



Mr I. Giesen\*\*

## Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht\*

In Nederland werkt de burgerlijke rechter regelmatig met feitelijke vermoedens als hij dient te beslissen over het al dan niet bewezen zijn van één of meer stellingen van partijen. In de literatuur wordt in een enkel geval aan het gebruik van zo'n vermoeden de term *res ipsa loquitur* verbonden. Van een echte doctrine kan echter niet gesproken worden. In deze bijdrage wordt een aanzet gegeven tot de ontwikkeling van een Nederlands leerstuk van *res ipsa loquitur*.

### 1. Een bijzonder soort 'feitelijk vermoeden'

Zowel in Nederland als elders werkt de burgerlijke rechter regelmatig met feitelijke vermoedens als hij dient te beslissen over het al dan niet bewezen zijn van één of meer stellingen van partijen. De rechter leidt uit het voorgevallene af dat iets anders ook wel gebeurd zal zijn. In het arrest van de Hoge Raad inzake Leebeek-Vrumona<sup>1</sup> ging het om het opendraaien van een fles, waarbij de hals afbrak, waardoor Leebeek verwondingen opliep. Met inachtneming van die feiten besliste de Hoge Raad dat indien vast zou komen te staan dat de fles op normale wijze geopend werd, de rechter ervan uit zou mogen gaan dat de fles gebrekkig was. De rechter leidt dus uit hulpfeit A af dat feit B vaststaat<sup>2</sup>.

In het aansprakelijkheidsrecht<sup>3</sup> wordt soms aan het gebruik van deze vermoedens de term *res ipsa loquitur* verbonden, "de zaak spreekt voor zich zelf". "De zaak" doelt dan op een voorval, een gebeuren<sup>4</sup>. De gedachte is dat uit het voorval als vanzelf volgt dat er ergens iets mis gegaan is, dat iemand onzorgvuldig gehandeld heeft<sup>5</sup>. Schut plaatst *res ipsa loquitur* onder de noemer "de gewone gang van zaken": uit het uiterlijk verloop van de gebeurtenissen volgt dat er een menselijke fout gemaakt is<sup>6</sup>. Asser omschrijft *res ipsa loquitur* als "(...) verklarend voor een feitelijke situatie die leidt tot een vermoeden van een andere feitelijke situatie (...)"<sup>7</sup>.

Als de term *res ipsa loquitur* in Nederland al gebezigd wordt, gebeurt dat niet in de uitspraak van de rechter, maar bijvoorbeeld in de bij het arrest behorende conclusie van een AG<sup>8</sup> of in een noot<sup>9</sup> onder het arrest. Ook in de literatuur wordt de term een enkele maal genoemd en (in het kort) behandeld<sup>10</sup>. Of met 'res

\* Met dank aan prof. mr J.M. Barendrecht, prof. mr J.B.M. Vranken en mr W.H. van Boom voor hun opbouwende kritiek.

\*\* AIO verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht Katholieke Universiteit Brabant. Auteur werkt aan een proefschrift over 'De bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht'.

1. HR 24-12-1993, NJ 1994, 214.

2. Zie de diverse vormen van vermoedens o.a. W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW, A-24, Zwolle, 1992, p. 27 e.v. en de handboeken over burgerlijk procesrecht en bewijsrecht.

3. Waartoe ik me in deze bijdrage zal beperken, omdat dat het terrein is waar *res ipsa loquitur* het meeste invloed uitoefent. Verg. R.A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 6th ed., Boston, 1995, p. 292, en paragraaf 4.

4. Zie H.K. Köster, *Res ipsa loquitur*, en de eis van voldoende opheldering, in: *Recht door zee* (Schadee-bundel), Zwolle, 1980, p. 133.

5. Een sprekend voorbeeld is te vinden in de Engelse zaak *Byrne v. Boadle*, 159 Eng. Rep. 299 (Ex. 1863). In die zaak werd een passerende voetganger geraakt door een vallend vat bloem. De rechter concludeerde dat prima facie het bewijs van 'negligence' geleverd was.

6. G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle, 1974, nr. 41.

7. Zie zijn conclusie bij HR 10-3-1995, NJ 1995, 580 onder 2.7.

8. O.a. Hartkamp in zijn conclusie bij HR 24-12-1993, NJ 1994, 214 en Asser in zijn conclusie bij HR 10-3-1995, NJ 1995, 580.

9. Bijv. Brunner in zijn noot onder HR 1-10-1993, NJ 1995, 182.

10. Zie naast de al genoemde literatuur A.J. Van, *Onzekerheid over dader-schap en causaliteit*, Arnhem, 1995, pp. 66-68; N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995, pp. 488-489; W. van Boom, *Produktenaansprakelijkheid en bewijslastverdeling*, A & V 1994, p. 47; en L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, Deventer, 1991, p. 289.

ipsa loquitur' en 'vermoeden' hetzelfde bedoeld wordt, is onduidelijk. De aandacht voor res ipsa loquitur is zo gering dat moeilijk kan worden gesproken van een echte doctrine of leer. Dit in tegenstelling tot enkele andere landen, zoals de Verenigde Staten, Engeland<sup>11</sup> en Duitsland.

Doel van deze bijdrage is te onderzoeken onder welke voorwaarden, en met welke rechtsgevolgen, res ipsa loquitur in Nederland gebruikt zou mogen of moeten worden. Wellicht zit daarin dan een eerste aanzet tot het daadwerkelijk ontwikkelen van een leerstuk. Eerst zal ik ingaan op de voorwaarden voor toepassing van res ipsa loquitur. Daarna worden de rechtsgevolgen van res ipsa loquitur uiteengezet. Tot slot zal ik trachten de verhouding te schetsen tussen res ipsa loquitur en het bij ons wel bekende (algemene) leerstuk van vermoedens.

