

Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling

MR I. GIESEN

Het kort geding is een populair middel om snel recht te krijgen. De rechter bekijkt de processtukken, hoort de partijen, waardeert de feiten en doet uitspraak. Nu kan het zich voordoen dat de feiten niet eenduidig zijn, ook niet na kennisneming van het geproduceerde bewijs. De rechter kan partijen dan verwijzen naar de bodemprocedure, maar als verwacht mag worden dat daarin niet meer bewijs voorhanden zal kunnen komen, heeft dat weinig zin. Bovendien is een partij veelal juist het kort geding begonnen om de lange duur van een gemiddelde bodemprocedure te vermijden. Dient de rechter in een dergelijk geval dan toch te beslissen op basis van wat ten aanzien van de feiten naar voren is gebracht? Dat zou kunnen betekenen dat de beslissing afhankelijk wordt van de regels van bewijslast. En dan rijst de vraag of de regels van bewijslastverdeling zoals die voor de bodemprocedure ontwikkeld zijn, ook in kort geding gelden.

In dit artikel zal blijken dat in de literatuur en de rechtspraak deze vraag in het algemeen negatief wordt beantwoord, in die zin dat er geen *plicht* tot toepassing van die regels bestaat. Maar wat betekent 'geen plicht'? Die vraag zal hier onderzocht worden. In aansluiting daarop zal onderzocht worden of de regels van bewijslastverdeling zoals die voor de bodemprocedure gelden, systematisch(er) toegepast zouden moeten worden in kort geding.

Deze vragen zijn van groot praktisch belang. Op een aantal terreinen is het kort geding hét instrument van rechtshandhaving geworden, terwijl op diezelfde terreinen zich ook geregeld de situatie voordoet dat de feiten niet volledig opgehelderd kunnen worden. Een voorbeeld biedt de aansprakelijkheid wegens misleidende reclame. Als een partij meent geschaad te zijn of te gaan worden door een bepaalde reclame, is snelle actie noodzakelijk. Een kort geding is dan de aangewezen weg. Juist bij deze groep van gevallen doen zich echter ook regelmatig gevallen voor waarin de vraag rijst, en onbeantwoord blijft, of de reclame onjuiste feiten bevat. Artikel 6:195 BW bepaalt voor die gevallen dat de gedaagde de bewijslast op dat punt draagt.¹ Het is echter de vraag of dat artikel ook in kort geding geldt.²

De vraag naar de verdeling van de bewijslast kan verder van belang zijn bij het in kort geding vorderen van betaling na bijvoorbeeld een verkoop en levering door de eiser, de zogenaamde incasso-procedures. In zulke gevallen verweert de gedaagde zich veelal op een aantal gronden, bijvoorbeeld dat de geleverde zaken ondeugdelijk waren en dat hij dus niet tot betaling gehouden kan worden. Dan kan, ook in kort geding, de vraag rijzen wie de bewijslast draagt ten aanzien van die verweren.

Hieronder zal eerst de stand van zaken in literatuur en rechtspraak worden weergegeven. Welke argumenten ko-

Het al dan niet toepassen van regels van bewijslastverdeling in kort geding is op dit moment overgelaten aan het beleid van de rechter. Bepleit wordt dat ook de kort gedingrechter de regels van bewijslast moet toepassen, als feitelijke onzekerheid dat nodig maakt. Een gevolg zal zijn dat de eiser meer kans heeft als winnaar de kort gedingzaal te verlaten.

men daaruit naar voren tegen toepassing van de regels van bewijslastverdeling in kort geding? Daarna zal ik een aantal tegenwerpingen formuleren, om tot slot tot een oordeel over de hier gestelde vragen te komen.

1. Stand van zaken

1.1 Enkele begrippen

Om eventuele misverstanden te voorkomen, bespreek ik eerst enkele begrippen. Waar ik het heb over regels van *bewijslast*, doel ik op de regels die bepalen welke partij uiteindelijk de procedure verliest, indien de te bewijzen feiten niet zijn komen vast te staan.³ Die regels zijn alleen van belang op het moment dat er een *non liquet*, de omstandigheid dat de feiten, om wat voor een reden dan ook, niet zijn komen vast te staan, is ontstaan.⁴ In het navolgende gaat het dus niet over de *bewijsvoeringslast* die in een procedure bepaalt welke partij, in de stand van het geding op een bepaald moment, aan zet is om met bewijs(middelen) te komen, omdat die partij op dat moment op 'verlies' staat.⁵ In een kort geding-procedure zal in principe niet de situatie ontstaan dat de president aan een der partijen vraagt om met meer bewijsmiddelen te komen, omdat voor nadere bewijsvoering veelal geen plaats zal zijn.⁶

Het zou overigens zuiverder zijn om in deze over *bewijsrisico* in plaats van bewijslast te spreken, omdat die laatste term meerdere betekenissen kan hebben.⁷ Maar de term bewijslast is dusdanig ingeburgerd, dat ik deze toch maar gebruik. Ik zal in het vervolg de termen bewijslast en bewijsrisico door elkaar gebruiken, maar steeds in de hierboven omschreven betekenis.

1.2 De literatuur

Uit de oudere werken over de kort geding-procedure en de leerboeken over het burgerlijk procesrecht, is af te leiden dat de auteurs de doorwerking van bewijslastregels in kort geding in beginsel afwijzen, omdat de rechter in kort geding niet gebonden is aan de wettelijke regels betreffende het bewijs, waarin de regels van bewijslastverdeling dan (blijkbaar) begrepen zijn.⁸ In de literatuur over bewijslastverdeling in het algemeen wordt gesteld dat de rechter in kort geding niet gebonden is aan de regels van bewijslastverdeling⁹ of dat de verdeling van de bewijslast aan het inzicht van de rechter¹⁰ is overgelaten. In recentere literatuur over het kort geding wordt verdedigd dat de rechter niet verplicht is de regels van bewijslast toe te passen, maar dat hij die regels wel mag toepassen.¹¹ Hardt vat een en ander zo samen dat het al dan niet toepassen van de regels van bewijslastverdeling in kort geding een *discretionaire bevoegdheid* van de rechter is. Leidraad daarbij is dat hoe minder het betreffende voor-



