

**ADVIES
UITGEBRACHT
AAN DE
NATIONAAL COÖRDINATOR GRONINGEN E.A.**

A. HAMMERSTEIN

W.D.H. ASSER

J.E. VAN DE BUNT

13 OKTOBER 2017

DEEL I INLEIDENDE OPMERKINGEN

1 Inleiding

1.1 Opdracht aan de commissie

De Nationaal Coördinator Groningen (NCG) heeft bij ongedateerde brief van eind juli 2017 aan mr. A Hammerstein, prof. mr. W.D.H. Asser en mr. dr. J.E. van de Bunt (de commissie) verzocht een schriftelijk advies te geven op basis van een aantal in deze brief gestelde vragen. Hij heeft dit verzoek gedaan mede namens Groninger Gasberaad, Groninger Bodembeweging, twaalf gemeenten uit het aardbevingsgebied, de provincie Groningen en het Rijk (Ministerie van Economische Zaken) (tezamen met de NCG: de opdrachtgevers).

1.2 Onderzoek door de commissie

1.2.1 De totstandkoming van het advies

De commissie heeft bij brief van 17 augustus 2017 haar werkwijze bekend gemaakt. Op verzoek van de commissie heeft de provincie Groningen gezorgd voor logistieke ondersteuning van de werkzaamheden zonder dat de provincie daarmee bij de inhoud van het advies is betrokken.

De commissie heeft besloten te beginnen met het verzamelen van informatie van zoveel mogelijk betrokkenen. Daartoe heeft zij (vertegenwoordigers van) de opdrachtgevers, de Arbitrer bodembeweging en de NAM (zie Bijlage 5) gehoord. Dat heeft plaatsgevonden op 24 augustus en 4 september 2017.

De commissie heeft voorts alle betrokkenen de gelegenheid gegeven schriftelijk voorstellen te doen voor de beantwoording van de vragen. Daarvan is gebruik gemaakt door Jenne van der Vinne (arbitrer bodembeweging), Jelle van der Knoop (Groninger Bodembeweging) en Susan Top (Gasberaad).

Op 11 september 2017 heeft de commissie een concept-advies opgesteld en toegezonden aan de opdrachtgevers, de Arbitrer bodembeweging en de NAM.

Op het concept-advies is vervolgens schriftelijk commentaar geleverd door de Arbitrer Bodembeweging (AB), de Nationaal Coördinator Groningen (NCG), de NAM, het ministerie van Economische Zaken (EZ) en (gezamenlijk) de Groninger Bodembeweging (GBB), het Groninger Gasberaad, de Gemeenten en de provincie Groningen (GBB en andere organisaties).

Op 2 oktober 2017 heeft de commissie een hoorzitting gehouden waarbij alle voormelde instanties zijn gehoord. De commissie heeft daarbij vragen gesteld ter verduidelijking van de commentaren en de gelegenheid gegeven tot het maken van opmerkingen.

5 Andere vragen van de regio en vragen van de NCG

5.1 Inleiding.

De ons gestelde vragen, die afkomstig zijn van de regio en van de NCG zelf, zijn opnieuw volgens onderwerp gegroepeerd en waar nodig voorzien van een nieuwe nummering, waarbij telkens de oude nummering wordt vermeld alsmede de bron van de vraag (regio of NCG).

Door de NCG is een aantal juristen geraadpleegd, genoemd in de opdracht, nl. prof. dr. J. Spier, prof. mr. dr. H.E. Bröring, mr. G. J. Visser, mr. F.W.H. van den Emster en de ondergetekende Asser. In de bijlage bij de opdracht zijn citaten opgenomen uit de opmerkingen die deze juristen hebben gemaakt. Het zijn citaten van prof. Bröring, ondergetekende Asser, en mr. Visser. In verband met de opmerkingen van mr. Visser heeft de NAM aan de commissie inzage verschaft in twee in die opmerkingen genoemde adviezen van prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans. In de opdracht is mede de vraag gesteld (vraag 7 van de regio) of de in de citaten voorkomende opvattingen met betrekking tot het bewijsvermoeden worden onderschreven en zo ja, op grond waarvan en zo neen, waarom niet. Wij zullen deze vraag herformuleren en waar relevant ook elders ingaan op de geciteerde opmerkingen. Het zal duidelijk zijn dat de opmerkingen van Asser daarbij niet worden meegenomen omdat voor zijn opmerkingen in de plaats komt wat hierna volgt.