## 2. Voorwaarden voor toepassing

Voor we aan de voorwaarden voor toepassing van res ipsa loquitur toekomen, moeten nog twee algemene opmerkingen gemaakt worden. Res ipsa loquitur gaat ervanuit dat er geen direct bewijs voorhanden is<sup>12</sup>. Als dat wel voorhanden is, hoeft er immers niets afgeleid te worden uit andere feiten. In Engeland zegt men dan dat de 'cause' van het ongeval onbekend dient te zijn<sup>13</sup>. Als de 'cause' wel bekend is, is res ipsa loquitur immers niet nodig. Res ipsa loquitur is dus een middel om aan de bewijsnood van de eisende partij tegemoet te komen, met als gevolg dat de aansprakelijkheid van de gedaagde verscherpt wordt. Het idee van 'tegenmoetkoming aan bewijsnood' verklaart mijns inziens ook de populariteit van het leerstuk in Engeland en de Verenigde Staten waar de regels van bewijslastverdeling op zijn zachts gezegd 'star' zijn. Het gebruik van res ipsa loquitur is een alternatief voor het verschuiven van het bewijsrisico<sup>14</sup>. Wellicht lag hetzelfde idee ten grondslag aan de arresten van de Hoge Raad inzake Leebeek-Vrumona en Luytgaarden-Schuurink BV<sup>15</sup>. Door middel van vermoedens werden de eisers geholpen in hun bewijsvoering zonder dat aan de verdeling van het bewijsrisico gesleuteld diende te worden.

Een tweede opmerking vooraf is dat de hulpfeiten die eventueel tot de 'inference' aanleiding kunnen geven, vast dienen te staan. Indien die feiten betwist worden, dient degene die een beroep doet op die feiten, degene dus die res ipsa loquitur toegepast wil zien, daarvan bewijs te leveren<sup>16</sup>. Als dat niet lukt, strandt daar reeds de toepassing van res ipsa loquitur.

### 2.1. Zou niet gebeurd zijn bij zorgvuldig gedrag

In de Verenigde Staten worden drie voorwaarden gesteld aan de toepassing van res ipsa loquitur. Deze zijn opgenomen in par. 328 D. van de Restatement (Second) of Torts<sup>17</sup>. Als eerste moet het gebeuren van een soort zijn die zich normaal gesproken niet voordoet bij afwezigheid van 'negligence'. Zo zal de handrail van een roltrap niet stoppen, terwijl de trappen zelf nog wel bewegen, tenzij iemand onzorgvuldig is geweest<sup>18</sup>. Naar Engels recht geldt hetzelfde. Het feit van het ongeluk zelf moet het vermoeden van 'negligence' rechtvaardigen<sup>19</sup>. Daarbij is 'common experience' van groot belang<sup>20</sup>. Die 'common experience' vertelt ons dat twee treinen van dezelfde spoorwegmaatschappij meestal niet frontaal botsen zonder dat er ergens onzorgvuldig gehandeld is<sup>21</sup>.

'Anscheinsbewijs' is de Duitse term voor bewijs door middel van het gebruik van feitelijke vermoedens. Het Anscheinsbewijs vindt zijn oorsprong in de Engelse variant van res ipsa loquitur<sup>22</sup>. Voorwaarde is dat er een 'typische Geschehensablauf' aanwezig is. Typische oorzaken brengen typische gevolgen met zich, welke

dus zonder verder bewijs op basis van ervaring verondersteld mogen worden, aldus het Bundesgerichtshof<sup>23</sup>. In het typische van de afloop zit de rechtvaardiging voor de rechter om een leemte in de bewijsvoering op te vullen<sup>24</sup>. De 'Typizität' wordt bepaald aan de hand van ervaringsregels. Het zijn deze regels die de oorzaak en het gevolg koppelen en als typisch bestemmen<sup>25</sup>. De ervaringsregel moet de volle overtuiging, in de zin van par. 286 ZPO, van de rechter bewerkstelligen. De verwijzing naar ervaringsregels legt mijns inziens de link met de eerste voorwaarde in het Anglo-Amerikaanse recht. Het is opnieuw de ervaring die aangeeft dat een bepaald gebeuren op onzorgvuldigheid duidt.

In de Nederlandse literatuur en rechtspraak<sup>26</sup> zijn de voorwaarden voor toepassing van res ipsa loquitur nog niet uitgekristalliseerd. Wellicht dat er een lijn te ontdekken valt indien we de gedachten over het onderwerp rangschikken. Asser stelt dat voor toepassing van dit leerstuk nodig is dat

*'(...) de opgetreden schade normaal gesproken bij deze werkzaamheden niet te verwachten zou zijn geweest en, behoudens bijzondere omstandigheden, wijst in de richting van een fout (...)'*<sup>27</sup>.

De overeenkomst met het Amerikaanse en Engelse recht, is treffend. De conclusie van Hartkamp bij het arrest Leebeek-Vrumona stelt dezelfde voorwaarde<sup>28</sup>. Brunner refereert aan de aard van de verwonding om af te kunnen leiden dat er van onzorgvuldigheid sprake was geweest<sup>29</sup>. Ook dat criterium verwijst naar de 'opgetreden schade', en past dus in de lijn van het voorgaande.

Een toepassing door de Hoge Raad van res ipsa loquitur is mijns inziens ook te zien in het arrest Van de Luytgaarden-Schuurink BV<sup>30</sup> uit 1995. De Hoge Raad besliste daarin dat wanneer de aard van het letsel op onveiligheid van de werkplek duidt, de werknemer kan volstaan met te stellen dat het ongeval kan zijn veroorzaakt op de door de deskundige mogelijk geachte wijze en dat de werkplek dus niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed. Opnieuw is het

11. In Engeland is men overigens niet geneigd res ipsa loquitur een doctrine te noemen, zie Charlesworth & Percy, *On Negligence*, 8th. ed., London, 1990, 5-102. Gezien de ruime aandacht in Engeland voor res ipsa loquitur meen ik dat we toch van een doctrine mogen spreken.

