

PETL: de 'Europese' omkering van de bewijslast

Nr. 41

I. Inleiding

1. Nadat eerder al de algemene opzet en de aansprakelijkheid gebaseerd op 'fault', het concept van 'damage', diverse causaliteitsvragen en de 'scope of liability' besproken zijn,² is het in de reeks artikelen over de Principles of European Tort Law (hierna: PETL) nu de beurt aan de bewijslast(omkering) bij aansprakelijkheid gebaseerd op een eigen fout van de aangesprokene. Dat onderwerp staat op de agenda van deze reeks omdat, wellicht enigszins verrassend vanuit Nederlands perspectief, de overwegend materieelrechtelijke PETL over dat procesrechtelijke onderwerp enkele specifieke bepalingen bevatten.

2. Conform de opzet van de reeks zal ik hierna eerst de betrokken Principles weergeven (paragraaf II) en daarop een toelichting geven, waarbij ik de bepalingen ook vanuit het Nederlandse recht zal bespreken (paragraaf III). In de conclusie (paragraaf IV) zal ik beoordelen of er voor ons 'iets te halen', iets te leren, valt qua bewijslastverdeling, en zal ik mijn waardering over het geheel uitspreken, gezien vanuit de vraag of op deze wijze de juiste weg naar een Europees aansprakelijkheidsrecht wordt (of kan worden) ingeslagen, indien en voor zover men zo'n Europees aansprakelijkheidsrecht wenselijk zou achten.

II. Tekst

3. Het onderwerp van deze bijdrage, de omkering van de bewijslast in bepaalde gevallen van aansprakelijkheid gebaseerd op een (eigen) fout van de aangesprokene (zie daarvoor in zijn algemeenheid art. 1:101, in combinatie met art. 4:101), is geregeld in de PETL in een tweetal bepalingen. Deze regels dienen, zo zullen wij nog zien, als uitzondering op de vanzelfsprekende en blijkbaar ook hier als evident veronderstelde en (daarom?) niet-gearticuleerde hoofdregel dat de bewijslast inzake 'fault' op de eisende partij rust. Die bepalingen, opgenomen in section 2 van Chapter 4, luiden als volgt:

'Art. 4:201. Reversal of the burden of proving fault in general

(1) The burden of proving fault may be reversed in light of the gravity of the danger presented by the activity.

(2) The gravity of the danger is determined according to the seriousness of possible damage in such cases as well as the likelihood that such damage might actually occur.'

'Art. 4:202. Enterprise Liability

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(2) 'Defect' is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.'

4. Voorafgaand aan die bepalingen, in het hoofdstuk over 'damage' vinden wij overigens ook al een 'bewijsrechtelijk' ingestoken bepaling. Het gaat dan om art. 2:105 PETL, welke luidt:

'Art. 2:105. Proof of damage

Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.'

In het navolgende zullen met name de eerste twee bepalingen, doch vervolgens ook nog kort de zojuist als derde geciteerde bepaling aan bod komen en toegelicht worden.³

III. Toelichting

Art. 4:201 PETL en wat daar niet in staat ...

5. Wat belangrijk is, is ten eerste wat *niet* opgenomen is in de Principles, namelijk een bepaling in de trant van 'de bewijslast inzake de diverse voorwaarden voor aansprakelijkheid rust op degene die de betreffende grondslag voor aansprakelijkheid inroep', of een beter geformuleerde variant daarop. Daarmee zou duidelijk zijn geweest dat ook in de PETL de overal gevolgde en als vanzelfsprekend geaccepteerde hoofdregel van bewijslastverdeling (de eisende partij bewijst de voorwaarden voor aansprakelijkheid⁴) als uitgangspunt vooropstaat, en dat de omkering van de bewijslast die wel besproken wordt, de uitzondering daarop

¹ Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, en redacteur van dit blad. Met dank aan Ton Hartlief en Siewert Lindenbergh voor hun kritische commentaren op een eerdere versie.

² Zie de bijdragen van Hartlief (AV&S 2007, 8), Lindenbergh (AV&S 2007, 13), Kort-

mann (AV&S 2007, 23) en Lankhorst (AV&S 2007, 32).

³ Ik ga in deze bijdrage dus niet nader in op de bewijsrechtelijke tegemoetkomingen, veelal via op het eerste gezicht onweerlegbare vermoedens ('regarded as', zie bijv. art. 3:103 lid 1 en 2 en art. 3:104 lid 3) of weerlegbare vermoedens ('presumed', in art. 3:105), in het derde hoofdstuk over causaliteit. Nader over dat hoofdstuk uit de PETL: J. Kortmann,

'PETL: General Conditions of Liability, Causation ("In Fact")', AV&S 2007, 23.

