

Symposium Omkering van bewijslast

27 oktober 2017

Rotterdam – Studiekring 'Normatieve Uitleg'

Wettelijk vermoeden en omkering van de bewijslast

Daan Asser¹

1. Feiten en recht

Rechtsfeit is het feit of het complex van feiten dat leidt tot rechtsgevolg.

Art. 150 Rv betreft rechtsfeiten: het zijn de rechtsfeiten waarop de bewijslastverdeling (bewijsrisicoverdeling) betrekking heeft

2. Bewijzen en aannemelijk maken en alles ertussenin

Bewijzen is de rechter ervan overtuigen dat het feit, dat bewezen moet worden, door hem als feitelijke grondslag voor zijn beslissing kan/moet worden gebruikt.

Aannemelijk maken is een term die aanduidt dat de rechter wat minder zware eisen kan stellen aan de bewijslevering, maar het hangt af van de rechter wat hij daaronder verstaat. Aannemelijk maken wordt bijvoorbeeld door de HR gebruikt in de formulering van de omkeringsregel en door de wetgever bij de totstandkoming van art. 6:177a BW.

PS: in kort geding is aannemelijk maken een technische term voor bewijzen die wordt gebruikt omdat daar de gewone bewijsregels niet van toepassing zijn met als gevolg dat rechter nog vrijer is bij de waardering van de bewijsmiddelen.

In alle gevallen gaat het bij bewijzen/aannemelijk maken om een maatstaf voor het rechterlijk bewijsoordeel. En de rechter is daar erg vrij in: art. 152 lid 2 Rv. Maar in bepaalde gevallen zal bij de bewijsbeoordeling de rechter in aanmerking moeten nemen in welke mate een bepaalde partij een sterkere rechtsbescherming geniet dan de wederpartij, wat tot uitdrukking kan komen in bijv. de aard van de aansprakelijkheid (schuldaansprakelijkheid tegenover risicoaansprakelijkheid, slachtofferbescherming, letselschade tegenover zaakschade etc.). De waardering van het bewijs kan daarvan niet los worden gezien.

¹ Emeritus hoogleraar burgerlijk procesrecht Universiteit Leiden, oud-advocaat-generaal en oud-raadsheer Hoge Raad.

3. Bewijslast: bewijsleveringslast en bewijsrisico; *non liquet*

Bewijslast in de zin van art. 150 Rv is niet alleen *bewijsleveringslast* maar ook *bewijsrisico*.

Bewijsleveringslast is de *processuele* last bewijs te leveren: het produceren van bewijsmiddelen (bewijsinformatiebronnen: stukken, getuigen etc.). Bewijsleveringslast richt zich op de partij die bewijs moet leveren. Dat kan zijn bewijs ingevolge de bewijslast als bedoeld in art. 150 Rv of in het kader van te leveren tegenbewijs.

Bewijsrisico betekent het risico dat wat bewezen moet worden door de rechter niet bewezen wordt geoordeeld. Dit laatste is meestal reeds het geval wanneer blijvende onduidelijkheid bestaat over het feit dat bewezen diende te worden. Die blijvende onduidelijkheid (of: onzekerheid) omtrent dat feit wordt in de doctrine aangeduid met *non liquet* (Latijn voor 'het is niet duidelijk'). De denkbeeldige situatie van een *non liquet* is ook steeds het beste criterium voor beantwoording van de vraag welke partij het bewijsrisico voor bepaalde feiten moet dragen: wie van de partijen moet het risico dragen dat een feit niet wordt opgehelderd, de blijvende onduidelijkheid of onzekerheid als gevolg van bijvoorbeeld bewijsnood die het gevolg is van het niet of onvoldoende voorhanden zijn van bewijsmiddelen.

