

Omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid?

Art. 177 Rv

HR 31-10-1997, NJ 998, 85
(Stad Rotterdam Verzekeringen/
Zonneveld)

De feiten

Het ging in deze procedure om de afwikkeling van de schade na een verkeersongeval. Door wegwerkzaamheden was alleen de linkerrijstrook van een rijksweg beschikbaar. Dhr. Bouw, aldaar werkzaam, reed in een vrachtauto over die linkerrijstrook achteruit om asfalt af te leveren. Hij reed op die strook omdat op dat moment de andere rijstroken, bedoeld voor het werkverkeer, versperd waren. Zonneveld botste tegen de achterkant van die vrachtauto, raakte gewond en claimde schadevergoeding bij Stad Rotterdam Verzekeringen, de verzekeraar van de eigenaar van de vrachtauto. Stad Rotterdam stelde in haar verweer onder andere dat Zonneveld te hard reed, onoplettend was, geen veiligheidsgordel droeg en onder invloed van alcohol verkeerde. De Rechtbank Alkmaar belastte Stad Rotterdam met het bewijs van die stellingen. Daartegen ging de verzekeraar in beroep.

Hof Amsterdam

Grievens I, II, en III, aangaande de schuld van Bouw (die de rechtbank aangenomen had), en de eigen schuld van Zonneveld in verband met diens snelheid en diens onoplettendheid, werden door het hof van de hand gewezen.¹ Grief IV kwam op tegen de aan Stad Rotterdam gegeven bewijsopdracht met betrekking tot haar stelling dat Zonneveld onder invloed van alcohol verkeerde. Volgens het hof faalde die grief, zie r.o. 4.9:

‘Ook op dit punt is, zo stelt Stad Rotterdam, een bewijsopdracht, althans een aan haar gegeven bewijsopdracht, niet op zijn plaats. Immers, aldus Stad Rotterdam, uit

1. Die beslissingen werden in cassatie niet bestreden, vandaar dat ik daaraan voorbij ga.

het door de politie opgemaakte procesverbaal blijkt dat Zonneveld riekte naar het inwendig gebruik van alcoholhoudende drank, dat zijn ogen bloeddorlopen waren en dat hij, onder het voorwendsel dat hij geen injecties kan verdragen, geweigerd heeft aan een bloedproef mee te werken. Zonneveld stelt dat hij tot ongeveer vijf uur voor het ongeval drie glazen bier heeft gedronken en ontkent dat hij ten tijde van het ongeval onder de invloed van alcohol verkeerde. Tegenover deze ontkenning vat het hof de omstandigheden dat Zonneveld naar alcohol riekte en dat zijn ogen bloeddorlopen waren niet op als zo sterke aanwijzingen dat Zonneveld ten tijde van het ongeval onder de invloed van alcohol chauffeerde, dat die invloed als vaststaand kan worden beschouwd of dat er aanleiding bestaat de bewijslast omtrent die door Stad Rotterdam gestelde invloed om te keren. Grief IV deelt derhalve het lot van de voorgaande grieven.¹

De Hoge Raad

Het was voorgaande overweging die door het middel bestreden werd. Onderdeel A.1 van dat middel stelde dat het hof niet beslist had op de stelling van Stad Rotterdam dat ex art. 177 Rv de bewijslast *op basis van de redelijkheid en billijkheid* omgekeerd zou moeten worden. De Hoge Raad, in r.o. 3.3, zegt daarover:

'Uit 's hofs hiervoor weergegeven oordeel dat geen aanleiding bestaat de bewijslast om te keren blijkt dat het hof deze stelling (...) niet buiten aanmerking heeft gelaten, maar haar heeft verworpen.'

Onderdeel A.2 wierp op dat het hof, door zijn beslissing aangaande de bewijslastomkering op basis van de redelijkheid en billijkheid niet te motiveren, was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad antwoordt daarop dat het hof geoordeeld heeft dat deze omstandigheden (uit r.o. 4.9) geen grond voor een omkering opleveren en dat het middel dus feitelijke grondslag mist, en verder in r.o. 3.4:

'Voor zover het onderdeel strekt ten betoeg dat voor een beslissing omtrent omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid, steeds een *verzwaarde* motiveringsplicht geldt, ook indien de rechter de hoofdregel van art. 177