Hierna wordt eerst aandacht besteed aan vraag betreffende de reikwijdte van het bewijsvermoeden (par. 5.2), vervolgens aan vragen die verband houden met de in het protocol voorziene procedures (par. 5.3), vragen betreffende de regels voor de schadevaststelling, met name in verband met versterking en waardevermeerdering (par. 5.4) en ten slotte enkele andere vragen (par. 5.5).

5.2 Reikwijdte bewijsvermoeden art. 6:177a BW.

5.2.1. Vraag 1 [regio]. *Mag het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW ondanks de daarin opgenomen beperking tot fysieke schade ook gebruikt worden voor immateriële schade en, zo neen, op welke wijze(n) kan eventueel hetzelfde resultaat worden bereikt in verband met rechtseenheid en rechtsgelijkheid?*

5.2.1.1. *Gebouwen en werken.*

Het onderhavige wettelijke bewijsvermoeden geldt uitsluitend voor de vaststelling van de oorzaak van de fysieke schade aan gebouwen en werken als bedoeld in art. 6:177a lid 1 BW. "Werken" zijn bv. een afdak, terreinafscheidingen en infrastructurele werken (wegen, paden, energie- en waterleidingen en dergelijke).

5.2.1.2. *Aard van de schade: alleen fysiek of ook niet-fysiek?*

Het bewijsvermoeden geldt enkel voor *fysieke* schade, dat wil zeggen tastbare schade aan gebouwen en werken, zoals scheuren in muren.

Het bewijsvermoeden geldt dus *niet* voor de veroorzaking van andere soorten schade, zoals omzetschade, de waardedaling van woningen, immateriële schade zoals vermindering van woongenot, en evenmin voor schade aan auto's en inboedel. De reden hiervoor is volgens de regering dat het bewijsvermoeden wordt gerechtvaardigd doordat sprake is van een situatie waarin het grootste deel van een groot aantal soortgelijke schadegevallen het gevolg is van één oorzaak, namelijk gaswinning. Bij gevolgschade, omzetschade, waardedaling van de woning en derving van inkomsten is geen sprake van veel gelijksoortige gevallen met één duidelijke oorzaak. Deze vormen zijn minder gelijksoortig en het onderzoek naar de schade zal vaak complex zijn. Dit geldt ook voor immateriële schade. De vraag of en in hoeverre sprake is van immateriële schade als gevolg van de gaswinning, is sterk afhankelijk van het geval.

Eventueel kan er gevolgschade optreden als gevolg van de fysieke schade, denk bijvoorbeeld aan iemand die tijdelijk zijn huis uit moet vanwege reparaties en dientengevolge verhuiskosten, opslagkosten of overnachtingskosten moet maken.

5.2.1.3. *Niet-fysieke schade: het rechterlijk vermoeden.*

Het antwoord op het tweede deel van de vraag is dat, zoals door de regering tijdens de behandeling van de wet is bevestigd, de rechter steeds op grond van de in het proces gebleken feiten en omstandigheden ten aanzien van de door de benadeelde gestelde schade die niet valt onder het wettelijk vermoeden, ten gunste van de benadeelde een feitelijk vermoeden kan aannemen van het bestaan van causaal verband tussen die schade en de fysieke schade waarvoor het bewijsvermoeden wel geldt, dan wel, indien daarvoor voldoende gronden zijn, een direct causaal verband tussen die niet-fysieke schade en de gaswinning. Het bestaan van het wettelijke bewijsvermoeden kan een van de redenen zijn om ook ten aanzien van andere schadesoorten, afhankelijk van de omstandigheden, een vermoeden aan te nemen.

