

# EIGENLIJK NUTTELOOS, MAAR OOK PRACHTIG

Ivo Giesen\*

## Intro: een nutteloze prachtbepaling...

Misschien geldt het adagium dat deze rubriek siert ('Liever kwijt dan rijk') niet meteen op volle sterkte, maar betrekkelijk nutteloos is de bepaling die ik in het vizier heb eigenlijk wel. Deze verwijst de justitiabele immers alleen maar door naar de onderliggende materieelrechtelijke grondslag van de civiele vordering en naar een uitzonderingsmogelijkheid die niet of nauwelijks aan de orde kan komen. Dus ja, wat heb je daar dan feitelijk aan? Tegelijk betreft het hier mijn persoonlijk favoriete wettelijke bepaling, vanwege de rijke mogelijkheden die het artikel ook in zich draagt. Je zou hier met recht van een haat-liefdeverhouding kunnen spreken.

Ik heb het over artikel 150 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Deze bepaling, opgenomen in het wetboek in de afdeling over 'Bewijs', heeft betrekking op de verdeling van de bewijslast (en het bewijsrisico) in civiele procedures en luidt:

'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'

## Best wel nutteloos (1)

Artikel 150 Rv is in de kern een nutteloos artikel, omdat dit inhoudelijk weinig zegt, te weinig stuurt, en je niet aan een concreet antwoord helpt. Ook met deze bepaling in de hand weet de justitiabele in een concrete zaak immers nog steeds niet op wie de bewijslast rust. Ja, degene die zich ergens op beroept, die moet aan de bak. Maar hoe dat dan moet, welke elementen dat omvat en dus wat er zoal nodig is, dat

lees je hier allemaal niet. De juridische grondslag die de vragende partij aan de eis ten grondslag legt, die blijkt bepalend te zijn doordat het hier allemaal draait om de 'rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten'.

Artikel 150 Rv is daarmee eigenlijk niet meer dan een verwijzing naar de (per geval verschillende) materiële grondslag van hetgeen gevraagd wordt; naar het daardoor ingeroepen, onderliggende materiële recht dus. Als ik als patiënt meen dat mijn arts onzorgvuldig heeft gehandeld door mij niet te informeren over de mogelijke risico's van de operatie die ik heb ondergaan, dan moet ik die stelling met bewijs onderbouwen. Ik beroep mij immers op een feit (hier: nalaten informatie te geven) dat een rechtsgevolg impliceert (onzorgvuldig handelen, art. 7:448 BW jo. art. 6:74 BW). Met enkel artikel 150 Rv in de hand, en zonder mijn BW-bundel ernaast, kom ik daar echter niet zomaar uit. Dat de bepaling ook niet per se nodig is, is historisch al bewezen omdat al sinds de Romeinen de bewijslast wordt verdeeld volgens het adagium 'actori incumbit probatio',<sup>1</sup> ook zonder over een bepaling als deze te beschikken.<sup>2</sup>

## Betrekkelijk nutteloos (2)

De bepaling is ook nog om een andere reden tot op grote hoogte nutteloos. In het tweede deel van de bepaling, na de 'tenzij', wordt weliswaar een mogelijkheid geboden om af te wijken van de regel van bewijslast zoals die uit het eerste deel van de zin (de hoofdregel) zou volgen, maar uit de rechtspraak wordt tevens duidelijk dat zo'n afwijking echt héél erg uitzonderlijk is. In het *Verwijmeren*-arrest zegt de HR het bijvoorbeeld zo:

