, p. 1 en 64; Gottwald 1979, p. 209, 211; Münch.Komm. ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 38; Zöller/Greger 1999, Vor § 284, Rdn. 35; Baumgärtel 1996, Rdn. 79; McCormick 1992, p. 589.

150 Münch.Komm ZPO (Prütting), § 287, Rdn. 1, 4 en 17; Stein/Jonas/Leipold 1997, § 287, Rdn. 1.

151 Zie ook noot 140.

152 Zie HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 66 (De Vries/De Boer). Verwant hieraan is het geval dat als een bepaalde materiële regel niet te vaak gebruikt zou mogen worden, dat doel bereikt zou kunnen worden door een verhoging van de bewijsmaatstaf, vergelijk Cane 1997, p. 118, ten aanzien van 'punitive damages'.

153 Het gevolg daarvan is dat de ruimte om via een bewijsrisico-beslissing de zaak af te doen, kleiner wordt, zie ook hoofdstuk II. Men voorkomt zo de toepassing van de meest vergaande oplossing, zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 95-96.

het bewijsrisico een rol speelt, is dan nauwelijks opzienbarend te noemen.[154] Het zou eerder vreemd zijn als dezelfde gedachte bij de bewijsrisicoverdeling geen wezenlijke rol speelde. Het bewijsrecht is gefixeerd op verwezenlijking van de materiële normen.[155]

3.2.7.4 De verhouding tussen de alternatieven

Na deze constatering rijst wel nog de vraag naar de onderlinge verhouding van deze verschillende instrumenten. Mijns inziens is die verhouding in beginsel vrij eenvoudig. Op basis van de evenredigheidsgedachte dient in beginsel die oplossing verkozen te worden die het gestelde doel met een zo 'licht' mogelijk middel bereikt.[156] Algemene regels over welk der genoemde instrumenten het 'lichtst' is, kunnen daarbij overigens niet zonder meer gegeven worden.

Op het eerste gezicht lijkt bijvoorbeeld de aanvullende stelplicht een lichter instrument dan de bewijsrisico-omkering.[157] Degene die daar zonder meer van uitgaat, kan echter bedrogen uitkomen. Immers, als wij aanvaarden, hetgeen mijns inziens onvermijdelijk is, dat de wetssystematisch enig juiste sanctie op het niet voldoen aan een dergelijke stelplicht hierin gelegen is dat de stelling van de wederpartij als vaststaand beschouwd moet worden (art. 176 Rv), dan reikt een dergelijke stelplicht qua gevolgen veelal verder dan een bewijsrisico-omkering. Bij een dergelijke omkering wordt de wederpartij immers nog in de gelegenheid gesteld tegendeelbewijs te leveren, hetgeen bij het niet voldoen aan de eis van een gemotiveerde betwisting niet meer het geval zal zijn.[158]

Het voorgaande speelt overigens met name een rol wanneer de partij die gevraagd wordt aanknopingspunten voor de bewijsvoering van de wederpartij te verschaffen, daartoe niet in staat zal zijn en zulks bij voorbaat voorzienbaar was. In die gevallen zou dan ook beter geen aanvullende stelplicht aangenomen kunnen worden. Indien een partij wél die nadere aanknopingspunten voor de bewijsvoering kan verstrekken, en deze dat ook doet, is de aanvullende stelplicht een lichter instrument dan een bewijsrisico-omkering.[159]

---

154 Ook toen het om de bewijsrisicoverdeling naar de hoofdregel ging, zagen wij deze gedachte naar voren komen, zie par. III.2.3. en par. III.3.2.

155 Zie reeds hiervoor par. 3.1.3.

156 Vergelijk BVerfG NJW 1980, 2070, op p. 2071, waarin de oproep een bewijsrisico-omkering te aanvaarden gepareerd werd door te wijzen op de medewerkingsplicht van de gedaagde bij de bewijsvoering.

157 Zie bijvoorbeeld Timmerman, Ondernemingsrecht 1999, p. 23.

158 Zie hiervoor par. II.3.3.

159 De bewijsrisico-omkering en de stelplicht zijn daarnaast ook in die zin sterk verwant dat indien een bewijsrisico-omkering aanvaard wordt, in volgende gevallen de stelplicht van de gedaagde zwaarder wordt. De gedaagde dient dan meer gegevens aan te voeren en kan niet volstaan met een ontkenning van de stellingen van de eiser.

Een ander punt is dat de rechter zich bij zijn keuze voor één van deze instrumenten steeds zal moeten afvragen of dat instrument ver genoeg gaat, of dat instrument de verwezenlijking van de norm wel echt mogelijk maakt.[160] Als dat niet het geval is, zal hij voor een zwaarder instrument moeten kiezen, hetgeen dan veelal zal neerkomen op een keuze voor een bewijsrisico-omkering.

Een laatste vraag die in dit kader van belang is, is of het bestaan van deze alternatieven de bewijsrisicoverdeling niet gewoon overbodig maakt. Mijns inziens is dat niet het geval. Zo hebben de eerste drie genoemde materieelrechtelijke alternatieven betrekking op heel specifieke gevallen, zodat die niet steeds bruikbaar zijn. De kanstheorie is in beginsel wel op ruime schaal toepasbaar,[161] maar alleen ten aanzien van het causale verband. Over de onrechtmatigheid zegt die theorie niets, zodat in elk geval op dat vlak de bewijsrisicoverdeling een rol zal blijven spelen. Ten aanzien van de procesrechtelijke alternatieven zagen wij reeds dat die niet altijd ver genoeg gaan om de verwezenlijking van de norm mogelijk te maken, zodat de bewijsrisicoverdeling alsnog een rol zal kunnen spelen.

Het voordeel van het naast elkaar bestaan van twee (of meer) mogelijke benaderingen ten aanzien van hetzelfde probleem is in elk geval dat de rechtstoepasser/rechtsvormer een keuzemogelijkheid heeft.[162] Per gevaltype kan dan de meest wenselijke oplossing gekozen worden. Ook in die zin is de bewijsrisicoverdeling derhalve (nog steeds) van belang naast de andere mogelijke oplossingen.

3.2.7.5 Juiste en minder juiste alternatieven

Van belang voor de verhouding tussen de genoemde alternatieven is ook of deze alternatieven allemaal even bruikbaar zijn. Mijns inziens is een aantal van die alternatieven goed bruikbaar, maar lijken andere alternatieven, in elk geval gevoelsmatig, soms minder bruikbaar te zijn.

Zo heeft het verlagen van de maatstaf met betrekking tot de bewijswaardering, net als het werken met vermoedens, mijns inziens dit nadeel dat er langs die weg te makkelijk gepretendeerd kan worden alsof het antwoord op de vraag wat er feitelijk gebeurd is, bekend is ('De fout van uw wederpartij heeft tot uw schade geleid, althans dat vinden wij net iets waarschijnlijker (51 %) dan het tegendeel.'). Gezien de belangen van beide partijen, lijkt het niet altijd terecht om die stap zo makkelijk te zetten. De rechterlijke uitspraak op basis van de bewijsrisicoverdeling geeft daarentegen open en eerlijk toe dat het antwoord op de vraag wat er feitelijk

160 Ik heb eerder al aangegeven dat een aanvullende stelplicht wat dat betreft soms tekort schiet, zie Giesen 1999, p. 146, en par. II.3.3.

161 In hoeverre de kanstheorie echter buiten het terrein van de beroepsaansprakelijkheid toepasselijk is, is twijfelachtig. Ook in die zin dient de hier gestelde vraag ontkennend beantwoord te worden.

162 Men kan de bewijsrisicoverdeling derhalve ook gebruiken om géén materiële keuze te hoeven maken, vergelijk Gaskins 1992, p. 54.

gebeurd is, niet (meer) te achterhalen is en dat er daarom een knoop moet worden doorgehakt. Gezien de feitelijke onzekerheid die in deze gevallen heerst, zou dat wel eens eerlijker kunnen zijn.

Met betrekking tot de aanvullende stelplicht verdient opmerking dat de manipulatie-mogelijkheden op dat vlak zeer ruim, wellicht te ruim, zijn. Heeft de gedaagde de stellingen van de eiser onvoldoende betwist? Dat is uiteindelijk afhankelijk van het antwoord op de vraag of de rechter al dan niet *wil* dat er onvoldoende betwist is. Werken via de stelplicht is meestal de makkelijkste weg uit een procedure, soms een te makkelijke. Er is geen betwisting, en dus staan de feiten vast. Weg zijn de lastige vragen over of het bewijs nu wel of niet geleverd is; weg zijn de lastige vragen over wie uiteindelijk het bewijsrisico draagt.

De aanpassing van het materiële recht is eerlijker. Erkend wordt dat het geldende recht onvoldoende toegerust is om de gestelde doelen te bereiken. Om die doelen wel in het vizier te krijgen, wordt het materiële recht aangepast. Hetzelfde geldt voor de introductie van nieuwe (risico-)aansprakelijkheden. Het is alleen jammer dat juist het gebruik van dit laatste instrument voor de rechter, in zijn verhouding tot de wetgever die toch in eerste instantie 'nieuw'materieel recht zou moeten maken, minder voor de hand ligt.[163]

Het voorgaande is niet bedoeld om de eerder geschetste instrumenten toch weer als potentiële alternatieven af te voeren, met als gevolg dat de uitkomst toch weer zou moeten luiden dat er altijd met de bewijsrisicoverdeling gewerkt zou moeten worden. In het geheel niet. De bewijsrisicoverdeling, met zijn onvermijdelijke 'alles of niets'-beslissingen, is immers ook geen ideaal instrument. Het voorgaande is echter wel bedoeld om duidelijk te maken dat het belangrijk is om steeds de vraag te stellen welk instrument in het voorliggende geval het best bruikbaar is.

3.2.8 Uitwerking: enkele losse eindjes

Enkele kwesties vereisen nog enige toelichting. In het voorafgaande werd bewust geen onderscheid gemaakt tussen de diverse elementen van de onrechtmatige daad en de tekortkoming in de nakoming. Het hier verdedigde principe is namelijk van toepassing onafhankelijk van de vraag welke voorwaarde voor aansprakelijkheid in het geding is. Het maakt niet uit of het het bewijs van de onrechtmatigheid of van het causale verband is dat de moeilijkheden teweeg brengt. Ook de vraag naar de schuld en de vraag of er schade is, kan problemen opleveren. Hetzelfde principe

163 De verhouding tussen rechter en wetgever en de binding van de rechter aan de wet, blijft hier rusten. Zie echter wel nog par. 3.2.8 *in fine* en par. 3.2.9. Ook de kanstheorie krijgt overigens tegenstand, zie bijvoorbeeld de discussie tussen Akkermans (LSA-bundel 2000, p. 25 e.v.) en Peeperkorn (LSA-bundel 2000, p. 41 e.v.).

dient dan toegepast te worden. Steeds is 'het nog kunnen verwezenlijken van de materiële norm' het leidende beginsel.[164]

Daarbij dient wel bedacht te worden dat bij beantwoording van de vraag of de norm nog te verwezenlijken is, andere gezichtspunten mee zouden kunnen spelen bij de verschillende elementen.[165] Als het bijvoorbeeld gaat over het bewijsrisico ten aanzien van het bestaan van (en de hoogte van de) materiële schade, en de eiser dat bewijs niet kan leveren,[166] komt de verwezenlijking van de norm in gevaar nu de eiser geen schadevergoeding kan ontvangen, enkel en alleen omdat hij zijn schade niet kan bewijzen. Als men er dan naar streeft de verwezenlijking van de norm mogelijk te houden, en men tracht dat te bereiken via de bewijsrisicoverdeling, dan zou meegewogen moeten worden dat het een beginsel van ons schadevergoedingsrecht is dat in principe de werkelijk geleden schade *volledig* moet worden vergoed.[167] Dat uitgangspunt zou ertoe kunnen leiden een verschuiving van het bewijsrisico eerder te aanvaarden.[168] De strekking van de norm dat indien onrechtmatig gehandeld is, de schade vergoed dient te worden, wordt gekleurd door de notie dat die vergoeding volledig dient te zijn. Indien die strekking niet te bereiken is, is een andere bewijsrisicoverdeling wellicht nodig.[169]

Een tweede punt is dat in het voorgaande geen verschil gemaakt werd tussen uitzonderingen op de hoofdregel die in de rechtspraak aanvaard worden[170] en

---

164 De literatuur genoemd in noot 20 en 21 bevestigt deze stelling. Onderscheid op basis van de elementen van de materiële norm wordt niet gemaakt. Hierbij verdient wel nog opmerking dat het mogelijk zou kunnen zijn dat een bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband eerder aanvaardbaar is, omdat in dat geval de aansprakelijkheid van de gedaagde eerder geaccepteerd lijkt te kunnen worden nu in dat geval immers al vaststaat dat deze in elk geval onrechtmatig handelde, vergelijk bijvoorbeeld Giesen 1999, p. 144; Giesen 1997, p. 131; Akkermans 1997, p. 307.

165 De lijst van argumenten in par. 2 is niet limitatief.

166 Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen bij ongeoorloofde mededinging, wanneer de gedaagde producten van de eiser namaakte en verkocht. De omzet van de gedaagde zal dan echter een sterke aanwijzing zijn voor eiser's schade. Bovendien kan hier art. 6:97 BW toegepast worden, zodat de schade geschat kan worden (zie ook noot 140).

167 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 415.

168 Let wel, juist op dit vlak zal het zware middel van de bewijsrisico-omkering niet snel nodig zijn omdat art. 6:97 BW een ander bruikbaar instrument biedt voor de rechter. Dat het model een oplossing zou bieden, doch dat deze oplossing hier niet nodig is, is overigens niet als argument aan te voeren tegen het model als zodanig. Men zou het model immers kunnen toepassen, maar dat wordt niet gedaan omdat er een minder zwaar instrument voorhanden is. Zo laat het model ook ruimte voor evenredigheid, zie ook par. 3.2.7.4.

169 Als het daarentegen gaat om de vraag of er in casu shockschade of affectieschade geleden was, zal het voorgaande minder snel opgaan. Beide vormen van schade zijn door de nieuw BW-wetgever met argusogen bezien, al dan niet terecht, en vergoeding van affectieschade werd in beginsel afgewezen. Zie onder andere Verheij, NTBR 1998, p. 324 e.v. Als er nu een bewijsprobleem ontstaat, hetgeen zeer wel mogelijk is (Verheij, NTBR 1998, p. 328), zal die terughoudendheid doorwerken in die zin dat de strekking van het schadevergoedingsrecht op dit vlak in principe niet tot een bewijsrisico-omkering noopt. Gezien het ook hier toepasselijke art. 6:97 BW is dat ook niet nodig.

170 Voor zover de rechter een bewijsrisico-omkering aanvaardt, zal dat mijns inziens in de vorm van een 'bijzondere regel' in de zin van art. 177 Rv kunnen en moeten gebeuren. Ik verwijs naar mijn eerdere beschouwingen daaromtrent in par. III.3.4.

uitzonderingen die de wetgever zelf introduceert, zoals bijvoorbeeld art. 6:195 lid 1 BW. Ook dat was een bewuste keuze, want het model is naar mijn mening in beide gevallen van toepassing. Veelal zal het de rechter zijn die tot een bewijsrisico-omkering komt, maar als aan de voorwaarden van het model voldaan is en de wetgever kan daarnaast de benodigde politieke wil verzamelen om tot een wetswijziging te komen, dan is dat toe te juichen. De rechter wordt dan immers een lastige rechtspolitieke keuze bespaard.[171]

Een derde kwestie betreft de vraag of wij met dit model niet teveel loskomen van wat in het BW (impliciet) bepaald is ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling. Als wij het model toepassen, wordt immers afgeweken van de bewijsrisicoverdeling zoals die volgens de hoofdregel uit het materiële recht voortvloeit. Wordt de binding van de rechter aan de wet niet teveel losgelaten bij een bewijsrisico-omkering?[172]

Ik zie hierin geen overwegend bezwaar. De invoering van het nieuwe BW was in feite een codificatie van het geldende recht.[173] Het gaat hier in wezen dus om bepalingen die al de nodige tijd meegaan. Ten aanzien van zulke bepalingen kan het na verloop van tijd noodzakelijk worden om meer afstand te nemen, om de rechter meer vrijheid te laten. De maatschappelijke opvattingen veranderen nu eenmaal.[174] Ik sluit mij dan ook graag aan bij Vranken:[175]

> 'Op zeker ogenblik breken inzichten door of doen zich ontwikkelingen of situaties voor die de tot dan gehuldigde opvatting aantasten en een andere (interpretatie van de) norm als beter, wenselijker, rechtvaardiger, praktischer of systematisch juister aanmerken, hetzij in het individuele geval, hetzij in het algemeen. (...) In die zin kan men zeggen dat rechtsnormen - en daarmee het rechtssysteem - , niet af, niet gesloten en in ieder geval nooit definitief zijn, maar principieel open en vatbaar voor verandering, aanpassing en aanvulling.'

171 Waarmee geenszins bedoeld is te zeggen dat de rechter die keuze niet zou mogen maken.

172 Zie daarover onder andere Barendrecht 1992, p. 193 e.v., en Smith 1998, p. 86 en 144 e.v. Los van het hierna betoogde zal het (eventueel nog) bestaan van een dergelijke binding hier geen probleem opleveren omdat de wet in art. 177 Rv zelf al aangeeft dat de rechter bijzondere regels mag vormen. Zie nader par. 3.2.9.

173 Zie bijvoorbeeld Hartkamp, Oratie 1992, p. 11; Barendrecht 1992, p. 238.

174 Vergelijk hierover Bydlinski 1982, p. 574 e.v.; Polak 1953, p. 57-58; Eggens, Wet en recht 1962, p. 480-481, die aangeeft dat hetzelfde voor nieuwe wetten geldt; Pitlo 1969, p. 125 en 133; Schut, RM Themis 1987, p. 265 e.v.; Klaassen 1991, p. 29; Barendrecht 1992, p. 262; Lankhorst 1992, p. 128; Wiarda 1999, p. 24 en 43; Spier, Afscheidsrede 1999, p. 10; Martens, NJB 2000, p. 749; Pfeiffer 1986, p. 6; Larenz 1991, p. 350-351, en vooral Eggens, Transpositie 1946, p. 267-268, en Von Caemmerer, FS DJT 1960, p. 51. Vergelijk verder nog PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1022, en BVerfG NJW 1998, 519, op p. 520. Impliciet anders, Hartkamp, Oratie 1992, p. 15-16.

175 Asser-Vranken, nr. 103. In die zin ook Scholten, Verz. Geschr. I 1949, p. 483; Eggens, Wet en recht 1962, p. 481, noot 2; Barendrecht 1992, p. 199 (die het hele beginsel van binding aan de wet ter discussie stelt).

Net zoals de regels van het materiële recht, zijn ook de regels met betrekking tot de bewijsrisicoverdeling niet voor eens en voor altijd vastgelegd. Ook deze regels zijn afhankelijk van de ontwikkelingen in de tijd.[176]

3.2.9 Conclusie: bewijsrisicoverdeling en rechtsvinding

De conclusie uit het voorgaande luidt dat een afwijking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling gerechtvaardigd is indien de verdeling van het bewijsrisico op basis van die hoofdregel ertoe leidt dat in de meerderheid van de gevallen waarin aansprakelijkheid wenselijk is, het doel en de strekking van de (in principe toe te passen) materiële norm niet meer te verwezenlijken is. Daarbij is dat doel en die strekking afhankelijk van, en dienen deze bepaald te worden aan de hand van, diverse (materiële) toerekeningsfactoren, die per deelterrein kunnen verschillen.[177]

Daarmee zijn uiteraard niet alle problemen opgelost, want men kan natuurlijk blijven twisten over de vraag wanneer verwezenlijking van de materiële norm niet meer mogelijk is. Een poging tot beantwoording van die vraag is hiervoor ondernomen. Ook kan er onduidelijkheid blijven bestaan over bijvoorbeeld het doel en de strekking van de materiële norm in een bepaald geval. Dit is uiteindelijk echter een rechtsvindingsprobleem[178] dat niet specifiek is voor de verdeling van het bewijsrisico, maar dat van algemenere aard is, waarvoor op rechtstheoretisch vlak methoden ontwikkeld zijn, en waarmee de rechter in de praktijk weet om te gaan. Een enkele opmerking dient daarover nog gemaakt te worden.

Mijns inziens zijn de gevallen waarover het hier gaat te rubriceren onder de eerste categorie van wat Vranken moeilijke(re) gevallen noemt.[179] Het gaat bij die categorie onder andere om gevallen waarbij een regel toepasselijk lijkt te zijn hoewel dat niet gewenst zou zijn.[180] Dat is precies wat er aan de hand is bij de vraag of er een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling gemaakt zou

176 Zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 30-31.

177 Mocht dit alles na het voorgaande nog te vaag schijnen, bedenk dan het volgende: 'Nous croyons que la recherche d'un critère technique et précis est vouée à l'échec car le droit positif est, en la matière, plus imprégné de téléologie que de systematique.' Zie Devèze, noot onder Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289, op p. 292. Wellicht schuilt hierin inderdaad de reden dat voorgaande pogingen tot theorievorming niet geslaagd zijn. Een al te technisch en precies criterium kan niet gevonden worden, juist omdat doel en strekking zo'n belangrijke rol spelen en deze zich niet in een enkele technische term laten vangen.

178 Zie bijvoorbeeld Asser 1992, 46; Prütting, KF 1989, p. 15, 16 en 45; Bydlinski, KF 1989, p. 35. Zie met betrekking tot de koppeling tussen bewijsrisicoverdeling en rechtsvinding verder Drion, WPNR 4593 (1959), p. 339; Schut 1974, p. 60; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654; Lankhorst 1992, p. 118 e.v.; Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, no. 207; Schwab, FS Bruns 1978, p. 510; Gmehling 1989, p. 65; Prütting, KF 1989, p. 45; Heinrich 1996, p. 80 en 257; Chevalier 1958-1959, p. 224; Causin 1981, p. 197 e.v.; Devèze, noot onder Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289 e.v.; Motulsky 1948, p. 134. In deze zin ook Wiersma, RM Themis 1966, p. 481.

179 Zie Asser-Vranken, nr. 89. Ik ontleen deze interpretatie van Vranken's betoog mede aan die van Visser & Hage, R & R 1998, p. 209 e.v.

180 Zie Visser & Hage, R & R 1998, p. 209.

moeten worden. De hoofdregel lijkt toepasselijk, maar dat zou niet gewenst zijn, omdat de materiële norm dan niet meer te verwezenlijken is. De oplossing voor zo'n geval is gelegen in ofwel het restrictief toepassen van de norm, hetgeen hier niet in aanmerking komt omdat dat naar de aard van de bewijsrisicoregels niet mogelijk is,[181] ofwel in het aanvaarden van een uitzondering op die regel.[182] Dat zo'n uitzondering soms nodig is, is precies hetgeen hiervoor betoogd is.

Met deze rubricering is de oplossing van mogelijke problemen wellicht niet in concreto dichterbij gekomen, maar op een abstracter niveau mijns inziens wel. Vooralsnog is de kernvraag helder en is (een begin van) een antwoord mogelijk. Immers:

> 'waar de strakheid van de norm botst met de wenselijk geachte elasticiteit van de regelgeving, kan de rechter op basis van de in een concreet geval blijkende behoefte, dit wil zeggen achteraf, een norm openbreken of verfijnen.'[183]

Met andere woorden, indien nodig kan de rechter afwijken van wat de wet hem, via de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, voorschrijft. De concrete invulling van wanneer en hoe dat zou moeten gebeuren, is daarmee nog niet definitief gegeven, maar ik meen wel dat in het voorgaande genoeg materiaal schuilt om in elk geval de eerste schreden te kunnen zetten.

Voorts wijs ik er nog uitdrukkelijk op dat in beginsel alle uitlegmethoden gebruikt kunnen worden om te bepalen wat het doel en de strekking van de norm is en welke bewijsrisicoverdeling passend is.[184] Nu het hier met name om het doel en de strekking van de materiële norm gaat, zal de *teleologische* uitleg[185] een

---

181 De bewijsrisicoverdeling is nu eenmaal niet restrictief toe te passen, een partij draagt het bewijsrisico of niet, zie Giesen 1997, p. 117 e.v.

182 Zie Visser & Hage, R & R 1998, p. 210.

183 Asser-Vranken, nr. 91 *in fine*.

184 Zie BGH NJW 1991, 1052, op p. 1054; Drion, WPNR 4593 (1959), p. 339; Wiersma, RM Themis 1966, p. 481; Gras, WPNR 6062 (1992), p. 654; Pohle, AcP 1955, p. 175; Heinrich 1996, p. 80. Schuster 1975, p. 74, meent ten onrechte dat zulks niet zou gebeuren.

185 Zie daarover Pontier 1998, p. 35-36; Lankhorst 1992, p. 119; Bydlinski 1982, p. 453 e.v.; Polak 1953, p. 41 e.v., en Eggens, Wet en recht 1962, p. 483, die de teleologie zeer centraal plaatst. Via die interpretatiemethode kan goed rekening worden gehouden met het eerder (par. 3.2.8 en par. 3.2.10) genoemde 'tijdsverloop' sedert het opstellen van de norm, omdat daarbij het veranderde doel van de norm goed naar voren komt; teleologie en dynamisch recht gaan goed samen, vergelijk Pitlo 1969, p. 183, en Bydlinski 1982, p. 577. Het belang van deze methode springt te meer in het oog indien men Barendrecht (1992, p. 215) volgt en ervan uit gaat dat deze vorm van interpretatie niets anders is dan het rechtstreeks zoeken naar een rechtvaardige oplossing. In die zin ook Eggens, Wet en recht 1962, p. 483. Volgens Larenz 1991, p. 336, wordt de teleologische uitleg bepaald door rechtsethische principes, zoals bijvoorbeeld vertrouwensbescherming, hetgeen ook op de lijst van argumenten (zie par. 2) prijkt. Teleologische uitleg is overigens altijd van belang, zie PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1022, en over dat belang verder onder andere Meijers 1958, p. 23, 33, en 67; Eggens, Transpositie 1946, p. 266; Lankhorst 1992, p. 124 en 143; Wiarda 1999, p. 36 en 38.

belangrijke rol spelen. Ook zal inmiddels duidelijk zijn dat bij die teleologische uitleg de argumenten uit paragraaf 2 een wezenlijke rol vervullen.[186]

Binnen de teleologische uitleg worden overigens twee varianten onderscheiden. De objectieve variant van die uitlegmethode komt hierop neer dat het doel en de strekking van de norm gezocht wordt onafhankelijk van de (toenmalige) wil van de wetgever, terwijl de subjectieve variant nu juist het doel en de strekking probeert te achterhalen aan de hand van de wil van de wetgever. In die laatste variant speelt daardoor de (totstandkomings)geschiedenis van de norm een overwegende rol, met als gevolg dat deze een nogal statisch karakter heeft. De objectieve teleologie is dynamischer. Deze houdt rekening met de gewijzigde omstandigheden. Omdat er ook tussenvormen van beide bestaan, en beide van belang kunnen zijn bij de bepaling van de strekking van de norm, dienen mijns inziens in beginsel beide varianten gebruikt te worden.[187] Ik ga er derhalve ook vanuit dat bij de bepaling van het doel en de strekking van een regeling de wetshistorie als uitlegmethode van belang is.[188]

Het is overigens niet verstandig om het doel van een norm enkel uit die norm zelf af te leiden, omdat dat proces al snel verzandt in een cirkelredenering: het doel wordt uit de norm afgeleid waarna die norm weer naar dat doel uitgelegd wordt.[189] Men dient derhalve niet alleen acht te slaan op de norm zelf. Zoals gezegd, bij de bepaling van het doel en de strekking van de norm speelt ook de wetsgeschiedenis een rol, maar ook andere interpretatiemethoden kunnen gebruikt worden.

Zo komt bijvoorbeeld ook een wat minder courante methode van rechtsvinding, de *dynamisch-evolutieve* interpretatie, voor toepassing in aanmerking. Het gaat er daarbij om dat betekenis wordt toegekend aan de rechtsontwikkeling, de wijziging van de maatschappelijke opvattingen en omstandigheden, die plaats heeft gevonden nadat de regel in de wet werd neergelegd.[190]

Daarnaast is al uit het voorgaande gebleken, althans dat hoop ik, van welke waarde de *rechtsvergelijking* op dit terrein kan zijn. Ook mag niet vergeten worden dat, zeker ten aanzien van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, de (grammaticale) uitleg van de *wettekst* als zodanig een overwegende rol speelt. Het materiële

186 Expliciet zo Heinrich 1996, p. 81 en 85. Ook het algemene doel van het procesrecht, zie par. 3.1.3, speelt een rol bij het bepalen van het doel en de strekking van een norm, zie Henckel 1970, p. 47.

187 Zie hierover nader Lankhorst 1992, p. 125 e.v., die op p. 129-130 als stelregel meegeeft dat de subjectieve variant belangrijker zal zijn bij normen van recente datum. Zie ook nog Zippelius 1971, p. 58-59; Larenz 1991, p. 332 en 333 e.v., en Larenz/Wolf 1997, p. 103-104.

188 Zie bijvoorbeeld Hartkamp, Oratie 1992, p. 14; Zippelius 1971, p. 58. Daarbij past wel de kanttekening dat de strekking van een regeling in de loop der tijd kan veranderen. Alsdan is de wetsgeschiedenis minder relevant, zie bijvoorbeeld Polak 1953, p. 9.

189 Zie Henckel 1970, p. 41 en 42.

190 Vergelijk Pontier 1998, p. 38-39; Polak 1953, p. 45 e.v. Deze methode lijkt sterk op wat Eggens, Transpositie 1946, p. 264 e.v., transpositie noemt.

recht bepaalt in beginsel de bewijsrisicoverdeling volgens die hoofdregel,[191] en wat daarin precies bepaald wordt, is veelal door middel van tekstanalyse en (opnieuw) wetshistorische uitleg boven water te halen. Vaak is dit zelfs vrij simpel omdat de wetgever daarop een voorschot genomen heeft door de wijze van formulering van de materiële norm.[192] Overigens, ook de uitleg aan de hand van het systeem van de wet zal onmisbaar zijn.[193]

Bij de uitleg dient er tevens rekening mee gehouden te worden dat de bewijsrisicoverdeling ook van invloed is op het materiële recht. Materieel recht en bewijsrisicoverdeling staan in een dynamische verhouding tot elkaar. Het materiële recht kan zo uitgelegd worden dat daardoor een wenselijk geachte bewijsrisicoverdeling goed tot zijn recht komt. Het is dan de bewijsrisicoverdeling die het materiële recht 'vormt'. Het arrest *Waarbroek/H.*[194] is daarvan mijns inziens een voorbeeld. De zorgvuldigheidsnorm die daar aanvaard werd, sluit naadloos aan bij wat bewijsrechtelijk wenselijk werd gevonden, namelijk dat een dienstverlener bewijsstukken met betrekking tot de verzending van een poststuk moet kunnen overleggen.

Uit het (Nederlandse[195]) rechtsvindingsdebat is naar voren gekomen dat de rationaliteit, de legitimatie, van een rechterlijke beslissing uiteindelijk berust - en alleen kan berusten, omdat de interpretatiemethoden geen dwingende rangorde hebben[196] - op de verantwoording achteraf van de subjectieve beslissing van de rechter. Deze dient de gevonden oplossing, zijn *keuze*,[197] te *motiveren*.[198] Dat wordt

---

191 Dat de wettekst niet 'heilig' kan zijn in deze, blijkt alleen al hieruit dat de bewijsrisicoverdeling omgekeerd ook van invloed is op het materiële recht, zie par. 3.2.4 en hierna.

192 Zie hierover bijvoorbeeld Asser 1992, p. 77 e.v.; Rosenberg 1965, p. 127 e.v.

193 BGH NJW 1991, 1052, op p. 1054, noemt ontstaansgeschiedenis, bewoording en systematiek expliciet als relevante gezichtspunten.

194 Zie HR 4 september 1998, NJ 1998, 828 (Waarbroek/H.), waarover par. 3.2.7.2.

195 Over het debat in Duitsland, zie Larenz 1991, p. 120 e.v.; Larenz/Wolf 1997, p. 91 e.v.

196 Bijvoorbeeld Pontier 1998, p. 39; Barendrecht 1992, p. 217; Hartkamp, Oratie 1992, p. 28-29; Polak 1953, p. 37, 53 en 72; Eggens, Transpositie 1946, p. 265; Smith 1998, p. 62 en 147; Larenz 1991, p. 344, en Larenz/Wolf 1997, p. 105, doch anders op p. 106 en 115.

197 Zie Asser-Vranken, nr. 217, en verder onder andere Polak 1953, p. 17, 18, 51 en 59; Eggens, Wet en recht 1962, p. 489; Barendrecht 1992, p. 163-164; Henket 1998, p. 80; Smith 1998, p. 147 en 155; Wiarda 1999, p. 23 en 26; Koopmans 1999, p. 148-150; Barendrecht, NJB 2000, p. 697; Martens, NJB 2000, p. 750 en 751; Cardozo 1921, p. 11; Pound 1954, p. 52; Zippelius 1971, p. 64-67, 81 en 87; Larenz 1991, p. 346. Zo ook al Asser-Scholten, p. 134. Het gaat dus ook bij de vraag naar de verdeling van het bewijsrisico uiteindelijk om een rechtspolitieke keuze. Dat is inderdaad een gewetensbeslissing (Asser-Scholten, p. 133; Cardozo 1921, p. 12-13 en p. 167 e.v.) omdat de (subjectieve) rechtvaardigheidsnotie waarmee de rechter zijn werk verricht, in deze de (onbewust) sterkste leidraad voor de rechter is. Deze 'sprong' blijft een 'truc' (vergelijk Barendrecht 1992, p. 204), maar wel een die in de werkelijkheid verankerd is, vergelijk Asser, Oratie 1992, p. 23 en 24, en die volgt uit de hermeneutische basis van de rechtswetenschap, vergelijk Smith 1998, p. 61.

198 Zie Asser-Vranken, nr. 217 e.v.; Henket 1998, p. 87 e.v.; Barendrecht 1992, p. 75 (die hier weinig van verwacht, zie p. 176-177); Polak 1953, p. 79; Larenz 1991, p. 346; Cane, LQR 1999, p. 27, doch ook reeds Asser-Scholten, p. 130-131, die de rationaliteit van de (verder irrationele) gewetensbeslissing van de rechter ook doet steunen op verantwoording achteraf, alsmede Eggens,

niet anders indien het om een beslissing over de bewijsrisicoverdeling gaat. Alleen zo wordt immers inzichtelijk wat de doorslaggevende factor(en) was (waren) voor de rechter.[199]

Binnen het hier gepresenteerde model zal de rechter, indien hij tot een omkering van het bewijsrisico besluit, aandacht dienen te besteden aan de aanwezigheid van structurele bewijsnood, aan de daaruit voortvloeiende consequentie dat de verwezenlijking van de materiële norm in gevaar is, en aan de wenselijkheid om aansprakelijkheid aan te nemen, dat alles op basis van een of meer van de argumenten uit paragraaf 2. De rechter zou derhalve bij zijn beslissing en de motivering daarvan de diverse stappen uit het in paragraaf 3.1.2 beschreven schema na kunnen lopen. Indien een partij een omkering bepleit, maar de rechter daarin niet mee wil gaan, dient deze mijns inziens op zijn minst aan te geven op welk punt de toepassing van het model strandt. Niet alleen wordt zo de best mogelijke *verantwoording* naar de partijen toe bereikt, maar tevens wordt zo een *kader geschapen* voor toekomstige beslissingen van andere rechters. Per saldo zou dan duidelijk kunnen worden op welke terreinen een omkering van het bewijsrisico mogelijk is, en op welke terreinen dat (vooralsnog[200]) niet mogelijk geacht wordt.[201] Daardoor wordt de rechtszekerheid bevorderd.

Een vraag die in dit kader nog (kort) beantwoording behoeft, is of de rechter zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat en de binding aan de wet of het recht veronachtzaamt, als hij een bewijsrisico-omkering aanvaardt. Naar Nederlands

---

Wet en recht 1962, p. 482-483. Smith 1998, p. 147 e.v., ziet de legitimatie van de keuze vooral in de aanvaardbaarheid (de gerechtigheid, p. 171) van de beslissing in concreto (p. 147 en 151), maar ook bij hem speelt de motivering achteraf mee (zie p. 177, noot 77 en p. 180). Mijns inziens is dat laatste model hier niet bruikbaar. Een bewijsrisico-omkering dient immers in een regel neergelegd te zijn die in abstracto aanvaardbaar en toepasbaar is.

199 Dat zou mijns inziens niet alleen moeten gelden indien het bewijsrisico, al dan niet op basis van dit model, omgekeerd wordt, maar ook indien de rechter het 'verzoek' van een der partijen daartoe naast zich neerlegt en gewoon de hoofdregel toepast, zie het hierna volgende en mijn bijdrage in NTBR 1998, p. 90, alsmede Elders, Afscheidsrede 1990, p. 9-10, en Boonekamp, TCR 2000, p. 44. Anders: de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 26 mei 2000, C98/285, Elro: AA5950 (niet gepubliceerd) (X./Eneco), nr. 8. De PG Bewijsrecht, p. 21 en 90, gaat uit van een motiveringsplicht bij de aanname van een bewijsrisico-omkering (de opname van die plicht in de wet vond de wetgever overbodig; die plicht zelf niet). Zie ook HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179 (Visser/Maho). Een bijzondere (zwaardere) motiveringsplicht bestaat in zo'n geval echter niet, aldus HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld).

200 Recht blijft immers het voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zie Asser-Vranken, nr. 105, alsmede Barendrecht, NJB 2000, p. 697 ('Iedere keuze zal (...) kritiek uitlokken.'), en verder onder andere Polak 1953, p. 77; Barendrecht 1992, p. 42 en 45; Asser-Scholten, p. 76; Larenz 1991, p. 318. Vergelijk ook Cardozo 1921, p. 28: 'Nothing is stable. Nothing absolute. All is fluid and changeable. There is an endless becoming.'