⁴ Zie over de hoofdregel van bewijslastverdeling I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2001, vooral p. 75-108, en (specifiek voor het aansprakelijkheidsrecht) p. 112-130, alsmede W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 59 e.v., en verder bijv. P. Widmer, 'Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of ...

vormt. Die hoofdregel staat nu nergens in de PETL,⁵ en moet dus blijkbaar afgeleid worden uit het feit dat het in art. 4:201 gaat om een 'reversal', een omkering, van die bewijslast.⁶ Hoewel die hoofdregel, als gezegd, vanzelfsprekend is, zou ik toch voor nadere explicitering ervan willen pleiten. Dat hangt bijvoorbeeld hiermee samen dat op dit moment ook nergens in de PETL is aangegeven ten opzichte van welke beginsituatie de omkering van de bewijslast aangenomen kan of moet worden, terwijl het wel nuttig is dat te weten om die uitzondering goed te kunnen bestuderen.⁷ Ook die kwestie dient nu dus weer nader 'ingevuld' te worden door, bij gebrek aan explicitering, een voor de hand liggende interpretatie te volgen, namelijk dat het ongetwijfeld een omkering ten opzichte van de net als gebruikelijk geschetste hoofdregel zal zijn.

Omkering van de bewijslast als de 'gravity of the danger' daartoe aanleiding geeft

6. Wanneer wij deze hobbels genomen hebben, en dat zal gelukkig niet zo heel lastig zijn, kunnen wij ons richten op de mogelijkheid om tot een omkering van de bewijslast te komen. We beperken ons dan tot de bewijslast inzake de 'fault', de 'fout' naar onze Nederlandse termen. Art. 4:201 lid 1 PETL opent die mogelijkheid indien 'the gravity of the danger presented by the activity' daartoe aanleiding geeft. Ik formuleer hier omzichtig, want dat doet de bepaling zelf ook. De bewijslast kan ('may' is de Engelse term die benut wordt) omgekeerd worden als het gevaar van de activiteit groot genoeg is. Ik kom daar zo op terug (in nr. 9 en nr. 10-11).

7. De bedoeling van de bepaling is, aldus de toelichting,⁸ om een brug te slaan tussen de reguliere foutaansprakelijkheid van de PETL en de risicoaansprakelijkheid zoals opgenomen in art. 5:101 PETL. Als er om wat voor reden dan ook (nog) geen ruimte of noodzaak is voor een risicoaansprakelijkheid, kan via de bewijslastomkering alsnog een zekere verscherping van aansprakelijkheid bereikt worden. Deze gedachte is uiteraard niet nieuw; de bewijslast wordt wel vaker gebruikt om de 'kloof' tussen schuld- en risicoaansprakelijk-

heid te dichten en aansprakelijkheid te verscherpen.⁹ Echter, de opname ervan in een algemene (wettelijke) regeling, en niet slechts voor specifieke gevallen, lijkt wel bijzonder te zijn.¹⁰ Of die bijzonderheid uiteindelijk ook een gelukkige keuze behelst, vergt echter nog een nadere analyse. Ik keer daarom terug naar (de tekst van) art. 4:201 PETL om daarover nog drie opmerkingen te maken.

De ratio van art. 4:201 PETL

8. Ten eerste over de ratio van de regel, de reden(en) voor opname ervan in de Principles. Deze ratio sluit nauw aan bij de meer gebruikelijke redenen die benut worden om een omkering van de bewijslast te rechtvaardigen, namelijk de beoogde verbetering van de positie van het slachtoffer, vooral door dat slachtoffer tegemoet te komen waar de hoofdregel van bewijslastverdeling voor onredelijke problemen zou zorgen in verband met de technische of organisatorische complexiteit van de activiteiten van de gedaagde (en daarmee de onoverzichtelijkheid van een en ander, leidend tot moeilijk bewijsbare feiten).¹¹ De redenen die in het vervolg voor de 'enterprise liability' van art. 4:202 PETL genoemd worden, hadden hier overigens ook nog van stal gehaald kunnen worden (o.a. de profijtgedachte; het kanaliseren van aansprakelijkheid of de verzekeringsdekking daarvoor¹²). Dat zou de onderbouwing voor de bewijslastomkering wat mij betreft sterker hebben gemaakt omdat daarmee meer rechtspolitieke, normatieve (en niet alleen de goedgevoelde feitelijk bepaalde, en dus per geval wisselende) argumenten beslissend zouden zijn geweest.¹³ Wat mij betreft bepalen namelijk in eerste instantie normatieve gezichtspunten, en niet feitelijke situaties, de inhoud van de bewijslastverdeling en een eventuele bewijslastomkering.¹⁴ Ik kom daartoe omdat juist de omkering van het bewijsrisico tot een, zo bleek reeds, verscherping van aansprakelijkheid leidt en een dergelijke aanscherping dient normatief gerechtvaardigd te (kunnen) worden.

Een discretionaire bewijslastomkering: wat is rechtens?

9. Ten tweede valt op dat het bij deze bewijslastomkering

Imputation (Attribution)', in: P. Widmer (red.), *Unification of Tort Law: Fault*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, nr. 66, en R. Stürner, 'Beweislastverteilung und Beweisführungslast in einem harmonisierten Europäischen Zivilprozess', in: C. Hohloch (e.a.) (red.), *FS für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 692.

5 Alleen in de toelichting wordt deze hoofdregel genoemd, zie European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Chapter 4. Liability based on Fault, Art. 4:201 (Widmer), Wien/New York: Springer 2005, Comment 1, op p. 90 en Comment 5 op p. 91, sprekend over een 'general principle' (dit werk wordt verder geciteerd als: EGTL (auteur), Art. x:xxx, Comment x).

