

De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?*

Rode draad 'Bewijs en Bewijsrecht'

Mr. I. Giesen**



De bewijswaardering is in de Nederlandse literatuur over het burgerlijk procesrecht geen populair onderwerp, hoewel het in de praktijk wel zeer belangrijk is. In het onderhavige artikel wordt daarom getracht dit begrip nader te omschrijven. Gezocht wordt naar 'scherpere' normen dan de vage notie van 'een redelijke mate van zekerheid' die meestal ingeroepen wordt.

1 Inleiding en afbakening

1.1 Probleemstelling

Bewijswaardering speelt in bijna elke civiele procedure, in meer of mindere mate, een rol. Vrijwel steeds zal de rechter moeten bepalen of hij vindt dat de gestelde en betwiste feiten bewezen zijn. En de vraag of een feit bewezen is, is afhankelijk van de waardering van het bewijs door de rechter. Gezien het belang van de bewijswaardering is het vreemd dat daaraan eigenlijk weinig aandacht wordt besteed. Over het algemeen wordt in de literatuur niet meer gesteld dan dat 'een redelijke mate van zekerheid' vereist is. Het doel van dit artikel is dan ook om de bewijswaardering aan een nader onderzoek te onderwerpen, teneinde te bezien of die vage maatstaf nader ingevuld zou kunnen worden, en zo ja, op welke wijze dat dan zou kunnen geschieden.

1.2 Het bredere kader

Alvorens tot beantwoording van die vraag over te gaan, zal ik echter eerst de bewijswaardering

in een wat breder kader plaatsen.¹ Dat kader is het Nederlandse bewijsrecht, zoals neergelegd in artikel 176 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

Partijen in een civiele procedure dienen de feiten en rechten waarop ze zich beroepen, aan te voeren ofwel te stellen. Feiten die niet gesteld zijn, kunnen niet aan de beslissing van de rechter ten grondslag worden gelegd.² Als de wederpartij de gestelde feiten niet of niet voldoende betwist, moet de rechter die feiten als vaststaand beschouwen (art. 176 Rv).³ Dat wil zeggen dat verder bewijs ten aanzien van die feiten niet meer nodig is.

De gestelde en wél betwiste feiten kunnen niet zonder meer ter ondersteuning van de beslissing gebruikt worden. Ze zullen eerst door (één van) de partijen bewezen moeten worden. Welke partij voor welke feiten de bewijslast draagt, wordt bepaald door artikel 177 Rv. Daarop zal ik hier niet verder ingaan. Ik volsta hier met vermelding van de hoofdregel van bewijslastverdeling. Deze luidt dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, die feiten

* Met dank aan prof. mr. J.M. Barendrecht, mr. M.J. Borgers en mr. F.G.H. Kristen voor hun kritische kanttekeningen bij een eerdere versie van dit artikel.

** Ivo Giesen is als assistent-in-opleiding verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Katholieke Universiteit Brabant. Hij werkt aan een proefschrift over 'Bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht'.

¹ Zulks is mede ingegeven door de constatering dat het civiele bewijsrecht, waarover dit artikel bij uitsluiting handelt, vooralsnog weinig aandacht heeft gekregen in de Rode draad 'Bewijs en Bewijsrecht'. Ik merk nog wel op dat het navolgende geenszins volledig is en in beginsel alleen op de dagvaardingsprocedure betrekking heeft.

Zie verder bijvoorbeeld H.J. Sniijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2e druk, Deventer 1997, nr. 199 e.v., en W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 19e druk, Den Haag 1998, nr. 120 e.v.

² Echter, feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels hoeven niet gesteld, noch bewezen te worden, zie art. 176 lid 2 Rv.

³ Ten aanzien van stellingen die bij aanvaarding leiden tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, zoals bijvoorbeeld bij familierechtelijke betrekkingen, mag de rechter wel bewijs verlangen, zie art. 176 lid 1 Rv.

moet bewijzen.⁴

Teneinde tot verdere⁵ bewijslevering door partijen te kunnen overgaan, geeft de rechter veelal een bewijsopdracht. Daarin geeft hij aan welke partij voor welke feiten, afhankelijk van de bewijslastverdeling, bewijs moet aanvoeren. Welke bewijsmiddelen een partij zelf wenst te gebruiken, wordt vaak aangegeven in een zogenaamd bewijsaanbod (een aanbod van partijen om hun stellingen te bewijzen). Het gaat daarbij meestal om bewijs door getuigen (art. 189 e.v. Rv). De rechter kan echter ook zelf op zoek gaan naar de 'waarheid' en bijvoorbeeld bepalen dat een deskundigenbericht zal worden ingewonnen (art. 221 e.v. Rv). De rechter laat zich dan voorlichten door een deskundige, met als gevolg dat eigenlijk niet de partijen maar een derde bewijs aandraagt.

Na de bewijslevering komt het eigenlijke onderwerp van dit artikel aan bod: de bewijswaardering. Daarover zo meteen meer. Om het algemene kader compleet te maken, zal ik echter eerst aangeven wat er moet gebeuren indien de bewijswaardering niet 'succesvol' is, indien de rechter niet tot de benodigde overtuiging in de ene of de andere richting komt (een zogenaamd *non liquet*). Hij moet het geschilpunt dan toch beslissen; rechtsweigeren is hem niet toegestaan (art. 13 Wet AB). In zo'n situatie geven de regels van bewijslastverdeling de doorslag. De partij die de bewijslast ten aanzien van het feit in kwestie draagt, draagt daarmee ook het risico (procesverlies) van het niet komen vast te staan van dat feit.

Hierbij dient bedacht te worden dat de bewijswaardering van invloed is op (het bereik van) die bewijslastverdeling. Als de rechter ervan overtuigd is dat een feit zich wel of niet voorgedaan heeft, is het bewijs wel of niet geleverd en kan de rechter op die basis beslissen. De regels

van bewijslastverdeling komen dan niet meer aan bod. Er is geen *non liquet* ontstaan.⁶ Daaruit volgt ook dat als de mate van bewijs die nodig is om tot de benodigde overtuiging te (mogen) komen, minder is, die overtuiging eerder bereikt zal worden en het dus minder snel tot een beslissing op basis van de bewijslastverdeling zal komen.⁷

1.3 Verdere indeling

Tot zover het bredere kader. De verdere opbouw van dit artikel is als volgt. Na een paragraaf over de bewijswaardering in het algemeen (voor 'normale' gevallen), waarbij drie te onderscheiden vragen een rol spelen (par. 2), en een rechtsvergelijkend overzicht (par. 3), zal ik ingaan op twee daarvan te onderscheiden, bijzondere begrippen, te weten 'aannemelijkheid' en 'voorshandse aannemelijkheid' (par. 4). In paragraaf 5 zal ik trachten tot een standaard voor het Nederlandse recht te komen. Tot slot zal ik enkele conclusies op een rij zetten (par. 6).⁸

2 De bewijswaardering in het algemeen: drie vragen

2.1 Inleiding

Als wij over bewijswaardering in algemene zin spreken, dient mijns inziens een drietal vragen behandeld te worden.⁹ Ten eerste de vraag welke waarde de rechter mag of moet hechten aan bepaalde bewijsmiddelen. Ten tweede is er de vraag of een (meer) subjectieve dan wel een (meer) objectieve opvatting van de rechter beslissend is bij de waardering.¹⁰ Ten derde is er de vraag welke mate van overtuiging de rechter dient te bezitten alvorens hij kan en mag zeggen dat het feit (naar zijn overtuiging) bewezen is.

