

Het Vermoeden

Vermoedens vormen een onmisbaar bestanddeel van het recht. Soms leidt dat tot geduifde gevolgtrekkingen. Hoe komt een teen in een pak pruimtabak?

'We can imagine no reason why, with ordinary care, human toes could not be left out of chewing-tobacco, and if toes are found in chewing-tobacco, it seems to us that somebody has been very careless'.¹

De rechter besluit tot onzorgvuldigheid op grond van zijn ervaring dat tenen niet in pakken pruimtabak belanden zonder dat sprake is van nalatigheid. Simpel gezegd: *res ipsa loquitur*. De zaak spreekt voor zichzelf. Dit argument behoort al sedert 52 vóór Chr. tot de standaarduitrusting van de waerpleiter. Tijd en plaats van het gevecht waarbij Clodius door Milo is gedood, maken het zozeer waarschijnlijk dat Milo is belaagd door Clodius, en niet omgekeerd, dat de conclusie voor de hand ligt. Milo kan zich beroepen op noodweer.² Of deze oerversie van het *res ipsa*-argument de rechters overtuigd heeft, zullen we nooit weten. Door het gejoel van de aanhangers van Clodius moest Cicero de mondelinge voordracht van zijn pleidooi voortijdig staken. Milo heeft het in ieder geval raadzaam geoordeeld de uitslag van het proces niet af te wachten, doch de wijk te nemen naar Zuid-Frankrijk, waar vooral de vissoep hem zeer beviel. Vermoedens kunnen op welsprekender wijze worden ontkracht dan door gejoel. Vermoedens zijn naar hun aard *weerlegbaar*. Onweerlegbare vermoedens zijn geen vermoedens. 'Is een bezitter eenmaal te goeder trouw, dan wordt hij geacht dit te blijven' (art. 3:118 lid 2 BW). Hier spreekt de wet geen vermoeden uit, maar formuleert zij een regel van mateneel recht: latere bekendheid met een gebrek in zijn rechtsverwerving deelt de bezitter niet.

De weerlegbaarheid van het vermoeden is geen teken van zwakte. Integendeel, in de mogelijkheid het vermoeden te ontzenuwen schuilt merkwaardigerwijs zijn kracht. Zo wordt een potentiële bedreiging van de rechterlijke nachtrust afgewend. Rechters mogen aan hun beschikking slechts feiten ten grondslag leggen die 'zijn komen vast te staan' (art. 176 Rv.). De omstandigheid dat feiten in het geding zijn komen vast te staan, biedt echter geen garantie dat die feiten zich ook werkelijk hebben voorgedaan. Op dit punt is er geen verschil tussen vermoedens en bewijs door getuigen. Ook in het

laatste geval bestaat geen volstrekte zekerheid, doch slechts meerder of mindere geloofwaardigheid. Kunnen de opvarenden van De Eendracht beweegredenen hebben gehad om, in strijd met de waarheid, de zaak aldus voor te dragen dat niet De Eendracht, maar De Twee Gezusters, zo plotseling van koers veranderde dat een aanvaring niet meer te vermijden viel?

In een civiel geding kwalificeert een voldoende mate van waarschijnlijkheid de feiten reeds om door de rechter als vaststaand te worden aange-merkt. Het oordeel omtrent het vaststaan van feiten berust op een afweging met behulp van 'the balance of probability', een metafoor van Anglo-Amerikaanse origine die duidelijk maakt dat twijfel behoort tot de vaste bestanddelen van het bewijsoordeel. Ook het onwaarschijnlijke manifesteert zich immers met enige regelmaat in ons dagelijks bestaan. De onschuldige aanwezigheid van een teen in een pak pruimtabak is wat dat betreft slechts kinderspel.

