

Wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld

Voordrachten gehouden op het 28e symposium van de
Vereniging van Letselschade Advocaten op 27 januari 2017

J.G. Keizer, I. Giesen, A.E. Santen, O.R.M. van Dam, B. Neervoort
& L. Duursma

Boom juridisch
Den Haag
2017

Voetangels en klemmen in het 'letselschadebewijsrecht'

Over het anticiperen op stellen, betwisten, bewijzen en
bewijs waarden als het om letselschade gaat

Ivo Giesen*



Prof. dr. mr. I. (Ivo) Giesen is als hoogleraar Privaatrecht en programmaleider verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Molengraaf Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is een licht bijgewerkte versie van de lezing die de auteur hield tijdens het 28e LSA Symposium op 27 januari 2017 en werd inhoudelijk afgesloten op 17 januari 2017; het karakter van een lezing is in deze bijdrage goedgekeurd bewaard gebleven. Met dank aan Rianka Rijnhout en Brechtje Pajmans voor het kritisch meelezen.

1. Inleiding: drie thema's om te bespreken

1. Volgens de aankondiging op de website van het 28e LSA-congres ben ik hier vandaag 'de wetenschapper' – in het huidige tijdsgewricht is dat niet altijd een benijdenswaardige positie – die iets vertelt over het inschatten van voetangels en klemmen met betrekking tot de stelplicht en het bewijs bij het opzetten of behandelen van een personen-schadezaak. Die vertelling past dan bij het idee voor vandaag om een symposium te organiseren van de intake tot de regeling of uitspraak in letselchadezaken, belicht vanuit het perspectief van zowel de benadeelde als de verzekeraar. Omdat dit alles nog vrij algemeen is, kreeg ik daarbij van de organisatie de 'suggestie' mee om mijn verhaal te doen aan de hand van een aantal meer specifieke onderwerpen, zoals arbeidsongevallen, medische aansprakelijkheid, beroepsziekten, verkeersrecht, et cetera, waarmee de lat meteen hoog ligt.

2. Ik ga zo'n ambitieuze uitdaging' echter graag aan. Ik spits mijn betoog toe op een drietal specifieke thema's, die ik dan nader onderbouw – overigens zonder enige pretentie dat ik dit thema's volledig kan afdekken – met voorbeelden uit de al genoemde deelgebieden binnen het persoonschaderecht. Mijn drie thema's zijn:

- a. anticiperen op de stelplicht en de (gemotiveerde) betwistingssplijcht;
- b. vooruitdenken over de bewijslastverdeling en dus het bewijsaanbod;
- c. inschattingen maken over de bewijswaardering door de rechter.

3. Daarbij is het perspectief steeds dat van het nieuw te betreuren slachtoffer, helaas nog te vaak aangeduid als 'het nieuwe dossier'.

1 Bedenk daarbij overigens ook nog dat het bewijsrecht waarschijnlijk over niet al te lange tijd op de schop gaat, bijkens de speciaal daarvoor ingestelde Adviescommissie modernisering bewijsrecht (bestaande uit Daan Asser, Fred Hammerstein en Ruth de Boek). Ik ga daar nu niet nader op in.

2 Ik ga dus niet in op het anticiperen op het verkrijgen van deskundigenbewijs of op het verkrijgen van andere bewijsmiddelen. Ik laat ook rusten dat de zoektocht naar bewijs de onderlinge verhoudingen kan vertroebelen, zodat een minnelijke regeling, al dan niet via een mediator, in het gedrang kan komen.

Het gaat mij om de stand van zaken bij de intake, dus op het moment waarop de advocaten en de verzekeraar(s) inschattingen moeten gaan maken, vooruit moeten gaan denken, en moeten gaan bedenken wat een eventueel later in te schakelen rechter – want dat is op dat moment hun finale perspectief – zal doen en beslissen, gegeven hetgeen gebeurd is tussen het slachtoffer en de (vermeende) dader.

4. Bij dit alles geldt, zo durf ik wel voorop te stellen, als enige echt vaste regel dat elke zaak, op zijn eigen manier, uniek is, en dat eigenlijk alleen per type of categorie van zaak of per juridisch geschilpunt enige bredere lijnen te trekken zijn. Per categorie staan weer andere elementen voorop, zijn er andere geschil- of beslispunten die wezenlijk zijn en dus onderwerp zijn geweest van vaak gedetailleerde rechtspraak van meestal de Hoge Raad. Niettemin gaan we proberen binnen die drie thema's enkele rode draden te ontwaren.

2. Stellen en betwisten

2.1. Inleiding

5. Mijn eerste thema betreft de noodzaak te anticiperen op de stelplicht aan de zijde van de eiser en op de (gemotiveerde) betwistingssplijcht aan de zijde van de gedaagde. Ik stel daarbij voorop dat dit eerste thema in feite niet anders te duiden is dan als één grote voetangel én klem, als één gigantische slangenkuil. Hoe komt dat zo? Ik schets een aantal moeilijkheden op dit terrein.

2.2. De stelplicht als (te) soepel afloeiingsmechanisme

6. Ik begin met de bewering, een al vaker gemaakte, dat veel civiele zaken stranden op de stelplicht. Kern van die redenering is dat de civiele rechter het instrument van de stelplicht³ vaak, en wellicht wel té vaak, benut om een zaak 'makkelijk' af te kunnen doen. Immers,