Bij het antwoord op die vragen dient voorop-

4 Voor verdere informatie, zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Deventer 1992, *passim*, A. Pitlo, T.R. Hidma en G.R. Rutgers, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, 7e druk, Arnhem 1995, p. 24 e.v., en H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, 3e druk, Deventer 1998, p. 23 e.v.

5 Bewijslevering vindt namelijk ook al eerder plaats, denk aan de schriftelijke bescheiden die als producties worden ingebracht.

6 Zie bijvoorbeeld H. Weber, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen 1997, p. 9; G. Baumgärtel, *Bewijslastpraxis im Privatrecht*, Köln 1996, Rdn. 39 en 53-64; K. Wiersma, Bewijzen in het burgerlijk geding, *RM The-*

mis 1966, p. 480; A. Grünebaum, *Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding*, Amsterdam 1904, diss. UvA, p. 147.

7 Zie bijvoorbeeld O. Rommé, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, Köln 1989, p. 157; Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 53.

8 Ik kan hier niet ingaan op de mede tot de bewijswaardering behorende leer der vermoedens, zie daarover onder andere Asser, *a.w.*, p. 27 e.v.

9 Zie met name de Duitse literatuur genoemd in noot 48.

10 Het gaat hier om een meer of mindere mate van subjectief dan wel objectief waarderen. Geheel subjectief waarderen staat gelijk aan willekeur en is dus onacceptabel. Geheel objectief waarderen is onmogelijk.

gesteld te worden dat veelal geen vaste regels te geven zijn. De waardering van het bewijs is aan de feitenrechter voorbehouden. In cassatie kan daarover niet geklaagd worden, afgezien van die gevallen waarin het om een motiveringsklacht gaat.¹¹

2.2 De eerste vraag: vrije bewijswaardering

Ter beantwoording van de eerste vraag geldt dat de rechter in beginsel vrij is in de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Dat volgt uit artikel 179 lid 2 Rv, waarin echter ook is bepaald dat de wet daarop uitzonderingen kan maken. Zo opent artikel 178 lid 1 Rv bijvoorbeeld de mogelijkheid van het bestaan van dwingend bewijs (bewijs dat de rechter niet vrij mag waarderen).¹² Daartegen is tegenbewijs echter ook weer mogelijk, zie artikel 178 lid 2 Rv. De uitzonderingen doen echter niet af aan het uitgangspunt dat in Nederland in principe de vrije bewijsleer gehanteerd wordt.¹³

Dat betekent dat de rechter zelf bepaalt welke waarde hij hecht aan een getuigenverklaring, een deskundigenbericht of de meeste andere bewijs-

middelen.¹⁴ De keuze voor de vrije bewijsleer vloeit voort uit de gedachte dat de rechter binnen de grenzen van het geschil zoveel mogelijk de materiële waarheid dient te achterhalen.¹⁵ Formele regels over de bewijskracht die aan bepaalde bewijsmiddelen gehecht moet worden, passen daar minder goed bij.

2.3 De tweede vraag: persoonlijke overtuiging

Uit het voorgaande vloeit het antwoord op de tweede vraag eigenlijk logisch voort, en dat is wellicht de reden dat deze vraag in Nederland nauwelijks aandacht krijgt. De opvatting van *de rechter in kwestie* over de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel is beslissend. Diens innerlijke (subjectieve) overtuiging geeft de doorslag.¹⁶ Die subjectieve overtuiging, welke het gevaar van rechterlijke willekeur in zich draagt, wordt overigens in belangrijke mate geobjectiveerd omdat de rechter een motiveringsplicht heeft.¹⁷ Doordat de rechter zijn overtuiging moet motiveren, daarvoor redenen moet aandragen, wordt hij gedwongen te bekijken of zijn overtuiging ook voor anderen aanvaardbaar zou kunnen zijn.

11 Zie bijvoorbeeld Snijders-Ynzonides-Meijer, *a.w.*, nr. 230.

12 Een uitzondering op de vrije bewijswaardering is bijvoorbeeld dat de rechter (nog) niet vrij is bij de waardering van de verklaring van een partijgetuige, zie art. 213 lid 1 Rv; Snijders-Ynzonides-Meijer, *a.w.*, nr. 231, en Hugenholtz-Heemskerk, *a.w.*, nr. 123.

13 Zie verder onder andere G.R. Rutgers (e.a.) (red.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in civiele zaken*, Deventer 1988 (verder: *PG Bewijsrecht*), pp. 49 en 59; J.L.M. Elders, *Waardering van bewijs*, Deventer 1990, pp. 15-16; Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, pp. 16-18; Pitlo, Hidma en Rutgers, *a.w.*, pp. 46-48.

14 Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 17. Wel kan de rechter in bepaalde gevallen de opdracht meekrijgen met een 'bijzondere behoedzaamheid' te werk te gaan, zie HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S.). Ik ga hier niet in op de bewijskracht van de specifieke bewijsmiddelen, zie daarover onder andere Elders, *a.w.*, p. 10 e.v.

15 Zie *PG Bewijsrecht*, pp. 59, 61 en 99; M. Kremer & E. Rehbock, *Discovery en andere wegen der (ge)lijdelijkheid*, *AA* 1998, p. 454.

16 Zie *PG Bewijsrecht*, pp. 76 en 78 (*zijn overtuiging*); Grünebaum, *a.w.*, p. 146; J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 1e stuk, 2e gedeelte*, 2e druk, Haarlem 1928, pp. 125, 126 en 127; M.L. Kan, *Bewijslast en bewijswaardering*, Amsterdam 1921, diss. UvA, pp. 113 en 139; F.G. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht. Deel I*, Zwolle 1934, p. 101; N.K.F. Land, J. Eggen, *Verklaring van het burgerlijk wetboek. Zesde deel. Boek IV, Titel I-VI*, 2e druk, Haarlem 1933, p. 18, als-

mede het rechtsvergelijkende overzicht in par. 3, en met name Weber, *a.w.*, p. 165. In deze zin mijns inziens ook Asser, conclusie voor HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666 nt. JdB (J.S./B.S.), nr. 2.8. Twijfelend is J. Wiarda, *Het begrip 'bewijzen' in het strafprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht*, in: *Rechtsbinding en rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan Prof. dr. D. Hazewinkel-Suringa*, Leiden 1959, p. 207; D.J. Veegens en K. Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Deel I. Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Zwolle 1973, p. 49, en A. Anema en P.J. Verdam, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. vijfde deel. Van bewijs*, 5e druk, Zwolle 1953 (verder: Asser-Anema-Verdam), p. 39, menen dat innerlijke overtuiging wel nodig is, maar op zichzelf onvoldoende is als maatstaf.

