

# Bewijs, tegen(deel)bewijs en rechtelijke vermoedens

Henk Sijnders<sup>1</sup>

## 1. Non liquet, amice?

Wat te schrijven in een *liber amicorum* voor mijn goede vriend en pianotriegenoot Daan Asser? Het leek goed om een onderwerp aan te pakken waarover wij van mening verschillen. Zo gezegd, zo gedaan, leek het, maar zo gemakkelijk was het niet. Mijn *personal assistant*<sup>2</sup> zocht uitvoerig in *Legal Intelligence (LI)* naar passages in Assers werk met aanduidingen als 'Anders (H.J.) Sijnders'. Daar kwam niets uit en dat had ik kunnen weten, want Asser is te elegant om mij in zijn eigen werk zo neer te zetten. Een derde kan zich wel zonder enig bezwaar van een dergelijke aanduiding bedienen en zo stuitte ik op de conclusie van A-G Wattel voor (vooral) het Aardbevingsschade-arrest.<sup>3</sup> Ik citeer de A-G:

*“De literatuur verschilt van mening over de vraag of bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens het tegenbewijs bewijs van het tegendeel van het vermoeden moet inhouden.”<sup>269</sup>*

In noot 269 lezen wij dan:

*“In bevestigende zin Asser Procesrecht/Asser 3 2017/266, R.J.B. Boonekamp, in: W.L. Valk e.a. Stelplecht en bewijslast, 4.3.2, A. Hammerstein, W.D.H. Asser en J.E. van de Bunt, Advies uitgebracht aan de Nationaal Coördinator Groningen e.a., 13 oktober 2017. Zie anders H.J. Sijnders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, NJB 2015/1902.”<sup>4</sup>*

<sup>1</sup> Prof.mr. H.J. Sijnders is honorair hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> Student Gerhard Poolman, die ik hierbij ook dankzeg voor zijn overige ondersteuning.

<sup>3</sup> HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *RvdW* 2019/914, *Gst.* 2020/5, m.nt. R. Stijnen, *JA* 2020/1, m.nt. F.T. Oldenhuis en M.C. Gozoglou (*Aardbevingsschade Groningen*). Vermeld worden alleen de annotaties waarin het bewijsvermoeden wordt behandeld.

<sup>4</sup> Anders ook (zij het met verschillende nuanceringsen): R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg 2011, Deventer: Wolters Kluwer 2011 sub 5.6.5; H.W.B. thoe Schwarzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, 4<sup>e</sup> druk, *Apeldoorn/Antwerpen: MAKLU* 2013, p. 24, 140 en 240; Sijnders, Klaassen & Meijer, 6<sup>e</sup> druk, 2017/214; Hugenholtz & Heemskerk, 25<sup>e</sup> druk, 2018/102. Zie eerder W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr.3), Deventer: Kluwer 2004/46, waar hij niet steeds bewijs van het tegendeel eist; zie ook nr. 40 e.v., l.c., voor een uitvoerige opsomming van wettelijke bewijsvermoedens, waarvoor deels toch ook uitzonderingen zouden dienen te bestaan.

Eureka, althans ten aanzien van de probleemstelling van deze bijdrage! De vraag is dus of bij een wettelijk of jurisprudentieel vermoeden – samengevat een *rechtelijk* vermoeden – tegenbewijs slechts afdoende is, indien dit bewijs van het tegendeel van het vermoede feit behelst (de zogenoemde onweerlegbare vermoedens zoals die van art. 3:118 lid 2 BW die zich in het geheel niet voor tegenbewijs lenen maar feiten eenvoudigweg fixeren,<sup>5</sup> blijven hier buiten beschouwing). Aan mij de taak een poging te doen om duidelijkheid te verkrijgen ten aanzien van dit punt van debat. Asser zelf schrijft hier met name het volgende over:<sup>6</sup>

*“Bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens<sup>9</sup> zal het tegenbewijs dat zich richt op het feit dat langs die weg bij voorbaat in het proces als vaststaand heeft te gelden, moeten bestaan uit het bewijs van het tegendeel. De rechter is immers op grond van de wet of de rechtspraak op grond van het vermoeden verplicht het feit als waar aan te nemen en is eerst van die verplichting ontslagen als naar zijn overtuiging vaststaat dat het feit zich niet heeft voorgedaan. In dit geval draagt de partij die dit bewijs heeft te leveren dus het risico van non liquet – blijvende onduidelijkheid – ten aanzien van het tegendeel. (...) Dit alles moet worden gezien in het licht van het volgende. De wetgever of rechter (Hoge Raad) hebben (bedoeld zal zijn: heeft; HJS) bij het scheppen van een vermoeden versterking beoogd van de effectiviteit van de norm die de partij die van het vermoeden profiteert, aan zijn vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Dit is grond voor de rechter om niet al te snel aan te nemen dat het tegenbewijs het vermoeden heeft ontzenuwd. In dit verband moet ook hier gesignaleerd worden dat hierdoor wettelijke of algemeen jurisprudentiële vermoedens op de verdeling van het bewijsrisico een uitwerking hebben die niet of weinig verschilt met het effect van de omkering van het bewijsrisico, want bij omkering is ook in principe sprake van bewijs van het tegendeel.”<sup>12</sup>”*