4. Bewijs en tegenbewijs

Tegenbewijs houdt in dat het bewijs dat is geleverd van een te bewijzen feit wordt ontkracht (er wordt in dit verband met name t.a.v. tegenbewijs tegen een vermoeden, zie hieronder, ook gesproken van: ontzenuwd, maar dat is niet meer dan een woord). Gevolg van slagend tegenbewijs is dat het bewijsrisico dat de partij met bewijslast loopt, zich realiseert. De eisen die aan het tegenbewijs worden gesteld hangen af van de beoordeling van de rechter. Soms wordt bij het toelaten tot (opdragen van) tegenbewijs door de rechter aangegeven wat het tegenbewijs dient in te houden.

Tegenbewijs kan ook betrekking hebben op a priori-bewijsoordelen of a priori-verdeling van het bewijsrisico, zoals het geval is bij het bestaan van een bewijsvermoeden. Ook dan hangt het van de aard en strekking van het vermoeden af welke eisen aan het tegenbewijs moeten worden gesteld, maar het moet in elk geval zijn gericht op het ontzenuwen van het vermoeden.

5. Omkering van het bewijsrisico

A vordert schadevergoeding van B op de grond dat B een op haar rustende zorgplicht heeft geschonden als gevolg waarvan A schade heeft geleden. B betwist het bestaan van de zorgplicht, de schending daarvan en het causaal verband tussen die schending en de schade.

A draagt ingevolge art. 150 Rv normaal gesproken in dit geval bewijsrisico voor het bestaan van de zorgplicht, de schending daarvan en het causaal verband tussen die schending en de schade. Het zijn de rechtsfeiten die leiden tot het rechtsgevolg waarop A zich beroept, dus simpele toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv.

Stel dat de wet of de rechtspraak de rechtsregel inhouden dat het bestaan van deze zorgplicht en de schending daarvan meebrengen dat B aansprakelijk is voor de schade die A stelt te hebben geleden, met als reden dat die regel voortvloeit uit de rechtsbescherming van personen als A die afhankelijk zijn van die zorgplicht. Dat betekent dat A alleen het bestaan van de zorgplicht en de schending daarvan alsmede zijn schade zal moeten bewijzen. Bewijs van het causaal verband tussen schending van de zorgplicht en de schade – wel de basis voor de aansprakelijkheid maar *bij voorbaat door de wetgever of de rechter aangenomen* – behoeft A dan niet te bewijzen. Het is daarentegen B die in het proces dat causaal verband moet thematiseren, te weten de *afwezigheid daarvan* door bijv. te stellen dat de schade geen gevolg is (of: kan zijn) van de schending van de zorgplicht. B draagt daarvoor het bewijsrisico. Zij zal dus bewijs moeten leveren ten aanzien van een thema waarbij normaal gesproken de eiser A bewijsrisico zou dragen. Dit is *omkering van het bewijsrisico* ten aanzien van de causaliteit. Zonder dat het causaal verband behoeft vast te staan is B aansprakelijk voor de schade.

Een voorbeeld daarvan levert art. 7:658 BW betreffende de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Die aansprakelijkheid berust op de zorgplicht van de werkgever die in art. 658 lid 1 is omschreven. De werknemer die stelt dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, moet die schade bewijzen en het causaal verband tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden. Slaagt hij daarin dan is de werkgever aansprakelijk. Hoewel basis voor de aansprakelijkheid (een schuldaansprakelijkheid en geen risicoaansprakelijkheid), is de schending door de werkgever van diens zorgplicht voor de werknemer geen bewijsthema in het kader van het door hem te bewijzen causaal verband tussen de uitoefening van zijn werkzaamheden en de schade die hij stelt te hebben geleden. Dat wordt het pas als de werkgever zich van aansprakelijkheid wil bevrijden door te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht – de verplichtingen uit het eerste lid van art. 7:658 BW is nagekomen of dat de schade een andere oorzaak heeft, namelijk opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De wet leidt dit disculpatieverweer in met: ‘tenzij hij [de werkgever] aantoon dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen [enz.]’. De werkgever moet dit verweer dus voeren en de feiten waarop het berust bewijzen.