17 Zie art. 59 lid 1 sub 3 Rv, HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum) en E. Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, 5e druk, München 1994, Rdn. 693 e.v. Door die motiveringsplicht zou naar de opvatting van Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 17, en J.F. Nijboer, *Bewijs en Bewijsrecht — een inleiding*, *AA* 1999, p. 20, de vrije bewijsleer verlaten zijn en overgestapt zijn naar het stelsel van de *conviction raisonnée*, nu in dat laatste stelsel rekenschap afgelegd dient te worden van de bewijsvoering. Naar mijn mening mogen beide stelsels echter niet op die grond onderscheiden worden. Uitspraken over het bewijs dienen mijns inziens altijd gemotiveerd te zijn, zoals ook in par. 3 zal blijken. Een bewijsleer die zulks niet omvat, is naar mijn mening een anomalie. Met andere woorden, mijns inziens zou er geen onderscheid gemaakt mogen worden tussen de vrije bewijsleer en de *conviction raisonnée*.

Dat zal alleen het geval kunnen zijn als zijn redenen het louter subjectieve overstijgen en aan de eisen van de logica voldoen.

2.4 De derde vraag: de bewijsmaatstaf

De derde en belangrijkste vraag — welke mate van overtuiging dient de rechter te bereiken? — staat in Nederland niet sterk in de belangstelling.¹⁸ Men gaat er over het algemeen vanuit dat de rechter een redelijke mate van zekerheid dient te hebben omtrent de juistheid van de gestelde feiten.¹⁹ Ook wordt wel gesproken over een 'grote mate van aannemelijkheid',²⁰ over een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid'²¹ of over een 'zekere mate van waarschijnlijkheid (maatschappelijke zekerheid)'.²² Deze begrippen zijn qua taalkundige betekenis wellicht niet helemaal gelijk te schakelen, maar mijns inziens komen ze praktisch gezien wel allemaal op hetzelfde neer.

Grünebaum gaat iets verder. Hij stelt de maatstaf van een 'hoge graad van waarschijnlijkheid' voorop en concretiseert dit door tevens aan te geven dat het 'niet onaannemelijk voorkomen' onvoldoende is. Wat nodig is, zo stelt hij, is een zo hoge graad van waarschijnlijkheid dat het de rechter op grond van zijn levenservaring en zijn kennis van de natuur en de maatschappelijke verhoudingen, onverstandig voorkomt nog aan de waarheid te twijfelen.²³ Hieruit blijkt dat een waarschijnlijkheid van net boven de grens tussen waar en onwaar, voor hem onvoldoende is.

Anema en Verdam gaan ook wat nader op deze vraag in en menen, in de lijn van Grünebaum,

dat de feitelijke zekerheid die de rechter behoeft 'tamelijk groot moet zijn'. Zij stellen als criterium dat de rechter verplicht is zich 'zoveel gegevens (te) verschaffen en kennis (te) vergaderen (bedoeld zal zijn: vergaren, IG) als hem straks, als hij handelen moet, zedelijk verantwoord doet zijn voor de beslissing, die hij neemt'. Innerlijke overtuiging is niet genoeg, maar onwrikbare zekerheid is ook weer niet vereist. De waarheid ligt ergens in het midden.²⁴ De rechter moet dus de zedelijke verantwoordelijkheid voor zijn beslissing kunnen dragen. Een echte maatstaf over de benodigde mate van bewijs (voor het kunnen dragen van die verantwoordelijkheid) ontbreekt dan echter nog steeds.

Schrijvend over (onder andere) een ontwerp van een wet over het bewijsrecht uit 1804, komt Wiarda²⁵ tot de volgende samenvatting van de daarin vastgelegde regels: de rechter moet recht spreken naar 'rechtelijke zekerheid, welke is gelegen in zijn overtuiging nopens de waarheid van het beweerde; en wel gegrond op de algemeene en bijzondere Voorschriften' die voor hem gelden.²⁶ Uit het wetsontwerp dat hij citeert zijn mijns inziens nog enkele andere aanwijzingen voor de rechter te halen.

Zo bepaalde artikel 1 van dat ontwerp dat bewijzen is: 'van de waarheid eener beweerde Zaak (...) ten genoeg van den Rechter, doen blijken'. Met andere woorden, de persoonlijke overtuiging van de rechter werd doorslaggevend geacht, hetgeen nog eens bevestigd werd door artikel 5.²⁷ Het doel van het bewijs was de 'Rechtelyke ze-

18 In die zin reeds Kan, *a.w.*, p. 4. De verklaring voor het gebrek aan discussie ligt waarschijnlijk hierin dat het oude bewijsrecht (art. 1902 e.v. Oud BW) veelal dwingend voorschreef welke bewijskracht bepaalde bewijsmiddelen hadden. Over de mate van overtuiging die binnen de vrije bewijstheorie nodig zou zijn, behoefde men dus niet te discussiëren, vergelijk W. Gautschi, *Beweislast und Beweiswürdigung*, Zürich 1913, p. 33.

19 Pitlo, Hidma en Rutgers, *a.w.*, p. 7; Asser, *a.w.*, p. 14; Wiersma, *t.a.p.*, p. 465; Scheltema, *a.w.*, pp. 103 en 113. Anders: A.R. Hartmann, Het bewijs in het bestuursrecht en het strafrecht. Een korte interne rechtsvergelijking, *AA* 1999, pp. 222-223; M.A.J. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer 1997, diss. Utrecht, p. 25; Elders, *a.w.*, p. 6, en Nijboer, *t.a.p.*, p. 20, die over 'meer waarschijnlijk dan niet' spreken, hetgeen de Engelse maatstaf is, die niet zonder meer in Nederland geldt, zie hierna par. 3.1 en 4. Anders ook Hugenholtz-Heemskerk, *a.w.*, nr. 121, die het aantonen van de waarheid verlangt, hetgeen mijns inziens een te zware eis is.

20 L.N. Marlet, Stelplicht en bewijslast in het civiele recht, *AA* 1958, p. 85.

21 H. Thesingh, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*, Den Haag 1961, diss. Groningen, p. 11.

22 Kan, *a.w.*, p. 104.

23 Zie Grünebaum, *a.w.*, p. 146. Dat het tegendeel niet onmogelijk lijkt, doet hieraan niet af.

24 Zie over dit alles Asser-Anema-Verdam, pp. 38-39, alwaar ook nog een 'ernstige mate van zekerheid' vereist wordt, en in navolging daarvan Veegens-Wiersma, *a.w.*, p. 49. De innerlijke overtuiging is dus een noodzakelijke maar op zichzelf onvoldoende voorwaarde.

25 Wiarda, *t.a.p.*, pp. 181-222. Nadat Nederland door Frankrijk ingelijfd was in 1806 sneuvelde het wetsontwerp omdat het te leerstellig zou zijn, zie Wiarda, *t.a.p.*, p. 198.

