

Europa en de instrumentalisering van het bewijsrecht

Kasper Jansen*

1. Inleiding

Al geruime tijd bestaat in Nederland aandacht voor de invloed die het Europese recht uitoefent op ons nationale privaatrecht.¹ Kenmerkend voor die invloed is dat ‘Europa’ – waaronder ik in deze bijdrage het EU-recht versta – ons nationale privaatrecht doelgericht benadert en dus instrumenteel inzet. Regulering van privaatrecht is voor Europa geen doel op zich, maar een middel om Europese doeleinden te verwezenlijken, zoals consumentenbescherming, bevordering van de interne markt en een ‘level playing field’ voor bedrijven. Die instrumentele benadering is van oorsprong wezensvreemd aan ons privaatrecht, dat in zijn oervorm meer gericht is op het *faciliteren* van maatschappelijk verkeer, door middel van beleidsneutrale rechtsfiguren als eigendom, contract en aansprakelijkheid, dan op het *sturen* ervan.²

De invloed van het Europese recht op het Nederlandse *procesrecht* is tot op heden relatief onderbelicht gebleven in rechtspraak en literatuur.³ Daarbij speelt een rol dat de EU-wetgever en EU-rechter vaak met de mond belijden het nationale procesrecht ongemoeid te laten, conform het beginsel van procedurele autonomie dat de verhouding tussen Europees en nationaal recht beheerst.⁴ Toch is de invloed van het EU-recht op ons nationale procesrecht aanzienlijk, zoals onder meer de bekende problematiek van de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht illustreert.⁵ Recente ontwikkelingen op het gebied van het Europese aansprakelijkheidsrecht doen bovendien vermoeden dat die invloed in de

komende jaren verder zal groeien, omdat momenteel verschillende EU-voorstellen voorliggen die gedetailleerde bewijsregels en exhibitieplichten op het gebied van aansprakelijkheid en causaal verband introduceren.⁶

Tegen deze achtergrond behandel ik in deze bijdrage de invloed van het EU-recht op het Nederlandse *bewijsrecht*. Die invloed roept vanuit nationaal perspectief vragen op van interne consistentie. Dient een Europese oplossing van een specifiek bewijsprobleem gevolgen te hebben voor ons bewijsrecht in brede zin? Of laten we Europese ‘enclaves’ ontstaan binnen ons nationale bewijsrecht?⁷ Dat zijn de vragen die in deze bijdrage centraal staan. Ik wil onderzoeken of de instrumentalisering van het bewijsrecht die Europa teweegbrengt, op nationaal niveau aldus navolging verdient dat ook in zuiver nationale bewijskwesties *reflexwerking* moet worden toegekend aan Europese bewijsregels, of dat aan die instrumentalisering juist paal en perk moet worden gesteld, aldus dat zij beperkt blijft tot de door het Europese recht bestreken bewijsvragen.

Ik maak hierna eerst enkele opmerkingen over instrumenta- liteit van burgerlijk procesrecht in het algemeen (par. 2). Ver- volgens betoog ik, toegespitst op het bewijsrecht, dat onder- scheid moet worden gemaakt tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vormen van instrumentalisering (par. 3). Daarop voortbouwend laat ik zien dat Europa leidt tot een op- komst van publiekrechtelijke instrumentalisering in het be- wijsrecht (par. 4). Ter illustratie daarvan bespreek ik, zonder de pretentie van volledigheid, drie voorbeelden van EU-gedre- ven instrumentalisering van bewijsrecht, die in meer of minde- re mate getuigen van publieke tendensen (par. 5). Op basis hiervan bepleit ik dat *publiekrechtelijke* vormen van instru- mentalisering – EU-bewijsregels die het nationale bewijsrecht terzijde stellen omwille van publieke doeleinden – in nationale bewijskwesties geen navolging verdienen (par. 6).

Ik beperk mij in deze bijdrage grotendeels tot het bewijs- recht in kwesties van contractuele en buitencontractuele aan- sprakelijkheid. Voorts beperk ik mij tot het bewijsrecht in

* Prof. mr. K.J.O. Jansen is hoogleraar Europees aansprakelijkheidsrecht aan Erasmus School of Law.

Dit artikel vormt een bewerking van zijn mondelinge bijdrage aan een bijeenkomst van de Vereniging van Civiele Cassatieadvocaten op 25 mei 2023 over ‘Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht’. De auteur dankt de andere sprekers (Nadine Groeneveld-Tijssens, Bert van Schaick en Lodewijk Valk) voor hun waardevolle opmerkingen tijdens en voorafgaand aan de bijeenkomst.

1 Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-1 2023/1 e.v. (met verdere verwijzingen).

