



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Stellen en bewijzen: rechtstoepassing

Asser, W.D.H.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

### Citation

Asser, W. D. H. (2020). Stellen en bewijzen: rechtstoepassing. In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 291-300). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464043>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464043>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Stellen en bewijzen: rechtstoepassing

*Daan Asser*

32 jaar geleden, in 1988, werd Jaap Hijma hoogleraar in Leiden. In datzelfde jaar is art. 150 Rv ingevoerd. Daarmee werd een geheel nieuwe grondslag voor de bewijslastverdeling in het burgerlijk procesrecht geïntroduceerd. Waartoe dit heeft kunnen leiden, laat het debat zien over de bewijslastverdeling bij de klachtplicht in art. 6:89 en 7:23 BW. Over klachtplicht heeft Jaap Hijma in de afscheidsbundel voor Henk Sniijders een bijdrage geschreven<sup>1</sup> naar aanleiding van de NJ-noot van Sniijders onder het Hoge Raad-arrest *Ploum/Smeets I.*<sup>2</sup> De in die uitspraak gegeven beslissing over de bewijslastverdeling is in de literatuur kritisch ontvangen. In het arrest *Far Trading/Edco* van 2014<sup>3</sup> heeft de Hoge Raad daarom de regels van de bewijslastverdeling ten aanzien van de klachtplicht opnieuw geformuleerd. Ik ga daarop hier verder niet in, want dat heb ik in mijn noot onder dat arrest gedaan. Een en ander gaf voldoende grond om Jaap bij zijn afscheid te eren met een beschouwing naar aanleiding van art. 150 Rv, temeer omdat het artikel het civiele procesrecht verbindt met het materiële burgerlijk recht. Het volgende zijn wat mijmeringen over stelplicht en bewijslast, over feit en recht, gezeten op een bankje ergens tijdens de wandeling die ik met de bewijslastverdeling rond 1988 ben begonnen.

## 1. Bewijslastverdeling: twee functies

In het conflict van rechtsaanspraken waarover de rechter in het civiele proces heeft te beslissen, moet ook worden beslist over de vraag welke partij voor welke feiten de bewijslast draagt. Het antwoord op die vraag beheerst het proces, zowel voor wat betreft de inrichting van de procedure als ten aanzien van de grondslagen voor de beslissing van de zaak. De bewijslastverdeling is in de praktijk veeleisend. De capriolen die het denken soms moet maken om te bepalen welke partij het bewijsrisico draagt, laten weliswaar zien hoe doordacht het systeem is, maar ook hoe bedreven advocaat en rechter in dat doordenken moeten zijn. De hierboven genoemde jurisprudentie inzake de klachtplicht is er een voorbeeld van. De vragen die de bewijslastverdeling stelt zijn (a) welke partij als eerste bewijs moet leveren voor welke feiten en (b) wie van de partijen bij gebrek aan bewijs het proces

<sup>1</sup> Jac. Hijma, 'De klachtplicht beteugeld', in: W.H. van Boom e.a., *Een kwart eeuw, privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Sniijders*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 167-181.

<sup>2</sup> HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552.

<sup>3</sup> HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2015/163 met mijn noot; OR 2015/92, m.nt. J.J. Dammingh; *TvPP* 2015/1, p. 3, m.nt. F.J.P. Lock.

verliest. Daarom kan men twee functies van de bewijslastverdeling onderscheiden: een *processuele functie* en een *beslisfunctie*. Het onderscheid is niet heel scherp, want beide functies hangen samen en oefenen in het gehele proces eigenlijk voortdurend samen hun invloed uit.