Rv van toepassing oordeelt en omkering van de bewijslast niet aangewezen acht, stelt het eisen die geen steun vinden in het recht. Zoals blijkt uit [de parlementaire geschiedenis] is toen de gedachte dat de rechter, als hij op gronden van redelijkheid en billijkheid afwijkt van de hoofdregel van deze bepaling, deze beslissing in het bijzonder moet motiveren, van de hand gewezen, omdat een dergelijke afwijking zich vaak niet nader laat motiveren dan door een verwijzing naar de omstandigheden van het geval. A fortiori kan daarom een dergelijke bijzondere motivering niet worden verlangd ingeval de rechter meent dat de ingeroepen gronden van redelijkheid en billijkheid niet voldoende klemmend zijn om van bedoelde hoofdregel af te wijken.' (mijn curs., IG)

Onderdeel B van het middel stelde dat, als het hof al beslist had op de stelling van Stad Rotterdam, dat onvoldoende gemotiveerd was gebeurd. De Hoge Raad laat de motivering van het hof in stand, onder andere overwegend, in r.o. 3.5.2:

'Daarbij behoefde het hof niet uitdrukkelijk onder ogen te zien dat Stad Rotterdam niet in staat zou zijn te dien aanzien bewijs te leveren, nu hierin niet een voldoende grond kan worden gevonden voor de door Stad Rotterdam verdedigde omkering van de bewijslast, nog daargelaten dat Zonneveld zijnerzijds erop had gewezen dat ook hij - reeds door tijdsverloopten aanzien van bedoelde periode in bewijsnood verkeerde.'

en in r.o. 3.5.3:

'Kennelijk heeft het hof de weigering aan een bloedproef mee te werken onvoldoende geoordeeld in het licht van de door de rechtbank vastgestelde en in hoger beroep niet bestreden omstandigheden dat Zonneveld ter zake niet strafrechtelijk is vervolgd en dat hij na de botsing in een ernstig gewonde toestand verkeerde, en heeft het de daaraan door de rechtbank verbonden gevolgtrekking onderschreven dat de weigering Zonneveld niet ten volle mag worden aangerekend.'

Commentaar

Inleiding

1. Dit is een belangrijk arrest over de toepassing van art. 177 Rv, het artikel over de verdeling der bewijslast. Op grond van de in art. 177

Rv neergelegde hoofdregel zal degene die zich beroept op een rechtsgevolg, de feiten of rechten waaruit dat rechtsgevolg voortvloeit, moeten bewijzen. Op basis van een bijzondere regel of op basis van de redelijkheid en billijkheid kan de rechter echter van die hoofdregel afwijken. Het arrest gaat over de eisen die gesteld worden aan de motivering van een beslissing op een beroep op één van de in dat artikel genoemde uitzonderingen, namelijk die van de redelijkheid en de billijkheid. Bovendien geeft de Hoge Raad aan dat noch bewijsnood noch het weigeren een bloedproef te ondergaan, en daarmee een belemmering in de feitenvaststelling, voldoende zijn voor een omkering van de bewijslast in een geval als het onderhavige. Beide aspecten zullen hieronder aan bod komen. Daaraan vooraf gaan enkele opmerkingen over het begrip 'omkering van de bewijslast'.

Het begrip omkering van de bewijslast

2. Het middel stelde eerst de vraag aan de orde of het hof eigenlijk wel *beslist* had op (een deel van) Grief IV. Daarin had de verzekeraar aangevoerd dat de bewijslast *omgekeerd* had moeten worden *op basis van de redelijkheid en billijkheid* zoals genoemd in art. 177 Rv, lid 1) omdat de verzekeraar niet in staat zou kunnen zijn dit bewijs te leveren, terwijl Zonneveld dat wel zou kunnen, en 2) omdat Zonneveld geweigerd had de bloedproef te ondergaan.² Het hof stelde slechts dat voor een omkering van de bewijslast geen aanleiding bestond.³ De Hoge Raad meent dat dat voldoende is. Het hof zegt inderdaad niets te zien in een omkering van de bewijslast, maar als men r.o. 4.9 in zijn geheel leest, lijkt dat oordeel alleen terug te slaan op de vraag in hoeverre *voorshands aan nemelijk* was dat het door de verzekeraar gestelde juist was. Het

2. Zie de specifiek op redelijkheid en billijkheid geënte memorie van grieven van Stad Rotterdam, te vinden bij de Cassatiemiddelen onder het kopje 'Inleiding tot de klachten', afgedrukt in de NJ 1998, p. 439.