2 Zie K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022. Zie nader over de ‘faciliterende’ en de ‘geleidende’ functie van privaatrecht W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 16 e.v., en in reactie daarop W.L. Valk, ‘Klassiek en instrumenteel privaatrecht’, *NTBR* 2023/2, p. 5 e.v.

3 Zie m.n. Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/33 e.v. en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/6. Zie ook de hierna te vermelden publicaties van De Jong, Krans en Vandenbussche over europeanisering van het *bewijsrecht*.

4 Zie par. 4.1 hierna.

5 Zie par. 4.2 hierna.

6 Zie bijv. E.R. de Jong, ‘Europeanisering van bewijs en aansprakelijkheid’, *NTBR* 2023/8, p. 61-65 en P.G. van der Putt & R.J.J. Westerdijk, ‘AI en aansprakelijkheid: stappen naar een nieuw regime’, *IR* 2023, afl. 1, p. 5-12.

7 Vgl. voor deze terminologie vanuit materieelrechtelijk perspectief J.M. Smits, ‘Europa en het Nederlandse privaatrecht’, *NTBR* 2004/87, afl. 10, p. 497. Zie over de fragmentatie van procesrecht die onder invloed van europeanisering dreigt: H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 12), Deventer: Kluwer 2010, nrs. 2 en 17.2.

materiële zin, dus tot de regels inzake het rechterlijk bewijsordeel, met name die inzake de bewijslastverdeling.⁸ In mijn analyse pretendeer ik geen volledigheid.⁹ Wel beoog ik aan de hand van de besproken voorbeelden een representatief beeld te schetsen van de wijze(n) waarop het EU-recht ons nationale bewijsrecht instrumentaliseert, en te laten zien hoe daarover gedacht moet worden.

2. Instrumenteel procesrecht: (n)iets nieuws onder de zon?

Het burgerlijk procesrecht stelt regels voor een eerlijk en ordelijk verloop van het civiele proces. Dat proces is gericht op de verwezenlijking van materieel burgerlijk recht. Zo beschouwd is het burgerlijk procesrecht bij uitstek instrumenteel van aard, namelijk gericht op privaatrechtelijke rechtsverschaffing.¹⁰ Deze vorm van instrumentaliteit – die ik hierna zal aanduiden als privaatrechtelijk (par. 3.1) – is van oudsher aanvaard en ook vandaag de dag onomstreden in de procesrechtelijke literatuur. Zij komt tot uitdrukking in de veelgehoorde typering van het burgerlijk procesrecht als ‘dienend’ ten opzichte van het materiële burgerlijk recht.¹¹ Met die typering is echter niet alles gezegd, zoals Van Schaick terecht opmerkt.¹² Procesrechtelijke regels en rechtsbeginselen, zoals het beginsel van partijautonomie, het grievenstelsel, de tweeconclusieregel en termijnen voor processtukken en rechtsmiddelen, dienen niet alleen de verwezenlijking van het materiële recht. Zij hebben mede een autonome procesrechtelijke functie (een eerlijk en ordelijk verloop van het civiele proces), die kan rechtvaardigen dat het materiële recht in concrete gevallen op procesrechtelijke gronden onvervuld blijft (denk aan niet-ontvankelijkheden, gebrekkig onderbouwde vorderingen, tardieve grieven en gemiste termijnen). Dit laat onverlet dat het burgerlijk procesrecht als geheel, op *systeemniveau*, is gericht op privaatrechtelijke rechtsverschaffing. Bij gebreke van dwingende procesrechtelijke aanknopingspunten voor het tegendeel moet het proces-

recht daarom steeds zo worden uitgelegd en toegepast dat een optimale rechtsverschaffing is gewaarborgd.¹³

Het civiele *bewijsrecht* bevindt zich op het snijvlak van materieel en formeel burgerlijk recht. Illustratief is dat de bewijsregels die thans in art. 149 e.v. Rv zijn neergelegd, tot 1 april 1988 in Boek IV van het oude Burgerlijk Wetboek waren gecodificeerd (art. 1902 e.v. OBW), samen met de regels inzake verjaring (art. 1983 e.v. OBW).¹⁴ Het bewijsrecht vervult, als verbindende schakel tussen materieel en formeel burgerlijk recht, bij uitstek de zojuist bedoelde instrumentele, ‘dienende’ functie ten opzichte van het materiële burgerlijk recht.¹⁵ De regels omtrent stelplicht, bewijslastverdeling en bewijslevering hebben geen ander doel dan rechthebbenden in staat te stellen hun materiële rechtsposities in de rechtszaal te realiseren. Zij zijn een logisch processueel verlengstuk van de achterliggende materiële normen zelf: ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’. Daarom moeten de regels van het bewijsrecht zodanig worden vormgegeven, uitgelegd en toegepast dat zij de verwezenlijking van die achterliggende privaatrechtelijke normen bevorderen, althans niet structureel (op het zojuist bedoelde systeemniveau) verhinderen. Dit sluit aan bij de objectiefrechtelijke theorie van bewijslastverdeling, die in Nederland als de heersende leer wordt beschouwd.¹⁶