Bronnen: MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34390, nr. 3, p. 4 en Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 2015/16, 34390, nr. 6, p. 9; Nadere MvA I, Kamerstukken I 2016/17, 34 041, G, p. 3, 5 en 7. Zie ook T&C BW art. 177a (G.H. Lankhorst)

5.2.2. **Vraag 2 [=vraag 3 regio].** *Hoe kan het recht dat NAM op grond van artikel 6:177a BW heeft vorm krijgen zodat de bewoner daar geen last van ondervindt?*

5.2.2.1. *Informatieplicht van de benadeelde.*

De vraag doelt met “het recht dat NAM op grond van artikel 6:177a BW heeft” kennelijk op de voorwaarde die lid 2 van art. 177a de benadeelde oplegt om zich te kunnen beroepen op het bewijsvermoeden, namelijk dat de benadeelde de NAM op haar verzoek de relevante bescheiden betreffende het gebouw of werk ter inzage geeft indien de benadeelde daarover beschikt, en de NAM voldoende (“genoegzaam”) gelegenheid geeft de schade te onderzoeken.

5.2.2.2. *De opmerkingen van de door de NCG geraadpleegde juristen.*

Mr. Bröring

‘Met betrekking tot het bewijsvermoeden signaleer ik dat niet op voorhand duidelijk hoe ver de in het tweede lid van artikel 6:177a BW vervatte medewerkingsplicht voor bewoners reikt. Het “de exploitant genoegzaam gelegenheid [geven] de schade te onderzoeken” lijkt mij vrij duidelijk. Wat wordt echter in het licht van de eigen bewijspositie bedoeld met “de relevante bescheiden betreffende het gebouw of werk” ter inzage geven? Mij dunkt dat in het model van het concept, waarin op de achtergrond een rechtsbetrekking tussen NAM en bewoner blijft bestaan, weliswaar een medewerkingsplicht voor de bewoner kan gelden. Maar deze kan niet zo ver gaan dat de bewoner daarmee gedwongen wordt zijn eigen bewijspositie prijs te geven (in de publiekrechtelijke variant van de optimale oplossing – OCS als zbo / autoriteit – ligt dit anders)’.

5.2.2.3. *Een uit de gewone regel van procesrecht voortvloeiende verplichting.*

Deze verplichtingen van de benadeelde vloeien voort uit de gewone regels van het procesrecht, waarin de eiser die schadevergoeding vordert zijn stellingen moet onderbouwen teneinde de wederpartij in staat te stellen zich tegen die vordering naar behoren te verweren en tot een deugdelijke begroting van de schadeomvang te komen. Zo nodig kan de rechter de benadeelde daartoe op grond van art. 22 Rv een bevel geven en de NAM kan eventueel op grond van art. 843a Rv de benadeelde dwingen tot het verstrekken van inzage in of afschrift van de desbetreffende schriftelijke stukken waarover de benadeelde beschikt, zoals taxatierapporten, rapporten van bouwkundige keuring e.d. In elke procedure tot beoordeling van en beslissing over de schade hoort een voorziening te zijn opgenomen om deze kwestie te regelen. Voor het overige bespreekt degene die in de schadeprocedure moet beslissen of de deskundige die een oordeel over de schadeoorzaak moet geven, met de partijen welke gegevens en bewijsmiddelen aan de zijde van de benadeelde voorhanden zijn en nodig zijn voor de beslissing resp. beoordeling. De benadeelde moet daarbij medewerking verlenen maar hoeft uiteraard geen informatie te verschaffen waarover hij niet beschikt of redelijkerwijs niet kan beschikken.

5.2.3. **Vraag 3 (vraag 7 regio).** *Wanneer kan het wettelijk bewijsvermoeden van art. 6:177a lid 1 BW geacht zijn te zijn ontzenuwd?*

5.2.3.1. *De opmerkingen van de door de NCG geraadpleegde juristen.*

Mr. Bröring

'Uiteraard is de belangrijkste vraag wanneer het wettelijke bewijsvermoeden geacht kan zijn te zijn ontzenuwd. In elk geval zal het doel van het wettelijke bewijsvermoeden hier zwaar gewicht in de schaal leggen. En de ratio van artikel 6:177a BW is de bewoners serieus tegemoet te komen. Hierbij past geen benadering waarbij het bewijsvermoeden gemakkelijk kan worden weerlegd. Voorts is de redenering van betekenis dat feiten in het geding zijn die tot het bewijsdomein van NAM zijn te rekenen (vanwege de kennis – en financiële middelen – waarover NAM ook in het verleden al beschikte, tegen de achtergrond van haar wetenschap dat gaswinning tot schade kan leiden). Vanzelfsprekend bieden voorts de uitspraken van de Arbitrator houvast (ik acht het een essentiële tekortkoming dat het concept niet mede op een evaluatie van de uitspraken van de Arbitrator steunt).'

