



Over 'oude' gedachten die niet zomaar voorbij gaan:

137 Voortschrijdend inzicht inzake Bewijs en aansprakelijkheid?

Beste lezer,

Deze bijdrage is de vierde in de serie waarvoor onze vorig jaar overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loep te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeersrecht, aansprakelijkheid, schade of verzekering.

In deze vierde aflevering blikt Ivo Giesen terug op zijn proefschrift *Bewijs en aansprakelijkheid* (Bju: Den Haag 2001) dat hij op 26 januari 2001 in Tilburg verdedigde. Zijn promotor was prof. mr. J.M. Barendrecht.

De redactie wenst u veel leesplezier.

Prof. mr. I. Giesen *

1. Een (te) persoonlijke inleiding op een (te) persoonlijke bijdrage

Pakweg 14 jaar geleden, op 26 januari 2001, verdedigde ik in Tilburg mijn proefschrift 'Bewijs en aansprakelijkheid'. Nu sta ik voor de vraag die wijlen Niels Frenk, toen nog hoofdredacteur van VR, mij in april 2013 stelde: zou jij willen reflecteren op de rechtsontwikkeling sinds het verschijnen van je proefschrift, waarbij – en nu citeer ik uit zijn e-mail van (kenmerkend voor zijn werkethos) zaterdag 6 april 2013, 20.04 – 'nadrukkelijk ook de ontwikkeling in de geest van de auteur naar voren dient te komen. Derhalve ook een actualisering van de gedachten van de auteur uit zijn/haar proefschrift.' Omdat Niels vrijwel nooit nee zei tegen een verzoek van mijn kant, kon ik op mijn beurt zijn verzoek onmogelijk weigeren – dus dat deed ik dan ook niet – hoewel ik wel sterk die neiging had, zeg ik er eerlijk bij.

Ik had namelijk meteen mijn aarzelingen bij de gekozen opzet en insteek: waarom zou er iemand nog geïnteresseerd zijn als ik nogmaals mijn stokpaardje zou gaan berijden? Dat liet ik Niels ook weten, maar hij meende, in reactie op mijn aarzeling, dat het juist aardig zou zijn om te laten zien

hoe de eigen ideeën van een auteur zich ontwikkeld hebben. Voor hem woog het tweede deel van de vraag ('de ontwikkeling in eigen denken') dus blijkbaar zwaarder dan het eerste deel. Zijn reactie was mede hierdoor ingegeven dat hij zelf – naar eigen zeggen – over bepaalde onderwerpen anders

* Hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de UU en programmaleider van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL, zie www.uu.nl/ucall). Met dank aan Lonneke Stevens en Rianka Rijnhout voor het meedenken en lezen van een eerdere versie.

“ ”

De verwezenlijking van de materiële norm moet mogelijk blijven.

. ”

was gaan denken in de loop der jaren. Die zelfkritische, altijd reflectieve houding kenmerkte Niels als persoon meer dan deze mij kenmerkt, vrees ik, want ik ben om eerlijk te zijn helemaal niet zo heel erg anders gaan denken over de hoofdthema's van mijn boek sinds 2001, zoals hierna zal blijken. Dat verklaart uiteraard mijn aarzeling van toen, maar ook de moeite die ik nu ondervind (achteraf gesproken: ondervonden heb) om deze bijdrage op te zetten en te schrijven zonder al te zeer in herhaling te vallen. Daar komt dan nog bij dat de gestelde vraag dwingt tot een nogal persoonlijke zoektocht en bijdrage: wat heeft deze onderzoeker gedaan of juist niet gedaan met wat er allemaal veranderd is in het recht? En waar haal ik vervolgens de arrogantie vandaan om mijn denken misschien niet helemaal te laten leiden door wat in wetgeving en rechtspraak gewijzigd is? Wat mij over de streep heeft getrokken om die moeite toch te willen en kunnen overwinnen, was mijn toezegging aan Niels. Het resultaat? Een juridisch getint verslag van een persoonlijke zoektocht...