6 Datzelfde zien we bijvoorbeeld bij Coes van Dam, *European Tort Law*, Oxford: OUP

2006, nr. 1004-2, die de mogelijkheid van een 'shift' van de bewijslast bespreekt en daarbij dus bekend veronderstelt dat normaal de bewijslast op de eiser ligt. Nogmaals, vreemd is dat niet, want dat is nu eenmaal de regel, maar juist als het om uitzonderingen gaat, is het goed (ook) de hoofdregel in het oog te houden.

7 Vgl. Giesen, *a.w.*, p. 75.

8 EGTL (Widmer), Art. 4:201, Comment 2 op p. 90-91 en Comment 7 op p. 92.

9 Zie bijv. Widmer, *a.w.*, nr. 66; Giesen, *a.w.*, p. 467 en 469 (m.n. noot 119 aldaar), en Van Dam, *a.w.*, nr. 1004-2 en 1005; H. Koziol, 'Die "Principles of European Tort Law" der "European Group of Tort Law"', *ZEuP* 2004, p. 250; N. Jansen, 'Principles of European Tort Law?', *RechtsZ* (70) 2006, p. 749-751 en p. 767.

10 Zie voor meer gegevens: EGTL (Widmer), Art. 4:201, Comment 8 en 9 op p. 92-93.

Jansen, *t.a.p.*, p. 766, is over de gedachte om de kloof te dichten, zeer te spreken.

11 Zie EGTL (Widmer), Art. 4:201, Comment 5, op p. 91, en meer algemeen over redenen voor een omkering, Giesen, *a.w.*, p. 409-421 (de hier gekozen rechtvaardiging lijkt sterk op de leer van de bewijslastverdeling naar 'Gefahrenbereich', zie p. 413-414).

12 Zie EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 21 op p. 99.

13 Vgl. Giesen, *a.w.*, p. 443-444 (en p. 410 e.v. voor een overzicht van normatieve argumenten). Zo ook Jansen, *t.a.p.*, p. 767.

14 De feitelijke situatie (d.w.z. bewijsnood voor één der partijen) zal veeleer de aanleiding zijn om over een veranderde bewijslastverdeling na te gaan denken, zie nader mijn diss., *t.a.p.*, p. 419 en p. 455 e.v.

om een discretionaire bevoegdheid van de rechter¹⁵ gaat, met alle vrijheid van dien. Daar is op zichzelf niets mis mee, in onze nationale wetgeving wemelt het van de discretie, en via de in art. 150 Rv genoemde redelijkheid en billijkheid kan de Nederlandse rechter op zichzelf ook in grote vrijheid met de bewijslast spelen, maar toch wringt hier iets. Verwelend is namelijk wel dat een discretionaire bevoegdheid als deze – en dat geldt ook voor de redelijkheid en billijkheid-uitzondering in ons art. 150 Rv – zo weinig richtinggevend is als het gaat om de toepassing van de bepaling in kwestie.¹⁶ De rechter kan de bewijslast omkeren, maar hoeft dat niet te doen, ook niet als aan de voorwaarden ervoor is voldaan.¹⁷ Maar, zo laat zich de kritiek raden, wat kan de justitiabele dan verwachten? Waar moet hij op voorhand op rekenen? Komt die omkering er nu wel of niet, en zo ja, wanneer dan wel?¹⁸ Wagner spreekt dan ook over het ‘concert of vagueness’ nadat hij een aantal vergelijkbare ‘may’-bepalingen uit de PETL op een rij heeft gezet.¹⁹ Zijn de criteria die genoemd en benut worden in deze artikelen (daarover meer hierna) nu beslissend voor de toepassing ervan of niet, zo vraagt hij zich af. Ik sluit me daar bij aan.²⁰ Beter zou het mijns inziens dan ook zijn geweest om met een regel te komen die bestaat uit zo scherp mogelijk geformuleerde voorwaarden voor het mogen – maar dan ook: moeten – toepassen van een bepaalde bewijslastverdeling. Die regel kan dan als, in de Nederlandse termen van art. 150 Rv, bijzondere regel van bewijslast gelden.²¹

De toepassingsvoorwaarde is moeilijk toepasbaar

10. Ik schreef net al dat bij dit soort discretionaire bepalingen onzeker blijft of de genoemde criteria of toepassingsvoorwaarden nu wel of niet beslissend zijn. Dat geldt, als gezegd, ook hier. Daar komt echter nog bij, en dat is mijn derde punt, dat de ‘norm’ van ‘gravity of the danger presented by the activity’ niet duidelijk is. Lid 2 van art. 4:201 PETL voorziet weliswaar in een nadere omschrijving van de term ‘gravity of the danger’, maar die omschrijving leidt de gebruiker van de PETL weer²² naar een (weging van een) aantal factoren, in dit geval de waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen en de ernst van de mogelijke schade. Als de activiteit in kwestie vaak tot schade leidt of

tot schade leidt die ernstig is, kan aan een omkering gedacht worden. Dat geldt dan uiteraard des te sterker als er vaak schade van een ernstige soort te betreuren valt.²³ In dat laatste geval is wat mij betreft overigens niet langer sprake van een situatie die het midden houdt tussen een normaal risico (en dus een gewone schuld aansprakelijkheid) of een abnormaal hoog risico (waarvoor een risicoaansprakelijkheid geldt) waarvoor de omkering der bewijslast bedacht is,²⁴ maar zou men serieus een echte risicoaansprakelijkheid moeten overwegen. Immers, als die vorm van aansprakelijkheid al niet in zo'n geval (vaak schade én ernstige schade) in beeld komt, wanneer dan wel?