Mr. Visser

'Ik ben niet helemaal blij met hoe Sluysmans de juridische gevolgen van een wettelijk bewijsvermoeden omschrijft, het lijkt erop dat hij niet zoveel eisen stelt aan het tegenbewijs ("ontzenuwen"). Bijgaand zend ik mee kopieën uit een redelijk recent verschenen uitgave van Kluwer, waar op de pagina's 10 en 11 het beste staat omschreven wat het verschil is, zie pagina 11, onder 4.3.2 (en het gaat dan om een wettelijk bewijsvermoeden): "dan kan niet worden volstaan met ontzenuwen van het vermoeden, maar moet het tegendeel van datgene wat wordt vermoed, worden aangetoond.'

'Ernstig vind ik dat Sluysmans aan het bewijsvermoeden slechts een beperkte rol lijkt toe te willen kennen. Zo zegt hij dat het vertrekpunt voor de OCS niet de bewijslast zal zijn, maar een onderzoek door een onafhankelijke deskundige. Dat lijkt mij zeker niet goed, omdat het verschil in uitgangspunt onder andere naar voren komt bij het geven van de opdracht aan de deskundige. Wanneer uitgegaan wordt van het wettelijk bewijsvermoeden, zal mijns inziens de opdracht niet zijn: "wilt u de (geheelblanco) oorzaak vaststellen?" maar zal deze moeten zijn: "kan de fysieke schade naar haar aard redelijkerwijs het gevolg van de gaswinning zijn, en zo ja, kunt u met een behoorlijke mate van zekerheid vaststellen dat de schade ook zonder de gaswinning zou zijn ontstaan (dus een andere oorzaak heeft)?

Ook de wijze waarop Sluysmans met onzekerheid wil omgaan, lijkt me niet in overeenstemming met de gedachte achter het aan de orde zijnde wettelijk vermoeden. Vooral nu het gaat om schending van veiligheidsnorm (en daarvan is uiteraard sprake) ligt de lat voor het tegen(deel)bewijs m.i. behoorlijk hoog'.

5.2.3.2. *Inleiding.*

De vraag wanneer het *bewijsvermoeden geacht kan worden te zijn ontzenuwd* is een kernvraag ten aanzien van de werking van het wettelijke vermoeden. Het is uiteraard uiteindelijk aan degene die beslist (de rechter, het IM/de Arbitrer) om te beoordelen of zodanig overtuigende feitelijke informatie naar voren is gekomen dat het vermoeden niet standhoudt. Hierna wordt in het algemeen gesproken van 'de rechter', maar duidelijk zal zijn dat daarmee is bedoeld iedere functionaris die het bewijsvermoeden moet toepassen en heeft te beslissen over de aansprakelijkheid voor de door de benadeelde geleden schade als gevolg van de gaswinning.

5.2.3.3. *'Ontzenuwen'; twee aspecten van tegenbewijs tegen voorshands bewezen feiten.*

Feiten kunnen in een procedure op voorhand als bewezen gelden (op grond van een wettelijk vermoeden) of door de rechter op grond van bewijslevering als voorshands bewezen worden aangemerkt. Tegen dergelijke feiten is steeds *tegenbewijs* mogelijk. Als maatstaf voor de beoordeling dat het tegenbewijs is geslaagd, wordt in de rechtspraak veelal de term 'ontzenuwen' gebruikt, een vaag begrip dat weinig houvast biedt. Er kunnen twee aspecten worden onderscheiden, want 'ontzenuwen' heeft zowel betrekking op

(a) de vraag hoe ver het tegenbewijs moet gaan: moet het tegendeel komen vast te staan van het feit dat voorlopig als bewezen is aangenomen, of is voldoende dat door het tegenbewijs zoveel twijfel over dat feit is gezaaid dat dit feit niet meer kan dienen als basis voor de beslissing; als op

(b) de vraag welke maatstaf geldt voor de bewijswaardering: moeten de feiten die het voorshands als bewezen aangenomen feit weerleggen en waarop de tegenbewijslevering betrekking heeft naar de overtuiging van de rechter ook daadwerkelijk bewezen zijn of is voldoende dat zij naar het oordeel van de rechter aannemelijk gemaakt zijn. Men mag hier uiteraard ook spreken van een maatstaf voor de bewijslevering.