2. Verdere opzet

De twee hiervoor genoemde, aan mij voorgelegde vragen zal ik hierna elk apart bespreken, maar niet nadat ik eerst in paragraaf 3 in steekwoorden de kern van mijn proefschrift heb weergegeven. De eerste vraag (reflecteren op de rechtsontwikkeling sinds het verschijnen van het proefschrift) bespreek ik op hoofdlijnen in paragraaf 4, want een uitvoeriger antwoord zou zoveel details vergen dat een half nieuw boek, of een tweede druk van het oude boek, zou moeten worden geschreven. En daar voel ik niet voor. De tweede vraag (de ontwikkeling in de geest van de auteur) probeer ik iets uitvoeriger aan te pakken, in paragraaf 5, juist om te laten zien waardoor of waarom mijn denken niet erg veranderd (of: niet veel verder gekomen) is. Een korte paragraaf 6 rondt deze bijdrage af.

3. De kern van het proefschrift

De kern van mijn proefschrift wordt gevormd door de theorie (het theoretisch fundament) die ik in hoofdstuk XIV ontwikkelde – conform mijn doelstelling¹⁾ – om te kunnen bepalen in welk gevallen de bewijslastverdeling zou moeten afwijken van wat de hoofdregel van bewijslastverdeling zoals neergelegd in art. 150 Rv, bepaalt. Mijn theorie luidde als volgt: leidend bij het antwoord op de vraag naar de rechtvaardiging voor een bewijsrisico-omkering is het principe dat de *verwezenlijking van de materiële norm mogelijk moet blijven* (ook wel: 'effectieve rechtsbescherming' of 'waarborgen van de effectiviteit van de norm'). Op basis daarvan formuleerde ik deze centrale stelling:²⁾

'Een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisico-verdeling 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 ver-

wezenlijking 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.'

Vervolgens voegde ik daar een 'stappenplan' aan toe om te bepalen of een omkering geïndiceerd zou zijn. Nodig is a) een structureel bewijsprobleem, terwijl b) (een verzwaren van) aansprakelijkheid wenselijk is.³⁾ Uiteraard werd een en ander vervolgens nader beargumenteed en uitgewerkt, werden de voordelen geschetst en werd getracht de bestaande aanknopingspunten voor het model in de literatuur en rechtspraak bloot te leggen.⁴⁾

4. De rechtsontwikkeling sinds 26 januari 2001 in zevenmijlslaarzen

In feite was mijn proefschrift voor wat betreft de analyse van het geldende Nederlandse recht al deels achterhaald toen ik het verdedigde. Immers, op 19 januari 2001, precies een week voor die verdediging, wees de Hoge Raad het bekende arrest *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*⁵⁾ waarin hij een start maakte met het stevig aan banden leggen van de tot dan toe nogal ongebreidelde werking van de 'omkeringsregel'.⁶⁾ Dat was (in elk geval toen) mar-kant én belangrijk, omdat het thema bewijs en aansprakelijkheid in die dagen vooral gedomineerd werd door de literatuur en arresten over en de lotgevallen van die toen nog algemeen toepasbare 'omkeringsregel', hoewel ik in mijn boek (wonderbaarlijk genoeg, achteraf...) eigenlijk maar drie van de 528 pagina's aan die regel besteed heb. Dat die tot dan toe als ruim gepercipieerde toepassing van de 'omkeringsregel' uiteindelijk niet zou kunnen doorzetten, had ik gelukkig zien aankomen, en de beperking van de 'omkeringsregel' sindsdien tot de (aloude) gevallen van geschonden verkeers- en veiligheidsnormen, had ik gelukkig voorzien.⁷⁾ De verdere rechtsontwikkeling op dit stuk is inmiddels een betrekkelijk bekend verhaal en laat ik hier dan ook verder rusten.⁸⁾