3. Zie r.o. 4.9, hierboven afgedrukt.

hof gaat niet in op de vraag in hoeverre er plaats zou kunnen zijn voor een omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid, los van de eventuele aannemelijkheid van de stelling.⁴ De motivering van het hof was mijns inziens nogal mager, te mager. Men kan zich afvragen of het hof feitelijk gezien wel motiveert en inzicht geeft in zijn gedachtegang.⁵ Het hof rept immers op geen enkel punt over de eisen van de redelijkheid en billijkheid, terwijl het beroep toch heel specifiek daarop afgestemd was. Waardoor was het dan toch mogelijk om niet te casseren?⁶

3. Die mogelijkheid werd mijns inziens geboden door de (dogmatische) opvatting van het hof over het begrip 'omkering van de bewijslast'. Volgens het hof valt onder dat begrip ook de situatie dat partij B (i.c. Zonneveld), die in principe niet de bewijslast draagt, belast wordt met het tegenbewijs nadat de stelling van de met de bewijslast geconfronteerde partij A (i.c. Stad Rotterdam) als voorshands aannemelijk aangenomen is.⁷ Doordat het hof in zijn overweging refereerde aan (deze vorm van) het begrip 'omkering van de bewijslast', was er voor de Hoge Raad de nodige ruimte om het oordeel in stand te laten. Het probleem daarbij is echter dat die opvatting van het hof dogmatisch niet houdbaar is, want er is in die situatie slechts sprake van een 'oneigenlijke' omkering van de bewijslast.⁸ De rechter gaat in zulke gevallen uit van de gedachte dat het feit (voorlopig) bewezen is; aan de bewijslast is op dat moment voldaan. De wederpartij zal dat bewijs moeten ontkrachten. Het gaat hierbij dus om de (voorlopige) *bewijswaardering*, de rechter neemt het feit voorlopig voor waar aan. Het gaat dus niet om de *bewijslastverdeling*, om de vraag wie de procedure verliest als het feit niet zou komen vast te staan.⁹ En het gaat dan dus al helemaal niet om bewijslastomkering in eigenlijke zin, waarbij op basis van een bijzondere regel of de redelijkheid en billijkheid de bewijslast komt te liggen bij de partij die op basis van de

hoofregel de bewijslast niet zou dragen. Het kenmerkende verschil tussen de 'oneigenlijke' en de eigenlijke omkering is gelegen in de mate van bewijs waarmee de wederpartij moet komen. Als de rechter voorshands uitgaat van de aannemelijkheid van een stelling, is het leveren van *tegenbewijs* (twijfel zaaien over de juistheid van de stelling) voldoende, omdat de bewijslast niet verschoven is (bij twijfel verliest de partij die oorspronkelijk ook al de bewijslast droeg), maar daaraan juist voorlopig voldaan is, terwijl bij een echte omkering van de bewijslast *tegendeelbewijs* nodig is. Twijfel gaat in dat geval ten laste van de partij op wie het bewijsrisico door de omkering is komen te liggen.¹⁰ Het feit dat het hof in casu de 'omkering' van de bewijslast afwijst, wil dus niet zeggen dat het hof daarbij het oog had op de door Stad Rotterdam bepleite 'echte' omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid. Uit die afwijzing kan, als men de opvatting van het hof volgt, alleen geconcludeerd worden dat het hof de feitelijke stellingen van Stad Rotterdam niet aannemelijk genoeg achtte om de wederpartij te belasten met het tegenbewijs. Daarmee komt de conclusie dat het hof zich uitgesproken had over de gevraagde bewijslastomkering, op drijfzand te rusten.¹¹ Overigens, het onder één noemer brengen van beide vormen van 'bewijslastomkering', is op zich te billijken, zolang men maar aan ieder van die vormen de juiste gevolgen verbindt en de verschillen tussen beide niet uit het oog verliest. Dat dat niet altijd even vlekkeloos verloopt, hebben we hiervoor gezien.

De vereiste motivering

4. De tweede klacht van het cassatiemiddel stelde dat indien het hof meende niet tot motivering gehouden te zijn, dat een onjuiste rechtsopvatting zou zijn. De Hoge Raad beslist daarop ten eerste dat het hof zijn beslissing wel gemotiveerd had. In zoverre faalt het middel wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Ten tweede beslist de Raad dat voor zover het middel bedoelde te stellen dat het hof tot

een verzwaarde motivering gehouden zou zijn, dat onjuist zou zijn. De beslissing van de lagere rechter met betrekking tot het niet omkeren van de bewijslast, hoeft niet

