

14

Hof 's-Hertogenbosch
10 september 2002, nr. C0100575/BR
(mrs. Rothuizen-van Dijk, Sterk, Van Wechem)
Noot mr. I. Giesen

Afdracht ontvangen gelden. Bewijslastverdeling. Omkering op basis van redelijkheid en billijkheid. Bewijsnood.

[Rv art. 150]

Het hof is echter van oordeel dat eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 177 Rv (oud)) in casu een andere verdeling van de bewijslast meebrengen. Het hof heeft daarbij met name acht geslagen op de omstandigheid dat de bewuste geldopnames in juli 1996 hebben plaatsgevonden, dat moeder en appellanten door middel van bankafschriften vrijwel direct op de hoogte waren van de geldopnames (naar appellanten ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep hebben verklaard), dat moeder noch zijzelf noch later de bewindvoerder daarin aanleiding hebben gevonden om binnen redelijke tijd na de geldopnames of nog tijdens het leven van moeder aan broer te kennen te geven dat zij in rechte bewijs verlangden van de afdracht

van het geld aan moeder en dat de onderhavige procedure op 26 augustus 1999 – ruim drie jaar later – is aangevangen. Als gevolg van deze omstandigheden is broer sterk benadeeld in de mogelijkheid bewijs van zijn stelling te leveren. Het hof legt in verband daarmee de bewijslast van het niet afdragen van gelden door broer aan moeder bij appellanten.

1. *Petronella Catharina Elisabeth de Bakker te Hilvarenbeek,*

2. *Cornelis Josephus de Bakker te Breda,*
appellanten,

procureur: mr. J.E. Benner,
tegen

Josephus Cornelis Johannes de Bakker te Breda,
geïntimeerde,

procureur: mr. M.C. Bijleveld-van der Slikke.

(...; red.)

4. De beoordeling

4.7.1. Voorts stellen appellanten dat broer het geld niet aan moeder heeft afgedragen dan wel ten behoeve van moeder heeft aangewend. Broer betwist deze stelling; hij stelt dat hij de gelden direct aan moeder heeft afgedragen.

4.7.2. Nu er van uit moet worden gegaan dat broer in het kader van een machtiging van moeder de onderhavige bedragen van de bankrekeningen van moeder heeft opgehaald, ligt het in beginsel op de weg van broer om aan te tonen dat hij de gelden aan moeder heeft afgedragen (HR 21 juni 2002 JOL 2002, 352).

4.7.3. Het hof is echter van oordeel dat eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 117 Rv oud) in casu een andere verdeling van de bewijslast meebrengen. Het hof heeft daarbij met name acht geslagen op de omstandigheid dat de bewuste geldopnames in juli 1996 hebben plaatsgevonden, dat moeder en appellanten door middel van bankafschriften vrijwel direct op de hoogte waren van de geldopnames (naar appellanten ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep hebben verklaard), dat moeder noch zijzelf noch de later aangestelde bewindvoerder daarin aanleiding hebben gevonden om binnen redelijke tijd na de geldopnames of nog tijdens het leven van moeder aan broer te kennen te geven dat zij in rechte bewijs verlangden van de afdracht van het geld aan moeder en dat de onderhavige procedure op 26 augustus 1999 – ruim drie jaar later – is aangevangen. Als gevolg van deze omstandigheden is

broer sterk benadeeld in de mogelijkheid bewijs van zijn stelling te leveren. Het hof legt in verband daarmee de bewijslast van het niet afdragen van de gelden door broer aan moeder bij appellanten.