## 2. De processuele functie van de bewijslastverdeling

De processuele functie houdt in dat de partij die de bewijslast heeft daadwerkelijk bewijs moet leveren door middel van bewijsmiddelen. We spreken dan ook wel van *bewijsleveringslast*. De formulering van art. 150 Rv heeft daarop betrekking: de partij *die zich beroept* op de rechtsgevolgen van de door haar *gestelde* feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten. Het geeft een handvat aan de partijen wie de bewijslast voor welke feiten heeft en aan de rechter die een bewijsopdracht geeft en instructie voor de bewijslevering. Dat handvat kan gaandeweg uit het oog worden verloren doordat er in het proces van verzameling en verificatie van informatie dat wij de bewijslevering noemen, ook veel debat kan plaatsvinden: tijdens of naar aanleiding van de verschillende bewijsinstructies, zoals getuigenverhoren en onderzoek door deskundigen, regiezittingen onder leiding van de rechter, wisseling van schriftelijke stukken en commentaren van partijen op een en ander. Al die uitwisseling van informatie gebeurt in een juridisch kader dat eventueel onder invloed van wat er in het proces gebeurt en blijkt tussentijds kan veranderen. In dit hele proces staan de in art. 150 Rv genoemde *rechtsgevolgen* van de door elke partij gestelde feiten centraal. Alles gebeurt met het oog op de eindbeslissing – of een schikking –, maar altijd in het juridische kader dat door de zaak wordt opgelegd, *in the shadow of the law*. De afrekening vindt immers uiteindelijk plaats op basis van de rechtsverhouding tussen de partijen zoals die in het proces is komen vast te staan. Daarmee zijn we bij de beslisfunctie van de bewijslastverdeling.

## 3. De beslisfunctie van de bewijslastverdeling: bewijsrisico is procesrisico

De *beslisfunctie* werkt aan het slot van het proces, dus na de bewijslevering. Het is dan dat art. 150 Rv de belangrijkste functie heeft omdat de rechter aan het einde van de rit de balans opmaakt van de bewijslevering, van het debat dat daarvoor en mogelijk nog daarna is gevoerd en met het oog op de eindbeslissing en de rechtstoepassing die dan plaatsvindt. De bewijslevering anticipeert dan ook daarop. Van de partijen wordt vanaf het eerste begin en dus nog voor de aanvang van een procedure geëist de implicaties van het juridische kader waarbinnen het geschil zich afspeelt voor bewijslastverdeling te doordenken en daarop hun bewijslevering afstemmen.

In de tussentijd kan er van alles op het terrein van de *fact finding* zijn gebeurd, zoals in de vorige paragraaf is aangestipt, eventueel ook met vergaande bemoeienis van

de rechter (zodat niet altijd duidelijk behoefde te zijn wie nu wat deed en moest doen). Maar ten slotte, als de rechter moet beslissen over het bewijs en over wat er nu wel en niet is komen vast te staan en welke partij voor dat laatste het procesrisico draagt, hakt de rechter de knopen door met toepassing van de verdeling van het bewijsrisico die uit het toepasselijke materiële recht voortvloeit. Alles dat gedurende de procedure heeft plaatsgevonden op het punt van de feitenverzameling en bewijslevering door partijen al of niet onder sturing van de rechter, is gebeurd tegen de achtergrond van de regel bewijsrisico = procesrisico. Het gehele proces van verificatie van de feiten, alle daarbij verworven en geverifieerde informatie wordt uiteindelijk afgerekend naar de maatstaven die worden opgelegd door de rechtsregels waarnaar art. 150 Rv verwijst. We kunnen het ook anders zeggen: de zeer strakke, beknopte maar pregnante formulering van het artikel heeft vorm en inhoud gekregen tijdens het debat en de bewijslevering. Het toepassingsgebied van de normen en hun rechtsgevolgen waarnaar het artikel verwijst, zijn concreet geworden door de informatie die in het bewijsproces is verkregen, evenals door de lacunes in de informatie die naar voren zijn gekomen. Omvang en gewicht van het bewijsrisico zijn zichtbaar geworden.