Ook op andere van de door mij bestreken terreinen heeft het recht niet echt stil gestaan. In de inleidende hoofdstukken besprak ik allerlei procesrechtelijke kwesties, zoals de feitengaring in civiele zaken die sinds enkele jaren onder de noemer 'waarheidsvinding' enorm populair is geworden en verder is uitgedacht⁹⁾, het nieuwe stelsel van rechtsvordering van 2002 dat toen aanstaande was en nu alweer deels wordt 'doorontwikkeld' in het *Kel*-programma, met nog meer aandacht voor de regiefunctie van de rechter, de vaak ontbrekende sanctiemogelijkheden in ons burgerlijk procesrecht (dat is overigens nog steeds een probleem), de aanvullende stelplicht, welke met name via het arrest *NNE/Mourik*¹⁰⁾ verder evolueerde, de bewijswaarde-ring (waarbij schijnbaar vaker dan voorheen 'aan-nemelijkheid' als norm lijkt te volstaan) en de leer van vermoedens, inclusief *res ipsa loquitur* (benut door onder andere de Hoge Raad in de *Wilnis*-zaak¹¹⁾).

1. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Bju: Den Haag 2001, p. 3.
2. Giesen 2001, p. 450.
3. Giesen 2001, p. 451.
4. Giesen 2001, p. 451-501. Daarna volgde nog een aantal tests van het model, de bespreking van enkele knelpunten, de inpassing van het eerder besproken geldende recht en een poging om het model ook buiten het aansprakelijkheidsrecht toe te passen (Giesen 2001, p. 501-528).
5. HR 19 januari 2001, RvdW 2001/34 (Ter Hofte/Oude Monnik Motors).
6. Zie van nadien met name HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (TFS/NS), naar aanleiding van de oratie van A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Bju: Den Haag 2002.
7. Giesen 2001, p. 118, en van nadien I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley*, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne-streken over personen-schade*, Sdu: Den Haag, 2009.
8. Zie Giesen 2009, en over een deelaspect (oplossingen voor bewijsnood bij informatieplichten) nog I. Giesen & K. Maes, *Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten*, NTBR 2014/27, p. 119-132.
9. Zie A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas?*, Kluwer: Deventer 2009; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid*, Kluwer: Deventer 2011; G. de Groot, *Waarheidsvinding in het civiele (proces) recht*, in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*. Preadvies NVJ, Kluwer: Deventer 2012.
10. HR 15 december 2006, NJ 2007/203 m.nt. M.R. Mok (NNE/Mourik).
11. Zie HR 17 december 2010, NJ 2012/155 (Dijkdoorbraak Wilnis).

Vervolgens besprak ik tot in detail een aantal deel-terreinen van het aansprakelijkheidsrecht, op functioneel-rechtsvergelijkende leest, omdat op al die terreinen bewijsproblemen speelden: verkeersaansprakelijkheid, werkgeversaansprakelijkheid, productaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid, onrechtmatige mededelingen, milieuaansprakelijkheid, en ongeoorloofde mededinging. Vrijwel al die terreinen hebben aan veranderingen blootgestaan – soms groot, vaak klein – hoewel de verkeersaansprakelijkheid al jaren een zeer rustig bezit is (tot ieders tevredenheid overigens). Een enkel voorbeeld van deze veranderingen moge hier volstaan. De arbeidsrechtelijke omkeringsregel ontstond, bloeide op, en werd vervolgens weer bij gesnoeid in het arrest *Lansink*.¹² De toepasselijkheid van de (ingeperkte) ‘omkeringsregel’ in gevallen van medische aansprakelijkheid (bij behandelingsfouten) was lang een discussiepunt, totdat de Hoge Raad eind 2012 die knoop (hoewel impliciet) doorhakke.¹³ De vraag of op grond van ons nationale recht afwijking van de bewijsregel (artikel 4) uit de productaansprakelijkheidsrichtlijn is toegestaan¹⁴, is inmiddels wel zo ongeveer beantwoord doordat het HvJ EU op dit terrein uitgaat van maximumharmonisatie, waardoor nationale afwijkingen niet (langer) door de beugel kunnen.¹⁵