Ivo Giesen is als aio verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Katholieke Universiteit Brabant.

schrift botst met het karakter van het kort geding, hoe meer toepassing ervan voor de hand ligt.¹² De argumenten voor het aannemen van een discretionaire bevoegdheid berusten grotendeels op de aard van het kort geding als spoedprocedure om een voorlopige voorziening te verkrijgen.¹³ Daarmee zou het niet stroken om aan het bewijsrecht, en speciaal de regels van bewijslastverdeling, een beslissende invloed te geven. Ook wordt er op gewezen dat het in kort geding gaat om een belangenafweging¹⁴ en op het feit dat slechts 'aannemelijkheid' vereist is.¹⁵

Deze opvattingen zijn alle terug te voeren op rechtspraak van de Hoge Raad. Het is dan ook van belang een blik te werpen op die rechtspraak, teneinde te bezien of daaruit de juiste conclusies getrokken zijn.

1.3 De rechtspraak van de Hoge Raad

Het eerste te bespreken¹⁶ arrest is dat inzake Pellegrom-Zeist. Pellegrom klaagde in cassatie over het gebruik van een politie-rapport als bewijsmiddel. De Hoge Raad overweegt dat in 'kort geding, waarbij het gaat om het treffen van voorlopige voorzieningen, de gewone wettelijke regelen omtrent de te bezigen bewijsmiddelen en de daaraan toe te kennen bewijskracht toepassing missen'.¹⁷ Klare taal, maar over de *bewijslastverdeling* wordt niets gezegd. De conclusie die enkele auteurs¹⁸ daaruit trekken, namelijk dat het gehele bewijsrecht, waartoe de regels van bewijslastverdeling dan zouden behoren, *niet toepasselijk* zou zijn in kort geding, is niet op deze uitspraak te baseren. Zo algemeen heeft de Hoge Raad het niet verwoord.¹⁹ Dat is ook begrijpelijk, nu de regels van bewijslast een andere functie vervullen dan de regels aangaande de bewijsmiddelen en hun bewijskracht. Die laatste regels dienen ertoe een kader te scheppen waarbinnen het mogelijk wordt de juistheid van de gestelde feiten te achterhalen, terwijl de regels van bewijsrisico niet aan bod komen voordat de poging om de ware feiten te achterhalen, mislukt is.

Het tweede geval betrof twee ex-echtgenoten waarvan de man de alimentatie niet betaalde. De vrouw vorderde verlof tot het uitvoeren van een veroordelend vonnis van de Rechtbank door middel van lijfswang. In cassatie klaagde de man erover dat de vrouw had dienen te bewijzen dat er een betalingsachterstand was. De Hoge Raad stelt dat de rechter 'is ontheven van de verplichting de wettelijke voorschriften omtrent het bewijs in acht te nemen'.²⁰ Schuilt hierin dan de algemene formulering (niet-toepasselijkheid) die uit het vorige arrest niet volgde? Mijns inziens kan dat

Uit de oudere werken over de kort geding-procedure en de leerboeken over het burgerlijk procesrecht, is af te leiden dat de auteurs de doorwerking van bewijslastregels in kort geding in beginsel afwijzen.

om twee redenen niet het geval zijn. Ten eerste dient, opnieuw, opgemerkt worden dat de 'oepenhoping' van 'het bewijsrecht' als geheel, zonder nadere onderscheidingen, niet juist is. Bovendien, Haardt leidt mijns inziens terecht uit dit arrest een discretionaire bevoegdheid voor de president af. Deze is 'ontheven van de verplichting' het bewijsrecht toe te passen. Daaruit volgt echter ook dat hij deze regels wel mag toepassen.²¹

Dezelfde twee opmerkingen zijn van toepassing op het volgende arrest, Ostara-Raufast, waarin het ging om de onderscheidende kracht van een merk.²² Het middel voerde aan dat de bewijslast op de eiser rustte. De Hoge Raad meent dat die klacht onjuist is omdat het 'aan het Hof, rechtsprekend in kort geding en derhalve niet gebonden aan de wettelijke voorschriften omtrent het bewijs, vrijstond om de bewijslast te verdelen op de wijze als te dezen is geschied.'

In het arrest Pfizer-Meditec²³ had het Hof beslist dat verdere bewijsvoering te ingewikkeld zou worden voor een kort geding. De HR sanctioneerde dat oordeel en bepaalde dat de bewijslastverdeling in kort geding van belang kan zijn²⁴, maar dat de rechter in kort geding de gevraagde voorziening kan weigeren als deze niet zonder nadere bewijsvoering beoordeeld kan worden. De Hoge Raad beslist dus dat (nadere) bewijsvoering in strijd met het karakter van het kort geding kan komen. Dat is begrijpelijk. Het kort geding

is niet het forum om uitgebreide getuigenverhoren, etc. te houden. Uit deze uitspraak kan en mag mijns inziens echter niet geconcludeerd worden dat de regels van bewijslast dus ook geen plaats hebben in een dergelijk geding.²⁵ De regels van bewijslast dienen onderscheiden te worden van de regels van bewijsvoering, welke betrekking hebben op het aanbrengen van bewijsmiddelen.

Het hier geboden overzicht laat mijns inziens zien dat ook de rechtspraak van de Hoge Raad uitgaat van een *discretionaire bevoegdheid*, zonder deze overigens zo te noemen. Over hoe die discretionaire bevoegdheid dan ingevuld dient te worden, wordt (ook) niets gezegd. Daarbij werkt het bevreemdend dat de Raad zelf bij gelegenheid ook regels van bewijslast formuleert in kort geding-zaken. Gesteld voor de vraag of een beslag opgeheven diende te worden, overwoog de Hoge Raad dat degene die de opheffing vordert, aannemelijk dient te maken dat de vordering ondeugdelijk is.²⁶ De Hoge Raad beslist dus zelf wie de bewijslast draagt. Maar het ging hier toch om een discretionaire bevoegdheid van de president, met als consequentie dat hantering van die bevoegdheid in cassatie in beginsel niet kan worden getoetst?²⁷ Of bedoelt de Hoge Raad soms dat er in deze gevallen geen discretionaire bevoegdheid bestaat?²⁸

Door dit soort uitspraken wordt twijfelachtig of er op dit gebied wel sprake is van een heersende leer, en zo ja, of die

1. Dat artikel bepaalt voor aansprakelijkheid wegens misleidende reclame, dat de bewijslast aangaande de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling vervat zijn, en waarop het misleidende karakter berust, ligt bij degene die de inhoud en de inkleding van de mededeling (mede) zelf heeft (doen) bepalen. Vgl. *Asser-Hartkamp 4-III*, no. 251.