201 Vergelijk mijn annotatie in NTBR 1998, p. 87 e.v., op 90, en de noot van Maeijer onder HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 nt. Ma (Romme/Bakker). Schijnbaar anders: de conclusie van De Vries Lentsch-Kostense voor HR 26 mei 2000, C98/285, Elro-nr.: AA5950 (niet gepubliceerd) (X./Eneco), nr. 8, en HR 19 juni 1998, NJ 1998, 777 (D./S.), waarin het bestaan van een motiveringsplicht bij de afwijzing van een bewijsrisico-omkering ontkend wordt, maar in dat geval waren ook geen omstandigheden die voor zo'n omkering konden pleiten, aangevoerd.

recht[202] zal daarvan geen sprake kunnen zijn. Immers, art. 177 Rv staat expliciet toe dat de rechter een bewijsrisico-omkering aanvaardt en zodoende rechtsvormend te werk gaat. Hij heeft dus een machtiging tot rechtsvorming gekregen.[203] Als de rechter daarvan dan gebruik maakt, kan hem dat moeilijk tegengeworpen worden.[204] Hieruit volgt tevens dat de rechter ook een bewijsrisico-omkering mag aanvaarden als de woorden van de wet op zich duidelijk zijn.[205]

3.2.10 Voordelen van het model

Een groot voordeel van de hier gekozen benadering is mijns inziens dat bewijsrisicobeslissingen veel inzichtelijker (kunnen) worden (gemaakt), omdat het daarbij blijkt te gaan om dezelfde argumenten die op het materieelrechtelijke vlak een rol spelen. Met die materiële argumenten zijn zowel de rechter als de procespartijen in het algemeen immers veel meer vertrouwd. Deze bieden hen meer houvast.

Een tweede voordeel van dit model is dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, voor zover die bestaat,[206] daardoor gediend wordt. Regelmatig zal zonder een bewijsrisico-omkering, vanwege de bewijsproblemen, geen schadevergoeding af te dwingen zijn. De schadeplichtige zal dan ook niet geneigd zijn die betaling 'uit eigener beweging' als uitvloeisel van de onderhandelingen te doen. Als bepaalde handelingen dan niet tot een plicht tot schadevergoe-

---

202 Ik stip dit punt toch aan, omdat hier naar Duits recht wel degelijk een hobbel ligt, zie daarover onder andere Prütting, KF 1989, p. 15 en 16; Bydlinski, KF 1989, p. 35; Baumgärtel 1996, Rdn. 12 en 507; Münch.Komm ZPO (Prütting), § 286, Rdn. 114 en 118, die deze hobbel overigens nemen, en Kemper 1992, p. 253 e.v., die dat niet doet. Naar Duits recht vormt een bewijsrisico-omkering een vorm van 'Rechtsfortbildung', welke alleen onder aanvoering van een zware motivering aanvaard mag worden en welke niet mogelijk is als een lichtere tegemoetkoming al voldoende is, zie Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 37. Zie over 'Rechtsfortbildung' verder bijvoorbeeld Leipold 1985, p. 22; Larenz 1991, p. 366 e.v.; Larenz/Wolf 1997, p. 113 e.v.; BVerfG NJW 1998, 519, op p. 520.

203 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 2. Hesselink 1999, p. 420, acht een dergelijke machtiging in het algemeen overbodig. Dat is mijns inziens onjuist. Ook zonder een dergelijke expliciete machtiging zou er in dit specifieke geval overigens geen probleem rijzen, want een uitleg die tot een bewijsrisico-omkering leidt waardoor een materiële norm gerealiseerd kan worden, kan mijns inziens moeilijk in strijd met het recht zijn.

204 Prütting, KF 1989, p. 45, stelt dat gevallen van een totaal *non liquet*, gevallen waarin beide partijen het bewijs niet zullen kunnen leveren, door de wetgever geregeld zouden moeten worden. Daar is op zich niets op tegen, maar gezien de trage reactiesnelheid van de wetgever, meen ik dat ook de rechter in deze gevallen vormend mag optreden.

205 Anders: Kemper 1992, p. 86. In Duitsland speelt bovendien nog de vraag of een bewijsrisico-omkering al dan niet in overeenstemming met de grondwet en dan met name de grondrechten, is, zie onder andere Schlemmer-Schulte 1997; Reinhardt, NJW 1994, p. 93 e.v.; Huster, NJW 1995, p. 112-113. Voor het Nederlandse recht is die vraag eigenlijk nooit echt gesteld. Uit het voorgaande volgt dat ik die eventuele grondrechtelijke dimensie als factor in de afweging of de norm nog te verwezenlijken is, zou willen meewegen, vergelijk ook Giesen 1999, p. 141 e.v., met betrekking tot het zelfbeschikkingsrecht, en par. XII.2.9.

206 Zie hiervoor noot 78.

ding leiden, is er ook geen reden om van het gewraakte gedrag af te zien.[207] Een bewijsrisico-omkering kan hier dan de benodigde 'incentives' verzorgen.

Een ander voordeel openbaart zich als wij het element 'tijdsverloop' in de beschouwingen betrekken.[208] De strekking van een norm kan in de loop der tijd wezenlijk veranderen. Ik wijs hier slechts op de ontwikkeling van art. 7A:1638x OBW (art. 7:658 BW). Met die veranderde strekking kan via een andere verdeling van het bewijsrisico rekening gehouden worden. Terwijl de materiële norm onveranderd in de wet staat, kan via de strekking een geheel nieuwe regeling tot wasdom komen. Als het tij om wat voor een reden dan ook keert, kan dezelfde beweging in omgekeerde richting gemaakt worden, opnieuw zonder te hoeven sleutelen aan de wettelijke norm. Aldus is het mogelijk om op eenvoudige wijze en zonder dat steeds wettelijk ingrijpen nodig is, de materiële norm met zijn tijd mee te laten gaan. Zodoende is ook het dynamische karakter van het recht in het model verdisconteerd.

Het grootste voordeel is naar mijn mening echter dat de verdeling van het bewijsrisico nader bepaald is. De kaders waarbinnen voor procespartijen mogelijkheden liggen, zijn afgebakend. Daardoor wordt bereikt dat partijen, zelfs als er afgeweken wordt van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, weten wat ze kunnen verwachten en waarop ze dienen te anticiperen,[209] alsmede welke resultaten ze zelf op dit vlak zouden kunnen bewerkstelligen.[210] Ook de rechter heeft hiermee een richtsnoer voor zijn beslissing in handen gekregen. De rechtszekerheid heeft daarmee terrein gewonnen.

Dat alles wil echter niet meteen zeggen, en daarin schuilt een ander voordeel, dat de billijkheid verloren heeft. Immers, voor zover de billijkheid tot gezichtspunten leidt die het individuele geval overstijgen,[211] zijn die gezichtspunten door middel van deze theorie te verdisconteren in de bewijsrisicoverdeling. Zo zal er bijvoorbeeld in de factor slachtofferbescherming al een groot deel van wat de

---

207 Zie Wagner, VersR 1999, p. 1447. Vergelijk ook Van Velthoven/Van Wijk 1997, p. 181; Bergkamp, Oratie 1998, p. 134; Schuster 1975, p. 116-117, en in algemenere zin over de rol van het procesrecht bij het bewerkstelligen van prikkels, Koch, JZ 1999, p. 929.

208 Vergelijk Asser 1992, p. 46-47.

209 Zulks omdat de uitzonderingen (naar mijn mening in elk geval) in algemene regels neergelegd dienen te worden als bijzondere regels van bewijsrisicoverdeling.

210 Uit het hier besproken model kunnen ook aanwijzingen geput worden voor toekomstige gevallen. Daarop kan een beroep gedaan worden, dan wel gereageerd worden, indien een mogelijke bewijsrisico-omkering ter sprake komt.

211 Voor billijkheidsoverwegingen die individueel (ook wel: processueel) bepaald zijn, zoals bijvoorbeeld bewijsnood in concreto, of het gegeven dat een partij bewust de informatievergaring belemmert, zullen andere oplossingen gevonden moeten worden. Die zijn echter niet moeilijk te vinden. Deze overwegingen kunnen (en moeten) meegewogen worden bij de bewijswaardering, zie par. III.3.2. Daaruit blijkt overigens ook meteen dat ze op de bewijsrisicoverdeling geen invloed kunnen hebben. Die invloed reikt niet tot in dat stadium, maar vindt zijn grens in de voorfase, zie eerder al par. III.2.2 en par. XIII.3.2, en hierna par. 3.5.

(materiële) billijkheid eist, opgenomen zijn. Door die factor mee te wegen, wordt bereikt dat de materiële billijkheid doorwerkt in de bewijsrisicoverdeling.

Wellicht kan door middel van het hier gepropageerde daarnaast nog bereikt worden dat het debat tussen de aanhangers van de objectiefrechtelijke leer en de billijkheidsleer naar de rechtsgeschiedenis verwezen wordt.[212] Zou dat geschieden, dan zou de bestudering van de bewijsrisicoverdeling zich verder kunnen concentreren op de vragen die écht van belang zijn, zoals de vraag wie in een bepaalde procedure, op basis van welke argumenten, normatieve gezichtspunten, rechtspolitieke factoren of hoe wij ze ook willen noemen, het bewijsrisico draagt.

Tot slot zou het ook een voordeel genoemd kunnen worden dat het hier verdedigde model zeer goed is in te passen in het systeem van de wet. Het model sluit naadloos aan bij de regeling in art. 177 Rv. Een afwijking van de hoofdregel kan immers gezien worden als een bijzondere regel in de zin van dat artikel, of desnoods, maar mijn voorkeur heeft dat zeker niet, als een bewijsrisicoverdeling op basis van de redelijkheid en billijkheid.[213] Wetswijziging is dus niet noodzakelijk en het wettelijk systeem blijft in stand.

3.3 Aanknopingspunten voor het model in literatuur en rechtspraak

3.3.1 Inleiding

De gedachten zoals die in het voorgaande uitgewerkt zijn, bouwen (uiteraard) voort op hetgeen door anderen geschreven is.[214] Enkele auteurs hebben het hier gepresenteerde principe zelfs een behoorlijk centrale plaats toegedicht.[215] Ook in de rechtspraak zijn er aanknopingspunten te vinden voor het hier verdedigde model. Die literatuur en rechtspraak wordt hier kort besproken.

3.3.2 Wahrendorf[216]

Eén van de hiervoor bedoelde auteurs is Wahrendorf. Op zijn zoektocht naar de 'principes' achter de bewijsrisicoverdeling, beroept hij zich regelmatig op de gedachte dat de verwezenlijking van de materiële norm in gevaar zou komen als

212 Zie par. III.3.

213 Ik verwijs naar mijn eerdere beschouwingen hierover in par. III.3.4.

214 Zie hiervoor, noot 18 tot en met 22.

215 Zie noot 22, waarin ook Prütting 1983, p. 264, genoemd werd, maar in dat werk staat het hier bedoelde principe niet helemaal centraal. Dat ligt aan de opzet ervan, nu de auteur op zoek is naar een herfundering van de *hoofdregel* van bewijsrisicoverdeling. Bij zijn formulering van de hoofdregel ruimt hij echter wel expliciet een plaats in voor dit principe, bij hem 'in dubio pro ratione legis' geheten, als het gaat om de gevallen waarin *afgeweken* wordt van de hoofdregel. Een verdere uitwerking wordt daaraan echter niet gegeven.

216 Zie over Wahrendorf ook al par. XIII.4.

er geen rekening zou worden gehouden met de 'principes' die achter de verdeling van het bewijsrisico schuilen.[217] Hij trekt daaruit echter niet de hier wel getrokken conclusie dat zijn principes, die sterke gelijkenis vertonen met de door mij gevonden argumenten, alle terug te voeren zijn tot één leidend principe, dat van de verwezenlijking van de materiële norm. En dat terwijl hij zelf aangeeft dat de werkzaamheid van de principes uiteindelijk afhangt van de vraag of de feiten bewijsbaar zijn.[218]

3.3.3 Devèze

Devèze is een auteur die in grote lijnen het hier verdedigde model als uitgangspunt neemt bij zijn beschouwing over de verdeling van het bewijsrisico. Daarbij gaat hij uit van het bestaan van een nauwe band tussen bewijsrisicoverdeling en materieel recht. Zijn betoog verloopt daarna als volgt. Een rechtsregel blijft 'steriel' als deze niet toegepast wordt, en het leveren van bewijs (en de regels van bewijsrisicoverdeling) is (zijn) voor die toepassing een onmisbare voorwaarde. Daaruit volgt dat bewijsrisicoregels gebruikt kunnen worden, en gebruikt worden, om de effectieve toepassing van het materiële recht mogelijk te maken.[219] De bestaande theorieën[220] gaan eraan voorbij dat met het opstellen van (materiële) rechtsregels bepaalde doelen nagestreefd worden en dat het (trachten te) bereiken van die doelen ook kan, en zal, geschieden door middel van de regels van bewijsrisicoverdeling.[221] Eén van die rechtspolitieke doelen is de waarheidsvinding,[222] maar er zijn ook andere doelen die de bewijsrisicoverdeling beïnvloeden. Hij wijst daarbij op de gedachte dat de zekerheid met betrekking tot de juridische relaties en de gedachte van de ongestoorde verhoudingen tussen burgers, ertoe leiden dat de eiser in principe het bewijsrisico draagt.[223]

Andere rechtpolitieke invloeden of wensen, gestuurd door de maatschappelijke ontwikkelingen, kunnen er echter toe leiden dat van die hoofdregel afgeweken wordt. Als dergelijke invloeden noemt Devèze de bescherming van slachtoffers, welke zich manifesteert op het terrein van art. 1384 al. 1 Cc en dat van de resultaatsverbintenissen,[224] en de sociale dimensie van het overeenkomstenrecht.[225]

---

217 Wahrendorf 1976, p. 17, 23, 62, 78, 80, 100, 109 en 112.
218 Wahrendorf 1976, p. 17: 'Die materiellrechtliche Waffe, die dem Geschädigten an die Hand gegeben wird, bleibt stumpf, solange der Beweis der Tatsachen umständlich und schwer zu führen ist.'
219 Devèze 1980, p. 516-517, 653 en 660.
220 Daarover Devèze 1980, p. 518-594.
221 Devèze 1980, p. 596-597.
222 Daarmee verklaart Devèze de gevallen van 'Beweisvereitelung' en de gevallen waarin het bewijsrisico verdeeld wordt naar de bewijsmogelijkheden, zie p. 598-618.
223 Devèze 1980, p. 596 en 619 e.v.
224 Devèze 1980, p. 621 e.v.
225 Devèze 1980, p. 630 e.v.

Uiteindelijk komt dit hierop neer dat het streven naar gerechtigheid, het doel van het recht, mede verwezenlijkt wordt via de regels van bewijsrisicoverdeling, omdat die een effectieve toepassing van het materiële recht mogelijk maken.[226]

Het zal niet verbazen dat ik heel ver kan meegaan met, en voortbouw op, de bovenstaande opvatting. Wel meen ik dat Devèze te weinig ingaat op het belang van de aanwezigheid van een structureel bewijsprobleem, hetgeen ik hiervoor als een voorwaarde voor toepassing van het model geponeerd heb. Het mag mijns inziens niet zo zijn dat er altijd, ongeacht of er een bewijsprobleem bestaat, geschoven wordt met de bewijsrisicoverdeling. Dat levert teveel onzekerheid op en maakt dit model, mijns inziens ten onrechte, van uitzondering tot hernieuwde hoofdregel.[227] Het tweede punt dat ik mis in de analyse van Devèze, is een verdergaande blootlegging en rubricering van de rechtspolitieke elementen, de toerekeningsfactoren. De auteur verwijst te snel naar 'de gerechtigheid'. Dat is weliswaar het uiteindelijke doel, maar dat doel is in veel gevallen concreter, en dus hanteerbaarder, te maken dan de auteur ons doet geloven. Dit alles laat echter onverlet dat zijn fundament in principe het mijne is.

3.3.4 Kur

Kur[228] heeft een schema opgesteld waarmee de wenselijkheid van een bewijsrisico-omkering getoetst zou kunnen worden. Binnen dat schema luidt de eerste vraag of de nagestreefde verwerkelijking van de strekking van de aan te wenden norm nog mogelijk is. Als op basis van die vraag geconcludeerd wordt dat de bewijsrisicoverdeling anders zou moeten luiden, komt de tweede vraag op, namelijk of de gronden voor een bewijsrisico-omkering de consequenties daarvan (de norm verandert) kunnen dragen. Dit noemt zij de 'Rechtsfertigungsstufe', waarbij allerlei rechtspolitieke overwegingen meespelen. Tot slot dient, om ervoor te zorgen dat het bewijsrisico niet van geval tot geval verschilt, getoetst te worden in hoeverre de nieuwe regel ook geldt voor andere toepassingen die onder die norm vallen.

Het verschil met het hiervoor betoogde is klein, zo zal duidelijk zijn. Het verschil dat er is, ligt in het volgende. Als tweede stap in het toetsingsschema voert Kur de 'Rechtsfertigungsstufe' in, maar deze 'Stufe' ligt in mijn betoog besloten in de eerste vraag. De argumenten bepalen de strekking van de norm en daardoor bepalen ze ook of die strekking nog te verwezenlijken is. De rechtvaardiging (op micro- en macro-niveau) is daarmee gegeven. Die ligt in het mogelijk maken dat de norm te verwezenlijken is (macro), gegeven de strekking van die norm zoals

226 Devèze 1980, p. 651 en 660.

227 Devèze (1980, p. 596-597) maakt niet duidelijk of het hem om de uitzonderingen op de hoofdregel gaat of om een nieuwe hoofdregel. Hij introduceert een soort nevenschikking van de hoofdregel, de waarheidsvinding en de andere doelen die onder gerechtigheid te schikken zijn.

228 Kur 1981, p. 66 e.v.

bepaald door de argumenten (micro). De argumenten, de rechtspolitiek bepaalde rechtvaardigingsgronden, vinden dus elders hun plaats, maar spelen een even grote rol in beide opvattingen. Ik acht het wenselijk die gronden besloten te achten in de eerste vraag, juist omdat zij voor die vraag zo bepalend zijn. De argumenten vormen geen rechtvaardiging achteraf voor een gemaakte keuze, maar ze sturen, vormen die keuze vooraf.[229]

3.3.5 Baumgärtel

Ook Baumgärtel hecht de nodige waarde aan het hier verdedigde standpunt. Hij meent dat de 'Normentheorie' van Rosenberg, met de nodige aanpassingen, richtinggevend is als het gaat om de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling en dat de bewijsrisicoverdeling naar verschillende principes, zoals bijvoorbeeld door Wahrendorf verdedigd, geen eenduidig systeem opleveren kan dat de rechtszekerheid voldoende dient. Dat ligt volgens Baumgärtel met name hieraan dat die principes te veelvuldig zijn. Wel zijn die principes te beschouwen als 'Sachgrunden' die de beslissing voor een bepaalde bewijsrisicoverdeling duidelijk maken. De 'Normentheorie' biedt dus de nodige houvast, maar nu die theorie er niet in slaagt de uitzonderingen daarop te verklaren, dient volgens Baumgärtel ook acht geslagen te worden, *ter controle*, op de 'Normzweck' van de onderliggende norm. Dat is gerechtvaardigd omdat de verdeling van het bewijsrisico ook een vraag naar materiële gerechtigheid is.[230] De 'Normzweck' is beslissend als het gaat om de beoordeling van toekomstige gevallen waarin het bewijsrisico beslissend zou kunnen worden, zeker als het om nieuwe wetgeving gaat waarvan de structuur niet op een bepaalde bewijsrisicoverdeling aanstuurt.[231] Uiteindelijk meent de auteur in navolging van Meier, zie hierna, dat voor de bewijsrisicoverdeling beslissend zijn het rechtspolitieke doel en de bewijsmogelijkheden.[232]

Vastgesteld kan worden dat Baumgärtel twee voorwaarden introduceert die ik ook stel. Aansprakelijkheid, om ons daartoe te beperken, dient gewenst te zijn en niet te verwezenlijken te zijn. Hij vat beide samen onder de noemer 'Normzweck', hetgeen in lijn is met het door mij opgezette model. Ook geeft hij de argumenten een juiste plaats, namelijk als 'Sachgrunden'. Het verschil ten aanzien van mijn opvatting, hoewel gering, ligt hierin dat bij Baumgärtel het 'Normzweck'

229 Het verschil tussen beide opvattingen is natuurlijk niet onoverbrugbaar. Dezelfde toetsingselementen komen immers in beide opvattingen aan bod, in schema-vorm weliswaar op een andere plaats, maar in de gedachtevorming van de rechter zullen de verschillende fases van dat schema niet strikt te scheiden zijn.

230 Baumgärtel 1996, Rdn. 169. Dat laatste aspect was in een eerdere publicatie nog de absolute leidraad bij de verdeling van het bewijsrisico, zie Baumgärtel/Wahrendorf, FS Rammos 1979, p. 46, en noot 96. Daar neemt deze auteur nu afstand van, zie Baumgärtel 1996, Rdn. 168, noot 177.

231 Baumgärtel 1996, Rdn. 548 en 549.

232 Baumgärtel 1996, Rdn. 551.

dient ter controle van de hoofdregel. Wat hij precies daarmee bedoelt, blijft enigszins duister, maar mijns inziens gaat het hem er om dat het 'Normzweck' als correctiemechanisme dient voor de gevallen waarin de 'Normentheorie' geen uitkomst biedt. Ik kies er echter voor om in zo'n geval expliciet toe te geven dat die theorie niet werkt, omdat er een uitzondering in het spel is.[233] Het gaat mij dus niet om een *correctie* van de hoofdregel, maar om een daadwerkelijke *uitzondering* op die hoofdregel.

3.3.6 Meier

Zoals gezegd zoekt Baumgärtel steun bij Meier. Deze start zijn betoog vanuit de gedachte dat de wijze van bewijsrisicoverdeling in Zwitserland niet direct uit de wet volgt,[234] terwijl de heersende mening die zich baseert op de 'Normentheorie' naar zijn mening niet gevolgd wordt in de rechtspraak.[235] Die rechtspraak beoordeelt de bewijsrisicoverdeling '*problemorientiert*', ofwel naar '*Angemessenheit*'.[236] Deze 'passendheid' of 'adequaatheid' wordt gedefinieerd als 'der Interessenlage der Parteien möglichst angepaßt', als aangepast aan de belangen der partijen.[237] De belangen van partijen spelen dus een belangrijke rol bij de verdeling van het bewijsrisico. Daaruit volgt volgens Meier dat waarderende gezichtspunten in de beoordeling betrokken moeten worden.[238]

Dan komt Meier tot de kern van zijn betoog. Bewijsrisicoregels dienen niet alleen 'angemessen' te zijn, maar ze dienen ook oog te hebben voor de rechtszekerheid. Ze moeten vooraf bekend zijn. Daaruit volgt dat alleen normen die abstraheren van het concrete geval, juist kunnen zijn. Aldus vormen algemene normen die aangepast zijn aan de belangen van partijen, de ideaaltypen van bewijsrisiconormen. Voor Meier volgt daaruit dat de auteurs die naar de zin en het doel van de bewijsrisicoregels onderzoek gedaan hebben, en van daaruit tot 'criteria' gekomen zijn, belangrijk werk verricht hebben, ook al zijn deze criteria in zijn visie slechts instructies.[239]

Omdat 'Angemessenheit' volgens Meier vraagt naar die oplossing waardoor de schadelijke gevolgen van een eventueel fout oordeel minimaal blijven, zijn de mogelijke criteria voor het opstellen van bewijsrisicoregels het rechtspolitieke criterium (het bewijsrisico rust op degene die daardoor het minst getroffen wordt,

233 Het aanvoeren van een correctie van de hoofdregel duidt mijns inziens op een (te) krampachtig vasthouden aan die hoofdregel.
234 Meier, ZSR 1987, p. 710-713.
235 Meier, ZSR 1987, p. 717.
236 Meier, ZSR 1987, p. 717.
237 Meier, ZSR 1987, p. 722.
238 Dat volgt uit de behandeling van diverse theorieën die zulke gezichtspunten meewegen, zie Meier, ZSR 1987, p. 718-722.
239 Meier, ZSR 1987, p. 722-724.

waarbij diverse doelen meespelen zoals bescherming van de zwakkere partij) en het criterium van de bewijsmogelijkheden (het bewijsrisico rust op degene die betere mogelijkheden heeft, omdat de waarheidsvinding zo het beste gediend is, al was het maar omdat zo bewijsrisicobeslissingen voorkomen worden).[240] Daarna worden de bestaande regels door Meier getoetst aan die criteria. Hij concludeert dat alleen de regel dat negatieve feiten geen bewijs behoeven, juist is, en dat ter vervanging van de overige regels de bewijsrisicoverdeling naar 'Gefahrenbereich' gevolgd zou moeten worden.[241]

Mijns inziens kan de opvatting van Meier niet zonder meer gevolgd worden, al bevat deze enkele waardevolle punten. Zo zou de vraag gesteld kunnen worden of het criterium van de bewijsmogelijkheden wel in staat is ervoor te zorgen dat de bewijsrisicoregel voldoet aan de algemeenheid die de auteur zelf eist. Hij stelt weliswaar dat het daarbij moet gaan om typische situaties, en niet om bewijsonmogelijkheden in concrete gevallen,[242] maar daarbij komt hij niet verder dan aansluiten bij de regel dat negatieve feiten lastiger te bewijzen zijn dan positieve. En dat terwijl toepassing van die laatste regel veelal afhankelijk is van de concrete situatie. Bovendien hebben wij al gezien dat de stelling dat negatieve feiten moeilijker te bewijzen zijn, in zijn algemeenheid niet opgaat.[243] Tevens gaat Meier eraan voorbij dat er ook gevallen bestaan van objectieve bewijsnood, waarbij géén der partijen in staat is het bewijs te leveren. Bovendien vereist de auteur niet dat er een structureel bewijsprobleem voorligt.

Daar komt nog bij dat de leer van het 'Gefahrenbereich' niet gevolgd is[244] en dat het rechtspolitieke criterium geheel wegvalt in het vervolg van Meier's betoog. In geen van de genoemde voorbeelden is dat criterium doorslaggevend.[245] Steeds zijn het de bewijsmogelijkheden die de doorslag geven. Het is de vraag wat dan nog de functie is van het rechtspolitieke criterium. Uiteindelijk krijgt dus bij Meier de meest wezenlijke vraag (is toerekening van schade gerechtvaardigd?) onvoldoende aandacht.

3.3.7 Tussenconclusie: de literatuur

Het voorgaande overziend, luidt de conclusie dat de meeste auteurs, met Devèze als uitzondering, het mijns inziens meest wezenlijke punt, dat van de normverwezenlijking, toch nog onvoldoende centraal stellen of dat punt niet volledig

240 Meier, ZSR 1987, p. 724-728. Het waarschijnlijkheidscriterium wordt verworpen, omdat waarschijnlijkheid niet abstract vast te stellen is. Zie daarover verder par. III.2.2 en par. XIII.3.2.
241 Zie daarover uitvoeriger par. XIII.2.
242 Meier, ZSR 1987, p. 739.
243 Zie hiervoor par. III.3.2.
244 Zie par. XIII.2.
245 Zie Meier, ZSR 1987, p. 729, 730 en 740.

uitwerken.[246] Wahrendorf en Meier missen dit punt eigenlijk helemaal en Baumgärtel voert het slechts aan 'ter controle'. Kur heeft hiervoor wel een centrale plaats ingeruimd, maar bij haar is dit matig onderbouwd, waardoor het belang ervan onderbelicht blijft. Devèze heeft zijn opvatting beter uitgewerkt, maar mist een mijns inziens essentiële voorwaarde (de structurele bewijsnood), waardoor zijn opvatting te verstrekkende gevolgen zou kunnen krijgen. Daarmee wordt het uitzonderingskarakter van het model onvoldoende recht gedaan.

3.3.8 Nederlandse rechtspraak

De gedachte dat uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling te gronden zijn op het principe van 'de verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm', is ook terug te vinden in de rechtspraak.[247]

Het *Amercentrale*-arrest[248] is vooral bekend geworden door de overwegingen ten aanzien van het causaal verband bij risico-aansprakelijkheden, maar daaraan voorafgaand bevat het arrest een overweging over art. 1405 OBW die hier van belang is. De Hoge Raad overweegt dat:

> 'indien (...) een instorting ontstaat, waardoor schade aan derden wordt toegebracht, het veelal voor die derden moeilijk zo niet ondoenlijk zal zijn om degene op te sporen die voor het verzuim of het gebrek de schuld draagt; dat het artikel derhalve tot doel heeft om te *voorkomen dat de benadeelden als gevolg van bedoelde moeilijkheid van schadevergoeding verstoken zouden blijven*, en daarom de eigenaar aanwijst (als aan te spreken persoon)'.(curs. IG)

Teneinde een bewijsprobleem op te lossen dat met zich zou brengen dat gerechtvaardigde vorderingen niet te gelde gemaakt zouden kunnen worden, wees art. 1405 OBW de eigenaar als aansprakelijk persoon aan. Ofwel, een materieel juiste vordering mag niet struikelen op een (vergeefse) zoektocht naar wie aansprakelijk te stellen is.[249]

---

246 Asser 1992 is hiervan ook een voorbeeld. De hier verdedigde gedachte loopt bijna als een rode draad door de door hem geschreven monografie, zonder echter dat die rode draad uiteindelijk tot een leer of theorie 'geknoopt' wordt of dat daartoe een poging gedaan wordt. Asser kiest uiteindelijk (als uitgangspunt) voor de objectiefrechtelijke leer (Asser 1992, p. 51), met die correctiemogelijkheid dat het processuele evenwicht tussen partijen bewaard dient te blijven (p. 64), hetgeen mij, gezien de materieelrechtelijke impact van de bewijsrisicoregels, te processueel bepaald is, zie verder par. XIII.6. Vandaar ook dat ik hier geen uitvoerige beschouwingen aan zijn opvatting gewijd heb.

247 Volledigheid wordt hier niet nagestreefd. Zie bijvoorbeeld nog de conclusie van Asser, nr. 2.24, voor HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (Knook/Melchers), en HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger), r.o. 3.7.7, waarin het Hof volgens de Hoge Raad terecht de strekking van de wet meegewogen had bij de verdeling van de bewijsvoeringslast.

248 HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509 nt. GJS (Amercentrale).

249 In deze zin ook PG Boek 6, p. 753. Vergelijk daarover Klaassen 1991, p. 107-108.

In het arrest *Kacar-Stegeman*[250] besliste de Hoge Raad dat de *strekking van een norm* doorslaggevend kan zijn als het gaat om de verdeling van het bewijsrisico. Na bepaald te hebben dat de strekking van art. 1639h lid 4 OBW (art. 7:670 lid 2 BW) gelegen is in de versterking van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer, kwam de Hoge Raad tot de bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling dat de werkgever dient te bewijzen dat de werkneemster niet zwanger was ten tijde van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, als ten minste wel al vast staat dat de werkneemster kort na de opzegging zwanger was. Het zou niet '(...) met de bescherming die art. 1639h lid 4 beoogt te bieden, stroken het daaruit voortvloeiende bewijsrisico geheel voor haar (de werkneemster, IG) rekening te laten', aldus de Hoge Raad.[251]

Waarom zou dat niet stroken? Omdat, zo zou uit het arrest afgeleid kunnen worden, de norm bij een andere bewijsrisicoverdeling zou verworden tot een lege huls, nu niet met zekerheid is aan te geven op welke dag een zwangerschap begint. Als de werkneemster dat zou moeten bewijzen, zou het voor haar vrijwel onmogelijk worden bescherming te ontlenen aan dit voorschrift, omdat ze de feitelijke voorwaarden voor toepassing van die norm niet zou kunnen aantonen. Ook annotator Stein stelt instemmend vast dat de Hoge Raad de strekking van de norm als fundament voor de bewijsrisicoverdeling aanvaardt.[252] Dat in dit geval de beoordeling door de Hoge Raad niet geheel strookt met het hier verdedigde model, zie paragraaf 3.2.2, doet er niets aan af dat dit arrest wel een aanknopingspunt biedt voor dat model.

Ook in het *Des*-arrest[253] zijn zulke aanknopingspunten te vinden. De Hoge Raad bepaalde immers in dat arrest dat het niet-toepassen van de bewijsrisicoomkering van art. 6:99 BW[254] in de gegeven situatie onaanvaardbaar zou zijn omdat

250 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 nt. PAS (Kacar/Stegeman), waarover uitgebreid Gras, WPNR 6062 (1992), p. 653 e.v., en par. 3.2.2.

251 Zie ook de conclusie van Biegman-Hartogh, nr. 3.5, voor het arrest, alsmede HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 236 (Mierak-Labasti/Stichting Ziekenverpleging Aruba), waarin de Hoge Raad overweegt dat de strekking van art. 1613x BW Aruba, het beschermen tegen misbruik van de werknemer als de werkgever deze steeds tijdelijke contracten aanbiedt, voldoende tot haar recht kan komen door van de werkgever het bewijs te verlangen dat de overeenkomst voorzag in de vervanging van tijdelijk afwezige werknemers.

252 De opmerking van Stein in zijn noot onder het arrest dat hierin geen algemene maatstaf gelegen kan zijn, doet niet aan het hier betoogde af, nu het hier juist niet om een algemene maatstaf gaat, maar om de maatstaf voor uitzonderingsgevallen.

253 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des).

254 Ik ga hier niet uitputtend in op het karakter (materieel recht of bewijsrisicoverdeling) van art. 6:99 BW. Vergelijk daarover Akkermans 1997, p. 55 e.v., met verdere verwijzingen. Dat hoeft ook niet want die kwalificatie is, door de onderlinge samenhang van bewijsrisico en materieel recht zonder praktisch belang. Overigens, het argument van Akkermans dat dit artikel geen bewijsrisicoregel is, omdat het causaal verband niet werkelijk bewezen is ten opzichte van de gedaagde, snijdt geen hout, omdat dat nu juist het karakter van een bewijsrisicoregel is. Wat werkelijk zo is, is onduidelijk, maar de (bewijsrisico)regel dicteert toch een beslissing. Het gaat hier dus om een fictie, zie par. III.2.3.

'de Des-dochters niettemin (hoewel er, veronderstellenderwijs, een fout gemaakt is door de producenten, IG) *verstoken (blijven) van een aanspraak op schadevergoeding als gevolg van de enkele omstandigheid* dat zij niet kunnen aangeven van wie de Des-tabletten afkomstig waren.' In het vervolg wordt dan aangegeven dat de producent moet bewijzen dat de schade niet het gevolg is van het gebruik van door die producent in het verkeer gebrachte Des. Ten aanzien van de afkomst van de Des-tabletten rust het bewijsrisico dus op de producent. De reden, dat zagen wij hiervoor al, is dat de schadevergoedingsvordering niet mag stranden op dit punt. De norm zou dan immers niet tot gelding kunnen komen, terwijl dat materieelrechtelijk wel gewenst zou zijn.[255]

Uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht stamt het geval waarin een twee-jarig kind overreden werd door een rijdende winkel.[256] De vraag rees of het kind een 'door de winkelwagen vervoerd persoon' was, omdat de toepasselijkheid van art. 31 WVW (oud) afhankelijk was van het (negatieve) antwoord op die vraag. Dat kon echter niet vastgesteld worden. De Hoge Raad besliste als volgt:

> 'In het licht van de strekking van art. 31 WVW - namelijk bescherming van onder meer voetgangers, waaronder ook spelende kinderen, tegen de gevaren van het gemotoriseerd verkeer - moet worden aangenomen dat de bewijslast van een dergelijke bijzondere omstandigheid op de eigenaar van het motorrijtuig rust.'[257]

Nu de verzekeraar van het kind, als eisende partij, zich beriep op de toepasselijkheid van art. 31 WVW (oud), werd zodoende voorbij gegaan aan de hoofdregel van

---

255 De bewijsrisico-regel van art. 6:99 BW kan mijns inziens op basis van het hier gepresenteerde model verklaard worden, omdat ook deze bepaling beoogt de strekking van de achterliggende materiële norm te verwezenlijken. De strekking van art. 6:99 BW ligt hierin dat meerdere onrechtmatig handelende 'daders' niet aan aansprakelijkheid mogen ontsnappen, enkel en alleen omdat door hun 'gezamenlijke' handelen niet opgehelderd kan worden wie daadwerkelijk de schade veroorzaakte. De norm op basis waarvan het bijvoorbeeld onzorgvuldig is om tijdens een jachtpartij te schieten in de richting van een mede-jager, zou in de gevallen waarin meerdere personen diezelfde fout maken, niet meer te verwezenlijken zijn zonder deze bewijsrisico-omkering. De in het model vereiste structurele bewijsnood is in deze gevallen gegeven, want wie het fatale schot loste, zal niet of nauwelijks op te helderen zijn, tenzij elke jager een ander kaliber geweer gebruikte, hetgeen niet of nauwelijks lijkt voor te komen. Bovendien lijkt het goed mogelijk om de vraag of aansprakelijkheid wenselijk is, positief te beantwoorden. Alle deelnemers handelen immers in elk geval onrechtmatig door de voornoemde zorgvuldigheidsnorm niet in acht te nemen. Art. 6:99 BW ziet derhalve niet (alleen) op het tegemoetkomen aan de bewijsnood van de eiser, zie PG Boek 6, p. 346, maar tracht (ook) de verwezenlijking van de materiële norm in gevallen waarin er meerdere potentiële daders zijn, mogelijk te maken. Naast het opheffen van de bewijsnood spelen dus ook andere overwegingen een rol, zoals de slachtofferbescherming. Het enkele opheffen van bewijsnood is geen voldoende rechtvaardiging, zie ook nog par. 3.2.2.

256 Uit het arrest wordt verder niet duidelijk om wat voor een motorrijtuig het hier ging.

257 HR 19 maart 1993, NJ 1993, 305 (Scheepers/Algemeen Ziekenfonds). Vergelijk over de strekking van art. 31 WVW (oud) ook HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 nt. CJHB (Van Holsteijn/Groenestein).

bewijsrisicoverdeling.[258] De reden daarvoor was gelegen in de strekking van de ingeroepen bepaling.