Bezien in het licht van het onderscheid tussen materieel en formeel burgerlijk recht is instrumentalisering van burgerlijk procesrecht (inclusief bewijsrecht) dus niet noodzakelijkerwijze iets bijzonders of vernieuwends, laat staan iets zorgwekkends. Het is, integendeel, een verschijnsel dat aansluit bij de intrinsiek instrumentele (‘dienende’) rol die het procesrecht in het algemeen en het bewijsrecht in het bijzonder vervullen. Instrumentalisering van proces- en bewijsrecht is daarom als zodanig niets nieuws onder de zon. Bepaalde *vormen* van instrumentalisering kunnen dat wel zijn. Dat zal ik nu nader toelichten, specifiek voor het bewijsrecht.

3. Twee vormen van instrumentalisering van bewijsrecht

3.1 Privaatrechtelijke instrumentalisering

Wanneer men gevallen van instrumentalisering van bewijsrecht analyseert (zoals ik hierna zal doen vanuit Unierechtelijk perspectief), moet men zich realiseren dat een deel van die gevallen behoort tot het normale type van privaatrechtelijke instrumentaliteit dat ik zojuist beschreef. Het bewijsrecht schrijft dikwijls, ook in zuiver nationale situaties, een ‘instrumentele’ bewijslastverdeling voor, al dan niet in afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv. Illustratief is de wettelijke rege-

8 Zie over het onderscheid tussen materieel en formeel bewijsrecht Asser Procesrecht/Asser 3 2023/12. Zie over europeanisering van formeel bewijsrecht bijv. W. Heemskerk & K. Teuben, *Hugenholtz/Heemskerk. Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021, nr. 3 en Asser Procesrecht/Asser 3 2023/20 e.v.

9 Zie voor verdere voorbeelden Krans 2010, H.B. Krans, ‘Europees recht en Nederlands bewijsrecht’, in: M.H. Wissink e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht. Bijzonder deel* (Onderneming & Recht nr. 81-II), Deventer: Kluwer 2014, II.B.10 en W. Vandebussche, ‘De EU-dimensie van het burgerlijk bewijsrecht: een mozaiek van opportuniteiten en valkuilen’ (TPR-oratie Leiden), *TvP* 2023 (nog te verschijnen).

10 Zie Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/10, die ‘rechtsverschaffing’ als het primaire doel van burgerlijk procesrecht bespreekt (naast geschilbeslechting, belangenbehartiging, het tegengaan van eigenrichting en rechtsvorming als bijkomende doeleinden).

11 Zie Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/10. Zie ook de bijdragen in dit nummer van Van Schaick (par. 1) en Valk (par. 3).

12 Zie de bijdrage van Van Schaick in dit nummer, par. 2. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/7.

13 Zo begrijp ik ook het standpunt van Van Schaick in zijn bijdrage in dit nummer in par. 3, dat regels van burgerlijk procesrecht niet ‘zonder goede zin’ in de weg mogen staan aan de verwezenlijking van materieelrechtelijke conformiteit.

14 Zie Hugenholtz/Heemskerk/Heemskerk & Teuben 2021, nrs. 2 (over de situering van het bewijsrecht op het snijvlak van materieel en formeel privaatrecht) en 101 (over de kritiek op de codificatie van het oude bewijsrecht in art. 1983 e.v. OBW).

15 Zie Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/10.

16 Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2023/279 e.v. en 285.

ling van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Ingevolge art. 7:658 lid 2 BW jo. art. 149 en 150 Rv draagt de *werkgever* in geval van arbeidsongevallen en beroepsziekten de stelplicht en de bewijslast (en dus het bewijsrisico) ter zake van de nakoming van de op hem rustende zorgplicht. Deze stelplicht- en bewijslastverdeling, die afwijkt van wat bij gebreke van een bijzondere wetsbepaling zou volgen uit art. 149 en 150 Rv, is ingegeven door de achterliggende materiële norm, de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving (art. 7:658 lid 1 BW). De gedachte is dat deze zorgplicht strekt tot bescherming van de werknemer en dat de voor het bewijs van de nakoming daarvan benodigde feiten veeleer liggen in de sfeer van de werkgever dan in die van de werknemer.¹⁷ Zonder deze bijzondere bewijslastverdeling zou, met andere woorden, de met de zorgplicht beoogde bescherming onvoldoende tot haar recht komen. Een geval van instrumentalisering pur sang, maar wel binnen de vertrouwde kaders van het privaatrecht. Veelzeggend is dat onder het regime van art. 1638x OBW, dat geen bewijslastomkering kende, ook al de bewijslast van de werknemer werd verlicht, door het aannemen van een verzwaarde stelplicht aan de kant van de werkgever.¹⁸