In noot 9 bij deze passage lezen wij dan:

*“Zie over tegenbewijs tegen vermoedens ook H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, NJB 2015/1902, met een wat andere opvatting dan hier verdedigd.”*

Naar het zich laat aanzien, duidt Asser hier op de volgende passage (die ik zonder noten citeer):

*“Het Nederlands recht kent vier soorten vermoedens:*

- a. processuele vermoedens zoals het vermoeden dat indien een partij zich beroept op een contract, maar dit bij betwisting niet overlegt, er wel geen contract zal zijn;*
- b. (andere) feitelijke vermoedens zoals het vermoeden van (uitlokking van) brandstichting in het geval een verzekerde die huisbrandschade vordert, de dag voor de brand allerlei waardevolle goederen uit zijn huis haalt en olie-jerrycans op zolder heeft staan, terwijl de brand van boven blijkt te zijn begonnen;*
- c. wettelijke vermoedens zoals het vermoeden van artikel 3:119 BW dat de bezitter eigenaar is;*

<sup>5</sup> Vgl. bijv. Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/299.

<sup>6</sup> Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/266.

d. *jurisprudentiële vermoedens zoals het vermoeden dat onder bepaalde condities causaliteit tussen een daad en de geleden schade wordt verondersteld (...). Het verschil tussen de typen a. en b. enerzijds en de typen c. en d. anderzijds is dit, dat de eerste twee typen vermoedens uitsluitend berusten op de concrete feiten zoals de rechter die van zaak tot zaak vaststelt, en dat de twee laatste typen hun grondslag vinden in rechtsregels (regels van geschreven respectievelijk ongeschreven recht); die laatste twee typen laten zich dan ook aanduiden als rechtelijke vermoedens in tegenstelling tot de eerste twee die als feitelijke vermoedens zijn aan te duiden. Alle vermoedens hebben gemeen dat zij de bewijslast niet omkeren maar wel een geweldige steun vormen in de rug van degene die de bewijslast heeft in die zin dat het bewijs door het vermoeden geacht wordt geleverd te zijn behoudens tegenbewijs.”*

Daan Asser heeft, evenals de Romeinse redenaar Cicero, iets met de term *non liquet*<sup>7</sup> (alleen al Asser *Procesrecht/Asser 3* 2017 levert bij een zoekopdracht in LI 15 vindplaatsen op). Zie ook het bovenstaande citaat uit dit werk. Gelukkig legt hij ons uit wat hij er mee bedoelt: blijvende<sup>8</sup> onduidelijkheid. Op dit punt dus geen *non liquet*, maar hoe nu te denken over de zojuist geformuleerde kernvraag? Hier wel een *non liquet*? Daarover nadenkend stuitte ik op de fundamentele, prealabele vraag wat bewijzen nu precies is. Ook op dit punt een *non liquet*?

## 2. Bewijs en tegen(deel)bewijs (eerst in debat met de Hoge Raad dan met Asser)

Asser en ik zijn het er ongetwijfeld over eens dat het materieel bewijsrecht voor civiele zaken niet het eenvoudigste deel van ons recht vormt, zeker na herlezing van onze eigen, zojuist geciteerde passages.

Complex is reeds de vraag wat bewijs en bewijzen nu precies inhouden. De grote lijn is hier duidelijk. Ik citeer weer Asser:<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Liquere = niet duidelijk zijn. Op het gevaar af door de rijkelijk klassieke geschoolde jubilaris terechtgewezen te worden, verwijs ik voor de achtergrond naar de Romeinse tijd van Cicero waarin juryleden in strafzaken konden stemmen door middel van plankjes met letters; zij konden kiezen tussen de letters A (*absolvo*), C (*condemno*) en N L (*non liquet*). Zie hierover Cicero, *Pro Aulo Cluentio Habito*, xxviii, 76 en voor een Engelse vertaling hiervan bijv. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Cic.Clu.28.76&lang=origin>. Zie verder bijv. Alfred J. Church, *Roman life in the days of Cicero*, Frankfurt a.M.: Outlook Verlag 2018 (reproductie), p. 45 (oorspronkelijk New York: Biblo & Tannen 1968, p. 99).

<sup>8</sup> Het 'blijvende' ziet kennelijk op de context van het *non liquet*: het proces ten overstaan van een gerecht, waarover bijv. Church t.a.p. Ik gebruik de term *non liquet* in de zin van blijvende onduidelijkheid in dit artikel ook voor andere debatten, zoals het onderhavige.