26 Zie Wiarda, *t.a.p.*, p. 197. Enkele bepalingen uit dat wetsontwerp zijn aldaar geciteerd op pp. 194-195.

27 Hetgeen, voor zover hier van belang, luidde (zie Wiarda, *t.a.p.*, p. 194): 'Rechtelyke zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde.' Zo'n bevestiging school ook in art. 24, de rechter moet 'in gemoede oordelen, wat hem als waar, of waarschynlyk voorkomt'.

kerheid', aldus artikel 2. Die zekerheid werd nog nader ingevuld. Artikel 42 bepaalde namelijk dat de beslissing in het algemeen op 'volledige zekerheid' diende te rusten, maar er werd ook erkend dat dat niet steeds te bereiken zou zijn en in die gevallen diende de rechter zich te richten op hetgeen 'meest waarschijnlijk' was, hetgeen dan naar de regelen der wet, 'voor zeker' gehouden moest worden (art. 45). Bij de bepaling van de mate van waarschijnlijkheid werd de rechter voorgedragen te letten op 'de gewoone loop der Zaken en de regelen van het Recht'. Hetgeen het meest daarmee in overeenstemming was, diende als het meest waarschijnlijk gezien te worden (art. 46). De voor de rechter benodigde zekerheid was dus uiteindelijk gelijk aan 'meest waarschijnlijk'.²⁸

Wiarda komt zelf voor het strafrecht tot de maatstaf dat er 'volkomen overtuiging' dient te bestaan.²⁹ De vraag of dezelfde mate van overtuiging voor het burgerlijk proces geldt, werpt Wiarda wel op, maar beantwoordt hij niet expliciet.³⁰ Hoe de 'redelijke mate van zekerheid' gezien zou moeten worden, blijft derhalve nog steeds de vraag. Een bruikbare nadere invulling van dat criterium is vooralsnog dus nog niet te geven. Wellicht kan een rechtsvergelijkende rondgang helpen.

3 De bewijswaardering elders

3.1 Het Engelse recht

In Engeland houdt men het erop dat het feit naar het oordeel van de rechter³¹ *more probable than not* gebeurd moet zijn. De *balance of the probabilities* dient naar één zijde door te slaan.³² Het gaat er daarbij niet om dat de rechter moet kiezen voor het bestaan van het feit, dan wel het niet bestaan van het feit. Wat telt, is dat het feit zich 'meer waarschijnlijk dan niet' voorgedaan heeft.³³ In procenten uitgedrukt, komt dat er op neer dat het feit meer dan 50% waarschijnlijk moet zijn.³⁴ Daarnaast eist men soms ook wel een *reasonable degree of probability*. Cross en Tapper omschrijven dat als volgt:

'the plaintiff (or the party on whom the burden rests) must satisfy the court that it is reasonably safe in all the circumstances of the case to act on the evidence before the court, bearing in mind the consequences which will follow'.³⁵

Een redelijke mate van zekerheid dus, die naar Engels recht aanwezig is als het feit zekerder dan zijn tegendeel is (meer dan 50% waarschijnlijk is).³⁶

3.2 Het Franse recht

In Frankrijk kent men deels nog het systeem van het wettelijk bewijsstelsel (*preuve légale*). Dat wil

28 En daarmee zijn we uiteindelijk beland bij de Engelse maatstaf, waarvan we nog zullen zien dat die voor Nederland niet correct is.

29 Wiarda, *t.a.p.*, p. 213. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 3e druk, Nijmegen 1997, p. 84, ziet als strafrechtelijke maatstaf de 'zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid' en het 'buiten redelijke twijfel' staan van het feit. Voor het bestuursrecht geldt de 'redelijke mate van zekerheid', aldus Leenders, *a.w.*, p. 37, en Hartmann, *t.a.p.*, p. 222.

30 Wiarda, *t.a.p.*, pp. 216-220. Ik denk dat hij de maatstaf in civiele zaken lager zou leggen, nu hij op p. 219 concludeert dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen bewijs in het strafrecht en het civiele recht.

31 Het gaat om persoonlijke overtuiging, vergelijk P. Murphy, *Murphy on Evidence*, 6e druk, London 1997, p. 109.

32 Zie bijvoorbeeld *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 921; *Re H and Others (minors) (sexual abuse: standard of proof)* [1996] 1 All ER 1, op p. 16; Murphy, *a.w.*, pp. 109 en 114; A. Keane, *The modern law of evidence*, 4e druk, London 1996, pp. 83 en 88 e.v.; R. Cross & C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 8e druk, London 1995, p. 158 e.v.

33 Het is derhalve niet voldoende dat feit A (relatief gezien) waarschijnlijker is dan B, als de waarschijnlijkheid van A de

maatstaf niet haalt. Zie *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds (The Popi M)* [1985] 2 All ER 712, op p. 718, en Murphy, *a.w.*, p. 97.

34 Zie *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909, op p. 921, en M. Redmayne, *Standards of proof in civil litigation*, 62 *MLR* [1999], pp. 168 en 169. Strikt gesproken zou 50,00001% derhalve voldoende moeten zijn, vergelijk Redmayne, *t.a.p.*, p. 172.

35 Cross & Tapper, *a.w.*, p. 161. Zie ook Keane, *a.w.*, p. 88.

36 Er wordt in Engeland wel gediscussieerd over de vraag of een *andere* maatstaf van toepassing is afhankelijk van de aard van de procedure (bijvoorbeeld een zwaardere maatstaf als de stelling serieuzer is), maar zulks lijkt uiteindelijk te zijn verworpen, vergelijk Murphy, *a.w.*, p. 116 e.v., en Keane, *a.w.*, pp. 83-84 en 89-90, die echter wel aangeven dat er in zulke gevallen meer bewijs aangevoerd moet worden alvorens tot een 'bewezenverklaring' gekomen mag worden. Zie ook *Brady v. Group Lotus Cars Cos plc* [1987] 3 All ER 1050, op p. 1060; *Re H and Others (minors) (sexual abuse: standard of proof)* [1996] 1 All ER 1, op pp. 16-17, en met name Redmayne, *t.a.p.*, p. 174 e.v. Vergelijk voor Nederland *Elders, a.w.*, p. 5, en HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666 nt. *JdB (J.S./B.S.)*, en Hartmann, *t.a.p.*, p. 223.

zeggen dat de wet voor een aantal bewijsmiddelen bepaalt welke waarde de rechter verplicht daaraan dient toe te kennen (art. 1316 e.v. Code civil). Voorbeelden van dergelijke bewijsmiddelen zijn de diverse soorten aktes en de bekentenis (*l'aveu*). Daarnaast kent men nog andere (moderne) bewijsmiddelen (foto's en dergelijke) waarvan de bewijskracht door de rechter zelf bepaald wordt (*preuve morale*).³⁷

Wanneer vrije bewijswaardering mogelijk is, is de bewijsmaatstaf die van de *intime conviction*, de innerlijke overtuiging van de rechter zelf,³⁸ en dient de rechter zijn beslissing te motiveren.³⁹ Devèze komt nog tot een iets specifiekere definitie van deze overtuiging van de rechter, namelijk *la vraisemblance du fait allégué*.⁴⁰ Waarschijnlijkheid derhalve, hetgeen mijns inziens, zoals in Engeland, duidt op 'meer dan 50%', omdat een nadere kwalificatie (een verzwaring) van de (mate van) waarschijnlijkheid ontbreekt.