Los van het ene of andere specifieke hoofdstuk gebeurde er ook nog het nodige. Ik noem hier slechts dat de Hoge Raad inmiddels het arrest *N./Interpolis*¹⁶ wees, waarin kort gezegd de regel werd aanvaard dat een omkering van de bewijslast mogelijk is als de ene partij de bewijslevering door de ander frustreert en die ander daardoor in bewijsnood raakt. En verder werd natuurlijk (ook) door de rechtspraak de proportionele aansprakelijkheid ‘ontdekt’ en afgebakend, en werd de leer van het verlies van een kans (her)ontdekt.¹⁷ Tot slot, en niet onbelangrijk: het prachtige Asser Procesrecht-deel van Daan Asser over *Bewijs* verscheen in 2013.¹⁸

Gegeven de weerbarstige cassatiepraktijk was het een geluk voor de in januari 2001 nog jonge doctor in spe dat deze zijn boek niet (enkel) als een analyse van de stand van zaken over de verdeling van de ‘omkeringsregel’ of, iets breder, de bewijslast in aansprakelijkheidszaken, had opgezet, maar dat hij veeleer had gezocht naar de mogelijke rechtvaardiging(en) voor het accepteren van een uitzondering op de hoofdregel van bewijslastverdeling. Dat tilt immers zo’n boek wat verder weg van de dagelijkse stand van zaken aan de Kazernestraat. En op dat theoretisch-fundamenteel vlak, op een niveau dat net boven de (soms toevallige) stand van zaken van het geldend recht ‘zweeft’, is er mijns inziens weinig veranderd. De argumenten die ik uit de analyse van het geldend recht haalde (hoofdstuk XII in mijn proefschrift) om deze vervolgens zelf te kunnen benutten, naast de bestaande theorieën inzake de bewijslastverdeling (hoofdstuk XIII), als bouwstenen bij mijn theorievorming, zijn onveranderd. En daardoor staat die eigen theorie, en daarmee de kern van mijn denken over bewijsrisico en aansprakelijkheid, ook nog overeind, denk ik. Dat is overigens mede het geval omdat dat denken – naast de nodige kritiek – ook wel enige steun heeft

gekregen. Over beide elementen gaat de volgende paragraaf.

5. De ontwikkeling in het denken van de auteur sinds 26 januari 2001

5.1. Inleiding

Ik kondigde al aan dat ik sinds mijn proefschrift is afgerond niet heel veel verder ben gekomen in mijn eigen denken over het bewijsrisico in het aansprakelijkheidsrecht. Uiteraard zijn er vele nieuwe arresten geweest en vele nieuwe, veranderde, genuanceerde rechtsregels ontwikkeld die op deelonderwerpen van dat denken invloed hebben gehad; en ja, ik zou nu een compleet ander boek schrijven.¹⁹ Maar mijn kerngedachten van toen staan wel nog steeds, ook daar waar het geldend recht een andere koers is gaan varen (de Hoge Raad is immers ook niet alwetend...).

Speculerend over de mogelijke redenen voor die op het eerste gezicht weinig meegaande, nauwelijks tot verandering te bewegen insteek of houding, kom ik tot deze (wellicht: te) eenvoudige verklaring dat ik over het thema van de verdeling van het bewijsrisico in het aansprakelijkheidsrecht ruim vier jaar heb mogen nadenken, en dus langer dan over welk ander thema dan ook, voordien en nadien. Na die tijd was ik eigenlijk gewoon ‘uitgedacht’, klaar was met mijn denken over dit thema. Alles wat er vervolgens nieuw gebeurde, kon en kan feilloos ingepast worden in dat door en door ontwikkelde denkpatroon en vaststaande kader, mede gefundeerd door ongetwijfeld hevige vormen van confirmation bias en status quo bias. Bovendien: sindsdien heb ik nooit meer die mate van tijd gehad om opnieuw zo fundamenteel hierop te reflecteren; en voor een zodanige mate van reflectie ontbreekt ook nu de tijd. Al met al is het dan ook niet geheel onlogisch dat de eerder gevormde gedachten stevig overeind zijn blijven staan.

5.2. Kritiek en steun nadien: een nadere afweging

5.2.1. Stevige kritiek...

Kort na de verschijning krijgt mijn proefschrift de nodige kritiek, precies zoals het hoort in het wetenschappelijke debat. Deels betrof die kritiek detailpunten, deels de kerngedachte.²⁰ Die kern was bijvoorbeeld ‘niet erg opzienbarend’, want ‘allemaal nogal logisch’, en dus was mijn pretentie om een model van de bewijslastomkering te presenteren, een ‘beetje overdreven’.