5.2.3.4. *Ontzenuwen (a): bewijs van het tegendeel*

Voor het slagen van de tegenbewijslevering is vaak voldoende dat door het tegenbewijs zodanige twijfel aan de juistheid van het voorshands bewezen feit wordt gewekt dat, de rechter moet vaststellen dat dit feit niet meer als bewezen kan gelden. Daarmee hoeft niet het tegendeel vast te staan, want de onduidelijkheid over wat er feitelijk is gebeurd, is in principe voldoende om de partij die bijvoorbeeld haar vordering op dat feit baseert ongelijk te geven en de vordering af te wijzen.

In enkele gevallen eist de wet (bijvoorbeeld art. 3:27 lid 3 BW) echter uitdrukkelijk bewijs van het tegendeel en is die twijfel dus niet voldoende. In de literatuur wordt dit ook aangenomen ten aanzien van feiten die door middel van een wettelijk vermoeden, zoals in art. 6:177a BW, bij voorbaat door de rechter als vaststaand moeten worden beschouwd. De

partij die zich beroept op die feiten behoeft dan van die feiten geen bewijs te leveren. Tegen die feiten moet dus bewijs van het tegendeel worden geleverd en twijfel wekken is niet voldoende om het vermoeden 'ontzenuwd' te achten. Deze visie onderschrijven wij, omdat het wettelijk vermoeden, zoals in art. 6:177a BW, de functie heeft om de partij ten gunste van wie dat vermoeden werkt, de door het materiële recht beoogde rechtsbescherming te bieden zolang niet is gebleken dat de feiten anders liggen dan het vermoeden heeft gefixeerd. In zulke gevallen heeft het wettelijke vermoeden in wezen geen andere functie dan die van een bijzondere wettelijke regel van bewijslastverdeling als bedoeld in art. 150 Rv. Het wettelijk vermoeden wijkt daarmee in aard en functie af van het *feitelijke* vermoeden van de waarheid van een feit, welk vermoeden de rechter baseert op bepaalde andere, naar het oordeel van de rechter vaststaande feiten. Dat is ook een bewijsvermoeden maar berust op een feitelijke gevolgtrekking van de rechter uit andere in het proces gestelde en vaststaande feiten. Dat vermoeden berust dus niet op een door de wetgever gemaakte keuze om de rechtsbescherming die de wet aan een procespartij biedt te versterken door een processuele maatregel als een bewijsvermoeden.

Die materieelrechtelijke rechtsbescherming, in het geval van de aardgaswinning de bescherming die met de in art. 6:177 BW neergelegde risicoaansprakelijkheid van de exploitant aan de benadeelde wordt geboden, wordt ten behoeve van de benadeelde in een proces met de exploitant versterkt met het bewijsvermoeden, om te verzekeren dat de benadeelde niet het slachtoffer wordt van een in de praktijk zeer zware bewijslast (=bewijsrisico, zie hieronder in 5.2.3.7) met betrekking tot het causaal verband tussen de schade en de gaswinning. Een dergelijke bescherming past hier ook bij de aard van de aansprakelijkheid. Wil die bescherming effectief zijn dan moet het wettelijk bewijsvermoeden blijven gelden totdat het tegendeel is gebleken. Dat betekent dat naar het oordeel van de rechter/arbiter voldoende vast moet komen te staan dat de fysieke schade *niet* veroorzaakt is door de bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten.

5.2.3.5. *Ontzenuwen (b): bewijzen of aannemelijk maken.*

Aannemelijk maken duidt op een lichtere maatstaf: de rechter kan sneller dan anders tot het oordeel komen dat het feit dat aannemelijk moest worden gemaakt, vast staat. Dat kan verband houden met de omstandigheid dat het gaat om een moeilijk te bewijzen feit of dat sprake is van een snelle procedure (zoals kort geding). Dit laatste speelt hier niet. Overigens is het onderscheid tussen bewijzen en aannemelijk maken in de praktijk niet erg eenvoudig aan te wijzen. Een verschil kan liggen in de mate waarin de rechter genoegzaam neemt met inhoud of kwaliteit van de door partijen geproduceerde bewijsmiddelen.