2. Zie bijv. *Asser-Hartkamp 4-III*, no. 251, en *Onrechtmatige Daad* (Van Nispen), art. 195, aant. 1. Een ander voorbeeld is de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige publikaties (ex art. 6:162 BW). De lagere rechtspraak neemt veelal aan dat de gedaagde de waarheid van zijn stelling dient te bewijzen, zie o.a. Pres. Rb. Amsterdam 11 sept. 1974, *NJ* 1975, 77 en Pres. Rb. Maastricht 23 febr. 1994, *KG* 1994, 99. Verdere voorbeelden zijn zaken op het gebied van het merkenrecht en de ongeoorloofde mededeling.

3. Vgl. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Deventer: Kluwer 1992, p. 20.

4. Vgl. over het 'non liquet', Asser, *a.w.* 1992, p. 8.

5. Zie I. Giesen, *Res ipsa loquitur*, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht, *WPNR* 6265 (1997), p. 241 e.v. op p. 245.

6. Zie § 1.3 en vooral HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194 (WHH).

7. De term 'bewijslast' wordt namelijk gebruikt als het om 'bewijsrisico' gaat, maar ook als het om 'bewijsvoeringslast' gaat. Zie o.a. Giesen, *t.a.p.*, p. 245, en E. Gras, *Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstructieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding?*, in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Kluwer 1997, p. 127.

8. Dat de hierna genoemde auteurs in het geheel geen onderscheid maken tussen de regels van bewijsrecht en de regels van bewijslastverdeling, is m.i. niet terecht, zie § 2.3. Zie E.M. Meijers, bew. door J. Th. Vermeulen, *Het kort*

geding, 2e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 218-219, en vooral noot 1 op p. 219; A. Pitlo, *Bewijs en verjaring naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 2e druk, Haarlem 1950, p. 5-6; P.A. Stein, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, 10e druk, Deventer: Kluwer 1995, p. 100 en 205, alsmede Hugenholz-Heemskerck, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 18e druk, Den Haag: Vuga 1996, p. 132, 133, 148. Ook C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nieuwe uitgave, Haarlem 1948, no. 373, op p. 518, lijkt zich op dat standpunt te stellen, net zoals Snijders-Yzonides-Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2e druk, Deventer: Kluwer 1997, no. 340.

9. Zie *Losbl. Burgerlijke Rechtsvordering* (Flach), Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 4; Asser, *a.w.* 1992, p. 7-8, en dezelfde, *Rechtspraakoverzicht bewijslastverdeling*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 21-22.

10. H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, 3e druk, Deventer: Kluwer 1998, p. 10 en p. 47, en Pitlo-Hidma-Rutgers, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, 7e druk, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 57. In gelijke zin T.A.W. Sterk, Goede orde in het kort geding, in: B.J. Asscher (e.a.), *Onverwijld spoed*, 2e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 31. Ook Star Busmann-Rutten-Ariëns, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 3e druk, Haarlem: De erven G. Bohn 1972, no. 373, gaan ervan uit dat de rechter grote vrijheid toekomt, zonder echter specificatie op de regels van bewijslast in te gaan.

11. Zie R.C. Gisolf, m.m.v. Th.M. de Boer, *Kort geding en rechter. Inleiding tot het kort geding, geschreven vanuit de rechtszaal*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 123, en W. Schenk en J.H. Blaauw, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1996, p. 107-108. In gelijke zin H.A. Groen, *Het kort geding naar Nederlands recht*, *TvP* 1991, p. 1044.

12. *Losbl. Burgerlijke Rechtsvordering* (Haardt), art. 182, aant. 4. In die zin overigens ook Asser in zijn conclusie voor HR 17 nov. 1995, *NJ* 1996, 666 (JdB).

13. Zie Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 10; Pitlo-Hidma-Rutgers, *a.w.*, p. 57; Asser, *a.w.* 1995, p. 22; Haardt, *t.a.p.*; Blaauw, *a.w.*, p. 109-110.

14. Blaauw, *a.w.*, p. 109-110.

15. De wetgever hanteert ook deze drie argumenten en deze opvatting, 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: Kluwer 1988, p. 119-120, en speciaal p. 122-123.

16. Ik zal hier niet ingaan op HR 31 jan. 1975, *NJ* 1976, 146, waarop door Flach, *t.a.p.*, Blaauw, *a.w.*, p. 108, Hugenholz-Heemskerck, *a.w.*, p. 132, en Haardt, *t.a.p.*, een beroep wordt gedaan. Ook ga ik voorbij aan HR 12 dec. 1975, *NJ* 1976, 495 (WHH), welk arrest wordt besproken door Blaauw, *a.w.*, p. 108, Flach, *t.a.p.*, en Haardt, *t.a.p.* Beide arresten betreffen de vraag naar het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen in kort geding. Ik ga ook voorbij aan Hoge Raad 22 juni 1973, *NJ* 1975, 110 (JCS), waarop Gisolf, *a.w.*, p. 123, zich beroept, nu daarin alleen wordt ingegaan op de motivering in kort geding.

17. HR 19 dec. 1958, *NJ* 1959, 127, waarop een beroep gedaan wordt door Gisolf, *a.w.*, p. 123, Hugenholz-Heemskerck, *a.w.*, p. 133, en Stein, *a.w.*, p. 100. Haardt, *t.a.p.*, haalt dit arrest aan als een uitspraak die achterhaald is. Ik ga voorbij aan HR 29 jan. 1943, *NJ* 1943, 198, waarop Meijers en Vermeulen, *a.w.*, p. 219, en Pitlo, *a.w.*, p. 6, een beroep doen, omdat de regel uit dat arrest mijns inziens niet meer geldt, zie noot 24.