<sup>9</sup> Asser *Procesrecht/Asser 3* 2017/264; zie ook bijv. nr. 265-266. Zie bijv. voorts ook H.W.B. thoe Schwarzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, 4<sup>e</sup> druk, Apeldoorn/Antwerpen: MAKLU 2013, p. 13 (het gaat erom dat de waarheid van een feit 'de rechter is aangetoond'), Snijders,

*“De rechter moet tot de overtuiging raken dat de te bewijzen feiten waar zijn. (...) Geen absolute zekerheid hoeft de rechter te hebben, want met een dergelijke eis zou men het menselijk kennen overvragen; de geringste mogelijkheid van een vergissing blijft altijd bestaan.”*

Moelijker wordt het, wanneer men zich afvraagt of voor het bewijzen van een feit kan worden volstaan met het aannemelijk maken daarvan. De eigenaar of houder van een motorvoertuig die tot schadevergoeding wordt aangesproken op grond van art. 185 WvW (voorheen art. 31 WvW) kan als bevrijdend verweer een beroep doen op overmacht. De bewijslast daarvan berust volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op hem. Voldoende is echter volgens art. 185 WvW dat de aangesprokene overmacht ‘aannemelijk’ maakt. Sieburgh<sup>10</sup> stelt dan ook:

*“De eigenaar of houder hoeft niet te bewijzen, dat de aanrijding is te wijten aan overmacht. Overmacht behoeft slechts aannemelijk te zijn. Voldoende is, dat de rechter de overtuiging heeft, dat het ongeval aan overmacht is te wijten.”*

Als echter toch de eis wordt gesteld, zoals Sieburgh t.a.p. doet, dat de rechter van die overmacht overtuigd raakt, wat is dan nog het verschil met bewijzen? Aannemelijk maken is kennelijk wel een onsje minder zwaar dan bewijzen. Dat bevestigt de Hoge Raad in het ook door Sieburgh aangehaalde arrest over een aanrijding te Reutum:<sup>11</sup>

*“De in artikel 31 lid 1 Wegenverkeerswet gebezigde woorden ‘tenzij aannemelijk is’, welke zijn ontleend aan artikel 25 Motor- en Rijwielwet, strekken blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van laatstgenoemde wet er toe het aantonen van overmacht te vergemakkelijken. Zij verlenen de rechter bij de waardering van de te zijner beschikking staande gegevens groter vrijheid dan naar de gewone regels van het bewijsrecht in burgerlijke zaken toelaatbaar zou zijn.”*

Destijds gold nog de regel dat de rechter niet op grond van de verklaring van één getuige bewijs mocht aannemen in civiele zaken (art. 1942 (oud) BW: *unus testis*,

---

Klaassen & Meijer, 6<sup>e</sup> druk, 2017/199 (het gaat om ‘de rechter overtuigend aantonen van feiten’) en Hugenholtz & Heemskerk, 25<sup>e</sup> druk, 2018/102 (de waarheid van een feit dient voor de rechter ‘aangetoond’ te worden). Van een enigszins andere opvatting getuigt R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg 2011, Deventer: Wolters Kluwer 2011, m.n. sub 5.2-7.

<sup>10</sup> Asser/Sieburgh 6-IV 2019/288.

<sup>11</sup> HR 18 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5124, RvdW 1971, p. 294 (met onvolledige publicatie), NJ 1971/354 (met samenvatting), VR 1971/129, m.nt. Harmsen. NB Volgens de RvdW en NJ was het de heer Wickman te Haarlem, gemeente Tubbergen, die werd aangereden; het was echter de heer Wichman te Haarle, gemeente Tubbergen, zoals schrijver dezes uit eigen wetenschap bekend is. Het verheugt hem dit nu na pakweg 50 jaar recht te kunnen zetten. Zie ook bijv. HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7303, NJ 1979/508, m.nt. P.A. Stein (*De Nieuwe Pauw/Roby*) inzake art. 1623e (oud) BW; HR 8 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1797, NJ 1996/567, m.nt. H.J. Sniijders (*Tilburg/Schouten*) inzake art. 3:37 lid 3 BW.

*nullus testis*), hetgeen voor strafzaken nog steeds geldt (art. 342 lid 2 Sv). In het geval van de Reutumse aanrijding werd echter één verklaring toereikend geacht, juist omdat overmacht slechts 'aannemelijk' behoefde te zijn.