De memorie van toelichting bij wetsvoorstel 34 390, p. 4, legt voor het ontzenuwen van het vermoeden van art. 6:177a BW de maatstaf aan van het 'aannemelijk maken':

'Met dit wettelijk vermoeden moet de benadeelde stellen dat zich fysieke schade heeft voorgedaan aan een gebouw of werk binnen het effect-gebied van het Groningenveld, die naar haar aard schade als gevolg van bodembeweging door gaswinning zou kunnen zijn.

Daaruit ontstaat dan voor de rechter het vermoeden dat de schade het gevolg is van de gaswinning. Het is dan aan de exploitant om dit vermoeden te ontzenuwen, door aannemelijk te maken dat bodembeweging door de aanleg of exploitatie van het mijnbouwwerk niet de oorzaak is van de schade. Het vermoeden van causaliteit kan door de exploitant dus worden weerlegd door aannemelijk te maken dat de schade niet het gevolg is van bodembeweging door gaswinning. Dit kan de exploitant bijvoorbeeld doen door aannemelijk te maken dat de schade een andere oorzaak heeft, zoals een bouwkundige oorzaak of weersomstandigheden. Het is dan weer aan de benadeelde om alsnog het causale verband tussen de schade en bodembeweging door gaswinning te bewijzen.'

De regering maakt niet duidelijk waarom deze maatstaf van aannemelijk maken is gekozen. Mogelijk is hiervoor inspiratie geput uit de maatstaf die de Hoge Raad hanteert bij tegenbewijs tegen het *jurisprudentiële* vermoeden op basis van de zogenaamde omkeringsregel bij causaal verband. Dat bewijsvermoeden betreft gevallen dat sprake is geweest van een gedraging van de aansprakelijke partij in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat de wederpartij die zich op schending van deze norm beroept, aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt (samengevat in HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264). In dat geval is sprake van eenzelfde maatstaf 'aannemelijk maken' voor beide partijen. In het onderhavige geval is volgens de minister zelfs voldoende dat de benadeelde stelt dat zich fysieke schade heeft voorgedaan aan een gebouw of werk, die naar haar aard redelijkerwijs schade door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld zou kunnen zijn. Daaruit 'ontstaat dan', aldus de minister, het vermoeden dat de schade het gevolg is van de gaswinning.

Als bewijsmaatstaf voor het bewijs dat de fysieke schade niet is veroorzaakt door bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten geldt dus dat dit aannemelijk moet worden gemaakt. Een en ander neemt niet weg dat het blijft gaan om tegenbewijs tegen een wettelijk vermoeden met een door de wetgever duidelijk beoogde rechtsbeschermingsfunctie. En wat bewijswaardering betreft: de rechter moet ervan overtuigd zijn en – naar zijn algemene motiveringsplicht óók van zijn bewijsoordeel – in zijn uitspraak kunnen verantwoorden dat en waarom hij ervan overtuigd is dat het vereiste tegenbewijs tegen het wettelijke vermoeden is geleverd, dat dus naar zijn oordeel voldoende is komen vast te staan dat de schade niet het gevolg is (of kan zijn) van de gaswinning. Bij deze oordelen zal de rechter rekening moeten houden met die rechtsbeschermingsfunctie. Verwezen wordt hier ook naar wat is opgemerkt in Bijlage 1 bij de beantwoording van vraag 7.

5.2.3.6. *Benadeelde let op uw zaak!*

Een belangrijk processueel aandachtspunt is dat het lang niet altijd gezegd is dat de partij die profiteert van het wettelijk vermoeden, stil kan blijven zitten totdat de rechter heeft

geoordeeld dat het tegendeel inderdaad is bewezen. Tijdens de tegenbewijslevering zal die partij dus alert moeten zijn op de tegenbewijslevering en eventueel zelf bewijs moeten aandragen om het wettelijk vermoeden te ondersteunen (dan wel het tegenbewijs te ondergraven).