De marge van onzekerheid, die nimmer geheel valt uit te bannen, wordt tot draaglijke proporties teruggebracht door het risico, dat de vastgestelde feiten niet stroken met de werkelijkheid, zo evenwichtig mogelijk te verdelen over beide partijen. Van cruciaal belang in dit verband is de mogelijkheid het bewijs te confronteren met tegenbewijs. De slotsom dat de verzekerde de brand niet zelf gesticht heeft, omdat twee getuigen hebben verklaard dat zij te zamen met de verzekerde de nacht hebben doorgebracht, funken lichtend op de Kager Plas, kan door de verzekeraar aan het wankelen worden gebracht door aan te tonen dat een van beide getuigen toen in het Huis van Bewaring te A verbleef. Het oordeel dat de vaststaande feiten zich ook werkelijk hebben voorgedaan, wordt steviger als de partij die er belang bij heeft dat die feiten *niet* vast komen te staan, de kans heeft gehad dat oordeel te ontkrachten, maar daarin niet is geslaagd. Procederende partijen gunnen elkaar steeds gaarne het nadeel van de twijfel. Zij zullen betogen dat de bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, rust op de ander, hetgeen betekent dat die ander het proces verliest, zo hij niet een slaagt twijfel aan de juistheid van zijn lezing van het gebeurde weg te nemen. Eiser voert aan dat de aanwezigheid van een metalen voorwerp in zijn lichaam, ter plekke waar kort tevoren een operatie is uitgevoerd, het vermoeden wettigt dat de opererende arts een

¹ Cook, P.J. in *Pillars v Reynolds Tobacco Co*, geciteerd door Prosser & Ke-

ton, Ch. 6, par. 4.

² Cicero, *Pro Milone*, XX, 53.

kunsthout heeft gemaakt, en dat derhalve op de arts de last rust te bewijzen dat dit niet het geval is. Wie erin slaagt de rechter te bewegen het bewijs aan de ander te gunnen, heeft de buit al bijna binnen. Toch is het nog te vroeg om achterover te leunen, comfortabel gezeten onder het motto: *ask me no questions, and I will tell you no lies*. Het verlangen de bewijsrisico's zo evenwichtig mogelijk te verdelen over beide partijen, wordt uiteraard niet gerealiseerd wanneer de bewijslast eenvoudigweg wordt 'omgekeerd', dat wil zeggen wordt overgeheveld naar de andere partij. Ter verlichting van het gewicht van de bewijslast is dan ook gezocht naar andere compenserende maatregelen.

In de eerste plaats heeft dit geleid tot het verlaten van het uitgangspunt dat stelplicht en bewijslast een vaste combinatie vormen, en wel aldus dat in geval van betwisting van de gestelde feiten de stelplicht onveranderlijk wordt gevolgd door een opdracht die feiten te bewijzen. De wetgever spreekt in art. 3:118 lid 3 BW ten aanzien van bezitters het vermoeden uit dat zij te goeder trouw zijn. Dit vermoeden stoelt niet zozeer op een door langdurige ervaring bevestigd vertrouwen in het zedelijk besef van de bezittende klasse, welk vermoeden de 'have-nots' maar moeten zien te ondermijnen, als wel op de overweging dat het ontbreken van goede trouw in de regel het gevolg zal zijn van verwijfbare onbekendheid met het gebrek in de rechtsverkrijging, en het te ver zou gaan de bezitter te belasten met het bewijs van eigen onschuld. Op dit punt is er een zekere verwantschap met het strafrechtelijke vermoeden van onschuld, dat ook niet berust op de ervaring dat verdachten het hun verweten strafbare feit in de regel niet hebben gepleegd. Integendeel, het 'vermoeden' van onschuld wordt pas operationeel als sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit. Dan wordt immers het beginsel in stelling gebracht dat niemand gehouden is aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Dit beginsel speelt in het strafrecht een aanmerkelijk dominantere rol dan in het burgerlijk recht. Van een koper van een – naar achteraf blijkt verduisterde – auto mag worden gevergd dat hij, indien zijn goede trouw wordt betwist, aangeeft op welke wijze hij de autopapieren heeft onderzocht ter controle van de bevoegdheid van de verkoper. In het verlengde van deze stelplicht ligt voor de koper evenwel niet de bewijslast ter zake van de juistheid van zijn stellingen in het verschiet. De revindicerende eiser zal hun onjuistheid hebben te bewijzen.³ Toch krijgt de stelplicht van de koper hierdoor niet een vrijblijvend karakter. Het bewijs van de onjuistheid van het gestelde kan de rechter putten uit vermoedens. Naarmate de beweringen

van de koper onwaarschijnlijker zijn, zullen die vermoedens aan overtuigingskracht winnen.