18. Zie noot 17.

19. Mijns inziens mag aan de beperking die de HR aanlegt, niet voorbij gegaan worden. Dan zou immers ook voorbij gegaan worden aan het onderscheid tussen formeel en materieel bewijsrecht, waarover Stein, *a.w.*, p. 98.

Door dit soort uitspraken van de Hoge Raad wordt twijfelachtig of er op dit gebied wel sprake is van een heersende leer, en zo ja, of die leer dan wel consequent toegepast wordt.

leer dan wel consequent toegepast wordt. Ook kan de vraag gesteld worden of een discretionaire bevoegdheid wel de juiste oplossing is. Krijgt de president op deze wijze niet te veel vrijheid? Alvorens deze vragen te beantwoorden, dienen we echter eerst na te gaan hoe de lagere rechtspraak omgaat met regels van bewijslastverdeling in kort geding-procedures. Misschien blijkt daaruit immers wel dat er geen enkel probleem is.

1.4 De lagere rechtspraak

Uit analyse blijkt dat de meerderheid van de lagere rechtspraak erkent dat de regels van bewijslast van beslissende invloed (kunnen) zijn. De President van de Rechtbank Maastricht, oordelend over de onrechtmatigheid van een uitlating in de pers, meende dat het aan de gedaagde was om aannemelijk te maken dat de beschuldiging waar was: 'Het behoeft geen betoog dat het de aanklager is op wie in beginsel de last rust de inhoud van zijn beschuldiging aannemelijk te maken'.²⁹ Andere uitspraken getuigen van 'terughoudendheid' op dit punt. De President van de Rechtbank Breda meende dat 'de bewijslastverdeling van artikel 6:195 lid 1 BW (...) in kort geding directe toepassing (mist)'.³⁰ Deze verdeeldheid in de lagere rechtspraak scheidt rechtsonzekerheid.³¹ Om dat probleem het hoofd te kunnen bieden, zouden we er toe over kunnen gaan die bevoegdheid nader in te vullen. De vraag die daaraan vooraf gaat, is echter of die nadere invulling wel nodig is. Wellicht zou het beter zijn om te komen tot een systeem waarin de regels van bewijslastverdeling moeten worden toegepast in kort geding-procedures.

2. De verplichte toepassing van regels van bewijslastverdeling

2.1 Argumenten voor verplichte toepassing

De vraag of de regels van bewijslastverdeling in kort geding van toepassing zouden moeten zijn, rijst alleen indien de president op basis van zijn waardering van de stukken niet tot de overtuiging komt dat bepaalde feiten al dan niet gebeurd zijn. In veel gevallen zal die vraag niet opkomen, omdat de rechter op basis van die waardering kan beslissen. Indien die vraag echter wel rijst, zijn voor de opvatting dat de regels van bewijslastverdeling ook in kort geding van toepassing zijn, een aantal argumenten te geven. Zo dient er ten eerste op gewezen te worden dat ook in kort

geding het geschil naar de toepasselijke rechtsnormen beoordeeld dient te worden. De belangenafweging³² door de president zal zich altijd moeten richten naar de materieel-rechtelijke en processuele regelingen die het geschil beheersen.³³ Tot die regels behoort bijvoorbeeld ook de bewijslastomkering uit artikel 7:658 lid 2 BW. Net als iedere andere materiële en processuele norm is een regel van bewijslast, zoals bijvoorbeeld artikel 7:658 lid 2 BW, een rechtsnorm, die toegepast en gehandhaafd dient te worden, ook in kort geding.

Het tweede argument ligt hierin besloten dat de materiële norm (mede) gevormd wordt door de daarbij behorende regel van bewijslastverdeling.³⁴ Of een element van die norm door de eiser of de gedaagde bewezen dient te worden, is voor toepassing van de materiële norm van groot belang. In het tweede geval zal de eiser eerder met succes een beroep op die norm kunnen doen. Op basis van artikel 6:195 lid 1 BW dient de gedaagde bijvoorbeeld te bewijzen dat de feiten vervat in de mededeling juist waren. Indien die juistheid niet komt vast te staan, wint de eiser de procedure, hoewel ook de onjuistheid niet is komen vast te staan. Nu de president in kort geding gebonden is aan de materiële normen, is deze, gezien hun onderlinge verbondenheid, ook gebonden aan de bewijslastverdeling die ten aanzien van die materiële norm aanvaard is. Ware dit anders, dan zou de materiële norm in een kort geding-procedure een andere inhoud krijgen, nu die inhoud gevormd wordt door de bewijslastverdeling.

Ten derde, als de rechter in kort geding niet overtuigd is van de aannemelijkheid van de stellingen van de partijen, zal hij, net zo goed als in een bodemprocedure, toch een beslissing moeten geven. Hij kan zijn belangenafweging in zo'n geval echter niet stelen op de gestelde feiten. Die zijn immers niet aannemelijk gemaakt. De beslissing dient dan genomen te worden op basis van de regels van bewijslast; het gaat immers om een non liquet.³⁵ Voor de duidelijkheid, zo'n non liquet, en dus de vraag naar de bewijslastverdeling, kan ook spelen indien een belangenafweging vereist is.³⁶ Ook dan kan twijfel rijzen over de vraag of een bepaald feit dat binnen die afweging van belang is, bijvoorbeeld de juistheid van een uitspraak van de gedaagde, bewezen is. Juist voor deze non liquet-gevallen heeft de wetgever, soms in het BW zoals bijvoorbeeld in artikel 6:195 lid 1 BW, en in het algemeen in artikel 177 Rv, bepaald hoe die beslissing zou moeten uitvallen. Mijns inziens kan dan niet gezegd worden dat de verdeling van de bewijslast op basis van artikel 177 Rv of artikel 6:195 lid 1 BW, niet van belang zou zijn.³⁷ Waar het uiteindelijk om gaat, is dat het antwoord op de vraag naar het bewijsrisico niet afhankelijk is van de aard van de procedure.³⁸ Die vraag kan immers in elke procedure, ook in kort geding, spelen.