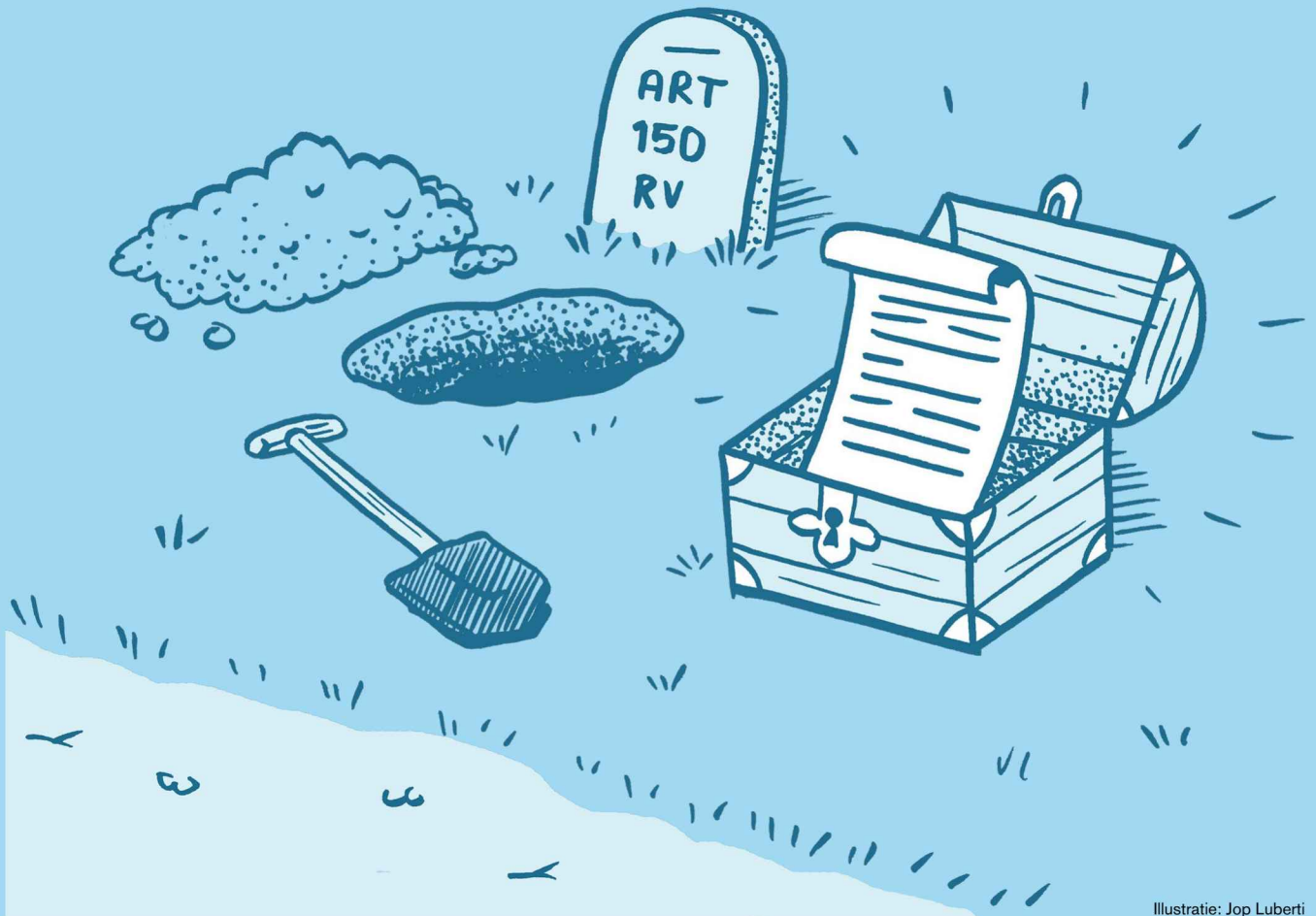
'De door het hof in aanmerking genomen omstandigheden a) en b) rechtvaardigen, gelet ook op de bij de toepassing van de op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde uitzonderingsbepaling in de slotzin van genoemd artikel *in het algemeen te betrachten terughoudendheid*, niet het oordeel dat uit die eisen voortvloeit dat niet [verweerder] het bestaan van het financieringsvoorbehoud dient te bewijzen, maar [eiser] het ontbreken daarvan.' (mijn curs., IG)<sup>3</sup>

De mogelijkheid die het artikel biedt om af te wijken van wat gewoonlijk zou gelden, lijkt dus ten hoogste in echt uitzonderlijke situaties aan de orde te zijn. En daarmee is het een vrijwel dode letter en is de bepaling, als gezegd, betrekkelijk nutteloos.