Dan echter het eerder genoemde arrest over de Groningse aardbevingsschade,<sup>12</sup> dat onder meer ziet op het vermoeden van causaliteit tussen schade aan gebouwen of werken en mijnbouwactiviteiten in het effectgebied van een mijnbouwwerk op grond van het nog tamelijk nieuwe art. 6:177a BW (geldend vanaf 31 december 2016). De Hoge Raad overweegt over dit vermoeden het volgende (het citaat is lang in verband met de volgende paragraaf van deze bijdrage):

*“2.9.2 De vijfde prejudiciële vraag stelt aan de orde welke eisen gesteld worden aan het tegenbewijs dat moet worden geleverd om het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW te weerleggen; moet het tegendeel komen vast te staan of is voldoende dat twijfel is gezaaid over de juistheid van het vermoeden?*

*2.9.3 Dit wettelijke bewijsvermoeden beoogt, blijkens de daarop gegeven toelichting van de minister, de positie van de benadeelden te versterken in discussies over het causaal verband tussen de mijnbouwactiviteiten en aardbevingsschade. Het te hulp komen van de benadeelden bij hun bewijsvoering is gerechtvaardigd geacht omdat de fysieke schade aan gebouwen en werken die gemeld wordt in Groningen, in het merendeel van de gevallen daadwerkelijk het gevolg is van bodembeweging door gaswinning.<sup>22</sup>*

*(i) 2.9.4 Het wetsvoorstel voor de invoering van art. 6:177a lid 1 BW is blijkens een brief van de minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer gedaan naar aanleiding van de wens van de Tweede Kamer om 'de bewijslast om te keren'.<sup>23</sup> Ook bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft de minister van Economische Zaken het vermoeden van art. 6:177a lid 1 BW herhaaldelijk op een lijn gesteld met 'omkering van de bewijslast' en opgemerkt dat de omkering van de bewijslast 'uiteindelijk in de vorm van een bewijsvermoeden wettelijk is ingeregeld'. Daarbij heeft hij bovendien verwezen naar voorlichting van de Afdeling Advisering van de Raad van State, waarin het bewijsvermoeden ook gekenschetst is als een omkering van de bewijslast en waarin de Raad van State duidelijk tot uitdrukking brengt dat het risico dat onzeker blijft of bodembeweging de oorzaak is van de schade, bij de exploitant ligt.<sup>24</sup> Tot slot komt in de benaming van het wetsvoorstel, en van de uiteindelijke wet, de zinsnede voor 'en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de omkering van de bewijslast bij schade binnen het effectgebied van een mijnbouwwerk'.”*

*2.9.5 Uit de tekst en de strekking van art. 6:177a lid 1 BW, alsmede uit de hiervoor aangehaalde bedoeling van de wetgever, volgt dat de exploitant het in die bepaling bedoelde vermoeden alleen dan met succes weerlegt, als hij erin slaagt te bewijzen dat de schade niet is veroorzaakt door de aanleg of de exploitatie van het mijnbouwwerk. Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet is vereist dat de te*

<sup>12</sup> HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, RvdW 2019/914, Gst. 2020/5, m.nt. R. Stijnen, JA 2020/1, m.nt. F.T. Oldenhuis & M.C. Gozoglu (Aardbevingsschade Groningen).

*bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan. Voor bewijs kan volstaan dat de te bewijzen feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk worden. Voor weerlegging van het vermoeden van art. 6:177a lid 1 BW is dus niet voldoende dat de exploitant twijfel zaait over de oorzaak van de schade.*

*2.9.6 Indien de exploitant niet erin slaagt te bewijzen dat de schade niet is veroorzaakt door de aanleg of de exploitatie van het mijnbouwwerk, draagt hij daarvan het risico. Dat geldt dus ook indien onduidelijk blijft of de schade veroorzaakt is door de aanleg of de exploitatie van het mijnbouwwerk. In die gevallen moet op grond van art. 6:177a lid 1 BW ervan worden uitgegaan dat de schade is veroorzaakt door de aanleg of de exploitatie van het mijnbouwwerk.*

*Antwoord op vraag 5*

- (ii) *2.9.7 Het antwoord op de vijfde prejudiciële vraag luidt dat, indien is voldaan aan de vereisten voor toepassing van het vermoeden van art. 6:177a lid 1 BW, de exploitant dat vermoeden alleen dan met succes weerlegt als hij erin slaagt te bewijzen – waaronder is begrepen voldoende aannemelijk te maken – dat de schade niet is veroorzaakt door de aanleg of de exploitatie van het mijnbouwwerk.”*

Hier geeft de Hoge Raad met de ene hand en neemt hij met de andere. Enerzijds kan het vermoeden van causaliteit als bedoeld in art. 6:177a lid 1 BW volgens de Hoge Raad slechts weerlegd worden door bewijs van het tegendeel: afwezigheid van causaliteit (ik kom daar in de volgende paragraaf op terug). Aldus ‘helpt’ hij de partij die de bewijslast heeft (de gelaedeerde). Anderzijds tekent hij echter heel in het algemeen aan (r.o. 2.9.5) ‘dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan [maar] kan volstaan dat de te bewijzen feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk worden’. Daarmee verlicht hij de bewijspositie van de wederpartij. In de uiteindelijke beantwoording van de betrokken prejudiciële vraag (r.o. 2.9.7) bevestigt de Hoge Raad dit nog eens, zij het iets minder algemeen dan in r.o. 2.9.5.