3 Het bestaan van een stelplicht wil zeggen dat procespartijen feiten naar voren dienen te brengen, in het geding dienen te brengen, die als basis voor hun vordering of verweer (kunnen) dienen. De stelplicht behelst dan de 'plicht' zoveel feiten te

als er in de ogen van de rechter te weinig gesteld is, is er geen plaats voor nadere bewijslevering en kan (en moet) de vordering zonder verdere poespas worden afgewezen. Art. 149 Rv functioneert wat dat betreft als een toegangspoort tot het bewijsrecht. Dat leidt dus tot een kort gemotiveerd vonnis dat op korte termijn is af te leveren. En dat straalt dan weer gunstig af op de productienormen en de doorlooptijden. Verwant hieraan is dat de zaak wordt afgedaan op de bewijsplicht, in die zin dat de betwisting door de gedaagde als onvoldoende wordt gezien, zodat de vordering eenvoudig kan worden toegewezen (opnieuw via art. 149 Rv als toegangspoort).⁴ Veelal wordt dan tevens het verwijt geventileerd richting de rechterlijke macht dat deze de oren te veel zou laten hangen naar die productienormen en andere statistieken en de stelplicht dus (te) instrumenteel (als een 'toverformule') zou inzetten, ook waar dat eigenlijk niet juist is omdat er wél voldoende is gesteld of betwist en dus voor nadere bewijsvoering plaats zou moeten worden ingeruimd.⁵

⁴ stellen als voor toewijzing van de vordering of aanvaarding van het verweer noodzakelijk is.

⁵ De relevantie van dit alles blijkt uit diverse alledaagse (althans niet erg beroemd geworden) arresten van de Hoge Raad waarin geen bewijslevering mogelijk werd geacht na onvoldoende stellen (bijv. HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3151 (Zeelhavenbedrijf Dordrecht)), dan wel onvoldoende betwisten (bijv. HR 3 december 2004, NJ 2005/160 (A./London)). Zie bijvoorbeeld ook nog HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9759, RvdH/ 2013/49 (Afkoopsoom). Dat belang blijkt verder bijvoorbeeld uit HR 16 januari 2009, NJ 2009/54 (Heerlen/Whizz) en de toepassing daarvan in Hof Den Bosch 10 maart 2009, NJF 2009/130 (Jeroen Bosch Ziekenhuis), waarbij tegenbewijs niet meer werd toegelaten omdat de betwisting onvoldoende stevig was.

⁶ Zie met name M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"', in: M.J.A.M. Ahsmann e.a., *Bewijsrecht. Praedicties NFvP*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27, verwijzend naar J.L.R.A. Huydecoper, 'We hebben er wat mee te stellen', *Trema* 2002, p. 209-2014 en W.D.H. Asser, 'Stelplicht, een kraanpoot op de weg naar de waarheidsvinding', *TCR* 2012, p. 107-108. In een naar alle waarschijnlijkheid in het najaar van 2017 te verschijnen Utrechtse dissertatie (werktitel: 'De eigen(aardigheid) van de kantonrechter') zal Kim van der Kraats (kantonrechter te Amsterdam) met empirisch materiaal o.a. laten zien dat (het er inderdaad alle schijn van heeft dat) er veel zaken op grond van de stelplicht worden afgewikkeld en er zeer weinig bewijsopdrachten worden verstrekt.

7. Dat die stel- en betwistingplicht inzetbaar en vaak ook nuttig en bruikbaar is om (snel) recht te doen, laat zich inderdaad met diverse voorbeelden uit de dagelijkse rechtspraktijk onderbouwen. Ik wijs hier slechts op een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 november 2016⁶ inzake de schadeafwikkeling na een erkenning van aansprakelijkheid in verband met een beroepsfout van een notaris, waarin, repeterend, de in dat geding spelende vragen naar de schadebegroting van diverse schadeposten worden afgedaan op 'onvoldoende gesteld' (zie vooral r.o. 4.8, 4.10 en 4.11, ten laste van de bewijsplichtige geïntimeerden) of 'onvoldoende betwist' (zie r.o. 4.9 en 4.10 *in fine*, ten laste van de appellants), in die zin dat het hof vervolgens steeds overgaat tot het zelf schatten van de hoogte van de schade, meestal conform het bedrag dat de wederpartij voor de betreffende schadepost redelijk achtte. Ik beweer daarmee niet dat deze specifieke uitspraak onjuist zou zijn of ten onrechte de stelplicht zou benutten, maar slechts dat die stelplicht vaak een leerstuk is dat bepalend blijkt voor de uitkomst van de zaak.

2.3. De stelplicht is geregeld een 'lichte' last

8. Dat laatste is in zoverre nogal verrassend omdat de stelplicht nu juist ten aanzien van de schadevaststelling als 'licht' wordt gezien. De Hoge Raad heeft immers ronduit lichte eisen aan die stelplicht verbonden.⁷ Ook hier een voorbeeld, uit een in wezen 'dertien in een dozijn'-arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011,⁸ een geval van een verbroken affectieve relatie dat zich ietwat merkwaardig ontwikkelt als blijkt dat de man in kwestie de auto die in eigendom aan zijn inmiddels ex-vrouw toebehoorde, verkocht heeft aan een derde. Daartegen ageert de vrouw, zij wil de geleden schade vergoed zien. Volgens het hof heeft de vrouw echter onvoldoende gesteld omtrent

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2016, ECLI:GHARL:2016:9346.

⁷ Ahsmann 2010, p. 21, suggereert dat de Hoge Raad vindt dat de feitenrechter terughoudend moet zijn bij het gebruik van de stelplicht als instrument in de hier omschreven zin.

⁸ HR 9 december 2011, NJ 2011/601 (V./M.).

de hoogte van de geleden schade. De cassatieklachten daartegen slaan op:

‘Onderdeel 3 betoogt terecht dat het hof zijn uit art. 6:97 BW voortvloeiende taak heeft miskend door te hoge eisen te stellen aan de stelplicht van de vrouw omtrent haar schade. Zij behoefde immers slechts de feiten te stellen waaruit kan worden afgeleid dat zij schade heeft geleden. Deze stelplicht behoefde in het onderhavige geval, waarin de man onrechtmatig de auto van de vrouw aan een derde heeft verkocht, niet aan bijzondere eisen te voldoen.’