## Toch een prachtige bepaling ... een verborgen schat

Je kunt hier echter ook anders naar kijken. De genoemde uitzonderlijkheid, welke op zich best te begrijpen is (het gaat om een uitzondering op een hoofdregel), is in artikel 150 Rv eigenlijk niet heel dwingend verwoord, tenzij je de enkele verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid als zodanig leest (maar dan nog: wat doe je dan met de ook genoemde 'bijzondere regel' die ook aanleiding kan geven tot een uitzondering?). Dat beeld wordt versterkt als je kijkt naar de wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat dit zinsdeel een heel concreet doel dient, namelijk een aanwijzing aan de rechter dat deze best kan afwijken van de daarin neergelegde hoofdregel. Deze billijkheidsuitzondering is immers opgenomen om een compromis te bewerkstelligen.<sup>4</sup>

Dat zit zo: in de literatuur waren er in die tijd twee beeldbepalende stromingen over bewijslastverdeling, de objectiefrechtelijke



Illustratie: Jop Luberti

leer en de billijkheidsleer, die om voorrang streden. De uiteindelijke wettekst vormt een compromis tussen beide stromingen. Het gedachtegoed van de objectiefrechtelijke leer die voor de bewijslastverdeling aansluiting zoekt bij het materiële recht, is neergelegd in de hoofdregel. De billijkheidsleer welke stelt dat er voor de bewijslastverdeling geen algemene regels te geven zijn en dat in plaats daarvan de gelijkheid van partijen voor de rechter beslissend is, is hier als uitzonderingsmogelijkheid geaccep-

teerd. Het betreft hier dus een mogelijkheid tot correctie van de uitkomst waartoe de objectiefrechtelijke leer komt.<sup>5</sup>

Maar laten we wel wezen, als zo'n compromis echt iets wil voorstellen (een echt compromis wil zijn), dan kan het niet zo zijn dat die afwijking enkel en alleen bij hoge uitzondering toepasbaar is, hetgeen de rechtspraak nu wel impliceert. Sterker, je kan het ook zo zien – en dat maakt het artikel een stuk interessanter – dat deze zinsnede de civiele rechter in een enkele penningstreek

een algemene machtiging verstrekt om als het haar/hem blijft, van de hoofdregel af te wijken. En dan biedt het artikel opeens een rijkdom aan mogelijkheden om in alle gevallen tot rechtvaardige (of althans gewenste) bewijsrechtelijke uitkomsten te komen. Kort en goed: afwijken mag, de machtiging daartoe is er, en iedere rechter kan die steeds weer gebruiken, als het nodig is. Een slotzin als een sluipmoordenaar dus, steeds sluimerend aanwezig, klaar om toe te slaan om gerechtigheid te brengen. Is dat niet prachtig? ◀

\* Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht en oud-redacteur van dit blad. Hij begon zijn academische carrière met een proefschrift over de hier besproken wettelijke bepaling: I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2001.

1 Zie Giesen 2001, p. 78, met verwijzingen.

2 Onder de werking van het oude BW kenden we art. 1902 Oud BW, zie daarover bijv. A. Anema & P.J. Verdam, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vijfde deel. Van bewijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1953, p. 86 e.v. Daar wordt over deze voorvader van art. 150 Rv (en voor-

dien art. 177 oud Rv) bijvoorbeeld al gezegd dat deze bepaling niet zeer duidelijk is en de inkleding ervan te wensen over laat, plus dat er verschil van mening bestaat over wat het artikel, *if anything*, eigenlijk wil zeggen (p. 87).

3 HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2955, *NJ 2009/196 (Verwijmeren/Van Rijen & Anera)*. Over de billijkheidsuitzondering is bovendien geregeld geoordeeld dat die in theorie wel inroepbaar zou zijn, maar *in casu* dan weer niet toegepast mag worden, zie bijv. HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0827, *NJ 1993/179 (Visser/Maho)*, alsmede HR 12 januari

2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9428, *NJ 2001/419*, m.nt. M.M. Mendel (*J./ABN-Amro en RVS*). En ja, ook daar bestaan wel weer uitzonderingen op, zoals HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, *NJ 2006/78 (B./Interpolis)*, dat weet ik ook.

4 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (Mon Nieuw BW A24), Deventer: Kluwer 1992, p. 53-54.

5 Over de diverse bewijslasttheorieën, bijv. Asser 1992, p. 39 e.v.; Asser/Anema & Verdam 1953, p. 64-86, en Giesen 2001, p. 87 e.v.