Zonder enige motivering wordt hier van gevestigde rechtspraak afgeweken. Men zou kunnen denken dat dit zich laat verklaren door de aard van de betrokken cassatie-procedure: het gaat immers om een prejudiciële vraag en beslissing, waar mogelijk niet een al te uitvoerig juridisch debat aan is vooraf gegaan, althans niet ten aanzien van die algemene aanduiding van hetgeen bewijzen inhoudt, maar ‘het kwaad’ was deels al wel eerder aangericht. In twee beschikkingen van 16 februari 2018<sup>13</sup> lezen wij, telkens in r.o. 3.4.3, bijna hetzelfde.:

*“dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden.”*

<sup>13</sup> HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, NJ 2018/394, m.nt. E. Verhulp in NJ 2018/396, OR 2018/50, m.nt. J.M. van Slooten, TRA 2018/49, m.nt. C.J. Frikkee, JAR 2018/72, m.nt. M.W. Koole (*Decor*); HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, NJ 2018/395, m.nt. E. Verhulp in NJ 2018/396, TRA 2018/41, m.nt. D.J. Buijs (*Bossers & Cnossen*).

Bijna hetzelfde maar niet helemaal: door het woordje ‘steeds’ in het Aardbevingschade-arrest te schrappen, krijgt de rechtsopvatting een nog generaler aanzien. Te bedenken valt hierbij dat de beschikkingen van 16 februari 2018 zien op verzoeken tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, waarop het wettelijk bewijsrecht slechts van overeenkomstige toepassing is en dat alleen tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (art. 284 lid 1 Rv). Dat de Hoge Raad deze beslissing nader zou generaliseren lag echter wel voor de hand gezien zijn expliciete verwijzing naar de onderdelen 3.24-3.25 en 3.27-3.29 van de conclusie van A-G De Bock voor de eerste beschikking van 16 februari 2018. De Bock zet t.a.p. uitvoerig en generaliserend, met name voortbordurend op haar dissertatie,<sup>14</sup> uiteen wat bewijzen behelst. Is zij dan – om de beeldspraak even voort te zetten – de ‘aanstichtster’? Daargelaten dat deze beeldspraak niet bepaald toepasselijk is op de A-G, lijkt mij dat de hier ingenomen opvatting van de Hoge Raad toch niet geheel op haar beschouwingen kan berusten. De Bock stelt in haar conclusie sub 3.22 het volgende voorop:

*“Aangenomen wordt dat de toepasselijkheid van het wettelijke bewijsrecht onder meer meebrengt dat het niet voldoende is dat feiten aannemelijk zijn, maar dat feiten moeten zijn bewezen. Dit volgt uit art. 149 lid 1, eerste volzin, Rv, waarin staat dat de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen (...) die overeenkomstig de voorschriften van afdeling 1.2.9 Rv (bewijs) zijn komen vast te staan. Het ‘komen vast te staan overeenkomstig de voorschriften van afdeling 1.2.9’ houdt enerzijds in dat betwiste feiten moeten worden bewezen, en anderzijds dat de rechter niet-betwiste feiten (op grond van art. 149 lid 2, tweede volzin, Rv) als vaststaand moet beschouwen.”<sup>49</sup><sup>15</sup>*

Geparafraseerd komt haar betoog daarna op het volgende neer. Sub 3.24 vraagt zij zich af wat dan ‘precies het verschil is’ tussen ‘het vereiste dat een feit moet zijn bewezen’ en de mogelijkheid dat ‘het feit aannemelijk is’. Algemeen wordt aangenomen dat het voor de civiele rechter voldoende is om een *redelijke mate van zekerheid* te hebben dat het betreffende feit zich heeft voorgedaan’, aldus de A-G sub 3.25 onder verwijzing naar Asser,<sup>16</sup> waaraan zij met name toevoegt dat er (dus) “geen ‘zekerheidsmeters’ [bestaan] die de rechter houvast zouden kunnen geven bij de beoordeling van de vraag of een feit aannemelijk is dan wel in voldoende mate vaststaat”. Of een ‘redelijke mate van zekerheid’ over het zich hebben voorgedaan van een feit toereikend is, lijkt een kwestie van uitleg: wat is een redelijke mate? Ik zou menen iets dat duidt op aan onomstotelijk vaststaand grenzende waarschijnlijkheid. Ook daarvan uitgaand heeft de A-G natuurlijk gelijk als zij schrijft dat zekerheidsmeters niet bestaan, maar is dat een reden om het onderscheid tussen

<sup>14</sup> R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg 2011, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

<sup>15</sup> In noot 49 haalt zij Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht 1988, p. 76-78 aan.