Het bewijsrisico is verstrekkend, want het omvat de situatie dat de rechter na bewijslevering niet in staat is vast te stellen of het te bewijzen feit waar is of onwaar omdat dit onduidelijk is gebleven, een situatie die in de literatuur met een uit de antieke oudheid stammende juridisch-Latijnse term '*non liquet*' (het is onduidelijk) wordt genoemd. Ook in een dergelijke situatie is de rechter verplicht een beslissing in de zaak te geven, hij mag dat immers niet weigeren (art. 26 Rv). Met het oog daarop geldt als regel dat die onduidelijkheid ten laste komt van de partij die het bewijsrisico draagt. Dat spreekt vanzelf omdat die partij het bewijs niet heeft geleverd.

#### 4. Een voorbeeld: de negatieve verklaring voor recht

Een voorbeeld van de werking van dit stelsel levert de bewijslastverdeling in het geval dat een *negatieve verklaring voor recht* wordt gevorderd.<sup>4</sup> Het voorbeeld illustreert meteen de complexiteit van het stelsel, want de eenvoudige regel 'wie stelt moet bewijzen' wordt binnenstebuiten gekeerd en daar houden wij juristen niet zo van.

Eiseres vordert een verklaring voor recht dat zij met de wederpartij, anders dan deze beweert, *geen* koopovereenkomst heeft gesloten. Het antwoord op de vraag wie van beide partijen het bewijsrisico draagt, is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als het antwoord op de vraag wie het eerst in de procedure tot bewijslevering moet worden toegelaten, ook al zullen de antwoorden in de praktijk meestal samenvallen. De *processuele* functie volgt de regel dat eiser de feiten moet bewijzen waarop hij

<sup>4</sup> Zie daarover F.J.P. Lock, 'De verdeling van stelplicht en bewijslast bij de (negatieve) verklaring voor recht', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2019/3, mede naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*X./Dexia*).

zijn vordering heeft gebaseerd en die door de verweerder worden betwist, anders kan de rechter die vordering niet toewijzen. Ten aanzien van de gedaagde die als eiser optreedt (in de reconventie) geldt hetzelfde.<sup>5</sup> De *beslisfunctie* beheerst de vraag wie in de gestelde rechtsverhouding het procesrisico moet dragen indien niet kan worden vastgesteld of de over en weer gestelde feiten waar zijn of onwaar, een situatie waarin sprake is van *non liquet*.

Terug naar het voorbeeld. Kan de rechter niet vaststellen of er al of niet een koopovereenkomst tussen beide partijen is gesloten, dan wordt de verklaring voor recht afgewezen omdat niet kan worden gezegd dat er geen koopovereenkomst is gesloten. Dan zou de verweerder vervolgens in een nieuwe procedure op basis van de door hem gestelde koopovereenkomst bijvoorbeeld de koopprijs kunnen vorderen. In die procedure komt, vanwege het verweer van de wederpartij dat er geen koopovereenkomst is gesloten, opnieuw niet vast te staan of er al dan niet een koopovereenkomst is gesloten (*non liquet*), zodat de vordering wordt afgewezen. Een en ander roept de vraag op of niet al in de eerste procedure de toenmalige verweerder, nu de eiser, het bewijsrisico moest dragen voor het wél bestaan van de koopovereenkomst. De vordering tot een negatieve verklaring voor recht is dan toewijsbaar indien de verweerder daarin niet slaagt met als gevolg dat definitief is vastgesteld dat er geen koopovereenkomst tussen partijen is gesloten.<sup>6</sup> Ook voor de toepassing van het *gezag van gewijsde* in een volgende procedure is mijns inziens deze oplossing de beste, zoals Lock in zijn in noot 4 genoemde artikel onderschrijft. In een procedure waarin een negatieve verklaring voor recht wordt gevorderd, liggen de bewijslast en het bewijs- en procesrisico bij de partij die zich beroept op het bestaan van de rechtsverhouding waarvan de gevorderde de negatieve verklaring voor recht moet uitspreken dat zij niet bestaat. Deze hersengymnastiek is uiteindelijk ook niet zo heel zwaar, zoals blijkt uit wat Lock schrijft in zijn in noot 4 genoemde opstel.