Het voorgaande voert ons tot het vierde argument. Zoals gezegd, ook in kort geding kan het tot een non liquet komen en dan zou het bewijsrisico beslissend moeten zijn. Het argument daartegen dat dit hier anders is omdat het in kort geding gaat om 'aannemelijkheid', gaat niet op.³⁹ Ook ten aanzien van 'aannemelijkheid' kan de rechter in twijfel blijven verkeren. Immers, uitgaan van 'aannemelijkheid' betekent niets anders dan genoeg nemen met een geringere mate van waarschijnlijkheid; aan de bewijslevering worden minder hoge eisen gesteld. Het gaat daarbij echter nog steeds om een vorm van bewijzen, want enige mate van bewijslevering is ook hier nodig.⁴⁰ En ook die vorm van bewijs kan spaak lopen. Toegegeven zij dat het in minder gevallen zal komen tot een non liquet, omdat het bewijs eerder geleverd

zal zijn⁴¹ en omdat naar de bodemprocedure verwezen zal worden als een uitgebreide bewijsvoering te verwachten is⁴², maar in veel gevallen zal dat niet voldoende zijn. Er kunnen zich situaties voordoen waarin de 'aannemelijkheid' van een stelling niet gegeven is, maar waarin ook het tegendeel niet aannemelijk is, terwijl verwijzen geen zin heeft omdat er niet meer bewijs voorhanden is of zal komen, of omdat verwijzen overbodig wordt geacht in verband met het spoedeisende karakter van de gevraagde voorziening. De regels van bewijslastverdeling beslissen dan de procedure.

Ten vijfde kan erop gewezen worden dat het alternatief voor een kort geding een bodemprocedure is, met alle vertraging van dien. De eiser wil echter een snelle oplossing en begint dus niet aan zo'n bodemprocedure.⁴³ Aan die wens zou tegemoet gekomen worden indien de rechter erkent dat ook in kort geding in een aantal gevallen niet anders te beslissen is dan op basis van de regels van bewijslast.⁴⁴ Daar komt nog bij dat het in sommige gevallen heel wel mogelijk is dat verwijzing naar de bodemprocedure, hetgeen toch al weinig gebeurt⁴⁵, geen enkele zin heeft, omdat er niet meer bewijs is.

Voor zover men het voorgaande argument niet aanvaardt, omdat er nu eenmaal voor partijen de mogelijkheid bestaat een bodemprocedure te beginnen, valt nog op een ander (al-

ternatief) argument te wijzen. Als we uitgaan van een bodemprocedure vooraf gegaan door een kort geding, is het wenselijk dat die twee zo weinig mogelijk uit elkaar lopen. Het kort geding dient als voorloper van de bodemprocedure. Het vonnis in kort geding geeft op korte termijn een voorziening waarvan verwacht wordt dat die rechtens is voor de lange termijn. De president geeft een prognose; hij richt zich naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure.⁴⁶ Dan kunnen we er echter niet omheen dat de rechter bij die prognose ook dient te letten op de bewijslastverdeling, nu die beslissend kan zijn in de bodemprocedure.⁴⁷ Als dat niet gebeurt, wordt er afbreuk gedaan aan het prognose-karakter van het kort geding.

Tot slot, het is niet wenselijk zomaar voorbij te gaan aan het feit dat in veel kort geding-uitspraken van lagere rechters ervan uitgegaan wordt dat de regels van bewijslast gewoon gelden.⁴⁸ Daaruit volgt mijns inziens dat de aard van het kort geding zich in de praktijk niet verzet tegen de toepassing van de bewijslastregels.

2.2 Argumenten tegen verplichte toepassing

Het hiervoor overwogene moeten we afzetten tegen de argumenten die worden aangevoerd tegen de toepasselijkheid van de regels van bewijslastverdeling in kort geding. Het eerste argument daarvoor is dat het kort geding een proce-



20. Zie HR 16 febr. 1962, *NJ* 1962, 142, aangehaald door Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 40, Hugenholtz-Heemskerk, *a.w.*, p. 133, Gisolf, *a.w.*, p. 123, en Groen, *t.a.p.*, p. 1044, alsmede door Haardt, *t.a.p.*

21. Zie Haardt, *t.a.p.*, en Sterk, *t.a.p.*, p. 31.

22. HR 22 nov. 1974, *NJ* 1975, 176 (WLH).

23. HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194 (WHH). Blaauw, *a.w.*, p. 109 e.v. bouwt op dit arrest zijn hele betoog. Ook Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 40, Flach, *t.a.p.*, en de parlementaire geschiedenis (Rutgers, Flach en Boon, *a.w.*, p. 123) beroepen zich op dit arrest.

24. Waardoor HR 29 jan. 1943, *NJ* 1943, 198 (zie noot 17), als 'overruled' beschouwd dient te worden. In dat arrest werd nog vrij expliciet gesteld dat de regels van bewijslast niet van toepassing konden zijn in kort geding.

25. De auteurs genoemd in noot 23 doen dat echter wel. Zo ook de A-G in deze zaak, Ten Kate.

26. Zie HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (HJS). Een vergelijkbaar oordeel is te vinden in HR 18 dec. 1987, *NJ* 1988, 844 (AHJS).

27. Wel kunnen motiveringsgebreken aanleiding geven tot vernietiging, zie HR 16 febr. 1993, *NJ* 1993, 624 (AJHS). Vgl. ook Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, 3e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, nr. 106.

28. De Hoge Raad grijpt immers in als ten onrechte een discretionaire bevoegdheid aangenomen wordt, aldus Veegens-Korthals Altes-Groen, *a.w.*, nr. 106.

29. Zie Pres. Rb. Maastricht 23 febr. 1994, *KG* 1994, 99. Het feit dat het hier ging om 'aannemelijkheid' doet hieraan niet af, nu dat ook een vorm van bewijzen is, zie hierna § 3.1. In deze lijn past de uitspraak van Pres. Rb. Amsterdam 25 nov. 1982, *KG* 1982, 216 waarin de president uitvoerig ingaat op de vraag of i.c. de bewijslast bij eiser of de gedaagde behoort te liggen, als-

mede o.a. Pres. Rb. Amsterdam 11 sept. 1974, *NJ* 1975, 77; Pres. Rb. Middelburg 14 febr. 1980, *NJ* 1980, 497; Pres. Rb. Roermond 1 mei 1984, *KG* 1984, 151; Pres. Rb. Den Haag 28 jan. 1988, *KG* 1988, 89; Pres. Rb. Amsterdam 17 maart 1988, *KG* 1988, 164 (waarin een omkering van de bewijslast aanvaard werd); Pres. Rb. Arnhem 9 maart 1990, *KG* 1990, 120; Pres. Rb. Utrecht 16 april 1993, *KG* 1993, 223; Hof Amsterdam 18 aug. 1994, *NJ* 1996, 25.