Waarna de Hoge Raad vaststelt, kort gezegd, dat het hof de zaak naar de schadestaatprocedure had moeten verwijzen of de schade had moeten schatten.⁹ Dit arrest laat dus zien dat de stelplicht op het punt van de schade slechts een lichte last is. De eisende partij behoeft ‘slechts de feiten te stellen waaruit kan worden afgeleid dat zij schade heeft geleden’.¹⁰

2.4. De stelplicht als vrijwel onmeembare vesting.

9. Verwarrend is echter wel dat diezelfde Hoge Raad er ook niet voor terugdeinst om (soms) juist een heel zwaar opgetuigde stelplicht te

9 In de woorden van de Hoge Raad: ‘Het hof had bij die stand van zaken hetzij de zaak naar de rol moeten verwijzen voor uitlating over de omvang van de schade, hetzij, nu de mogelijkheid van schade in de gegeven omstandigheden zonder meer aannemelijk is, partijen naar de schadestaat moeten verwijzen, ook zonder dat dit uitdrukkelijk was gevorderd, hetzij, indien het van oordeel was dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kon worden vastgesteld, de omvang van de schade op de voet van art. 6:97 BW moeten schatten.’

10 Het gegeven dat de eisen aan de stelplicht niet altijd erg zwaar of strikt zijn, blijkt bijvoorbeeld ook uit HR 27 november 2009, NJ 2009/598 (X/AFM): ‘Het lag weliswaar op de weg van eiser voldoende concrete feiten te stellen waaruit de vaststelling van de door hem geleden schade kan worden afgeleid, doch van hem mocht daarom nog niet zonder meer worden verlangd dat hij met betrekking tot het inkomen dat hij bij [werkgever A] zou hebben verdiend, bewijsstukken zou overleggen, nu eiser had gesteld dat hij daarover niet kon beschikken voor de periode dat hij daadwerkelijk in dienst van [A] was, en hij uiteraard geen stukken kon overleggen met betrek-

verlangen, en met minder dus geen genoegen te nemen. Ik heb dan vooral het oog op de afwikkeling van de aansprakelijkheidsvraag rondom het arbeidsongeval in het arrest Rooyse Wissel.¹¹ Een werknemer van een tbs-kliniek lijdt letsel (en raakt volledig arbeidsongeschikt) door een geweldsdelict: hij is op zijn hoofd geslagen tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden in tbs-instelling Rooyse Wissel. U kent deze zaak wellicht als die andere zaak, naast TNT Post/Wijenberg,¹² waarin de Hoge Raad een halt heeft toegevoerd aan de uitdijing van de art. 7:611-verzekeringplicht. Het hof had in deze zaak niet art. 7:658 BW benut (de dader vertoonde geen voortekenen van agressie en dus waren geen nadere maatregelen van de instelling nodig), maar wel art. 7:611 BW toegepast. Het hof zag ruimte voor uitbreiding van de art. 7:611-verzekeringplicht naar gevallen als deze, buiten het domein van verkeersongevallen, met als resultaat dat de eiser een schadevergoeding tegemoet mocht zien. De Hoge Raad volgde dat oordeel in zoverre niet, dat hij het gebruik van art. 7:611 BW in deze gevallen expliciet afwees.¹³ Het nettoresultaat achtte hij echter wel nastrevenswaardig en de route daarheen werd, onder de vlag van art. 7:658 BW, gevonden in de stelplicht, zo blijkt uit de zeer uitvoerige r.o. 4.3 en 4.4 uit het arrest.

10. De Hoge Raad stelt daarin voorop dat art. 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te bieden, maar ook dat er niet snel aan de zorgplicht

king tot de periode na 12 februari 1993 waarin hij niet meer voor [A] heeft gewerkt. Hij heeft echter gemotiveerd gesteld welk inkomen hij naar zijn inzicht bij [A] had kunnen verdienen en hij heeft bovendien – zij het eveneens summier – gesteld welk inkomen hij in de desbetreffende periode feitelijk heeft genoten. Ook in dit geval werden de eisen aan de stelplicht dus op vrij summiere wijze ‘ingevuld’ door de Hoge Raad.

11 HR 11 november 2011, NJ 2011/598 (Rooyse Wissel).

12 HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (TNT Post/Wijenberg).

13 De Hoge Raad legt in zijn arrest dezelfde grens vast als in HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (TNT Post/Wijenberg) als het gaat om het gebruik van art. 7:611 BW, zie r.o. 4.5.2 en 5.4. Die vorm van aansprakelijkheid moet een uitzondering zijn op het systeem van schuldansprakelijkheid van art. 7:658 BW, en hier is er geen ruimte voor een uitzondering naast de erkende gevallen van de tweezijdige en eenzijdige ongevallen met een motorvoertuig en de eenzijdige fietsongevallen.

voldaan zal zijn, want een hoog veiligheidsniveau is vereist. Als er een inherent gevaar is, zal de werkgever moeten stellen dat aan het hoge veiligheidsniveau is voldaan. Daarbij gaat het dan in eerste instantie om algemene veiligheidsmaatregelen, en de voorlichting, het toezicht en de instructies daarover en daarop. Daarnaast zijn echter ook specifieke maatregelen nodig, en aan de stelplicht dienaangaande dienen zeer hoge eisen te worden gesteld gezien het inherente, aan de functie verbonden gevaar van letsel, zeker omdat de werknemer zich daaraan niet kan onttrekken.