## 5. Art. 150 Rv: bewijzen is rechtstoepassing

Art. 150 Rv bevat geen instructienorm voor de procesvoering – ook al volgt uit de bepaling in concreto welke partij op het punt van de bewijslevering het eerst aan zet is. Omdat de bepaling het bewijsrisico betreft dat volgt uit het recht dat van toepassing is op het geschilpunt, is er geen plaats voor een bewijslastverdeling op

<sup>5</sup> Hiervan moet worden onderscheiden de bewijslast die de gedaagde draagt voor een 'bevrijdend verweer'. Dit verweer impliceert de erkenning van de claim van de eiser maar doet een beroep op een omstandigheid die tot gevolg heeft dat de vordering moet stranden. Een voorbeeld daarvan is het beroep op een financieringsvoorbehoud in een koopovereenkomst. Zie daarover bijvoorbeeld HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004/254 en HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006/478 met een kritische noot van Jaap Hijma onder laatstgenoemde uitspraak.

<sup>6</sup> Dit is het stelsel in het Duitse recht en dat is niet onbelangrijk omdat art. 150 Rv dezelfde principes volgt als de bewijslastverdeling in het Duitse recht.

grond van de processuele rol die een partij speelt: eiser of verweerder. 'Eiser bewijst' is geen samenvatting van de regel, ook al komt het in de meeste gevallen wel daarop neer. De processuele billijkheid tussen partijen is evenmin een algemene grond voor een verdeling van het bewijsrisico.<sup>7</sup>

Art. 150 Rv geeft veel meer houvast, maar stelt (het moet gezegd) wel hoge eisen want het baseert die verdeling op de rechtsregels die in het geschil aan de orde zijn. Het maakt van bewijzen rechtstoepassing door de grondslag voor de bewijslastverdeling te vinden in de *rechtsgevolgen* die het recht verbindt aan de door de respectievelijke partijen aangevoerde feiten. De eiser stelt bijvoorbeeld de door hem en gedaagde gesloten overeenkomst en de daaruit voortvloeiende betalingsverplichting van gedaagde. Deze betwist de overeenkomst niet, maar stelt dat de overeenkomst voor haar niet de verplichting meebrengt die eiser stelt omdat partijen duidelijk een andere bedoeling hebben gehad met de overeenkomst dan eiser stelt. Hoe moet dit verweer geduid worden? Is het een feitelijk verweer of een juridisch verweer? Is het een kwestie van bewijs van wat er in de onderhandelingen is besproken of is het (mede) een uitleg van de overeenkomst die uit de overeenkomst zelf volgt? Dit zijn niet alleen zuiver feitelijke vragen, ze hebben te maken met de interpretatie van de overeenkomst, haar strekking enz. Het betreft de aard en inhoud van de rechtsverhouding en dat zijn tenminste ook juridische vragen, zeker als aan de orde is of de overeenkomst een van de door het recht geregelde contracten is.

Hier ligt meteen ook de zwakte van art. 150 Rv omdat de rechtsgevolgen van gestelde feiten in het proces juist moeten worden vastgesteld. De bewijslastverdeling bij het zojuist beschreven verweer is van tevoren lang niet altijd zo klip en klaar, als het verweer ertoe dwingt diep door te dringen in de rechtsverhouding tussen de partijen, bijvoorbeeld hoe zij bepaalde verplichtingen over en weer hebben begrepen of hadden moeten begrijpen in het licht van wat daarover in de overeenkomst is vastgelegd. Welke partij heeft dan bewijsrisico voor welke opvatting als de interpretaties verschillen? De eiser of de verweerder? De hierboven genoemde klachtplicht-jurisprudentie laat zien hoe men daarover kan twisten. En zij laat ook zien dat daarin alleen maar veilig beslist kan worden aan de hand van rechtsregels, inclusief de interpretatie van de regels die partijen in hun contract hebben neergelegd. Ook op dit laatste ziet art. 150 Rv uiteraard wanneer het spreekt van rechtsgevolgen. De *processuele* verhouding tussen partijen is dan ook geen betrouwbare gids bij het beantwoorden van de vraag op welke partij het bewijsrisico met betrekking tot de feiten in geschil rust. Dat is alleen de *rechtsverhouding* tussen hen. En daarmee is bewijzen onderdeel van de toepassing van de op die rechtsverhouding betrekking hebbende rechtsregels.