30. Pres. Rb. Breda 12 juli 1994, te kennen uit Hof Den Bosch 31-1-1995, *BIE* 1996, 28. In deze zin ook Hof Leeuwarden 28 maart 1984, *NJ* 1984, 644.

31. Het belang van de rechtszekerheid werd ook erkend door het parlement. Een van de argumenten om het Ontwerp art. 182 van de Staatscommissie niet over te nemen, was nu juist dat opname daarin van 'de aard van het geding' teveel rechtsonzekerheid met zich zou brengen, zie Rutgers, Flach en Boon, *a.w.*, p. 120.

32. Welke in kort geding vereist is, zie o.a. HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 564; HR 27 jan. 1995, *NJ* 1995, 669, en HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (HJS). Belangenafweging dient hier verstaan te worden als het daadwerkelijk wegen, op basis van de toepasselijke rechtsnormen, wiens belang voorrang dient te krijgen. De gevallen waarin het alleen gaat om ordenend optreden voor de korte termijn, zijn daaronder niet begrepen, zie noot 33.

33. Sniijders-Ynzonides-Meijer, *a.w.*, no. 341, zijn daarin heel duidelijk: 'De noodzaak van een belangenafweging doet echter niet af aan het gegeven dat ook de president in kort geding, gelijk elke andere rechter, recht moet spreken en niet louter ordenend mag optreden.' Vgl. ook H.J. Sniijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken*, *Trema* 1997, p. 45. De gevallen waarin de president wel 'louter ordenend' optreedt, vallen buiten het bestek van dit artikel, omdat in die ge-

vallen geen oordeel gegeven wordt over het geschil maar een pragmatische oplossing wordt aangereikt. Zie J.F. Bruinsma, *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

34. Zie o.a. Asser, *a.w.* 1992, p. 46, 51, 52, 60, 77, 115, 119, en Gras, *t.a.p.*, p. 116.

35. Zo ook D.W.F. Verkade, *Misleidende reclame*, Mon. Nieuw BW B-49, Deventer: Kluwer 1992, p. 68. Zoals hierna nog aan bod komt, kan de president ook de voorziening weigeren en verwijzen naar de bodemrechter, maar ook daaraan zijn bezwaren verbonden, zie hierna noot 44.

36. Vgl. Gisolf, *a.w.*, p. 125. Een voorbeeld bieden de gevallen van onrechtmatige publicaties. Daar is een afweging van de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van een persoons privacy vereist, terwijl op datzelfde terrein regelmatig de vraag rijst wie het bewijsrisico ten aanzien van de (on)waarheid van de uitspraak draagt.

37. In deze richting ook *Onrechtmatige Daad* (Van Nispen), art. 195, aant. 1.

38. Zie Asser, *a.w.* 1992, p. 7-8, die daar aangeeft dat het bewijsrisico niet afhankelijk is van de aard van de procedure. Waar hij dat uitwerkt voor de verzoekschriftprocedure, neem ik aan dat daarvoor in de plaats ook 'kort geding-procedure' gelezen zou kunnen worden. Zie over de aard van het kort geding (voorziening bij voorraad) o.a. HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 564 en HR 15 dec. 1995, *NJ* 1996, 509 (DWFV).

39. Zie o.a. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 350, en HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (HJS).

40. Zie Asser, *a.w.* 1992, p. 15. Daarbij gaat het weliswaar om een vorm van bewijs die eerder aan de aangelegde maatstaf voldoet, omdat die maatstaf lager ligt, maar enige mate van bewijslevering (en dus: bewijzen) is zeker nodig, want het enkele stellen van een feit is onvoldoende (ook voor 'aannemelijkheid').

41. Zie Asser, *a.w.* 1992, p. 15.



ture is die als doel heeft om tot een voorlopige voorziening in een spoedprocedure te leiden. Dat argument kan echter niet overtuigen, omdat die spoedprocedure in principe tot een prognose over het bodemgeschil behoort te leiden. Het geven van een prognose is echter onmogelijk indien de regels van bewijslast buiten beschouwing mogen worden gelaten, omdat die regels van beslissende invloed (kunnen) zijn. Bovendien zagen we al dat de aard van een procedure geen doorwerking zou mogen hebben op de toepasselijkheid van de regels van bewijslast, alsmede dat die aard in de praktijk niet aan de weg staat aan die toepasselijkheid.

Een tweede argument dat tegen de toepasselijkheid van de regels van bewijslast wordt aangevoerd, is dat het kort geding een belangenafweging vereist. De rechter dient op basis van de stukken de wederzijdse belangen te wegen en te beslissen. Ook dat kan aan het voorgaande niet af doen, omdat ook in procedures die een belangenafweging vergen, de vraag naar de bewijslastverdeling (een beslissende rol) kan spelen. Zo'n belangenafweging maakt wel dat de vraag naar de verdeling van de bewijslast minder snel zal opkomen, maar uitgesloten is dat zeker niet.

Ten derde wordt aangevoerd dat het in kort geding-procedures slechts om de aannemelijkheid van een stelling gaat, en dat bewijzen dus niet nodig is. Dat die overweging niet doorslaggevend kan zijn, kwam hiervoor reeds naar voren. Een stelling aannemelijk (moeten) maken, is ook een vorm van bewijs (moeten) leveren. Het enige verschil tussen beide is dat in het eerste geval met een mindere mate van bewijs genoeg wordt genomen. Ook dat argument heeft dus alleen waarde voor zover het gaat om het aantal gevallen waarin het tot een bewijslastbeslissing zal komen.