12. Zie Epstein, a.w., p. 294, en voor Duitsland, G. Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, 1996, Rdn. 238.

13. Charlesworth & Percy, a.w., 5-107; Clerk & Lindsell, *On Torts*, 17th. ed. (hoofdstuk 7 door A.M. Dugdale en A. Tettenborn), London, 1995, 7-179. Iets uitgebreider is de 16e druk (London, 1989) in hoofdstuk 10.

14. Zie Prosser & Keeton, *On the law of Torts*, 5th ed., St. Paul, 1984 (suppl. 1988), pp. 253 en 256.

15. Zie HR 24-12-1993, NJ 1994, 214 resp. HR 9-6-1995, NJ 1995, 630. Overigens, dat beide alternatieven naast elkaar kunnen bestaan, bewijst het nog te behandelen Duitse recht.

16. Dat geldt altijd bij vermoedens, zie Asser, a.w., p. 37.

17. Verg. ook Prosser & Keeton, a.w., p. 244.

18. Zie *Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co*, 807 F.2d 1102 (1st Cir. 1986).

19. Zie Winfield & Jolowicz, *On Tort*, 14th. ed. bewerkt door W.V.H. Rogers, London, 1994, p. 141; Charlesworth & Percy, a.w., 5-102 en 5-108 e.v. (vele voorbeelden), en Clerk & Lindsell, a.w., 7-177.

20. Zie Winfield & Jolowicz, a.w., p. 142.

21. Ontleent aan *Skinner v. L.B. & S.C. Ry* (1850) 5 Ex. 787.

22. Hierover D. Haimüller, *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß*, Tübingen, 1966, p. 1.

23. BGHZ 2, 1, 5 = NJW 1951, 653.

24. Baumgärtel, a.w., Rdn. 232.

25. Baumgärtel, a.w., Rdn. 235-236.

26. Res ipsa loquitur-achtige constructies zijn te ontwaren in: HR 28-6-1946, NJ 1946, 723 (breuk in leiding door vorst duidt op tekortkoming), Rb. R'dam 21-2-1975, NJ 1975, 505 (instorten gebouw na storm, geen vermoeden van gebrek), Hof Arnhem 9-12-1986, NJ 1988, 710 (kortsluiting in tractor duidt op tekort aan onderhoud), HR 26-6-1987, NJ 1988, 74 (vermoeden van verkeerd varen geleet op weer en plaats van draaien van schip).

27. Conclusie bij HR 10-3-1995, NJ 1995, 580, onder 2.7.

28. Conclusie bij HR 24-12-1993, NJ 1994, 214, onder 7.: "(...) uit de gestelde toedracht (indien bewezen) kan worden afgeleid dat de schade werd veroorzaakt door een gebrek van de zaak (...)".

29. Zie zijn noot onder HR 1-10-1993, NJ 1995, 182.

30. HR 9-6-1995, NJ 1995, 630. De conclusie van Asser refereert overigens niet aan res ipsa loquitur.

dus de (aard van de) schade die tot nadere conclusies, op grond van redeneringen in plaats van concreet bewijs, aanleiding geeft<sup>31</sup>. Ook wordt uit deze uitspraak duidelijk dat *res ipsa loquitur* zeer geschikt is om aan de bewijsnood van een der partijen tegemoet te kunnen komen.

## 2.2. Exclusieve controle door de gedaagde

In de Verenigde Staten wordt als tweede voorwaarde gesteld dat de gedaagde 'exclusive control' had over het instrument dat de schade met zich bracht. Die voorwaarde dient niet al te letterlijk genomen te worden. Het gaat niet om fysieke controle maar om het feit wie uiteindelijk verantwoordelijk is. "The injury must either be traced to a specific instrumentality or cause for which the defendant was responsible (...)"<sup>32</sup>. Het is dus deze voorwaarde die het vermoeden van onzorgvuldigheid koppelt aan de aangesprokene. Zo heeft een hotel geen exclusieve controle over de meubels in de hotelkamers, zodat *res ipsa loquitur* niet kan baten indien iemand geraakt wordt door een stoel die blijkbaar uit een der kamers naar beneden werd gegooid<sup>33</sup>.

Deze voorwaarde wordt ook in het Engels recht gesteld. De invulling daarvan is ruim. Het gebeuren moet wijzen op 'negligence' van de gedaagde of van iemand voor wie hij verantwoordelijk is. Het is niet nodig dat alle omstandigheden onder de controle van de gedaagde te vatten zijn<sup>34</sup>. Of de controle exclusief was, is afhankelijk van de waarschijnlijkheid van 'outside interferentie'<sup>35</sup>. Als de feiten erop wijzen dat het onwaarschijnlijk is dat een ander zich met het "gebeuren" kon bemoeien of heeft bemoeid, gaat de rechter ervan uit dat de gedaagde de controle had<sup>36</sup>.