Het arrest *Cijsouw-De Schelde I*[259] bevat ook een overweging die aansluit bij het hier betoogde. De Hoge Raad overweegt in dat arrest dat het niet zou stroken met de *strekking* van art. 7A:1638x OBW dat de werknemer zou moeten bewijzen dat hij het fatale asbestkristal binnenkreeg in juist die periode waarin de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen had genomen.[260] Opnieuw is de reden daarvoor dat anders de bescherming van art. 7A:1638x OBW illusoir zou worden, ondanks dat aan de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid voldaan is.[261]

Vermeldenswaard is ook nog een auteursrechtelijk arrest waarin de Hoge Raad zich bij de formulering van een tot dan toe omstreden regel (bewuste ontlening is geen voorwaarde om van een inbreuk op een auteursrecht te mogen spreken) niet beperkt tot het opstellen van de materiële regel, maar daarbij ook de bewijsrisicoverdeling betrekt. Opvallend is dat de Hoge Raad zijn beslissing steunt op de overweging dat een andere regel *afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de bescherming welke de Auteurswet aan de rechthebbende beoogt* toe te kennen.[262] Opnieuw blijkt de verwezenlijking van het doel en de strekking van de norm van wezenlijk belang.

3.3.9 Buitenlandse rechtspraak

Ook in Engeland en Duitsland is een aantal uitspraken gewezen die aanknopingspunten bieden voor het model. Gesteld voor de vraag of de partij die zich beroept op 'frustration of contract', ook zou moeten bewijzen dat die 'frustration' niet terug te voeren was op 'negligent' handelen van haarzelf, besliste het Engelse House of Lords in de *Joseph Constantine*-zaak dat dat niet het geval is.[263] Daarmee werd

258 Zie de conclusie van Strikwerda voor het arrest.

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

260 Een zelfde situatie (onzekerheid ten aanzien van de periode waarin een persoon een bepaalde ziekte heeft opgelopen, gekoppeld aan het oordeel dat voor een bepaalde datum niet onzorgvuldig gehandeld werd) kan ook spelen bij HIV-besmettingen, zie Hof Amsterdam 11 mei 1995, TvGR 1998, 22 (J./A.). Een oplossing zoals in *Cijsouw I*-arrest lijkt mij wenselijk.

261 Vergelijk ook HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits), waarin de Hoge Raad besliste dat de *strekking* van de ingeroepen veiligheidsvoorschriften, namelijk het beschermen tegen het gevaar van ongelukken bij het verrichten van werkzaamheden, met zich brengt dat het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband op de werkgever rust.

262 Zie HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 nt. J.H. Spoor (MB International/Mattel). Dezelfde gedachte was reeds te vinden bij Limperg, NJB 1977, p. 310 e.v., met name p. 313. Zie omtrent deze kwestie, maar dan over de bewijswaardering, HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 66 (De Vries/De Boer).

263 *Joseph Constantine Steamship Line, Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165. Vergelijk hierover ook Stone, LQR 1944, p. 262 e.v.

de uitspraak van het Court of Appeal terzijde geschoven. In de woorden van Lord Wright:[264]

> 'It is clear that the rule which the Court of Appeal laid down would in many cases work serious injustice and *nullify the beneficial operation* of the doctrine of frustration which has been somewhat empirically evolved with the object of doing what is reasonable and fair (...).'(Curs. IG)

De toepasselijke materiële regel is dus gericht op een billijke uitkomst, en het bereiken van die uitkomst zou (te) moeilijk worden als er een andere bewijsrisico-verdeling aangenomen zou worden. Daarbij speelde voor Lord Wright overigens ook nog mee dat het hier om een situatie ging waarin typischerwijs de bewijslevering zeer moeilijk tot onmogelijk is, en een andersluidende regel een van de partijen met het bewijs van een negatief feit zou opzadelen.[265]

In *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons Ltd.*[266] diende het House of Lords te beslissen of het element 'so far as is reasonably practicable' uit section 29 (1) Factories Act 1961, door de werknemer of werkgever bewezen diende te worden. De verdeelde (3-2) uitspraak viel in het voordeel van de werknemer uit. De meerderheid sloot daarbij expliciet aan bij het 'purpose' van de regeling, te weten het waarborgen van een veilige werkplek. Door de werkgever met het bewijsrisico te belasten, zou dat resultaat het beste te bereiken zijn, terwijl bovendien de werkgever geacht moest worden over meer kennis van zaken te beschikken en deze de enige was met de mogelijkheden en de plicht om de werkplek veilig te maken.[267] Interessant is ook de 'dissenting opinion' van Lord Wilberforce:[268]

> 'If I thought that Parliament's intention to add to the safety of working places *could not be carried out, or even would be less effectively implemented* unless a particular (even though unnatural) construction were placed on the words it had used, I would endeavour to adopt that construction. But I am not satisfied that this is the case here (...)'.(curs. IG)

Drie andere *Lords* meenden echter dat dat wel het geval was, mijns inziens terecht.[269]

---

264 *Joseph Constantine Steamship Line, Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165, op p. 191.

265 *Joseph Constantine Steamship Line, Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165, op p. 192.

266 *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons Ltd.* [1968] A.C. 107.

267 Zie *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons Ltd.* [1968] A.C. 107, op p. 122 (Lord Guest), p. 125 en p. 127 (Lord Upjohn) en p. 133 (Lord Pearson), en verder nog par. VI.3.5.

268 *Nimmo* v. *Alexander Cowan & Sons Ltd.* [1968] A.C. 107, op p. 130.

269 Ten overvloede: Keane 1996, p. 74, leidt uit deze uitspraak af dat 'policy considerations' een rol mogen spelen bij vragen van bewijsrisico.

Nadat iemand (waarschijnlijk) ten gevolge van een beijzelde ondergrond ten val was gekomen en die persoon schadevergoeding vorderde, ontstond er een discussie over het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband. Het Duitse Bundesgerichtshof overwoog heel algemeen dat, hoewel er in bepaalde gevallen ruimte is voor een bewijsrisico-omkering:

> 'wenn und soweit *Wesen und Inhalt der materiellen Schutznorm* und der in ihr enthaltenen Verhaltensanweisung es gebieten, dem Schädiger aufgrund der von ihm geschaffenen unklaren Beweislage die Sachverhaltsaufklärung und ihre Risiken aufzuerlegen' (curs. IG),

daarvoor in casu geen plaats was.[270] Het hof stelt hier dus expliciet voorop dat een bewijsrisico-omkering mogelijk is indien 'Wesen und Inhalt' van de materiële norm dat 'gebieten'. Daarbij wordt ook een beroep gedaan op het feit dat de laedens de bewijssituatie verslechterd heeft, maar dat is mijns inziens niet beslissend, omdat de vraag naar het bewijsrisico op dat moment pas van belang wordt. Bovendien duidt het hier geciteerde op een onderschikking van het laatste punt, waardoor de verslechtering van de bewijssituatie dus veeleer een factor lijkt te zijn die meeweegt bij het als eerste genoemde principe.

Indien een contractuele informatieplicht geschonden is, rijst geregeld de vraag of de gelaedeerde op dezelfde wijze gehandeld zou hebben indien de informatie wel verstrekt zou zijn, zodat het causale verband zou ontbreken. In 1973 besliste het Bundesgerichtshof te dien aanzien dat de laedens dan het bewijsrisico draagt. In zijn motivering stelt het hof:[271]

> 'Dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragsgegner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Hinweispflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern würde, daß er den meist schwer zu führenden *Beweis nicht erbringen könnte* (...) Damit würde der mit der Aufklärungspflicht verfolgte *Schutzzweck verfehlt*.' (curs. IG)

Het is derhalve niet de bedoeling dat een materieelrechtelijk gegeven aanspraak 'leegloopt', niet meer te verwezenlijken is, omdat het bewijs veelal moeilijk te leveren zal zijn.[272]

Interessant is verder dat het Bundesgerichtshof het hier naar voren geschoven principe ook hanteert ter rechtvaardiging van het feit dat er volgens de hoofdregel een *verdeling* van het bewijsrisico plaatsvindt, en de eiser dus niet opgezadeld

270 Zie BGH NJW 1984, 432, op p. 433.

271 BGHZ 61, 118, op p. 122. In dezelfde zin BGHZ 89, 95, op p. 103. Zie hierover ook Baumgärtel 1991, § 823, Anh. C II, Rdn. 51; Baumgärtel 1996, Rdn. 521, en Giesen 1999, p. 53 e.v.

272 Het tegengaan van het 'leerlaufen' van een norm komt bijvoorbeeld ook terug in BGHZ 97, 188, op p. 192, en in BGH NJW 1991, 2351, op p. 2352.

wordt met het bewijs van alle feiten die betrekking hebben op ontstaan en *tenietgaan* van zijn recht. De reden daarvoor is dat het wenselijk is 'die Durchsetzung der Rechte nicht von vornherein unzumutbar zu erschweren'.[273] Zo zien wij dat het hier verdedigde principe ook voor de fundering van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling van belang lijkt te zijn. Daaruit mag mijns inziens in elk geval afgeleid worden dat de afstemming tussen de hoofdregel en het principe ter rechtvaardiging van uitzonderingen op die hoofdregel, niet al te zwaar zal zijn.

Volgt hieruit dan ook dat wij tevens een principe gevonden hebben voor de verdeling van het bewijsrisico naar de hoofdregel? Mijns inziens kunnen wij die laatste stap niet zetten, omdat er ten aanzien van de hoofdregel in ieder geval ook twee andere noties van zwaarwegend belang zijn, namelijk het 'Angreifer-prinzip' en het contradictoire karakter van het proces.[274] Wel dient erkend te worden dat het principe van de verwezenlijking van de materiële norm een rol speelt als het gaat om de vraag of er eigenlijk wel een *verdeling* van het bewijsrisico zou moeten plaatsvinden, of dat het bewijsrisico volledig bij de eiser zou moeten liggen, zoals uit het 'Angreifer-prinzip' zou kunnen volgen. Maar ten aanzien van de vraag *hoe* die verdeling, als het gaat om de hoofdregel, er in concreto uit zou moeten zien, geeft het principe geen doorslaggevende aanwijzingen, terwijl het dat ten aanzien van de uitzonderingen wel doet. Voor het 'hoe' van de bewijsrisicoverdeling, dienen wij bij toepassing van de hoofdregel terug te grijpen op het materiële recht.[275]

3.3.10 Tussenconclusie: de rechtspraak

Uit dit overzicht mag mijns inziens geconcludeerd worden dat er voor het hier verwoorde model in elk geval aanknopingspunten gevonden kunnen worden in het Nederlandse en buitenlandse recht. Daarmee is niet gezegd dat dat doorslaggevend zou zijn, want het aanwezig zijn of juist ontbreken van zulke aanknopingspunten zegt op zich niets over de juistheid van een theorie die nog niet in beeld was.[276] Wel kan uit het bestaan van die aanknopingspunten afgeleid worden dat het hier gepresenteerde model in zekere zin al in het systeem verborgen ligt, zodat een eventuele erkenning van dit model soepel ingebed zou kunnen worden.

---

273 Zie BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427, en par. III.2.3. In gelijke zin reeds Grünebaum 1904, p. 13; Scheltema 1934, p. 46; Lepa 1963, p. 75; Rosenberg 1965, p. 91; Leipold 1966, p. 50; Musielak 1975, p. 356; Reinecke 1976, p. 36. Zie ook nog Stein/Jonas/Leipold 1997, § 286, Rdn. 34.

274 Zie par. III.2.3. Anders: Meier, ZSR 1987, p. 731-732.

275 Zie par. III.2.3. Uit het voorgaande mag mijns inziens wel afgeleid worden dat het hier verdedigde model in elk geval aansluit bij (één van) de leidende gedachten achter de verdeling van het bewijsrisico op basis van de hoofdregel. Systematisch passen beide derhalve goed bij elkaar.

276 Dat uitgangspunt biedt ook de vrijheid om voorbij te gaan aan al die arresten, inderdaad de meerderheid, waarin geen expliciete aanknopingspunten voor mijn model te vinden zijn. Dat die aanknopingspunten voor het model veelal niet aanwezig zijn, zegt immers niets over de eventuele (on)juistheid van een model dat, ik gaf dat al aan, nog niet bekend was.

3.4 Enkele test-gevallen[277]

3.4.1 Inleiding

Naast de behandeling van literatuur en rechtspraak waarin het bestaan van (aanknopingspunten voor) het model 'bevestigd' wordt, is het ook zinvol te bekijken of er wellicht gevallen bestaan waaruit blijkt dat het model het geldende recht niet kan verklaren. Zou zich zo'n geval voordoen, dan rijst een tweede vraag, namelijk of het geldende recht wel 'juist' is of dat dat anders zou moeten luiden. Als dat laatste het geval zou zijn, zou het model wellicht 'voorspellende' waarde kunnen hebben.[278] Als dat het geval zou zijn, zou het feit dat het geldende recht niet verklaard kan worden geen afbreuk doen aan het model.

Bedacht dient te worden dat het hierbij in principe niet erg zinvol is om terug te vallen op de in Deel 2 besproken deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Op basis van die gevallen kwam immers het hier verdedigde model naar voren. De weg terug van het model naar die gevallen zal dan ook weinig problemen opleveren (zie nader par. 4). Daarom zullen wij moeten teruggrijpen naar gevallen, indien die bestaan, waarin het positieve recht nog niet volledig uitgekristalliseerd is of waarin aan de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling wordt vastgehouden, terwijl aan de voorwaarden voor toepassing van het model voldaan is. Ook gevallen waarin een omkering van het bewijsrisico wel aanvaard is, en niet aan de door het model gestelde voorwaarden voldaan is, zouden in dit kader van belang zijn.[279] Bestaan dergelijke gevallen?[280]

3.4.2 Informatieverzuim door beroepsbeoefenaren?

Eerder is geconstateerd dat de bewijsrisicoverdeling bij gevallen van informatieverzuim door beroepsbeoefenaren nog niet uitgekristalliseerd is. De rechtspraak binnen de behandelde rechtsstelsels komt tot verschillende uitkomsten, zowel ten aanzien van de vraag of er zorgvuldig gehandeld is als ten aanzien van de vraag naar het causale verband.[281] Duidelijk is wel dat de norm dat een dienstverlener juiste en

277 Een volledige beschrijving van de hier behandelde gevallen zou het bestek van dit boek te buiten gaan. Ik volsta hier dan ook met een korte weergave van het Nederlandse recht.

278 Dat zal ook het geval kunnen zijn als het positieve recht nog niet volledig uitgekristalliseerd is.

279 Al kan aan geen van die gevallen beslissende betekenis toegekend worden, omdat die beslist zijn zonder dat het hier verdedigde model bekend was, vergelijk ook mijn opmerking in de tekst bij en in noot 276.

280 Een voorbeeld zou wellicht in de regeling van het bewijsrisico ten aanzien van de schade in gevallen van oneerlijke concurrentie gevonden kunnen worden. Wij hebben echter al gezien dat die gevallen het model niet logenstraffen, zie par. 3.2.8, in noot 166.

281 Zie hierover Giesen 1999, p. 21 e.v. (onzorgvuldigheid) en p. 48 e.v. (causaal verband), en voor het materiële recht Barendrecht/Van den Akker 1999. Betoogd zou kunnen worden dat er ten aanzien van de causaliteitsvraag naar Nederlands recht inmiddels meer duidelijkheid verkregen is door

voldoende informatie moet verstrekken, niet meer te verwezenlijken is indien het bewijsrisico ten aanzien van die twee voorwaarden voor aansprakelijkheid bij de eiser blijft liggen.[282] Er is sprake van bewijsnood aan de zijde van de eiser, welke zich structureel voordoet.[283] Bovendien is duidelijk dat aansprakelijkheid van de dienstverlener wegens een informatieverzuim in het huidige tijdsgewricht als juist gezien wordt.[284] Faalt hier dan het model? Of is er sprake van een gebrek aan erkenning dat het anders zou moeten? In dat geval zou het model hier misschien wel zijn voorspellende waarde tonen.

Naar mijn mening is dat laatste het geval. Het is mijns inziens momenteel zo dat de verwezenlijking van de materiële norm op dit terrein in gevaar is zolang vastgehouden wordt aan de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, terwijl er ook sprake is van structurele bewijsnood. In vroeger tijden was het bewijsprobleem op dit terrein geen probleem. Aansprakelijkheid was immers toch niet gewenst. Dat is nu anders. De maatschappelijke ontwikkeling is zodanig geweest dat aansprakelijkheid nu geaccepteerd is.[285] Dan zien wij echter ook meteen het bewijsprobleem opduiken. In zeer veel gevallen valt onmogelijk aan te tonen dat de arts of advocaat verzuimde informatie door te geven, en als dat wel al hard te maken is, dan rijst nog de vraag of het causale verband wel aanwezig is. Voor die problemen is een oplossing nodig indien wij de gewenste resultaten willen bereiken.[286] Daarom dient het bewijsrisico verschoven te worden.[287]

Maar wij kennen in Nederland toch al de 'aanvullende stelplicht'?[288] Blijkbaar wordt het niet nodig geacht het bewijsrisico om te keren. Hoe is dat dan te verklaren? Dat blijkt bij nader inzien niet zo moeilijk. Met de aanvullende stelplicht wordt namelijk niets anders beoogd dan hetgeen ik hiervoor betoogde. Ook de aanvullende stelplicht dient er uiteindelijk toe de verwezenlijking van de materiële

---

de bevestiging in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.) van HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II). Dat eerste arrest had immers ook betrekking op een geval van beroepsaansprakelijkheid (het ging om een psychiatrische inrichting en om de vraag wat de psychiater beslist zou hebben als hij ingeschakeld zou zijn), zodat de in deze arresten aanvaarde bewijsrisico-omkering in elk geval op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid lijkt te gelden.

282 Giesen 1999, p. 141 en 143, en hiervoor par. VIII.4.1.

283 Ten aanzien van de arts, BGHZ 126, 217, op p. 224.

284 Hier zien wij opnieuw het element 'tijdsverloop' terugkeren. In vroeger tijden was het welhaast ondenkbaar dat een claim tegen een beroepsbeoefenaar werd ingediend. Dat daadwerkelijke aansprakelijkheid in die tijd beperkt bleef tot enkele gevallen, was dan ook begrijpelijk en in lijn met de maatschappelijke opvattingen. Zie bijvoorbeeld Meijers, VPO I 1954, p. 56-57, die fulmineert tegen deze vorm van aansprakelijkheid.

285 Vergelijk Brunner, AA 1995, p. 934.

286 Via de materiële norm is hier weinig te bereiken, want die is op zich redelijk. Men kan immers niet meer verlangen dan van een redelijk handelend beroepsbeoefenaar te verwachten is.

287 Voor een uitwerking van de mijns inziens wenselijke oplossingen, verwijs ik naar Giesen 1999, p. 141-147, en par. VIII.4.1 hiervoor.

288 Zie daarover Giesen 1999, p. 146, en par. VIII.4.1.2.

norm mogelijk te houden.[289] Door de informatie die de gedaagde verplicht is te verstrekken, blijft de norm realiseerbaar. Die informatie dient er immers toe de eiser 'aanknopingspunten voor zijn bewijslevering'[290] te verschaffen. Als die aanknopingspunten geleverd worden, is het bewijsprobleem (theoretisch in elk geval[291]) de wereld uit. Een bewijsrisico-omkering is dan niet nodig.[292] Men laat dus het zwaardere middel (bewijsrisico-omkering) buiten toepassing, omdat het lichtere middel al de gewenste resultaten oplevert.

Het enige probleem hiermee is dat de aanvullende stelplicht niet altijd voldoende is.[293] Denk daarbij met name ook aan het bewijs van causaal verband. De norm dreigt dan alsnog zijn effectiviteit te verliezen. Als men aansprakelijkheid juist acht, hetgeen gezien het belang van het zelfbeschikkingsrecht[294] goed denkbaar is, dienen alsnog verdere stappen ondernomen te worden. Het zware middel is dus onvermijdbaar.[295] De verwezenlijking van de norm vraagt erom. Hiermee is echter nog steeds niet al te veel gezegd over de houdbaarheid van het model, want het betreft hier een terrein van aansprakelijkheid dat al aan bod kwam in Deel 2.

3.4.3 Bestuurdersaansprakelijkheid?

Laten wij dan eens iets geheel nieuws nemen. Bestuurdersaansprakelijkheid op basis van de derde Misbruikwet bijvoorbeeld, ofwel de artt. 2:138/248 BW.[296] Interessant is hetgeen De Groot daarover schrijft. Hij geeft aan dat de moeilijke bewijspositie de reden was waarom de oude bepalingen in de praktijk niet in stelling gebracht werden ('Het aantonen van het causaal verband (...) leverde meestal een onoverkomelijke barrière op') en dat daarom de bewijspositie van de curator door de wetgever verlicht is. Causaal verband dient slechts aannemelijk gemaakt te worden en in bepaalde gevallen geldt er een wettelijke vermoeden van causaal verband (artt. 2:138/248 lid 2 BW).[297] Wij kunnen dus concluderen dat ook op

289 In deze zin ook Asser 1998, p. 47. Zie over de aanvullende stelplicht in algemene zin, par. II.3, en met name het citaat in par. II.3.2 (Asser, conclusie voor HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.), nr. 2.9).

290 Zie onder andere HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman), en HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn).

291 Of de aanvullende stelplicht werkelijk effectief is, indien eraan voldaan wordt, kan betwijfeld worden, zie hiervoor par. II.3.3

292 Vergelijk Tjittes, NJB 1988, p. 1130.

293 Zie par. II.3.3. Vandaar ook dat men ook op andere terreinen niet kan volstaan met de aanvaarding van een aanvullende stelplicht.

294 Of ruimer: het 'beslissingsrecht', zie Giesen 1999, p. 143.

295 Zie Giesen 1999, p. 141 e.v. Dit speelt bijvoorbeeld in situaties zoals in het *Dicky Trading II*-arrest (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK). Ik ga hier nog even voorbij aan het geval dat de theorie van het verlies van een kans aanvaard zou worden, zie par. 3.2.7.2.

296 Zie onder andere De Groot 1997, p. 57 e.v.; Wezeman 1998, p. 275 e.v.

297 Zie De Groot 1997, p. 65, alsmede p. 64, 66 en 67, en Wezeman 1998, p. 293 e.v. Bovendien regelt lid 2 een onweerlegbaar vermoeden van onrechtmatig handelen (hier: kennelijk onbehoorlijk bestuur). Vergelijk ook nog HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfennings/Niederer q.q.), en de conclusie

dit terrein het hier verdedigde principe zijn werking heeft doen voelen. De normen bleken door een bewijsprobleem geen effect te sorteren, waarna de wetgever de regeling aanpaste.[298] Wij hebben hier derhalve te maken met een bevestiging van het model. Dat het de wetgever was die ingreep, doet daaraan niet af.[299]

Als wij de aandacht enigszins verleggen, komen wij uit bij de persoonlijke (externe) aansprakelijkheid van de bestuurder op basis van art. 6:162 BW.[300] In deze gevallen gaat het veelal om een rechtspersoon die aangegane verplichtingen niet kan of wil nakomen. Daarom worden de bestuurders in rechte betrokken. Op dat vlak is de rechtspraak niet al te zeer geneigd de eiser tegemoet te komen. Er bestaan op dit terrein drie uitspraken van de Hoge Raad die expliciet de bewijsrisicoverdeling[301] betreffen. Echt scherpe regels over wie wat zou moeten bewijzen, zijn daaruit echter niet op te maken.[302] De omstandigheden van het geval lijken de doorslag gegeven te hebben.[303]

Wat verklaart de terughoudendheid op dit gebied? De eiser bevindt zich hier toch ook in een lastige (bewijs)positie, omdat de informatie bij de wederpartij is?[304] De reden voor terughoudendheid ligt dan ook niet daarin, maar in het belang dat gehecht wordt aan de op dit terrein geldende hoofdregel dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor verplichtingen die rechtsgeldig in naam van de rechtspersoon

---

van A-G Mok. Zelfs na die wettelijke ingreep wordt er nog geklaagd over de geringe effectiviteit van de regeling vanwege de bewijsproblemen, zie Deterink, TvI 1998, p. 43-44.

298 De rechter besliste wel dat op de commissaris, aansprakelijk gesteld wegens gebrekkig toezicht (kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, artt. 2:259 jo. 248 BW), een aanvullende stelplicht rust, zie HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 nt. Ma (Pasma q.q./Bewijsrisico.). Grond daarvoor is volgens Maeijer, zie zijn noot, dat de feiten meer in diens sfeer liggen, hetgeen bekend klinkt, zie par. 2.

299 Zie hiervoor par. 3.2.8.

300 Over de materieelrechtelijke zijde van deze materie, zie Spier/Bolt 1996, p. 327 e.v.; Wezeman 1998, p. 103 e.v. Ik ga voorbij aan de interne aansprakelijkheid van bestuurders en aan aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Zie daarover onder andere HR 10 december 1999, NJ 2000, 6 (M./Prickartz q.q.), en Wezeman, WPNR 6392 (2000), p. 151-152, respectievelijk HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 nt. PvS (Coral/Stalt), en Verstijlen, WPNR 6355 (1999), p. 301 e.v.

301 De stelplicht komt aan de orde in HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 nt. Ma (Pelco/Sturkenboom); in HR 5 november 1999, NJ 2000, 35 (Verlinden OG/NBM), en in HR 28 april 2000, NJ 2000, 411 (De Liagre Böhl q.q./Montedison).

302 Zie HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 nt. Ma (Van Waning/Van der Vliet) (bewijsrisico ten aanzien van betalingsonmacht van de BV op de bestuurder gelegd); HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 nt. Ma (Romme/Bakker) (bij niet nakomen verplichting door BV bestaat geen bijzondere regel ex art. 177 Rv; het kan wel voor de hand liggen tot een omkering te komen, tenzij bijzondere omstandigheden daar tegen pleiten); HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 nt. PvS (Møkster/Wijsmuller) (geen toepassing van *Romme/Bakker*-arrest). In HR 27 november 1998, NJ 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma) kwam de hoge Raad niet toe aan de bewijsrisicoverdeling. Overigens, het *Romme/Bakker*-arrest werd wel toegepast in Hof Den Haag 27 oktober 1998, JOR 1999, 61 (De Groot/Leegwater).

303 Vergelijk HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 nt. PvS (Møkster/Wijsmuller). Zo ook Wezeman 1998, p. 113, en Timmerman, TVVS 1993, p. 234, naar aanleiding van HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 nt. Ma (Van Waning/Van der Vliet).

304 Vergelijk Timmerman, TVVS 1993, p. 234, en de noot van Van Schilfgaarde onder HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 (Møkster/Wijsmuller).

zijn aangegaan.[305] Met andere woorden, (doorbraak van) aansprakelijkheid moet een uitzondering blijven.[306] Een verzwaring van aansprakelijkheid is vooralsnog niet wenselijk.[307]

Als dat echter het geval is, hoe valt dan te verklaren dat er in een aantal gevallen wel tot een verlichting van het bewijsrisico besloten werd?[308] Omdat de bestuurder bewogen moet worden de rechtspersoon te laten betalen als de rechtspersoon wel *kan* betalen, maar dat niet *wil*. 'Misbruik' van de rechtspersoon (niet willen betalen onder het voorwendsel dat er niet betaald kan worden) kan immers ook niet getolereerd worden. De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, die door een bewijsrisicoverlichting dichterbij komt, is een effectief middel om dat tegen te gaan.[309]

De Hoge Raad is dus uiteindelijk tot een stelsel gekomen dat recht doet aan de belangen die op het spel staan én dat past binnen het hier ontwikkelde model: de regel die doorbraak van aansprakelijkheid afwijst, brengt mee dat het bewijsrisico niet verlicht wordt, tenzij 'misbruik' van de rechtspersoon pregnant naar voren komt.[310] Dat stelsel past binnen het model omdat de verwezenlijking van de materiële norm (in beginsel geen doorbraak) in principe niet in gevaar is, maar onder omstandigheden de verwezenlijking van een andere materiële norm (geen misbruik) wel in gevaar kan komen. Op dat moment moet worden ingegrepen, maar gezien de eerste norm dient zulks tot uitzonderlijke gevallen beperkt te blijven.

3.4.4 De 'huis-tuin-en-keuken'-ongevallen?

Een andere categorie gevallen die nog niet aan bod kwam, is die van de 'huis-tuin-en-keuken'-ongevallen. De ladder die het begeeft, de bal van zoonlief die het glaswerk van de buren 'toucheert', een zwiepende tak of een 'speelse duw' op de werkvloer.[311] Mij zijn in dit kader geen arresten van de Hoge Raad bekend

---

305 Zie De Groot 1998, p. 56, 57, en 62; Raaijmakers, AA 1993, p. 203, alsmede Mok in zijn conclusie voor HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 nt. Ma (Romme/Bakker), die er specifiek op wijst dat het aanvaarden van een bijzondere regel van bewijsrisicoverdeling die hoofdregel zou omdraaien in die zin dat persoonlijke aansprakelijkheid de regel zou worden. Zulke materieelrechtelijke consequenties zouden te ver voren, aldus ook Maeijer in zijn noot.

306 Vandaar ook dat de bestuurder een 'ernstig verwijt' gemaakt moet kunnen worden, zie De Groot 1998, p. 57; Wezeman 1998, p. 104.

307 In de loop der tijd zou dat uitgangspunt natuurlijk kunnen veranderen. Op dat moment zou een verzwaring van aansprakelijkheid via de bewijsrisicoverdeling bereikt kunnen worden.

308 Zie hiervoor noot 302.

309 Zie Raaijmakers, AA 1993, p. 207, en De Groot 1998, p. 63.

310 In die zin ook Timmerman, TVVS 1993, p. 234-235, die het enkele uitblijven van betaling onvoldoende acht om tot een omkering van het bewijsrisico te komen die een doorbraak van aansprakelijkheid zou bewerkstelligen. Nadere omstandigheden, hier als 'misbruik' gekwalificeerd, dienen daarvoor aanwezig te zijn.

311 Zie over dit soort gevallen onder andere Spier/Bolt 1996, p. 318 e.v.; Hulst, Van Dunné-bundel 1997, p. 179 e.v.; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 52.

waarin de bewijsrisicoverdeling aangepast werd, afgezien van die gevallen waarin er met een vermoeden van schuld gewerkt wordt. Dat laatste zal echter hierna nog apart aan de orde komen.

Is er een verklaring te geven voor de geringe bewijsrechtelijke activiteit op dit terrein? Spier stelt dat de Hoge Raad beducht is voor het al te gemakkelijk aannemen van aansprakelijkheid. De sluizen der aansprakelijkheid dienen gesloten te blijven, want het gaat hier over ongelukjes die nu eenmaal tot de dingen des levens behoren.[312] Het aloude 'ieder draagt zijn eigen schade' klinkt van achter de coulissen.[313] Een voor de eiser gunstige(re) bewijsrisicoverdeling verdraagt zich, op dit vlak althans, niet met dat adagium.[314] De hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dient toegepast te worden,[315] omdat (een verzwaring van) aansprakelijkheid hier niet gewenst is. De verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm is derhalve niet in gevaar.

Wij zien hier dat de strekking van de materiële norm rechtstreeks bepaald wordt door een van de leidende principes van het onrechtmatige daadsrecht. Dan rijst echter de vraag of een extra argument moet worden toegevoegd aan de lijst van paragraaf 2. Hoewel dat mogelijk zou zijn, hoeft dat mijns inziens niet, want het gaat hier niet om een geval van afwijken van de hoofdregel maar om een geval van toepassing daarvan.[316] Op die gevallen ziet het hier verdedigde model niet.

3.4.5 Het vermoeden van schuld?

Om terug te komen op het hiervoor al genoemde 'vermoeden van schuld'[317] waarmee de rechtspraak zo veelvuldig werkt:[318] is dat door middel van het model

312 Spier/Bolt 1996, p. 323-324. Dezelfde verklaring is mijns inziens van toepassing op de (niet snel aangenomen) aansprakelijkheid in het kader van sport en spel, vergelijk daarover Spier/Bolt 1996, p. 186 e.v., en Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 48-49.

313 Zie par. 3.2.3, en met name Hartlief, Oratie 1997, met verdere verwijzingen. Met betrekking tot het bewijsrisico, zie Schlemmer-Schulte 1997, p. 31.

314 Vergelijk Prütting, KF 1989, p. 10. Bovendien is er hier geen sprake van structurele bewijsnood.

315 Te constateren valt overigens dat soms (lees: bij het schuldvereiste) een uitzondering daarop aanvaard wordt, zie verder par. 3.4.5.

316 Zo'n aanvulling zou mogelijk zijn, die lijst is niet limitatief. De argumenten uit par. 2 zijn de argumenten die ik op basis van een aantal deelterreinen gevonden heb. Dat er wellicht nog andere argumenten zijn, doet niet af aan het uit die argumenten afgeleide principe, zolang die nieuwe argumenten ook de strekking van de norm bepalen, hetgeen mijns inziens het geval zal zijn.

317 Ik ga ervan uit dat het hier om een vermoeden gaat en niet om een daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico, zoals bijvoorbeeld Meijers 1958, p. 303 en 304; Schut 1963, p. 29-30; Schut 1997, p. 26; Van Dunné 1998, p. 24, en Sieburgh 2000, p. 167, lijken te stellen, en wel omdat de schuld afgeleid wordt uit, of volgt uit, de onrechtmatige handeling zelf. De schuld volgt dus uit een hulpfeit (de onrechtmatigheid). In zo'n geval hebben wij met een vermoeden van doen, zie par. II.5.

318 Zie daarover Asser-Hartkamp 4-III, no. 77; Spier c.s. (Van Maanen) 1997, nr. 70; Schut 1997, p. 97; Onrechtmatige Daad I (Jansen), art. 162 lid 3, aant. 57 e.v.; Van Dunné 1998, p. 24.

te verklaren? En hoe komt het dan dat daarover vrijwel nooit principiële uitspraken gedaan zijn?[319] Immers, soms wordt het vermoeden wel toegepast en soms niet.

Het gaat bij de schuldvraag om een 'intern feit', om 'iets' dat zich in de psyche van de dader voltrekt en waarover de eiser geen weet heeft of kan hebben. De bewijsvoeringslast[320] bij de gedaagde leggen, of het schuldvereiste objectiveren, hetgeen in Nederland naast elkaar geschied is, is dan logisch.[321] Zonder die ingrepen zou de eiser de subjectieve verwijtbaarheid van de dader aannemelijk moeten maken, hetgeen tot structurele bewijsproblemen zou leiden. Omdat tevens een zwaardere vorm van aansprakelijkheid dan alleen voor subjectief verwijtbare handelingen wenselijk was (en is), waren deze ombuigingen vereist om de effectiviteit van de norm te garanderen.

De verklaring waarom het 'vermoeden' niet altijd gebruikt wordt, schuilt ook in het voorgaande. Meestal is een bewijsverlichting niet nodig, omdat het schuldvereiste al voldoende geobjectiveerd is, of in de onrechtmatigheid is opgegaan,[322] om bewezen te kunnen worden.[323] Het 'zwaardere' middel hoeft dan niet van stal gehaald te worden. De objectivering op materieelrechtelijk vlak heeft er al voor gezorgd dat de norm nog te verwezenlijken is.

3.4.6 Het vernietigde besluit?

Een volgend type gevallen dat hier van belang zou kunnen zijn, is dat van de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad, meer specifiek wegens vernietigde besluiten of beschikkingen.[324] De Hoge Raad heeft in dat kader beslist dat, grof gezegd, met de onrechtmatigheid, die vaststaat indien het besluit vernietigd is, in beginsel ook de schuld van de overheid gegeven is.[325] Hoe dienen wij die regel te duiden? Is er hier sprake van een vermoeden van schuld of van een zuivere bewijsrisico-omkering? De Hoge Raad stelt dat met de onrechtmatigheid in beginsel

319 Vergelijk PG Boek 6, p. 618, waar gesteld wordt dat het beter is geen algemene regel inzake de bewijsrisicoverdeling op te stellen.

320 Het gaat hier immers om een vermoeden, en niet om een zuivere bewijsrisico-omkering, zie hiervoor noot 317.

321 Zie over die objectivering onder andere Van Dam 2000, nr. 908-909; Van Dunné 1998, p. 23 en 39; Schut 1997, p. 27 en 94-95; Schut 1963, p. 30; Meijers 1958, p. 301-302; Wolfsbergen 1945, p. 133 e.v.; Canaris, FS Larenz 1983, p. 32-33, alsmede (weifelend) Asser-Hartkamp 4-III, no 76. Zie over deze en andere middelen die benut zijn om het schuldvereiste af te zwakken, Sieburgh 2000, p. 127 e.v.

322 Vergelijk Van Dunné 1998, p. 23.

323 Zie Honoré 1999, p. 19-20. Dan wordt een materieelrechtelijke oplossing boven een bewijsrechtelijke verkozen, zie par. 3.2.7.2. Men kan er natuurlijk ook voor kiezen om een risico-aansprakelijkheid te introduceren, zie Klaassen 1991, p. 9.

324 Vergelijk Spier/Bolt 1996, p. 266 e.v., met name p. 282 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 268 e.v.; Spier c.s. (Spier) 1997, nr. 183, en Hartlief, AA 2000, p. 181 e.v., met name p. 186-187.

325 Zie HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche). Als met de vernietiging de onrechtmatigheid gegeven is, dient bovendien het causale verband met een zekere souplesse benaderd te worden, zie HR 1 oktober 1999, NJ 1999, 756 (Van Dijck/Venray).

de schuld gegeven is. Met andere woorden, uit het ene feit volgt het andere.[326] Er kan dus voorlopig vanuit gegaan worden dat wij hier van doen hebben met een vermoeden van schuld en derhalve met een bewijskwestie.

Is ter verklaring van dat vermoeden dan terug te grijpen op het model zoals dat hiervoor geponeerd werd? Men zou kunnen betogen dat dat niet het geval kan zijn, want de 'normale' bewijsrisicoverdeling zou op dit punt weinig problemen opleveren. Besluiten van de overheid worden immers bewust genomen; er is dus 'opzet' in het spel. En daarmee is 'schuld' (beter) aantoonbaar geworden. De bewijsrisicoverdeling gebruiken om de norm verwezenlijkbaar te houden, is dan blijkbaar niet nodig.