5.2.3.7. *Blijvende onduidelijkheid en onzekerheid over de causaliteit.*

In de sterk door technische oordelen beheerste vragen rond de causaliteit van aardbevingsschade zal de tegenbewijslevering tegen het vermoeden veelal worden geleverd door expertises, welke zullen moeten worden bestreden door contra-expertises. Dit aspect neemt echter niet het op art. 6:177a BW gebaseerde uitgangspunt weg dat zolang de rechter *niet* ervan is overtuigd dat de schade *niet* veroorzaakt is (of kan zijn) door bodembeweging als gevolg van gaswinning, het wettelijke vermoeden *niet is ontzenuwd*. Het begrip bewijslast staat namelijk gelijk aan 'bewijsrisico': de partij die bewijslast heeft draagt het bewijsrisico, namelijk dat niet komt vast te staan wat zij moet bewijzen, ook als het tegendeel evenmin komt vast te staan. Daarom zegt men: bewijslast = bewijsrisico. Dit risico betreft dus ook de blijvende onduidelijkheid of wat bewezen moet worden waar is terwijl evenmin duidelijk is of het tegendeel waar is. Voor de werking van het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW, dat, zoals alle wettelijke bewijsvermoedens, een van de gewone regels afwijkende regeling inhoudt van het bewijsrisico, brengt dit mee dat blijvende *onduidelijkheid* respectievelijk *onzekerheid* over de oorzaak van de fysieke schade die de benadeelde stelt te hebben geleden aan gebouw of werk en die naar haar aard veroorzaakt zou kunnen zijn door bodembeweging als gevolg van de gaswinning, ten laste komen van de partij die door het leveren van bewijs van het tegendeel het wettelijke vermoeden dient te ontzenuwen, de NAM. Blijvende onduidelijkheid over dat tegendeel betekent dat het vermoeden niet is ontzenuwd en komt daarom voor risico van de NAM. Dit is het gevolg van de *materieelrechtelijke* beschermingsfunctie van het wettelijke vermoeden waarover al in 5.2.3.4 is gesproken. In casu hangt, zoals daar gezegd, die bescherming samen met de bescherming die wordt geboden door de aard van de aansprakelijkheid van de exploitant voor mijnbouwschade, te weten de in art. 6:177 BW neergelegde risicoaansprakelijkheid.

5.2.3.8 *De andersluidende visie van de NAM*

Op deze gronden verwerpen wij de andersluidende visie van prof. Sluysmans in zijn genoemde adviezen aan de NAM, waarin hij zich vooral baseert op de opvatting van Snijders, NJB 2015/1902, welke visie inhoudt dat ook in het geval van een wettelijk bewijsvermoeden het tegenbewijs niet inhoudt bewijs van het tegendeel. Zij miskennen met name de hierboven uiteengezette strekking van het begrip bewijsrisico en van de werking van het wettelijk vermoeden in gevallen van blijvende onduidelijkheid.

Bronnen: Asser Procesrecht/Asser 3 2013/266; Pitlo/Rutgers & Krans 2014, Bewijs, nr. 53; R.J.B Boonekamp & W.L. Valk (red.), Stelplicht & Bewijslast 2017, Deventer: Kluwer 2017,

Boonekamp 4.3.2. H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd', NJB 2015/1902; MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34390, nr. 3, p. 4.

5.2.4. Vraag 4 [=vraag 4 NCG]. *Kan het IM het rechterlijk bewijsvermoeden toepassen?*

5.2.4.1. Het IM dient bij al zijn beoordelingen en beslissingen over de gemelde schade de regels die het burgerlijk recht geeft ten aanzien van de vaststelling van de aansprakelijkheid voor en de vergoeding van schade als bedoeld in art. 6:177 BW toe te passen, zodat het bij zijn beoordelingen en beslissingen ook het bepaalde in art. 6:177a BW in acht heeft te nemen, tenzij de partijen – benadeelde en de NAM – uitdrukkelijk een andere verdeling van de bewijslast overeenkomen door middel van het sluiten van een daartoe strekkende bewijsovereenkomst.