Verrassenderwijs wordt deze tweede voorwaarde in Duitsland niet gesteld. Waarom is dat verrassend? Omdat wanneer de Duitse rechter ten aanzien van 'Verschulden' een bewijslastomkering - ook een manier om bewijsnood te ledigen en dus verwant aan het hier besproken onderwerp - aanneemt, dat met regelmaat gebeurt onder verwijzing naar het feit dat de gedaagde controle kon uitoefenen over het gebeuren. Men zegt dan dat het voorgevallene zich afspeelde binnen het 'Organisations- und Gefahrenbereich' van de gedaagde, die daardoor beter in staat zou moeten zijn om opheldering te verschaffen. Een voorbeeld daarvan vormt de bewijslastomkeer ten aanzien van 'Verschulden' bij produktenaansprakelijkheid<sup>37</sup>. Het zou mij dan ook niet verbazen als het in Duitsland om een 'verborgen' voorwaarde zou gaan. Over dit tweede vereiste wordt in Nederland geen woord gezegd, noch in de literatuur, noch in de rechtspraak. Ik denk echter dat dat vereiste impliciet wel gesteld wordt. Ook in Nederland moet de daad immers aan een dader gekoppeld worden. De werkgever is degene die controle over de (veiligheid van de) werkvloer kan uitoefenen. Een woningbouwvereniging is als verhuurder de eerst aangewezen om de kwaliteit van de verhuurde zaken, en hun toebehoren (balkons), te controleren op deugdelijkheid<sup>38</sup>. Gezien de ruime marge die in de Verenigde Staten aangenomen wordt ten aanzien van dit vereiste, is het niet zo vreemd dat het in Nederland onderbelicht blijft. Omdat er zich gevallen kunnen voordoen waarin het kunnen uitoefenen van controle een beslissende rol zou kunnen spelen, lijkt het mij toch gewenst om de voorwaarde te expliciteren.

Het belang dat het criterium van 'controle' speelt, blijkt ook uit het volgende. In Frankrijk kent men ook een variant van *res ipsa loquitur*, 'faute virtuelle' geheten, die niet echt tot ontwikkeling is gekomen. Carbonnier<sup>39</sup> geeft aan dat de 'faute virtuelle' waarschijnlijk meer gebruikt zou zijn als art. 1384 al. 1 Cc zich niet ontwikkeld had zoals het gedaan heeft (het artikel vestigt een

'présomption de responsabilité' ten laste van de 'gardien de la chose'). Het is opvallend dat de mogelijkheid van controle - de 'gardien' dient de zaak 'sous sa garde' te hebben - ook hier een van de vereisten voor aansprakelijkheid is.

## 2.3. Geen eigen bijdrage van eiser

Als derde voorwaarde kent men in de Verenigde Staten het vereiste dat er geen sprake mag zijn van een vrijwillige actie of bijdrage van de eiser. Dat vereiste zou de toepassing van *res ipsa loquitur* in veel gevallen kunnen uitsluiten, omdat de "zaak" veelal uiteindelijk door de gelaedeerde benut zal zijn. Echter, de rechtspraak gaat er vanuit dat *res ipsa loquitur* toegepast mag worden als de zaak overeenkomstig haar bestemming gebruikt is. Zo mocht de vrouw die door het ineenklappen van een vouwstoel schade leed, een beroep doen op *res ipsa loquitur* omdat ze de stoel alleen gebruikt had om op te zitten<sup>40</sup>. Dat ze de stoel zelf enkele meters verplaatst had, deed daaraan niet af.

Ik gaf zojuist al aan dat in Engeland de controle 'sole' moet zijn en dat de rechter het bestaan van controle aanneemt, indien het onwaarschijnlijk is dat er bemoeienis van een ander in het spel was. Hieruit kunnen we afleiden dat het derde vereiste naar Amerikaans recht - was er een bijdrage van de eiser aan het gebeuren? - in Engeland onder de tweede voorwaarde geschoven wordt en niet als aparte voorwaarde door het leven gaat.

Ook in Duitsland wordt de derde voorwaarde niet in het algemeen gesteld. Als de eiser door zijn eigen gedrag een bijdrage levert aan het totstandkomen van de schade, zal dat naar Duits recht verdisconteerd kunnen worden via par. 254 BGB, de regeling van 'Mitverschulden'. Dat 'Mitverschulden' kan overigens ook via Anscheinsbeweis aangenomen worden<sup>41</sup>.

Hoe is de situatie in Nederland? Deze derde voorwaarde wordt door Asser als vereiste voor toepassing van *res ipsa loquitur* naar voren gebracht. Als een balkonmuur instort, terwijl iemand via die muur naar binnen probeert te klimmen, kan er van *res ipsa loquitur* geen sprake zijn, omdat dan niet te zeggen valt dat het balkon normaal gebruikt werd<sup>42</sup>. Dat normaal gebruik of normaal handelen aanwezig dient te zijn geweest om het leerstuk van *res ipsa loquitur* te kunnen toepassen, volgt ook uit de beslissing van de Hoge Raad in het arrest Leebeek-Vrumona<sup>43</sup>. De Hoge Raad verlangt in dat arrest van de eiser dat deze bewijst dat de fles op normale wijze geopend werd alvorens een vermoeden van gebrekkigheid aangenomen kan worden.

## 3. Rechtsgevolgen

### 3.1. Onzorgvuldigheid, schuld en causaal verband staan vast

Nu de voorwaarden voor toepassing van *res ipsa loquitur*

31. In de literatuur gaat men in het algemeen voorbij aan de voorwaarden voor toepassing van *res ipsa loquitur* of men somt zonder verdere discussie de Amerikaanse voorwaarden op. Zo bijv. Dommering-van Rongen, a.w., p. 290. Schut, a.w., nr. 41, gaat iets verder de juiste richting in door het hierboven beschreven eerste vereiste ook te noemen.

32. Prosser & Keeton, a.w., p. 248.

33. Zie Larson v. St. Francis Hotel, 188 P.2d 513 (Cal. App. 1948).

34. Verg. Winfield & Jolowicz, a.w., p. 141; Charlesworth & Percy, a.w., 5-105.

35. Zie Clerk & Lindsell, a.w., 7-178.

36. Zie vorige noot.

37. Ik kan dat hier niet verder uitwerken. Zie Baumgärtel, a.w., Rdn. 458 e.v. alwaar ook verdere literatuur.

38. Voorbeelden ontleent aan HR 9-6-1995, NJ 1995, 630 resp. HR 16-6-1989, VR 1990/63.

39. J. Carbonnier, Droit civil. Tome 4. Les obligations, Paris, 1996, p. 436.

40. Benedict v. Eppley Hotel Co., 65 N.W.2d 224 (Neb. 1954).

41. Zie Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Köln, 1991, Par. 254, Rdn. 2.

42. Zie de conclusie van Asser bij HR 16-6-1989, VR 1990/63, onder 2.7. De HR kwam niet toe aan een oordeel over het niet aannemen van een vermoeden door het Hof (afgevoerd in verband met de eigen bijdrage van de eiser).