11. Los daarvan valt nog op dat twee van de factoren die in Nederland, via de *Kelderluik*-norm, mede het bestaan en de omvang van de zorgplicht bepalen, hier sturend zijn op een ander niveau, te weten dat van de afweging of er een bewijslastomkering aanvaard mag worden. Dat dezelfde begrippen (of factoren) op meerdere plaatsen terugkeren, past in de filosofie van de PETL²⁵ en mag dus niet te zeer verwonderen.²⁶ Dat doet er echter niet aan af dat zo'n weging van factoren, welke dat ook zijn, altijd lastig is – dat zal hier niet anders zijn – en in elk geval betrekkelijk onvoorspelbaar is qua uitkomsten, hetgeen de onzekerheid bij de toepassing van deze ‘kan’-bepaling alleen nog maar versterkt.²⁷ Het zal de receptie van de PETL, zo schat ik in, niet ten goede komen.²⁸

Art. 4:202 ('Enterprise Liability'): een steen des aanstoots

12. Dat gezegd zijnde, is het wellicht wijs om maar meteen nog een beginsel erbij te nemen dat vrijwel zeker her en der tot scepsis zal leiden. Vrijwel zeker, omdat de bepaling in kwestie, de regeling inzake ‘enterprise liability’, voor de intrede ervan al geleid heeft tot een controverse. Niet alleen is deze categorie vooralsnog zo goed als onbekend in de rechtsstelsels van de wereld,²⁹ maar bovendien heeft één der leden van de *European Group on Tort Law* (EGTL), oprichter Jaap Spier, expliciet gemaakt niet met die bepaling in te kunnen stemmen.³⁰ Dat is, op zijn zachtst gezegd, kras.³¹

13. De bepaling regelt kort gezegd – en zonder op de pre-

15 Welke rechter dat dan is, is nog de vraag zolang de PETL niet ergens als geldend recht aanvaard zijn of deze in plaats daarvan een eigen geschilbeslechter krijgen, maar dat is een andere kwestie.

16 Zie voor kritiek op het Nederlandse recht in deze (de billijkheidsleer) Giesen, *a.w.*, p. 89-102.

17 Daarbij dient wel te worden gezegd dat de voorwaarde voor omkering in de PETL tenminste nog is geformuleerd; art. 150 Rv is wat dat betreft nog vager (want zonder voorwaarde, omdat ‘redelijkheid en billijkheid’ in deze nietszeggend zijn).

18 Hiermee wordt bovendien nogmaals duidelijk, zie ook Hartlief, *t.a.p.*, p. 54, dat de rechter sterk centraal staat, en dus de afwikkeling in rechte, terwijl mag worden aangenomen dat het gros van de zaken buiten rechte zal worden ‘beslecht’.

19 Zie G. Wagner, ‘The project of harmonizing European tort law’, *CML Rev.* (42) 2005, p. 1288, alsmede p. 1289-1290.

20 Zo reeds in Giesen, *a.w.*, p. 444.

21 Vgl. over de voorkeur voor ‘bijzondere regels’ van bewijslast, Giesen, *a.w.*, p. 98-100.

22 Uitvoeriger daarover al T. Hartlief, ‘PETL: Basic Norm and Liability based on Fault’, *AV&S* 2007, 8, m.n. p. 49, 52 en 54.

23 Aldus de aanwijzingen in de toelichting, zie EGTL (Widmer), Art. 4:201, Comment 4, op p. 91.

24 In die zin EGTL (Widmer), Art. 4:201, Comment 3 op p. 91, over het element ‘mate van gevaar’.

25 Zie daarover W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Van Nederlands naar “Europees” onrechtmatige daadsrecht’, *NTBR* 2004, 90, p. 519-520; Jansen, *t.a.p.*, p. 752-753.

26 Overigens, ook omdat de bewijslastomkering als overgang tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid kan dienen, is deze gedachte niet vreemd.

27 Zo ook Jansen, *t.a.p.*, p. 753 en 754.

28 Vgl. ook Hartlief, *t.a.p.*, p. 54; Wagner, *t.a.p.*, p. 1289-1290; en Van Boom/Giesen, *t.a.p.*, p. 520. Blijkens EGTL (Spier), General Introduction, Comment 23-24 op p. 15, zijn de opstellers zich hiervan overigens bewust. Zij vragen zich af of ‘hard and fast rules’ wel mogelijk zijn. Ik meen van wel, zie bijv. nr. 9 hiervoor.