Zulks gaat echter niet helemaal op. In de jurisprudentie hebben zich immers ook gevallen voorgedaan waarin er van schuld aan de zijde van de overheid geen sprake kon zijn, omdat de rechter van een opvatting uitging die het bestuur ten tijde van het besluit niet kon kennen.[327] Daarop zou aansprakelijkheid stranden, hetgeen niet wenselijk werd gevonden. Vandaar dat de Hoge Raad bepaalde dat het redelijker zou zijn als de collectiviteit de schade zou dragen in plaats van het individu.[328]

Op deze wijze is de rechtspraak echter nog niet verklaard vanuit de hier verdedigde theorie. Er bestaat dan immers nog steeds geen bewijsprobleem, het betreft hier veeleer de afwezigheid van schuld, terwijl zo'n bewijsprobleem wel een voorwaarde voor toepassing van het model is. Een verklaring voor deze gevallen is met mijn model inderdaad niet te geven, maar dat is ook logisch, want op deze gevallen ziet die bewijsrechtelijke theorie niet. Het gaat hier namelijk om de introductie van een puur materieelrechtelijke regeling die los staat van welke bewijskwestie dan ook. De bewijsrisicoverdeling speelt hier geen enkele rol.

Dat zulks het geval is, blijkt mijns inziens hieruit dat het in deze gevallen gaat over de invulling van het begrip toerekening uit art. 6:162 lid 3 BW in plaats van over (de feitelijke aanwezigheid van) schuld.[329] De Hoge Raad spreekt immers over 'voor rekening van het overheidslichaam komen' en over 'voor rekening te brengen'.[330] Dat het hier om een puur materieelrechtelijke kwestie gaat, verklaart overigens ook waarom de gebruikte terminologie ('in beginsel gegeven') zo weinig bewijsrechtelijk van aard is, en waarom deze terminologie inmiddels veranderd

326 Dat daarbij het hulpfeit tevens een vereiste voor aansprakelijkheid is, doet niet ter zake.

327 Zie HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche) en HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 nt. MS (Nibourg/Zuidwolde).

328 HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 nt. CJHB (Bedrijfsvereninging/Boulogne) en HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 nt. ARB (B./Staat).

329 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 nt. ARB (B./Staat), en HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 nt. ARB (Castricum/Fatels).

330 Zie HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche), respectievelijk HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 nt. CJHB (Bedrijfsvereniging/Boulogne), alsmede Sieburgh 2000, p. 232 e.v.

is tot 'moet *steeds* worden toegerekend'.[331] Meer dan van een vermoeden, lijkt de Hoge Raad hier uit te gaan van een gelijkschakeling (tot één materieel vereiste) van onrechtmatigheid en schuld (toerekening).

3.4.7 Blootstelling aan asbest?

In de lagere rechtspraak is aan de orde geweest wie zou moeten bewijzen dat een aan een asbestziekte lijdende werknemer gedurende zijn dienstverband bij de aangesproken werkgever blootgesteld is geweest aan asbest. Die vraag speelt bijvoorbeeld als de werknemer bij meerdere werkgevers heeft gewerkt of als onduidelijk is of de werknemer bij een bepaalde werkgever werkzaamheden met asbest heeft verricht.[332] Volgens de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling zal het bewijsrisico op de werknemer rusten. De vraag is echter gerezen of er ten aanzien van die blootstelling een bewijsrisico-omkering aanvaard zou moeten worden. De Hoge Raad heeft zich daarover (nog) niet uitgesproken, zodat het antwoord op die vraag nog niet volledig duidelijk is, maar in de lagere rechtspraak is zo'n omkering vooralsnog afgewezen.[333]

Ook bij toepassing van het hier verdedigde model zou een bewijsrisico-omkering niet aanvaard kunnen worden. De reden daarvoor is dat er in deze gevallen geen structurele bewijsnood aanwezig is. De situatie waarin onduidelijk is of een werknemer wel blootgesteld is geweest aan asbest, zal zich immers slechts bij een beperkt aantal gevallen van asbestziekten voordoen. Het aantonen van de blootstelling vormt over het algemeen geen probleem.[334] Aan de vraag of aansprakelijkheid in deze gevallen wenselijk zou zijn, komen wij dan niet toe.

Mijns inziens is in deze gevallen overigens een bruikbaar alternatief aanwezig. Deze gevallen zijn immers veelal via een feitelijk vermoeden op te lossen, zeker als de werknemer aan mesothelioom lijdt, waarvoor eigenlijk geen andere oorzaak

---

331 Zie HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 nt. ARB (Castricum/Fatels), r.o. 3.4. Dat het materiële recht hier in het geding is, blijkt bijvoorbeeld ook hieruit dat Van Dam 2000, nr. 918, stelt dat het schuldvereiste in deze gevallen 'vervallen' is. Sieburgh 2000, p. 127-128, behandelt deze gevallen onder het kopje 'onweerlegbaar vermoeden van schuld'. Een onweerlegbaar vermoeden is echter niets anders dan een materiële norm, zie par. II.5.1. Verder stelt zij dat schuld en onrechtmatigheid hier vereenzelvigd zijn, hetgeen mijns inziens juist is, zie hierna.

332 Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde); Hof Den Haag 18 augustus 1998, nr. 98/0792 (ongepubliceerd) (Heesbeen/Van Buuren-van Swaay), en eerder al par. VI.3.3.1.

333 Zie de vorige noot. In de *Weststrate/De Schelde*-zaak is, naar ik begrepen heb, cassatieberoep ingesteld.

334 In die zin is dit geval vergelijkbaar met dat van de zwangere werkneemster zoals dat in par. 3.2.2 aan bod kwam. Als wij hier uitgaan van de groep werknemers waarbij onduidelijk is of er sprake was van blootstelling aan asbest, zal er wel een structureel bewijsprobleem spelen, maar als wij uitgaan van de groep werknemers die aan een (bepaalde) asbestziekte lijden, zal dat bewijsprobleem niet structureel zijn. Mijns inziens dienen wij van die laatste groep uit te gaan. In het eerste geval is de groep van gevallen teveel geconcretiseerd, waarover verder par. 3.2.2.

bekend is dan blootstelling aan asbest. De aard van de werkzaamheden en de aard van het bedrijf waar de werkgever werkte, zullen veelal tot het vermoeden kunnen leiden, behoudens tegenbewijs door de werkgever, dat er inderdaad sprake is geweest van blootstelling aan asbest.[335] Daarbij zal ook de ten laste van de werkgever aanvaarde aanvullende stelplicht een rol kunnen spelen.[336] De werkgever zal gegevens moeten verstrekken met betrekking tot de vraag welke werkzaamheden de werknemer in de loop der tijd verricht heeft en de vraag waar (welk bedrijf of welke afdeling?) hij die werkzaamheden verricht heeft. Zo kan via deze twee procesrechtelijke instrumenten bereikt worden wat via de bewijsrisicoverdeling niet lukt, namelijk dat de vraag of de werkgever een zorgvuldigheidsnorm geschonden heeft, inhoudelijk getoetst wordt.

3.4.8 Conclusie: (te) algemene gelding (?)

Gezien het voorgaande zou men zich kunnen afvragen of het hier gepresenteerde model wel juist is, nu (tot nog toe) alle gevallen erdoor verklaard worden. Er wordt immers wel gesteld dat een theorie die alles verklaart, waarschijnlijk zo is opgesteld dat deze niet 'falsificeerbaar' is, waardoor het model onbruikbaar is.[337]

Afgezien van het feit dat deze theorie alleen betrekking heeft op de uitzonderingen[338] én in elk geval *pogingen* tot falsificatie mogelijk zijn gebleken,[339] kan daarover nog het volgende gezegd worden. Ik geef toe dat het model vrij ruim opgezet is, omdat er teruggegrepen wordt op het begrip 'strekking' dat nader ingevuld moet worden. Ik zie daarin echter geen overtuigend argument tegen het model, want in de juridische wetenschap is mijns inziens geen enkel model te ontwikkelen dat alleen van vaststaande begrippen gebruik maakt. Elk juridisch

335 Anders echter Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde).

336 Zie nader par. VI.3.1.

337 Zie Popper 1978, p. 58 e.v. Het gebruik van deze (hier nuttige) term impliceert niet dat ik ervan uit ga dat de wetenschapstheorie van Popper analoog toepasbaar is op de juridische wetenschap (vergelijk Barendrecht 1992, p. 25 e.v., en Canaris, JuS 1993, p. 377 e.v., op p. 386; in die richting ook Weber 1997, p. 168-169, en eigenlijk al Cardozo 1921, p. 23-25). Het probleem van die analogie schuilt mijns inziens in het vinden van een maatstaf waaraan de (juridische) hypothese te toetsen is. Als een theorie gefalsificeerd wordt door een arrest van de Hoge Raad, is dan de theorie onjuist (Barendrecht 1992, p. 32)? Of is de uitspraak van de Hoge Raad onjuist? Het antwoord daarop van het kritisch rationalisme dat ook de vergelijkingsmaatstaf gefalsificeerd kan worden (Canaris, JuS 1993, p. 386), bevredigt niet, want daarmee is de gestelde vraag niet beantwoord. Wie bepaalt welke van de twee strijdige hypothesen (want dat is de vergelijkingsmaatstaf dan ook) voorrang krijgt? Kritisch ook Larenz 1991, p. 451 e.v., en Hesselink, WPNR 6109 (1993), p. 725 e.v.

338 Waardoor dit model dus noodzakelijkerwijs beperkt is in zijn werking. Overigens, als het aantal uitzonderingen op de hoofdregel sterk zou toenemen, zou wellicht de gedachte kunnen rijzen dat (toch weer) steeds de billijkheid in concreto nagestreefd wordt. Als het model echter correct toegepast wordt en de uitzonderingen in bijzondere regels van bewijsrisicoverdeling neergelegd worden, wordt meteen ook duidelijk gemaakt dat het niet om de billijkheid in concreto gaat.

339 Terwijl 'testbaarheid' toch als voorwaarde voor een (voorlopig) deugdelijke theorie beschouwd wordt, zie Popper 1978, p. 61.

begrip dient uitgelegd te worden,[340] al was het maar vanwege het feit dat voor de jurist de taal het instrument bij uitstek is, en taal altijd anders verstaan kan worden.[341] Ik meen dat de benodigde uitleg van het begrip 'strekking' niet van dien aard is dat zulks onoverkomelijke bezwaren oplevert,[342] omdat het geregeld ook elders een rol speelt.[343] Hier wordt derhalve niet iets nieuws opgeworpen.

In samenhang daarmee wijs ik er nog op dat ook de eerdere constatering dat de vraag naar het bewijsrisico in feite niets anders is dan een rechtsvindingsvraagstuk, de 'te algemene gelding' van het model in een ander daglicht stelt. Dit model geeft inderdaad geen strakke, 'mechanisch' toe te passen normen. Dat is echter inherent aan ieder rechtsvindingsprobleem. Pasklare antwoorden bestaan niet; rechterlijke werkzaamheid is nog altijd vereist.[344] Aan die werkzaamheid is echter wel vorm en richting gegeven.

Verder wijs ik er nog op dat het hier verdedigde model uiteindelijk op zoek is naar de rechtvaardigste oplossing voor bepaalde typen van gevallen zonder dat voor die gevallen de rechtszekerheid uit het oog verloren wordt. Met de introductie van het begrip 'rechtvaardig' is meteen ook gegeven dat het niet zo is dat er steeds slechts één mogelijke oplossing is. Verschillen van mening blijven mogelijk, juist omdat verschillen over wat rechtvaardig is, mogelijk blijven. Ik hoop echter wel het begrip 'rechtvaardigheid' voor de terrein van de bewijsrisicoverdeling enige handen en voeten gegeven te hebben.[345] Daarmee zou de nodige winst geboekt zijn. Daarnaast betekent de introductie van 'de rechtvaardigheid' vrijwel automatisch dat het model dat dat begrip incorporeert, algemener van aard wordt. Rechtvaardigheid is nu eenmaal algemeen van aard. Dat moet op de koop toe genomen worden, ook omdat dat begrip niet te omzeilen is in de juridische wetenschap.

Tot slot dient erop gewezen te worden dat de algemeenheid van het model mede gelegen is in de koppeling die gelegd wordt met de algemene grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht, in het bijzonder daar waar het gaat over de toerekeningsfactoren. Die vorm van algemeenheid pleit mijns inziens niet tegen het model, maar juist er vóór. Het model is daardoor namelijk binnen de context

340 Zie Asser-Scholten, p. 3; Larenz 1991, p. 313 en 343.

341 'Wat bleef, waren de woorden. Er was niets anders dan de taal. Maar het was niet genoeg, het was nooit genoeg. Taal is in dienst van misleiding een scherp ciselerend instrument, maar in dienst van de waarheid een stompe bijl', aldus Nelleke Noordervliet, De naam van de vader (16e druk 1998, p. 385). Zie bijvoorbeeld nog Larenz 1991, p. 312. Lankhorst 1992, p. 101, ziet hier meer mogelijkheden.

342 Vergelijk Lankhorst 1992, p. 122, die terecht aangeeft dat bij uitleg op andere terreinen niet geklaagd wordt over onzekerheid, terwijl die onzekerheid daar ook aanwezig is.

343 Ik wijs hier slechts op art. 6:163 BW, en daarover Lankhorst 1992.

344 Vergelijk Asser-Scholten, p. 129-130; Pitlo 1969, p. 155; Asser-Vranken, nr. 217.

345 Ik wijs er nog op dat de verdeling van het bewijsrisico via mijn model niet alleen een uitvloeisel is van wat de rechtvaardigheid gebiedt, maar dat die verdeling ook een instrument is om die rechtvaardigheid te bereiken. Zie ook Prütting, KF 1989, p. 3.

waarin dat zal hebben te functioneren, ontwikkeld. Die koppeling is overigens ook onvermijdelijk gezien de natuurlijke relatie tussen het materiële recht en de regels van bewijsrisicoverdeling.

3.5 De bewijsvoeringslast in het model

3.5.1 De bewijsvoeringslast en de eerdere toepasselijkheid van het model

Het hiervoor verdedigde model heeft betrekking op die situatie (het *non liquet*) waarin de feiten in de procedure uiteindelijk niet opgehelderd kunnen worden, zodat de beslissing op basis van de verdeling van het bewijsrisico onvermijdelijk wordt. Op dat moment is de procedure dus al geheel doorlopen en eventuele bewijslevering al achter de rug. In de Nederlandse civiele procedure speelt de verdeling van 'de bewijstaken', om een neutrale term te gebruiken, echter vaak al eerder een rol. Nadat partijen hun conclusies genomen hebben, gaat de rechter er veelal toe over een bewijsopdracht te verstrekken aan één der partijen. Met die bewijsopdracht, in een interlocutoir vonnis, is ook (ten minste impliciet) een verdeling van de bewijstaken gegeven.[346] Moet de rechter daarbij dezelfde regels volgen als bij de verdeling van het bewijsrisico aan het eind van de procedure? Zo ja, is dan ook op dat moment het hier verdedigde model al van toepassing?

Voor het antwoord op deze belangrijke vragen is het nodig dat wij ons realiseren waarover het precies gaat op het (eerdere) moment in de procedure waarbij een bewijsopdracht verstrekt wordt. De rechter zal zijn tussenvonnis zo willen inrichten dat die partij die in zijn visie aan zet is om met gegevens te komen, de bewijsopdracht krijgt. Tot een oordeel over welke partij aan zet is, kan de rechter echter alleen komen op basis van zijn voorlopige *waardering* van het dossier. Daarmee is mijns inziens gegeven dat het in deze gevallen gaat om de verdeling van de *bewijsvoeringslast*: wie dient met gegevens te komen omdat hij in het geding op dat moment op verlies staat?

In paragraaf I.3 is al aangegeven dat bewijsrisico niet verward mag worden met bewijsvoeringslast. Bij de verdeling van de bewijsvoeringslast gelden namelijk

346 Zie Asser 1992, p. 20-22; Asser, Bewijsrecht-bundel 1994, p. 11; Hugenholtz-Heemskerk 1998, nr. 129; Boonekamp, TCR 2000, p. 44; Stein/Rueb 2000, p. 113. Of die verdeling in zo'n tussenvonnis een eindbeslissing is of niet, zodat de rechter daar later niet meer of wel nog van mag afwijken, is omstreden, zie bijvoorbeeld Boonekamp, TCR 2000, p. 44. Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, nr. 178 en 211, menen dat op die beslissing teruggekomen mag worden. Zo ook Stein/Rueb 2000, p. 117; Asser 1992, p. 20, en Bloembergen, noot onder HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 195 (Klaverblad/VGZ). Wiersma 1998, nr. 215 en 262, meent dat zulks veelal niet mag, maar erkent ook dat daarop uitzonderingen gemaakt worden, zie bijvoorbeeld HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (Knook/Melchers). Het gaat er steeds om te bepalen of in het betreffende geval sprake was van een uitdrukkelijke en zonder voorbehoud gegeven beslissing. Dat zal mijns inziens meestal niet het geval zijn: het gaat hier om een simpel bewijsbevel, meer niet, aldus ook Bloembergen.

ook andere regels naast die welke bij de verdeling van het bewijsrisico spelen, omdat de waardering van de feiten in concreto ook meespeelt. Naast de waardering van het aangebrachte materiaal en de stellingen van partijen in het algemeen, gaan ook factoren als belemmering van de feitengaring door een der partijen ('Beweisvereitelung'), de feitelijk bewijs(on)mogelijkheden van partijen (eventuele bewijsnood in concreto), en de waarschijnlijkheid van een feit een rol spelen. Natuurlijk spelen ook de in paragraaf 2 beschreven argumenten een rol, maar dat zijn op dat moment niet de enige factoren. Algemener gezegd, de processuele billijkheid pikt een graantje mee.[347]

Hieruit volgt derhalve dat de rechter bij zijn bewijsopdracht en de daarin besloten verdeling van de bewijsvoeringslast *niet* dezelfde regels *hoeft* toe te passen als bij de verdeling van het bewijsrisico aan het eind van de procedure als duidelijk is geworden dat er een *non liquet* is gerezen. Op basis van zijn voorlopig oordeel mag hij een andere regel toepassen, waardoor de regel van bewijsvoeringslast op dat moment anders kan komen te luiden dan de regel die de verdeling van het bewijsrisico bepaalt.[348] Hij mag echter ook de regels van bewijsrisicoverdeling analoog toepassen, als regels van bewijsvoeringslast, en hij zal dat ook veelal doen.[349] Indien zijn voorlopige waardering geen uitsluitsel biedt, heeft de rechter in wezen zelfs geen ander kompas om op te varen. Als de rechter inderdaad besluit om bij zijn bewijsopdracht de regels van bewijsrisicoverdeling analoog toe te passen, kan hij naar mijn mening ook de regels voortvloeiend uit het model dat ik hier verdedig, benutten. Ik zie niet in waarom hij bij zijn bewijsopdracht niet, zoals nu ook al gebeurt, vooruit zou mogen lopen op de beslissing zoals die zal luiden als de bewijsvoering niet slaagt.

Een belemmering voor de analoge toepassing van dezelfde regels op beide momenten zou nog kunnen schuilen in het gegeven dat bij het verstrekken van de bewijsopdracht wellicht nog niet duidelijk is of er een situatie van structurele

347 Zie ook par. 3.5.2. In dit stadium, te weten bij de verdeling van de bewijsvoeringslast, zou de billijkheidsleer wellicht gebruikt kunnen worden, zie par. III.3.2 en par. III.3.3.

348 Vergelijk Boonekamp, TCR 2000, p. 44, die stelt dat de rechter eerst een bewijsopdracht kan geven en daarna nog de 'bewijslast' kan verdelen. Zijn kritiek hierop gaat mijns inziens niet op indien de 'bewijslast' gelezen wordt als het bewijsrisico bij een *non liquet*. Uit het voorgaande volgt tevens dat het pleit niet per se meteen beslecht is indien een van de partijen op basis van de bewijsvoeringslast bewijs moet leveren en deze daarin niet slaagt. Het kan immers zeer wel het geval zijn dat de rechter voor die bewijsopdracht in twijfel verkeerde en dat die twijfel niet weggenomen is, of dat die partij wel ten dele het bewijs kan leveren op basis waarvan de rechter in twijfel komt te verkeren. In dat geval beslist het bewijsrisico en dat kan, zoals gezegd, anders verdeeld zijn dan de bewijsvoeringslast. Als de rechter niet in twijfel verkeerde en er geen bewijs geleverd wordt, zal uiteraard wel het pleit beslecht zijn, maar dan op basis van de bewijswaardering.

349 Vergelijk ook HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger), waarin het Hof bij de verdeling van de bewijsvoeringslast (er was in casu sprake van een vermoeden, zie ook Van Boom, A & V 1999, p. 121) ook de strekking van de wettelijke regeling en de bewijsmogelijkheden van partijen liet meewegen. De Hoge Raad ging daarmee akkoord. Vergelijk tevens HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS), waarin de mate van waarschijnlijkheid bij de voorshandse aannemelijkheid meegewogen werd.

bewijsnood zal gaan ontstaan. Daarmee is een voorwaarde voor toepassing van het model onvervuld gebleven. Het is dan echter toch mogelijk om het model toe te passen. Immers, als de voorlopige waardering de rechter geen uitsluitsel geeft, wat is dan logischer en wenselijker dan alvast (analoog) die regels toe te passen die juist tot doel hebben een beslissing mogelijk te maken als de (uiteindelijke) waardering door de rechter geen (overtuigend) resultaat oplevert, te weten: de regels met betrekking tot het bewijsrisico.[350] Als uitgangspunt mogen wij er daarom vanuit gaan dat *het model ook al eerder in de procedure toegepast dient te worden, voor zover uit de processuele context niet het tegendeel volgt.*

In het voorgaande ben ik voorbij gegaan aan de mogelijke gevolgen van het gegeven dat de verdeling van de bewijsvoeringslast in een bewijsopdracht als een bindende eindbeslissing gezien zou kunnen worden, hoewel ik dat zelf niet zo zie.[351] Als dat het geval zou zijn, zou op de oorspronkelijke verdeling van de bewijsvoeringslast door de rechter later niet meer teruggekomen kunnen worden. Gevolg daarvan zou dan weer zijn dat ofwel de rechter bij de verdeling van het bewijsrisico bij een uiteindelijk toch gerezen *non liquet* gebonden zou zijn aan zijn eerdere beslissing over de bewijsvoeringslast, hetgeen niet wenselijk is omdat op dat moment nog overwegingen een rol spelen die bij de bewijsrisicoverdeling geen rol zouden mogen spelen, ofwel de bewijsvoeringslastverdeling zonder meer de bewijsrisicoverdeling zou moeten volgen, zodat voor de extra factoren die blijkens het voorgaande bij die eerste verdeling spelen, toch geen plaats zou zijn.

Beide gevolgen zijn mijns inziens niet acceptabel en zouden vermeden worden indien de verdeling van de bewijsvoeringslast niet als een eindbeslissing beschouwd zou worden. Dat is mijns inziens zeer wel mogelijk, want uit het onderscheid tussen de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico volgt strikt genomen al dat een beslissing

350 Zie onder andere Heinrich 1996, p. 24; Musielak/Foerste 1999, § 286, Rdn. 33: de bewijsvoeringslastverdeling volgt de bewijsrisicoverdeling.

351 Zie hiervoor noot 346. Een kleine inventarisatie lijkt erop te wijzen dat de formulering van een bewijsopdracht (wat moet bewezen worden?) geen eindbeslissing oplevert, zie HR 24 september 1993, NJ 1994, 227 nt. HER (Beck/Van Wijngaarden); HR 24 september 1999,NJ 1999, 755 (Bleij/Stegman), en daar tegen Wiersma 1998, nr. 267, maar de verdeling van het bewijsrisico (wie moet bewijzen?) wel, zie HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter); HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 195 nt. ARB (Klaverblad/VGZ); Wiersma 1998, nr. 262. Dat is een vreemde uitkomst, want die bewijsrisicoverdeling is in dezelfde bewijsopdracht neergelegd waardoor een dergelijke bewijsopdracht dus deels bindend en deels niet bindend zou zijn. De aanname van een vermoeden schijnt wel weer een bindende eindbeslissing te zijn, zie HR 31 maart 2000, NJ 2000, 357 (Alpina/Royal Nederland), r.o. 3.4. Wat hier verder het nut van is, blijft onduidelijk. Is de inhoud van het vermoeden bindend? Dan is de geboden mogelijkheid om tegenbewijs te leveren zinloos, want dan zou de rechter niet op die inhoud terug mogen komen. Of is het bestaan van een vermoeden als zodanig bindend, zodat later niet gezegd mag worden dat er geen vermoeden bestond? Ook dan is de binding aan die beslissing zonder nut, want als de rechter er dan onderuit wil, stelt hij vast dat het tegenbewijs geslaagd is zodat het vermoeden, dat wel bestond, nu niet meer bestaat. Dat die beslissing bindend is, kan alleen van belang zijn als er geen tegenbewijs geleverd is, maar in zo'n geval zal de rechter toch niet op zijn beslissing terugkomen.

ten aanzien van het één geen eindbeslissing ten aanzien van het ander kan zijn.[352] Ik zou er derhalve voor willen pleiten om beide beslissingen te beschouwen als twee zelfstandige beslissingen die van elkaar onderscheiden kunnen worden. Dat deze opvatting tot juiste resultaten leidt, staat mijns inziens buiten kijf. Ten eerste, bij toepassing van het leerstuk van de bindende eindbeslissing zal steeds opnieuw bekeken moeten worden of er inderdaad sprake was van een eindbeslissing zodat, als wij daarmee rekening houden, nauwelijks algemeen geldende regels gegeven kunnen worden, hetgeen onwenselijk is.[353] Ten tweede meen ik dat een formeel leerstuk als dat van de bindende eindbeslissing niet in de weg zou mogen staan aan het bereiken van verder wenselijke materiële oplossingen.[354] Ten derde wijs ik er op dat de ratio van dit leerstuk, te weten dat het processuele debat in die instantie beëindigd wordt,[355] goeddeels teniet wordt gedaan doordat vervolgens gedebatteerd zal gaan worden over de vraag of die beslissing een bindende eindbeslissing was. Als mijn opvatting dan als consequentie met zich zou brengen dat de leer van de bindende eindbeslissing op dit punt 'buiten toepassing' zou blijven, dan aanvaard ik dat.[356]

Een gevolg van de opvatting dat de verdeling van de bewijsvoeringslast géén bindende eindbeslissing ten aanzien van de bewijsrisicoverdeling vormt, kan echter zijn dat de regels van bewijsvoeringslast en bewijsrisico in twee fases uiteen gaan lopen.[357] Op het eerste gezicht lijkt dat ook onwenselijk, want het riekt naar willekeur om eerst een bewijsopdracht aan de ene partij te verstrekken, om dan later, als de bewijsvoering niet geslaagd is, de andere partij alsnog met het

352 Vergelijk ook Boonekamp, TCR 2000, p. 44. De verdeling van de bewijsvoeringslast kan in deze opvatting dus wel een eindbeslissing vormen ten aanzien van diezelfde bewijs*voerings*last (zodat het leerstuk van de bindende eindbeslissing in die zin gewoon kan blijven bestaan), maar niet ten aanzien van de bewijs*risico*verdeling.

353 Zie hiervoor par. III.3.3, en par. XIII.7. Dit effect wordt versterkt doordat de rechter soms toch weer op zijn eindbeslissing mag terugkomen, zie bijvoorbeeld Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 89; HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 nt. HER (De Moel/Scherpenzeel), en HR 1 mei 1998, NJ 1999, 563 nt. HJS (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen), en daarover Wiersma 1998, nr. 216 e.v., en 241 e.v.

354 Vergelijk eerder par. 3.1.3. Ik wijs er verder nog op dat het antwoord op de vraag of er een bindende beslissing gegeven werd, in hoge mate te manipuleren is door de rechter. Hij bepaalt namelijk in beginsel zelf of er zo'n beslissing gegeven werd. Zie Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 88, en verder Wiersma 1998, nr. 230-232.

355 Zie onder andere Schaafsma-Beversluis & Hammerstein, NJB 2000, p. 536; Stein/Rueb 2000, p. 114; Wiersma 1998, nr. 223; Snijders-Ynzonides-Meijer 1997, nr. 178; HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 nt. HER (De Moel/Scherpenzeel).

356 Ook Snijders, in zijn noot onder HR 1 mei 1998, NJ 1999, 563 nt. HJS (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen), pleit voor een gekortwiekte variant van dit leerstuk. Kritisch ten aanzien van dit leerstuk is ook Vranken, zie zijn conclusie voor HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 nt. HER (De Moel/Scherpenzeel), en Asser-Vranken, nr. 68. Een overzicht van literatuur en rechtspraak is te vinden bij Wiersma 1998, nr. 210 e.v., die zelf voor handhaving is. Zo ook Stein/Rueb 2000, p. 114.

357 Hetgeen inderdaad mogelijk is, zie Asser 1992, p. 22. vergelijk ook Boonekamp, TCR 2000, p. 44.

bewijsrisico op te zadelen. Hierbij mag echter niet over het hoofd gezien worden dat het in bepaalde gevallen juist wel gerechtvaardigd kan zijn om bijvoorbeeld de gedaagde de bewijsvoeringslast op te leggen, hoewel in beginsel de eiser het bewijsrisico draagt. Dat kan het geval zijn, omdat van die gedaagde nog wel een bepaalde mate van bewijslevering verwacht mag worden. Het uiteenlopen van de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico is derhalve niet zonder meer te kwalificeren als onrechtvaardig. Integendeel. Omdat zulks met zich brengt dat bij de bewijsopdracht op alle omstandigheden van het geval acht geslagen kan worden, kan zulks zelfs rechtvaardig uitwerken.

Ook overigens valt het wel mee met de genoemde willekeur, want de partij die uiteindelijk het bewijsrisico krijgt te dragen, draagt dat op basis van de algemeen geldende regels, waarop die partij had kunnen en moeten anticiperen. Dat die partij uiteindelijk het bewijsrisico draagt, is derhalve geen verrassing, althans, zou dat niet mogen zijn. Dat de bewijsvoeringslast gedurende een deel van de procedure bij de wederpartij komt te rusten, is dan eigenlijk een meevaller voor die partij.

3.5.2 De bewijsvoeringslast en de billijkheid in concreto

In het voorgaande is de eventuele rol die de concrete of processuele billijkheid zou kunnen spelen, nog niet expliciet aan de orde geweest. Allereerst rijst de vraag om welke situaties het daarbij zou kunnen gaan. Hiervoor noemde ik al de situatie waarin een partij de feitengaring belemmert ('Beweisvereitelung') en de situatie waarin er sprake is van slechte feitelijke bewijsmogelijkheden (doch geen structurele bewijsnood).[358] Ten tweede is er de vraag waarom in het voorgaande aan dat onderwerp voorbij werd gegaan. De reden daarvoor was dat op basis van de concrete billijkheid geen algemene regels op te stellen zijn, omdat de situaties waarin die billijkheid een rol kan spelen, *individueel* bepaald zijn. De situatie dat één der partijen de feitengaring belemmert, kan in elke mogelijke procedure spelen, maar kan ook net zo goed helemaal niet spelen.[359] Dat is geheel afhankelijk van het gedrag van die partij in het concrete geding. Datzelfde geldt ten aanzien van de bewijsnood die niet structureel is. Ook die omstandigheid kan net zo goed wel als niet intreden. Bij dit alles speelt overigens ook nog mee dat de billijkheid al (in elk geval gedeeltelijk) verdisconteerd is via de argumenten die in het model zo'n belangrijke rol spelen.[360]

Uit het voorgaande vloeit al voort dat, voor zover het over het model gaat, de billijkheid geen speciale rol te spelen heeft, omdat daarmee geen algemene theorie op te bouwen is. Zulks laat echter onverlet dat de rechter een concreet geval

358 Zie par. 3.5.1, en over de rol van de waarschijnlijkheid, par. 3.5.3.
359 Zie noot 4.
360 Zie hierover par. 3.2.10 en noot 12.

moet beslissen en deze de processuele (on)billijkheid, voor zover die zich openbaart,[361] moeilijk zal kunnen uitsluiten. Indien hij concludeert dat, ondanks de processuele onbillijkheid, de hier verdedigde theorie niet toepasbaar is, zal hij echter toch de bewijsrisicoverdeling moeten volgen die de hoofdregel hem voorschrijft. Als hij dat resultaat per se wil vermijden, is de enige mogelijkheid daartoe dat hij tracht die onbillijkheid al in een *eerdere fase* mee te wegen, namelijk bij zijn bewijswaardering.[362] Gevolg daarvan is dat of de *non liquet*-situatie helemaal niet ontstaat, omdat de rechter op basis van die waardering tot een bepaalde overtuiging komt en op die basis kan beslissen, of dat naar aanleiding van die waardering de bewijsvoeringslast verschuift naar de wederpartij.[363]

Het gaat hier niet om een sluiproute om de gebreken van het model te omzeilen. Immers, het model is gericht op het creëren van een kader waarbinnen bijzondere regels van bewijsrisicoverdeling ontwikkeld kunnen worden voor bepaalde gevaltypen. De in deze paragraaf behandelde situaties kunnen echter niet herleid worden tot een of meer bepaalde gevaltypen. De concrete procesgang, onafhankelijk van de materiële normen die daarbij eventueel toegepast moeten worden, bepaalt of een situatie als hier bedoeld, aanwezig is. Dat de hier verdedigde theorie deze individuele gevallen niet kan oplossen, mag geen verrassing zijn en kan geen tegenwerping opleveren. De oplossing zal in de bewijswaardering gezocht moeten worden, met als gevolg dat de bewijsrisicoverdeling niet in beeld komt.

3.5.3 De bewijsvoeringslast en de waarschijnlijkheid

Dat 'de waarschijnlijkheid van een feit' bij de verdeling van het bewijsrisico wellicht een rol zou kunnen spelen, is al enkele malen naar voren gekomen.[364] Het is hier de plaats om tot een min of meer definitieve positionering van die notie te komen. In paragraaf 3.5.1 werd betoogd dat bij de bewijsopdracht gedurende de procedure een aantal andere overwegingen naast de argumenten uit paragraaf 2 een rol zouden kunnen spelen. De waarschijnlijkheid van een feit is zo'n overweging. Mede op basis daarvan kan derhalve de bewijsvoeringslast verdeeld worden tussen partijen.[365] Het bewijsrisico zoals dat aan het einde van de procedure

361 Hetgeen in gevallen waarin een der partijen informatie achterhoudt, niet altijd zal geschieden.

362 Die onbillijkheid zal waarschijnlijk daarnaast ook een rol spelen bij de uitleg van de norm als het gaat om de vraag of het model toepasbaar is, met als mogelijk gevolg dat de hier bedoelde situatie vermeden wordt. Ten aanzien van de 'Beweisvereitelung' wordt naar Duits recht ook wel geleerd dat zulks via de bewijswaardering te verdisconteren is, zie Baumgärtel 1996, Rdn. 127-129, al is deze kwestie omstreden.

363 Zie par. 3.5.1. In uiterste gevallen kan hij wellicht terugvallen op de omkering van het bewijsrisico op basis van de redelijkheid en billijkheid ex art. 177 Rv, zie daarover echter mijn opmerkingen in par. III.3.4 en noot 89 hiervoor.

364 Zie met name par. III.2.2, par. XII.2.14, en par. XIII.3.2.

365 Maassen 1975, p. 17. Vergelijk ook HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS).

van belang wordt, wordt door deze waarschijnlijkheidsoverweging echter niet geraakt.[366] Als wij op het punt geraken dat het bewijsrisico beslissend is, is de fase van de bewijsvoeringslast en de bewijswaardering, waarbij de waarschijnlijkheid een rol speelt, afgesloten. De waarschijnlijkheid heeft daarna geen invloed meer op de bewijsrisicoverdeling.

Meer concreet komt dit hierop neer. De bewijsvoeringslast wordt mede verdeeld op basis van de gegevens uit het concrete proces. Als in een proces het bestaan van een bepaald feit (in bepaalde mate) waarschijnlijk is, kan de rechter dat gegeven na zijn eerste bewijswaardering verdisconteren bij de verdeling van de bewijsvoeringslast en de wederpartij opdragen het tegenbewijs te leveren. Als die wederpartij er niet in slaagt die waarschijnlijkheid in twijfel te trekken, wordt op die basis, dus op basis van de bewijswaardering, beslist. De regels over de verdeling van het bewijsrisico, die pas na een 'mislukte' bewijswaardering aan bod kunnen komen, blijven dan onaangeroerd.[367] Als de wederpartij echter in zoverre in haar tegenbewijsvoering slaagt dat er, na hernieuwde waardering door de rechter, een *non liquet* ontstaat, komen de regels van bewijsrisico wel in beeld, en verdwijnt de waarschijnlijkheid uit beeld. Die waarschijnlijkheid was dan (zo is gebleken) niet richtinggevend (het feit, noch het tegendeel ervan, is waarschijnlijker gebleken dan het ander, want anders zou er geen twijfel zijn blijven bestaan), zodat daarin ook niet meer de oplossing gezocht kan worden.

3.5.4 De bewijsvoeringslast en de feitelijke bewijsmogelijkheden

Het voorgaande geldt evenzeer voor het criterium van 'de feitelijke bewijsmogelijkheden van partijen'. Op basis daarvan kan de rechter bijvoorbeeld besluiten de bewijsvoeringslast bij de gedaagde te leggen. Als er dan na bewijslevering en hernieuwde waardering een *non liquet* resteert, is meteen gebleken dat de invloed van de verdeling van de feitelijke bewijsmogelijkheden niet zodanig was dat op die basis de procedure beslist kon worden. Op het moment dat het bewijsrisico van belang wordt, kan deze overweging dus niets meer toevoegen aan de oplossing. Zij is uitgespeeld. Zij heeft haar werking doen voelen, maar was niet sterk genoeg.[368]

---

366 Zie Maassen 1975, p. 17, en par. XIII.3.2.

367 In dat geval is de oorspronkelijke bewijswaardering die in het voordeel van de wederpartij sprak, niet (voldoende) verstoord, zodat op basis van de bewijswaardering het geschilpunt beslecht kan worden.