<sup>7</sup> Lang geleden verdedigd door Anema. Zie A. Anema, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. V. Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 80 e.v.

## 6. Art. 150 Rv: debat en bewijs zijn één

Als gezegd knoopt het artikel bewijslast – de kern van het bewijs – en materieel recht aan elkaar. Het thema van dit opstel is dat juist als gevolg van deze bepaling bewijzen in een civiele procedure niet alleen het vaststellen van de waarheid van gestelde feiten betreft, maar dat het stellen van feiten en het bewijzen daarvan ook rechtstoepassing is, en dan niet alleen toepassing van procesrecht maar ook van het materiële recht waarop de partijen zich in de procedure beroepen. Eigenlijk spreekt dit vanzelf, zoals we zagen in de vorige paragraaf, maar in de rechtspraak lijken bewijs en bewijslevering wel eens van een lagere orde te zijn dan het juridische debat dat de partijen voeren en de gesprekken daarover van de rechter met de partijen. Denk ook aan de rechtspraak over het bewijsaanbod, liever gezegd over het passeren daarvan.

Bewijzen is waarmaken van de gestelde feiten, maar in de visie die de basis van deze bijdrage vormt, is bewijslevering informatievervalsing ten behoeve van de verificatie van rechtsfeiten (feiten met rechtsgevolg) of het bestrijden daarvan. Die informatievervalsing is tegelijkertijd een vorm van juridisch argumenteren aan de hand van feiten. Bezien vanuit de bronnen voor de beslissing is er eigenlijk geen principieel verschil tussen stellen en bewijzen, tussen het partijdebat over verdediging en verweer en de bewijslevering. Dit laatste is een onderdeel van het debat. Het is één geheel waarin partijen elkaar en de rechter de argumenten geven die hun standpunt in de zaak dragen. Dit gaat allemaal terug op de twee-eenheid van feit en recht, het model van het syllogisme. In het proces ziet men vaak het heen-en-weer gependel tussen feit en norm waarbij beide elkaar beïnvloeden: de feiten beïnvloeden de norm, althans de wijze waarop deze wordt toegepast in een dergelijk geval, en de norm beïnvloedt de feiten die volgens die norm het rechtsfeit vormen.<sup>8</sup>

## 7. Stellen en bewijzen – een intermezzo: het verhaal

Het voorbeeld in paragraaf 4 betreft de bewijslevering en de bewijslastverdeling ten aanzien van de feiten die al of niet kwalificeren als koopovereenkomst. Thema's voor het bewijs kunnen dan zijn de totstandkoming van de overeenkomst, de geldigheid van de overeenkomst, ontbindende voorwaarden in de overeenkomst. Het spreekt vanzelf dat de verschillende denkbare bewijsthema's rechtsvragen betreffen: welke eisen stelt het recht aan de totstandkoming van de overeenkomst en aan eventuele bevoegdheid van vertegenwoordigers die haar voor hun opdrachtgevers hebben gesloten; is voldaan aan een ontbindende voorwaarde. De ervaring leert dat het zelden voorkomt dat er in rechte wordt gestreden over enkel feiten, zoals de koper die zegt: ik ken de wederpartij helemaal niet, ik weet niet waarover zij het heeft, er moet een vergissing in het spel zijn. Het gaat praktisch

---

<sup>8</sup> Ik heb het voorgaande uiteengezet in *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/31-51 en ben schatplichtig aan de daar genoemde auteurs.

altijd over de eisen die worden gesteld aan het juridisch kunnen kwalificeren van feiten.