29 Wagner, *t.a.p.*, p. 1283.

30 Zie EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 13 op p. 97.

31 Vermelding verdient dat deze vorm van aansprakelijkheid, net als de eerder besproken bewijslastomkering, inmiddels navolging heeft gekregen in her –

cieze definities van de gebruikte termen in te gaan³² – dat indien schade toegebracht wordt door een 'gebrek'³³ van een onderneming of de voortbrengselen van die onderneming, degene die de onderneming drijft daarvoor aansprakelijk is, tenzij deze bewijst dat hij de vereiste mate van zorgvuldigheid in acht genomen heeft. Een omkering der bewijslast dus inzake 'fault', en dus een omkering voor zover het gaat om de hier in acht te nemen zorgvuldigheid (d.w.z. die van een redelijk handelend persoon, zie art. 4:102 PETL).³⁴ De toelichting maakt nogmaals, en in niet mis te verstane woorden, duidelijk dat het hier niet om een risicoaansprakelijkheid gaat (daarvan getuigt overigens ook al de plaatsing in hoofdstuk 4 van de PETL) omdat er te dien aanzien blijkbaar onduidelijkheid zou kunnen bestaan.³⁵

14. De redenen voor opname van deze bepaling lijken te zijn gelegen in de mogelijkheid van spreiding van schade en het profijtbeginnel,³⁶ doch blijkbaar ook en in het bijzonder, als we de toelichting uit 2005 erbij nemen, in de wens of noodzaak om de eisende partij tegemoet te komen bij bewijsproblemen als onduidelijk is wat exact de oorzaak van diens schade is, maar die oorzaak wel terug te voeren is op een activiteit binnen een onderneming (in één woord: kanalisatie).³⁷ Het slachtoffer hoeft nu enkel nog aan te tonen dat de oorzaak in de sfeer van de onderneming lag door een 'defect' van die onderneming of van de voortbrengselen ervan.³⁸ Een dergelijke bewijslastomkering (en de facto dus verscherping van aansprakelijkheid) is naar huidig Nederlands recht onbekend, doch lijkt op zich verdedigbaar,³⁹ hoewel vérgaand en – belangrijker – wellicht overbodig.

15. De regel is inhoudelijk verdedigbaar vanwege de argumenten die zojuist genoemd zijn, en omdat tegendeelbewijs mogelijk is. Maar dat vergt dan wel een lastige rechtspolitieke afweging (lees: keuze) die in Nederland niet snel zal uitpakken, vermoed ik. Daarnaast ben ik van mening dat deze regel eigenlijk overbodig is omdat in dergelijke gevallen via feitelijke vermoedens waarschijnlijk veelal dezelfde resultaten te boeken zullen zijn zodat de meest nijpende

(bewijsnood)gevallen langs die weg op te lossen zijn.⁴⁰ Dat laatste wordt eens te meer duidelijk als blijkt dat de opstellers ervan de bepaling ook een beperkt bereik hebben willen meegeven (hetgeen waarschijnlijk mede ingegeven is door de onderlinge onenigheid over de bepaling). Aansprakelijkheid (van een onderneming) is namelijk meestal gewoon te baseren op een eigen fout, op de fout van een hulppersoon of op de risicoaansprakelijkheid van art. 5:101 PETL, aldus de toelichting.⁴¹ Hoe zinvol was het dan nog, zo werp ik maar op, om deze steen des aanstoots en bron van verdeeldheid te willen handhaven? Wilde men (althans een deel van de EGTL) per se iets nieuws ontwikkelen? En welk deel van de groep was dat dan? En waarom zijn zij dan niet bang, zoals Spier,⁴² dat de praktijk de aansprakelijkheid van onderneming langs deze weg zal doen uitdijen (bijvoorbeeld door de notie van 'defect' ruim uit te leggen)? Veel blijft helaas nog onduidelijk op dit vlak.

Een mogelijke, doch goed verscholen (extra) reden

16. Een (extra) reden om toch tot opname ervan over te willen gaan, zou gelegen kunnen zijn in het navolgende. In de voorbeelden die benut worden om de werking en het bereik van het artikel te duiden, wordt regelmatig⁴³ gebruikgemaakt van het geval dat er in een ziekenhuis iets mis gaat waarna de patiënt (bijvoorbeeld omdat die onder narcose was) niet in staat blijkt te zijn om aan te tonen wat er gebeurd is. Art. 4:202 kan die patiënt in een dergelijk geval uit de brand helpen, zo luidt de boodschap. De verbinding met het idee van een centrale aansprakelijkheid van een ziekenhuis zoals wij die kennen uit art. 7:462 BW (het ziekenhuis is voor een tekortkoming mede aansprakelijk) en zoals die, in afgeslankte vorm weliswaar, inmiddels ook is opgenomen in de Principles of European Law on Service Contracts (PEL SC) van de Study Group on a European Civil Code (zie art. 7:111 PEL SC: het ziekenhuis moet de namen van betrokkenen bekend maken of is zelf aansprakelijk) is dan snel gelegd, hoewel de vorm hier ietwat anders is (een bewijslastomkering).⁴⁴ Is dát soms wat men binnen de EGTL eigenlijk wilde?

ontwerp voor het nieuwe Oostenrijkse aansprakelijkheidsrecht, zie H. Koziol, 'Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts', in: *Festkrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*, Volume II, Stockholm: Jure 2006, p. 650 en 658.

32 Zie daarover EGTL (Koch), Art. 4:202, Comments 14-20.

33 Wat een 'defect' is, wordt nader uitgewerkt in lid 2 van art. 4:202 PETL en in EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 19 op p. 98.

34 Zie over deze bepaling ook Koziol, *t.a.p.* (2004), p. 250, en J. Spier, 'The Phantom of a European Civil Code', in: H. Koziol & J. Spier (red.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien: Springer 2003, p. 329 e.v., met name p. 336-337.