Wij spreken hier van *omkering* van de bewijslast in de zin van bewijsrisico omdat, net als in ons voorbeeld van A en B, de zorgplicht van de werkgever weliswaar de basis vormt voor zijn aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en -ziekten, maar de schending daarvan niet als oorzaak van de schade die de werknemer stelt door deze behoeft te worden gesteld en bewezen, terwijl de werkgever zich kan disculperen door de wèl-inachtneming van de zorgplicht te stellen en te bewijzen.

Dit is echte omkering van het bewijsrisico. Want, *en daar gaat het om*, blijvende onduidelijkheid over de vraag of de werkgever zijn zorgplicht is nagekomen, een *non liquet* komt niet voor risico van de werknemer maar voor die van de werkgever.

6. Het vermoeden – geen omkering

In de hiervoor besproken thematiek van de werkgeversaansprakelijkheid komen we ook een *vermoeden* tegen. De werknemer die zijn werkgever tot schadevergoeding aanspreekt en stelt dat hij arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van blootstelling aan gevaarlijke stoffen tijdens de werkzaamheden en voor die elementen de bewijslast draagt en dus het bewijsrisico loopt, wordt sinds het arrest Unilever/Dikmans (HR 17 november 2000, *NJ* 2001/596) daarbij geholpen door een *jurisprudentieel vermoeden*, namelijk dat die arbeidsongeschiktheid het gevolg is van die blootstelling indien de werkgever heeft nagelaten maatregelen te treffen die redelijkerwijze nodig zijn ter voorkoming van blootstelling aan die stoffen. Daarmee wordt meteen de zorgplicht van de werkgever gethematiseerd en naar voren gehaald.

Het vermoeden – wettelijk of jurisprudentieel – is *geen omkering* van het bewijsrisico. Het gaat juist uit van het bewijsrisico voor het feit of de feiten waarop het vermoeden betrekking heeft. Die feiten blijven voor rekening van degene die zich beroept op de rechtsgevolgen daarvan (art. 150 Rv) en ze als grondslag bezigt voor vordering of zelfstandig (bevrijdend) verweer. Maar deze hoeft bij tegenspraak die feiten niet meer te bewijzen omdat hetzij de rechter ze bij wege van feitelijk vermoeden aanneemt, hetzij de rechtspraak of de wet dat bij voorbaat doet door middel van een jurisprudentieel vermoeden (denk aan de omkeringsregel bij causaal verband) respectievelijk wettelijk vermoeden. Maar wel moet worden gezegd dat twee categorieën vermoedens dicht in de buurt komen van de omkering van het bewijsrisico. En dat heeft vooral te maken met het tegenbewijs tegen die vermoedens.

7. Tegenbewijs tegen het vermoeden

Tegen elk vermoeden mag tegenbewijs worden geleverd. Bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens moet worden aangenomen dat het tegenbewijs gericht kan zijn op twee verschillende aspecten: de intermediaire feiten waarop het vermoeden is gebaseerd en het vermoeden zelf. Voor de intermediaire feiten draagt de partij die profiteert van het vermoeden het bewijsrisico: blijvende onduidelijkheid (*non liquet*) op dat punt komt voor haar risico. Ten aanzien van het tegenbewijs tegen het vermoeden zelf zal moeten worden aangenomen dat het tegenbewijs zich moet richten op de ontzenuwing van het vermoeden door het aantonen van het tegendeel, bijvoorbeeld er is, anders dan op grond van het vermoeden moest worden aangenomen, geen causaal verband tussen de gevorderde schade en de schending van de zorgplicht. Blijvende onduidelijkheid op dat punt is niet genoeg voor

het ontzenuwen van het vermoeden. Het bewijs moet opleveren dat het vermoeden niet opgaat. Zolang dat niet het geval is, blijft het vermoeden gelden.

8. Het vorenstaande en art. 6:177a BW

Het zal duidelijk zijn hoe ik denk over de verdeling van het bewijsrisico bij de toepassing van het wettelijk vermoeden in art. 6:177a BW. En daar laat ik het voor dit moment bij.