Stellen en bewijzen is niets anders dan een vorm van informeren en communiceren. Beide zijn, als gezegd, onderdeel van het processuele debat. In het proces is doelgerichte en effectieve communicatie over de zaak essentieel. Daarbij staat de toepassing van rechtsregels centraal. Uiteraard wordt het proces ook benut om het geschil te schikken, te ‘de-juridiseren’ en de partijen weer op weg te helpen naar een normalisering van hun betrekkingen, maar dat doet niet af aan het juridische karakter van de vorm waarin het geschil is gegoten. Deze vorm van informeren en communiceren beheerst alles wat er in het proces gebeurt, want de partijen én de rechter acteren in het teken van de rechtstoepassing.

Dat neemt niet weg dat ook in die context de effectiviteit kan worden verhoogd door in de communicatie het ‘verhaal’ van de cliënt te vertellen en de beeldvorming bij de rechter daardoor te laten bepalen. Tegenwoordig worden daar begrippen als ‘*storytelling*’ en ‘*framing*’ voor gebruikt.<sup>9</sup> Maar als er één podium is waar verhalen en beeldvorming vanouds het toneel hebben beheerst, is dat het proces voor de rechter. Het recht dat wij kennen is ontstaan uit de redeneerkunst van de redenaars, op het podium waar zij als advocaten van hun cliënten (hun ‘beschermlingen’) acteerden. Zij bespeelden rechters en publiek (de interactie tussen die beide vormde een noodzakelijk onderdeel van het spel) zoals dat nog steeds gebeurt in de schouwburg of in de concertzaal. Maar ook in de rechtszaal, in de stukken van een zaak. Wederpartij en rechters, deskundigen en getuigen (en ook de eigen cliënten) worden bespeeld. Centraal staat het overtuigen van de rechter en deze wil ook worden overtuigd. En zijn oordeel is onderdeel van dat gehele theater. Het doek valt. *Storytelling* en *framing* maken al eeuwen onderdeel uit van dit ‘spel’ en in het proces hebben we het dan over de rechtsvinding en de rechtstoepassing.

Rechter en publiek moeten na afloop weten dat het *verhaal* ‘klopt’. Een advocaat moet soms de docent uithangen, de professor, de onderzoeker, want er moet soms heel wat techniek – juridisch, technisch, economisch, medisch enz. – worden uitgelegd. Maar de normtoepassing waar alles om draait, heeft te maken met wat behoort, wat niet behoort, wat goed is en verkeerdt volgens de normen die het recht in deze context stelt. De rechter wordt niet alleen gevraagd om een beoordeling van de zaak maar ook om het oordeel in de zaak. Het rechterlijk oordeel maakt van de zaak deel uit. Integer oordelen vergt daarom dat het resultaat ook door het gevoel, de emotie, wordt geaccepteerd. Het is heel belangrijk en instructief als de partijen en hun raadslieden de emotionele kant van de zaak over het voetlicht brengen. Het ‘verhaal’ moet compleet zijn. Ook emotionaliteit van de betrokken personen moet ruimte worden geboden in het proces, want geëmotioneerde partijen kunnen inzicht bieden in de mate van hun betrokkenheid bij het geschil en iets zeggen over hun overtuiging. En dan gaat het niet alleen over familiezaken, maar ook over grote ondernemingen, de relatie tussen hun bestuurders en hun teleurgestelde verwachtingen. Het gaat over verstoorde arbeidsverhoudingen, niet gekregen promoties, de uitleg van cao-bepalingen die werknemers beogen te beschermen tegen de

9 R. van der Weijden & M. Ynzonides, ‘Storytelling in de civiele procespraktijk’, AA 2020/5, p. 503.



economisch vereiste saneringsbehoefte van de werkgever, die wakker ligt van hoe hij de eindjes aan elkaar moet knopen of de overname van zijn levenswerk door een concurrent kan voorkomen. Het gaat over broodroof, het stelen van informatie, van vindingen. Het gaat over fouten van anderen, van ellende die daardoor is veroorzaakt. En het gaat ook over zaken die zo ‘zakelijk’ zijn dat het meer lijkt op puzzelen dan rechtspreken. Maar wie heeft gepuzzeld weet hoe de emoties de overhand kunnen krijgen, dat éne stukje dat niet wil passen (maar ook heel ergens anders thuis hoort...). Ingewikkelde octrooizaken, gecompliceerde vennootschapsconstructies.