368 Zie Maassen 1975, p. 15, 69, 82 en 154, en par. XII.2.13. Volgens BGH NJW 1986, 2426, op p. 2427-2428, is de bewijsnabijheid van partijen dan ook onvoldoende voor een omkering van het bewijsrisico. Op basis daarvan mogen wel extra eisen aan de stelplicht gesteld worden. Het voorgaande geldt ook voor de meer algemenere notie van 'bewijsnood'. Op het moment dat er een *non liquet* voorligt, heeft die factor geen onderscheidend vermogen meer omdat nu juist het wezen van een *non liquet* is dat het bewijs niet te leveren is. Met andere woorden, zonder bewijsnood komt

Als de rechter bij de verdeling van het bewijsrisico toch nog 'iets' wil met de notie van de bewijsmogelijkheden, zal hij zijn toevlucht moeten zoeken tot de normatieve variant van dat concept, op basis waarvan iemand afgerekend wordt op het niet kunnen verstrekken van informatie in een geval waarin hij dat wel zou moeten kunnen. Dat is echter een toepassing van de leer van het 'Gefahrenbereich', welke reeds aan bod kwam als algemene factor die de bewijsrisicoverdeling bepaalt.

4 De inpassing van het geldende recht

4.1 Inleiding

De inpassing van het in Deel 2 behandelde geldende recht in de hier beschreven theoretische uitgangspunten zou weinig problemen mogen opleveren, omdat die uitgangspunten vrijwel rechtstreeks voortvloeien uit hetgeen aldaar beschreven werd. Het kan echter wel nuttig zijn om bij wijze van voorbeeld kort terug te blikken op een aantal van de eerder behandelde deelgebieden om te laten zien hoe die inpassing gestalte krijgt.[369] Ik ga daarbij niet in op de verkeersaansprakelijkheid (hoofdstuk V), nu de Nederlandse wetgever op dat terrein met nieuwe wetgeving bezig is,[370] noch op de werkgeversaansprakelijkheid (hoofdstuk VI). Dat deelgebied kwam immers in het voorgaande al diverse malen aan de orde. Datzelfde geldt voor de beroepsaansprakelijkheid wegens informatieverzuim (par. VIII.4.1) en de productaansprakelijkheid (het schuldvermoeden, hoofdstuk VII).[371]

4.2 Beroepsaansprakelijkheid voor handelingen

De aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren in verband met beroepsfouten die buiten de sfeer van de informatieverstrekking liggen,[372] denk bijvoorbeeld aan het slecht uitvoeren van een operatie, is in een aantal gevallen niet of nauwelijks te realiseren vanwege de bewijsproblemen met betrekking tot de (on)zorgvuldigheid. Dat bewijsprobleem kan objectief gezien bestaan of volgen uit het gegeven

---

de bewijsrisicoverdeling helemaal nooit in beeld. Over de oplossing voor die situaties zegt die factor derhalve weinig. Een bewijsrisico-omkering wordt daarop dan ook niet gegrond, zie BGH VersR 1986, 1121, op p. 1123; Kemper 1992, p. 83-84; par. XII.2.13, en mijn bijdrage in NTBR 1998, p. 91, met verdere verwijzingen.

369 Voor gedetailleerdere beschrijvingen van de stand van zaken van het positieve recht, zie de diverse hoofdstukken in Deel 2.

370 Zie over de stand van zaken *Kamerstukken II* 1998/99, 25.759, nr. 5, waarin mijns inziens een ongelukkige wijziging van het bestaande recht wordt geschapen, omdat het daar te introduceren begrip 'roekeloosheid' alleen maar tot extra procedures zal leiden.

371 Zie par. 3.4. hiervoor.

372 Zie par. VIII.4.2, en uitvoeriger, Giesen 1999, p. 93 e.v.

dat de dienstverlener alle informatie onder zich heeft. De vraag of dat dient te resulteren in een bewijsrisico-omkering, is in zijn algemeenheid echter moeilijk te beantwoorden, want ten aanzien van elke beroepsgroep doet zich hier een andere situatie voor. De arts bijvoorbeeld is vaak niet alleen 'verantwoordelijk'. De reactie van het menselijk lichaam op een ziekte speelt bijvoorbeeld ook een rol.

Als algemene gezichtspunten die pleiten voor een bewijsrisico-omkering zijn te noemen de afhankelijkheidsrelatie, de informatie-achterstand van de patiënt en cliënt en de specifieke deskundigheid van de dienstverlener. Met die deskundigheid gaat vertrouwen hand in hand. Daarnaast kan ook de slachtofferbescherming een rol spelen. Al met al lijken er voldoende (concrete) rechtvaardigingsgronden te bestaan voor een bewijsrisico-omkering. Tevens kan verdedigd worden dat (op macro-niveau) de strekking van de norm op dit terrein, die dan te formuleren zou zijn als het beschermen van de ondeskundige, vertrouwende en afhankelijke partij, in een aantal gevallen in gevaar zal komen.

Ik ben er echter (nog) niet van overtuigd dat, anders dan bij een informatieverzuim, de verwezenlijking van de norm daadwerkelijk onmogelijk geworden is.[373] De bewijsnood op dit vlak is mijns inziens niet *structureel* te noemen. Dat ligt voornamelijk hieraan dat via deskundigenberichten (in medische zaken) of via de eigen expertise van de rechter (over juridische kwesties) veelal een redelijke mate van duidelijkheid over wat er gebeurd is, verkregen kan worden. Daardoor zal uiteindelijk het feitelijke kader komen vast te staan, zodat de procedure op basis van die feiten beslist kan worden. Voorlopig ga ik er dus vanuit dat een bewijsrisico-omkering hier (nog) niet nodig is.[374] Bij dat oordeel speelt, als extra stok achter de deur, ook nog mee dat er op dit terrein een aanvullende stelplicht aanvaard is, waardoor in elk geval enige informatie boven tafel moet komen.

4.3 Onrechtmatige mededelingen

In hoofdstuk IX constateerde ik dat het bewijs van de juistheid van gedane mededelingen veelal aan de gedaagde wordt toebedeeld, in elk geval in de lagere rechtspraak. Gezien de verdeling van de beschikbare informatie over de partijen, het profijtbeginsel en de afweging tussen de grondrechtelijke bescherming van iemands persoonlijkheidsrechten en van de vrijheid van meningsuiting (die alleen voor mededelingen geldt die juist zijn), stelde ik eerder dat de regels op dit terrein evenwichtig zijn.

Ook als wij het hier beschreven model op deze bewijsrisicoregel toepassen, kom ik tot die conclusie. Er is in deze gevallen sprake van bewijsnood, weliswaar geen objectieve bewijsnood, maar wel structurele bewijsnood in die zin dat de

373 Zie over deze materie Giesen 1999, p. 138 e.v., en par. VIII.3 e.v.

374 Zie ook Giesen 1999, p. 147-149. Mijns inziens betreft het hier overigens een grensgeval.

gedaagde over alle nodige informatie beschikt (hij kent de bronnen voor zijn mededeling). Bovendien komt de grondrechtelijke bescherming van iemands persoonlijkheidsrechten, welke mijns inziens de strekking van de norm op dit gebied in hoge mate vormt, en daarmee ook de verwezenlijking van die norm, teveel in het gedrang indien aan de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling vastgehouden zou worden. De verzwaring van aansprakelijkheid door de bewijsrisico-omkering, is mijns inziens op basis van de hiervoor genoemde argumenten gerechtvaardigd.

4.4 Milieu-aansprakelijkheid

Dat er bij de vaststelling van aansprakelijkheid voor milieu-verontreiniging zeer geregeld sprake zal zijn van (objectieve) structurele bewijsnood, vooral als het om het causale verband gaat, is in hoofdstuk X genoegzaam naar voren gekomen. Dat de schade van een bepaald individu is terug te voeren op een bepaalde milieu-verontreiniging, is zeer geregeld niet of nauwelijks aan te tonen. Ook een deskundigenbericht kan die onzekerheid niet wegnemen. Daarmee staat de verwezenlijking van de materiële norm op dit terrein op de tocht. De strekking van die norm, die kan worden samengevat in het beginsel 'de vervuiler betaalt', komt zodoende onvoldoende tot zijn recht. Een bewijsrisicoverlichting ligt dan ook in de rede.[375]

Dat oordeel wordt alleen maar versterkt als in ogenschouw wordt genomen dat diverse van de hiervoor genoemde concrete rechtvaardigingsgronden voor zo'n omkering spreken. Ik wijs daarbij met name op het profijtbeginsel en de gedachte van slachtofferbescherming. De wenselijkheid van (verzwaarde) aansprakelijkheid is op basis van die argumenten stevig te onderbouwen.

4.5 Ongeoorloofde mededinging en misleidende reclame

Dat het terrein van de ongeoorloofde mededinging (hoofdstuk XI) geen 'bewijsverlichtingen' voor de eiser kent, vloeit voort uit het feit dat mededinging in principe geoorloofd wordt geacht. In de vrije markt-economie dient iedereen elkaar te kunnen beconcurreren. Dat uitgangspunt kleurt de strekking van de norm op dit terrein. De verwezenlijking van die strekking is niet in gevaar bij de bestaande

375 Zie Witboek Milieuaansprakelijkheid 2000, p. 17 en 18. Van deze welwillende houding getuigt mijns inziens ook de beslissing van de Hoge Raad in het arrest *Moerman/Bakker* (HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230), waarin het arrest van het Hof bijna 'herschreven' werd om tot toepasselijkheid van de gedachte achter art. 6:99 te kunnen besluiten. Deze bewijsrisico-omkering kan overigens ook gebaseerd worden op het reeds geldende recht, en dan met name op de beslissing in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.). Er wordt op dit terrein overigens ook gebruikt gemaakt van risico-aansprakelijkheden.

verdeling van het bewijsrisico op basis van de hoofdregel, omdat de strekking van de norm bepaalt dat aansprakelijkheid een uitzondering behoort te zijn.

Dit ligt anders waar het gaat om misleidende reclame. De informatie-achterstand en de daaruit voortvloeiende bewijsnood van de consument (hoe kan deze aantonen dat hij misleid is over de kwaliteiten van een product als hij geen informatie over dat product bezit?) maken dat de strekking van de regel, die hierop neerkomt dat gewekt vertrouwen niet beschaamd mag worden, in gevaar komt indien geen bewijsrisico-omkering aanvaard wordt. De regeling in het BW, welke het bewijsrisico bij de gedaagde legt, getuigt dan ook van een juiste keuze van de wetgever, welke op basis van de genoemde argumenten goed verdedigbaar is.

5 De ruimere toepasselijkheid van het model

5.1 Inleiding

Het is nuttig om te bekijken in hoeverre het in paragraaf 3 gevonden theoretische fundament ook van toepassing zou kunnen zijn op andere terreinen van het privaatrecht. Immers, ook buiten het aansprakelijkheidsrecht zou het in bepaalde gevallen wenselijk kunnen zijn om tot een omkering van het bewijsrisico te komen. Dat er buiten het aansprakelijkheidsrecht in strikte zin mogelijkheden liggen voor toepassing van de hier beschreven theorie, volgt al uit het feit dat in het voorgaande ook een beroep gedaan kon worden op rechtspraak die niet op het aansprakelijkheidsrecht betrekking had.[376]

Laten wij eens kort een aantal onderwerpen bekijken. Daarbij dient het volgende voorop te staan. Het dient om 'leerstukken' of 'rechtsgebieden' te gaan waarbij zich op structureel niveau een bewijsprobleem voordoet en waar een bepaalde oplossing gewenst is die vooralsnog niet bereikt wordt, maar wel bereikt zou kunnen worden door middel van een bewijsrisico-omkering volgens het hier beschreven model. Bestaan zulke leerstukken of rechtsgebieden?

5.2 Ontslag op staande voet wegens dringende reden

In gevallen van ontslag op staande voet wegens dringende reden gaat het er in bepaalde gevallen om dat de werknemer een verklaring aanvoert voor het (onwettig) verzuim dat de dringende reden vormde voor het ontslag op staande voet. De werknemer lijkt zich dus op een rechtvaardigingsgrond te beroepen. En toch, als die 'rechtvaardigingsgrond' inhoudt dat de werknemer ziek was, dient de werkgever

376 Zie par. 3.3.8.

te bewijzen dat die rechtvaardigingsgrond *niet* aanwezig was.[377] Over de achtergrond van die regel heeft de Hoge Raad zich nooit expliciet uitgelaten, maar die lijkt hierin gelegen te zijn dat een andersluidende regel afbreuk zou doen aan de ontslagbescherming bij ziekte (art. 7:670 lid 3 BW).[378] Het is dus opnieuw de strekking van de regeling, in dit geval van het systeem van ontslagbescherming, die de reden vormt voor een afwijkende bewijsrisicoverdeling.

Wat in deze gevallen echter lijkt te ontbreken, is de structurele bewijsnood. Als er iemand in staat moet worden geacht de ziekte te bewijzen, is dat de werknemer. De werkgever heeft geen toegang tot de noodzakelijke gegevens. Dat zou dan betekenen dat het model hier niet toe te passen is en dat het model deze rechtspraak niet kan verklaren. Asser wijst er echter op dat deze bewijsrisicoregel als een uitvloeisel van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling beschouwd moet worden, omdat *onwettig* verzuim nodig is om een dringende reden voor ontslag te mogen aannemen. Voor die onwettigheid dient de afwezigheid van een ziekte vast te staan. Naar de hoofdregel dient dan de werkgever het bewijsrisico te dragen.[379] Als die uitleg juist is, is het logisch dat het model niet ingeroepen kan worden om deze gevallen te verklaren. Het gaat dan niet om een uitzondering, maar om een toepassing van de hoofdregel zodat het model in het geheel niet van toepassing is. Mijns inziens is die verklaring juist. Omdat onwettig verzuim vereist is, draagt de werkgever op basis van die materiële regel het bewijsrisico, niet alleen ten aanzien van het verzuim, maar ook ten aanzien van de onwettigheid daarvan.[380]

Voor degenen die de redenering dat het hier om de hoofdregel zou gaan, niet overtuigend vinden, zou nog op het volgende gewezen kunnen worden. De strekking van de norm op dit terrein is gelegen in de bescherming van de werknemer. Het Nederlandse ontslagrecht gaat daar zeer ver in, zeker als het om een ontslag 'op staande voet' gaat.[381] Die strekking zou dan als zo sterk gezien kunnen worden dat ook bij een geringe mate van bewijsnood aan de zijde van de werknemer de verwezenlijking van die norm geacht wordt in gevaar te zijn. Vandaar dat al snel besloten wordt om onduidelijkheden op feitelijk vlak aan de werkgever toe te rekenen. Als bijvoorbeeld een werknemer op vakantie in Marokko ziek wordt, zijn de problemen om aldaar een doktersverklaring te verkrijgen, daartoe voldoende.

377 Zie onder andere HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83 (Hardeman/Motel E3), met vele verwijzingen in de conclusie van A-G Vranken, en Rood, NJB 1983, p. 1101 e.v., met name p. 1105. Deze regel geldt overigens niet per definitie als een andere verklaring wordt aangevoerd, zie Asser 1998, p. 111.

378 Zie de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604 (Uniforce/Munewer), en Rood, NJB 1983, p. 1104.

379 Zie Asser 1998, p. 109, op basis van HR 22 januari 1982, NJ 1982, 470 nt. PAS (Chemlal/Jaarbeurs), alsmede Rood, NJB 1983, p. 1105.

380 Opnieuw zien wij hier het belang opduiken van de stelling dat het bewijsrisico en het materiële recht elkaar beïnvloeden. Ik wees daar al eerder op, zie par. 3.2.4. Vergelijk ook Rood, NJB 1983, p. 1106.

381 Zie Rood, NJB 1983, p. 1106.

De wens om de ontslagbescherming effectief te doen zijn, is zo sterk dat (vrijwel) elke bewijsmoeilijkheid ten laste van de werkgever komt. Erkend dient echter te worden dat het model in zijn hier gepresenteerde vorm dan niet toepasbaar is, omdat het vereiste van structurele bewijsnood dan niet gesteld wordt.

5.3 Nietigheid van het ontslag

Uit het arbeidsrecht stammen ook die gevallen waarin de werknemer de nietigheid van het ontslag inroept en zich bereid verklaart de bedongen arbeid te blijven verrichten. Als de werkgever dan stelt dat die bereidheid niet aanwezig was, is dat louter een ontkenning van die stelling. Toch dient de werkgever te bewijzen dat die bereidheid ontbrak. De reden daarvoor is dat die bereidheid een voorwaarde is om de aanspraak op loon te behouden, en het zou niet passen binnen het op de bescherming van de werknemer gerichte stelsel van het arbeidsrecht om hem die aanspraken te onthouden.[382] Het is derhalve opnieuw de strekking van de wet die de doorslag geeft.

De vraag is echter weer of er hier sprake is van een situatie waarin de bewijsnood zodanig is dat de gewenste oplossing (doorbetaling van loon) niet bereikt kan worden. Mijns inziens is dat het geval. Bewijzen dat de bereidheid om te werken aanwezig was, vraagt om bewijs van een hypothetische situatie (hoe zou de werknemer gereageerd hebben op een (nooit gegeven) opdracht weer aan het werk te gaan?), hetgeen op zijn zachts gezegd moeilijk is.[383] Als die bewijsnood gekoppeld wordt aan de voor de werknemer gunstige strekking van het Nederlandse ontslagrecht, blijkt dat verwezenlijking van die strekking in gevaar komt. Derhalve lijkt de beslissing het bewijsrisico bij de werkgever te leggen, aanvaardbaar. Dat de bewijsnood zoals die zich hier voordoet, niet anders is dan die welke in vele gevallen van causaal verband speelt, terwijl de hier getrokken consequentie in die andere gevallen (nog) niet zo duidelijk getrokken wordt,[384] is mijns inziens geen overtuigende tegenwerping. Ik heb eerder al aangegeven dat die consequentie ook op die andere terreinen getrokken *zou moeten* worden.[385] Dat zulks op het onderhavige terrein wel al geschied is, is dan alleen maar toe te juichen.

---

382 HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611 (Spek/Salon Evelyn), en verder Asser 1998, p. 99-101.

383 Zie de conclusie van A-G Moltmaker onder HR 28 september 1984, NJ 1985, 245 nt. PAS (Europahuis/Vertommen), en daarover Asser 1998, p. 99.

384 Op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid gaat de ontwikkeling mijns inziens wel die kant op, zie Giesen 1999, p. 66 e.v., en dan met name HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II). Ook buiten dat terrein lijkt de ontwikkeling overigens die kant op te gaan, zie met name de bevestiging van het voornoemde arrest in HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.).

385 Zie par. 3.4.2 over het informatieverzuim door een beroepsbeoefenaar.

5.4 Verjaring van de schadevergoedingsvordering

Een aan het aansprakelijkheidsrecht verwant terrein waarop zich een bewijsprobleem zou kunnen voordoen, is dat van de verjaring van een vordering tot schadevergoeding. Op basis van art. 3:310 lid 1 BW verjaart zo'n vordering (voorlopig nog[386]) na verloop van 5 jaar na bekend worden van de schade en de aansprakelijke persoon, of na 20 jaar na de gebeurtenis die de schade veroorzaakte. Dat een vordering verjaard is, dient bewezen te worden door de partij die zich daarop beroept, in een normaal geval de gedaagde. Dat volgt uit de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling.[387]

Voor bepaalde gevallen is de termijn van 20 jaar echter te kort. Vandaar dat art. 3:310 lid 2 BW bepaalt dat in gevallen van milieu-verontreiniging en ten aanzien van stoffen in de zin van art. 6:175 BW, de vordering verjaart na 30 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis.[388] Op wie rust in zo'n geval dan het bewijsrisico? Lid 2 spreekt over 'in afwijking van het aan het slot van lid 1 bepaalde', hetgeen een zeer sterke indicatie is dat het hier gaat om een uitzondering. Daaruit lijkt te volgen dat de eiser het bewijsrisico draagt ten aanzien van de feiten die voor toepassing van lid 2 nodig zijn. Als dat inderdaad het geval is, kan dat echter wel de nodige problemen met zich brengen.

Stel, een werknemer overlijdt aan de gevolgen van blootstelling aan een giftige stof. Hij werkte tot 1970 bij een bedrijf waar die stof gebruikt werd. In 1999, net nadat zijn ziekte zich voor het eerst openbaart, stelt hij een vordering op basis van art. 7:658 BW in. Wil de vordering niet verjaard zijn, dan is een termijn van 30 jaar nodig, en dus dient art. 3:310 lid 2 BW van toepassing te zijn. Dan dient de eiser echter aan te tonen dat hij blootgesteld is geweest aan een stof waarvan bekend is dat deze een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert. En dus dient de werknemer te bewijzen dat er sprake was van blootstelling[389] aan de giftige stof én dat het gevaar van die stof bekend was bij zijn werkgever,[390] hetgeen betekent dat in elk geval de algemene gevaren van die stof bekend moesten

386 De wetgever werkt echter aan een nieuw verjaringsregiem voor gevallen van personenschade, zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25.834, nr. 7, p. 2-3, en *Kamerstukken II* 1999/00, 26.824, nr. 1-2 en 3, waarover terecht kritisch onder andere Tjittes, A & V 1999, p. 61-62; Van Dort, TMA 1999, p. 178; Duyvensz, NTBR 1999, p. 294-295. Die regeling zal alleen gelden voor gevallen die zich na de inwerkingtreding voordoen, zodat het hier besprokene nog geruime tijd van belang zal blijven.

387 Vergelijk ook Van den Akker & Hengeveld, A & V 1997, p. 56; Spier/Bolt 1996, p. 362; Van Dunné, TMA 1996, p. 20, en de rechtspraak genoemd in par. VI.3.5.

388 Die 30-jarige termijn is bijvoorbeeld toegepast op asbestzaken, zie HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen). Deze termijn kan overigens in asbest-gevallen in uitzonderlijke omstandigheden doorbroken worden, zie HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde), en HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 nt. ARB (Rouwhof/Eternit).

389 De vraag of de werknemer blootgesteld is geweest aan een giftige stof, kan, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van asbest, ook nog de nodige bewijsproblemen opleveren, zie verder par. 3.4.7.

390 Ik ga er vanuit dat blootstelling aan een giftige stof een voortdurend feit is zodat de verjaring begint te lopen nadat de blootstelling is opgehouden, zie art. 3:310 lid 3 BW. Hier is dat in 1970.

zijn.[391] Het zal niet verbazen als de eiser niet slaagt in deze bewijsvoering. Dan strandt daarop zijn vordering.

Mijns inziens is er hier ruimte voor een uitzondering. Uit het voorgaande blijkt dat de norm (lid 2) veelal niet toegepast zal kunnen worden bij handhaving van de bestaande bewijsrisicoregel, terwijl toepassing van die norm wel wenselijk lijkt te zijn, mede gezien de inspanningen van de wetgever. De verwezenlijking van de materiële norm is derhalve in gevaar. Om die norm tot zijn recht te laten komen, dient ingegrepen te worden: de gedaagde zal moeten bewijzen dat niet aan de voorwaarden van lid 2 voldaan is, zodat de 20-jarige termijn geldt.

Daarvoor zijn ook gedegen argumenten aan te voeren. Het kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat een speciaal voor lastige verjaringsgevallen ingestelde regeling alsnog 'leegloopt' ten gevolge van een bewijsrisicoregel. Ten tweede is er het gegeven dat bij toepassing van de hoofdregel alle door de rechtspraak gegeven tegemoetkomingen voor de eiser ter zake van het vaststellen van de aansprakelijkheid van de werkgever,[392] tenietgedaan zouden worden. Wat met de ene hand gegeven werd, zou met de andere hand weer teruggenomen worden. De strekking van de werkgeversaansprakelijkheid (slachtofferbescherming)[393] staat dat niet toe. Bovendien moet de werkgever geacht worden de mogelijkheden te hebben het bewijs, in ieder geval ten aanzien van de bekendheid met de gevaren, te leveren. Het gaat hier immers over feiten die zich binnen zijn 'domein' afspeelden. Steun voor deze opvatting zou daarnaast nog gevonden kunnen worden in de gevaarzetting, het profijt-beginsel en de afhankelijkheidsrelatie van partijen. De rechtvaardiging, zowel in concreto als in abstracto, voor een afwijking van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, lijkt daarmee gegeven.

5.5 Slot

Uiteraard zijn er meer gevallen en andere rechtsgebieden te bedenken waarop het hier beschreven model 'toegepast' zou kunnen worden. Het auteursrecht zou

391 De redenering dat ook het specifieke gevaar van de giftige stof zoals zich dat verwezenlijkte, bekend diende te zijn als wel al andere gevaren van die stof bekend zijn, is te weerleggen op basis van HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I). Daarin werd immers beslist dat het enkele feit dat zich een nog onbekend gevaar van het werken met asbest verwezenlijkt had, niet ten gunste van de werkgever ingeroepen mocht worden en dat deze toch aansprakelijk was indien hij zijn zorgplichten in verband met de wel bekende gevaren van asbest verwaarloosd had. Eenzelfde redenering is op te zetten in het kader van de verjaringskwestie. In die zin ook HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen) voor asbest-zaken.

392 Zie daarover hoofdstuk VI.

393 Die strekking zal mijns inziens (moeten) doorwerken op de verjaringsregeling. Ik wijs er daarnaast nog op dat de strekking van de nieuw in te voeren verjaringsregeling voor gevallen van personenschade is om de absolute verjaringstermijn niet in de weg te laten staan aan het verhaal van een schadevergoedingsvordering, zie Kamerstukken II 1999/00, 26.824, nr. 5, p. 7. Ook in het hier besproken geval gaat het om de absolute termijn en staat die termijn, in verband met bewijsproblemen, in de weg staan aan de schadevergoedingsvordering.

genoemd kunnen worden.[394] Denk ook aan gevallen van discriminatie op grond van geslacht.[395] Boeken dienen echter op een gegeven moment gesloten te kunnen worden. Bij deze.

394 Dat werd in het voorgaande al aangestipt, zie par. 3.3.8 en par. 3.2.7.3.

395 Het betreft hier een terrein dat zich kenmerkt door bewijsproblemen. De wetgever heeft dan ook, daartoe genoodzaakt door een Europese richtlijn (Richtlijn 97/80/EG; Pb. EG, L 014/6, waarover Röthel, NJW 1999, p. 611 e.v.; Betlem c.s. 1999, p. 71-72; Bosse, SMA 2000, p. 64 e.v.) die voortbouwt op de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, besloten om te dien aanzien een bewijsverlichting te introduceren, zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 1-2 en 3. De achtergrond daarvan is dat in deze gevallen potentiële eisers hun rechten moeilijk kunnen 'effectueren' (!), zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 3, p. 1, en nr. 5, p. 3, alsmede de preambule (nr. 17) en art. 1 van de richtlijn. Het betreft hier mijns inziens overigens een schoolvoorbeeld van nutteloze wetgeving. Wat de nieuwe regeling namelijk bewerkstelligt, is dat, indien een vermoeden van discriminatie mogelijk is, de wederpartij dat vermoeden moet weerleggen door bewijs te leveren. Om tot dat vermoeden te kunnen komen, dient de eiser feiten aan te voeren (vergelijk *Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 4, p. 6, en nr. 5, p. 10). Met dit alles wordt uiteindelijk niet meer gezegd dan dat de rechter gebruik mag maken van bewijs door middel van vermoedens. Zulks blijkt ook hieruit dat volgens de MvT (*Kamerstukken II* 1999/00, 27.026, nr. 3, p. 8) de rechter bepaalt of er van een vermoeden sprake is. Om dit te bereiken, is een nieuwe wettelijke regeling echter in het geheel niet nodig. De bevoegdheid van de rechter om een vermoeden aan te nemen, ligt al besloten in zijn bevoegdheden ten aanzien van de bewijswaardering. In de rechtspraak is bovendien al expliciet bepaald dat een vermoeden van discriminatie mogelijk is, zie HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya). Verder wordt hier van de gedaagde verlangd dat hij bij zijn tegenbewijslevering een objectieve rechtvaardiging aanvoert. Het gaat dan om een rechtvaardigingsgrond, waarvoor de gedaagde toch al het bewijsrisico draagt, zodat ook zo bezien de regeling overbodig lijkt.

Samenvatting

Het doel van het onderhavige onderzoek is te komen tot een theoretisch fundament voor mogelijke uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht. Teneinde tot dat theoretische fundament voor het Nederlandse recht te komen, worden in dit proefschrift het Nederlandse, Engelse, Franse en Duitse recht met elkaar vergeleken.

Dit proefschrift bestaat uit drie delen. Het eerste deel dient ertoe de bewijsrisicoverdeling te introduceren en af te bakenen van het overige bewijs- en procesrecht. Ook wordt de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling behandeld, zodat het vervolg van het onderzoek gericht kan worden op de eventuele uitzonderingen op die hoofdregel. Daartoe wordt ten eerste in Deel 2 van dit onderzoek, de stand van het geldende recht in Nederland, Engeland, Frankrijk en Duitsland onderzocht. In Deel 3 wordt vervolgens een aantal van de bestaande theorieën over mogelijke uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling onderzocht en een eigen model ontwikkeld.

Deel 1 Inleiding en afbakening van het onderwerp

In *hoofdstuk I* wordt eerst het hiervoor omschreven doel van dit onderzoek uiteengezet en worden de daarin besloten gelegen beperkingen besproken. Die beperkingen zijn dat het onderzoek zich alleen richt op het aansprakelijkheidsrecht en uitgaat van de gelding van de bestaande hoofdregel van bewijsrisicoverdeling (te kort: 'wie stelt, bewijst'), zodat de aandacht met name gericht zal zijn op de mogelijke uitzonderingen op die hoofdregel. De derde beperking is dat het onderzoek geconcentreerd is op die gevallen waarin er sprake is van een zogenaamd *non liquet*. Daarmee wordt de situatie bedoeld waarin een of meer van de te bewijzen feiten niet bewezen kon worden, zodat de bewijsrisicoverdeling te dien aanzien beslissend is.

In paragraaf 3 van hoofdstuk I bespreek en definieer ik een aantal belangrijke begrippen zoals de aanvullende stelplicht, het *non liquet*, het bewijsrisico, de bewijsrisico-omkering, de bewijsvoeringslast, het tegenbewijs en het tegendeelbewijs. Het belangrijkste gevolg van de door mij gehanteerde definities is dat ik de gebruikelijke term 'bewijslast' in tweeën splits, namelijk in de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico.

Hoofdstuk II is erop gericht de bewijsrisicoverdeling af te bakenen ten opzichte van het overige bewijs- en procesrecht. Eerst wordt de toegenomen aandacht voor de feitengaring in de civiele procedure besproken. Hoewel er meer en meer instrumenten ter beschikking komen die de verzameling van feiten stimuleren,

moet echter geconcludeerd worden dat er tot op heden nog geen zogenaamde algemene mededelingsplicht voor procespartijen bestaat. Tevens wordt kort stilgestaan bij het wetsvoorstel tot herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het beperkte sanctie-arsenaal (in het huidige en toekomstige recht) maakt het twijfelachtig, zo wordt geconcludeerd, of die herziening wel tot de beoogde gevolgen zal leiden.

Het vervolg van hoofdstuk II is gewijd aan de aanvullende stelplicht, de bewijswaardering en de vermoedens. Te dien aanzien luidt de conclusie steeds dat die regelingen, net zoals de toegenomen aandacht voor de feitengaring, niet van invloed zijn op de verdeling van het bewijsrisico tussen de partijen als zodanig, doch enkel op het aantal beslissingen dat op basis van de bewijsrisicoverdeling dient te geschieden.

In *hoofdstuk III* staat de overal vrijwel gelijkluidende hoofdregel van bewijsrisicoverdeling centraal. Na een bespreking van de theoretische aspecten van die hoofdregel naar Engels, Frans en Duits recht, wordt aandacht besteed aan de strijd in Nederland tussen de aanhangers van de objectiefrechtelijke theorie en de aanhangers van de billijkheidsleer. Betoogd wordt dat de billijkheidsleer zowel als leer voor de hoofdregel en als uitzonderingsleer ongeschikt is.

Op basis van de objectiefrechtelijke theorie zou de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dan als volgt geformuleerd kunnen worden: elke procespartij dient die feiten te bewijzen welke minimaal noodzakelijk zijn om de elementen van de door haar ingeroepen norm welke als grondslag voor haar vordering of verweer dient, als gegeven te kunnen beschouwen.

Deel 2 De bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht

Het eerste hoofdstuk van Deel 2, *hoofdstuk IV*, heeft betrekking op de toepassing van de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling op het terrein van het (voornamelijk buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht. Of er mogelijk uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling bestaan, hetgeen in dit stadium het voorwerp van onderzoek is, kan immers niet zinvol onderzocht worden als niet duidelijk is waartoe de bewijsrisicoverdeling op basis van de hoofdregel zou leiden. Die hoofdregel brengt in beginsel in alle rechtsstelsels met zich dat het aan de eiser is om te bewijzen dat er onrechtmatig gehandeld is, dat dat handelen aan de gedaagde toe te rekenen is en dat door dat handelen schade ontstaan is. Eventuele rechtvaardigingsgronden dienen door de gedaagde bewezen te worden. Een belangrijke uitzondering daarop lijkt zich in Nederland te ontwikkelen doordat het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband meer en meer op de gedaagde

komt te rusten. Dat geschiedt door een extensieve toepassing van de leer dat het bewijsrisico omgekeerd wordt na schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.

De volgende hoofdstukken, *hoofdstuk V tot en met XI*, behandelen de positiefrechtelijke regels van bewijsrisicoverdeling, en met name de eventuele bewijsrisico-omkeringen, op een aantal deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht naar Nederlands, Engels, Frans en Duits recht. Aan de orde komen achtereenvolgens de verkeersaansprakelijkheid, de werkgeversaansprakelijkheid, de productaansprakelijkheid, de beroepsaansprakelijkheid, de aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen, de milieu-aansprakelijkheid en de ongeoorloofde mededinging. Aan het einde van elk van die hoofdstukken wordt een overzicht geboden van de belangrijkste argumenten voor een eventuele verzwaring van aansprakelijkheid en voor een eventuele aanvaarding van een bewijsrisico-omkering. Op een aantal punten worden tevens voorstellen ter verbetering van het geldende recht gedaan.

In *hoofdstuk XII* worden de resultaten uit Deel 2 van het onderzoek op een rij gezet. Daar blijkt dat de volgende argumenten voor een eventuele verzwaring van aansprakelijkheid en voor de bewijsrisicoverdeling van belang zijn:

1. Gevaarzetting: indien een persoon door zijn handelen (extra) gevaren schept, dient dat verdisconteerd te worden indien een ander schade lijdt.
2. Preventie: degene die voorzorgsmaatregelen kan nemen om schade voor een ander te voorkomen, dient bewogen te worden dat ook te doen.
3. Slachtofferbescherming: het 'onschuldige' slachtoffer dient zoveel mogelijk beschermd te worden tegen nadeel dat hem kan overkomen en teruggebracht te worden in de positie zoals hij die voor de gebeurtenis innam.
4. Het 'Gefahrenbereich': degene die in een bepaalde situatie de mogelijkheid tot controle en beheersing heeft, dient die mogelijkheid te benutten op straffe van de toedeling van het bewijsrisico (en veelal aansprakelijkheid).
5. De profijt-gedachte: degene die de lusten van een bepaalde activiteit naar zich toe trekt, moet ook de lasten van die activiteit dragen.
6. De afhankelijkheidsrelatie tussen partijen: de partij die afhankelijk is van de andere partij, dient tegemoet gekomen te worden, teneinde haar sterker te maken.
7. De doorwerking van de grondrechten: privaatrechtelijke normen zijn ondergeschikt aan normen van hogere orde, zoals de grondrechten. Bij een conflict hebben die laatste normen 'voorrang'. Die voorrang dient verdisconteerd te worden in het civiele geding.
8. De informatie-achterstand van één der partijen: indien zo'n achterstand bestaat, is het gewenst die op te heffen om partijen gelijke kansen te bieden.
9. Het opgewekte vertrouwen: mensen kunnen in hun onderlinge relaties niet goed functioneren zonder een gezonde vertrouwensbasis. Dat vertrouwen mag niet beschaamd worden.

10. De verwezenlijking van de materiële norm moet mogelijk blijven: indien een materiële norm zo is opgesteld dat toepassing ervan niet mogelijk is omdat de feiten veelal niet op te helderen zijn, dient er een correctie aangebracht te worden. Indien dat niet zou gebeuren, zou de norm 'leeglopen', een dode letter worden.

Ten aanzien van de factoren bewijsnood, feitelijke bewijsmogelijkheden, waarschijnlijkheid en het bestaan van een verzekering wordt geconcludeerd dat deze voor de verdeling van het bewijsrisico niet die betekenis hebben die daaraan soms wel wordt toegekend.

Deel 3 De theorievorming

Naast de voornoemde argumenten uit het positieve recht, blijken nog enkele meer algemene en meer theoretische noties van belang te zijn voor de verdere theorievorming. Uit de conclusie van *hoofdstuk XIII*, waarin een aantal van de bestaande theorieën over de bewijsrisicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht besproken en gewogen wordt, volgt dat dat de volgende gezichtspunten zijn:
1. Een bewijsrisico-omkering moet naar beide partijen toe gerechtvaardigd kunnen worden.
2. Het mag niet zo zijn dat de verwezenlijking van het materiële recht door de regels van bewijsrisicoverdeling onmogelijk wordt gemaakt.
3. De verdeling van het bewijsrisico is uiteindelijk een toerekeningsvraag.
4. Dat heeft tot gevolg dat het materiële recht en de bewijsrisicoverdeling nauw verbonden zijn.
5. En dat die verdeling afhankelijk is van allerlei argumenten van normatieve aard.
6. De uitzonderingen op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling dienen in algemene en abstracte rechtsregels neergelegd te kunnen worden.

In *hoofdstuk XIV* tracht ik een eigen theorie te formuleren met betrekking tot de mogelijkheid om een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling te aanvaarden. Op basis van de voornoemde argumenten en algemene noties heb ik gepoogd een model op te stellen aan de hand waarvan beslist kan worden of een bewijsrisico-omkering op zijn plaats is of niet. Op basis van de resultaten van het voorgaande, luidt mijn centrale stelling: een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen, met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is, omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.