Uit dat debat van ruim tien jaar geleden put ik hier verder alleen nog die kernelementen. Ik doe dat via een wezenlijk punt dat onder andere door Visser werd besproken in *TCR*.²¹ Mijn eis van structurele bewijsnood gaat namelijk wat Visser betreft ‘te ver’, en is ‘niet goed’. Het begrip is niet werkbaar omdat het van de formulering van de onderliggende materiële norm afhankelijk is, en het is niet



Ook de rechtspraak heeft de proportionele aansprakelijkheid ‘ontdekt’ en afgebakend.



12. HR 7 juni 2013, *NJ* 2014/99 (*Lansink/Ritsma*). NB: Het arrest HR 17 november 2000, *NJ* 2001/596 (*Unilever/Dikmans*) werd gewezen nadat mijn proefschrift was goedgekeurd en reeds ter perse was.
13. Zie HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669 (*Gynaecoloog*).
14. Giesen 2001, p. 196-198.
15. Zie o.a. HvJ EU 25 april 2002, C-83/00 (*Sanchez/Medicina Asturiana*) en HvJ EU 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov*).
16. Zie HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/78 (*N./Interpolis*).
17. Zie inmiddels over beide leerstukken met name HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H Beheer*), met nadere verwijzingen naar eerdere rechtspraak. Dat die wijze van omgang met bewijsnood ten aanzien van het condicio sine qua non-verband van grote invloed is op de reikwijdte van de bewijslastverdeling op dat vlak, betoogde ik al eerder, zie Giesen 2001, p. 474-475.
18. W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013. Voordien lag er natuurlijk al de fraaie monografie *Bewijslastverdeling* (Kluwer: Deventer 2004) van zijn hand.
19. Ter adstructie: de rechtsvergelijkende hoofdstukken V-XI op p. 131 tot en met p. 407 (277 bladzijden dus, meer dan de helft van het boek...) zou ik terugkijkend niet meer in deze vorm opgenomen hebben, alleen al niet omdat vrijwel niemand (behalve wellicht de commissieleden, de recensenten, mijn promotor, mijn paranifmen, mijn moeder, Diederik Wachter en ikzelf) die ooit gelezen heeft. Ik zou overigens ook veel expliciter mijn onderzoeksvraag formuleren.
20. Ik kan hier uiteraard niet alle kritiekpunten van mijn recensenten bespreken en weerleggen.
21. Zie G.J. Visser, *Recensie, TCR* 2002/1, p. 20.



Bij wie ligt het primaat ten aanzien van privaatrechtelijke rechtsvorming?



22. Bovendien, de omkeringsregel laat zich hiermee niet verklaren. Ook Beenders' kritiek (zie D.J. Beenders, Recensie, *NTBR* 2002/10, p. 555) is dat dit model niet werkt, want de omkeringsregel is een uitzondering op de hoofdregel, terwijl in die gevallen niet altijd structurele bewijsnood meespeelt. Daar zijn we het op zich eens, maar vervolgens bewandelen we een andere route. Waar Visser en Beenders menen dat daarom mijn model niet klopt, meen ik dat het leerstuk van de omkeringsregel niet klopt. Bij die omkeringsregel had namelijk veel eerder al gebruik moeten worden gemaakt van het model (en de ratio) dat ik voorsta, dus: een omkering volgt alleen als die structurele bewijsnood er wel is, bijvoorbeeld bij een informatieverzuim. Zie nader daarover: Giesen/Maes, *NTBR* 2014/27, p. 219 e.v.
23. C.J.M. Klaassen, Boekbespreking, *WPNR* 6555 (2003), p. 882.
24. Zie HR 24 december 2010, *NJ* 2012/252 (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.9. Zo ook al, naast de al besproken reacties, Beenders, *NTBR* 2002/10, p. 554.
25. Asser deelt mijn visie op dit specifieke punt overigens niet, want wat hem betreft kan ook in een enkel, concreet geval van bewijsnood de rechter ingrijpen in de bewijslastverdeling, zie W.D.H. Asser, Boekbesprekingen, *RM Themis* 2002/6, p. 343. De daaruit volgende rechtsonzekerheid (Is er nu een algemene regel? Of slechts een incident?) was nu echter precies wat ik door middel van een model wilde reguleren.
26. Zie ook nog I. Giesen, (Dis)proportionele duidelijkheid, *NTBR* 2011, p. 150: er worden wel vaker nogal open (minder scherpe) termen benut in het aansprakelijkheidsrecht.
27. Klaassen, *WPNR* 6555 (2003), p. 882.
28. Recent nog I. Giesen, De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?, *NTBR* 2014/26, p. 217-218.
29. Asser, *RM Themis* 2002/6, p. 343.
30. Asser 2013, nr. 294, met als titel 'Omkering eist een structurele onevenwichtigheid in de rechtsbescherming'.
31. Deze zin 'loopt niet', maar is letterlijk zo opgenomen in het origineel, *IG*.