43. HR 24-12-1993, NJ 1994, 214. In dezelfde zin de conclusie van Hartkamp bij dit arrest.

geschetst zijn, dient bepaald te worden welke rechtsgevolgen die toepassing met zich brengt. Het belang van de doctrine is gelegen in het feit dat de gelaedeerde geholpen wordt met het leveren van bewijs ten aanzien van onzorgvuldigheid. Uit het ene feit wordt een andere feit afgeleid en daaraan wordt dan de kwalificatie 'onzorgvuldig' verbonden<sup>44</sup>. Naar Engels en Amerikaans recht staat dus (voorlopig) 'negligence' vast als *res ipsa loquitur* toe te passen is. Naar de morele verwijtbaarheid, schuld, wordt dan niet meer gevraagd. De eiser dient overigens wel nog aan te tonen dat er daadwerkelijk voor de gedaagde een 'duty of care', dat wil zeggen een zorgplicht ten opzichte van de eiser, bestond<sup>45</sup>. Naar Duits recht kan Anscheinsbewijs aanleiding geven tot het (voorlopig) aanwezig achten van 'Verschulden', hetgeen staat voor opzettelijk of onzorgvuldig handelen<sup>46</sup>, en van causaal verband<sup>47</sup>. Als *res ipsa loquitur* in Nederland aangenomen mag worden, zal dat tot het voorlopig bewezen zijn van een aantal elementen aanleiding geven, waardoor een beslissing op basis van de verdeling van het bewijsrisico vermeden wordt<sup>48</sup>. De onzorgvuldigheid is met het vermoeden gegeven, dat zal uit het voorgaande duidelijk zijn. Hoe zit het met de schuld van de laedens? Ook die zit in het vermoeden opgesloten. Tenminste, dat zou zo moeten zijn als we de andere rechtstelsels in het oog houden. In Duitsland is expliciet erkend dat Verschulden, waarmee ook de subjectieve verwijtbaarheid gegeven is<sup>49</sup>, via een vermoeden vastgesteld kan worden en ook in de Anglo-Amerikaanse regeling ligt de schuld besloten in de onzorgvuldigheid. Ook naar Nederlandse recht staat het de rechter vrij schuld aan te nemen via *res ipsa loquitur*. Vermoedens van schuld worden zelfs regelmatig gebruikt in de rechtspraak<sup>50</sup>.

Leidt *res ipsa loquitur* ook tot het vaststaan van causaal verband? De Amerikaanse en Engelse literatuur gaan daar niet op in. Dat is ook niet nodig want dat het causale verband vaststaat bij toepassing van *res ipsa loquitur* is logisch. Immers, nu uit de schadeveroorzakende gebeurtenis de fout volgt, is daarmee in beginsel ook het (feitelijke<sup>51</sup>) causale verband gegeven. Uit het ongeval (getroffen worden door een vat bloem) volgt dat er een fout is gemaakt (bijv: het niet goed vastzetten van het vat). Dan kunnen we er toch ook niet omheen dat het niet goed vastzetten van het vat het ongeval, het getroffen worden door dat vat, veroorzaakt heeft. Nu B afgeleid wordt uit A, moeten die twee in een zodanig verband staan dat A de oorzaak is van B. Ook naar Duits recht kan via het Anscheinsbewijs het causale verband vastgesteld worden<sup>52</sup>. Naar Nederlands recht zou hetzelfde moeten gelden<sup>53</sup>.

### 3.2. Ontkrachting van het vermoeden door het zaaien van voldoende twijfel

Het staat de laedens vrij om door middel van tegenbewijs het voorlopige vermoeden te ontkrachten. Daartoe is niet vereist, al mag dat natuurlijk wel, dat hij volledig tegenbewijs (tegendeelbewijs) levert. Genoeg twijfel zaaien is voldoende. Naar Duits recht betekent dit dat de wederpartij minimaal de 'ernsthafte Möglichkeit' van een a-typische gebeurtenis dient aan te tonen<sup>54</sup>. Voor de Verenigde Staten geldt dat de aanname van *res ipsa loquitur* ervoor zorgt dat de eiser naar de jury mag. De jury dient dan te beslissen of de eiser in het bewijs geslaagd is, m.a.w. of de 'inference' getrokken mag worden<sup>55</sup>. De gedaagde mag eventueel zelf ook met bewijs komen om het vermoeden te ontkrachten. Aantonen dat onzorgvuldigheid van zijn zijde niet het meest waarschijnlijk is, volstaat daarbij<sup>56</sup>. Naar Engels recht staat het de gedaagde vrij om aan te tonen dat de oorzaak in een andere gebeurtenis gelegen is, of dat hem geen onzorgvuldigheid te verwijten valt<sup>57</sup>. Nu in Engeland de rechter, en niet langer de jury,

over de feiten beslist, zal het niet snel gebeuren dat een voorlopig vermoeden alsnog opzij gezet wordt<sup>58</sup>.

