

Studiekring Normatieve Uitleg, 27 oktober 2017

1. De lijdelijkheid van de rechter is een onderwerp dat bij juristen dezelfde beelden oproept als devolutieve werking van het hoger beroep, namelijk spookbeelden. Het moderne recht kent nog steeds een zekere partijautonomie, maar de rechter behoort in de procedure binnen de grenzen van de rechtsstrijd actief te zijn. Gaandeweg is duidelijk geworden dat de rechter de regie moet hebben in de civiele procedure. In de KEI-wetgeving is de al eerder gemaakte keuze versterkt door aan de rechter meer bevoegdheden te geven en door de centrale plaats van de mondelinge behandeling. In lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad is de procedure gericht op waarheidsvinding als kern van de civiele procedure. Zie Asser/Giesen, Algemene beginselen, nr. 519. Artikel 21 is kapstok waaraan de waarheidsvinding is opgehangen. Er zijn twee grote bedreigingen waar te nemen op dit vlak. De eerste is dat in toenemende mate partijen het met de waarheid niet nauw nemen. Zonder strenge sancties helpen regels van bewijsrecht dan niet meer. De tweede dreiging is dat de rechter onder druk staat: klachten over de werklast, publicitaire aandacht voor incidenten, gebrek aan deskundigheid. Overigens: er ligt een advies over bewijsrecht en op het ministerie wordt al weer gewerkt aan vernieuwing van de civiele procedure (Modernisering burgerlijk bewijsrecht, rapport van de Expertgroep, Boomjuridisch 2017).
2. Met betrekking tot de feiten in de procedure is er altijd een spanningsveld geweest tussen rol van partijen en rol van de rechter. Partijen leggen het geschil voor en voeren de feiten aan die nodig zijn voor de beslechting daarvan. De rechter mag niet buiten de rechtsstrijd gaan. Daarmee schendt hij immers het belangrijkste beginsel: dat van recht op hoor en wederhoor. De rechter mag niet op eigen houtje een wending aan de procedure geven of informatie gebruiken die partijen niet kenden, behoudens feiten van algemene bekendheid. Zie voor een recente andere opvatting: G.C.C. Lewin, Leve de meeprocedurende rechter! Oratie 2017. In een tijd van internet en Google krijgt bewijs een nieuwe betekenis. Niemand heeft dit fraaier beschreven dan Ruth de Bock in haar proefschrift (Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, Tilburg 2011). Zij ziet materiële waarheidsvinding als een kernwaarde, maar erkent dat er altijd een marge van onzekerheid bestaat. De rechter speelt een cruciale rol bij de verdeling van de bewijslast en de waardering van het bewijs.
3. Wat de bewijslast betreft geeft artikel 150 Rv een tamelijk strakke regel en is de uitzondering van de redelijkheid en de billijkheid in de jurisprudentie beperkt, HR 9 september 2005, NJ 2006/99. Ik verwijs natuurlijk graag naar het Asser-deel Bewijsrecht van Daan Asser waarvan binnenkort een nieuw druk verschijnt. Artikel 150 verwijst ook naar bijzondere regels en die vinden we in het materiële recht. Zie Boonekamp en Valk, Stelplicht en bewijslast, 2017. Een zuiver voorbeeld is te vinden in artikel 6:99 BW. Als aan de voorwaarde van dit artikel is voldaan (schade kan het gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen) dan moet de veroorzaker van een van de gebeurtenissen bewijzen dat de schade niet het gevolg is van de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is. Dit is tegendeelbewijs en vergt dus een omkering van de bewijslast.

4. De rechter komt echter meestal niet toe aan een bewijsopdracht. Soms is een feitelijke stelling onvoldoende betwist. Feiten staan dan vast. In cassatie kan dit slecht in beperkte mate worden getoetst. Soms geven de feiten aanleiding tot gebruik van rechterlijk vermoeden of het voorshands aannemelijk achten. De partij die niet de bewijslast draagt, moet dan tegenbewijs leveren in de zin van het vermoeden ontzenuwen. In de praktijk wordt geklaagd over rechterlijke uitspraken waarin te kort door de bocht stellingen worden gepasseerd op grond van een aanvechtbare beslissing over het ontbreken van voldoende betwisting
5. Twee opvallende verschijnselen: de rechter mag aanbod tot getuigenbewijs alleen passeren als het niet ter zake dienend is of niet voldoende specifiek. Wordt er niet teveel waarde gehecht aan getuigenbewijs en past dat nog in deze tijd? Prognoseverbod wordt door de feitenrechters als knellend ervaren, maar is ook een middel tegen gemakzucht. Het past eigenlijk niet meer in een procesrecht dat regie van de rechter vereist.
6. De rechter heeft een grote vrijheid bij de waardering van bewijs, artikel 152 lid 2. In cassatie alleen toetsbaar op onbegrijpelijkheid. Vrijheid hangt samen met waarheidsvinding in civiele proces en met de ruimte die op grond daarvan aan de feitenrechter toekomt. Het vergt van de rechter wel een hoge mate van zorgvuldigheid.
7. Daartoe heeft de rechter aantal instrumenten. Artikel 22 Rv is de belangrijkste: bepaalde stellingen toe te lichten of bepaald bescheiden over te leggen. Gevolgtrekking maken die hij geraden acht als weigering niet is gerechtvaardigd. Artikel 22b: gegevens buiten beschouwing laten als belang ervan niet wordt toegelicht. Artikel 30k lid 1: toelichting geven. Art. 30l lid 2: uit weigeren te antwoorden gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Ook grote vrijheid met betrekking tot deskundigenbericht. Onheldere jurisprudentie met betrekking tot exhibitieplicht.
8. Bewijsaanbod vooral gericht op getuigen. Getuigen zijn onbetrouwbaar en ouderwets bewijs. Veel meer informatie: foto, video, facebook, mails, website, google. Bewijsrecht zou ingrijpend moeten veranderen. Veel meer aandacht voor schriftelijke verklaringen nodig. Zie trema, september 2017, Marijn van den Berg, Schriftelijke getuigenverklaringen in de civiele procedure.
9. In deze context de omkeringsregel zien. Daarover is veel geschreven, maar ik vind het boekje van A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, 2002, nog steeds een van de beste studies hierover. Zijn visie heeft invloed gehad op de Hoge Raad. Zie de arresten van 29 november 2002, NJ 2004/304 en 305.
10. In de kern gaat het om een uitzondering op de hoofdregel van art. 150. Het gaat ook om een normatieve regel en niet om een feitelijk vermoeden. Via aanvulling van rechtsgronden moet de rechter de regel toepassen. Zie Gouda/Lutz, 24 december 1999, NJ /2000/428. De regel gaat alleen over csqn-verband en niet om de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW.