4. Als die stelling voorshands aannemelijk zou zijn, zou voor een, in de woorden van het Hof, bewijslastomkering plaats zijn. Het hof achtte voor die aannemelijkheid echter geen termen aanwezig en besloot daarom de bewijslast niet 'om te keren'.
5. Zoals de parlementaire geschiedenis vereist, zie G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer 1988, blz. 90 (verder: PG), en ook de HR, zie HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 m.nt. DWfv. Ook A-G De Vries Lentsch-Kostense was niet echt te spreken over 's Hof's formulering, die zij omschrijft als 'cryptisch', zie *Conclusies RvdW 1997*, 213, op blz. 834 en 835. Zo ook J.D.A. den Tonkelaar, *TCR 1998*, p. 2 en 4.
6. Daarbij ga ik ervan uit dat de Hoge Raad het wenselijk achtte niet te casseren. Gezien de zware fout van de vrachtautochauffeur is dat oordeel op zich begrijpelijk.
7. Die opvatting is terug te vinden in r.o. 4.8 en in r.o. 4.9. Overigens, in r.o. 4.7, in cassatie niet bestreden, spreekt het hof wel over het belasten met tegenbewijs.
8. Zie onder andere W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Deventer 1992, blz. 23; dezelfde, *Rechtspraakoverzicht bewijslastverdeling*, Arnhem 1995, blz. 42; E. Gras, *Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstruc-tieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding?*, in: J.L.P. Cahen-bundel, Deventer 1997, blz. 126 en G.J. Visser, *Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties*, *TCR 1997*, blz. 73 e.v., op blz. 75. Ik heb die 'oneigenlijke' omkering van de bewijslast eerder getypeerd als een verschuiving van de bewijsvoeringslast, zie I. Giesen, *Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht*, *WPNR 6265 (1997)*, blz. 241 e.v., op blz. 245 (zie aldaar ook voor buitenlandse literatuur). Anders, *Snijders-Ynzonides-Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2e druk, Deventer 1997, nrs. 213 en 214.
9. Zie Asser, a.w. 1992, blz. 27; Pitlo-Hidma-Rutgers, *Bewijs*, 7e druk, Arnhem 1995, blz. 31, en Gras, t.a.p., blz. 112 en blz. 125-126.
10. Zie Asser, a.w. 1992, blz. 23-24 (die er ook nog op wijst dat bewijswaardering praktisch niet toetsbaar is in cassatie, terwijl een verdeling van de bewijslast dat wel is), en Giesen, t.a.p., blz. 244-245.
11. En daarmee eigenlijk ook het hele arrest, nu dat ervan uit gaat dat op de grief beslist was. Ook de A-G koppelt bij elk middel terug naar het (m.i. onjuiste) feit dat het Hof op die stelling beslist had, zie *Conclusies RvdW 1997*, 213, onder nrs. 8, 10 en 12.

vergezeld te gaan van een verzwaarde motivering. Daarbij beroept de Raad zich, op de parlementaire geschiedenis, waarin te vinden is dat zo'n verzwaarde motiveringsplicht *niet* geldt indien de rechter beslist *wel* de bewijslast om te keren.¹² Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat zo'n zwaardere motivering *zeker niet* nodig is indien de omkering wordt afgewezen. In de parlementaire geschiedenis wordt zo afwijzend gereageerd op een verzwaarde motiveringsplicht, omdat het afwijken van de hoofdregel zich niet nader laat motiveren anders dan door een verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Bij deze argumenten van de Hoge Raad kunnen enkele opmerkingen gemaakt worden.

5. Allereerst en ter verduidelijking, het arrest bepaalt dus *niet* dat er bij het aanvaarden of verwerpen van een beroep op een omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid *geen* motivering nodig zou zijn, maar alleen dat er *geen verzwaarde* motivering nodig is.¹³ Dat de Hoge Raad daarbij aanhaakt bij het argument uit de parlementaire geschiedenis, te weten: dat er alleen op de omstandigheden gewezen kan worden, vind ik niet erg overtuigend. Dat argument zou namelijk ook op kunnen gaan voor een 'gewone' motivering, waardoor ook die gewone motivering achterwege zou kunnen blijven. Ook de 'gewone' motivering zal immers alleen kunnen aansluiten bij de omstandigheden van het geval. Daarbij vraag ik me bovendien af of het wel zo bezwaarlijk is dat alleen op de omstandigheden gewezen kan worden. Die situatie doet zich immers wel vaker voor. Vele beslissingen zijn afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van het geval. De motivering van die beslissingen zal steeds moeten aanhaken bij diezelfde omstandigheden. Daar komt nog bij dat er dan, als er echt wordt aangeknoopt bij de omstandigheden, in elk geval een daadwerkelijke motivering is.¹⁴ Daarvan kunnen (toekomstige) partijen profijt trekken doordat ze weten welke omstandigheden in hun voordeel of nadeel kunnen werken. Na

verloop van tijd, als steeds systematisch op die omstandigheden en hun waarde gewezen zou worden, en deze een zekere mate van veralgemenisering zouden hebben ondergaan¹⁵, zou het wellicht mogelijk zijn tot een catalogus van gezichtspunten, afgeleid van die concrete omstandigheden, te komen die in dit soort gevallen een rol zouden kunnen spelen.¹⁶ Daar zou de rechtsontwikkeling bij gebaat zijn.