4.7.4. Bij pleidooi in hoger beroep heeft de raadsman van appellanten desgevraagd meegedeeld dat hij deze stelling uitsluitend kon bewijzen door middel van een (getuigen)verklaring van Diana Kessels-Verstrepren, inhoudende hetgeen in haar schriftelijke verklaring d.d. 8 maart 2000 (prod. 8 concl.v.antw. in opp.) staat vermeld. Het hof acht de inhoud van deze verklaring niet voldoende duidelijk en concreet om op grond daarvan het bewijs aan te nemen dat broer het geld niet aan moeder heeft afgedragen. Dit wordt uiteraard niet anders als deze verklaring onder ede wordt afgelegd, zodat het hof aan het bewijsaanbod van appellanten voorbijgaat.

4.8. De slotsom van het voorgaande is dat niet is komen vast te staan dat broer onrechtmatig heeft gehandeld jegens appellanten of jegens moeder.

(...; red.)

NOOT

1. Na het overlijden van hun moeder eisen twee van de kinderen (de procedure is gestart in 1999) dat hun broer de gelden afdraagt die hij in 1996 van de rekening van moeder heeft gehaald, in totaal zo'n (toen nog) f 15.000,-. Zij stellen dat de geldopnames door de broer verricht zijn zonder toestemming, dat moeder de gelden nooit ter beschikking heeft gehad en dat deze gelden ook niet ten behoeve van haar zijn aangewend. De grondslag die zij daarvoor aanvoeren, is in de eerste plaats de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW. In beginsel dient er echter, zo komt bij het hof al snel vast te staan, vanuit gegaan te worden dat de broer gemachtigd was om geld ten behoeve van moeder op te nemen en dat niet gebleken is dat moeder specifiek niet instemde met de betreffende geldopnames.

2. Gegeven die stand van zaken, resteerde de vraag of de gelden na opname werkelijk zijn afgedragen aan moeder, danwel aangewend zijn ten behoeve van moeder. Conform de hoofdregel van bewijslastverdeling van art. 150 Rv rust te dien aanzien de bewijslast op degene die de gelden ontvangen of onder zich

had, hier dus degene die de geldopnames gedaan heeft, de broer. Zie het recente, ook door het hof genoemde arrest HR 21 juni 2002, *RvdW* 2002, 105 (Dijkhuis-Moll/Schardijn) en het veel oudere arrest HR 26 september 1980, *NJ* 1981, 154 (X./A.).

3. In gevallen waarin het gaat om een werknemer die gelden ontvangen heeft voor zijn werkgever, en gevorderd wordt dat die gelden afgedragen worden, is in het verleden overigens wel van deze regel afgeweken en een omkering van de bewijslast aangenomen in de vorm van een bijzondere regel van bewijslastverdeling zoals bedoeld in art. 150 Rv. De bijzondere regel is dat de bewijslast voor het *niet* afdragen door de werknemer van de ontvangen bedragen in beginsel op de werkgever rust, zie HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440 (N./Tribulet). Het bijzondere aan die regel, die uiteindelijk berust op de beschermende strekking van het arbeidsrecht, schuilt hierin dat de werknemer in een dergelijk geval (als zelfstandig verweer) stelt dat hij de ontvangen gelden heeft *afgedragen*. Ten aanzien van die afdracht zou, als de ontvangst ervan vast staat, in beginsel de bewijslast op de werknemer rusten (de schuld van de werknemer aan de werkgever staat met de ontvangst immers vast; de werknemer stelt (een verweer) dat die schuld teniet is gegaan). Daarvan wordt echter afgeweken.

4. In het hier besproken geval (er bestond geen werkrelatie) komt het hof, wellicht geïnspireerd door deze arbeidsrechtspraak, evenzeer tot een afwijking van de hoofdregel van bewijslast (en van de al genoemde rechtspraak van de Hoge Raad). Deze wordt gegrond op de redelijkheid en billijkheid zoals genoemd in art. 150 Rv. De daartoe beslissende omstandigheid is in de visie van het hof de bewijsmoeilijkheid waarin de broer terecht is gekomen. Omdat de geldopnames van enige jaren terug dateerden, die opnames op zich bekend waren, en er (desondanks) nooit iets ondernomen is om afdracht ervan aan de orde te stellen of te bewerkstelligen, is de broer sterk benadeeld in zijn mogelijkheden om bewijs te leveren. Twee opmerkingen daarover.