5.2.5. Vragen 5 en 6 [=vragen 1 en 2 NCG; vraag 2 regio].

Vraag 5 *In artikel 6:177a BW is opgenomen dat het bewijsvermoeden enkel geldt voor het Groningenveld. In de gasopslag in Langelo (Norg, Drenthe) wordt gas uit het Groningenveld opgeslagen. De gasopslag wordt gebruikt om de wisselende vraag naar aardgas op te vangen. Van april t/m oktober wordt aardgas geïnjecteerd en van oktober t/m maart wordt aardgas geproduceerd. De wisseling kan wellicht bodembeweging veroorzaken. Kunnen bewoners die schade lijden door bodembeweging door de opslag van gas uit het Groningenveld ook een beroep doen op het bewijsvermoeden van artikel 6:177a BW?*

Vraag 6. *Ook in de provincie Drenthe en nabij de provincie Groningen wordt gas gewonnen. Bodembeweging als gevolg van gaswinning uit een veld in de provincie Drenthe kan effect hebben in de provincie Drenthe en in de provincie Groningen. Geldt het bewijsvermoeden ook voor deze situaties? En moet de bewoner zich dan melden bij de Nationaal Coördinator Groningen (en is het schadeprotocol van toepassing?) of bij het Landelijk Loket Mijnbouwschade?*

5.2.5.1. *De opmerkingen van de door de NCG geraadpleegde juristen*

Mr. Bröring:

'Verder merk ik op dat ik de dynamische invulling van het werkingsgebied van het Groningenveld en daarom tevens van het wettelijke bewijsvermoeden onderschrijf. In het licht van het jurisprudentiële bewijsvermoeden is een scherpe en statische afbakening van

het werkingsgebied – en van de toepasselijkheid van het protocol – ook weinig zinvol. Bij dit alles is uiteraard van bijzonder belang op welke wijze het causaal verband wordt onderzocht.'

5.2.5.2 *Het uit art. 6:177a BW verdwenen effectgebied van het Groningenveld*

In de oorspronkelijke tekst van de Novelle waarbij art. 6:177a BW in de wet is opgenomen was voorzien in een nadere bepaling van het effectgebied van het Groningenveld. Door het aangenomen amendement van het Tweede Kamerlid Vos c.s. is die nadere bepaling uit de wet verdwenen, zodat het aan de jurisprudentie is overgelaten te bepalen wanneer nog wel en niet meer sprake is van fysieke schade die het gevolg is van gaswinning uit het Groningenveld. De contouren van het effectgebied staan dus niet vast en wij menen dat de opmerking van mr. Bröring zo moet worden begrepen.

Bronnen Zie met name MvA I, Kamerstukken I 2016/17, 34 041, E, p. 3-4; Nadere MvA I, Kamerstukken I 2016/17, 34 041, G, p. 8-9; Zie ook T&C BW art. 177a (G.H. Lankhorst), nr. 2.

5.2.5.3 *Gaswinning in Drenthe en in Drenthe opgeslagen gas uit het Groningenveld*

Echter daartegenover staat dat het wettelijke vermoeden uitsluitend geldt voor schade als gevolg van bodembeweging veroorzaakt door gaswinning uit het Groningenveld. Die beperking is gegrond op de specifieke geologische eigenschappen van het Groningenveld. Daarom valt schade als gevolg van (bodembeweging door) gaswinning in Drenthe, die dus buiten het Groningenveld plaatsvindt, niet onder art. 6:177a BW zodat het wettelijke vermoeden voor die schade niet van toepassing is. Volgens hoofdstuk 2 van het Protocol (versie 20 juli 2017), p. 4, dient de benadeelde zich niet te wenden tot de NCG maar tot het Landelijk Loket Mijnbouwschade, omdat het schade betreft die niet kan worden aangemerkt als gevolg van gaswinning uit het Groningenveld.

Ten aanzien van vraag 5 kunnen wij niet zonder nadere technische uiteenzettingen, waarover wij niet beschikken, beoordelen of schade als bedoeld in art. 6:177a BW kan ontstaan uit de in die vraag genoemde operaties met uit het Groningenveld gewonnen gas. Wij blijven het antwoord op die vraag dan ook schuldig. Dat zal in voorkomende gevallen moeten worden gegeven door de jurisprudentie mede op basis van oordelen van deskundigen.

5.3 **De in het protocol voorziene procedure(s).**

5.3.1 Vraag 7 [=vraag 3 NCG]. *Kunnen de uitspraken van de arbiter gezien worden als jurisprudentie voor hoe het bewijsvermoeden uitgelegd moet worden?*