3.3 Het Duitse recht

In Duitsland worden de drie hiervoor onderscheiden vragen ook gesteld, waarbij overigens een theorieënstrijd gaande is over de tweede en derde vraag: gaat het bij de bewijswaardering om een subjectief of objectief oordeel van de rechter?; en: is *überwiegende, hohen, of sehr hohen Wahrscheinlichkeit* vereist?⁴¹

In principe is hier paragraaf 286 Zivilprozessordnung (ZPO) toepasselijk.⁴² Op basis daar-

van beslist de rechter *nach freier Überzeugung*. Hij is in beginsel niet aan wettelijke regels met betrekking tot de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen gebonden.⁴³ Die vrije bewijswaardering wordt wel geobjectiveerd doordat de denk- en ervaringsregels in acht genomen moeten worden.⁴⁴

De heersende leer in Duitsland gaat er daarnaast, in antwoord op de tweede vraag, vanuit dat het (meer) subjectieve oordeel van de rechter doorslaggevend is. Het gaat om zijn persoonlijke overtuiging.⁴⁵ Bij die persoonlijke overtuiging spelen overigens altijd objectieve(re) elementen een rol, al was het maar omdat de rechter verplicht is zijn bewijswaardering te motiveren.⁴⁶ Het betreft dus niet een puur subjectieve maatstaf waarbij de willekeur van de rechter beslissend is, maar eerder een in belangrijke mate geobjectiveerde maatstaf welke echter wel ruimte laat voor de intuïtieve afweging van de rechter.⁴⁷

De maatstaf die bepaalt wanneer het bewijs geleverd geacht mag worden — het betreft dan de derde vraag, die naar de *Beweismaß* — is volgens de heersende leer dat de rechter persoonlijk volledig overtuigd dient te zijn van de waarheid van het gestelde feit. De bewijsmaatstaf als zodanig is daarmee in abstracto vastgelegd, terwijl de vraag of aan die maatstaf voldaan is, zoals gezegd, naar de persoonlijke overtuiging van de rechter te beantwoorden is.⁴⁸ Deze bewijsmaatstaf eist niet dat twijfel volledig uitgesloten is.

37 J. Ghestin (e.a.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e druk, Paris 1994, no. 629 (die aangeeft dat de laatste soort steeds belangrijker wordt), en J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble 1980, no. 312 e.v.

38 Een zekere mate van subjectiviteit is daarbij onvermijdelijk, aldus Devèze, *a.w.*, no. 314, maar de motiveringsplicht van de rechter beperkt (objectiveert) deze vrijheid, *ibid.*, no. 317. Vergelijk ook D. Ammar, *Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique*, *RTD Civ.* 1993, pp. 500-501 en p. 526.

39 Devèze, *a.w.*, no. 312 en 317; Ghestin, *a.w.*, no. 629 en 675, en in algemenere zin Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris 1997, no. 214.

40 Devèze, *a.w.*, no. 321. In gelijke zin, Ammar, *t.a.p.*, p. 527.

41 Zie over beide vragen vooral Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 40-52 en 65-79.

42 Een uitzondering daarop vormt par. 287 ZPO. Ook in concrete gevallen kan de *Beweismaß* verlaagd worden, vergelijk L. Rosenberg, K.-H. Schwab en P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15e druk, München 1993, p. 660; H.-J. Musielak, U. Foerste, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 1999, par. 286, Rdn. 21; P. Arens, W. Lüke, *Zivilprozessrecht*, 7e druk, München 1999, Rdn.

258.

43 Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 1 en 9; H. Prütting, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band I, par. 1-354*, München 1992 (verder: *Münch. Komm ZPO* (Prütting)), par. 286, Rdn. 12; Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 40.

44 Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 10.

45 *BGHZ* 53, 245, op p. 255 e.v.; Arens/Lüke, *a.w.*, Rdn. 268; *Münch. Komm ZPO* (Prütting), par. 286, Rdn. 1 en 9; R. Bender, *Das Beweismaß*, in: W. Grunsky (e.a.) (red.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, p. 247; Rommé, *a.w.*, p. 90; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *a.w.*, p. 659; R. Oberheim, *Beweiserleichterungen im Zivilprozess*, *JuS* 1996, p. 636.

46 Zie par. 286 ZPO, alsmede Arens/Lüke, *a.w.*, Rdn. 268; Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 41; Rommé, *a.w.*, p. 90.

47 Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 17; Weber, *a.w.*, pp. 169-170; *Münch. Komm ZPO* (Prütting), par. 286, Rdn. 10.

48 Zie over de belangrijke scheiding tussen deze twee vragen en de noodzaak daarvan, Bender, *t.a.p.*, p. 249; Rommé, *a.w.*, p. 53 e.v.; *Münch. Komm ZPO* (Prütting), par. 286, Rdn. 16 en 27; Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 66; Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 1; Hartmann, *t.a.p.*, p. 222.

'Een voor de praktijk bruikbare graad van waarschijnlijkheid of zekerheid die de twijfel het zwijgen oplegt, doch niet volledig uitsluit' is volgens het Bundesgerichtshof voldoende.⁴⁹ Beslissen naar wat geloofwaardiger is (overwegende waarschijnlijkheid), wordt niet toegestaan.⁵⁰ De maatstaf van de zeer hoge waarschijnlijkheid is dus de heersende.⁵¹

Daarbij wordt overigens tegelijkertijd erkend dat die maatstaf in sommige gevallen verlaten mag worden. Er mag dan met een mindere mate van overtuiging genoeg genomen worden.⁵² Zo is in bepaalde gevallen *Glaubhaftmachung* voldoende, hetgeen betekent dat de rechter van de overwegende waarschijnlijkheid overtuigd moet zijn.⁵³ Een soortgelijke verlaging van de bewijsmaatstaf komen we in Nederland tegen.

4 '(Voorshandse) Aannemelijkheid' in Nederland

Het is mijns inziens niet zo dat de in Engeland en (wellicht ook) in Frankrijk gehanteerde maatstaf van 'meer waarschijnlijk dan niet', naar *Nederlands* recht de juiste standaard is. Wij kennen namelijk ook nog zo iets als *aannemelijkheid*.⁵⁴ Daarmee wordt aangegeven dat de rechter in bepaalde gevallen met minder bewijs genoeg mag nemen. Het feit hoeft niet geheel bewezen te zijn, het hoeft slechts aannemelijk te zijn. Een lagere mate van waarschijnlijkheid volstaat. Daarmee is overigens niet gezegd dat het hier niet meer om bewijzen zou gaan. Ook om iets aannemelijk te maken, moeten bewijsmiddelen aangebracht

worden. Men is dan bezig met het leveren van bewijs, en is dus aan het bewijzen.⁵⁵

Nu 'aannemelijk' in elk geval 'meer zeker dan onzeker' moet zijn — dat vloeit uit het woord 'aannemelijk' zelf al voort — zou men die mate van bewijs kunnen gelijkschakelen met de Engelse standaard.⁵⁶ Daaruit lijkt dan echter ook te volgen dat die Engelse standaard niet toegepast zou mogen worden als het om de 'normale' Nederlandse bewijsmaat gaat die immers hoger ligt.⁵⁷ Voor een 'redelijke mate van zekerheid' is meer nodig dan voor 'aannemelijkheid'. Er is in die gevallen dus meer nodig dan 50,1% zekerheid.

Men zou er uiteraard, zoals in Engeland, ook voor kunnen kiezen alleen de aannemelijkheid als (algemene) maatstaf te hanteren, maar zulks lijkt mij niet wenselijk. Naar mijn mening dient er, ook in civiele procedures, een mate van zekerheid te bestaan die in elk geval redelijk ver boven de grenswaarde van 'twijfel' (50%) tussen waarschijnlijk en niet-waarschijnlijk ligt. De in het civiele geding spelende belangen zijn te belangrijk om met minder genoeg te mogen nemen.