5. De uitspraak van het hof komt in de kern hierop neer dat de bewijsnood waarin een partij is komen te verkeren, aanleiding kan zijn om de bewijslast om te keren. Dat oordeel is bepaald niet in lijn met hetgeen op dit vlak

gebruikelijk geleerd wordt. De enkele bewijsnood wordt over het algemeen gezien als onvoldoende reden of grond voor een omkering van de bewijslast, zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 85 (Stad Rotterdam/Zonneveld), en I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB), 2001, p. 418, met verdere verwijzingen. De reden daarvoor laat zich raden en is ook in de onderhavige zaak evident: de kans is levensgroot dat de wederpartij evenzeer in bewijsnood verkeert, zodat die bewijsnood voor beide partijen op gelijke (nadelige) wijze uitpakt en dit dus geen beslissend criterium voor de bewijslastverdeling tussen die partijen kan (althans: zou mogen) opleveren. Immers, hoe kunnen de andere kinderen in dit geval bewijzen dat de gelden niet door de broer zijn afgedragen aan moeder of aangewend zijn ten behoeve van moeder? Hun mogelijkheden daartoe zijn, zoals ook bleek in de onderhavige uitspraak (de vordering van de andere kinderen werd afgewezen), niet beter dan die van de broer. In dezelfde zin werd al geoordeeld in HR 26 september 1980, *NJ* 1981, 154 (X./A.). In dat arrest besliste de Hoge Raad tevens dat men bij de bewijswaardering rekening mag houden met de omstandigheid dat de bewijsmogelijkheden beperkt zijn omdat het binnen bijzondere relaties, zoals een familierelatie, minder voor de hand ligt dat er bewijsmiddelen verzameld en bewaard zullen worden. Dat is echter nog geen reden voor een omkering van de bewijslast.

6. Mijn tweede opmerking betreft de grondslag waarop het hof de omkering van de bewijslast baseert, namelijk de redelijkheid en billijkheid. Dat is op zichzelf natuurlijk zeer wel mogelijk, art. 150 Rv biedt daartoe alle ruimte, maar toch zou ik daarbij een kanttekening willen maken. Ik zou er (nogmaals) voor willen pleiten dat lagere rechters in plaats van de omkering op basis van de redelijkheid en billijkheid (meer en vaker) de andere uitzonderingsgrond uit art. 150 Rv benutten, die van de bijzondere regel van bewijslastverdeling. Dat dwingt die rechter namelijk tot meer diepgang bij de motivering dan bij het gebruik van de redelijkheidsuitzondering nodig zal zijn, zie hierna (nr. 7), en daar wordt ons recht als geheel beter van. Dergelijke uitspraken bieden immers, juist door het surplus aan benodigde motivering, meer houvast voor de

verdere ontwikkeling van het recht. Zie nader Giesen, a.w., p. 97-98, en in algemene zin over motivering ten aanzien van de bewijslastverdeling, aldaar p. 485-487.

7. In casu heeft het hof de veilige route gekozen, want het oordeel dat de redelijkheid en billijkheid deze omkering met zich brengt, zal als een feitelijk oordeel niet al te snel aantastbaar zijn in cassatie, zie Giesen, a.w., p. 98, noot 157, met verdere verwijzingen. Alleen een motiveringsgebrek zou hier eventueel tot cassatie kunnen leiden (of cassatieberoep is ingesteld, is mij niet bekend). Gezien de evenzeer aanwezige bewijsnood voor de andere kinderen, zou ik overigens best de stelling aandurven dat een nadere, uitvoerigere motivering van de redelijkheid van de hier door het hof gekozen oplossing, gewenst zou zijn geweest.

mr. I. Giesen
universitair hoofddocent Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht en vakgroep privaatrecht,
UvT