Het door mij gepropageerde model behelst dan kortweg het volgende. De materiële norm is niet meer te verwezenlijken als aansprakelijkheid op basis van die materiële norm niet te bereiken is vanwege de daarbij spelende bewijsproblemen, indien derhalve van de materiële norm in wezen niet meer dan een 'lege huls' resteert. Bewijsproblemen in de hier bedoelde zin doen zich daarbij alleen voor als er sprake is van *structurele bewijsnood*. Dat is het geval indien het in de meerderheid van de gevallen die in beginsel op materieelrechtelijk niveau onder de materiële norm geschaard zouden kunnen worden, niet tot toepassing van die norm kan komen doordat de feitelijke voorwaarden daarvoor structureel niet te bewijzen zijn.

Dit betekent niet dat de enkele bewijsnood op zichzelf voldoende is voor een bewijsrisico-omkering. Er dient meer aan de hand te zijn. Door het vereiste van structurele bewijsnood, waarin op zich al een beperking gelegen is, wordt bewerkstelligd dat het model alleen toepasselijk is als de materiële norm van zijn gelding, van zijn effectiviteit beroofd wordt. De verwezenlijking van de materiële norm dient in gevaar te zijn alvorens tot toepassing van het model besloten kan worden. De aanname van een bewijsrisico-omkering (en daarmee een verzwaarde vorm van aansprakelijkheid) is derhalve niet steeds mogelijk als zich een bewijsprobleem aandient.

In een aantal gevallen dient aansprakelijkheid echter wel mogelijk gemaakt te worden en daartoe kan de bewijsrisico-omkering ingezet worden (hoewel daar ook materieelrechtelijke en procesrechtelijk alternatieven voor bestaan). Dat is het geval indien aansprakelijkheid of een verzwaring van de bestaande aansprakelijkheid in het voorliggende type van gevallen *wenselijk* is. Of aansprakelijkheid inderdaad wenselijk is, is afhankelijk van de *uitleg* van de materiële norm. Op basis van *het doel en de strekking* van die norm dient tot het oordeel gekomen te worden dat aansprakelijkheid wenselijk is. Aanvaarding van een bewijsrisico-omkering is derhalve afhankelijk van de vraag of het doel en de strekking van de materiële norm nog verwezenlijkt kan worden.

De invulling van het doel en de strekking van de materiële norm wordt bepaald door de argumenten, de materiële 'toerekeningsfactoren', zoals die in het positiefrechtelijk deel zijn gevonden. De argumenten die de bewijsrisicoverdeling bepalen, zijn dus uiteindelijk dezelfde als die welke de aansprakelijkheidsvraag op materieelrechtelijk vlak bepalen. Gezien de invloed van de bewijsrisicoverdeling op de materiële uitkomst van een procedure en de daaruit voortvloeiende nauwe banden tussen bewijsrisico en materieel recht, is het gebruik van materiële argumenten op bewijsrechtelijk niveau niet alleen logisch maar ook geboden. Deze aansluiting bij het materiële recht is tevens geboden, omdat de bewijsrisicoverdeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht een vorm van *toedeling* of toerekening van schade is. Immers, de persoon op wie het bewijsrisico rust, zal veelal ook de

schade moeten dragen. Omdat de uiteindelijke verdeling van het bewijsrisico, via de bepaling van het doel en de strekking van de materiële norm, afhankelijk is van een materieelrechtelijke invalshoek en de bewijsrisicoverdeling tevens een vorm van toerekening van schade is, wordt ook duidelijk dat de vraag naar de bewijsrisicoverdeling zich uiteindelijk oplost in een rechtsvindingsvraag.

In een meer 'schematische' vorm ziet het model er dan als volgt uit. Of de materiële norm niet meer te verwezenlijken is, zodat een bewijsrisico-omkering geïndiceerd is, is afhankelijk van het bestaan van twee voorwaarden:

1. een structureel bewijsprobleem, en;
2. de wenselijkheid van (een verzwaring van) aansprakelijkheid.

Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval een bewijsrisico-omkering aanvaard moet worden, dienen dan de volgende stappen genomen te worden:

a. na uitleg van (doel en strekking van) de materiële norm;
b. wordt getracht die materiële norm zoals uitgelegd toe te passen;
c. indien dan de verwezenlijking van die norm problematisch blijkt te zijn door een structureel bewijsprobleem;
d. maar aansprakelijkheid wenselijk is;
e. dient een bewijsrisico-omkering aanvaard te worden.

In het vervolg van hoofdstuk XIV wordt dit model nader uitgewerkt en beargumenteerd. Verder wordt in literatuur en jurisprudentie gezocht naar aanknopingspunten voor de in het model verwoorde gedachte. Ook wordt het model getoetst aan een aantal vormen van aansprakelijkheid en wordt het geldende recht ingepast in het model. Bovendien wordt de verhouding tussen de verdeling van het bewijsrisico en de bewijsvoeringslast besproken. In de slotparagraaf tracht ik de gevonden resultaten te veralgemeniseren teneinde te bezien of deze theorie wellicht ook buiten het aansprakelijkheidsrecht van belang zou kunnen zijn. Zulks lijkt in bepaalde gevallen mogelijk te zijn.

Summary*

The main objective of this thesis is to establish a theoretical model for possible deviations from the common division of the legal burden of proof within the field of tortious and contractual liability. In order to develop such a model for the Netherlands, it builds on a comparative analysis of Dutch, English, French and German law.

This thesis is divided into three parts. The first part is devoted to introducing the burden of proof and to position it against other parts of procedural law and the law of evidence. Furthermore, the general rule with regard to the division of the burden of proof, which I will call the 'basic principle', is set out. From here on then, the focus of attention lies on the possible exceptions to that basic principle. Part 2 deals with the current state of the law with regard to the legal burden of proof in Dutch, English, French and German liability law. Part 3 concentrates on the existing theoretical models regarding the legal burden of proof and on the development of a new model.

Part 1 Introduction and scope of the subject matter

Chapter I starts with a description of the objective of this research as mentioned above. This objective implies three limitations in the research. Firstly, the research focuses only on tortious and, to a lesser extent, contractual liability. Secondly, the basic principle with regard to the burden of proof will not be questioned; attention is focussed primarily on the exceptions to this rule. Thirdly, the research concentrates on those cases leading to a so-called *non liquet*. A *non liquet* means a situation in which the facts that needed to be proven could not be proved, so that the division of the legal burden of proof turns out to be decisive.

Section 3 of chapter I describes various important terms employed in the remainder of this book, such as the 'aanvullende stelplicht' (the obligation to furnish additional facts), the *non liquet*, the legal burden of proof, the evidential burden of proof, the reversal of the burden of proof, 'tegenbewijs' (counter-proof) and 'tegendeelbewijs' (proof to the contrary). The most important consequence of defining these terms is that I split the term 'burden of proof' into two separate terms, the legal burden of proof and the evidential burden of proof.

Chapter II sets out to demark the legal burden of proof against other parts of the law of evidence and the law of civil procedure. It initially focuses on the

* I wish to thank Aliefka Bijlsma for her help in translating this summary.

growing attention that has lately been given to the process of fact-finding. Although these days there is an increasing number of instruments that stimulate fact-finding, the conclusion must still be that an overall duty to disclose all relevant materials and facts does not yet exist. In this respect, some remarks are made about the recent proposal of the Dutch government to reform the rules of civil procedure. Because of the limited number of sanctions that have been provided for (under both the current law and the proposed future law), I conclude that it is doubtful whether the proposed reform will lead to the goals it sets.

The remainder of chapter II is devoted to the 'aanvullende stelplicht', to the weighing of the evidence by the judge and to the different forms of presumptions. In each instance the conclusion is reached that the existing instruments do not change the division of the legal burden of proof between the parties itself, but merely influence the total number of judicial decisions that have to be reached on the basis of that legal burden of proof.

Chapter III concentrates on the basic principle with regard to the legal burden of proof, which is an almost universal principle. After illustrating the main theoretical aspects of that principle in English, French and German law, I investigate the debate in the Netherlands between those who favour the so-called 'objectiefrechtelijke theorie' (substantive law theory) and those who favour the so-called 'billijkheidsleer' (fairness theory). This brings me to claim that the 'billijkheidsleer' is unfit as a theory with regard to the legal burden of proof.

On the basis of the 'objectiefrechtelijke' theory, the basic principle with regard to the legal burden of proof could be stated in the following terms: Each party is required to prove those facts that form the minimally required factual content of the legal rule upon which the claim or the defence is based.

Part 2 The burden of proof in liability law

The first chapter in Part 2, *Chapter IV*, deals with the application of the basic principle to the legal burden of proof in cases of (tortious) liability law. The reason for this approach is that one cannot fruitfully investigate exceptions (if any) to the common division of the legal burden of proof, which is the subject matter of the research at this point, if one is not aware of the solutions that would be accepted if the basic principle was to be applied. In all systems under investigation, this basic principle leads to the following. The plaintiff has to prove that the defendant was in breach of a duty, that such behaviour can be attributed to the defendant, and that this conduct caused damage to the plaintiff. In his turn, the defendant has to prove his defences to the cause of action. Under Dutch law, an important exception to this seems to be evolving in the field of causation. There, the legal

burden of proof has been shifted to the defendant quite frequently on the basis of an extensive application of the following rule: where it is proven that a so-called traffic norm or a security norm has been breached, the legal burden of proof shifts from the plaintiff to the defendant.

Chapters V to XI describe the current state of the rules concerning the legal burden of proof, and most notably the existing exceptions to the basic principle, on various areas within liability law in the Netherlands, England, France and Germany. The following areas are reviewed: traffic liability, employers' liability, products liability, professional liability, liability for unlawful statements (defamation), environmental liability and 'unlawful interference with trade'. The end of each chapter provides an overview of the most important arguments that could lead to a shift in the division of the legal burden of proof, and thus to a 'stricter' form of liability. On several occasions, I make suggestions for changes in the law.

In *Chapter XII*, the results of Part 2 of this book are assembled. As it turns out, the following arguments may be of importance to a possible shift in the legal burden of proof:

1. Creation of danger: if a person, by his actions, creates an additional risk or danger, such conduct needs to be taken into account when another person suffers damage thereof.
2. Prevention: the person who is able to take protective measures to prevent others from being hurt must be encouraged to be so.
3. Protection of victims: the 'innocent' victim should be protected as much as possible against possible damage, and if damage occurs, he should be put into the position he had before the incident.
4. The 'Gefahrenbereich': the person who is able to control a specific situation should take that opportunity. If not, he could be sanctioned by placing the legal burden of proof on him.
5. Profit: the person receiving the profits from certain activities should also bear the costs of those activities.
6. Dependance on another: the party that is dependent on another should be helped to (partly) overcome this disadvantage.
7. Fundamental rights: private law is not above the fundamental rights acknowledged by society. When in conflict, the latter prevail. This needs to be accounted for in a civil procedure.
8. Lack of information on one side: if present, such a state of affairs should be terminated so as to give both parties equal opportunities.
9. Trust: people need to be able to (at least to a certain extent) trust others in order to function properly. That trust may not be broken without sanction.

10. The realization of the substantive norm should remain possible: if a substantive legal rule is composed such that its application is not possible due to difficulties in proving the necessary facts, an alteration should be made. If this is not done, the rule will become hollow and remain unused.

With regard to such notions as evidential difficulties, factual possibilities to gather proof, the probability of facts and the existence of insurance, the conclusion must be, contrary to that which is sometimes said, that these do not have any bearing on the legal burden of proof.

Part 3 The theory

Next to the arguments mentioned above, stemming from the current state of the law, some more general and theoretical notions seem to be of importance when developing a theoretical model for the division of the legal burden of proof. The following general notions logically follow from the conclusion in *Chapter XIII,* which deals with some theories on the burden of proof in liability law:

1. A shift in the legal burden of proof requires justification towards both parties.
2. The division of the legal burden of proof may not make the realization of the rules of substantive law impossible.
3. The division of the legal burden of proof is, in essence, a matter of who can be held accountable (imputability).
4. As a consequence, the division of the legal burden of proof is closely related to substantive law.
5. From this it follows that the division of the legal burden of proof is dependent on policy arguments.
6. Exceptions to the basic principle with regard to the division of the legal burden of proof should be such that they can be laid down in abstract and general rules of law.

In *Chapter XIV*, I formulate my own theory with regard to the possibility of accepting an exception to the basic principle of the legal burden of proof. Based on the arguments and general notions mentioned above, I develop a model which enables us to decide whether or not a shift in the legal burden of proof is required. On the basis of the research carried out, my main proposition is: a shift in the legal burden of proof is justified in those types of cases in which liability of the defendant is in principle just and fair, considering the applicable substantive legal rule, and that liability cannot be reached, with this consequence that the realization of the purpose of the substantive rule is no longer achievable, because in the majority of those cases a structural form of evidential impossibility is encountered.

My model comes down to this. The substantive legal rule can no longer be realized if, when applying that legal norm, liability cannot be reached due to problems of proof. These problems of proof need to be such that one can state that there is a '*structural evidential impossibility*'. This is the case when in the majority of cases that could, in theory, be solved under the substantive rule involved, that solution is not attainable because the facts that need to be present cannot, on a structural level, be proved.

This does not mean that evidential difficulties as such are sufficient to bring about a shift in the legal burden of proof. More is required. The condition of a 'structural evidential impossibility', which forms a limitation in itself, means that the model will only be applicable if and when the substantive rule loses its effectiveness. The realization of the substantive rule must be at risk before we can consider applying the model. Accepting a shift in the legal burden of proof (and, while doing so, a 'stricter' form of liability) is therefore not possible in every case in which any form of evidential difficulty occurs.

In some of those cases, liability should be attainable, and to reach that goal the legal burden of proof can be used (although there are substantive and procedural alternatives). This is the case when liability or a 'stricter' form of liability in cases of the type at hand is *desirable*. The question whether liability is desirable or not depends on the *interpretation* of the substantive rule. On the basis of the *purpose* of the substantive rule in question, one then has to come to the conclusion that this is the case. Accepting a shift in the legal burden of proof, therefore, depends on the answer to the question whether or not the purpose of the substantive rule can still be realized.

When considering the purpose of the substantive rule, one should look into the arguments (the imputability factors) as found in Part 2 and listed before. The arguments that determine the legal burden of proof are, therefore, in essence the same as those that govern the substantive law on liability. In light of the influence of the legal burden of proof on the outcome of a specific case and the close ties between the legal burden of proof and substantive law, the use of these substantive arguments is not only logical, but also mandatory. Relating the legal burden of proof to the substantive norms is also needed because the division of the legal burden of proof is one of the possible forms of imputing the damage to one of the parties involved. For the person who bears the legal burden of proof will often also suffer the (financial) consequences. From the above, it also follows that the question who bears the legal burden of proof is, in the end, a matter of judicial interpretation.

In skeletal form, the model can be formulated as follows. The question whether the realization of the substantive norm is no longer possible, which would make

a shift in the legal burden of proof necessary, depends on the presence of two conditions:

1. 'a structural evidential impossibility', and
2. the desirability of (a 'stricter' form of) liability.

When deciding whether a shift in the legal burden of proof is to be accepted in a particular case, the decision maker should take the following steps:

a. interpret (the purpose of) the substantive rule;
b. attempt to apply this rule as interpreted;
c. if realization of the substantive rule turns out to be problematic because of a 'structural evidential impossibility';
d. but liability is desirable;
e. a shift in the legal burden of proof is to be accepted.

In the remainder of the chapter, this model is elaborated and defended at a more detailed level. Furthermore, chapter XIV investigates the doctrine and case law for confirmations of the model outlined above, and performs some tests of the model on some forms of liability. Next, detailed attention is given to the relation between the legal burden of proof and the evidential burden of proof. An attempt is also made to fit the current rules of law into the model. In the closing section the scope of the research results is broadened to see whether the model can be of use outside the area of liability law as well. In some instances, this seems to be possible.

Jurisprudentieregister

(verwezen wordt naar paragraafnummers)

Nederland

Hoge Raad

HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 nt. EMM (Batava/Salomonsky) II.2.1; II.3.1; XIV.3.2.7.3
HR 7 januari 1926, NJ 1926, 258 nt. EMM (Zuiderent/Bezemer) II.3.1; II.3.3
HR 11 december 1930, NJ 1931, 738 (M./T.) II.3.3
HR 17 maart 1932, NJ 1932, 918 (Bijlsma/Schoonhoven) I.3; II.4.4
HR 13 maart 1941, NJ 1941, 660 nt. PS (Dogcakesfabriek/Felix) XI.2.1
HR 28 november 1941, NJ 1942, 190 (Pesie/Pesie) IX.3.1
HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 nt. DJV (Bloedproef) II.2.1; II.2.2
HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 nt. Ph.A.N.H. (Thole/Hyster) XI.2.1
HR 29 november 1957, NJ 1958, 31 (Technisch Bureau/Dover) III.4
HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (De Groot/RAGOM) IV.2.2; V.3.3
HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (Gennep/Jac. Hermans) XI.2.1
HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 nt. GJS (Moffenkit) VII.4.5; VII.6
HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 nt. GJS (X./Van der Graaf) II.3.3; III.3.1; IX.2.1.1; XI.2.1.2
HR 28 februari 1969, NJ 1969, 366 nt. DJV (Sirocco/Oldenburger) XI.2.1
HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 nt. GJS (De Brouwer/Van den Besselaar) IV.2.2; V.3.3
HR 18 juni 1971, NJ 1971, 354 (Wickman/Kamphuis) V.2.1
HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker) X.2.2
HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 nt. GJS (Neurotische depressie) IV.2.2
HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 nt. HB (Lekkende kruik I) VII.4.2; VII.4.5
HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463 (Maas/Willems) XI.2.5
HR 21 juni 1974, NJ 1975, 453 nt. GJS (Windmill/Roelofsen) VI.3.3.1
HR 28 juli 1974, NJ 1974, 400 (Kamsteeg's/Chevron) XI.2.2
HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 nt. GJS (Nicolaye/Grooten) IV.2.2; V.3.3
HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509 nt. GJS (Amercentrale) X.3.4; XIV.3.3.8
HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 nt. GJS (Heesters/Schenkelaars) VI.3.5
HR 23 april 1976, NJ 1977, 47 nt. PZ (Van der Meer/Hellinga) III.4
HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 nt. ARB (Securicor) IV.2.2
HR 18 mei 1979, NJ 1979, 480 nt. LWH (Maxis/VBBB) XI.2.1
HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 nt. GJS (Vader Versluis) IX.2.3; VI.3.3.1
HR 7 maart 1980, NJ 1980, 365 (X./Y.) VI.2; VI.3.3.1
HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 nt. CJHB en EAA (Kools/Pensioenfonds voor Huisartsen) II.2.1; II.2.2; II.2.3
HR 22 januari 1982, NJ 1982, 470 nt. PAS (Chemlal/Jaarbeurs) XIV.5.2
HR 26 maart 1982, NJ 1982, 292 (Wenmakers/Smeets) V.3.1; V.3.5
HR 14 mei1982, NJ 1982, 604 (Uniforce/Munewer) XIV.3.2.3; XIV.5.2
HR 18 juni 1982, NJ 1982, 606 nt. PAS (Hurkmans/Schuurink) XIV.3.2.3
HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf) VI.3.1
HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 nt. FHJM (Bahou/Fireco) IV.2.2; VI.3.4
HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya) X.4.4.3; XII.2.9; XIII.3.2; XIV.5.4
HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (De Vries & Zn./Kuijt) VI.3.1
HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 nt. MS (Gemeenteraadslid) IX.2.1.1
HR 28 september 1984, NJ 1985, 245 nt. PAS (Europahuis/Vertommen) XIV.5.3

HR 11 januari 1985, NJ 1985, 352 (Van Laarhoven Assurantiën/Finatabank) II.2.4
HR 15 februari 1985, NJ 1985, 425 (Van de Wardt/Londen & Lancashire) V.3.1
HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Slager q.q./Maas) II.2.1
HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 nt. CJHB (Herrenberg/Het Parool) IX.2.1.1
HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 nt. LWH (Bendien/Verwet) XI.3.1; XI.3.3
HR 12 april 1985, NJ 1986, 809 nt. CJHB (X./Koopman) VIII.4.1.1
HR 20 december 1985, NJ 1986, 231 (Doodkorte/Dane) XIV.3.2.4
HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 nt. CJHB (Van Holsteijn/Groenestein) V.5; XIV.3.3.8
HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 nt. vNH (Holland Nautic/Decca) XI.2.1
HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche) XIV.3.4.6
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsvrouw) IX.4.1
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 nt. PAS (Sweegers Beton/Van den Hout) VI.3.5
HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 nt. MS (Nibourg/Zuidwolde) XIV.3.4.6
HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 nt. EAA (Driessen/Van Gelder) IX.4.1
HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 nt. LWH (Naturistengids) IX.2.2; IX.4.1; IX.4.2
HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 nt. WLH (Timmer/Deutman) II.3.3; IV.2.2; VIII.4.1.2; XIV.3.4.2
HR 4 december 1987, NJ 1988, 370 (Lely Industries NV/Slobbe) VIII.4.1.1
HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 nt. PAS (Vermaat Bakkerijen/Aamar) II.3.1; II.3.3; VIII.4.1.2
HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 nt. CJHB (De Lage Landen/De Borbon-Parma) IX.2.1.1; IX.2.2
HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 nt. LWH (L./De Geillustreerde Pers) IX.4.1
HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426 (Van Buren/ Delfzijl) VI.3.1
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596 (Dolmans/Wouters) II.3.1; II.3.3
HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (Knook/Melchers) XIV.3.2.3; XIV.3.3.8; XIV.3.5.1
HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 nt. CJHB (Halcion) VII.4.2
HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen) VII.1; VII.3.1; VII.3.3; VII.3.4
HR 1 december 1989, NJ 1990, 473 nt. DWFV (Monte Trading/GKN) XI.2.1
HR 23 februari 1990, NJ 1990, 664 nt. DWFV (Hameco/Smith Kline) XI.2.2
HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 nt. PAS (Kacar/Stegeman) III.3.4; XIV.3.2.2; XIV.3.3.8
HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas) VI.3.1; VII.4.5; VII.4.6
HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 nt. PAS (Stormer/Vedox) VI.3.1
HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337 nt. EAA (Trakzel/Amsterdam) VIII.4.1.1; X.4.4.3
HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 607 nt. HJS (Maas/Schijndel) III.3.2
HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Kinderbescherming/Engelen) IV.2.2; V.2.3; V.3.3
HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen) VI.3.1; VI.3.3.1
HR 17 mei 1991, NJ 1991, 464 (NDU/Van Kralingen) IX.2.1.1
HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt) V.2.1; V.2.5
HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 (P./Amsterdam) II.5.3; IV.2.2
HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 nt. JBMV (mr B./H.) VIII.4.1.1
HR 20 september 1991, NJ 1992, 552 nt. JBMV (Tripels/Masson) II.2.1; II.2.3
HR 1 november 1991, NJ 1992, 58 (K./Staat) IX.2.2; IX.4.1; IX.4.2
HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (Cacharel/Geparo) XI.2.1
HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (Cacharel/Trade Max) XI.2.1
HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 nt. J.H. Spoor (MB International/Mattel) XIV.3.3.8
HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA/Vrerink) V.2.5; V.3.5
HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 nt. PAS (Morsink/Nebem) VI.3.5
HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 nt. Ma (Van Waning/Van der Vliet) XIV.3.4.3
HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat) X.4.2
HR 24 april 1992, NJ 1993, 644 nt. CJHB (Staat/Akzo) X.4.2
HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur) V.2.1; V.2.5
HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554 (Mr. Y./Drents-Groningse Pers) IX.3.1
HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 nt. CJHB (Bedrijfsvereninging/Boulogne) XIV.3.4.6
HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713 (Van der Meulen/Hacquebord) II.3.1

HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O.) IV.2.2
HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 770 (K./Eindhoven) III.3.2; VIII.4.1.1; X.4.4.3
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des) VII.2.4; VII.4.2; VII.4.4; X.4.4; XIV.3.2.3; XIV.3.2.5; XIV.3.3.8
HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813 (Centraal Ziekenfonds/Van der Velden) V.3.1
HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 nt. EAAL (Dicky Trading I) VIII.4.2
HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179 (Visser/Maho) III.3.3; III.3.4; XIV.3.2.9
HR 15 januari 1993, NJ 1993, 568 (Puts/Ceha) V.3.1
HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665 nt. PAS (Z./De Tille) III.3.4; XII.2.4
HR 19 maart 1993, NJ 1993, 305 (Scheepers/Ziekenfonds) V.2.1; V.5; XIV.3.3.8
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I) VI.1; VI.3.1; VI.3.3.1; VI.4; X.3.2; XIV.3.2.5; XIV.3.3.8; XIV.5.4
HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 nt. PAS en Ma (Power/Ardross) VI.1; VI.3.1
HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 (Winterthur/Schutter) V.3.1; V.3.4; XIV.3.5.1
HR 24 september 1993, NJ 1994, 227 nt. HER (Beck/Van Wijngaarden) XIV.3.5.1
HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 nt. CJHB (Lekkende kruik III) II.4.2; IV.2.2; VII.4.4
HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108 (Blok/VARA) IV.2.2; IX.2.3; XII.2.9
HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 (V./A.) XII.2.12
HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona) II.5.2; VII.4.2; VII.4.4; VII.4.6
HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 nt. CJHB (Anja Kellenaers) V.2.5
HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 nt. CJHB (Waeyen-Scheers/Naus) IV.2.2
HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 nt. DWFV (Ferdi E.) IX.2.1.1; IX.4.1
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn) III.3.1; XIV.3.4.2
HR 25 maart 1994, NJ 1994, 549 (Van Amersfoort/Waarborgfonds) V.3.1
HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 nt. WH-S (Valkenhorst II) IX.4.1
HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 nt. Ma (Romme/Bakker) III.3.4; XIV.3.2.9; XIV.3.4.3
HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 nt. PAS (Hollander/Wolfard & Wessels) VI.1
HR 9 september 1994, NJ 1995, 113 nt. PAS (Clark/Rentokil) III.4
HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell) X.4.2; X.4.6; X.6
HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (IZA/Waarborgfonds) V.3.5
HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 nt. DWFV (ABN AMRO/Coopag) XI.3.1; XI.3.3
HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 (Gerritse/Notaris V.) VIII.3
HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notaris M./Gerritse) VIII.3
HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.) IX.2.1.1; IX.4.1
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (De Heel/Korver) II.3.3; IV.2.2; IX.2.3
HR 24 maart 1995, NJ 1995, 350 (Brinkman/Movir-DTO UA) I.3; II.4.4
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA) V.2.1; V.2.5
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (Zwolsche Algemeene/Regionaal Ziekenfonds) V.2.5
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 nt. CJHB (Van Keulen/Trias) V.2.5
HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink) VI.3.1
HR 9 juni 1995, NJ 1995, 692 nt. PvS (Finad/Worst) II.5.3; IV.2.2
HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730 (Regionaal Ziekenfonds Groningen/Koetje) IV.2.2; V.3.1; V.3.3
HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 236 (Mierak-Labasti/Stichting Ziekenverpleging Aruba) XIV.3.3.8
HR 17 november 1995, NJ 1996, 144 (Babayigit/NKF) VI.3.1
HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 nt. JdB (J.S/B.S) II.4.2; II.4.3; II.4.6; XII.2.12; XIV.3.1.3
HR 24 november 1995, NJ 1996, 271 (Rust/BAM) VI.3.1
HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.) XII.2.7
HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 nt. DWFV (Decaux/Mediamax) XI.2.1
HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 nt. HER (De Moel/Scherpenzeel) XIV.3.5.1
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II) III.3.4; IV.2.2; VII.2.4; VII.4.4; VIII.3; VIII.4.1.1; IX.2.3; X.3.4; X.4.4.2; XI.3.3; XIV.3.4.2; XIV.5.3
HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfennings/Niederer q.q.) XIV.3.4.3

HR 23 februari 1996, NJ 1996, 395 (Meijburg & Co/Hazewinkel) XIV.3.2.7.2
HR 15 maart 1996, NJ 1996, 435 (Ateliers Belges Réunies/Kuijt) VII.4.2
HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642 nt. PAS (Daalimpex/Heeringa) VI.5
HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 nt. EJD (Van den Biggelaar/Dohmen) IX.6
HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 nt. HJS (De Ruiterij/MBO) II.4.4; III.1
HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 nt. Ma (Pasma q.q./Bewijsrisico.) XIV.3.4.3
HR 20 september 1996, NJ 1996, 747 (Beurskens/B. Notarissen) IV.2.2
HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 nt. PAS (Pollemans/Hoondert) IV.2.2; VI.3.3.1; VI.3.5
HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 147 nt. CJHB (Dijksma/Klaverblad) V.2.1
HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen) II.2.1
HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Kraaiende hanen II) X.2.4
HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 nt. Grosheide (Hertzano/Otto Simon) XI.2.3; XI.2.5
HR 6 december 1996, NJ 1997, 207 (Toering/VAD) I.3; V.3.1
HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans) VII.4.2; VII.4.5
HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits) VI.3.1; VI.3.3.1; XIV.3.3.8
HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 nt. JdB (C./M.) II.2.2; III.3.1; XII.2.10
HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 nt. WMK (Notaris W./W.) II.3.1; II.3.2; II.3.3; V.3.1; VIII.4.1.2; XIII.6; XIV.3.4.2
HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230 (Moerman/Bakker) X.4.4; XIV.4.4
HR 17 januari 1997, NJ 1998, 656 nt. ARB (Miljoenen Zijn Tegen/Covra) X.2.2
HR 18 april 1997, NJ 1997, 510 (Hilligehekken/CVO) VI.3.1
HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 nt. DWFV (M./Bios) IX.4.1
HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611 (Spek/Salon Evelyn) XIV.5.3
HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361 nt. EJD (PDA/Grubben) IX.3.1
HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83 (Hardeman/Motel E3) XIV.5.2
HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 nt. PAS (Bhoelai/Buttner) VI.3.1; VI.3.3.1
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 nt. PAS (Baijings/mr H.) VIII.3; VIII.4.2; XIV.3.2.7.2
HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (Stad Rotterdam Verzekeringen/Zonneveld) II.4.7; III.3.1; III.3.4; V.2.5; V.3.1; V.3.5; XII.2.12; XIV.2; XIV.3.2.2; XIV.3.2.9
HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98 (Oomen/Interpolis) XII.1
HR 7 november 1997, NJ 1998, 268 nt. Ma (Philips/VEB) IX.2.1.1; XI.3.1.1
HR 5 december 1997, NJ 1998, 209 (Wijnings/Klaverblad) V.2.1
HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO) V.2.5; V.5; XII.2.3
HR 5 december 1997, NJ 1998, 401 (Interpolis Schade/Nuts) V.2.5; V.3.1; V.5; XII.2.3
HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 nt. JH (Van Keulen/Trias II) V.2.5; V.5; XII.2.3
HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440 nt. PAS (N./Tribulet) III.3.4; XII.2.4
HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 nt. JBMV (Interforce/Rosier) II.2.1
HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 nt. HJS (Kinetics/Mol) II.2.1; II.2.2; II.2.4; XIV.3.1.3
HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 nt. ARB (B./Staat) XIV.3.4.6
HR 27 februari 1998, NJ 1998, 417 (D.M. K./E.M. K.) IV.2.2
HR 6 maart 1998, NJ 1998, 422 nt. ARB (Interfood/Lycklama à Nijeholt) IV.2.2
HR 1 mei 1998, NJ 1999, 563 nt. HJS (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen) XIV.3.5.1
HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia) IV.2.2; V.2.2; VIII.3; XIV.3.2.7.2
HR 28 mei 1998, NJ 1998, 888 nt. Ma en DWFV (Boterenbrood/MeesPierson) XI.3.1.1; XI.3.1.2
HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817 (Beroepsonderwijs N./B.) VI.3.1
HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 nt. PvS (Coral/Stalt) IV.2.2; XIV.3.2.7.2; XIV.3.4.3
HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 nt. ARB (B./Amsterdam) IV.2.2
HR 19 juni 1998, NJ 1998, 777 (D./S.) XIV.3.2.9
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank) VIII.3
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN Amro Bank) II.3.1; II.4.4; IV.2.2
HR 4 september 1998, NJ 1998, 828 (Waarbroek/H.) III.5; XIV.3.2.7.2; XIV.3.2.9
HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips Lightning) VI.3.5

HR 11 september 1998, NJ 1999, 664 nt. MMM (K./Zorgverzekeraar Oost Nederland) II.2.1
HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM) VI.3.1; VIII.4.2
HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 nt. ARB (Luykx/Bastiaansen) X.2.2; X.2.3
HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/International Shellfish) I.1; III.4; IV.2.2; IX.2.3
HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuisen) VI.3.1; VI.3.5; XI.3.1; XIV.3.2.3; XIV.5.4
HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV (De Schelde/Cijsouw II) VI.1; VI.3.1; X.3.2; XII.2.3
HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 195 nt. ARB (Klaverblad/VGZ) V.3.1; V.3.4; XIV.3.5.1
HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 833 (Middelburg/W.) II.3.3
HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 897 (Van Rhee/INB) III.5
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum) II.4.2; II.4.4; II.4.7
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 nt. ARB (Amev/Staat) II.5.3; IV.2.2
HR 23 oktober 1998, nr. 9080, R97/145 (Peanut Product Processors/De Nederlandse Antillen) II.3.3; III.5; IV.2.2
HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 84 (Assco/Layher) XI.2.1.1; XI.2.5
HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 (Møkster/Wijsmuller) XIV.3.2.7.3; XIV.3.4.3
HR 27 november 1998, NJ 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma) II.3.1; II.3.3; XIV.3.4.3
HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meiling) II.5.3; IV.2.2
HR 4 december 1998, NJ 1999, 547 nt. PAS (Mostert/Group 4 Securitas) II.4.4
HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 nt. WMK (Potharst/Serrée) II.3.3
HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 nt. Ma (Pelco/Sturkenboom) XIV.3.4.3
HR 8 januari 1999, NJ 1999, 320 (De Haas/Autoschade Centrum Breda) XIV.3.1.3
HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark) IX.5; XI.3.1; XI.3.6; XI.5; XII.2.9
HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.) VI.1; VI.3.1; VI.3.4; VI.5
HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (Filipovic/Interpolis Schade) II.2.1; II.3.1; II.3.2; II.4.2; III.3.3; III.3.4; IV.2.2; V.2.1; V.3.1; X.4.2; XII.2.12; XIII.2; XIII.6
HR 26 maart 1999, NJ 1999, 469 (Joekes/NOS) IX.2.1.1
HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 nt. P. Clausing (L/Interpolis Schade) II.4.7
HR 23 april 1999, NJ 1999, 612 (M./T.) IX.2.1.1
HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 nt. JH (B./W.) XII.2.5
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 nt. ARB (Losser/De Vries) IV.2.2
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 614 (H./Stichting Gezondheidszorg) II.5.3; IV.2.2
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 694 nt. HJS (G./L.) I.2.1
HR 17 september 1999, NJ 2000, 50 nt. J.W. Zwemmer (Klaassen q.q./Ontvanger) XII.2.4; XII.2.5; XII.2.12; XIV.3.3.8; XIV.3.5.1
HR 24 september 1999, NJ 1999, 755 (Bleij/Stegman) XIV.3.5.1
HR 1 oktober 1999, NJ 1999, 756 (Van Dijck/Venray) IV.2.2; VIII.4.1.1; XIV.3.4.6
HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780 (Bovoland/Amersfoortse) II.2.1
HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101 nt. ARB (Driessen/Benegas) XI.2.1.1
HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas/Rockwool) VII.4.2; VII.4.5
HR 5 november 1999, NJ 2000, 35 (Verlinden OG/NBM) XIV.3.4.3
HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 nt. PAS (Pratt & Whitney/Franssen) I.3; VII.3.1
HR 10 december 1999, NJ 2000, 6 (M./Prickartz q.q.) XIV.3.4.3
HR 10 december 1999, NJ 2000, 9 (Akin/Steenbakkers) IV.2.2
HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis) VI.3.1; VI.3.3.1
HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 nt. ARB (Castricum/Fatels) XIV.3.4.6
HR 24 december 1999, NJ 2000, 141 (Gemeente W./B.) VIII.4.1.1; X.4.4.4
HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 nt. ARB (Nugteren/Meskes) X.4.4.4
HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 nt. HJS (Gouda/Lutz) IV.2.2; V.2.3; V.3.3
HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (Veldhof/LWS) II.4.2; XIII.3.2; XIV.3.5.1; XIV.3.5.3
HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 nt. CJHB (Van Sas/Interpolis Schade) IV.2.2

HR 21 januari 2000, NJ 2000, 255 (Douay/Te Winkel) II.4.7
HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 61 (News International/ABN AMRO) II.2.1; II.2.2
HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 66 (De Vries/De Boer) II.4.2; XIV.3.2.7.3; XIV.3.3.8
HR 25 februari 2000, NJ 2000, 331 (Ten Tije/OLM) V.2.1; V.5
HR 24 maart 2000, NJ 2000, 342 (AXA/CW Lease) II.4.7
HR 31 maart 2000, NJ 2000, 357 (Alpina/Royal Nederland) I.3; XIV.3.5.1
HR 7 april 2000, RvdW 2000, 100 (Meijering & Benus/Meijer Vastgoed) I.3; II.4.2; XIII.3.2
HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 nt. DWFV (HBS/Danestyle) XI.2.4; XI.3.1.2
HR 21 april 2000, NJ 2000, 564 nt. ARB (De Oude Molen/WZL) II.5.1
HR 28 april 2000, NJ 2000, 411 (De Liagre Böhl q.q./Montedison) XIV.3.4.3
HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde) VI.3.5; XII.2.15; XIV.5.4
HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 nt. ARB (Rouwhof/Eternit) VI.2; VI.3.5; XIV.3.2.3; XIV.5.4
HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 125 (Jansen/Jansen) XII.2.1
HR 26 mei 2000, C98/285, Elro: AA5950 (X./Eneco) XIV.3.2.9
HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155 (Sint Willibrord/V.) III.3.4; IV.2.2; V.2.3; VII.2.4; VII.4.4; VII.6; VIII.3; VIII.4.1.1; IX.2.3; X.3.4; X.4.4.2; XI.3.3; XIV.3.4.2; XIV.4.4; XIV.5.3
HR 30 juni 2000, NJ 2000, 536 (Ermer/ABN Amro Bank) VIII.3
HR 14 juli 2000, RvdW 2000, 177 (Geertesema/HTM) V.2.1; V.3.1; V.3.5; V.5; XII.2.15