6. De Hoge Raad haakt ook aan bij de gedachte dat bij het in stand houden van de hoofdregel minder snel een motivering vereist zal zijn dan bij het afwijken daarvan.¹⁷ Het is de vraag of dat wel zo is of zo zou moeten zijn. Als een beroep op een omkering aanvaard wordt, volgt veelal vanzelf direct daarop de reden waarom aldus beslist wordt. Dat is niet het geval als een beroep categorisch wordt afgewezen. Maar ook dan willen partijen weten waarom in die zin beslist werd. Mijs inziens zou de rechter in zo'n situatie ten minste moeten aangeven waarom hij de aangevoerde omstandigheid niet van voldoende gewicht acht.¹⁸ Het zou goed zijn in beide gevallen zo'n motivering waarin wordt ingegaan op de aangevoerde gronden, te eisen, omdat zowel het aanvaarden als het afwijzen van een beroep inzicht kan bieden in de materie.
7. De vraag die verder rijst, is waarom de Hoge Raad niet zou willen dat er in dit soort gevallen een verzwaarde motiveringsplicht geldt. Een verklaring zou kunnen zijn dat de Hoge Raad deze vragen aan de lagere rechter wil laten, maar tevens een stortvloed aan motiveringsklachten wil vermijden.¹⁹ Een andere mogelijke verklaring schuilt wellicht hierin dat de Hoge Raad het gebruik van de omkering op basis van de redelijkheid en billijkheid wil stimuleren, en hoopt dat (mede) te bereiken door niet teveel motivering te vragen van de lagere rechters. Ik hoop echter dat die verklaring onjuist is. Ik denk namelijk dat die regel contraproductief zal werken, in die zin dat op de lange duur de rechtsontwikkeling gebaat is bij de ontwikkeling van

de eerder genoemde catalogus van gezichtspunten, afgeleid (door middel van veralgemenisering) van de feitelijke omstandigheden. Tot zo'n catalogus zal het op basis van deze rechtspraak echter minder snel komen. Een gewone motivering is op basis van dit arrest immers al nauwelijks nodig, laat staan dat de rechter aan een veralgemenisering van die feiten hoeft te werken. Als stimulering van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid het doel ware, was een 'uitnodiging' de bewijslastomkering op basis van de redelijkheid en billijkheid vaker te gebruiken²⁰, in combinatie met een daadwerkelijke gewone of zelfs een verzwaarde motiveringsplicht, wellicht beter geweest. Dit bezwaar geldt overigens ook ten opzichte van de hier

12. PG, blz. 91. Zo ook HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179. Vergelijk over de vereiste motivering in dezen ook de kritische reactie van Den Tonkelaar, t.a.p. p. 3-4.

13. Dat staat ook duidelijk in de PG, blz. 90. Zie ook Snijders-Ynzonides-Meijer, a.w., nr. 213.

14. Ik gaf hiervoor al aan dat de motivering van het hof mijns inziens te mager was, zie nr. 2.

15. Een poging daartoe volgt hieronder, zie nr. 9.

16. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, behandelt de motivering op basis van de omstandigheden en de zgn. catalogus van gezichtspunten apart, zie blz. 171 e.v. en blz. 187 e.v. Naar mijn mening zijn beide 'concepten' echter makkelijk te verbinden, in die zin dat de motivering door de rechter die door veralgemenisering leidt tot een regel voor een 'gevaltype' (t.a.p., blz. 173), te herformuleren is tot een gezichtspunt in zo'n catalogus. Een voorbeeld los van het positieve recht: stel dat de gevaltype-regel luidt dat bij letselschade geen plaats is voor toerekening van eigen schuld. Dat zou men dan ook zo kunnen formuleren dat de aard van de schade een gezichtspunt is bij de toerekening van eigen schuld.

17. In die zin ook Barendrecht, a.w., blz. 175 en blz. 176.

18. Zo reeds J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, diss. Nijmegen 1978, blz. 321, alsmede Asser-Vranken, nr. 217.