Een vraag die in dit kader ook beantwoording behoeft, is hoe het in Nederland gehanteerde begrip van de *voorshandse aannemelijkheid* bij dit alles past.⁵⁸ De rechter spreekt over voorshandse aannemelijkheid als hij gedurende een procedure voorlopig ervan uit gaat dat de met het bewijsrisico belaste partij een feit bewezen heeft. Hij is nog niet geheel overtuigd, maar die partij heeft vooralsnog de beste troeven in handen. De

49 *BGHZ* 53, 245, op p. 256; Zie ook Arens/Lüke, *a.w.*, Rdn. 257; Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *a.w.*, pp. 657 en 659; Bender, *t.a.p.*, p. 249.

50 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *a.w.*, p. 659; *Münch.Komm ZPO* (Prütting), par. 286, Rdn. 34-39; Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 18.

51 Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 17 en 18; *Münch.Komm ZPO* (Prütting), par. 286, Rdn. 31-32; Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 79, en Oberheim, *t.a.p.*, p. 1113.

52 Het betreft hier uitzonderingsgevallen, zie verder Baumgärtel, *a.w.*, Rdn. 69, 76 en 79; Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 21. Hieruit volgt (nogmaals) dat de normale maatstaf ruim boven de 50% moet liggen, want er is blijkbaar nog een lagere maatstaf die ook minimaal boven de 50% moet liggen.

53 Zie Arens/Lüke, *a.w.*, Rdn. 258; Oberheim, *t.a.p.*, pp. 1113-1116, met name p. 1115.

54 Deze maatstaf geldt bijvoorbeeld in kort geding-proce-

dures, zie onder andere HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 350 (Brinkman/Movir-DTO) en I. Giesen, Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling, *NJB* 1998, p. 1630, en bij het overmachtsverweer in verkeerszaken, zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225.

55 Zie reeds HR 17 maart 1932, *NJ* 1932, 918 (Bijlsma/Schoonhoven); Asser, *a.w.*, p. 15; Giesen, *t.a.p.*, p. 1632. Schijnbaar anders Asser-Hartkamp 4-III, nr. 225, alwaar deze suggereert dat aannemelijk maken geen (vorm van) bewijzen is.

56 De Engelse standaard lijkt dus beter te passen bij de Nederlandse aannemelijkheidsstandaard dan bij de 'redelijke mate van zekerheid'.

57 Zulks volgt ook uit de opvattingen van de diverse auteurs, zie par. 2.4.

58 Zie hierover met name E. Gras, De vraag naar het bewijsrisico, *WPNR* 6062 (1992), p. 653 e.v., en vooral p. 656.

procedure zal dan vervolgen met een opdracht aan de wederpartij om tegenbewijs⁵⁹ te leveren. Slaagt de wederpartij in dat bewijs, dan is de eerste partij weer aan zet. Slaagt de wederpartij niet, dan zal de rechter de voorshandse aannemelijkheid 'omzetten' in een 'bewezenverklaring'.

De rechter neemt in deze gevallen dus voorlopig genoegen met een mindere mate van waarschijnlijkheid. De voorshandse aannemelijkheid onderscheidt zich in dat opzicht dus niet van de 'aannemelijkheid'.

Het is ook nog van belang er op te wijzen dat de aannemelijkheidsmaatstaf in bepaalde gevallen een speciale invulling krijgt. Bij de uitleg van artikel 705 lid 2 Rv, dat bepaalt dat in procedures tot opheffing van een (conservatoir) beslag 'summierlijk van de ondeugdelijkheid' van de vordering moet 'blijken', is in beginsel ook de aannemelijkheidsmaatstaf aanvaard. Dat is voor die gevallen echter wel geschied met die kwalificatie dat de rechter een belangenafweging dient te maken en dat deze dient te letten op hetgeen *beide* partijen naar voren hebben gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal hebben onderbouwd.⁶⁰ Zoals Snijders terecht aangeeft, is door die kwalificatie de relevantie van de vuistregel dat het in deze gevallen om aannemelijkheid gaat, grotendeels verdwenen.⁶¹ Door die kwalificatie is het immers mogelijk dat 'summierlijk' van de ondeugdelijkheid gebleken is zonder dat zulks ook aannemelijk is in de hierboven omschreven zin van 'meer zeker dan onzeker'.

5 De maatstaf in Nederland: percentages en motivering

5.1 Maatstaven in procenten

De bewijsstandaard die naar *Nederlands* recht

aanvaard zou moeten worden, zal, zoveel is (ook) na de rechtsvergelijkende beschouwingen wel duidelijk geworden, moeilijk in een bruikbare vaste regel of in een percentage uit te drukken zijn.⁶² Waar de grens tussen 'aannemelijk' en 'redelijk zeker' ligt, is eigenlijk ook niet te zeggen. We kunnen er dan ook niet omheen dat we hier met een 'open' begrip te maken hebben dat elke vorm van nadere invulling weerstaat.⁶³

Om voor de toekomst de discussie over de bewijswaardering toch iets inzichtelijker te maken, bijvoorbeeld om in het vervolg beter te kunnen plaatsen hoe de opvattingen van de diverse auteurs zich tot elkaar verhouden, lijkt het mij wenselijk in elk geval te trachten de bewijsmaatstaf, die ik dan maar als 'redelijke mate van zekerheid' blijf bestempelen, in getalsmatige verhoudingen uit te drukken. Wellicht kan dan over een bepaalde maatstaf consensus bereikt worden, hetgeen dan wellicht weer een richtsnoer voor de rechter kan vormen.

Laat ik dan de daad bij het woord voegen en wat percentages prijsgeven. Mijn voorkeur zou deze zijn: 'aannemelijkheid' bestaat bij meer dan 50% waarschijnlijkheid en een 'redelijke mate van zekerheid' is gegeven bij meer dan 75% waarschijnlijkheid.⁶⁴ Tussen de 50% en de 75% waarschijnlijkheid ligt dan het bereik van de regels van bewijslastverdeling, want alleen in dat gebied kan zich een *non liquet* voordoen, als ten minste aan de normale bewijsmaatstaf (de redelijke mate van zekerheid) voldaan moet worden. Het laatste percentage reikt niet hoger dan 75%, omdat anders de bewijswaardering in civiele procedures in te weinig gevallen zal kunnen slagen én omdat er ook nog plaats dient te zijn voor de strafrechtelijke maatstaf die in elk geval hoger dan de civiele maatstaf moet liggen (omdat de in het geding zijnde belangen daar nog zwaarder wegen),⁶⁵ doch ook niet

59 We mogen hier mijns inziens *niet* van tegendeelbewijs spreken, want dat zou betekenen dat de wederpartij het tegendeel dient te bewijzen terwijl hij rechtens slechts gehouden is het voorlopige oordeel te ontkrachten (hij moet de balans terugbrengen naar 50% — 50%). De andere partij draagt immers de bewijslast en zal verliezen als die ontkrachting gegeven is. Na een oordeel dat een feit voorshands bewezen is, keert het bewijsrisico niet om (het gaat hier over de bewijswaardering), enkel de *bewijsvoeringslast* (de last die bepaalt welke partij op welk moment in de procedure aan zet is om bewijs aan te dragen om dreigend procesverlies te voorkomen) verschuift. Zie hierover onder andere Giesen, *t.a.p.*, p. 1630; Asser, *a.w.*, p. 23; Gras, *t.a.p.*, p. 655, en de conclusie van Langemeijer voor HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum).