35 EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 1 op p. 93.

36 Aldus Koziol, *t.a.p.* (2004), p. 250-251.

37 Zie EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 4 op p. 94 ('The major motivation'). De redenen van Koziol (*t.a.p.* (2004), p. 250-251) komen hier niet terug, en ook niet in EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 21 op p. 99 (waar het gaat om het kanaliseren van aansprakelijkheid, dan wel de verzekeringsdekking, en de profijtgedachte).

38 EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 4 op p. 94. Zie ook Comment 9 op p. 96 en Comment 19 op p. 98.

39 Dat zou dan kunnen in de vorm van een bijzondere regel van bewijslast in de zin van art. 150 Rv.

40 Zuiks lijkt men ook te erkennen, vgl. EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 10 op p. 96. Het dogmatisch debat over of we hier nu van doen hebben met een vermoeden EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 4, op p. 94, spreekt over de noodzaak 'to rebut the presumption', of met een daadwer-

kelijke omkering van het bewijsrisico, laat ik achterwege. Zie nader mijn diss., *a.w.*, p. 12-14.

41 EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 7 op p. 95.

42 EGTL (Koch), Art. 4:202, Comment 13 op p. 97.

43 Zie Comments 5, 8, 19 en 24 in EGTL (Koch), Art. 4:202.

44 Zie nader over beide bepalingen S.E. Bartels & I. Giesen, 'The Principles of European Law on Service Contracts: the Rules on Medical Treatment in a Future Europe compared to the rules in the Netherlands', in: K. Boele-Woelki & F.W. Grosheide (red.), *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Den Haag: Kluwer Law International 2007 (in druk). Voor meer informatie inzake de PEL SC, zie M. Barendrecht (e.a.), *Principles of European Law on Service Contracts* —

17. Op het eerste gezicht lijkt dat, zo geef ik direct toe, niet plausibel, want wat zou er in dat geval eenvoudiger zijn geweest dan dat op te schrijven? Aan de andere kant, zo'n centrale aansprakelijkheid is buiten Nederland feitelijk onbekend⁴⁵ en stamt eigenlijk (althans in veel landen) uit het niet door de PETL bestreken *contractuele* aansprakelijkheidsrecht. Wellicht was de gedachte daarom wel dat als men er iets mee wilde, dat dat 'verscholen' moest blijven. Verder speculeren hierover, want dat is het natuurlijk, heeft geen zin, en zal ik dan ook niet doen, maar als zo'n centrale aansprakelijkheid uiteindelijk zou resteren nadat de kruiddampen rondom art. 4:202 PETL zijn opgetrokken, dan heeft de opname ervan mijns inziens (alsnog) goede zin gehad. Immers, dergelijke bepalingen zijn zeer wenselijk want het gaat niet aan dat een slachtoffer dat tracht schade te verhalen, struikelt over niet-inhoudelijke barrières zoals wie nu precies wat gedaan heeft binnen een bepaalde organisatie, zoals bijvoorbeeld een ziekenhuis. Er mogen vele redenen bestaan om geen aansprakelijkheid te aanvaarden, maar dit soort drempels (de soms Kafkaïaanse 'formaliteiten') dient zoveel mogelijk uitgesloten te worden. Er blijven dan nog genoeg andere, vaak lastig te overkomen problemen over, zoals bijvoorbeeld, zeker bij medische aansprakelijkheid, de bewijslast ten aanzien van de fout en het causale verband.

Art. 2:105: bewijs van schade

18. Naast de fout en het causale verband dient uiteraard ook de (omvang van de) schade aangetoond te worden. Zoals wij in Nederland op dat vlak art. 6:97 BW kennen, kennen de PETL art. 2:105. Indien nodig kan de schade die iemand geleden heeft, geschat worden (in plaats van specifiek bewezen). Geen verrassingen daar, hoewel de voorwaarden waaronder een schatting toegestaan is, toch net even anders liggen. In Nederland is schatten mogelijk als de omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld; naar de Principles is dat het geval als bewijs van de exacte omvang te moeilijk of te kostbaar zou zijn. Vaak zullen beide voorwaarden gelijk opgaan, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Als bepaling van de omvang wel mogelijk, maar erg kostbaar is, zal de Nederlandse rechter meer moeite hebben om gerechtvaardigd tot een schatting over te kunnen gaan dan de rechter die de PETL toepast.

19. Dat het schatten van de schade toegestaan is, betekent dat het bewijs van de omvang van de schade redelijk soepel benaderd wordt. We mogen echter niet vergeten dat zo'n schatting naar de regels van de PETL in wezen op de tweede plaats komt. Vooropstaat namelijk dat 'damage must be proved according to normal procedural standards'. Die nor-

male procedurele standaard is dan nationaal bepaald, en kan en zal dus per land verschillen.⁴⁶ De reden waarom de regel toch is opgenomen is ten eerste om duidelijk te maken dat (de rest van) het bewijsrecht 'outside the scope' van de principles ligt, en ten tweede om één aspect (de mogelijkheid van schatten) alsnog uniform te regelen.⁴⁷ Het is op zich prijzenswaardig dat die laatste mogelijkheid te baat is genomen, maar het blijft wel vreemd dat hier opeens naar 'de normale procedurele standaard' verwezen wordt. Vreemd om twee redenen.