*Storytelling* en *framing* zijn goed en zelfs noodzakelijk in het proces, wil men de rechter van het eigen gelijk overtuigen. Bovendien zijn het slechts benoemingen van elementen die altijd al bestonden. Zij bepalen daarmee ook het kader waarbinnen de feiten worden gesteld, juridische gekwalificeerd en geverifieerd (bewezen). Niets nieuws, want door de eeuwen heen waren pleiters in dit vak bedreven. Het was de boekengeleerdheid van vroeger eeuwen, de zakelijkheid van de twintigste eeuw die de rechters deden indutten, en nu in de vroege eenentwintigste eeuw zijn het weer de verhalen, de beelden, die ze moeten wakker schudden.

Waarom dit gemijmer in zo’n technisch-juridisch verhaal over nota bene de verdeling van het bewijsrisico? Om te onderstrepen dat stellen en bewijzen, het *gehele debat van partijen*, rechtstoepassing is, maar dat het recht dat toegepast moet worden zijn grond en rechtvaardiging vindt in de feiten zoals die in de procedure over het voetlicht worden gebracht, met alle ‘toeters, bellen en tierlantijnen van feitelijke aard’. Want de bewijslevering krijgt altijd met deze aspecten te maken, waardoor die aspecten een onderdeel worden van het debat in de zaak en de grondslag van de beslissing.

## 8. Stellen en bewijzen is rechtstoepassing

Het civiele proces heeft niet als einddoel het onderzoek naar de feiten, maar het beslissen van het geschil op basis van antwoorden op juridische vragen. Zelfs veronderstelde feiten kunnen daartoe dienen. Onderzoeken door deskundigen naar feiten zijn van belang voor de zo getrouw mogelijke feitelijke onderbouwing van stellingen en beslissingen, hun uitkomsten zijn echter niet het primaire doel van de procedure. De geschilbeslissing dient wel gefundeerd te zijn op een zo gedegen mogelijk onderzoek naar het werkelijkheidsgehalte van de feiten waarop die beslissing is gebaseerd – de waarheidsvinding is een essentieel onderdeel van het proces – maar ook dat gebeurt binnen de context van het geschil en de belangen van de beide partijen bij de beslissing daarvan door de rechter.

Het geschil dat door de rechter moet worden beslist, is in alle opzichten juridisch opgezet. Het is een juridische constructie van het werkelijke geschil, van een belangenstrijd, van teleurgestelde verwachtingen, geschonden vertrouwen, bedrog, maatschappelijk, financieel, commercieel, politiek, in de privésfeer. Ik verwijst naar het intermezzo van de vorige paragraaf. Het bewijsrecht vindt binnen die opzet van

juridische geschilbeslechting toepassing. Dat heeft tot gevolg dat alles dat gebeurt in verband met de processuele *fact-finding* en beoordeling, in een juridisch kader plaatsvindt. Bewijzen in het recht is daarom in wezen niets anders dan juridisch communiceren, informeren en argumenteren. De rechtsnormen bepalen de inhoud van het debat en de inhoud van de beslissing, ook als het gaat om bewijs. Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen recht en feit is dan ook een louter juridisch onderscheid: alles dat geen recht is, is feit en feiten kunnen bovendien recht worden omdat het recht zelf bepaalt wat recht is. Een afspraak wordt een overeenkomst, een klap in mijn gezicht een onrechtmatige daad. Het recht bepaalt de kwalificatie waardoor die afspraak en die klap een juridische betekenis krijgen. Het proces is er om de juridische houdbaarheid van dergelijke kwalificaties te toetsen en de gevolgen die het recht aan de houdbaar bevonden kwalificatie verbindt vast te stellen. Of de klap ernstig genoeg was om de juridische kwalificatie onrechtmatige daad te aanvaarden, wordt bepaald door de inhoud van de norm waaruit de kwalificatie voortvloeit. Daarbij spelen de zwaarte en de schadelijke gevolgen van de klap een rol. Wordt betwist dat überhaupt een klap is gegeven, zal het bewijs daarvan moeten worden geleverd, maar dat bewijs zal tevens betrekking moeten hebben op de kwalificatie onrechtmatig, anders is de bewijslevering irrelevant. De bewijslevering zal de argumentatieve kracht van de stelling moeten versterken, de rechter zal ervan overtuigd moeten worden dat de klap is gegeven en zodanig hard en met zodanig ernstige gevolgen dat sprake is van een onrechtmatige daad die tot schadevergoeding verplicht. Het is een reeks van juridisch bepaalde argumenten van stellen tot en met bewijzen. Ook bewijzen is dus niets anders dan rechtstoepassing. Bewijslevering en debat zijn onlosmakelijk verbonden met elkaar in het proces. Het verhaal is onderdeel geworden van het recht in deze zaak.