60 Zie HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 nt. HJS (De Ruitertij/MBO).

61 Zie de noot van Snijders (sub 2a) onder HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 nt. HJS (De Ruitertij/MBO).

62 Zo bijvoorbeeld Rommé, *a.w.*, p. 86; Hartmann, *t.a.p.*, p. 223, en Redmayne, *t.a.p.*, p. 194.

63 We kunnen alleen synoniemen aanvoeren, vergelijk Devèze, *a.w.*, no. 321.

64 Bender, *t.a.p.*, p. 258 komt tot dit rijtje: Overtuiging van de waarheid bij > 99.8%; hoge waarschijnlijkheid bij > 75%; overwegende waarschijnlijkheid bij > 50%; geringe waarschijnlijkheid bij > 25%. Redmayne, *t.a.p.*, p. 167 e.v., komt tot > 50% en > 90%. Weber, *a.w.*, p. 170, stelt 51% als minimum.

65 Zie Nijboer, *t.a.p.*, p. 20 en Hartmann, *t.a.p.*, p. 223.

absoluut is (ongeveer 90%⁶⁶).⁶⁷

Ik realiseer mij dat het noemen van percentages de rechtspraktijk uiteindelijk niet veel verder helpt. De rechter kan immers de mate van overtuiging die hij in een bepaalde zaak bereikt heeft, niet, althans niet heel precies, in een percentage omzetten, zodat hij ook niet kan toetsen of hij aan het door hem zelf gewenste percentage van overtuiging voldaan heeft. We kunnen dus op zich wel een scherpe norm stellen, maar het zal niet altijd mogelijk zijn te toetsen of ook aan die norm voldaan is.⁶⁸

Er zullen echter ook gevallen zijn waarin wel duidelijk is dat het percentage van de toepasselijke maatstaf niet gehaald is, althans dat de rechter er in gemoede nooit toe had kunnen en mogen komen dat percentage als wel gehaald te beschouwen. In zulke gevallen kunnen de genoemde percentages derhalve wel degelijk een nuttige functie vervullen.

Ook dient er nog op gewezen te worden dat mijns inziens de rechter naar partijen meer duidelijkheid schept als hij in zijn vonnis aangeeft dat hij het bestaan van een bepaald feit '75% waarschijnlijk acht' in plaats van te zeggen dat hij 'een redelijke mate van zekerheid' bereikt heeft. Voor de aanvaardbaarheid van die beslissing voor de partijen, en dan met name de verliezende partij, zou dat van belang kunnen zijn. Dat de rechter door het noemen van een percentage tevens aangeeft geen volledige (100%) zekerheid bereikt te hebben, hetgeen de aanvaardbaarheid van de beslissing wellicht weer zou kunnen verminderen, doet daaraan mijns inziens niet af, nu datzelfde bezwaar ook ten opzichte van de maatstaf van de 'redelijke mate van zekerheid' geldt.

Ten slotte wijs ik er nog op dat ook de eerder genoemde reden (structurering van de discussie) het nodige gewicht in de schaal legt om toch tot het noemen van een aantal percentages over te gaan.

5.2 De rol van de motiveringsplicht van de rechter

De conclusie uit het voorgaande luidt derhalve dat nadere invulling van de bewijsmaatstaven, door middel van percentages, in beginsel feitelijk wel mogelijk is, maar niet direct heel veel winst oplevert. Die invulling kan er in de meeste gevallen ten hoogste toe dienen de beslissing voor partijen duidelijker te maken en de discussie over het begrip bewijswaardering te structureren.

Rechtszekerheidsproblemen die uit dit resterende gebrek aan verdere invulling zouden kunnen voortvloeien,⁶⁹ kunnen mijns inziens echter, in elk geval gedeeltelijk, tegengegaan worden door een deugdelijke motivering te verlangen.⁷⁰ Uit een dergelijke motivering zal immers veelal kunnen blijken of de rechter de lat te hoog of te laag heeft gelegd, zodat eventueel een correctie door de hogere rechter mogelijk is.

Een vergelijking met enkele leidende gedachten uit de leer van de rechtsvinding, kan hier dienstbaar zijn. Wanneer in een moeilijk geval de rechtsregel zelf geen uitsluitel biedt over hoe dat geval opgelost zou moeten worden, kan de rechter het geval alleen beslissen door het maken van een keuze. Die (onvermijdelijke) keuze is dan enkel nog te legitimeren door een verantwoording achteraf, door een deugdelijke motivering, welke de redenen voor die keuze inzichtelijk maakt.⁷¹

Bij de bewijswaardering gebeurt in wezen iets vergelijkbaars. Ook hier wordt de rechter uiteindelijk gedwongen een keuze te maken omdat, een enkele uitzondering daargelaten, de bewijskracht van de bewijsmiddelen niet bij voorbaat gegeven is en er geen regels bestaan die de rechter voorschrijven hoe hij bij de bewijswaardering te werk dient te gaan. De legitimatie van deze keuze zou men dan ook in de motivering achteraf kunnen (en moeten) zoeken, omdat zo ook de redenen voor die keuze inzichtelijk worden. In die verantwoording ligt dan tevens (in elk geval deels) de benodigde objectivering, al was het maar omdat de wetenschap dat de beslissing verantwoord moet worden, ertoe zal leiden dat de rechter zo-

66 Dit percentage ontleen ik aan Redmayne, *t.a.p.*, p. 170, noot 14.

67 Overigens, er bestaat (in theorie althans) nog een vierde maatstaf. Aan de *bewijsvoeringslast* (zie hiervoor noot 59) is al voldaan als er voldoende twijfel gezaaid is. Daarvoor is niet minimaal meer dan 50% waarschijnlijkheid nodig, want twijfel is er al bij exact 50%. En wellicht is er zelfs nog een vijfde maatstaf, namelijk die van het 'summierlijk doen blijken' zoals die bij de vordering tot opheffing van een beslag geldt (zie par. 4 *in fine*) en waarvoor een afgezwakte vorm van aannemelijkheid

lijkt te gelden, zodat daar een percentage in de trant van 30 à 50% als maatstaf zou kunnen dienen.

68 Zie over de problemen die hier spelen ook Rommé, *a.w.*, p. 86, en Redmayne, *t.a.p.*, pp. 194-195.

69 Zie daarover *PG Bewijsrecht*, pp. 61 en 62.

70 Zoals ook gebeurt, zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum); Rommé, *a.w.*, p. 90; Elders, *a.w.*, p. 16.

71 Zie met name Asser-Vranken, nr. 217 e.v.

veel mogelijk zal aanknopen bij (meer) objectieve factoren, zoals algemene ervaringsregels en de regels van de logica.⁷² In kwesties van bewijswaardering zal het overigens veelal niet makkelijk zijn die objectieve factoren te vinden.