mogelijk te bepalen of de bewijsnood structureel is en dus vaak genoeg (in de meerderheid van gevallen) voorkomt.²² Met andere woorden: mijn begrippen waren/zijn niet scherp genoeg. Dat is een geluid dat ik meer gehoord heb. Zo bracht Klaassen op dit punt in haar *WPNR*-recensie naar voren dat een 'in de praktijk hanteerbaar handvat wanneer een bewijsrisico-omkering toegepast dient te worden' door mij niet is gegeven.²³

Daarbij aansluitend heeft de Hoge Raad toen de mogelijkheid zich aandiende – op voorspraak van A-G Wissink – de gedachte van structurele bewijsnood vakkundig de nek omgedraaid. Hij deed dat door in het arrest *Fortis/Bourgonje* te oordelen dat voor de vraag of proportionele aansprakelijkheid als leerstuk kan worden toegepast, niet nodig is dat er sprake is van een situatie van (kort gezegd) structurele bewijsnood, en wel omdat – opnieuw – dit onderscheid 'onvoldoende scherp' is.²⁴ Uiteraard ligt het inhoudelijke kader hier (te weten: proportionele aansprakelijkheid) wel iets anders dan in mijn bewijslast-model, maar toch... De beide thema's zijn te nauw verbonden om te kunnen trachten langs die weg nog dekking te zoeken. De conclusie is dus helder: dat de Hoge Raad in het kader van de bewijslast nog ooit gaat werken met 'structurele bewijsnood', is vrijwel uitgesloten.

Uiteraard meen ik dat die uitkomst valt te betreuren, en wel omdat het idee van bewijsnood die niet incidenteel, in een concreet geval speelt,²⁵ maar steeds weer opduikt in soortgelijke gevallen, een eerste aanknopingspunt kan bieden – overigens ook voor mogelijke gevallen van proportionele aansprakelijkheid – om te (gaan) bepalen of een ingreep in het recht (afwijken van de hoofdregel, van de status quo) nodig en rechtvaardig is. Vanuit een dergelijk concept werken, biedt uiteindelijk meer zekerheid (want: betere *ex ante* inschattingmogelijkheden voor betrokkenen), dan het in wezen hanteren van geen enkel criterium (zoals nu gebeurt). Ik zie natuurlijk ook wel in dat 'mijn' structurele bewijsnood een nogal open karakter heeft, maar ik voeg daar dan graag wel nog aan toe dat deze term toch niet zo open is als de 'redelijkheid' die in art. 150 Rv is opgenomen (en die helemaal niets zegt...)²⁶ Mijn conclusie: eigenlijk was dit idee zo slecht nog niet...