## 9. Slot

Wat is nu het belang van deze voor juristen vanzelfsprekende constatering, ja open deuren? Dat belang is gelegen in de functie van stelplicht en bewijslastverdeling in situaties waarin onduidelijk is of er wel een rechtsregel aan te wijzen valt die in dat geval toepasbaar is en of, bij gebreke daarvan, de situatie het vinden van een nieuwe norm dicteert. In deze tijd dat ik dit schrijf (voorjaar 2020), waarin de wereld is gevangen in een strijd tegen een gevaarlijk virus, gaan zonder meer juridische vragen rijzen met betrekking tot zorgplichten van en de veronachtzaming daarvan door overheden ten opzichte van burgers en gezondheidsinstellingen, van burgers ten opzichte van elkaar enz. In onzekere tijden waarin ernstige schade ontstaat, zoals nu, gaan ook juridische vragen rijzen over de verhaalbaarheid daarvan, ook als gedacht wordt aan collectieve oplossingen.

Aan de problemen rond een andere sluipende ramp, de afwikkeling van de vergoeding van schade als gevolg van de aardgaswinning in het Groninger gasveld, hebben wij in ons land kunnen zien hoe het civiele bewijsrecht, juist vanwege de scheiding, liever gezegd: kortsluiting tussen recht en feit, hapert op het punt van

stelplicht en bewijslastverdeling, een kwestie die daarom apart in de wet werd geregeld.<sup>10</sup> Stellen en bewijzen zijn dan vooral gericht op de juridische kwalificatie van de feiten, het onbehoorlijke, het gebrek aan zorg, oplettenheid, inzicht dat had mogen worden verwacht. Een scherp juridisch bewustzijn ten aanzien van de functie van het bewijsrisico in aansprakelijkheidszaken moet duidelijk maken hoe de regeling daarvan de strekking en effecten van de norm beïnvloedt. En dan kan boven water komen dat bewijsrisico zich dreigt te keren tegen de partij die door diezelfde norm wordt beschermd, dat het recht zich keert tegen dat wat het behoort te beschermen. Reden waarom ten aanzien van het bewijsvermoeden in art. 6:177a BW de Hoge Raad, op basis van de wetsgeschiedenis, duidelijk heeft moeten maken en heeft gemaakt dat de partij ten gunste van wie een bewijsvermoeden als in die bepaling is opgenomen, ook daadwerkelijk moet worden beschermd door dat vermoeden.<sup>11</sup> Daarom ook dat intermezzo van paragraaf 7.

Feiten stellen en bewijzen is een noodzakelijk onderdeel van de juridische argumentatie, van de rechtstoepassing, het vormt er de basis van. Het debat van de partijen omvat beide en dat doet ook de discussie bij en met de rechter op de zitting. Er is geen scheiding tussen feit en recht, want het feit is niet alleen onderdeel van de norm, het dicteert de norm. Dat is essentie van wat art. 150 Rv waarborgt en waarom bewijs zo belangrijk is in elke procedure.

---

<sup>10</sup> Art. 6:177a lid 1 BW.

<sup>11</sup> HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, beantwoording prejudiciële vraag 5.