11. De regel bestaat uit twee onderdelen: 1) er moet een norm geschonden zijn die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade te voorkomen. 2) en deze schade heeft zich in dit geval verwezenlijkt. In 2002 voegde de Hoge Raad toe: en als dit gevaar door de normschending aanmerkelijk is vergroot.
12. Deze toevoeging is in 2012 aan de kant gezet met de simpele overweging dat dit geen geldend recht is. In dit arrest heeft de Hoge Raad de omkeringsregel verduidelijkt: regel 2 luidt nu: degene die zich op schending van deze norm beroept ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. De Raad verwijst onder meer naar de arresten van 2002 maar verklaart niet waarom een passage daaruit nu geen geldend recht meer is. De Hoge Raad maakt wel duidelijk wat de ratio van de regel is. “In gevallen als de onderhavige is het immers, gelet op de bescherming die de norm beoogt te bieden, redelijk behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van de normschending. De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat in gevallen als het onderhavige de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, zodat .. dat verloop in die gevallen in zoverre niet door de benadeelde hoeft te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen.”
13. Hieruit volgt in de eerste plaats dat de omkeringsregel bescherming beoogt te bieden aan de benadeelde omtrent het onzekere verloop van een gebeurtenis waardoor deze schade heeft geleden als het gevaar en de kans op schade is veroorzaakt door degenen die een norm schendt die dat gevaar beoogt te voorkomen. Het spreekt vanzelf dat hiermee rechtsbescherming wordt geboden aan de benadeelde partij. Hoe Snijders in NJB 2015/1902 hierover anders kan denken, is mij niet duidelijk geworden. Vrijwel alle middelen die de rechter gebruikt in het civiele proces om de hoofdregel te “moduleren” hebben als ratio dat het bewijsrisico van de benadeelde partij moet worden verminderd om te voorkomen dat deze uitsluitend door bewijsnood niet in staat is de aansprakelijke partij te doen veroordelen tot betaling van schadevergoeding. Daar is ook niets mis mee, als de rechter bekwaam en behoedzaam oordeelt. Snijders spreekt van drijfzand maar het gaat hier over processuele rechtvaardigheid. Ik ben het fundamenteel oneens met zijn opvatting die in de kern erop neerkomt dat rechterlijke vermoedens de kans op verkeerde beslissingen vergroten. Mij lijkt juist het omgekeerde het geval.
14. De Hoge Raad heeft met de omkeringsregel en andere beslissingen, zoals die over de verzwaarde stelplicht en door eisen te stellen aan de motivering over bewijswaardering, ongetwijfeld een stelsel in het leven geroepen waarin normatief kan worden omgegaan met gevallen waarin de benadeelde op achterstand staat. De wetgever heeft dat ook gedaan met wettelijke bewijsvermoedens. In al die gevallen mag tegenbewijs geen wassen neus zijn. Juridische haarkloverij behoort hier achterwege te blijven. Met betrekking tot de omkeringsregel is een hoop kloverij te ontwaren die wat mij betreft ieder belang ontbeert.

15. Op 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008, heeft de Hoge Raad in een drieformatie op een nogal wonderlijke wijze de omkeerregeling niet toepasselijk geacht. De Hoge Raad overweegt: “De klacht stuit reeds af op het gegeven dat niet is komen vast te staan dat de vermeende normschending ertoe heeft geleid dat het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogde te bieden zich heeft verwezenlijkt. Dat is, zoals Lock opmerkt in JBPr 2017/48, een redenering die zichzelf in de staart bijt. Omdat het een drieformatie is, behoeft niemand zich hierover verder zorgen te maken, maar het bevestigt wel dat de omkeringsregel ook als een spookbeeld kan worden beschouwd. En passant wordt nog vermeld dat tegenbewijs hier betekent: aannemelijk maken, en ook dat versterkt de omkeringsregel niet.

16. De bewijsverlichting heeft ook belangstelling van de Europese rechters. Zie NTBR 2017/36, annotatie van G.M. Veldt en A.E.C. Wissink, Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico’s. Het ging om een vraag van de Franse Cour de Cassation over de uitleg van richtlijn 85/374. Het hof verlangt voor een vermoeden wel “ernstige, precieze en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen”.

Arnhem, 3 november 2017.

Fred Hammerstein