11. Volgens de Hoge Raad blijkt niet uit de stukken van het geding dat Rooyse Wissel concreet heeft gesteld dat zij al die algemene maatregelen heeft getroffen en al die algemene aanwijzingen heeft gegeven die redelijkerwijs van haar konden worden geveerd met het oog op het vereiste hoge veiligheidsniveau. Rooyse Wissel heeft kennelijk verondersteld dat zij aan het voorgaande had voldaan en zich beperkt tot de stellingen, kort gezegd, dat zij haar medewerkers heeft geïnformeerd over de toestand van de ziekte van de tbs-patiënt, dat zij adequaat heeft gereageerd toen hij psychotisch werd en dat niet kenbaar en voorzienbaar was dat deze patiënt op de bewuste dag in zo heftige mate agressief zou handelen. De getroffen werknemer heeft vervolgens deze stellingen van Rooyse Wissel en in het bijzonder de onvoorzienbaarheid van de agressie van de tbs-patiënt betwist. Hij heeft voorts gewezen op het voor het personeel aan het werk verbonden dagelijkse gevaar dat inherent is aan het werk in een tbs-instelling, waarin niet zelden voor ernstige geweldsmisdrijven veroordeelde tbs-gestelden zijn opgenomen aan wie een recidivegevaar kleefte.

12. De Hoge Raad vervolgt dan dat het hof heeft geoordeeld dat Rooyse Wissel aan haar zorgplicht heeft voldaan. Dat oordeel berust dan klaarblijkelijk hierop, aldus de Hoge Raad, dat Rooyse Wissel voldoende concrete feiten heeft aangevoerd ter betwisting onvoldoende haar standpunt en dat de werknemer zijn betwisting onvoldoende heeft gemotiveerd. Dit alles heeft het hof overigens nergens zo gezegd, zo wil ik hier wel vermelden. Daarmee is de beslissing van het hof, aldus weer de Hoge Raad, uitsluitend gebaseerd op

het concreet te verwachten gevaar dat de desbetreffende tbs-patiënt agressief zou worden en op de daarvoor vereiste maatregelen. Aan de voor het overige van Rooyse Wissel redelijkerwijs te vergen algemene maatregelen ter bescherming tegen de inherente gevaren, zoals 'het risico dat TBS-patiënten agressief worden', heeft het hof daarmee geen aandacht besteed, aldus nog steeds de Hoge Raad. Waarom is dat niet gebeurd? Welnu, dat berust 'kennelijk' hierop dat de werknemer over die algemene maatregelen en aanwijzingen onvoldoende concrete stellingen heeft betrokken. Maar, en dat lag dan al in dat 'kennelijk' besloten, zo heeft het hof de processuele positie van de werknemer miskend. Aan zijn positie wordt in betekende mate afbreuk gedaan als op hem in plaats van op Rooyse Wissel de initiële stelplicht zou rusten ter zake van ook de bedoelde algemene maatregelen en aanwijzingen.¹⁴

13. Het cassatiemiddel, dat naar de kern begrepen klaagt dat het hof bij zijn oordeel heeft miskend dat Rooyse Wissel niet aan de op haar rustende stelplicht heeft voldaan, slaagt dan ook. Er is in dit geval niet aan de stelplicht ten aanzien van de *algemene* maatregelen voldaan, en juist aan die algemene maatregelen heeft het hof onvoldoende aandacht besteed, terwijl precies dat aspect afbreuk doet aan de processuele positie van de werknemer.

14. De uitkomst waartoe de Hoge Raad zo geraakt, waarbij het hof kennelijk en klaarblijkelijk van alles gezegd en beslist heeft, kan uiteraard alleen binnen de context van het oordeel over de regeling van art. 7:611 BW worden gezien. De Hoge Raad wilde en kon hier

¹⁴ Ter aanvulling nog: dat de werknemer in hoger beroep niet specifiek de overweging van de kantonrechter heeft bestreden dat het algemene veiligheidsniveau binnen de instelling en de kwaliteit van de gegeven voorlichting en instructies door partijen niet in negatieve zin aan de orde zijn gesteld, doet aan het vorenstaande niet af, aldus de Hoge Raad. Hij heeft immers ook in hoger beroep voldoende duidelijk gemaakt dat, zoals ook voor de hand ligt, die algemene veiligheidsaspecten van het regime in de tbs-instelling mede van belang zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever uit hoofde van art. 7:658 BW, maar daarop is Rooyse Wissel niet (alsnog) ingegaan.

de toepassing van art. 7:611 BW, als noodgreep ten behoeve van de werknemer, terzijde laten, omdat hier 'gewoon', doch wel met enig rek- en strekwerk, art. 7:658 BW kon worden benut door de eisen aan de stelplicht dienaangaande op te rekken. In deze zaak moest een vorm van aansprakelijkheid worden aangenomen, en omdat dat lukte, langs omwegen, via het bewijsrecht was uitbreiding van art. 7:611 BW niet nodig. Voor de Hoge Raad is dat prettig, want zo blijft art. 7:611 BW de uitzondering. Het leidt er wel toe dat de stelplicht en bewijslast van de werkgever onder art. 7:658 BW blijikbaar nog strenger zijn geworden dan die voorheen al waren. Immers, waar de door Rooyse Wissel genomen *specifieke* veiligheidsmaatregelen wel in orde waren, wordt de werkgever hier alsnog 'gevloerd' via de niet in acht genomen *algemene* maatregelen. En dat dan ook nog eens, wat mij betreft, via een kwestieuze wijze van redeneren: als de specifieke maatregelen op orde waren, kun je niet alsnog 'de fout in gaan' op het vlak van de algemene maatregelen; met de specifieke maatregelen zijn immers de algemene maatregelen 'gedekt'.