In de tweede plaats valt nog te wijzen op het volgende. Het bewijsrisico van de partij die profiteert van een vermoeden wordt weliswaar verlicht doordat zij het van haar gevergd bewijs geleverd heeft, behoudens weerlegging door de wederpartij, maar dat betekent niet dat de bewijslast wordt omgekeerd. Indien een procespartij voorhands succes heeft met haar betoog dat de feiten onmiskenbaar wijzen op een tekortkoming van de wederpartij, brengt dat niet mee dat de wederpartij wordt belast met het bewijs van het tegendeel. Ter weerlegging van een vermoeden behoeft niet te worden *bewezen* dat de bij wege van vermoeden aangenomen feiten zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan; voldoende is dat het vermoeden grondig aan het wankelen wordt gebracht. Uit een beslissing van het Duitse Bundesgerichtshof komt dit op instructieve wijze naar voren.

Eiser heeft in mei 1944 aan gedaagde opdracht gegeven twee kisten met messen en scharen te vervoeren van Duitsland naar Istanbul. In oktober 1944 bericht gedaagde aan eiser dat het vervoer geen doorgang kan vinden 'wegen der politischen Verhältnisse auf dem Balkan'. Het pakhuis van gedaagde, waar de kisten zich bevinden, wordt kort voor het einde van de oorlog getroffen door geallieerde bommen. Als in 1948 de kisten worden teruggegeven, blijkt dat de messen en scharen door roest zijn aangetast.

De appelrechter neemt bij wege van vermoeden aan dat de roestschade is ontstaan als gevolg van het wekenlange verblijf van de kisten onder het puin, en dat de schade niet zou zijn ingetreden als eiser op de hoogte zou zijn gesteld van het feit dat het pakhuis door bommen was getroffen, zodat hij de kisten daar eerder had kunnen weghalen. De appelrechter is voorts van oordeel dat dit vermoeden leidt tot een omkering van de bewijslast, en wel aldus dat gedaagde moet bewijzen dat de schade niet is veroorzaakt door het verblijf van de kisten onder het puin van het gebombardeerde pakhuis. Dit oordeel vindt geen genade in de ogen van het Bundesgerichtshof. Ter weerlegging van het vermoeden kan de wederpartij volstaan met de ontkrachting van dat vermoeden; bewijs van het tegendeel is niet vereist. Slaagt de wederpartij erin aannemelijk te maken dat een andere oorzaak zeer wel tot de mogelijkheden behoort, dan blijft de bewijslast in volle omvang rusten op de partij die hem in eerste instantie droeg. In het onderhavige geval heeft gedaagde het vermoeden van causaal verband tussen de bommen en de roestvorming effectief gedemonteerd door te wijzen op de moge-

lijkheid dat stalen voorwerpen na verloop van tijd 'spontaan' gaan roesten.⁴

Het vermoeden heeft niet de plaats gekregen waarop het recht heeft. Door de wetgever is het aanvankelijk gerangschikt onder de bewijsmiddelen (art. 1903 oud BW). Zo belandt het vermoeden geheel in de sfeer van de partij op wie de bewijslast rust. Zij kan enkele hoogst geloofwaardige getuigen voorbrengen, maar ook op propfen komen met een of meer aantrekkelijke vermoedens. De opvatting dat het vermoeden moet worden aangemerkt als een bewijsmiddel is reeds lang verlaten. In haar plaats is getreden de visie dat het vermoeden moet worden gezien als een 'methode van bewijswaardering',⁵ die hierdoor wordt gekenmerkt dat het oordeel dat het bewijs is geslaagd, langs indirecte weg tot stand komt. Het bewijs dat de installateur van een nadien geëxplodeerde gasleiding nalatig is geweest, kan worden afgeleid uit hetgeen geloofwaardige getuigen hebben verklaard met betrekking tot diens zorgeloze gedrag ten tijde van de installatie van de gasleiding; het bewijs van nalatigheid kan ook, zonder enige opheldering omtrent het doen en laten van de installateur, bij wege van vermoeden worden afgeleid uit het feit van de explosie: *ies ipsa loquitur*. Aldus opgevat, komt het vermoeden geheel te liggen binnen het domein van de rechter, die op basis van exclusiviteit is belast met de *waardering* van het bewijs.