19. Zie voor kritiek op dit praktische argument, overigens in een andere context, Asser-Vranken, nr. 233.

20. Zo'n 'uitnodiging' had bijvoorbeeld kunnen liggen in het erkennen dat een van de aangevoerde omstandigheden tot een bewijslastomkering kan leiden, zie hierna nr. 9 en 10.

als eerste genoemde verklaring.

Wanneer is een omkering van de bewijslast redelijk en billijk?

8. De volgende kwestie die van belang is, betreft de vraag welke omstandigheden al dan niet aanleiding zouden kunnen geven tot een omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid. Die vraag is van groot belang omdat de beslissing omtrent de vraag wie het bewijsrisico draagt, vaak beslissend is voor de procedure.²¹ Het bewerkstelligen van een bewijslastomkering kan daarom zeer gunstig uitpakken voor één van de partijen. De Hoge Raad overweegt allereerst dat het enkele feit van bewijsnood niet voldoende is voor een omkering van de bewijslast. Bovendien is er voor zo'n regel nog minder plaats (de Hoge Raad spreekt van 'nog daargelaten dat') indien de wederpartij ook in bewijsnood verkeerde. Dat is klare taal, en terecht.²² Het enkele feit dat er van bewijsnood sprake is, kan niet doorslaggevend zijn voor het aanvaarden van een omkering. Wellicht immers is er sprake van bewijsnood omdat er niets te bewijzen valt, omdat niets van het gestelde daadwerkelijk gebeurd is. In samenhang daarmee: het is en blijft het uitgangspunt van ons procesrecht dat hij die meent een recht te hebben, de feiten die dat recht staven, zal moeten bewijzen.²³ Als dat niet lukt, dan heeft die partij pech. Ware deze regel anders, dan zou frauduleus claimen een aantrekkelijke bezigheid kunnen worden. Een extra reden om de regel dat bewijsnood tot bewijslastomkering kan leiden, niet te aanvaarden, is gelegen in het feit, de Hoge Raad memoreert terecht daaraan, dat het heel wel mogelijk is dat de wederpartij in dezelfde bewijsnood verkeert.²⁴ Een bewijslastomkering aannemen zou dan alleen ertoe leiden dat de onbillijkheid die de beslissing op basis van de bewijslast met zich brengt, 'verplaatst' wordt naar die wederpartij. En dat kan alleen als daarvoor een *nadere* rechtvaardiging bestaat.
9. Verder overweegt de Hoge Raad dat ook de omstandigheid dat Zonneveld weigerde een bloed-

proef af te laten nemen, niet noodzakelijkerwijs tot een omkering van de bewijslast aanleiding hoeft te geven. De vraag of die aanleiding bestaat, dient beslist te worden na weging van de omstandigheden van het geval. In casu was bij de beslissing van belang dat Zonneveld ter zake niet strafrechtelijk vervolgd was en dat hij zwaar gewond was. Op basis van die omstandigheden kon het hem niet worden aangerekend dat hij niet meegewerkt had. Nu zou men dus de regel kunnen formuleren dat het weigeren mee te werken aan de vergaring van bewijsmiddelen (ten behoeve van de wederpartij) niet op zichzelf tot een bewijslastomkering mag leiden, maar dat dat wel mogelijk is indien de weigering die persoon is aan (of: toe) te rekenen.²⁵

10. Overigens, dat in casu de omstandigheden niet sterk genoeg waren om tot 'aanrekenen' te kunnen besluiten, is mijns inziens betwistbaar. De relevantie van het niet strafrechtelijk vervolgd worden, wordt nergens echt duidelijk gemaakt. Gesteld dat de mogelijkheid werd open gehouden dat Zonneveld vervolgd zou gaan worden wegens het weigeren mee te werken aan de bloedproef, hetgeen lijkt te volgen uit de overweging op dat punt²⁶, zou de beslissing van het OM om niet te vervolgen wellicht iets kunnen zeggen over de juistheid en de gerechtigheid van de weigering, maar even zo goed zou het sepot zijn oorzaak kunnen vinden in het beleid van het OM ter zake. De sepotbeslissing is mijns inziens teveel afhankelijk van andere factoren om in het onderhavige geval van doorslaggevende betekenis te kunnen zijn. Ook overigens is de redenering van de rechtbank in deze²⁷ nogal krom: dat Zonneveld de proef weigerde zegt niets over de vraag of zijn rijvaardigheid was beïnvloed, want daarvoor was hij niet vervolgd. Wat het één (de rijvaardigheid) met het ander (het niet vervolgen) te maken heeft, ontgaat mij. Mijns inziens zou het eerder logisch en gerechtvaardigd zijn uit het weigeren de bloedproef te ondergaan, te concluderen dat de betrokkene ver-