Hoe is het in Nederland gesteld met de ontkrachting van vermoedens? In het arrest Luytgaarden-Schuurink<sup>59</sup> geeft de Hoge Raad aan dat het vermoeden niet geldt indien een andere aannemelijke verklaring van het ongeval uit de gedingstukken naar voren komt. Zo uitgedrukt lijkt dat criterium een beetje tussen de partijen in te zweven in die zin dat niet duidelijk is wie de stelplicht en bewijslast draagt. Immers, wie moet ervoor zorgen dat die gedingstukken een andere verklaring bevatten? Bovendien heeft deze zinssnede betrekking op het aannemen van het vermoeden en niet zozeer op de ontkrachting van een al aanvaard vermoeden. De eventuele ontkrachting wordt aldus in de aanname van het vermoeden verdisconteerd. Ik acht het zuiverder om aanname van en ontkrachting van een vermoeden strikt te scheiden. Overigens, de zinssnede 'een andere aannemelijke verklaring' duidt erop dat ook in Nederland twijfel zaaien met betrekking tot hetgeen vermoed wordt (tegenbewijs), voldoende is ter ontkrachting van dat vermoeden en dat tegendeelbewijs dus niet nodig is. Door die twijfel wordt de bodem onder het vermoeden weggevaagd<sup>60</sup>.

Van Boom lijkt te menen dat voor het aannemen van een vermoeden nodig is dat "(...) alle mogelijke oorzaken (...) zijn geëlimineerd behalve gebrekkigheid (...)".<sup>61</sup> Dat lijkt mij niet juist. Het voorgevallene moet duiden op onzorgvuldigheid (in de zin van: waarschijnlijk zijn). De eiser hoeft niet alle mogelijke andere oorzaken uit te sluiten<sup>62</sup>. Mijns inziens dient de eiser alleen die andere oorzaken uit te sluiten die op het eerste gezicht ook zeer aannemelijk zijn. Het aanvoeren van andere, minder aannemelijke oorzaken is aan de gedaagde, niet de eiser, opgedragen.

### 3.3. Bewijsrisico verschuift niet

Gebleken is dat ook in Nederland tegendeelbewijs niet nodig is, maar dat twijfel zaaien volstaat. Op basis daarvan mogen we ervanuit gaan dat, net als elders, het vermoeden behoort tot het

44. Prosser & Keeton, a.w., p. 247.

45. Prosser & Keeton, a.w., p. 255.

46. Zie par. 276 BGB.

47. Verg. Baumgärtel, a.w., Rdn. 227 en 248 e.v. en V. Stück, Der Anscheinsbeweis, JuS 1996, p.155 e.v.

48. Aldus wordt ook de onbillijkheid van een 'alles of niets'-beslissing op basis van de verdeling van het bewijsrisico, vermeden.

49. Zie bijv. K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987, par. 20 III.

50. Ik verwijs hier naar de rechtspraak die Köster, t.a.p., pp. 134-135, aanhaalt. Zie ook: Hof Den Bosch 1-5-1981, NJ 1981, 671 (ondeugdelijk materiaal en toezicht bij aanleg gasleiding, schuld aangenomen) en Hof Den Bosch 2-5-1985, VR 1986, 101 (aanrijding op zebrapad, schuld bestuurder). Deze regel is eigenlijk in lijn met de algemene regel die stelt dat schuld vermoed wordt als de onrechtmatigheid vaststaat. Zie daarover Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77.

51. Of de rechter beslist dat de schade ook in redelijkheid is toe te rekenen aan onrechtmatige handeling, is een andere vraag die naar de daarvoor in het algemeen geldende regels beslist dient te worden.

52. Zie noot 45.

53. Zo ook Asser, a.w., p. 35, wiens opvatting overigens te beperkt is als hij de invloed van *res ipsa loquitur* beperkt tot dat causale verband, en Frenk, t.a.p., p. 488, die het vermoeden van onzorgvuldigheid slechts impliciet scheidt van het vermoeden van causaliteit.

54. Baumgärtel, a.w., Rdn. 263; Stück, t.a.p., pp. 156-157.

55. Zie Restatement (Second) of Torts, par. 328 D. (3).

56. Prosser & Keeton, a.w., p. 261. Overigens, de Amerikaanse rechter mag ook beslissen dat de 'inference' noodzakelijkerwijs getrokken dient te worden, aldus par. 328 d. (2) Restatement (Second) of Torts.

57. Verg. Clerk & Lindsell, a.w., 7-180, en Charlesworth & Percy, a.w., 5-117 en 5-123.

58. Zie Winfield & Jolowicz, a.w., p. 137.

59. HR 9-6-1995, NJ 1995, 630.

60. Verg. in het algemeen HR 17-11-1967, NJ 1968, 25 (HD) en HR 11-4-1969, NJ 1969, 290 (slecht zicht door mist niet voldoende ter ontkrachting van vermoeden van schuld), HR 7-5-1976, NJ 1976, 441 (vermoeden van schuld ontkracht door op korte afstand sterk remmen door ander).

61. Van Boom, t.a.p., p. 47.

62. Verg. Prosser & Keeton, a.w., p. 248, en HR 26 juni 1987, NJ 1988, 74 (mogelijkheden van oorzaak aan boord van schip dienen uitgesloten te worden door gedaagde).

terrein van de bewijswaardering<sup>63</sup>. Het bewijsrisico blijft rusten bij de eiser<sup>64</sup>. Als dat niet zo zou zijn, zou twijfel zaaien niet voldoende zijn, dan zou tegendeelbewijs nodig zijn. Dat het bewijsrisico niet verschuift, geldt naar Nederlands recht overigens in het algemeen voor vermoedens<sup>65</sup>.

Er wordt wel gezegd dat door aanneming van een vermoeden de bewijslast verschuift<sup>66</sup> maar dan wordt bedoeld dat het bij die stand van zaken in de procedure de tegenpartij is die feiten zal moeten staven om niet te verliezen. Deze 'bewijsvoeringslast' is inderdaad verschoven naar de gedaagde. Echter, indien nadat de tegenpartij zijn zegje gedaan heeft, de rechter twijfelt, zal de vordering van de eiser alsnog afgewezen worden. Dat is het gevolg van het feit dat in zo'n situatie beide stellingen even waarschijnlijk zijn en de eiser het bewijsrisico draagt. Het is dus van belang goed te onderscheiden tussen bewijsrisico en wat ik 'bewijsvoeringslast' noem. De bewijsvoeringslast kan tijdens een procedure heen en weer pendelen tussen eiser en gedaagde, terwijl het bewijsrisico op één partij rust en blijft rusten<sup>67</sup>.