Klaassen ging in haar boekbespreking overigens nog iets verder door ook nog expliciet te maken dat mijn insteek ook niet verkieslijk zou zijn, omdat daarmee langs rechterlijke route wordt gestreefd naar de creatie of verzwaring van aansprakelijkheid. Dat zou door de wetgever via de materieel-rechtelijke of formeelrechtelijke weg moeten geschieden, *if at all*.²⁷ Ik begrijp dat standpunt en kan het zeer wel billijken, maar omdat bewijslast en materieel recht nu eenmaal nauw verbonden zijn (dat bestrijdt geloof ik niemand; in tegendeel, op dat punt is mijn boek ruim geprezen) is de mogelijkheid van verzwaring van materieel aansprakelijkheidsrecht een automatisch gevolg van het bestaan van een uitzonderingsmogelijkheid qua bewijslast (art. 150 Rv). In feite heb ik juist die mogelijkheid en de daaraan verbonden bezwaren

nader willen inkaderen door daarvoor een aantal normen ('een model', in jeugdige aio-overmoed jargon) op te stellen. Belangrijker is echter nog dat achter ons meningsverschil op dit punt in wezen een heel ander debat schuil gaat – een debat dat zich niet licht laat slechten, zeker in dit verband niet – namelijk de vraag bij wie het primaat ligt ten aanzien van de privaatrechtelijke rechtsvorming. Zoals wellicht bekend²⁸ heb ik daarin een drang richting 'de rechter', omdat 'de privaatrechtwetgever' nu eenmaal vooral stil zit maar het aansprakelijkheidsrecht intussen wel gewoon bij de tijd moet blijven; de rechter bij gebrek aan beter dus. Klaassen is daar (blijkbaar) optimistischer over.

5.2.2. En enige steun...

Los van de voorgaande poging tot weerlegging van de kritieken, verdient nog voorzichtige vermelding dat de ideeën zoals ik die ontvouwde, ook wel enige weerklank hebben gevonden. Het model 'biedt wel steun' en wijst in elk geval de weg, een 'goede weg'.²⁹ Ik geef twee voorbeelden.

Uit het deel over *Bewijs* in de Asser Procesrecht-serie blijkt dat de kerngedachte zoals verwoord in mijn boek (inmiddels) in elk geval op steun van Daan Asser kan rekenen. Hij schrijft aldaar over de rechtvaardiging van een bewijslastomkering:³⁰

'Er moet dan ook sprake zijn van een krachtig belang bij die rechtsbescherming wil een zo ingrijpende verandering van het bewijsrisico gerechtvaardigd zijn. Het kan zijn dat deze is gelegen in *structurele onevenwichtigheid* in procedures die de rechtsbescherming voor de partij die volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling frustrereert.^[31] Gedacht kan worden aan *bewijsnood die in het algemeen samenhangt met de bewijslast* volgens de gewone regels en die via een algemene ingreep in de bewijslastverdeling moet worden verlicht, teneinde de *rechtsbescherming die wordt geboden door de materiële rechtsregel* die de ingeroepen rechtsgevolgen aan de te bewijzen feiten verbindt, in een proces te kunnen effectueren. Maar het kan ook zijn dat er meer 'rechtspolitieke' argumenten zijn voor een omkering van de bewijslast, namelijk om de rechtsbescherming, zoals gezegd, *effectiever* te maken niet alleen door de bewijspositie van de partij voor wie de bescherming bedoeld is te verlichten maar ook en vooral door de wederpartij met een verzwaarde bewijspositie te stimuleren tot gedrag overeenkomstig de materieelrechtelijke norm. (...) Ook kan de *handhaving van de norm waarop de zojuist bedoelde rechtsbescherming* berust vanuit maatschappelijk oogpunt zo belangrijk zijn, dat in een proces dat op die handhaving is gericht, de partij ten behoeve van wie die rechtsbescherming in het leven is geroepen, zonder meer daarvan moet kunnen profiteren, zonder dat zij daarin belemmerd wordt door obstakels van bewijslevering en bewijsrisico. (mijn curs., *IG*)'

Die bijval is treffend, en overigens niet geheel onverwacht, omdat de gedachten in mijn boek weer direct voortbouwden op wat Asser zelf daar-

over eerder al (in 1992) had geschreven. Ik deed daarvan verslag in Hoofdstuk XIII. Het hier opgenomen citaat wekt daarbij dan wel de indruk dat Asser's gedachten zich sindsdien nader hebben ontwikkeld in de richting die ik hiervoor al geschetst heb.