21. Zie bijv. Asser, a.w. 1992, blz. 40; Sniijders-Ynzonides-Meijer, a.w., nrs. 199 en 211, en Pitlo-Hidma-Rutgers, a.w., blz. 24.
22. Zo reeds HR 17 december 1993, NJ 1994, 193, de conclusie van Asser voor dat arrest, alsmede diens conclusie voor HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 JdB, waar Asser overigens ook aangeeft dat bewijsnood wel een omstandigheid is die een rol zou kunnen spelen. Zo ook Hof Den Haag 25 mei 1941, NJ 1941, 846, alsmede H. Thesingh, De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure, diss. Groningen 1961, blz. 111. Ook in Duitsland geldt dat de bewijslast niet op basis van een 'Einzelfall' ofwel op basis van de billijkheid in concreto, waar een beroep op bewijsnood toch veelal op zal neerkomen, omgekeerd mag worden, zie Munch.Komm. ZPO (Prütting) 1992, Par. 286, Rdn. 118; G. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln 1996, Rdn. 450-452; L. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., München 1965, blz. 153, BGH 8 oktober 1992, GRUR 1993, 572, en BGH 17 december 1996, WM 1997, 591, op blz. 592.
23. In Duitsland wordt dit wel beeldend het 'Angreifer-prinzip' genoemd, zie onder andere Baumgärtel, a.w., Rdn. 164, met verdere literatuur.
24. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat partijen twisten over de vraag of de beroepsbeoefenaar zijn cliënt (voldoende) geïnformeerd of gewaarschuwd heeft. Het zal dan veelal het woord van de een tegen het woord van de ander zijn.
25. Vergelijk ook HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 m.nt. DJV. Hierbij zou mijns inziens de aanwezigheid van enige mate van verwijtbaarheid m.b.t. de belemmering van de feitenvaststelling (waardoor immers de waarheidsvinding in het gedrang zou komen), volstaan. Dat zou stroken met het Duitse recht inzake 'Beweisvereitelung'. Daar is het vaststaan van 'Fahrlässigkeit' voldoende om 'Beweisvereitelung' aan te mogen nemen, zie Baumgärtel, a.w., Rdn. 112. Over de sanctie die daarop staat, bewijslastomkering of verdisconteren via de bewijswaardering, verschillen de meningen overigens, *ibid.* Rdn. 112 e.v., en Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 21. Aufl., Tübingen 1997, par. 286, Rdn. 121. Verg. hierover ook Asser, a.w. 1992, blz. 50.
26. Maar wellicht bedoelde de rechtbank ook dat Zonneveld voor rijden onder invloed vervolgd had kunnen worden. Het arrest noch de conclusie verschaft nadere informatie over de gronden waarop Zonneveld (wellicht) vervolgd werd of zou kunnen worden, en ook niet over hoe die 'vervolgung' tot zijn einde kwam.
27. Aangehaald in de conclusie van de A-G in Conclusies RvdW 1997, 213, op blz. 834.

moedelijk wel onder invloed gereden heeft. De conclusie dat deze persoon blijkbaar iets te verbergen had, ligt dan immers voor de hand.²⁸ Bovendien, de opvatting zoals in casu door rechtbank, hof en Hoge Raad aanvaardt, stelt een 'premie'²⁹ op het weigeren een bloedproef te ondergaan. Daardoor wordt de effectiviteit van de wetgeving op dit punt ondergraven.³⁰ Wat het hof, en in diens voetspoor de Hoge Raad, tot het aanvaarden van deze regel bewoog, wordt niet meteen duidelijk, maar wellicht speelde mee dat een verze-keraar in dit geval, het ging immers om een beroep op eigen schuld, zou profiteren van een andersluitende regel, ten nadele van een particulier slachtoffer.

11. Ook de omstandigheid dat Zonneveld ernstig gewond was, zou mijns inziens in deze niet beslissend mogen zijn, al was het maar omdat hij blijkbaar niet te zwaar gewond was om zijn medewerking te weigeren, en wel onder het kenmerk voorwendsel³¹ dat hij niet tegen injecties zou kunnen. Welnu, als Zonneveld nog tot leugens in staat was, kan het enkele feit van zijn verwonding er mijns inziens niet toe leiden dat de weigering hem niet aangerekend zou mogen worden.
12. In het op dezelfde dag gewezen arrest inzake Oomen-Interpolis³², waarin het ging over de vraag welke partij moet bewijzen dat een bepaalde gebeurtenis onder de dekking van de verzekeringspolis valt, besliste de Hoge Raad dat ook de omstandigheid dat het om een 'essentieel belang' gaat voor de partij die het bewijsrisico draagt, niet voldoende is om tot een omkering te komen, net zomin als 'verschil van mening in de medische wereld' dat is. Het moet gezegd worden dat deze omstandigheden weinig indruk maken. Iedereen heeft (grote) belangen bij zaken die tot procedures leiden, niet alleen de eiser in deze zaak, maar alle eisers, alsmede alle gedaagden. Die eerste omstandigheid helpt ons dus niets verder.³³ De omstandigheid dat de medische wereld van mening verschilt over bepaalde kwesties, kan ook niet relevant zijn voor de verdeling van de bewijslast, omdat