#### 3.4. Geen (verboden) aanvulling van feitelijke gronden

Indien de rechter een vermoeden aanneemt, rijst de vraag of daardoor niet buiten het feitelijke geschil van partijen getreden wordt, hetgeen op basis van de artt. 48 en 176 lid 1 Rv verboden is. Indien de eiser echter gesteld heeft dat de gedaagde onzorgvuldig handelde, vult de rechter de feitelijke gronden niet aan als hij de onzorgvuldigheid afleidt uit de overige gestelde feiten<sup>68</sup>. In zijn waardering van het bewijs van het gestelde (het gestelde feit wordt voorlopig voor waar gehouden) is de rechter immers vrij. De rechter mag ook een vermoeden aannemen op basis van ervaringsregels<sup>69</sup>. Bovendien mag een vermoeden aangenomen worden op basis van hetgeen ter terechtzitting waargenomen is of op basis van hetgeen uit de gedingstukken volgt<sup>70</sup>. Het is overigens niet vereist dat een partij de rechter verzoekt om een feit bij wege van vermoeden af te leiden. Of de rechter daartoe overgaat, beslist hij ambtshalve<sup>71</sup>. Omdat *res ipsa loquitur* berust op ervaringsregels en de onzorgvuldigheid normaal gesproken altijd gesteld wordt door de eiser, zal de rechter als hij een vermoeden aanneemt niet snel buiten het geschil van partijen treden en zal een verweer op basis van art. 48 Rv, hoewel mogelijk, niet snel slaan<sup>72</sup>.

#### 4. Verhouding tot het 'gewone' vermoeden

Is *res ipsa loquitur* te onderscheiden van een 'gewoon' feitelijk vermoeden, zoals we dat in Nederland kennen? Mijns inziens wel. *Res ipsa loquitur* is een bijzondere, sterkere vorm van een feitelijk vermoeden, speciaal gericht op het aansprakelijkheidsrecht, omdat via *res ipsa loquitur* een handeling of een nalaten de kwalificatie 'onzorgvuldig' verkrijgt<sup>73</sup>. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het om het vaststellen van de keten "onzorgvuldigheid" – "causaal verband" – "schade". *Res ipsa loquitur* is een middel om uit "schade" terug te redeneren naar "onzorgvuldigheid". Uit het feit dat er een schade is opgetreden, wordt afgeleid dat iemand onzorgvuldig heeft gehandeld of nagelaten. 'En passant' wordt dan ook nog het causale verband meegenomen omdat dat nu eenmaal niet kan ontbreken als de "onzorgvuldigheid" uit de "schade" volgt. Om deze afleiding gerechtvaardigd te kunnen maken is het nodig dat de "onzorgvuldigheid" op een of andere manier naar deze gedaagde is terug te voeren. Het enkele feit dat er waarschijnlijk wel iets fout gegaan zal zijn, is daartoe niet voldoende. Er is meer nodig, want het enkele feit dat er iets misgegaan is, legt nog niet vast dat het juist deze gedaagde was die

onzorgvuldig handelde. Daarom wordt de voorwaarde van controle door de gedaagde gesteld. Als deze gedaagde controle had over het "gebeuren", is het waarschijnlijk dat het ook de gedaagde was die de fout maakte. Het vereiste van controle zorgt er dus voor dat de schade toegerekend kan worden aan de handeling van de gedaagde.

Bij een gewoon vermoeden gaat het daarentegen om het vaststellen van een enkel element uit de keten onzorgvuldigheid-causaal verband-schade. Daarbij valt te denken aan het vaststellen, middels een vermoeden, van causaal verband als de onzorgvuldigheid van de handeling en de aanwezigheid van de schade bewezen is. Stel, een werknemer van een scheepswerf krijgt longkanker. Hij heeft met asbest gewerkt, maar was ook een kettingroker. Vaststaat dat de werkgever niet voldoende veiligheidsmaatregelen genomen heeft in de afgelopen jaren. De onzorgvuldigheid en de schade staan dan vast, het causale verband echter nog niet. De ziekte is immers op twee mogelijke oorzaken terug te voeren. In zo'n situatie is voor *res ipsa loquitur* geen plaats, maar de rechter zou eventueel wel via een gewoon feitelijk vermoeden aan kunnen nemen dat het werken met asbest leidde tot de ziekte<sup>74</sup>.

Het voorgaande verklaart mijns inziens ook waarom *res ipsa loquitur* nu net in het aansprakelijkheidsrecht van belang is<sup>75</sup>. Immers, naar de regels van het aansprakelijkheidsrecht is het nodig dat de keten onzorgvuldigheid-causaal verband-schade komt vast te staan. De schade moet toe te rekenen zijn aan de onzorgvuldigheid van een bepaald persoon. *Res ipsa loquitur* zorgt ervoor dat onduidelijkheid over wie welke handeling verrichtte en of die onzorgvuldig was, niet altijd ertoe leidt dat het slachtoffer de schade zelf dient te dragen. Die schade wordt, via de voorwaarde van controle, toegerekend aan die persoon die waarschijnlijk handelde of had moeten handelen. *Res ipsa loquitur* is als 'leerstuk' dus helemaal geënt op het aansprakelijkheidsrecht.