20. Ten eerste verwijzen de PETL hier opeens naar nationaal recht, iets dat overigens ook in art. 5:102 PETL (inzake 'gevaarlijke activiteiten') voorkomt. Een verwijzing naar nationaal recht door de regels van een niet-democratisch gelegitimeerde groep wetenschappers heeft echter iets vreemds.⁴⁸ Want welk of wiens nationaal recht bedoelt men eigenlijk? En kan men dat nationale recht dan combineren met toepassing van de PETL? Mag dat dan ook van de desbetreffende nationale wetgever of rechter? Of doet dat er niet toe? Men lijkt hier, kortom, zijn hand te overspelen, en dat is jammer want dat doet (in potentie) afbreuk aan de veelal behartenswaardige ideeën die men heeft en wil verspreiden.

21. Het tweede vreemde aspect sluit nauw daarbij aan. Waarom wil men hier opeens iets zeggen over een (dit) procedurele aspect als dat in beginsel nergens anders gebeurt? Sterker nog, waarom doet men dat als men tegelijk ook aangeeft dat procedurele aspecten buiten de reikwijdte van de Principles liggen?⁴⁹ Consistent lijkt dat niet. Maak een keuze, zou ik zeggen, en blijf daarbij. Of verwerk (een aantal) procedurele aspecten, bijvoorbeeld die welke nauw verbonden zijn met de materiële kant van de zaak, zoals de regels van bewijslast⁵⁰ of de regels inzake verjaring, maar doe dat dan ook over de hele linie, of doe het niet, maar dan ook consistent nergens. En daarmee zijn wij in feite weer terug waar ik deze toelichting begon, bij de niet-opgenomen (want vanzelfsprekende) hoofdregel van bewijslastverdeling. Als men uitzonderingen opneemt, zou eigenlijk ook de hoofdregel vastgelegd moeten worden. Een enkele verwijzing naar 'de normale procedurele standaard' vangt dat gemis wat mij betreft niet afdoende op.

IV. Evaluatie: de PETL inzake de bewijslastverdeling vanuit Nederlands perspectief

22. Zijn de gemaakte keuzes gelukkig te noemen? In zijn algemeenheid is het wat mij betreft aanbevelenswaardig dat

(PEL SC), München: Sellier 2007, vooral p. 891 e.v. over art. 7:111 PEL SC.

45 Zie de literatuur genoemd in de vorige noot.

46 EGTL (Magnus), Art. 2:105, Comment 3, op p. 40. Zie ook Giesen, *a.w.*, p. 48 e.v. inzake de waardering van bewijs in diverse landen.

47 EGTL (Magnus), Art. 2:105, Comment 5, op p. 40-41.

48 Koziol, *t.a.p.* (2004), p. 251-252, geeft dit in wezen toe. Zie ook Spier, *a.w.*, p. 330. Eerder hierover al: Van Boom/Giesen, *t.a.p.*, p. 518; Hartlief, *t.a.p.*, p. 50, alsmede in bredere zin Wagner, *t.a.p.*, p. 1283 en p. 1298-1299.

49 EGTL (Magnus), Art. 2:105, Comment 1 en 5, op p. 40.

50 Waar het de bewijslast betreft, kan men gevoeglijk twisten over de vraag of dat

deel van het recht materieel recht of formeel recht betreft, en dat gebeurt ook. In elk geval bestaat er een zeer nauwe band tussen bewijslast en materieel recht, zie nader Giesen, *a.w.*, p. 443 en p. 465-467 (met verdere verwijzingen).

een nieuw systeem van aansprakelijkheidsrecht zich er reenschap van geeft dat het materiële aansprakelijkheidsrecht op zichzelf niet allesbepalend is, en dat de formele kant van de zaak, bijvoorbeeld in de vorm van de over het algemeen als procesrechtelijke benaderde regels van bewijslastverdeling, ook wezenlijk is. Immers, 'bewijslast is bewijsrisico', en om nog maar een cliché te gebruiken, 'gelijk hebben staat niet altijd gelijk aan gelijk krijgen, je zult het wel moeten kunnen aantonen'. Dat geldt uiteraard net zo goed op Europees niveau als op nationaal niveau. Daar komt nog bij dat de bewijslastverdeling, en breder: het gehele bewijsrecht, als instrument benut kan worden om gewenste oplossingen te bereiken, zodat opname ervan in een regeling van aansprakelijkheid (en daarmee de mogelijkheid om ermee te werken) ook om die reden is toe te juichen. Dat de bewijslast ter hand is genomen, is dus op zich een zeer gelukkige keuze. Aan de verdere uitwerking van dat goede uitgangspunt schort helaas nogal wat, omdat men niet consistent (genoeg) is geweest. Men heeft er uiteindelijk toch (alsnog) voor gekozen om enkel te focussen op materieel recht.⁵¹ En dus is er géén hoofdregel van bewijslastverdeling opgenomen, maar wél een enkele uitzondering, en wordt er opeens (alsnog) verwezen naar 'nationaal procedureel recht' zonder dat afdoende duidelijk wordt wat zulks betekent. Dat is jammer.⁵²