juist dat feit de onzekerheid, die de bewijslastbeslissing van belang doet zijn, in het leven roept. Als er geen verschil van mening zou zijn, zou een deskundigenbericht volstaan om tot vaststaande feiten te komen, waardoor de verdeling van de bewijslast niet meer van belang zou zijn.³⁴

Slot

13. Bewijsnood en het weigeren een bloedproef te ondergaan, zijn in de visie van de Hoge Raad geen omstandigheden, gezichtspunten, die tot een bewijslastomkering kunnen leiden. Bovendien blijkt ook de aanwezigheid van twee omstandigheden samen, die los van elkaar niet van voldoende gewicht zijn, niet altijd voldoende te zijn om tot een omkering van de bewijslast te kunnen komen, althans niet in de combinaties die hier aan de orde waren. Tegen dit oordeel van de Hoge Raad valt overigens nog wel wat in te brengen. Mijns inziens zouden bepaalde gevallen van 'Beweisveriteitlung', zoals het weigeren een bloedproef te ondergaan, wel tot een bewijslastomkering aanleiding kunnen geven.³⁵ Of er daarnaast nog andere omstandigheden bestaan die tot zo'n oordeel zouden kunnen leiden, dient afge- wacht te worden.³⁶ Zeker is in elk geval dat aan de motivering door de rechter van zijn beslissing op dit punt, geen zware eisen worden gesteld. Een 'normale' motivering volstaat.

I. GIESEN

28. Waarna men de wederpartij (de weigeraar) kan belasten met het leveren van tegenbewijs, of deze kan belasten, bij wijze van uitzondering op de hoofdregel, met het bewijsrisico ter zake. Ik ben me er overigens bewust van dat men hiermee voorzichtig dient te zijn. Er kunnen bijvoorbeeld ook religieuze overwegingen spelen bij de weigering. Dat zal de weigeraar echter waarschijnlijk wel vrij makkelijk kunnen aantonen, waardoor de regel zoals ik die voorsta ook wat dat betreft weinig bezwaarlijk zal zijn. Overigens, het verbinden van gevolgen aan een weigerachtige houding, ten nadele van de weigeraar, is iets dat geregeld voorkomt, zie Snijders-Ynzonides-Meijer, a.w., nr. 203, en ook toegestaan is, zie HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 m.nt. DJV en de art. 19a lid 4 en 213 lid 2 Rv. Dat geldt ook als de medewerking bewijs ten nadele van die partij oplevert.
29. I.c. het niet opgaan van het eigen schuldverweer van de tegenpartij. In ander verband kan deze regel er ook toe leiden dat degene die (waarschijnlijk) onder invloed een ongeluk veroorzaakte, niet aansprakelijk is.
30. Vergelijk over het verband tussen regels van bewijslast en de effectiviteit van materiële normen in ander verband A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, diss. Tilburg 1997, blz. 402 e.v.
31. Of er daadwerkelijk gelogen was door Zonneveld, blijkt niet uit het arrest. Uit r.o. 4.9 van het hof lijkt echter te volgen dat Zonneveld die stelling van Stad Rotterdam niet bestreden heeft. Ik ga er verder dan ook vanuit dat vaststond dat er gelogen was.
32. HR 31 oktober 1997, rvdw 1997, 216.
33. Zie de conclusie van A-G Bakels in Conclusies rvdw 1997, 216, op blz. 850.
34. De A-G wijst op 'beoordeling zonder goede grond' waartoe aanneme van deze stelling zou leiden, zie Conclusies rvdw 1997, 216, op blz. 850.
35. Zie hiervoor nr. 10. Overigens, uit het hier besproken arrest wordt mijns inziens ook duidelijk dat bij een eventueel conflict 'slachtofferbescherming' voorrang heeft boven 'Beweisveriteitlung'.
36. Vergelijk daarover Asser, a.w. 1995, blz. 46-47, en HR 15 januari 1993, NJ 1993, 179.