Beide visies zijn te eenzijdig. Het vermoeden speelt in het civiele geding een rol die aanmerkelijk méér omvat. Daarbij is het voltallige procespersoneel betrokken: eiser, gedaagde en rechter. De eiser die als gevolg van de explosie brandwonden heeft opgelopen, zal om te zijnen gunste een vermoeden in stelling te kunnen brengen, moeten aanvoeren dat hoewel hij niet in staat is exact aan te geven welke keten van gebeurtenissen heeft geleid tot de explosie, het niettemin voldoende waarschijnlijk is dat de oorzaak is gelegen in nalatigheid van de installateur. De gedaagde zal om aan aansprakelijkheid te ontkomen, het vermoeden moeten ontcrachten door alternatieve scenario's te ontvouwen, waarin het ongeval het gevolg is van andere oorzaken dan door hem gepleegde verzuimen. De rechter tenslotte oordeelt. Bij voorkeur niet dan nadat hij bij gelegenheid van een inlichtingencompartie partijen indringend heeft ondervraagd omtrent hun lezing van de toedracht.

Nog in een tweede opzicht bestrijkt het vermoeden een ruimer terrein dan gewoonlijk wordt voorgesteld. Het vermoeden is niet louter een techniek ter vaststelling van *feiten*, een sprong van een bekende

naar een 'onbekende daadzaak' (art. 1952 oud). Het vermoeden overschrijdt onbekommerd de grens tussen feit en recht. De rechter leidt uit de explosie niet bij wege van vermoeden af welk *feit* haar heeft veroorzaakt, maar verbindt aan het feit van die explosie het *rechtsoordeel* dat de installateur is tekortgeschoten in de zorg die van hem mocht worden verwacht.

Voor wettelijke vermoedens geldt hetzelfde. Een werf voor pleziervaartuigen heeft in haar algemene voorwaarden haar aansprakelijkheid voor brandschade aan ter reparatie aangeboden vaartuigen beperkt. De wetgever spreekt het vermoeden uit dat dit beding onredelijk bezwarend is (art. 6:237 onder f). De werf mag echter een poging wagen dit vermoeden te ontzenuwen door de rechter ervan te overtuigen dat in dit geval een limitering van de aansprakelijkheid gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld omdat verzekering van de volle omvang van de wettelijke aansprakelijkheid wegens de heterogene risico's leidt tot ondiaaglijke premies, terwijl eigenaren van pleziervaartuigen tegen dergelijke schade verzekerd plegen te zijn onder hun casco-polis. Ook hier een soepele sprong van de feiten naar een conclusie omtrent het recht.

Het vermoeden, dat ten opzichte van consumenten een in algemene voorwaarden opgenomen exoneratie onredelijk bezwarend is, berust op de gedachte dat de wettelijke bepalingen met betrekking tot de verplichting tot schadevergoeding 'prima facie een redelijke verdeling van risico's tussen ondernemers en consumenten te bewerkstelligen'⁶ en dat het aan de ondernemer is om aan te tonen dat deze wettelijke bepalingen in het gegeven geval niet tot behoorlijke resultaten leiden. Hier verleent de wet zichzelf de status van vermoeden. Dat het niet gaat om een uitzonderlijk fenomeen, blijkt uit art. 6:2 lid 2: een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens de wet geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Tussen schuldeiser en schuldenaar geldt de wet, inclusief haar dwingendrechtelijke bepalingen, slechts als weerlegbaar vermoeden.⁷ Door de feiten voldoende krachtig te laten spreken en daaraan een 'onaanvaardbaar' te ontlokken, kan zelfs dwingend recht tot zwijgen worden gebracht.

Vaststaande feiten, dwingend recht; slechts één zekerheid bieden zij: vermoedelijk recht.

JHN

4 BGHZ, 2, 1

5 F.G. Scheltema, *Bewijsrecht*, p. 85

6 Paul Giesch, *Inv. W.* 6, p. 1735

7 Vgl. in dit verband de beschouwingen van W.L. Valk over 'de zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel' in

'Als een goed huisvader', Deventer 1992, p. 45 e.v.