23. Is er dan wel nog inspiratie te putten uit de specifieke bewijslastregels zoals die opgenomen zijn in de PETL? De mogelijkheid om de omvang van de schade te schatten, biedt niets nieuws; daar loopt niemand warm voor. De bewijslastomkering bij een bepaalde mate van gevaar of bij 'defecten' die ontstaan binnen een onderneming, zijn echter wel degelijk vernieuwend (en dus wellicht inspirerend) te noemen. Valt op dat vlak dan iets te halen? In Oostenrijk meent men van wel, want daar wil men ermee verder bij de herziening van het aansprakelijkheidsrecht.⁵³ Voor het Nederlandse recht zie ik dat echter nog niet direct gebeuren.⁵⁴ Na alle commotie inzake de 'omkeringsregel' (u weet wel: eerst was dat een algemene, breed toepasbare omkering van de bewijslast bij causaal verband, doch vervolgens toch weer niet) en de vele arresten die daaraan gewijd moesten worden zonder dat wij veel verder gekomen zijn dan waar wij dertig jaar terug al waren,⁵⁵ zal de Hoge Raad zich niet zo snel meer wagen aan een nieuw avontuur op het vlak van de

bewijslastverdeling, zo schat ik in. En de wetgever dan? Van hem valt ook niet veel te verwachten. Ten eerste niet vanwege het gegeven dat herziening van het aansprakelijkheidsrecht in Nederland niet op de agenda staat. Zo (relatief) kort na de invoering van het nieuwe BW is dat op zichzelf ook niet vreemd, hoewel een hernieuwde, fundamentele doordinking van dat terrein echt geen kwaad zou kunnen.⁵⁶ En ten tweede heeft die wetgever via art. 150 Rv een bepaling ingevoerd waarmee op zich alles al kan, dus hij hoeft ook helemaal niet in actie te komen. Waar nodig kan het recht (door de rechter weliswaar) aangepast worden binnen de bestaande wetgeving.

24. Een en ander laat uiteraard onverlet de vraag of het inhoudelijk gezien, los van de vraag wie dan wat zou moeten doen, wellicht de moeite waard zou zijn om wel deze kant op te gaan. Ik heb hiervoor aangegeven dat ik de omkering van de bewijslast bij een bepaalde 'gravity of danger' normatief nog te weinig uitgewerkt en onderbouwd vind. Bovendien meen ik dat deze regeling met te veel onzekerheid omringd is om in deze vorm als leidend voorbeeld te kunnen dienen. De regeling van 'enterprise liability' beschouw ik (zie nr. 15 hiervoor) als vergaand doch verdedigbaar, maar vooral, naar alle waarschijnlijkheid, overbodig naast de mogelijkheid om met vermoedens te werken. Ik kan dan ook niet met volle overgave melden dat op de hier door de PETL gekozen wijze de juiste weg naar een (gewenst) Europees aansprakelijkheidsrecht is ingeslagen.

25. Wat zodoende resteert als eventueel wél bruikbare inspiratiebron voor de verdere uitbouw van 'het' Europese aansprakelijkheidsrecht, is de gedachte, die helaas in de PETL niet gevolgd is, om in elk (nieuw te ontwikkelen) systeem van materiële regels van Europees aansprakelijkheidsrecht consequent en consistent de verdeling van de bewijslast te reguleren, zowel op hoofdlijnniveau als op het niveau van de uitzonderingen daarop. Die insteek doet niet alleen recht aan het (praktische) belang van die bewijslastregels, zulks maakt tevens dat het hele systeem praktisch beter hanteerbaar wordt. En dat is iets waar we uiteindelijk toch, ook Europees gezien, heen zullen moeten als wij (nu, maar vooral ook later) zinvol bezig willen zijn en blijven met het verder nadenken over en ontwikkelen van principles of European tort law.⁵⁷

51 De principles 'are generally concerned with substantive law rules, unification of procedural law is outside their scope', zie EGTL (Magnus), Art. 2:105, Comment 1, op p. 40.

52 Ter vergelijking: in de door de concurrerende Study Group on a European Civil Code ontwikkelde 'principles' van 'tort law', de zogenaamde PEL Liab. Dam, zie nader <http://www.sgecc.net>, is (ook) geen expliciete (hoofdregel van) bewijslastverdeling opgenomen, doch enkel een vermoeden bij alternatieve causaliteit (zie art. 4:103 PEL Liab. Dam).

53 Zie Koziol, *t.a.p.* (2006), p. 650 en 658. Ongetwijfeld zal Koziol (een zeer prominent Oostenrijks civilist, en medeoprichter van de EGTL) hier zijn invloed hebben doen gelden.

54 Als gezegd, Jaap Spier is mordicus tegen art. 4:202 PETL, en dat zal in Nederland zeker van gewicht zijn.

55 Zie bijvoorbeeld I. Giesen, 'Stilstand en voortgang in de rechtspleging', *NJB* 2006, 391, p. 521.

56 Vgl. W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festschrift till Bill W.*

Dufwa – Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume I, Stockholm: Jure 2006, p. 287 e.v.

57 Of (verdere) harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht op Europees niveau wel haalbaar en wenselijk is, betwijfel ik overigens, zie mijn bespreking van Cees van Dam's 'European Tort Law' in *RMThemis* 2007/5 (in druk), met verdere verwijzingen, alsmede bijv. Hartlief, *t.a.p.*, p. 54.