Gerechtshof

Hof Den Bosch 25 januari 1927, NJ 1927, 1283 (Smeets/Busch) XI.2.1
Hof Den Haag 29 mei 1941, NJ 1941, 846 (Felix/Dogcakesfabriek) XI.2.1; XII.2.13
Hof Amsterdam 29 maart 1956, NJ 1956, 604 (X./Velsen) IX.2.1.1; IX.2.4
Hof Amsterdam 27 juni 1957, NJ 1958, 104 (Ford/Den Ouden) VII.4.5; VII.6
Hof Amsterdam 10 februari 1970, NJ 1971, 130 (De Bezige Bij/Rijkspostspaarbank) IX.2.2
Hof Den Haag 30 november 1972, NJ 1973, 190 (X./Y.) IX.4.1
Hof Den Haag 13 april 1973, NJ 1973, 439 (Chemproha/Kielliger) VII.4.5
Hof Amsterdam 8 november 1973, NJ 1974, 163 (Lewin/Nak) IX.2.2
Hof Den Bosch 16 april 1974, NJ 1974, 357 (Maaslandgas/De Marco) VII.4.5
Hof Den Bosch 13 november 1979, NJ 1980, 370 (Beatrix/Van Weleveld) VII.4.4; VII.4.5
Hof Amsterdam 23 april 1982, te kennen uit NJ 1984, 803 nt. CJHB (Vara/Leading Succes People) IX.2.4
Hof Amsterdam 10 maart 1983, te kennen uit NJ 1984, 802 (De Telegraaf/A.) IX.2.1.1
Hof Amsterdam 17 november 1983, te kennen uit NJ 1986, 437 (Herrenberg/Het Parool) IX.2.1.1
Hof Arnhem 7 juli 1987, te kennen uit NJ 1990, 652 (Halcion) VII.4.4
Hof Amsterdam 9 juni 1988, BIE 1991, 17 (Auping/CUC) XI.2.1.2
Hof Den Bosch 13 september 1988, NJ 1989, 251 (Kijlstra/Zoontjens) XI.2.1
Hof Den Haag 25 januari 1989, te kennen uit NJ 1992, 542 (Pals/Zwolsche Algemeene) IX.2.1.1
Hof Amsterdam 31 mei 1990, TvGR 1993, 33 (X./WUH) II.2.1; II.2.2
Hof Amsterdam 28 juni 1990, BIE 1991, 70 (Newlong/Fischbein) XI.2.1
Hof Amsterdam 13 september 1990, NJ 1991, 334 (Storms/Stuart) IX.2.2; IX.2.3
Hof Arnhem 28 april 1992, VR 1993, 78 nt. vWvC (Pullen/Royal Nederland) V.3.1
Hof Amsterdam 27 mei 1993, NJ 1993, 682 (ABN AMRO/Coopag) XI.3.4
Hof Amsterdam 26 augustus 1993, te kennen uit NJ 1995, 422 nt. EJD (Het Parool/v. G.) IX.2.1.1
Hof Amsterdam 1 december 1994, NJ 1996, 202 (Van Gend & Loos/X.) IX.2.1.1; IX.2.3
Hof Leeuwarden 21 december 1994, TvC 1995, p. 122 (Zee/Batavus) VII.4.5
Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1995, TvC 1995, p. 207 (W./Hero) VII.4.5
Hof Arnhem 25 april 1995, TvC 1995, p. 213 (Halcion) VII.4.4
Hof Amsterdam 11 mei 1995, TvGR 1998, 22 (J./A.) XIV.3.3.8
Hof Amsterdam 16 november 1995, te kennen uit NJ 1997, 661 (M./Bios) IX.4.1
Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (Wever/De Kraker) VIII.4.2

Hof Arnhem 27 februari 1996, TMA 1996, p. 62 (Eternit/Rouwhof) VI.3.3.1
Hof Amsterdam 29 februari 1996, NJ 1997, 127 (Sigma/Bouman) II.2.1; II.2.2
Hof Amsterdam 21 maart 1996, NJ 1998, 355 (First Leisure Holland/Van Ammers) III.5
Hof Amsterdam 26 september 1996, NJ 1999, 184 (Wijsmuller/Jongepier q.q.) II.5.1
Hof Leeuwarden 12 maart 1997, VR 1998, 9 (A./Woudsend) V.2.2
Hof Amsterdam 27 maart 1997, te kennen uit NJ 1999, 469 (Joekes/NOS) IX.2.1.1
Hof Den Haag 18 september 1997, te kennen uit NJ 1999, 612 (M./T.) IX.2.1.1
Hof Den Bosch 8 oktober 1997, te kennen uit NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool) X.4.4.2; X.4.4.3
Hof Leeuwarden 28 januari 1998, NJ 1998, 790 (Tolsma/FBTO) V.2.1
Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998, 48 (A./AMC) VIII.3
Hof Leeuwarden 18 maart 1998, NJ 1998, 867 (Tetra Werke/Kuiper) VII.4.2
Hof Den Haag 18 augustus 1998, nr. 98/0792 (Heesbeen/Van Buuren-van Swaay) VI.3.3.1; VI.3.3.2; XIV.3.4.7
Hof Amsterdam 27 augustus 1998, VR 1999, 67 (Steifensand/Vos) VII.4.2
Hof Den Haag 27 oktober 1998, JOR 1999, 61 (De Groot/Leegwater) XIV.3.4.3
Hof Leeuwarden 23 december 1998, NJ 2000, 42 (Garage West/Bouma) VIII.4.3
Hof Arnhem 16 februari 1999, NJ 2000, 165 (Staat/Joontjes) X.4.2
Hof Den Bosch 31 mei 1999, KG 1999, 266 (Staat/De Goey) VII.4.4; X.4.4
Hof Leeuwarden 14 juli 1999, NJ 2000, 80 (Poelman/Sanders) X.2.2
Hof Leeuwarden 1 december 1999, NJ 2000, 469 (A./B.) II.4.7

Arrondissementsrechtbank

Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 (X./Y.) VIII.3
Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33 (Moot/Kuiper) XIV.3.1.3
Rb. Breda 31 januari 1961, NJ 1961, 385 (Bahmuller/Merck's) XI.2.1.2
Rb. Rotterdam 13 november 1963, NJ 1964, 77 (Verkade/Kunstmestfabriek) X.4.4
Rb. Alkmaar 17 april 1969, VR 1972, 36 (Grobbe/Dik) V.2.1
Pres. Rb. Amsterdam 28 juli 1969, NJ 1969, 392 (Nedigepha/CSM) XI.2.1
Pres. Rb. Utrecht 9 april 1973, NJ 1973, 392 (Rakona/Industriebond NVV) IX.2.1.1
Pres. Rb. Amsterdam 11 september 1974, NJ 1975, 77 (Ajax/Remmers) IX.2.1.1
Pres. Rb. Amsterdam 31 mei 1979, BIE 1981, 17 (Bugamor/Oedip Cerem) XI.2.1.1
Rb. Rotterdam 4 januari 1980, NJ 1980, 597 (Havenbedrijven/Schuiten) VI.3.1
Rb. Dordrecht 4 september 1980, NJ 1981, 200 (Adidas/Pony) XI.3.5
Rb. Amsterdam 18 september 1980, NJ 1981, 198 (Consumentenbond/Dirk van den Broek) XI.3.2
Pres. Rb. Rotterdam 7 juli 1982, KG 1982, 120 (Tredis/Shell) XI.3.1
Pres. Rb. Amsterdam 25 november 1982, KG 1982, 216 (X./De Telegraaf) IX.2.1.1
Pres. Rb. Haarlem 13 april 1984, KG 1984, 160 (VBBB/Vomar) XI.2.1.2
Pres. Rb. Roermond 1 mei 1984, KG 1984, 151 (Lekkerland/Vecata) XI.2.1
Rb. Den Haag 1 februari 1985, NJ 1986, 635 (Nederpel/Van der Hoeven) X.4.6
Rb. Rotterdam 4 april 1986, BIE 1990, 54 (Molnlycke/Vergalex) XI.2.3
Pres. Rb. Amsterdam 25 september 1986, KG 1986, 441 (v. L./Nieuws van de Dag) IX.2.1.1
Rb. Haarlem 26 mei 1987, KG 1987, 296 (Kat-Jackson/Van Gelder) XI.3.1
Rb. Den Haag 31 oktober 1990, IER 1990, 68 (BAT/Stivoro) XI.3.1.2
Pres. Rb. Amsterdam 6 november 1991, BIE 1993, 68 (DDKA/Tested Design) XI.2.2
Rb. Haarlem 18 februari 1992, NJ 1993, 521 (Konsumenten Kontakt/Forbo Krommenie) VII.4.6
Rb. Haarlem 7 april 1992, te kennen uit NJ 1996, 7 (Meuldijk/Spaarnestad) IX.2.1.1; IX.2.3
Rb. Zwolle 2 december 1992, NJ 1995, 56 (Van der Moere Software BV/Visschers) VIII.3
Pres. Rb. Utrecht 16 april 1993, KG 1993, 223 (UMMON/NCB) IX.2.1.1
Pres. Rb. Maastricht 23 februari 1994, KG 1994, 99 (Bijsmans/Dautzemberg) IX.2.1.1; XI.2.1
Pres. Rb. Utrecht 9 mei 1996, TMA 1996, p. 124 (Reijrink/Jongeneel) VI.3.1; VI.3.5
Pres. Rb. Maastricht 28 januari 1998, KG 1998, 81 (Van M./De Limburger) IX.2.1.1
Pres. Rb. Den Haag 25 juni 1998, IER 1998, 34 (Dior/Tuk) XI.2.1.2

Pres. Rb. Utrecht 4 augustus 1998, BIE 1999, 25 nt. JK (RTS/Sybase) XI.3.1.1
Rb. Amsterdam 16 september 1998, NJ 1999, 439 (X./Lektuurbedrijven) IX.4.1
Rb. Arnhem 17 september 1998, NJ 1999, 461 (AKZO Nobel/Van Dokkum) VI.2
Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406 (A./X.) II.4.5
Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 440 (Huibregtsen/De Volkskrant) IX.2.1.1
Rb. Middelburg 23 december 1998, JAR 1999, 113 (Weststrate/De Schelde) VI.3.3.1; VI.3.3.2; XIV.3.2.3; XIV.3.4.7
Rb. Rotterdam 7 januari 1999, NJkort 1999, 24 (RDM/Van Veelen) III.3.2; VI.3.5
Rb. Utrecht 13 januari 1999, NJkort 1999, 30 (Theuns-Jacobs/Rabobank) VIII.4.1.1
Rb. Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621 (S./Sanquin) VII.2.2; VII.2.6
Pres. Rb. Den Haag 22 juli 1999, KG 1999, 223 (Allergan/Ipsen) II.4.4; XI.3.1.2
Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999, KG 1999, 282 (Productschap Vis/AXA) XI.2.1.2
Rb. Amsterdam 1 december 1999, Mediaforum 2000, nr. 18 (Alberti/Story) IX.2.1.1; IX.2.2; IX.6
Pres. Rb. Amsterdam 9 december 1999, KG 2000, 18 (V./M.) II..2.1
Pres. Rb. Utrecht 4 januari 2000, KG 2000, 60 (Hans Anders/Pearle) XI.3.1.1; XI.3.3; XI.3.6
Rb. Den Haag 2 februari 2000, NJkort 2000, 54 (A.M./AZL) VIII.3
Pres. Rb. Amsterdam 22 mei 2000, KG 2000, 129 (Bakker/WOL) II.2.1

Kantongerecht

Ktg. Middelburg 22 juli 1996, TMA 1996, p. 127 (Wijkhuisen/De Schelde) VI.3.5
Ktg. Rotterdam 7 oktober 1997, JAR 1997, 238 (Van Veelen/RDM) VI.3.5
Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJkort 1999, 35 (Schaier/De Schelde) VI.3.3.2

Engeland

Allied Maples Group v. *Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602 IV.2.3
Artistic Upholstery Ltd v. *Art Forma (Furniture) Ltd* [1999] 4 All ER 277 XI.2.1.1; XI2.1.2; XI.2.2; XI.2.4
Barkway v. *South Wales Transport Co Ltd.* [1950] 1 All ER 392 II.5.2; V.2.1; V.2.5; VI.3.1
Baxter v. *Camden London Borough Council* [1999] 1 All ER 237 X.2.6
Bennet v. *Chemical Construction Ltd.* [1971] 1 WLR 1571 VI.3.1
Bonnington Castings Ltd. v. *Wardlaw* [1956] 1 All ER 615 IV.2.3; VI.3.1; VI.3.3.1; VII.4.4
Brady v. *Group Lotus Cars plc* [1987] 3 All ER 1050 I.3; II.4.3; III.2.1
British Telecommunications plc v. *One In A Million Ltd* [1998] 4 All ER 476 XI.2.1.1
Brown v. *Rolls Royce, Ltd.* [1960] 1 All ER 577 I.3; IV.2.3; VI.3.1
Bryce v. *Swan Hunter Group* [1988] 1 All ER 659 VI.3.3.1; VI.4
Byrne v. *Boadle*, 159 Eng. Rep. 299 (Ex. 1863) II.5.2
Cambridge Water Co Ltd v. *Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53 X.2.2; X.3.2; X.3.4; X.4.2
Caparo Industries plc v. *Dickman* [1990] 1 All ER 568 VII.4.3
Cassel & Co Ltd. v. *Broome* [1972] 1 All ER 801 IX.2.2
Caswell v. *Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1939] 3 All ER 722 VI.3.1; VI.3.3.1; VI.3.5
Charleston v. *News Group Newspapers Ltd.* [1995] 2 All ER 313 IX.2.1.1
Chief Adjudication Officer v. *Faulds* [2000] 2 All ER 961 VI.2
Clark v. *MacLennan* [1983] 1 All ER 416 III.2.1; VII.2.4; VIII.4.2
Clarkson v. *Modern Foundries Ltd.* [1958] 1 All ER 33 VI.3.3.1; VI.3.3.2
Colvilles Ltd. v. *Devine* [1969] 2 All ER 53 II.5.2
Corporacion Nacional del Cobre de Chile v. *Sogemin Metals Ltd.* [1997] 2 All ER 917 XI.3.5
Derbyshire C.C. v. *Times Newspapers Ltd.* [1993]1 All ER 1011 IX.2.1.1; IX.2.5
Dickinson v. *Minister of pensions* [1952] 2 All ER 1031 III.2.1

Dimond v. *Lovell* [2000] 2 ALL ER 897 XIV.3.1.3
Dingley v. *Chief Constable of Strathclyde Police* [2000] UKHL 14 II.4.3; V.2.3
Dixon v. *Cementation Company Ltd.* [1960] 1 WLR. 746 VI.3.1
Donoghue v. *Stevenson* [1932] A.C. 562 VII.4.2; VII.4.4; VII.4.6
Downs v. *Chappel* [1996] 3 All ER 344 IV.2.3; XI.3.1.2; XI.3.3
Ellor v. *Selfridge & Co Ltd.* [1930] T.L.R. 236 V.2.1
Erven Warnink BV v. *J. Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] 2 All ER 927 XI.2.1; XI.2.5
Esso Petroleum Co Ltd v. *Southport Corporation* [1955] 3 All ER 864 X.4.2
Fitzgerald v. *Lane* [1988] 2 All ER 961 V.2.1; V.2.5
Fowler v. *Lanning* [1959] 1 All ER 290 III.2.1; V.2.1
Gardiner v. *Motherwell Machinery and Scrap Co Ltd.* [1961] 3 All ER 831 VI.3.3.1
Godfrey v. *Demon Internet Ltd.*[1999] 4 All ER 342 IX.2.1.1; IX.2.5
Goodes v. *East Sussex CC* [2000] 3 All ER 603 XII.2.10
Grant v. *Australian Knitting Mills* [1936] A.C. 85 VII.4.2
Hedley Byrne & Co. Ltd. v. *Heller & Partners Ltd.* [1963] 2 All ER 575 VII.4.3
Henderson v. *Henry E. Jenkins & Sons* [1969] 3 All ER 756 I.3; V.2.1; V.2.5
Henderson v. *Merret Syndicates Ltd.* [1994] 3 All ER 506 VII.4.3
Holtby v. *Brigham & Cowan (Hull) Ltd.* [2000] 3 All ER 421 VI.3.3.2
Home Office v. *Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294 V.2.1; XI.2.1.1; XI.2.2
Hornal v. *Neuberger Products Ltd.* [1956] 3 All ER 970 XI.3.1
Hotson v. *East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909 II.4.3; III.2.1; IV.2.3; VIII.2
Howard Marine & Dredging Co Ltd. v. *A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.* [1978] 2 All ER 1134 XI.3.5
Hunter v. *Canary Wharf Ltd.* [1997] 2 All ER 426 X.2.2; X.2.3
Huyton-with-Roby Urban District Council v. *Hunter* [1955] 2 All ER 398 I.1; I.3; II.4.1
John v. *MGN Ltd.* [1996] 3 WLR 593 IX.2.2
Jolley v. *Sutton London BC* [2000] 3 All ER 409 IV.2.3
Jones v. *Great Western Railway Co* (1930) 4 T.L.R. 39 II.5.2; IV.2.3
Joseph Constantine Steamship Line, Ltd. v. *Imperial Smelting Corporation, Ltd.* [1941] 2 All ER 165 III.2.1; III.2.2; XIV.3.3.9
Joyce v. *Sengupta* [1993] 1 All ER 897 IX.2.1.1; IX.2.2; IX.2.5
Kay v. *Ayshire and Arran Health Board* [1987] 2 All ER 417 VI.3.3.1; VII.2.4
Kent v. *Griffiths* [2000] 2 All ER 474 IV.2.3
Khodaparast v. *Shad* [2000] 1 All ER 545 IX.2.2
Larner v. *British Steel plc* [1993] 4 All ER 102 VI.3.1; VI.3.5
Malik v. *Bank of Credit* [1997] 3 All ER 1 IX.2.1.1
McGhee v. *National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008 III.2.1; IV.2.3; V.2.3; VI.3.3.1; VII.2.4; VIII.4.4.1
Merkur Island Shipping Corp. v. *Laughton* [1983] 2 All ER 189 XI.2.1
Moore v. *R. Fox & Sons* [1956] 1 All ER 182 II.2.2; VI.3.1
Morgan Crucible Co plc v. *Hill Samuel Bank* [1990] 3 All ER 330 VIII.3
Morris v. *London Iron and Steel Co Ltd* [1987] 2 All ER 496 III.2.1
Murphy v. *Brentwood District Council* [1990] 2 All ER 908 VII.4.3
Ng Chun Pui v. *Lee Chuen Tat* [1988] RTR 298 II.5.2; V.2.1
Nimmo v. *Alexander Cowan & Sons, Ltd.* [1968] A.C. 107 VI.3.5; XIV.3.2.5; XIV.3.2.6; XIV.3.3.9
Owens v. *Brimmel* [1976] 3 All ER 765 V.2.5
Page v. *Smith* [1995] 2 WLR 644 V.2.1
Page v. *Smith (no. 2)* [1996] 1 WLR 855 IV.2.3; V.2.3; VI.3.3.1
Pickford v. *ICI* [1998] 3 All ER 462 I.1; VI.3.1; V.3.3.1
Powell v. *Fall* [1880] 5 Q.B.D. 597 V.5
R v. *National Insurance (Industrial Injuries) Commissioner* [1958] 2 All ER 689 VI.2
Rantzen v. *Mirror Group Newspapers Ltd.* [1993] 4 All ER 975 IX.2.2
Read v. *Lyons* [1947] A.C. 156 X.3.2; X.3.3

Re H and Others (minors) (sexual abuse: standard of proof) [1996] 1 All ER 1 II.4.3; III.2.1
Reynolds v. *Times Newspapers Ltd.* [1998] 3 All ER 961 IX.2.1.1; IX.2.5; IX.3.5
Reynolds v. *Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609 IX.1; IX.2.1.1; IX.2.2; IX.2.5; IX.3.5; IX.6
Rhesa Shipping Co SA v. *Edmunds (The Popi M)* [1985] 2 All ER 712 II.4.3; III.2.1
Rylands v. *Fletcher* (1866) L.R. 1 Ex. 265 V.2.1; X.3.2
Rylands v. *Fletcher* (1866) L.R. 3 H.L. 330 V.2.1; X.3.2
Smith v. *Barking, Havering and Brentwood Health Authority* [1994] 5 Med LR 285 VIII.4.1.1
Southwark BC v. *Mills* [1999] 4 All ER 449 X.2.2; X.2.6
Spring v. *Guardian Assurance plc* [1994] 2 All ER 129 VII.4.3; IX.2.1.1; IX.2.4; IX.2.5
Swan v. *Salisbury Construction Co Ltd.* [1966] 2 All ER 138 VI.3.1
Telnikoff v. *Matusevitch* [1991] 4 All ER 817 IX.3.5
Thompson v. *Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* [1984] 1 All ER 881 VI.3.1; VI.3.3.1; VI.3.3.2; XIV.3.2.3
Tsikata v. *Newspaper Publishing plc* [1997] 1 All ER 655 IX.2.1.1
Walker v. *Northumberland CC* [1995] 1 All ER 737 VI.3.1
Ward v. *Tesco Stories Ltd.* [1976] 1 All ER 219 II.5.2
Wauchope v. *Mordecai* [1970] 1 All ER 417 III.2.1; V.2.1
White v. *Jones* [1995] 1 All ER 691 VII.4.3; VIII.3
Williams v. *Natural Life Health Foods Ltd. and Mistlin* [1998] 2 All ER 577 VII.4.3
Wilsher v. *Essex Health Authority* [1988] 1 All ER 871 III.2.1; IV.2.3; VI.3.3.1; VII.2.4
Wing v. *L.G.O.C.* [1909] 2 K.B. 652 V.2.1

Frankrijk

Cour de Cassation

Civ. 2e, 5 juin 1971, D. 1971, Somm.. 191 VII.4.2
Civ. 1re, 18 juillet 1972, Bull. Civ. II, no. 189 VII.4.2
Com, 3 octobre 1978, D. 1980, Jur. 55 XI.2.1
Crim, 4 décembre 1978, D. 1979, IR 180 XI.3.1
Civ. 1re, 9 oktobre 1979, RTD Civ. 1980, 354 (obs. Durry) VII.3.2
Civ. 1re, 28 novembre 1979, D. 1985, Jur. 485 (note Huet) VII.3.6
Civ. 1re, 20 mai 1981, D. 1983, Jur. 289 (note Devèze) II.5.1; III.2.2; III.2.3; XIV.3.2.4; XIV.3.2.9
Civ. 1re, 25 mai 1983, D. 1984, Somm. 460 (note Penneau) IV.2.4
Civ. 1re, 16 mai 1984, D. 1985, Jur. 485 (note Huet) VII.3.6
Com, 17 octobre 1984, D. 1985, IR 383 (note Serra) XI.2.4
Com, 7 novembre 1984, D. 1985, IR 383 (note Serra) XI.2.1
Civ. 1re, 29 octobre 1985, D. 1986, IR 340 (note Serra) XI.2.1
Civ. 2e, 28 mai 1986, D. 1987, Jur. 160 (note Groutel) V.2.1
Civ. 2e, 9 juillet 1986, D. 1987, Jur. 1 (note Groutel) V.3.5
Civ. 2e, 21 juillet 1986, D. 1987, Chron. 3-4 (annexe) V.2.1
Civ. 1re, 17 mai 1988, RTD Civ. 1989, 83 (obs. Jourdain) VII.3.4
Civ. 2e, 29 juin 1988, D. 1988, IR 213-214 IX.2.5
Civ. 2e, 30 novembre 1988, RTD Civ. 1989, 323 (obs. Jourdain) VII.4.2
Civ. 3e, 3 mai 1989, D. 1990, Jur. 117 (note Tournafond) VII.3.2
Civ. 2e, 21 mai 1990, D. 1991, Jur. 123 (note Aubert) V.2.1
Com., 6 novembre 1990, D. 1992, Somm. 49 (note Serra) XI.2.4
Soc, 22 novembre 1990, D. 1991, 263 (note Saint-Jours) VI.3.5
Civ. 1re, 28 mai 1991, D. 1992, Jur. 213 (note Kayser) IX.4.1

Civ. 1re, 11 juin 1991, D. 1993, Somm. 241 (note Tournafond)	VII.3.2
Soc, 27 juin 1991, D. 1992. 39 (note Saint-Jours)	VI.2
Civ. 2e, 5 février 1992, D. 1992, Jur. 442 (note Burgelin)	IX.2.5
Com, 27 octobre 1992, IIC 1995, p. 113 (note Szönyi)	XI.2.1
Com, 1 décembre 1992, D. 1993, Somm. 237 (note Tournafond)	VII.3.2
Civ. 1re, 2 décembre 1992, D. 1993, Somm. 241 (note Tournafond)	VII.3.2
Civ. 1re, 5 mai 1993, D. 1993, 506 (note Bénabent)	VII.3.2
Civ. 1re, 20 octobre 1993, D. 1994, Jur. 594 (note Picod)	IX.4.1
Civ. 2e, 19 janvier 1994, D. 1995, Somm. 268 (note Massis)	IX.2.1.1; IX.3.1
Civ. 2e, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 264 (note Dupeux)	IX.2.1.1
Soc, 11 octobre 1994, D. 1995, Jur. 440 (note Radé)	VI.3.1
Com, 18 octobre 1994, D. 1995, Somm. 261 (note Serra)	XI.2.1
Crim, 29 novembre 1994, JCP 1995, éd. G., IV, 644	IX.2.1.1; IX.2.5
Civ. 1re, 17 janvier 1995, D. 1995, Jur. 350 (note Jourdain)	VII.3.2; VII.4.2
Com, 7 février 1995, D. 1997, Somm. 105 (note Picod)	XI.2.1
Civ. 1re, 28 mars 1995, D. 1995, Jur. 517 (note Huet)	I.1; II.5.2
Crim, 5 avril 1995, JCP 1995, éd. G., IV, 1695	XI.3.1
Crim, 16 mai 1995, D. 1995, IR 181	IX.2.1.1
Civ. 2e, 17 mai 1995, D. 1997, Somm. 67 (note Bigot)	IX.2.1.1
Soc, 12 octobre 1995, JCP 1996, éd. G., II, 22568 (note Saint-Jours)	VI.2
Ass. plén., 10 novembre 1995, JCP 1996, éd. G., II, 22564 (note Viney)	V.2.5
Civ. 2e, 18 décembre 1995, D. 1997, Somm. 67 (note Bigot)	IX.2.1.1
Civ. 2e, 24 janvier 1996, D. 1997, Somm. 30 (note Mazeaud)	V.2.3
Civ. 2e, 24 janvier 1996, D. 1997, Jur. 268 (note Ravanas)	IX.2.1.1
Com, 27 février 1996, D. 1997, Somm. 104 (note Serra)	XI.2.2
Civ. 1re, 6 mars 1996, D. 1997, Jur. 7 (note Ravanas)	IX.4.1
Civ. 1re, 26 mars 1996, D. 1997, Jur. 35, 1re espèce (note Roche-Dahan)	IV.2.4
Com, 9 avril 1996, D. 1997, Somm. 26 (note Mazeaud)	XI.2.1.2
Civ. 2e, 16 avril 1996, D. 1997, Somm. 31 (note Jourdain)	IV.2.4
Soc, 5 juin 1996, D. 1997, Somm. 25 (note Delebecque)	IV.2.4
Civ. 1re, 15 octobre 1996, D. 1997, Somm. 287 (note Jourdain)	VII.3.2
Civ. 1re, 5 novembre 1996, JCP 1997, éd. G., II, 22805 (note Ravanas)	IX.4.1; IX.4.2; IX.4.3
Civ. 1re, 5 novembre 1996, D. 1997, Somm. 348 (note Tournafond)	VII.3.2
Civ. 3e, 27 novembre 1996, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 54	X.2.5; X.2.6
Civ. 2e, 19 février 1997, D. 1997, Jur. 384 (note Radé)	V.2.3
Civ. 2e, 19 février 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 154	IV.2.4
Civ. 1re, 25 février 1997, JCP 1997, éd. G., IV, 881	VII.3.2
Civ. 1re, 25 février 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 148	IX.4.1
Civ. 2e, 5 mars 1997, D. 1998, 474 (note Ravanas)	IX.4.1
Ch. mixte, 28 mars 1997, D. 1997, Jur. 294 (note Groutel)	V.3.5
Civ. 2e, 2 avril 1997, Resp. Civ. et Ass. 1997, no. 226	V.2.1
Com, 29 avril 1997, D. 1997, Jur. 459 (note Serra)	XI.2.1
Civ. 2e, 6 mai 1997, D. 1997, Jur. 503 (note Groutel)	V.3.5
Soc, 28 octobre 1997, D. 1998, Jur. 219 (note Radé)	VI.2; VI.3.1
Civ. 1re, 18 novembre 1997, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 63	VII.3.2
Civ. 2e, 14 janvier 1998, D. 1999, Jur. 134 (note Tavieaux-Moro)	IX.2.5
Civ. 2e, 28 janvier 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 118 (note Groutel)	V.2.1
Civ. 1re, 3 mars 1998, D. 1999, Jur. 36 (note Pignarre et Brun)	VII.3.2
Civ. 2e, 18 mars 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 190	V.2.5
Civ. 1re, 28 avril 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 246	VII.3.2
Civ. 2e, 13 mai 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 264	IX.2.1.1
Civ. 2e, 27 mai 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 270 (note Groutel)	V.2.1
Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 271	V.3.1

Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 309 (note Groutel) V.2.5
Civ. 2e, 24 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 316 IX.2.1.1
Civ. 2e, 25 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 306 V.3.5
Civ. 3e, 30 juin 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 344 X.2.2; X.2.4
Civ. 1re, 16 juillet 1998, Resp. Civ. et Ass. 1998, no. 391 VII.3.2
Civ. 1re, 7 octobre 1998, D. 1999, Somm. 263 (note Jourdain) XI.3.1.1
Civ. 2e, 5 novembre 1998, D. 1999, Jur. 256 (note Mouly) V.2.1
Civ. 1re, 5 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 71 VII.3.2; VII.4.2
Civ. 2e, 14 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 68 X.2.2
Civ. 2e, 28 janvier 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 107 IX.2.1.1
Civ. 2e, 11 février 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 101 X.2.2
Soc, 18 février 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 257 VI.3.1
Civ. 2e, 18 mars 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 173 V.2.1
Civ. 2e, 6 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, 230 (2e espèce) IX.2.1.1
Civ. 1re, 11 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 268 VII.3.2
Civ. 1re, 26 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 269 VII.3.4
Civ. 2e, 27 mai 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 249 IV.2.4
Civ. 1re, 15 juillet 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 337 VII.3.2
Civ. 2e, 7 octobre 1999, Resp. Civ. et Ass. 1999, no. 359 X.2.2
Civ. 2e, 6 janvier 2000, Resp. Civ. et Ass. 2000, no. 80 V.2.1
Civ. 2e, 20 janvier 2000, D. 2000, IR 53 V.2.5
Civ. 2e, 27 janvier 2000, Resp. Civ. et Ass., no. 109 V.2.3
Civ. 2e, 24 février 2000, Resp. Civ. et Ass. 2000, no. 152 V.2.1

Cour d'appel

CA Paris, 26 avril 1983, D. 1983, Jur. 376 (note Lindon) IX.4.2
CA Pau, 22 mai 1985, D. 1986, IR 339 (note Serra) XI.2.2
CA Paris, 29 avril 1986, D. 1987, Somm. 264 (note Serra) XI.3.1
CA Versailles, 9 juin 1986, D. 1987, Somm. 263 XI.2.1
CA Grenoble, 9 février 1987, D. 1987, Jur. 245 (note Chabas) V.2.5
CA Paris, 27 janvier 1988, D. 1988, IR 56 IX.2.5
CA Riom, 6 juin 1990, D. 1992, Somm. 47 (note Izorche) XI.3.1
CA Versailles, 21 mars 1991, D. 1992, Somm. 55 (note Izorche) XI.3.1
CA Paris, 14 décembre 1993, D. 1995, Somm. 272 (note Bigot) IX.2.5
CA Nîmes, 3 mars 1994, JCP 1995, éd. G., II, 22492.(note Bories) IV.2.4
CA Paris, 22 mars 1994, D. 1995, Somm. 273 (note Bigot) IX.2.5
CA Paris, 10 mai 1994, D. 1995, Somm. 272 (note Bigot) IX.2.5
CA Paris, 22 juin 1994, D. 1995, Somm. 273 (notte Bigot) IX.2.5
CA Paris, 27 mars 1996, D. 1997, Somm. 99 (note Serra) XI.2.1
CA Paris, 17 septembre 1997, D. 1998, Jur. 432 (note Mallet-Poujol) IX.2.1.1
CA Versailles, 16 janvier 1998, D. 1999, Somm. 168 (note Bigot) IX.2.2
CA Paris, 6 mars 1998, D. 1999, Somm. 166 (note Massis) IX.2.1.1; IX.4.1
CA Paris, 29 avril 1998, D. 1999, Somm. 99 (note Izorche) XI.2.2; XI.2.3
CA Paris, 10 février 1999, D. 2000, Jur. 226 (note Mallet-Poujol) IX.2.5
CA Versailles, 11 mars 1999, D. 1999, IR 124 VIII.3

Tribunal de grande instance

TGI Nanterre, 21 juillet 1993, D. 1995, Somm. 269 (note Massis) IX.2.1.1
TGI Paris, 3 mars 1994, D. 1995, Somm. 272 IX.2.1.1; IX.2.5
TGI Avignon, 25 septembre 1997, D. 1999, Somm. 161 (note Bigot) IX.2.5

Tribunal des affaires de sécurité sociale

TASS Saint-Lo, 9 novembre 1995, D. 1996, 271 (note Saint-Jours) VI.2

Duitsland

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 14-2-1973, BVerfGE 34, 269 IX.4.2
BVerfG 25-7-1979, NJW 1979, 1925 III.2.3; XII.2.9; XIII.3.2; XIV.3.1.3; XIV.3.2.2
BVerfG 3-6-1980, NJW 1980, 2070 IX.2.1.1; IX.2.5; IX.4.1; XII.2.9; XIV.3.2.7.4
BVerfG 26-6-1990, NJW 1991, 95 IX.2.1.1
BVerfG 9-10-1991, NJW 1992, 1439 IX.2.1.1
BVerfG 9-10-1991, NJW 1992, 1442 IX.3.1
BVerfG 12-11-1997, NJW 1998, 519 XIV.3.2.3; XIV.3.2.8; XIV.3.2.9
BVerfG 14-1-1998, VersR 1998, 774 IX.2.1.1
BVerfG 26-5-1998, NJW 1998, 3264 X.4.3
BVerfG 10-11-1998, NJW 1999, 1322 IX.2.1.1; IX.3.1; IX.4.1
BVerfG 23-2-2000, VersR 2000, 778 IX.2.1.1; IX.4.1
BVerfG 8-3-2000, VersR 2000, 897 IX.4.2; IX.6

Reichsgericht

RG 19-1-1920, RGZ 98, 58 IV.2.5
RG 8-12-1922, RGZ 105, 422 XIV.3.1.3
RG 7-11-1931, RGZ 134, 237 II.5.2
RG 18-6-1935, RGZ 148, 148 XIII.2

Bundesgerichtshof

BGH 26-10-1951, BGHZ 3, 270 IX.2.1.1; XI.2.1
BGH 28-4-1952, BGHZ 5, 378 IV.2.5
BGH 9-7-1953, BGHZ 10, 228 IV.2.5
BGH 10-3-1954, VersR 1954, 224 IV.2.5
BGH 11-5-1954, BGHZ 13, 244 XI.3.1
BGH 25-5-1954, BGHZ 13, 334 IX.4.1
BGH 27-1-1956, BGHZ 19, 392 XI.1
BGH 2-4-1957, BGHZ 24, 72 IX.4.1
BGH 14-2-1958, BGHZ 26, 349 IX.4.2
BGH 28-2-1958, GRUR 1958, 485 XI.3.1; XI.5
BGH 8-5-1958, VersR 1958, 441 XIII.2
BGH 9-12-1958, BGHZ 29, 46 VIII.3
BGH 16-1-1959, BGHZ 29, 176 VIII.3
BGH 23-1-1959, GRUR 1959, 365 XI.3.1
BGH 22-12-1959, BGHZ 31, 308 IX.2.5; IX.4.5
BGH 20-1-1961, GRUR 1961, 356 XI.3.1
BGH 19-9-1961, BGHZ 35, 363 IX.4.2
BGH 24-10-1961, BGHZ 36, 77 IX.3.5
BGH 22-12-1961, BGHZ 36, 252 XI.2.1
BGH 5-6-1962, BGHZ 37, 187 IX.2.1.1; IX.2.2; IX.2.5