2.5. *Als bastion voor gerechtigheid in het individuele geval*

15. Hierover doordenkend is het mijns inziens onmiskenbaar dat er hier sprake is geweest, en inhoudelijk was dat geheel terecht, van een vorm van 'Einzelfallgerechtigheit', via een eenmalige constructie, opgetuigd met een concreet doel voor ogen. Zulks is nadien in feite ook bevestigd door de Hoge Raad zelf. Immers, nadat in het arrest Rooyse Wissel een hele ruime uitleg was gegeven aan de eisen die aan de stelplicht van de werkgever worden gesteld, blijkt uit het BTS-arrest van drie jaar later dat die stelplichteisen weer 'naar beneden' zijn bijgesteld, of beter: teruggebracht naar het oude niveau. Ik citeer uit dat arrest uit r.o. 3.9:¹⁵

'Het onderdeel faalt eveneens voor zover het ervan uitgaat dat aan de stelplicht bijzondere eisen worden gesteld. De hoge eisen die in HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598 (Rooyse

15 HR 5 december 2014, NJ 2015/182 (BTS).

Wissel) werden gesteld aan de stelplicht van de werkgever werden in die zaak gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden van het geval, die zich in het onderhavige geval niet voordoen. Anders dan in de zaak die leidde tot het arrest van 11 november 2011, gaat het hier niet om een ongeval dat voortvloeit uit een gevaarzettende situatie die rechtstreeks verband houdt met en inherent is aan de uitoefening van de werkzaamheden van [de werknemer] waaraan hij zich vanwege zijn specifieke functie niet kon onttrekken.'

De extreme eisen uit het Rooyse Wissel-arrest vormen dus de uitzondering op de voor- en nadien gehanteerde, reguliere – ook nog steeds stevige – eisen aan de stelplicht van de werkgever.

2.6. *Tussenc conclusie*

16. Waartoe leidt dit alles? Het is van belang te onthouden dat de stelplicht van geval tot geval bepaald en ingevuld wordt en dat dus de 'zwaarte' ervan ook verschillen zal. Dit wisselende beeld is deels verklaarbaar als bedacht wordt dat die stelplicht bepaald wordt door wat gevorderd is, de verweren van de gedaagde, de mate van onderbouwing van die stellingen van beide kanten – stelplicht en betwistplicht zijn communicerende vaten – en dus door het partijdebat daarover, ook al voorafgaand aan de procedure, alsmede door de verdere omstandigheden van het geval.¹⁶ De stelplicht betreft dus een 'omstandigheden van het geval'-spel, een spel waarbij iedereen op zijn hoede moet zijn. Het biedt de rechter immers de gelegenheid toe te redeneren naar de in dat geval gewenste uitkomst.¹⁷ Dat kunt u alleen voorkomen door de rechter die ruimte niet aan te reiken, door dus zo volledig mogelijk te stellen (en/of betwisten) en niets 'open' te laten.

16 Zie Ahsmann 2010, p. 18-19.

17 Als laatste voorbeeld wijs ik in dit verband op het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1788 (X/De Graaf). Het betreft een OPS-zaak waarin de werkgever wordt 'ongehungen' aan het niet concreet doch slechts in abstracte termen motiveren wat er aan veiligheid en

17. Dat eisenpakket mag wellicht als veelzeggend overkomen, maar men zou ook kunnen zeggen dat u dan uw werk zo optimaal mogelijk verricht, zodat de procedure op basis van zo'n volledig mogelijk feitenrelaas wordt beslist, conform art. 21 Rv,¹⁸ als wenselijk nevengevolg van een overigens lastig grijpbare rechtsontwikkeling. Bovendien wordt zo bereikt dat u uw eigen beroepsaansprakelijkheid als advocaat van de cliënt, die door die 'stelplichtverliefde' rechter benadeeld is, buiten de deur houdt.

2.7. *And then some... 'gemotiveerde betwisting', art. 843a en 21 Rv*

18. Daarmee zijn we er echter nog niet, want naast dit spel rondom die 'gewone' stelplicht is er ook nog het leerstuk van de 'verzwaarde stelplicht' of 'aanvullende stelplicht', de 'plicht' dus om extra gemotiveerd te betwisten. Omdat daaraan de laatste tijd nogal veel aandacht is geschonken in de literatuur, kan ik daar nu zeer kort over zijn.¹⁹ Ik meld hier dus slechts dat die plicht in betrekkelijk ruime mate aanwezig is, zeker en vast op het terrein van de medische aansprakelijkheid, maar ook voor andere beroepsbeoefenaars, in het arbeidsrecht en in dwalingsgevallen,²⁰ en dat in de gevallen waarin die plicht inderdaad aanvaard is, een extra stevig gemotiveerde betwisting nodig is om de al genoemde 'toegangspoort' van art. 149 Rv door te mogen gaan richting bewijsopdracht, bewijslevering en daarna bewijswaardering.²¹ Er wordt dan dus 'stel- en betwist-technisch' nog meer (van meestal de gedaagde) verwacht. Daarbij kan het dienstig zijn, zeker

dus aan diens zorgplicht is gedaan (zie r.o. 5.15-5.16). De parallel met de Rooyse Wissel-zuuk dient zich hier vrij nadrukkelijk aan.

18. Nader daarover *Asser Procesrecht/Giesen I* 2015/77-91.

19. Zie met name B.M. Pajmans, 'De verzwaarde stelplicht *revisited*', *NTBR* 2016, nr. 2, p. 4-14, en ook I. Giesen, 'Aansprakelijkheid van de (letsel)schadendvocaat voor informatieverzuimen: het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt', *TYP* 2016, nr. 2, m.n. p. 37-40.

20. Zie de literatuur hiervoor in noot 19 voor verdere verwijzingen naar rechtspraak. Al is de Hoge Raad wat 'ruimhartiger' als het om de sanctiëring van het niet voldoen aan de aanvullende stelplicht gaat, zie Giesen 2016, p. 38-39, en met name HR 15 december 2006, *NJ* 2007/203 (NNE/Mourik) en HR 4 april 2014, *NJ* 2014/368 (Reaal/Deventer).

als de informatie die u wilt inbrengen alleen bij anderen beschikbaar is, om vroeg of laat de hulp in te roepen van bepalingen zoals art. 843a Rv, de exhibitieplicht,²² of art. 21 Rv, de waarheidsplicht.²³ Ook die acties moeten uiteraard vroegtijdig gepland worden en vergen dus een vooruitziende blik en proactieve houding.

19. Met dat alles in het achterhoofd kan het (eerste) thema, dat van het anticiperen op de stel- en betwistingsplicht, alleen afgesloten worden met de boodschap: stel, stel, en stel, stel tot u een ons weegt!