Er zou nog op gewezen kunnen worden dat een bewijslastbeslissing in een bodemprocedure veelal in het tussenvonnis gegeven wordt waarin ook een bewijsopdracht wordt gegeven. Een tussenvonnis is echter in kort geding niet goed denkbaar. Maar nu het in een kort geding-procedure niet geboden of wenselijk is om tot een uitgebreide bewijsvoering te komen, is in een dergelijke procedure ook het geven van een tussenvonnis onnodig en overbodig.⁴⁹ De rechter doet de zaak af op basis van het bewijs zoals dat is aangeleverd door partijen, en als hij op die basis geen overtuiging in de ene of de andere richting heeft kunnen vormen, beslist hij op basis van de regels van bewijslastverdeling. Zo wordt meteen bevorderd dat de partijen direct alle beschikbare informatie overdragen, waardoor de waarheidsvinding gestimuleerd wordt.

Tot slot zou er nog op gewezen kunnen worden dat de gewone regels van bewijslastverdeling geschreven zijn voor een andere situatie. In een normale bodemprocedure gaan de regels van bewijslast een rol spelen indien, na een uitgebreide be-

wijsvoering, een non liquet is ontstaan. In kort geding zal en kan van een dergelijke uitgebreide bewijsvoering geen sprake zijn. Als er een non liquet ontstaat, gebeurt dat na een summier bewijsvoering. Het zou dus best zo kunnen zijn dat het feit wel bewezen zou kunnen worden, maar dat dat niet kan in een kort geding, omdat het niet mogelijk is alle bewijsmiddelen volledig te benutten.⁵⁰ Men zou kunnen betogen dat de bewijslastregels in die laatste situatie niet dezelfde rol zouden mogen vervullen als in de eerste. Dat betoog kan echter niet overtuigen, want het miskent dat de beslissing in het kort geding een voorspelling is, althans behoort te zijn, van wat in de bodemprocedure beslist zal gaan worden. En bij die voorspelling kan en mag de rechter niet voorbij gaan aan de bewijslastverdeling. Dat het in kort geding als gevolg van de geringe bewijsmogelijkheden wellicht eerder tot een non liquet zal komen, vormt ook geen overwegend bezwaar, want dat effect wordt opgeheven door de daarmee corresponderende grotere vrijheid van de rechter in kort geding op het gebied van de bewijswaardering: feiten hoeven slechts aannemelijk te worden gemaakt.

2.3 De gevolgen van verplichte toepassing

Een gevolg van de hier verdedigde opvatting zal zijn dat de kort geding-procedure eerder tot een uitspraak over de zaak (zoals die voorligt) zal leiden, omdat de verwijzing naar de bodemprocedure eerder uitblijft. De president beslist op basis van de bewijslastregel die van toepassing is. De partij die snel een uitspraak wil, is daarbij gebaat. Deze bespaart dan (voorlopig) de kosten van de bodemprocedure en heeft geen last van de daar geldende termijnen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat de bodemprocedure niet alsnog zou kunnen volgen, maar voorlopig is de relatie tussen partijen bepaald. Als die bodemprocedure al volgt, dan weten partijen meteen van welke partij ten aanzien van welke feiten bewijs verlangd wordt. Dat is een extra voordeel. Misschien schuilt daarin ook nog een stimulans om zowel in kort geding als in de bodemprocedure snel met alle

beschikbare informatie te komen, waardoor die bodemprocedure met bekwaame spoed, en op basis van de daadwerkelijk relevante feiten, afgerond kan worden. De partij die in kort geding verloor, weet immers dat hij met de nodige bewijsmiddelen moet komen.

Is de president bij die verplichte toepassing dan zijn beoordelingsvrijheid kwijt? Voor een (klein) deel wel. De president zal nog altijd in eerste instantie op basis van zijn waardering van het aangevoerde materiaal beslissen, waarbij hij (nog steeds) veel vrijheid geniet. Hij kan volstaan met aannemelijkheid. Pas als die waardering niet tot een eenduidig resultaat voert, verliest hij een deel van zijn vrijheid, want dan is hij verplicht de regels van be-

Als we uitgaan van een bodemprocedure vooraf gegaan door een kort geding, is het wenselijk dat die twee zo weinig mogelijk uit elkaar te lopen. Het kort geding dient als voorloper van de bodemprocedure. De president geeft een prognose; hij richt zich naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure. Dan kunnen we er echter niet omheen dat de rechter bij die prognose ook dient te letten op de bewijslastverdeling, nu die beslissend kan zijn in de bodemprocedure.

wijslastverdeling toe te passen. De daarvoor aangevoerde argumenten zijn mijns inziens echter van zodanig gewicht dat dat gevolg geaccepteerd moet worden.

Heel concreet betekent overname van de regels van bewijslast dat in een aantal gevallen de eiser eerder als winnaar de (kort geding-)zaal zal verlaten, omdat de regel van bewijslast in zijn voordeel werkt. Dat zijn bijvoorbeeld de gevallen waarin de werkgever aangesproken wordt tot vergoeding van de schade van de werknemer in verband met een beroepsziekte (art. 7:658 BW), de gevallen waarin een consument misleid is door een reclameboodschap (art. 6:195 BW) en de gevallen waarin iemand een rectificatie eist van een in de pers geuite mededeling (op basis van art. 6:162 BW en de in de lagere rechtspraak aangenomen bewijslastomkering⁵¹). In mijn optiek zijn dit uitkomsten die gerechtvaardigd zijn. Overname van het hier betoogde betekent wellicht ook dat eisers in incasso-procedures⁵² eerder in het gelijk gesteld zullen worden. In dit soort procedures zal de gedaagde trachten zoveel mogelijk verweren aan te voeren, bijvoorbeeld dat de geleverde waar ondeugdelijk was en dat hij daarom niet betaald heeft. Veelal lijkt het er echter op dat de gedaagde probeert elk mogelijk verweer, hoe klein ook, 'op te kloppen' tot een echt verweer, teneinde de zaak zo ingewikkeld mogelijk te maken.⁵³ Hij heeft daar baat bij, want de rechter beslist dan over het algemeen dat de vordering serieus betwist is en een nader onderzoek vergt, waarna de eiser zijn vordering afgewezen ziet.⁵⁴ In een bodemprocedure zou het echter aan de gedaagde zijn om de feiten die ten grondslag liggen aan dit soort zelfstandige verweren, te bewijzen. Dat volgt uit de hoofdregel van artikel 177 Rv.⁵⁵ Het enkele aanvoeren van zo'n verweer zou de gedaagde dan niet baten. Als dus de bewijslastregel zoals die in bodemprocedures geldt, integraal toegepast zou worden in kort geding-procedures, zou dat betekenen dat de eiser zijn vordering wel toegewezen ziet. Ook dat lijkt mij een uitkomst die gerechtvaardigd is.