Ter nadere invulling van die motiveringsplicht kan bijvoorbeeld het volgende dienen.⁷³ De motivering dient uiteraard begrijpelijk en vrij van innerlijke tegenstrijdigheid te zijn. Verder dient de rechter expliciet in te gaan op de bezwaren die door een partij zijn geuit met betrekking tot een bepaald bewijsmiddel, ten minste als hij dat middel wil gebruiken. Hij zal die bezwaren moeten weerleggen.⁷⁴ Daarbij is wel van belang in hoeverre die procespartij zijn bezwaren heeft uitgewerkt. Als zulks summier gebeurt is, volstaat een mindere mate van motivering.⁷⁵

Als de rechter bepaalde bewijsmiddelen niet benut, lijkt vereist te zijn dat de rechter op zijn minst enigszins laat doorschemeren waarom hij zulks niet gedaan heeft. Hij hoeft hier echter niet heel expliciet op in te gaan.⁷⁶ Wel dient uit de uitspraak duidelijk te worden op grond van welke van de overgelegde stukken het bewijs geleverd geacht wordt. Ook moet duidelijk worden welke van de gestelde feiten nu precies als bewezen beschouwd worden.⁷⁷

Over de motiveringsplicht van de rechter met betrekking tot het specifieke punt van de *mate van overtuiging* die hij verkregen meent te hebben, zeggen deze voorbeelden op het eerste gezicht wellicht niet zo gek veel. Dat is op zich niet vreemd, want dit is ook een kwestie die nauwelijks te motiveren en te controleren valt. Echter, door het uitoefenen van controle op (het gebruik van) de 'bronnen' van de overtuiging (de bewijsmiddelen), wordt indirect ook meer inzicht verschaft over die mate van overtuiging zelf, zodat

er toch weer wat terrein gewonnen is.

Uit het *Duitse* recht kunnen ook nog enkele voorbeelden geput worden over hoe de motivering er uit dient te zien. Zo dienen bijvoorbeeld de wezenlijke gezichtspunten bij de oordeelsvorming blootgelegd te worden. Verder worden de eisen die gesteld worden aan de motivering, zwaarder als de waardering moeilijker is, terwijl in gevallen waarin een bewijsmiddel beide standpunten ondersteunt, die ambivalentie behandeld moet worden.⁷⁸

Ook het *Franse* recht biedt hier diverse aanknopingspunten.⁷⁹ Zo is bijvoorbeeld vereist dat de Franse rechter alle bewijsmiddelen, voor zover aan deze vrije bewijskracht toekomt, onderzoekt en analyseert.⁸⁰ Hij dient te motiveren waarom hij aan een bepaald bewijsmiddel bewijskracht toekent.⁸¹ Ook kan er nog op gewezen worden dat de motivering van de bewijswaardering bij een afwijzing van een eis kwantitatief gezien over het algemeen voor de rechter minder voeten in de aarde zal hebben dan de motivering van een toewijzing van een eis. In het eerste geval kan de rechter er immers in principe mee volstaan te motiveren dat (en waarom) in zijn visie één voor toewijzing van de eis noodzakelijk feit niet bewezen is, terwijl in het tweede geval gemotiveerd dient te worden waarom alle feiten die noodzakelijk aanwezig dienen te zijn voor toewijzing van de eis, door hem bewezen worden geacht.⁸² Zijn motivering van de bewijswaardering dient dan uitgebreider te zijn.

6 Conclusie

Enkele conclusies kunnen uit het voorgaande getrokken worden. Ten eerste, of binnen het kader

72 Ook in het strafrecht is de motivering van de bewijswaardering van groot belang, zie de artt. 358-360 Sv, alsmede Nijboer, *a.w.*, p. 90 e.v. en p. 289 e.v., en Leenders, *a.w.*, p. 37.

73 In principe zal alles wat normaal gesproken een motivering in cassatie aantastbaar maakt, aangevoerd kunnen worden. Voor een kort overzicht, zie J. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen, 4e druk, 1998, p. 49. J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Deventer 1998, p. 29, nt. 30, en p. 30, stelt dat klachten over de bewijswaardering vrijwel nooit slagen, en dat de Hoge Raad zich verre houdt van controle op dit vlak. Mijns inziens zou dat anders moeten.

74 Zie hierover Elders, *a.w.*, p. 15, recentelijk HR 16 april 1999, *RvdW* 1999, 70 (L/Interpolis Schade), r.o. 3.6, alsmede Le Bars, *a.w.*, no. 432.

75 HR 16 april 1999, *RvdW* 1999, 70 (L/Interpolis Schade),

r.o. 3.6. Zo ook Barendrecht, *a.w.*, p. 30, noot 31.

76 HR 16 april 1999, *RvdW* 1999, 70 (L/Interpolis Schade),

r.o. 3.5. Nog terughoudender is Barendrecht, *a.w.*, p. 29.

77 Zie voor beide HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (Finckenburgh/Van Mansum).

78 Zie Musielak/Foerste, *a.w.*, par. 286, Rdn. 67. Terughoudend ten aanzien van dat laatste is Barendrecht, *a.w.*, p. 29. Het is hier niet de plaats om uitgebreid op de motivering door de Duitse rechter in te gaan, zie verder het overzicht bij Schneider, *a.w.*, Rdn. 693-841.

79 Zie met name Le Bars, *a.w.*, no. 213 e.v., no. 314 e.v., en no. 396 e.v.

80 Zie Le Bars, *a.w.*, no. 215-216.

81 Le Bars, *a.w.*, no. 432. Dit geldt niet als de wederpartij zonder nadere redengeving die bewijskracht ontkent.

82 Le Bars, *a.w.*, no. 314.

van de vrije bewijswaardering aan de bewijsmaatstaf voldaan is, is grotendeels afhankelijk van het subjectieve oordeel (de keuze) van de rechter. Dat dient mijn inziens explicieter dan tot op heden gebeurd is, erkend te worden.

Ten tweede dient er (bewuster) een onderscheid gemaakt te worden tussen de aannemelijkheidsmaatstaf en de 'normale' bewijsmaatstaf van de 'redelijke mate van zekerheid', omdat aan de eerste eerder voldaan zal zijn dan aan de laatste, hetgeen een wezenlijk verschil kan betekenen voor de uitkomst van de procedure.

Ten derde blijkt de benodigde mate van overtuiging bij de bewijswaardering weerbarstige materie te zijn. Scherpe normen zijn op zich wel op te stellen (> 50%; > 75%; > 90%), maar die helpen ons eigenlijk niet heel veel verder omdat moeilijk te zeggen is of in concreto aan die scherpe norm voldaan is. De mate van overtuiging die

de rechter bereikt meent te hebben, kan hij immers niet in een vast percentage uitdrukken. Dat de rechter dan terugvalt op toch wat vage noties als de 'redelijke mate van zekerheid' is begrijpelijk, al bevordert dat de discussie over de bewijswaardering niet.

In elk geval is duidelijk geworden dat het niet juist is, althans voor het Nederlandse recht, om te zeggen dat het voldoende is dat een feit 'meer waarschijnlijk dan niet' gebeurd is. Meer dan dat is meestal nodig. Waar de grens ligt, is echter, zoals zo vaak in het recht, moeilijk te bepalen. De rechter rest dan niets anders dan te motiveren waarom hij meende dat hij enkel tot deze uitkomst kon komen. Daarop kan hij dan door het juridische forum (de rechter in hoger beroep, de Hoge Raad, de commentaren van de schrijvers) aangesproken worden.