3. Bewijslast en het aanbieden van bewijs

3.1. *Bewijslastverdeling en bewijslastontkering*

20. Het tweede thema, het vooruitkijken naar wat verderop in de procedure eventueel moet worden bewezen en door wie dan, en dus ook het anticiperen op het (vergaren en) aanbieden van dergelijk bewijs, kan in korter bestek worden besproken. Immers, de regels van bewijslastverdeling ten aanzien van de onrechtmatige daad zijn betrekkelijk helder.²⁴ Dat ligt overigens mede hieraan dat men, althans dat is mijn stellige indruk, ook niet veel durft te ondernemen als het gaat om die bewijslastverdeling. En met 'men' bedoel ik dan zowel de advocatuur als de rechterlijke macht. Men is nogal terughoudend als het erom gaat om eens wat te proberen, uiteraard gedegen onderbouwd. Het is allemaal nogal braaf, 'sweeping statements' om de bewijslast

22. Zie bijvoorbeeld J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, Deventer: Kluwer 2010 en J.R. Sijmonsma, *Het magerecht*, Deventer: Kluwer 2010.

23. Zie nogmaals *Asser Procesrecht/Giesen I* 2015/77-91.

24. Ik verwijs daartoe slechts naar *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013, I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, en de *LSA*-bundel uit 1997 over dit thema (F. Stadermann e.a., *Bewijs en letselschade*, Den Haag: Vermaende 1997), en dan met name de bijdrage van Van Dam in die bundel (zie C.C. van Dam, 'Bewijs bij verkeersongevallen', in: Stadermann e.a. 1997, p. 23-45). Zeker voor het door Van Dam aldaar besproken verkeersaansprakelijkheidsrecht zijn we wel uitgedacht, tot aan de bewijslastverdeling bij eigen schuld aan toe, zie daarover Giesen 2016, p. 44-45.

omgekeerd te krijgen (door een advocaat) of als motivering van een daadwerkelijke omkering (door een rechter) zie je niet terug in de praktijk, een enkele uitzondering daargelaten.²⁵ Er liggen hier echter wel degelijk kansen, voor de advocatuur én de rechterlijke macht.²⁶

21. In dit verband wil ik wel nog specifiek benoemen, ter voorkoming van daarmee eventueel samenhangende aansprakelijkheden, dat in zaken rondom medische aansprakelijkheid niet alleen de al genoemde aanvullende stelplicht geldt,²⁷ doch tevens en vooral dat als het om het *condictio sine qua non*-verband gaat in een geval van een behandelingsfout, en dus geen informatieverzuim, ook de beruchte 'omkeringsregel' nog steeds is in te roepen.²⁸ Dat wordt nog wel eens vergeeten,²⁹ ingegeven door een andersluidende, doch verwarrende en

25 Een mooi voorbeeld daarvan, uit de hoek van de feitenrechtspiraak, vind ik nog steeds Hof Den Haag 4 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4956 (Dwaling inzake huwelijkse voorwaarden).

26 Een arrest als HR 20 januari 2006, NJ 2006/78 (B/Interpolis) laat dat aldurende zien. De Hoge Raad besliste daarin, zoals bekend, dat de rechter onder bijzondere omstandigheden kan afwijken van de hoofdregel van art. 150 Rv en op basis van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast kan hanteren. Aanleiding voor een bewijsrisico-omkering kan zijn dat de partij die de bewijslast normaal zou dragen, in een onredelijk zware bewijspositie is gemaakt door toedoen van de wederpartij, bijvoorbeeld doordat die partij de bewijsmogelijkheden van de ander frustreert (bijv. door een arts aan zijn geheimhoudingsplicht te houden). Afgelopen jaar benutte de Rechtbank Overijssel dit arrest voor een omkering van de bewijslast waar het ging om het bewijs van samenwonen ex art. 1:160 BW, zie Rb. Overijssel 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3118. Zie voor andere voorbeelden ook de bijdrage van Keizer aan deze bundel.

27 En dat die verzwaarde betwistingsplicht ook geldt als het om het bewijs van causaal verband gaat, zie HR 23 november 2001, NJ 2002/386 (Ingenhuit).

28 Zie de toepassing ervan in HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Gynaecoloog). Ten aanzien van informatieverzuimen geldt dit echter niet, zie HR 23 november 2001, NJ 2002/386 (Ingenhuit). Overigens, ook een beroep op het verlies van een kans is mogelijk, zie HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (Frasimus MC).

29 Zo bijvoorbeeld nog Hof Den Bosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265. Inmiddels wordt het niet-gebruik van de omkeringsregel aldaar op andere gronden gebaseerd, zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741.

nadien toch echt (en al zeker tweemaal) achterhaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 in een medische aansprakelijkheidszaak.³⁰

22. Daarbij aansluitend is het goed om aan het slot van deze paragraaf nog bij u in herinnering te roepen dat in zaken aangaande beroepsziekten weliswaar de 'arbeidsrechtelijke omkeringsregel' is ingeburgerd,³¹ maar dat de lat om die regel in te kunnen roepen inmiddels, na de Lansink/Ritsma- en VSB-uitspraken van juni 2013, alweer een stuk hoger ligt dan voorheen gedacht werd.³² Omdat in elk geval de Lansink-zaak, na verwijzing, nog steeds onder de rechter is (bij het Hof Den Bosch), doe ik er hier verder het zwijgen toe.