Steun kwam er ook overigens ook van waarnemend A-G Hammerstein in zijn conclusie onder nr. 2.2.6, voor een arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012. Hij schrijft:³²⁾

'(...) Wellicht is het in dit verband ook nuttig om aan te sluiten bij de woorden van Bloembergen en als leidraad te nemen dat de artikelen 6:98, 6:99 en 6:101 BW nauw samenhangen en het daarom voor de hand ligt bij de oplossing van vraagstukken van onzeker causaal verband te kijken naar de beginselen die in deze bepalingen besloten liggen en niet alleen vanuit één artikel te redeneren (...) Het lijkt mij toe dat de *gemeenschappelijke ratio ligt in de gedachte van 'verwezenlijking van de materiële norm'*. (mijn curs., IG).'

Waarna Hammerstein vervolgt met een voetnoot waarin hij verwijst naar een publicatie van mijn hand die nauw aansluit bij en voortbouwt op mijn proefschrift.³³⁾ Hij wijst dus het leidende principe uit mijn proefschrift aan als de ratio van waaruit het vraagstuk van onzeker causaal verband kan worden benaderd. Dat voelde eigenlijk wel prettig, laat ik daar eerlijk over zijn.

5.2.3. Resumé

Gegeven dit alles rijst de vraag: en nu? Zijn mijn gedachten over bewijsrisicotodelingen veranderd door een en ander? Ik denk, ik vrees van niet. De kritiek is mijns inziens niet steekhoudend, zoals ik heb trachten te laten zien, en er is ook steun te vinden voor de door mij ontwikkelde wijze van denken. Kortom: ik houd vast aan dat deel van mijn proefschrift wat toen en nu (voor mij) het belangrijkste onderdeel was, de bijdrage aan de theorievorming over bewijslastverdeling, in de hoop dat van daaruit de praktijk 'gestuurd' zou worden, richting nieuwe oplossingen, nieuwe routes om bewijsnood te bestrijden.

Dat laatste is zeker ook gebeurd in de praktijk, maar niet noodzakelijkerwijs over de band van het bewijsrecht. Veeleer is de route van het materiele recht gezocht.³⁴⁾ Die keuze was ook wel logisch, na de opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'. En dat terwijl die 'omkeringsregel' juist zo een mooi vehikel had kunnen zijn voor de implementatie van mijn theorie en denkkader. Maar dan had de Hoge Raad daarvoor moeten kiezen door de ratio van de omkeringsregel (a) eerder en explicieter uit te spreken, en (b) veel meer hierop af te stemmen. Doch dat is (keer op keer) niet afdoende gebeurd.³⁵⁾

6. Afronding

Afrondend: ik ben wie ik altijd al was in het diepst van mijn (onderzoeks)gedachten over vragen van bewijs en aansprakelijkheid. Maakt mij dat een inflexibel jurist, c.q. wetenschapper? Iemand die niet meegaat met de tijd, met veranderingen die onvermijdelijk zijn? Wellicht, ik sluit het niet uit. Maar wellicht ook niet, misschien was mijn denkcapaciteit op dit terrein 'op', was mijn denkproces wel gewoon 'klaar', en misschien evolueert het (privaat)recht eigenlijk ook wel niet zo heel snel, zodat de privaatrechts-wetenschapper ook de nodige tijd krijgt om bij te draaien. Het antwoord op de vraag weet ik niet; het ongetwijfeld onbedoeld confronterende van Niels' vraag voelde en voel ik echter nog wel. Ook na afronding van het voorgaande.



**Nieuwe routes om
bewijsnood te
bestrijden.**



32. Zie voor de conclusie ECLI:NL:PHR:2012:BX8349, en voor het arrest zelf HR 14 december 2012, NJ 2013/236 m.nt. S.D. Lindenbergh (Hersenbeschadiging).
33. Zie zijn verwijzing naar Giesen 2009 (I. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Sdu: Den Haag 2009, p. 82-83).
34. Zie ook Giesen 2001, p. 473-475.
35. Zie recentelijk nog HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Gynaecoloog). Voordien al Giesen 2009, p. 83.