BGH 13-7-1962, GRUR 1963, 270	XI.3.1
BGH 24-4-1964, BGHZ 41, 314	XI.2.1
BGH 22-1-1965, GRUR 1965, 368	XI.3.1
BGH 13-7-1965, VersR 1965, 1053	V.2.4
BGH 18-1-1966, VersR 1966, 344	XIII.2
BGH 21-6-1966, BGHZ 45, 296	IX.4.1
BGH 26-11-1968, BGHZ 51, 91	VII.4.2; VII.4.5; VII.6; X.4.5; XIII.2
BGH 20-6-1969, VersR 1969, 895	V.2.1; V.2.3
BGH 29-10-1969, BGHZ 53, 339	XI.3.1
BGH 17-2-1970, BGHZ 53, 245	II.4.3; III.2.3
BGH 23-10-1970, GRUR 1971, 153	XI.3.1
BGH 4-12-1970, WM 1971, 278	X.2.2
BGH 9-11-1971, VersR 1972, 149	IV.2.5; VII.4.2
BGH 22-11-1971, BGHZ 57, 257	X.4.4
BGH 11-1-1972, BGHZ 58, 48	V.2.3
BGH 18-4-1972, VersR 1972, 767	VII.2.4
BGH 15-7-1973, BGHZ 61, 118	VII.3.4; VIII.3; XIV.3.3.9
BGH 30-5-1974, GRUR 1975, 89	IX.2.1.1; IX.2.2; IX.2.3; IX.2.5; IX.4.1
BGH 28-6-1974, GRUR 1975, 78	XI.3.1
BGH 9-7-1974, NJW 1974, 1710	IX.2.1.1; IX.4.1
BGH 25-10-1974, VersR 1975, 1158	V.2.4; V.2.5
BGH 19-2-1975, BGHZ 64, 46	VII.3.4
BGH 20-2-1975, VersR 1975, 540	II.5.2
BGH 9-12-1975, BGHZ 65, 325	IX.4.5
BGH 13-2-1976, BGHZ 66, 70	X.2.2; X.4.4
BGH 24-11-1976, BGHZ 67, 359	VII.3.2; VII.3.3; VII.4.5
BGH 14-6-1977, BGHZ 69, 181	IX.2.1.1; IX.2.2; IX.2.5
BGH 16-12-1977, BGHZ 70, 102	X.2.2; X.2.4; X.4.4
BGH 20-12-1977, GRUR 1978, 249	XI.3.1
BGH 25-4-1978, VersR 1978, 740	IV.2.5
BGH 26-10-1978, BGHZ 72, 289	X.2.2
BGH 22-1-1980, VersR 1980, 428	VIII.3; VIII.4.1.1
BGH 25-1-1980, NJW 1980, 2085	XI.3.1
BGH 5-12-1980, NJW 1981, 1673	XII.2.4; XIV.3.1.3
BGH 3-7-1981, BGHZ 81, 291	XI.2.1
BGH 27-5-1982, GRUR 1982, 681	XI.3.1
BGH 15-11-1982, BGHZ 86, 152	IX.4.1
BGH 25-1-1983, NJW 1983, 2935	X.2.4; X.4.2; X.4.4
BGH 13-7-1983, NJW 1983, 2493	XI.3.1.1
BGH 4-10-1983, NJW 1984, 432	XIV.3.3.9
BGH 22-11-1983, BGHZ 89, 95	XIV.3.3.9
BGH 5-12-1983, NJW 1984, 789	VI.3.5
BGH 7-2-1984, BGHZ 90, 96	VIII.3
BGH 7-2-1984, BGHZ 90, 103	VIII.3
BGH 2-3-1984, NJW 1984, 2207	X.2.2; X.4.2
BGH 17-4-1984, NJW 1984, 1823	VIII.3
BGH 18-9-1984, BGHZ 92, 143	X.2.4; X.4.2; X.4.4; X.4.5; X.6; XIII.2
BGH 17-10-1984, GRUR 1985, 140	XI.3.1
BGH 8-11-1984, NJW 1986, 381	XI.2.1; XI.2.4
BGH 13-12-1984, VersR 1985, 452	IV.2.5; XIV.3.2.3
BGH 12-2-1985, NJW 1985, 1621	IX.2.5
BGH 9-7-1985, BGHZ 95, 212	IX.2.1.1; IX.2.5; IX.4.1
BGH 12-7-1985, BGHZ 95, 307	X.2.2

BGH 26-2-1986, BGHZ 97, 188	II.2.4; II.3.2; XIV.3.3.9
BGH 11-3-1986, NJW 1986, 2757	IV.2.5
BGH 20-3-1986, NJW 1986, 2426	III.2.3; III.3.1; III.4; XIV.3.2.2; XIV.3.2.7.3; XIV.3.3.9; XIV.3.5.4
BGH 22-4-1986, VersR 1986, 916	IV.2.5
BGH 3-6-1986, GRUR 1986, 759	XI.2.1
BGH 24-6-1986, VersR 1986, 1121	XII.2.12; XIV.3.5.4
BGH 1-10-1986, GRUR 1987, 171	XI.3.1
BGH 13-1-1987, GRUR 1987, 316	IX.2.1.1; IX.2.3; IX.2.5
BGH 5-2-1987, NJW 1987, 1322	VIII.3
BGH 12-2-1987, GRUR 1987, 444	XI.3.1
BGH 12-5-1987, NJW 1987, 2225	IX.2.5
BGH 2-7-1987, GRUR 1988, 38	XI.2.1
BGH 22-10-1987, NJW 1988, 563	VIII.4.1.1
BGH 10-12-1987, BGHZ 102, 350	X.4.3
BGH 30-3-1988, GRUR 1988, 629	XI.3.1
BGH 5-5-1988, GRUR 1988, 826	XI.2.1
BGH 7-6-1988, NJW 1988, 2611 (Anm. Reinelt)	VII.4.2; VII.4.4; VII.4.6
BGH 5-7-1988, BGHZ 105, 65	V.2.1; V.2.5; V.5
BGH 11-7-1988, BGHZ 105, 108	IV.2.5
BGH 20-10-1988, BGHZ 105, 277	XI.3.1
BGH 11-6-1990, ZZP 1991, 203 (Anm. Stürner)	II.2.4; II.3.1
BGH 14-1-1991, NJW 1991, 1052	III.2.3; XIV.3.2.9
BGH 22-2-1991, NJW 1991, 1671	X.4.2
BGH 7-3-1991, GRUR 1991, 848	XI.3.1
BGH 19-3-1991, NJW 1991, 2351	XIV.3.2.7.3; XIV.3.3.9
BGH 19-4-1991, WM 1991, 1563	X.2.4
BGH 16-5-1991, NJW 1991, 2079	VIII.4.1.1
BGH 12-11-1991, BGHZ 116, 60	VII.4.4; VII.4.5
BGH 19-11-1991, JR 1992, 501 (Anm. Baumgärtel)	IV.2.5; VII.3.2; VII.4.5
BGH 30-1-1992, GRUR 1992, 448	XI.2.1
BGH 17-3-1992, BGHZ 117, 337	V.2.5; V.5
BGH 2-4-1992, GRUR 1992, 860	XI.2.1
BGH 8-10-1992, GRUR 1993, 572	II.3.1; III.3.1; XI.2.1; XIV.3.2.7.3
BGH 17-11-1992, VersR 1993, 364	IX.2.5
BGH 17-11-1992, NJW 1993, 930	IX.2.5
BGH 20-11-1992, BGHZ 120, 239	X..3.2; X.4.2
BGH 3-12-1992, NJW 1993, 1010	XI.2.1
BGH 8-12-1992, NJW 1993, 528	II.2.1; II.3.1; VII.4.2; VII.4.4
BGH 30-9-1993, NJW 1993, 3259	XIV.3.2.5
BGH 30-9-1993, NJW 1993, 3323	VIII.4.1.1
BGH 12-10-1993, JZ 1994, 530 (Anm. Baumgärtel)	IV.2.5
BGH 16-11-1993, BGHZ 124, 151	VIII.3; VIII.4.1.1
BGH 7-12-1993, JZ 1994, 574 (Anm. Brüggemeier)	VII.4.3
BGH 14-12-1993, VersR 1994, 324	IV.2.5
BGH 14-12-1993, BauR 1994, 524	VII.4.4
BGH 11-1-1994, NJW 1994, 932	VII.4.2; X.4.4
BGH 27-1-1994, GRUR 1995, 693	II.3.1; IV.2.5
BGH 9-6-1994, BGHZ 126, 217	XIV.3.2.2; XIV.3.4.2
BGH 28-6-1994, NJW 1994, 2614	IX.2.5
BGH 20-10-1994, VersR 195, 212	VIII.4.1.1
BGH 15-11-1994, BGHZ 128, 1	IX.4.2; XIV.3.2.7.2
BGH 17-1-1995, VersR 1995, 422	IV.2.2; IV.2.5

BGH 17-1-1995, VersR 1995, 723	II.5.2
BGH 16-2-1995, NJW 1995, 1828	XIV.3.2.3
BGH 9-5-1995, NJW 1995, 2162	VII.2.6; VII.4.2
BGH 24-10-1995, GRUR 1996, 919	IV.2.5
BGH 5-12-1995, NJW 1996, 984	IX.4.2
BGH 12-12-1995, NJW 1996, 985	IX.4.2
BGH 19-12-1995, BGHZ 131, 332	IX.4.1
BGH 30-1-1996, BGHZ 132, 13	IX.2.5; IX.4.1; IX.4.2
BGH 13-2-1996, VersR 1996, 513	V.2.5
BGH 15-2-1996, BB 1996, 1959	XI.3.1
BGH 19-3-1996, NJW 1996, 1828	V.2.4
BGH 25-4-1996, BB 1996, 1958	XI.3.1
BGH 25-4-1996, NJW 1996, 2037	III.4
BGH 23-5-1996, NJW 1996, 3419	XI.3.1.1; XI.3.3.2; XI.3.5
BGH 11-6-1996, VersR 1996, 1116	VII.4.2; VII.4.4
BGH 26-11-1996, NJW 1997, 1148	IX.2.5
BGH 17-12-1996, WM 1997, 591	III.3.2; III.3.4; III.5
BGH 17-12-1996, VersR 1997, 449	VIII.3
BGH 14-4-1997, NJW 1997, 3236	XI.3.1.1; XI.3.3
BGH 13-5-1997, JR 1998, 155 (Anm. Bader)	VIII.4.1.1
BGH 17-6-1997, NJW 1997, 2593	IX.3.1; XI.2.1.1
BGH 17-6-1997, NJW 1997, 2748	X.3.4; X.4.4; X.4.5
BGH 17-6-1997, VersR 1998, 338	II.5.2
BGH 4-7-1997, VersR 1997, 1496	X.2.5
BGH 7-10-1997, NJW 1998, 162	VII.3.2; VII.4.2
BGH 4-11-1997, BGHZ 137, 89	X.4.4.4
BGH 13-11-1997, VersR 1998, 455	IV.2.5
BGH 5-2-1998, BGHZ 138, 55	XI.3.1.1
BGH 17-2-1998, VersR 1998, 716	VIII.3
BGH 17-3-1998, VersR 1998, 766	VIII.3
BGH 17-3-1998, NJW 1998, 2734	VIII.4.1.1
BGH 31-3-1998, MDR 1998, 842 (Anm. Lenz)	VII.4.2
BGH 22-4-1998, NJW 1998, 2976	II.3.1
BGH 9-6-1998, VersR 1998, 1031	VII.4.6
BGH 16-6-1998, VersR 1998, 1250	IX.2.1.1; IX.2.5
BGH 8-10-1998, VersR 1999, 772	XI.3.1.1
BGH 13-10-1998, VersR 1999, 65	IV.2.5; IX.2.1.1
BGH 15-10-1998, BGHZ 139, 378	XI.3.1.1
BGH 30-10-1998, VersR 1999, 326	X.2.2
BGH 20-11-1998, VersR 1999, 725 (Anm. Piekenbrock)	X.2.2
BGH 24-11-1998, VersR 1999, 774	II.3.1
BGH 3-12-1998, NJW 1999, 2190	XI.3.5
BGH 21-1-1999, VersR 2000, 738	II.2.4
BGH 2-2-1999, VersR 1999, 456	VII.4.2; VII.4.5
BGH 3-2-1999, NJW 1999, 1404	II.2.4; II.3.1
BGH 5-2-1999, VersR 1999, 1373	II.2.4
BGH 8-2-1999, VersR 2000, 739	II.2.4
BGH 2-3-1999, VersR 1999, 888	VII.4.4
BGH 23-3-1999, NJW 1999, 2895	IV.2.5
BGH 20-4-1999, VersR 2000, 233	IV.2.2; V.2.2
BGH 18-5-1999, VersR 1999, 890	VII.4.5; VII.4.6
BGH 29-6-1999, VersR 1999, 1250	IX.4.1
BGH 19-8-1999, NJW 1999, 3491	XI.3.1.1; XI.3.3

BGH 15-9-1999, NJW 2000, 1417 XI.3.3
BGH 6-10-1999, VersR 2000, 378 XI.2.1.1
BGH 26-10-1999, VersR 2000, 199 V.2.1
BGH 1-12-1999, NJW 2000, 2195 IX.4.2
BGH 7-12-1999, VersR 2000, 327 IX.4.1

Bundesarbeitsgericht

BAG 10-11-1961, NJW 1962, 411 VI.3.1; VI.3.2
BAG 16-3-1995, RdA 1995, Nr. 280 VI.3.2
BAG 14-12-1995, RdA 1996, Nr. 155 VI.3.1

Bundessozialgericht

BSG 2-7-1996, VersR 1997, 1512 VI.2
BSG 11-8-1998, VersR 2000, 76 VI.2
BSG 11-8-1998, VersR 2000, 204 VI.2

Oberlandesgericht

OLG Celle 19-7-1979, VersR 1980, 483 V.2.1
OLG Köln 3-12-1992, VersR 1993, 894 X.4.4
OLG Frankfurt 8-6-1993, VersR 1994, 1118 VII.4.4
OLG Schleswig 30-6-1993, VersR 1995, 476 V.2.5
OLG Oldenburg 29-10-1993, VersR 1995, 239 VI.2
OLG Hamm 20-12-1993, VersR 1995, 461 VI.2
OLG Düsseldorf 12-6-1997, VersR 1998, 1242 VIII.4.1.1
OLG Dresden 28-8-1997, VersR 1999, 456 VII.4.2
OLG Düsseldorf 22-12-1997, VersR 1999, 729 V.2.5
OLG Düsseldorf 19-6-1998, JZ 1999, 684 (Anm. Salje) X.3.6; X.6
OLG Celle 8-7-1998, VersR 1999, 1246 IX.2.1.1
OLG Köln 20-11-1998, VersR 2000, 367 VII.3.2
OLG Karlsruhe 29-1-1999, VersR 2000, 863 V.2.5

Landesgericht

LG Köln 31-7-1997, VersR 1999, 633 V.2.1

Landesarbeitsgericht

LAG Köln 29-9-1994, NZA 1995, 470 VI.2

Kammergericht

Kammergericht 24-5-1996, WM 1997, 444 XI.3.1
Kammergericht 24-4-1997, VersR 1998, 778 V.2.1; V.2.3; V.2.5

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

EHvJ 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Specialarbejderforbundet/Royal Copenhagen) X.4.4.3

EHvJ 6 juli 1995, NJ 1996, 228 (Mars) XI.3.1
EHvJ 23 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk) VII.2.5; VII.2.6
EHvJ 16 juli 1998, C-210/96 (Gut Springenheide GmbH) XI.3.1.1

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 8 juli 1986, Serie A, vol. 103, NJ 1987, 901 nt. EAA (Lingens) IX.2.5; IX.3.1
EHRM 7 oktober 1988, Serie A, vol. 141, NJ 1991, 351 nt. EAA (Salabiaku) IX.2.5
EHRM 20 november 1989, Serie A, vol. 165, NJ 1991, 738 nt. EAA (Markt intern) XI.3.6
EHRM 23 mei 1991, Serie A, vol. 204, NJ 1992, 456 nt. EJD (Oberschlick) IX.3.1
EHRM 23 april 1992, Serie A, vol. 236, NJ 1994, 102 nt. EJD (Castells) IX.2.1.1
EHRM 25 juni 1992, Serie A, vol. 239 (Thorgeirson) IX.5
EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 nt. EJD (Dombo) XIV.3.1.3
EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544 nt. EJD (Miloslavsky) IX.2.2
EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber) XIV.3.1.3
EHRM 1 juli 1997, NJ 1999, 709 nt. EJD (Oberschlick II) IX.5
EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 nt. EJD (Worm) IX.5
EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 nt. EJD (Guerra) X.1
EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 nt. EJD (Fressoz) IX.2.1.1; IX.5
EHRM 20 mei 1999, Mediaforum 1999, nr. 43 (Bladet Tromso) IX.5; IX.6
EHRM 25 november 1999, no. 2559/94 (nog niet gepubliceerd) (Hashman) IX.5
EHRM 11 januari 2000, Mediaforum 2000, nr. 14 (News Verlag) IX.5

Verenigde Staten

MacPherson v. *Buick Motor Co* 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916) VII.6
New York Times Co. v. *Sullivan* (1964) 376 US 254 IX.2.5

Australië

Currie v. *Dempsey* [1967] 2 N.S.W.R. 532 III.2.1

Trefwoordenregister

(verwezen wordt alleen naar de belangrijkste vindplaatsen voor het betreffende onderwerp)

aannemelijk(heid) 11, 51, 56 e.v., 59, 65, 68, 134, 166, 232, 389

aannemelijk maken; zie aannemelijk(heid)

aansprakelijkheid voor onrechtmatige mededelingen 259 e.v., 415, 521 e.v.
- causaal verband bij 277 e.v., 292, 301
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 282 e.v., 293 e.v., 302 e.v.
- feitelijke mededelingen 260 e.v.
- onrechtmatigheid bij 260 e.v., 289 e.v., 294 e.v.
- schade bij 273 e.v., 292, 299 e.v.
- toerekening bij 281 e.v., 292, 302
- waardeoordelen 289 e.v.

aanvullende stelplicht 12, 39 e.v., 113, 148, 165 e.v., 226, 232, 248, 253, 263, 270, 299, 326, 374, 394 e.v., 404, 475, 477, 479, 503 e.v.

'absolute liability': zie strict liability

actori incumbit probatio 78, 88, 91, 112

afhankelijk(heid) 191, 246, 257, 415, 446, 471

algemene persoonlijkheidsrecht 294-295, 298 e.v.

'allgemeines Persönlichkeitsrecht' 270, 298 e.v., 300

alternatieve causaliteit 181, 229, 231, 351 e.v., 460, 496 e.v.

alternatieven (voor een bewijsrisico-omkering) 450, 472 e.v.

'Angreifer(-prinzip)' 85 e.v., 92, 94, 96, 307, 463, 501

'Anscheinsbeweis' 14, 71 e.v., 344

argumenten: zie factoren

art. 8 EVRM: zie privacy

art. 10 EVRM: zie vrijheid van meningsuiting

Asser 441 e.v.

'Aufklärungspflicht': zie mededelingsplicht(en)

auteursrecht 295 e.v., 476, 498, 527

'balance of the probabilities' 53, 392

Baumgärtel 492 e.v.
'Befunderhebung(spflicht)' 225 e.v., 230, 238, 243
belangenafweging 259, 260 e.v., 285, 294 e.v., 303, 306, 309, 311 e.v., 337, 356, 361
- en juistheid van feiten 260 e.v., 304, 306
belemmeren van de feitengaring: zie 'Beweisvereitelung'
'Beratungsgemäß' 244, 251
beroepsaansprakelijkheid 241 e.v., 398, 399, 412, 414, 502 e.v., 520 e.v.
- causaal verband bij 242, 243, 244, 247 e.v., 255 e.v.
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 242
- onrechtmatigheid of tekortkoming bij 242, 243, 244, 252 e.v., 254 e.v.
- schade bij 242
- toerekening bij 242
beslissingsrecht 245, 250, 252, 254
beslissingsvrijheid: zie beslissingsrecht
besluit 508 e.v.
bestuurdersaansprakelijkheid 504 e.v.
betrokkenheid 132 e.v., 137
'Beweiserleichterung': zie bewijsrisicoverlichting
'Beweislastnorm(en)' 83, 84, 429
'Beweisvereitelung' 38, 329, 446, 514, 517
bewijsgaring 6
bewijslast 3, 4, 12, 65, 66
bewijslastverdeling
- hoofdregel van 3, 4
bewijslevering (ook: bewijsvoering) 12, 45, 167
bewijsmogelijkheden 80, 89, 370, 371, 419 e.v., 426, 494, 514, 519 e.v.
bewijsnood (ook: structurele bewijsnood) 100, 190, 239, 248, 263, 349, 353, 357, 393, 413, 418 e.v., 420, 426, 446, 450, 458, 514, 517
bewijsopdracht 513 e.v.
bewijsproblemen: zie bewijsnood
bewijsrisico 65, 67, 68, 70, 79, 91, 432
- definitie van 4, 12

bewijsrisico-omkering(en) 46, 47, 96 e.v., 166 e.v., 177, 261, 332 e.v., 353, 387 e.v., 399 e.v., 426
- argumenten voor een 111, 130, 409 e.v., 443, 445 e.v., 451
- definitie van 13
- echte 13, 114, 117
- (theoretisch) model voor 447 e.v.
- oneigenlijke 13
- en 'terug'-omkering 391-392, 407
- en verzwaarde aansprakelijkheid 409 e.v., 443, 445 e.v., 450
bewijsrisicoverdeling
- aard van 460, 479
- algemeen geldende regel van 431 e.v., 436, 439, 442, 444, 447
- argumenten ten aanzien van: zie factoren
- en bewijsvoeringslast (ook: bewijsvoeringslast) 513 e.v.
- en belangenafweging 125, 262, 272 e.v., 290, 296, 312 e.v., 369 e.v.
- en bewijswaardering (ook: bewijswaardering) 430 e.v., 433, 513 e.v.
- bijzondere regel van 99 e.v., 106, 155, 249, 355, 390, 429, 435, 489, 496
- definitie van 12
- hoofdregel van 75 e.v., 89, e.v., 102, e.v., 113, 120, 122, 124 e.v., 393, 429, 463, 466, 500 e.v.
  - ten aanzien van causaliteit 116 e.v., 120, 122 e.v., 125
  - ten aanzien van eigen schuld 119 e.v., 121, 123, 124, 127, 129
  - ten aanzien van onrechtmatigheid 113 e.v., 120, 121, 122, 123, 125, 127, 129
  - ten aanzien van rechtvaardigingsgronden 119, 121, 122, 123, 124, 125, 129
  - ten aanzien van relativiteit 119, 338
  - ten aanzien van schade 115 e.v., 120, 121, 122, 126
  - ten aanzien van toerekening (schuld) 114 e.v., 121, 122, 126
  - uitzonderingen op 98 e.v., 441 e.v., 443, 450 e.v., 463, 464, 482 e.v., 493
    - (theoretisch) model voor 447 e.v.
- en kort geding 388 e.v.

- en materieel recht 76, 78, 83 e.v., 88, 93, 94, 97, 102 e.v., 130, 349, 357, 409, 432, 437, 438, 439, 441, 443, 447, 451, 465 e.v., 469, 485, 513
- en risico-aansprakelijkheid 469 e.v.
- en toerekening 343, 428, 432, 438, 439, 443, 447, 451, 461, 468 e.v.
- en waarschijnlijkheid (ook: waarschijnlijkheid) 430 e.v., 518 e.v.

bewijsrisicoverlichting 14, 40, 127, 128, 139, 147, 152 e.v., 188 e.v., 237 e.v., 280, 303 e.v., 307, 320, 345 e.v., 356 e.v., 393 e.v., 404, 454

bewijsverlichting: zie bewijsrisicoverlichting

bewijsvoering (ook: bewijslevering) 12, 40, 429

bewijsvoeringslast 45, 58, 66, 67, 68, 91, 248 e.v., 273, 313, 392, 345, 432, 508, 513 e.v., 517 e.v., 518 e.v., 519 e.v.
- definitie van 12, 13

bewijswaardering 11, 13, 48 e.v., 65, 79, 91, 134, 163, 350, 395, 396, 420, 430 e.v., 440, 476, 513 e.v., 518, 519

bewijswaarderingsmaatstaf 11, 50 e.v., 55 e.v., 163, 476, 478

bewijzen 134
- definitie van 11

binding aan de wet: zie rechtsvinding

billijkheid (in concreto) 94, 438, 488, 514, 517 e.v.

billijkheidsleer 87 e.v., 96 e.v., 107, 442, 489

billijkheidstheorie: zie billijkheidsleer

blootstelling aan asbest 178, 180, 181 e.v., 510 e.v.

'breach of a statutory duty': zie onrechtmatigheid

causaal verband 116 e.v., 120 e.v., 122, e.v., 125 e.v., 498, 500

causaliteit; zie causaal verband

claimcultuur 411

comparitie 18, 19, 25, 34

concretisering (van de zorgvuldigheidsnorm) 457 e.v.
condicio sine qua non; zie causaal verband
contractuele aansprakelijkheid 8, 157, 203 e.v., 237, 241 e.v., 426, 427, 498 e.v.
contradictoir karakter van het proces 87, 96, 501
controle 413, 419, 426, 492 e.v.

damnum ipsa loquitur 73 e.v.
'Darlegungslast': zie aanvullende stelplicht
deductie-probleem 347 e.v., 350
Des: zie alternatieve causaliteit
deelschade 353
deskundig(heid) 246, 257
deskundigenbericht 242, 254, 521
Devèze 490 e.v.
dienstverlener(s) (ook: beroepsaansprakelijkheid) 383, 474, 485, 502 e.v.
'disclosure' 30 e.v., 243
'discovery' 30, 32
discriminatie 449, 467, 528
disculpatie 119, 121, 122, 123, 124, 125, 129
documentatie(verzuim) 255
doel en strekking (van de norm) (ook: strekking) 451, 458 e.v., 465, 470 e.v., 483
domein 42, 154, 272, 312, 406, 413, 414, 425 e.v., 429
doorwerking van grondrechten: zie grondrecht(en)
dossier(plicht) (ook: documentatieverzuim) 244

'(pure) economic loss': zie (zuivere) vermogensschade
effect(iviteit) (van de norm) 87, 192, 245, 263, 303, 306, 359, 405, 416, 449, 471, 475
eigen schuld: zie disculpatie
eindbeslissing 513, 515 e.v.
'Entscheidungskonflikt' 248 e.v., 252, 247
'equality of arms' 255, 453 e.v.
evenredigheid 477, 504, 508
exhibitieplicht 19, 26

factoren 409 e.v., 428, 429, 438 e.v., 440, 443, 447 e.v., 451, 459 e.v., 468, 470 e.v., 489 e.v., 507, 512
'fait de la chose' 123, 222 e.v., 327
'faute': zie onrechtmatigheid
'faute virtuelle' 14, 71
feitengaring 17 e.v., 48, 514, 517
feitelijke bewijsmogelijkheden: zie bewijsmogelijkheden
fictie 66, 83
'foreseeability': zie voorzienbaar(heid)

'gardien': zie 'fait de la chose'
gedeeltelijk tegenbewijs 182 e.v.
'Gefahrenbereich' 239, 358, 406, 413 e.v., 419, 425 e.v., 446, 471, 494, 520
'Gegennorm' 82, 86
geïnformeerde toestemming: zie 'informed consent'
gevaar: zie gevaarzetting
gevaarzetting 155, 158, 191, 240, 324, 359, 410 e.v., 412, 446, 470
'grobe Fehler' (grove fout) 243, 256
grondrecht(en) 245, 259, 303 e.v., 306, 307, 402, 416 e.v., 446, 453 e.v., 472, 487
- botsing van 259 e.v., 295, 303 e.v.
'Grundnorm' 82, 86

handhaafbaarheid 245, 248
herziening procesrecht 24 e.v.
hinder (ook: milieu-aansprakelijkheid) 309, 310 e.v., 356
huis-tuin-en-keuken-ongevallen 506 e.v.

ieder draagt zijn eigen schade 462 e.v., 507
immateriële schade(vergoeding): zie smartengeld
'Indizienbeweis' 72, 344
informatie-achterstand: zie informatieverdeling

informatieplicht(en) 104, 199 e.v., 208, 211, 213, 214, 225, 228, 231, 234, 238, 239, 243, 245, 247 e.v., 500, 502 e.v.
informatieverdeling 246, 257, 306, 394, 405, 407, 417 e.v., 446, 456, 471, 476
informatieverzuim: zie informatieplicht(en)
informatievoorsprong: zie informatieverdeling
'informed consent' 243, 244, 248, 252
in pari delicto 380
inspanningsverbintenis 207 e.v.
instructiefout: zie informatieplicht(en)

jury 266, 275

kanstheorie: zie proportionele aansprakelijkheid
Kur 491 e.v.
kwalificatie 14, 273, 290, 297, 312, 391

Lepa 440 e.v.
lijdelijkheid 23, 26
lijst(en van beroepsziekten) 159, 160, 161, 163, 189, 346, 359 e.v.
'Loi Badinter' 136 e.v.
lusten en lasten: zie profijt-gedachte

mededelingsplicht(en) 17 e.v., 27, 28, 31, 37, 38, 41
meervoudige causaliteit 181 e.v., 351 e.v.
Meier 493 e.v.
milieu-aansprakelijkheid 309 e.v., 522
- causaal verband bij 320 e.v., 330 e.v., 341 e.v., 357
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 322 e.v., 335 e.v., 356
- onrechtmatigheid bij 311 e.v., 324 e.v., 337 e.v.
- schade bij 318 e.v., 329 e.v., 341
- toerekening bij 321 e.v., 334, 355 e.v., 426
misleidende reclame 361, 381 e.v., 413, 522 e.v.
- causaal verband bij 397 e.v.
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 401 e.v.
- en grondrechten 402 e.v.

- onrechtmatigheid bij	381 e.v., 404
- schade bij	397
- toerekening bij	399 e.v., 404
model (ook: verwezenlijking)	447 e.v.
- uitwerking van	455 e.v.
'(modifizierte) Normentheorie'	81 e.v., 85, 438, 439, 492
'Momente'	440 e.v.
motivering(splicht)	61 e.v., 463, 485 e.v.
negatief feit	88, 494
'negligence': zie onrechtmatigheid	
non liquet	4, 12, 59, 68, 389, 420, 431, 433, 455, 456, 475, 514
'Normentheorie': zie '(modifizierte) Normentheorie'	
'Normzweck'	492 e.v.
objectiefrechtelijke theorie	87 e.v., 107 e.v., 441, 489
'obligation de sécurité'	207 e.v., 224
(on)evenwichtigheid in processuele posities	45 e.v., 441 e.v.
ongeoorloofde mededinging	361 e.v., 522 e.v.
- en bedrijfsgeheimen	372
- causaal verband bij	376 e.v.
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld)	380 e.v.
- en gesloten verkooporganisatie	371 e.v., 373 e.v., 374 e.v.
- en mededelingen	368, 370 e.v., 373, 375, 383, 404
- onrechtmatigheid bij	362 e.v.
- schade bij	375 e.v.
- toerekening bij	378 e.v.
ongevalsrapportage: zie rapport	
onrechtmatigheid	113, 120, 122, 123, 125, 127, 128
ontslag	456 e.v., 496
- op staande voet	523 e.v.
- nietigheid van	525
ontwikkelingsrisico	202 e.v., 211, 215, 236, 237
overmacht (ook: disculpatie)	133
particulier	405, 412

partij-autonomie 23
persoonlijkheidsrecht(en): zie privacy
'Präklusion' 29, 37, 38
preventie 155, 191, 240, 274, 300, 359, 411 e.v., 446, 461 e.v., 470, 487 e.v.
'Prinzipien' 438 e.v.
privacy 259, 294 e.v., 303 e.v., 306
processuele informatieplicht(en): zie mededelingsplicht(en)
productaansprakelijkheid 193 e.v., 355, 358, 467
- causaal verband bij 198 e.v., 212 e.v., 227 e.v.
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 201 e.v., 214 e.v., 234
- en informatieplicht: zie informatieplicht(en)
- onrechtmatigheid bij 195 e.v., 216 e.v.
- schade bij 198, 211 e.v., 226 e.v.
- tekortkoming bij 204 e.v.
- toerekening bij 200 e.v., 213 e.v., 232, 426
profijt-gedachte 154, 155, 191, 240, 306, 324, 358, 414 e.v., 446, 469
profijt-theorie: zie profijt-gedachte
proportionele aansprakelijkheid 181 e.v., 213, 243, 244, 252, 254, 255, 348 e.v., 474 e.v., 478
pro rata-aansprakelijkheid: zie proportionele aansprakelijkheid
prospectus: (ook: World Online) 382-382, 398

rangorde 421
rapport 167
rechtsvinding 61 e.v., 430, 441, 451, 473, 474, 479, 481, 482 e.v., 512
rechtsvormende taak: zie rechtsvinding
'Rechtswidrigkeit' (ook: onrechtmatigheid) 294, 298 e.v., 302, 316, 367
rechtszekerheid 94, 98, 444, 448, 486, 488
redelijke mate van zekerheid 11, 50 e.v., 59, 134
Reinecke 428 e.v., 437 e.v.
relativiteit 119, 338, 339
reputatie 259, 260 e.v., 303 e.v.
res ipsa loquitur 14, 69 e.v., 72 e.v., 136, 170, 221
resultaatsverbintenis 206, 207 e.v.

risico-aansprakelijkheid 131, 133, 153, 155, 157, 158, 194, 309, 323, 356, 473, 495
- en bewijsrisicoverdeling 469 e.v., 473
roken 181 e.v.

sanctie(s) (in het procesrecht) 27 e.v.
schade 73 e.v., 115 e.v., 121, 122, 126
- aard van de 254, 255, 329
- beginsel van volledige schadevergoeding 480
schuld 114 e.v., 121, 122, 126, 509 e.v.
schuldaansprakelijkheid 131, 133, 157, 168, 194, 309, 337, 361, 362, 446, 470
sfeer: zie domein
slachtofferbescherming 131, 154, 155, 158, 191, 240, 349, 412 e.v.
smartengeld 73 e.v., 139, 159, 273 e.v., 278, 299 e.v., 303, 480
sociale verzekeringen: zie sociale zekerheid
sociale zekerheid 157, 158 e.v., 188 e.v., 190, 354
'state of the art' 325, 334, 339, 356
statistiek 344, 346 e.v., 434 e.v.
stelplicht 12, 101 e.v., 107, 169, 433
strekking (van de norm) 415, 458 e.v., 480, 511 e.v., 524, 525
'strict (liability)' (ook: risico-aansprakelijkheid) 135, 158, 171, 189, 204, 222, 314 e.v., 331
structurele bewijsnood 450, 451, 455 e.v., 464, 491, 509, 510, 514-515, 521, 524
substantiëringsplicht 26, 27
'Substantiierungslast': zie 'Substantiierungspflicht'
'Substantiierungspflicht' 35, 38, 41

tegenbewijs 14, 58, 66, 67, 69, 70, 346, 360, 511

tegendeelbewijs 14, 58, 65, 67, 71, 333, 473
tekortkoming; zie onrechtmatigheid
toedeling (van schade) 451, 464, 468
toerekening: zie schuld
toerekeningsfactoren: zie factoren
toestemming (ook: 'informed consent') 295

uitingsvrijheid: zie vrijheid van meningsuiting
uitleg: zie rechtsvinding

vergelijkende reclame (ook: misleidende reclame) 381-382, 392
verjaring 93, 185, 269, 526 e.v.
verkeersaansprakelijkheid 131 e.v., 414, 497
- causaal verband bij 139 e.v., 150
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 143 e.v., 151 e.v.
- onrechtmatigheid bij 132 e.v., 147 e.v.
- schade bij 139, 149 e.v.
- toerekening bij 142 e.v., 150 e.v.

verkeers- en veiligheidsnormen 117 e.v., 140, 151, 175, 199, 228, 244, 252, 255, 278 e.v., 330, 342 e.v., 359
verlichting van het bewijsrisico: zie bewijsrisicoverlichting
verlies van een kans; zie kanstheorie
vermoeden 64 e.v., 113, 287, 476, 528
- van causaal verband 277, 279, 307, 320,, 331 e.v., 342, 348 e.v., 510 e.v.
- feitelijk 14, 68, 72, 199, 218 e.v.
- van schade 376
- van schuld 114, 115, 142, 143, 233, 507 e.v., 509 e.v.
- wettelijk 66, 67

(zuivere) vermogensschade 128, 226 e.v., 329, 330
(gerechtvaardigd) vertrouwen 240, 246, 257, 406, 418, 446, 472
verwezenlijking (van de materiële norm) 86, 96, 239, 252, 306, 406, 416, 429, 437, 442, 443, 446, 447, 449 e.v., 455 e.v., 489 e.v., 502 e.v., 520 e.v.

verwijtbaarheid: zie schuld
(on)verzekerbaar(heid) 421, 461 e.v.
verzekering 155, 240, 247, 420 e.v., 461
verzwaarde aansprakelijkheid 409 e.v., 459, 506, 508
- argumenten voor 409 e.v., 443, 445 e.v., 459
- en bewijsrisico-omkering 409 e.v., 443, 445 e.v., 450
verzwaarde stelplicht: zie aanvullende stelplicht
voorshandse aannemelijkheid: zie aannemelijk(heid)
voorzienbaar(heid) 314, 320, 322, 327, 331, 339
vrijheid van handel 361, 362 e.v., 368, 405, 407, 522
vrijheid van meningsuiting 259, 262 e.v., 274, 278, 283 e.v., 287, 289 e.v., 294 e.v., 303 e.v., 306, 403, 404

waardering (van het bewijs): zie bewijswaardering
waarheidsvinding 5, 23, 33, 37, 490, 494
waarschijnlijk(heid) 51, 54, 79, 127, 163, 349, 420, 429, 430 e.v., 433 e.v., 439, 514, 518 e.v.
Wahrendorf 438 e.v., 489 e.v.
wanprestatie; zie onrechtmatigheid
wenselijk(heid van aansprakelijkheid) 450 e.v., 458 e.v.
werkgeversaansprakelijkheid 157 e.v., 498, 499, 510 e.v.
- causaal verband bij 174 e.v.
- disculpatie bij (inclusief eigen schuld) 185 e.v.
- schade bij 173 e.v.
- tekortkoming bij 164 e.v.
- toerekening bij 184 e.v.
World Online: zie misleidende reclame

zekerheidsnorm(en) 118
zelfbeschikking(srecht) 243, 244 e.v., 248, 249 e.v., 252 e.v., 504
zelfstandig verweer 4, 102 e.v., 119, 279

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Berekening van schadevergoeding
J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.)

Regresrechten
Afschaffen, handhaven of uitbreiden?
W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.)

De ontwerpende bouwer
Over turnkey- en design & build-contracten
M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.)

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband
Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid
A.J. Akkermans

Tussen 'Alles' en 'Niets'
Van toedeling naar verdeling van nadeel
W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.)

Towards a European building contract law
Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law
C.E.C. Jansen

Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid
I. Giesen

Vergoeding van letselschade en transactiekosten
W.C.T. Weterings

Hoofdelijke verbintenissen
W.H. van Boom

Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?
J. Spier

Informatieplichten van dienstverleners
Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen
J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker

Beginselen van contractenrecht
Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens- Isphording
J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis, H.A.W. Vermeulen (red.)

Recht rond onderhandeling
Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden
J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller

Bewijs en aansprakelijkheid
Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht
I. Giesen

Bibliotheek K. U. Brabant
17 000 01624654 9