<sup>16</sup> *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/264. Dit is wel een groot compliment voor Asser, want Asser schrijft dat t.a.p. zonder enige bronvermelding. De waarheid van Asser lijkt hier een algemene waarheid te zijn.

vaststaan en aannemelijk zijn te laten schieten? In het recht zijn wij gewend met subtiele, min of meer graduele onderscheidingen te werken en toch knopen door te hakken. Wij kunnen niet anders met open normbestanddelen als redelijkheid, billijkheid en zorgvuldigheid alsmede nog explicieter op een gradueel onderscheid wijzende normbestanddelen als ‘kennelijk’, ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ en ‘een tekortkoming [van] geringe betekenis’.

De A-G vervolgt sub 3.26 met de gedachte dat ‘aannemelijkheid’ veeleer duidt op ‘sneller’ dan op ‘minder zeker’. Dat eerste – sneller – zal dikwijls het geval zijn, zoals met name in kortgedingprocedures. Dat aannemelijkheid ook op het laatste – ‘minder zeker’ – zou moeten kunnen duiden, betwijfel ik (afgezien van de nog nader te bespreken vermoedens). Ik vraag mij ook af of Asser dat bedoelt op de plaats die de A-G hier aanhaalt (“In dit verband wijst het gebruik van de term ‘aannemelijk maken’ op een sneller vaststellen van feiten dan in geval bewijs moet worden geleverd van die feiten.”)<sup>17</sup> Toch meent de A-G sub 3.27 dat ook bewijsnood ‘een reden [kan] zijn om te zeggen dat voldoende is dat het feit aannemelijk is’,<sup>18</sup> maar die reden komt niet plausibel voor: bewijs aannemen omdat er nu juist gebrek aan bewijs is, lijkt mij een onbegaanbaar pad, zo niet een contradictie.

De A-G tekent bij dit alles aan dat het begrip ‘feit’ in de juridische procedure ‘een zeer ruime betekenis heeft’ (3.28) en dat “[s]ommige feiten naar hun aard sterk verweven [zijn] met oordelen of interpretaties en [slechts kunnen] worden bewezen door aannemelijk te maken dat zij redelijkerwijs (...) af te leiden [zijn] uit andere, meer ‘harde’ feiten” (3.29 jo. 3.30). Bij deze beschouwingen en ook bij de gegeven voorbeelden heb ik de indruk dat die meer zien op vermoedens,<sup>19</sup> inschattingen (van schade)<sup>20</sup> en (inderdaad) kwalificaties<sup>21</sup> dan op bewijslevering van feiten anders dan door middel van vermoedens.

Al met al bieden deze beschouwingen van de A-G m.i. geen steun voor het ingenomen algemene standpunt van de Hoge Raad dat voor bewijs ‘kan volstaan dat

<sup>17</sup> Asser *Procesrecht/Asser 3* 2013/257 (kennelijk abusievelijk refereert zij aan deel 2 en nr. 258). Zo ook Asser *Procesrecht/Asser 3* 2017/257.

<sup>18</sup> Als gezegd borduurt de A-G in deze conclusie voort op haar dissertatie. Zie in samenhang met de conclusie sub 27 m.n. p. 219.

<sup>19</sup> Vgl. het door haar in noot 58 aangehaalde arrest HR 28 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1507, NJ 1995/141 (*autodiefstal*).

<sup>20</sup> Vgl. de door haar in noot 59 aangehaalde arresten HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (*Helvetia*); ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, NJ 1991/746 (*letselschade arrestant*).

<sup>21</sup> De door de A-G besproken zaak zelf vormt zo’n voorbeeld: het betreft de vraag of een werknemer ongeschikt is voor de bedongen arbeid. Vgl. de AG sub 3.30 jjs. 4.1-5. Zie ook r.o. 3.4.4-5 van HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, NJ 2018/395, m.nt. E. Verhulp in NJ 2018/396, TRA 2018/41, m.nt. D.J. Buijs (*Bossers & Cnossen*) en r.o. 3.3.4 HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045, NJ 2018/396 m.nt. E. Verhulp (*arts-microbioloog*) inzake de vraag of een arbeidsverhouding verstoord is. Vgl. in dit verband bijv. D.M.A. Bij de Vaate, TAP 2018/211.



de te bewijzen feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk worden'. Iets anders is dat bewijs met feitelijke vermoedens kan worden geleverd behoudens tegenbewijs, dat inschattingen kunnen geschieden op grond van feiten die zich lenen voor bewijs en tegenbewijs respectievelijk dat feiten die aan kwalificaties ten grondslag liggen vatbaar zijn voor bewijs en tegenbewijs. Wie zonder bewijs een feit aanneemt, omdat het voldoende aannemelijk is, slaat de deur dicht voor degene die tegenbewijs wil leveren, terwijl tegenbewijs vrij staat (art. 151 lid 2 Rv). De Hoge Raad doet dat gelukkig dan ook niet en geeft aldus vrij baan aan de mogelijkheid van en het recht op tegenbewijs.<sup>22</sup>