3.2. Bewijs aanbieden

23. Wij weten allemaal, daarvoor is vooruitkijken aan de hand van de specifiek voorhanden nieuwe zaak eigenlijk niet eens nodig, dat er tijdig een adequaat bewijsaanbod zal moeten worden gedaan, wil een procespartij er zeker van zijn nog in de gelegenheid te worden gesteld om tot nadere bewijslevering (met name via getuigenbewijs ex art. 166 Rv) van de gestelde feiten te worden toegelaten als de rechter nog niet meteen overtuigd blijkt van het gelijk van die partij. Een bewijsaanbod moet dus gewoon in de processtukken terug te vinden zijn, het liefst al direct in het eerste, doch zeker ook nogmaals

30 Zie HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 (BJ), welke uitspraak is achterhaald door HR 7 december 2007, NJ 2007/644 (MC Leeuwarden), en daarover I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over persoonschade*, LSA-Insturmbundel, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 76 en 81. Zie van nadien nog HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Gynaecoloog).

31 Zie o.a. HR 17 november 2000, NJ 2001/596 (Umlever/Dikmans) en HR 9 januari 2009, NJ 2011/252 (Landskroon/BAM).

32 Zie HR 7 juni 2013, NJ 2014/98 (SVB) en HR 7 juni 2013, NJ 2014/99 (Lansink/Ritsma), met als kernboodschap: 'Gelet daarop is voor dit vermoeden geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is.'

in eventuele latere stukken waarin nog nieuwe feiten zijn opgevoerd of aangepast, dan wel nieuwe stellingen zijn betrokken.³³

24. De Hoge Raad is daarbij streng, maar tevens gouddeertijk, in die zin dat hij alle kanten op streng is, dus niet alleen voor de procespartijen die te 'vaag' blijven bij de formulering van hun bewijsaanbod, omdat ze bijvoorbeeld niet toelichten ten aanzien van welke van hun feitelijke stellingen zij bewijs aanbieden, maar ook voor de feitenrechter die een adequaat bewijsaanbod ten onrechte, al dan niet bewust, negeert. Dit uiteraard om te voorkomen dat de rechter, aansluitend bij wat eerder gezegd werd over het 'afdoen op de stelplicht', zich al te gemakkelijk van verdere bewijsvoering af zou kunnen maken. Het schijnbaar ontbreken van een voldoende concreet en ter zake dienend bewijsaanbod biedt op zichzelf immers een prima gelegenheid voor de rechter om de zaak verder zonder nader bewijs af te kunnen doen, en dat kan 'productienormtechnisch' weer aantlokkelijk zijn.

4. Anticiperen op de bewijswaardering door de rechter

25. Het derde thema betreft het vooruitblijken als het gaat om de bewijswaardering van de rechter. Dat thema is vooral gekozen om u dienaar te gaan om op die rechterlijke waardering te gaan anticiperen; daarvoor is deze (juridisch) te onbepaald. Welke kanten die rechterlijke waardering op zal gaan, is (te) afhankelijk van elementen als de rechtsvraag, de feitenconstellatie, de presentatie van het bewijs, de opstelling van partijen bij de rechter en de intuïtie en persoonlijke inschatting van die rechter hoe de uitkomst moet gaan luiden. Bij die bewijswaardering is de rechter immers 'vrij'. Het is zijn domein – op grond van de wet, art. 152 lid 2 Rv – en die ruimte wordt gerespecteerd door de Hoge Raad, die de bewijswaardering als een in cassatie nauwelijks aan te tasten oordeel van feitelijke aard

³³ Voor een kort overzicht van het geldend recht inzake het bewijsaanbod, zie P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 20e druk, Deventer: Kluwer 2015, p. 195-196 en 290, met verdere verwijzingen.

ziet.³⁴ In plaats van vooruitblijken op wat zou kunnen zijn, kan de advocaat dus beter zijn energie richten op het beïnvloeden van die uitkomst.³⁵

26. De 'anticipatieruimte' die ik hier nog wel zie, bij wege van uitzondering, is dat de wederpartij of rechter wellicht in bepaalde gevallen herinnerd zou kunnen worden aan het feit dat er een aangepaste bewijswaarderingstaat bestaat.³⁶ Zo is soms slechts 'aannemelijkheid' en geen 'redelijke mate van zekerheid' vereist.³⁷ Een ander belangrijk voorbeeld hiervan is de norm die geldt voor het bewijs van (arbeidsvermogens)schade in personenschadezaken. In zaken waarin de benadeelde blijvende letsel schade heeft opgelopen, krijgt die benadeelde het voordeel van de twijfel en mag die maatstaf immers niet te hoog liggen, zoals we weten uit het arrest *Vehof/Helvetia*.³⁸ Daarin overwoog de Hoge Raad (in r.o. 3.5.2).³⁹

34 Recent nog HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2988 (NBM/X), r.o. 3.5.2.
 35 De tools daarvoor heeft Jasper Keizer alvast aangereikt, zie nader diens bijdrage aan deze bundel.
 36 Zie nader Giesen 2001, p. 48 e.v.
 37 Ik denk dan aan het tegenbewijs na toepassing van de 'omkeringsregel'. Zie bijvoorbeeld HR 23 november 2002, NJ 2004/304 (TFS/NS).
 38 Zie HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (Vehof/Helvetia), en vgl. de soortgelijke overweging in HR 31 juni 2001, NJ 2001/433 (ZA/De Greef) ten aanzien van het bewijs van causaal verband. Zie verder bijvoorbeeld A.J. Akkermans, 'Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), *Tien permenstreken over personenschade*, LSA-lustrumbundel, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 87 e.v.
 39 Vgl. ook nog HR 14 januari 2000, NJ 2000/437 (Van Sas/Interpolis), waarin de Hoge Raad aangeeft dat bij de beoordeeling van de schadeomvang rekening kan worden gehouden met het feit dat de benadeelde beroofd is van een vrije keuze ten aanzien van diens loopbaanmogelijkheden door de schadelijke gebeurtenis, doch ook niet meer dan dat: 'Bij de beoordeeling van de in dit verband van belang zijnde omstandigheden kan de rechter met het verlies van die keuzemogelijkheid weliswaar zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, doch, anders dan in de toelichting op het onderdeel kennelijk wordt bevoegd, brengt zulks niet mee dat van de mogelijkheid voor Van Sas om tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te blijven werken, moet worden uitgegaan (...)'.