#### 5. *Res ipsa loquitur*<sup>76</sup> in Nederland

Mijns inziens zou het een grote deugd zijn indien de voorwaarden voor toepassing van *res ipsa loquitur* ook als zodanig naar voren zouden komen. Een explicitering en heldere scheiding van de voorwaarden zal mijns inziens leiden tot meer duidelijkheid en gelijkheid bij de toepassing van dit bijzondere feitelijk vermoeden, hetgeen geen overbodige luxe is. Dan zou ook per voor-

63. Zo ook Asser, a.w., p. 27, en Pitlo-Hidma-Rutgers, Bewijs, 7e druk, Arnhem, 1995, p. 31.

64. Voor Duitsland: Baumgärtel, a.w., Rdn. 244. Voor Engeland (na lang aarzen): Ng v. Lee [1988] R.T.R. 298 (een uitspraak van de Privy Council). Voor de VS: Prosser & Keaton, a.w., pp. 258-259. Een enkele afzonderlijke staat gaat echter wel uit van een omkering van het bewijsrisico.

65. Zie N. Frenk, Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, A & V 1996, p. 81; Asser, a.w., p. 23.

66. Zo ook de Hoge Raad, zie HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 (PAS).

67. Zo ook Lord Denning in *Brown v. Rolls Royce, Ltd.* [1960] 1 All ER 577, 581-582.

68. HR 29-1-1965, NJ 1965, 172; HR 22-12-1967, NJ 1968, 222; HR 15-2-1980, NJ 1980, 328; HR 8-12-1995, NJ 1996, 274.

69. W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 18e druk, Utrecht, 1996, p. 103. Ook feiten van algemene bekendheid mogen verdisconteerd worden, zie HR 8-6-1990, NJ 1990, 606.

70. HR 9-2-1968, NJ 1968, 309; HR 1-11-1974, NJ 1975, 454; HR 7-5-1982, NJ 1983, 525; HR 19-6-1987, NJ 1988, 296; HR 17-9-1993, NJ 1993, 740; HR 8-12-1995, NJ 1996, 274. Verg. over dit alles ook reeds Asser-*Van den Berg*, Van den Berg, 5e druk, Zwolle, 1953, pp. 287-288, en Pitlo-Hidma-Rutgers, a.w., p. 36.

71. Zie HR 9-2-1968, NJ 1968, 309.

72. De rechter moet daarbij wel oppassen niet met een 'verrassingsbeslissing' te komen. Onder omstandigheden moet hij de partijen daarom toestaan hun stellingen aan te vullen. Zie o.a. HR 30-9-1994, NJ 1995, 45 en de noot van Vranken onder HR 2-2-1990, NJ 1990, 795.

73. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, Het vermoeden, RM Themis 1995, p. 343.

74. Zie voor voorbeelden van dit soort vermoedens o.a. HR 21-6-1974, NJ 1974, 453 (G.J.S.) en HR 20-9-1996, RvdW 1996, 179.

75. Verg. Epstein, a.w., p. 292.

76. Ik zal hier geen nieuwe term introduceren. '*Res ipsa loquitur*' is duidelijk genoeg en internationaal bruikbaar.

waarde een stelsel van rechtspraak ontwikkeld kunnen worden. Ik zou dan ook willen pleiten voor aansluiting bij de Amerikaanse variant van *res ipsa loquitur*. Alle in het Nederlandse recht terug te vinden voorwaarden (soms impliciet) zijn in de Verenigde Staten immers wel geëxpliciteerd, waardoor die onzekerheid zo veel mogelijk ingeperkt wordt.

Voor de rechter dus onder de noemer '*res ipsa loquitur*' vermoeden mag dat bepaalde feiten waar zijn, dient hij na te gaan of de gebeurtenis zich niet zonder onzorgvuldigheid zou hebben voorgedaan (wijst het intreden van de schade in de richting van onzorgvuldig gedrag?), of de gedaagde controle had over het gebeuren (was de gedaagde de uiteindelijk verantwoordelijke?) en of de eiser geen bijdrage daaraan geleverd heeft (heeft de eiser normaal gehandeld?).

Wat kan de aanname van een *res ipsa loquitur*-vermoeden bewerkstelligen? Als de rechter het vermoeden aanneemt, staan daarmee de handeling, de kwalificatie daarvan als onzorgvuldig, de schuld en het causale verband vast. Dat gaat wellicht vrij ver, maar die vaststelling volgt wel logisch uit het feitelijk verloop van de gebeurtenis. *Res ipsa loquitur* hoort thuis op het terrein van de bewijswaardering en bewerkstelligt geen verschuiving van het bewijsrisico. Het bewijs is voorlopig geleverd en het is aan de

tegenpartij om met tegenbewijs te komen. Daartoe volstaat het twijfelachtig maken van hetgeen vermoed werd. Tegendeelbewijs wordt dus niet vereist van de gedaagde. Een extra verweer voor de gedaagde kan in uitzonderlijke gevallen nog schuilen in art. 48 Rv. Het zal echter niet snel geschieden dat de rechter door het aannemen van een vermoeden de feitelijke gronden aangevuld heeft.

Het is nodig dat aandacht geschonken wordt aan de voorwaarden voor gebruik en de gevolgen van feitelijke vermoedens. In het aansprakelijkheidsrecht is de bewijsnood vaak groot omdat de keten onzorgvuldigheid-causaal verbandschade moeilijk is vast te stellen. Het gebruik van vermoedens en *res ipsa loquitur*, als bijzondere vorm van het feitelijk vermoeden, kan aan die bewijsnood tegemoetkomen. Het gebruik van *res ipsa loquitur* kan de verdeling van het bewijsrisico via de regels van bewijslastverdeling onnodig maken, hetgeen mijns inziens veelal billijker zal zijn. Via de regels van bewijslastverdeling zal het immers eerder gebeuren dat risico's verdeeld worden zonder acht te slaan op de waarschijnlijkheid van de stellingen van beide partijen, terwijl die waarschijnlijkheid nu juist bepalend is voor *res ipsa loquitur*.

*Mr I. Giesen*