Toepassing van deze (bodemprocedure)bewijslastregel voorkomt dat de gedaagde met succes zijn aandacht kan richten op het enkele compliceren van de procedure. Boven-

Concreet betekent overname van de regels van bewijslast dat in een aantal gevallen de eiser eerder als winnaar de (kort geding-)zaal zal verlaten, omdat de regel van bewijslast in zijn voordeel werkt.

dien doet overname van die regels geen afbreuk aan die gevallen waarin een verweer wel hout snijdt, omdat de gedaagde dan vrij simpel, en ook in kort geding, die ondeugdelijkheid zal kunnen aantonen, door bijvoorbeeld een of meer van de geleverde zaken aan de rechter te tonen.

3. Conclusie

Op dit moment is het al dan niet toepassen van regels van bewijslastverdeling in kort geding overgelaten aan het beleid van de rechter. Het gaat hier, blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad en de literatuur, om een discretionaire bevoegdheid. Gebleken is dat er, mijns inziens steekhoudende, argumenten te formuleren zijn voor een andere opvatting. Ook de rechter in kort geding moet, indien feitelijke onzekerheid dat nodig maakt, de regels van bewijslast toepassen. Noch de aard van het kort geding, noch het feit dat een belangenafweging vereist is, noch het feit dat aannemelijkheid van een stelling voldoende is, kunnen daaraan afdoen. □



42. Zie HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194 (WHH).

43. Zie Snijders-Ynzonides-Meijer, *a.w.*, no. 337; Stein, *a.w.*, p. 203; Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 10.

44. Datzelfde geldt ten opzichte van het argument dat de president de gevraagde voorziening kan weigeren (zie o.a. HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194 (WHH) en HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659 (DWFV)) als hij er in kort geding niet uitkomt omdat hij niet genoeg gegevens voorhanden heeft. Daarmee is de zaak niet ten principale beslist en daar heeft niemand iets aan. In zulke gevallen is het wellicht efficiënter om iets meer onderzoek te doen en dan de zaak af te doen. Overigens, de gelijkenis tussen deze wijze van afdoen en het beslissen van de zaak op basis van de bewijslastverdeling is frappant. In beide gevallen is het bewijs ontoereikend om tot een materiële beslissing te komen. Is het dan niet beter dat feit expliciet te erkennen en dus de bewijslast doorslaggevend te laten zijn?

45. Zie Snijders-Ynzonides-Meijer, *a.w.*, no. 339.

46. In die zin HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481; Gisolf, *a.w.*, p. 125; Snijders-Ynzonides-Meijer,

a.w., no. 338; Blaauw, *a.w.*, p. 111. Vgl. ook Hof Leeuwarden 28 maart 1984, *NJ* 1984, 644, en Pres. Rb. Groningen 8 maart 1989, *KG* 1989, 194. Ik ga hier voorbij aan die gevallen waarin de president puur ordenend werk verricht, zie noot 32 en 33.

47. Expliciet in die zin Gisolf, *a.w.*, p. 125. In Pres. Rb. Amsterdam 9 maart 1989, *KG* 1989, 141, alsmede Pres. Rb. Leeuwarden 24 dec. 1993, *KG* 1994, 150, werd op deze wijze te werk gegaan.

48. Zie de rechtspraak genoemd in noot 29.

49. Daarbij wijs ik er nog op dat een bewijslastverdeling in een tussenvonnissen niet hetzelfde is als een verdeling van het bewijsrisico. In zo'n bewijsopdracht ligt een voorlopige bewijswaardering besloten. Die waardering leidt ertoe een bepaalde partij, nl. die welke vooralsnog op verlies staat, met het bewijs te belasten. Die verdeling (van de bewijsvoeringslast, zie § 1.1) is een andere dan die welke aan het eind van de procedure, op basis van het materiële recht, gegeven wordt. Overigens, in kort geding kan wel een bewijsopdracht, mondeling en dus zonder tussenvonnissen, gegeven worden, zie Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 10. In zo'n situatie snijdt het hierboven beschreven bezwaar al helemaal

geen hout.

50. Op het gegeven dat er in zulke situaties een non liquet bestaat, is dit echter niet van invloed, nu dat begrip (zie hiervoor in § 1.1) alleen aanknoopt bij een resultaat (de feiten zijn niet vast komen te staan), en niet bij de vraag of dat resultaat wellicht vermeden had kunnen worden.

51. Zie noot 2.

52. Zie daarover in het algemeen Gisolf, *a.w.*, p. 72 e.v., en W. Schenk en J.H. Blaauw, *Het kort geding. B. Bijzonder deel*, Deventer: Kluwer 1995, p. 133 e.v.

53. Zie J.M. Barendrecht, Schade vorderen in kort geding, in: P.Abas (e.a.), *Schademecum. Jonge Balie Congres 1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 54.

54. Zie Blaauw, *a.w.* 1995, p. 135, en Gisolf, *a.w.*, p. 77. Voor voorbeelden, zie o.a. Pres. Rb. Den Haag 12 april 1995, *KG* 1995, 205; Pres. Rb. Arnhem 6 jan. 1995, *KG* 1995, 72, en Hof Amsterdam 21 april 1994, *KG* 1994, 329, m.n. r.o. 4.15, alwaar het Hof ervan uit lijkt te gaan dat de bewijslast t.a.v. het gevoerde verweer op de eiser rust.

55. Zie bijv. ook Pitlo-Hidma-Rutgers, *a.w.*, p. 26, en Dijksterhuis-Wieten, *a.w.*, p. 25.