'De in de onderdelen vermelde, blijkens de gedingstukken ten pro-
cesse vaststaande omstandigheden (...), geven zodanige aanwijzingen
voor de aannemelijkheid van haar stelling dat een redelijke kans be-
stond dat zij de opleiding met goed gevolg zou hebben afgemaakt, dat
niet zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, begrijpelijk is
dat het Hof (...) heeft geconcludeerd dat niet aannemelijk is dat Vehof
de bedoelde opleiding met goed gevolg zou hebben afgemaakt. Dit
klemt temeer nu, zoals het Hof kennelijk uit het oog heeft verloren,
aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, *geen
strange eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren
bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die
de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische
situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad*: het is immers
de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde
de mogelijkheid heeft ontgenomen om zekerheid te verschaffen omtrent
hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.⁴⁰ (curs. IG)

27. De les die ik u over mijn derde thema wil meegeven ('anticiperen
heeft geen zin'), roept ongetwijfeld vragen op, ook los van de
precieze reikwijdte van de zojuist besproken bewijsregel ('Geldt die
ook bij andere (letsel)schadeposten? En ook bij niet-blijvend letsel?').
Vragen bijvoorbeeld in relatie tot de functie van een anticiperend
bewijsmiddel zoals het voorlopig getuigenverhoor. Zonder hier

⁴⁰ De Hoge Raad beslist daarmee anders dan A-G Hartkamp, die hem echter wel de
weg heeft gewezen als het gaat om de gebruikte argumentatie, zie uit die conclu-
sie nr. 12 *in fine*: 'Ter afsluiting van de behandeling van dit onderdeel merk ik op
dat aan het voorgaande niet afdoet dat de rechter, bij de afweging van de goede
en kwade kansen die voor het vaststellen van schade door arbeidsvermogensver-
lies vereist is (vgl. art. 6:105 BW), in het oog moet houden dat de aansprakelijke
persoon de benadeelde de mogelijkheid heeft ontgenomen omtrent de hypothetische
toekomst zekerheid te verkrijgen, zodat de benadeelde in zekere mate het voor-
deel van de twijfel niet worden gegund (vgl. Handboek Personeelschade, 3030-10
(H.A. Bouman)). Daaruit volgt immers niet dat de rechter, zo hij van oordeel is
dat voldoende aanwijzingen omtrent de geschiktheid van de benadeelde voor een
bepaalde opleiding of een bepaald beroep ontbreken, er vanuit moet gaan dat de
benadeelde dus voor die opleiding of dat beroep geschikt was [curs. IG]'.

die regeling nader uit de doeken te gaan doen,⁴¹ kan mijns inziens
vastgesteld worden dat dit middel, omdat het anticipeert op wat
komen gaat, zeker nuttig kan zijn. Maar dat nut schuilt dan feitelijk
vooral in het bepalen van de zwakte van de eigen procespositie. Laat
ik dat kort toelichten.

28. Een voorlopig getuigenverhoor levert een verhaal op van een getuige
dat een bepaalde stelling ofwel ondersteunt, ofwel ontkracht, of
daarover in wezen niets zegt. Dat zijn de drie mogelijke smaken.
Die laatste smaak helpt een procespartij alleen in zoverre verder
dat daarmee helder wordt dat het benodigde bewijs langs deze route
niet eenvoudig leverbaar gaat zijn; het is dan dus een indicatie van
een zekere mate van zwakte. Datzelfde resultaat, doch in versterkte
mate, levert de getuige die de essentiële stelling ontkracht; na zo'n
verhoor is het waarschijnlijk eerder raadzaam om niet verder aan te
dringen qua procedure. De getuige die de ingenomen stelling wel
bevestigt, biedt uiteraard enig uitzicht op proceswinst. Maar zo'n
verklaring kan die proceswinst zeker niet garanderen, omdat nu
eenmaal niet te voorspellen en voorzien is hoe de rechter straks dit
bewijs, de andere bewijsmiddelen en hun onderlinge verhouding zal
waarderen. Waar een voorlopig verhoor dus wel degelijk duidelijk
kan maken dat de eigen zaak zwak staat, bewijstechnisch, kan er
over de eventuele sterkte van die zaak veel minder met zekerheid
geconcludeerd worden. En daarom is een voorlopig getuigenverhoor
vooral nuttig om te kunnen bepalen of procederen überhaupt zinvol
is: als je eigen getuigen geen overtuigend verhaal neerzetten, hou er
dan maar mee op.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Stein & Ruch 2015, p. 206 e.v.

5. Afronding

29. Meanderend door het domein van de bewijsregels binnen het letselschadeproces⁴² heb ik hier en der een regel, leestuk of instrument uitgelicht om te laten zien wat vooruitdenken op dat vlak wel of niet vermag. Soms levert dat anticiperen, of de wens om dat te doen, wijziging op, zoals is gebleken. Laat u daardoor echter niet te zeer van de wijs brengen. Anticiperen op wat komen gaat, moet, altijd en overal, zelfs als dat soms (te) weinig opleveren zal; het is onvermijdelijk als de bij het dossier betrokken professionals hun werk goed willen doen. En in het licht van de weinig benijdenswaardige positie van het letselschadeslachtoffer moet dat zeker door de LSA-advocaat in het letselschadeproces gebeuren: vooruitkijken kan immers de snelle afwikkeling van die zaken bevorderen, omdat zodoende complicaties op een later moment vermeden of eerder opgelost kunnen worden, en dat zou ieders streven moeten zijn.

42 Vrijwel al deze aspecten kunnen uiteraard in een of andere vorm ook al in een deelgeschil opspelen en/of naar voren komen. Ik kan daar nu niet nader op ingaan, maar verwijst graag naar de (goeddeels positieve) evaluatie van die regeling door M. Wesselink, *De deelgeschilprocedure*, Den Haag: Boom juridisch 2016.