Intussen staat het Aardbevingsschade-arrest wel en stelt de Hoge Raad daarin 'voldoende aannemelijk worden' gelijk met 'bewijs'. Het verschil mag soms gering zijn, als men bedenkt dat bewijs geleverd kan worden met vermoedens, maar helder is het verschil wel en dat geldt niet voor die gelijkstelling. Jammer, want het komt niet verstandig voor ons stelsel van bewijsrecht met een *non liquet* op te zadelen en dat is wat we doen als we onderscheidingen als deze los laten of – grover maar wel duidelijker gezegd – verschillende gradaties van bewijslevering op een hoop gooien, op het gevaar af de mogelijkheid van tegenbewijs in sommige gevallen hiermee te elimineren. Kan de Hoge Raad echter nog wel op zijn schreden terugkeren althans zijn oordeel preciseren?

Het komt mij voor dat die ruimte inderdaad bestaat en zelfs in tweeërlei opzicht. De zinsnede in r.o. 2.9.5 dat voor bewijs 'kan' volstaan dat de te bewijzen feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk worden, leent zich voor nuancering; die zou kunnen geschieden door er bewijs door middel van een vermoeden behoudens tegenbewijs onder te begrijpen. Een andere opening biedt het woord 'voldoende' in r.o. 2.9.5: voldoende aannemelijk maken betekent in het algemeen (met name niet in de kortgedingprocedure) dat een partij die de bewijslast heeft van een feit dit kan bewijzen door het de rechter overtuigend aan te tonen althans het zodanig aannemelijk te maken dat de rechter komt tot het vermoeden dat dit feit zich heeft voorgedaan behoudens tegenbewijs. De Hoge Raad kan bovendien strenge motiveringseisen stellen aan de beslissing van de rechter ter zake. In het bijzonder kan hij ook het passeren van een adequaat aanbod tot tegenbewijs blijven casseren. Daar blijft alle reden voor gelet op het fundamentele recht op bewijslevering, dat onder meer berust op art. 6 EVRM en enigszins onder (productie)druk staat bij de feitelijke rechter.

### 3. Weerlegging van rechtelijke vermoedens in het bijzonder

Het gaat er dus bij bewijs nog steeds om dat de rechter overtuigd wordt van het vaststaan van een bepaald feit. Dat dit dikwijls door middel van vermoedens gerealiseerd wordt, is (inderdaad) onvermijdelijk. Zo komen wij weer uit bij de vraag die in nr. 1 werd gesteld: dient voor wettelijke en jurisprudentiële vermoedens het tegenbewijs, dat zich richt op het feit dat langs die weg bij voorbaat in het proces als

<sup>22</sup> Zie andermaal HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045, NJ 2018/396, m.nt. E. Verhulp (*arts-microbioloog*), thans naast r.o. 3.3.4 ook r.o. 3.3.4-7.

vaststaand heeft te gelden, te bestaan uit het bewijs van het tegendeel? Ja, aldus de leer Asser. Wat hiervan te vinden?

Wie het Aardbevingsschade-arrest tot zich neemt, kan, hoe dan ook, niet anders concluderen dan dat voor het specifieke vermoeden van art. 6:177a lid 1 BW de leer Asser opgaat. Ik herhaal:

*“Bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens<sup>9</sup> zal het tegenbewijs dat zich richt op het feit dat langs die weg bij voorbaat in het proces als vaststaand heeft te gelden, moeten bestaan uit het bewijs van het tegendeel.”*

Gaat die leer echter meer in het algemeen op?<sup>23</sup> De Hoge Raad spitst zijn arrest toe op de tekst en vooral de geschiedenis van art. 6:177a lid 1 BW. Wellicht heeft hij zich hierbij laten inspireren door de conclusie van A-G Wattel voor het arrest onder 4.5.9, die ik nu nader citeer (zonder voetnoten):

*“De literatuur verschilt van mening over de vraag of bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens het tegenbewijs bewijs van het tegendeel van het vermoeden moet inhouden. Die vraag hoeft hier niet in het algemeen beantwoord te worden. Het volstaat te constateren dat er wettelijke vermoedens zijn die bewijs van het tegendeel verlangen zonder dat dit uit de wettekst blijkt, zoals de wettelijke vermoedens van bezit (art. 3:109 BW), van eigendom (art. 3:119 BW) en van non-conformiteit (art. 7:18(2) BW).<sup>24</sup> Hoewel bij dergelijke bewijsvermoedens het resterende bewijsrisico in theorie bij de gelaedeerde blijft, is het zo klein dat zij in de praktijk omkering van de bewijslast benaderen.”*

Al met al zou (ook) ik menen dat de leer Asser niet in zijn algemeenheid opgaat maar dat het afhankelijk is van de tekst en de strekking van het wettelijk of jurisprudentieel vermoeden of bewijs van het tegendeel dient te worden geleverd. *Au fond* geeft Asser al een aanzet tot deze nuance door het argument dat hij gebruikt voor zijn stelling dat bewijs van het tegendeel dient te worden geleverd. Ik herhaal de kern van zijn leer:

*“De rechter is immers op grond van de wet of de rechtspraak op grond van het vermoeden verplicht het feit als waar aan te nemen en is eerst van die verplichting ontslagen als naar zijn overtuiging vaststaat dat het feit zich niet heeft voorgedaan.”*

Dit argument lokt immers de vraag uit óf de wet of de rechtspraak wel een zodanig vermoeden hanteert dat de rechter verplicht is het feit als waar aan te nemen

<sup>23</sup> Een flauw antwoord op deze vraag zou kunnen bestaan uit een referte aan een lid van de Hoge Raad, dat lang geleden uitriep: de Hoge Raad heeft geen leer, dat laten we aan de doctrine over. Met de inmiddels ook rechtsvormende taak van de Hoge Raad voor ogen (vgl. m.n. art. 81 RO), zou het antwoord nog onjuist zijn ook.

<sup>24</sup> Ten aanzien van dat laatste vermoeden zou men in het licht van de wetsgeschiedenis nog kunnen denken dat geen tegendeelbewijs geleverd hoeft te worden, maar dat standpunt lijkt achterhaald door HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357, NJ 2016/148 (*Faber; in brand vliegende auto*), waarover bijv. Asser/Hijma 7-1 2019/480.

behoudens bewijs van het tegendeel. Asser toont ook enige ruimte in de geciteerde passage daar waar hij zijn leer nader onderbouwt:

*“De wetgever of rechter (Hoge Raad) hebben (bedoeld is ongetwijfeld ‘heeft’; HJS) bij het scheppen van een vermoeden versterking beoogd van de effectiviteit van de norm die de partij die van het vermoeden profiteert, aan zijn vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Dit is grond voor de rechter om niet al te snel aan te nemen dat het tegenbewijs het vermoeden heeft ontzenuwd.”*

Dit lijkt mij geheel juist. Tegelijkertijd roept de passage andermaal de vraag op óf de wet of de rechtspraak wel een zodanig vermoeden hanteert dat de rechter verplicht is het feit als waar aan te nemen behoudens bewijs van het tegendeel. Asser lijkt dat standpunt hier al af te zwakken door de terechte toevoeging dat de rechter niet al te snel mag aannemen dat het tegenbewijs het vermoeden heeft ‘ontzenuwd’; ontzenuwen kan immers nu juist minder inhouden dan het leveren van bewijs van het tegendeel, zoals Asser ons ook in de sub 1 geciteerde passage voorhoudt.<sup>25</sup>

Kortom, alle reden, dunkt mij, voor een verfijning. Met de door mij voorgestane nuance wordt een oplossing bereikt die naar goed Nederlands poldergebruik ‘ergens in het midden’ ligt. Ik ben benieuwd wat Daan Asser hiervan vindt.

Ten slotte wil ik nog even melden dat Asser iets heeft tegen een neologisme als ‘tegendeelbewijs’. Meer in het algemeen verdenk ik hem ervan dat hij niets op heeft met al die nieuwigheden. Een ‘lelijk’ woord als appellabiliteit kon voor hem nog net door de beugel (omdat het gebruik niet meer viel tegen te houden), maar bijvoorbeeld een mooi, door mij uit vele talen afgeleid woord als arbitrabiliteit werd onverbiddelijk door hem weggesabeld.<sup>26</sup> Ik had dit incident al verdrongen totdat ik bij Asser het volgende las:

*“Het gebruik van het begrip ‘tegendeelbewijs’<sup>8</sup> als technische term met een bepaalde betekenis kan beter worden vermeden, omdat het te vaag is ten aanzien van het object waarop ‘tegendeel’ betrekking heeft.”<sup>27</sup>*

Lijdt de door hem wel gebruikte term ‘tegenbewijs’ dan niet aan hetzelfde manco? Gaat het er inderdaad niet juist bij beide termen om dat het gebruik ervan vergezeld moet gaan van een aanduiding van de feiten waar het betrekking op heeft? Geen *non liquet* op dit punt, zou ik zeggen. Ik ben benieuwd of er nu wel blijvende duidelijkheid komt op het punt van de kernvraag die ons in deze paragraaf bezig hield en natuurlijk ook ten aanzien van de prealabele, in nr. 2 behandelde, vraag wat bewijzen nu *au fond* inhoudt. Toch wel verbijsterend dat wij ons hier nog steeds, zoveel eeuwen na Cicero, het hoofd over moeten breken.

<sup>25</sup> Zie voorts noot 3 supra.

<sup>26</sup> W.D.H. Asser & E.L. Schaafsma-Beversluis, WPNR 1995/6185, p. 394 e.v.

<sup>27</sup> Zie andermaal Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/266.