Een ander bekend voorbeeld van wat ik privaatrechtelijke instrumentalisering noem, is de zogenaamde ‘omkeringsregel’ voor het bewijs van causaal verband bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Deze in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regel houdt in dat, als sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een ‘specifiek gevaar’ ter zake van het ontstaan van schade, het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) in beginsel is gegeven als de eisende partij aannemelijk maakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogde te bieden, zich heeft verwezenlijkt.¹⁹ Ook hier is de achterliggende materiële norm (in dit geval: een verkeers- of veiligheidsnorm) de aanjager van een instrumentele bewijsregel. De omkeringsregel is vormgegeven als een *bewijsvermoeden*. De essentie ervan is dat voorshands, behoudens tegenbewijs, kan worden uitgegaan van het bestaan van causaal verband, als het concrete schadevooral ‘precies past’ bij de normschending.²⁰ Vranken heeft, in navolging van Bakels, betoogd dat de omkeringsregel betrekking heeft op ‘het laatste restje onzekerheid’ over het causale verband dat resteert na de constatering dat er een *reële mogelijkheid* is dat de normschendende gedraging de schade

heeft veroorzaakt. In zo’n geval is het redelijk, aldus Vranken, dat ‘laatste restje onzekerheid’ voor risico te brengen van dege- ne die de norm overtrad.²¹ De gedachte is dus, evenals bij art. 7:658 lid 2 BW, dat de strekking van de geschonden norm (hier: bescherming tegen een ‘specifiek gevaar’) een aanpassing van het normale bewijsrechtelijke regime rechtvaardigt.²² Die aanpassing is beperkt: de omkeringsregel leidt, in weerwil van zijn benaming, niet tot een daadwerkelijke omkering van de bewijslast. Bij het leveren van tegenbewijs kan de aangespro- ken partij namelijk volstaan met het ‘ontzenuwen’ van de voorshands aangenomen causaliteit, zodat het bewijsrisico bij de benadeelde blijft berusten.²³

Of de omkeringsregel daadwerkelijk alleen het ‘laatste rest- je’ causaliteitsonzekerheid voor risico van de normschender brengt, valt overigens op grond van latere rechtspraak van de Hoge Raad te betwijfelen, nu daarin is verduidelijkt dat voor toepassing van de omkeringsregel géén vereiste is dat de kans op verwezenlijking van het door de normschending in het leven geroepen gevaar ‘aanmerkelijk moet zijn vergroot’.²⁴ De omkeringsregel kan dus ook in echte twijfelgevallen worden toegepast. Dit laat onverlet dat de omkeringsregel in wezen (nog steeds) het karakter heeft van een maatwerkoplossing voor gevallen waarin het causaal verband gezien de aard van de normschending voorshands voldoende aannemelijk is. De om- keringsregel staat in dit opzicht weliswaar niet op één lijn met puur *feitelijke* causaliteitsvermoedens,²⁵ maar is daaraan wel verwant, in die zin dat de feitelijke toedracht (de normschending) een vermoeden van causaal verband moet kunnen recht- vaardigen.²⁶ De omkeringsregel mag dus niet lichtvaardig wor- den toegepast, zoals ook blijkt uit de hoge eisen die de Hoge Raad stelt in het kader van de op de benadeelde rustende *stel- plicht* ten aanzien van het causaal verband.²⁷

17 Zie S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Privaatrecht nr. 13), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 3.29 (met verdere verwijzingen). Overigens is de nakoming van de zorgplicht mede een juridi- sche kwestie, zodat de werkgever primair een *argumentatielast* heeft, en in het verlengde daarvan een *bewijslast* ter zake van de feiten die hij aan zijn argumentatie ten grondslag legt (Lindenbergh t.a.p.).

18 Zie bijv. HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1027, *NJ* 1993/687, m.nt. P.A. Stein en J.M.M. Maeijer (*Power/Ardross*), r.o. 3.8.2. Zie ook Lindenbergh 2021, nr. 3.29.

19 Zie bijv. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304, m.nt. W.D.H. Asser (*TFS c.s./NS c.s.*), r.o. 3.5.3.

20 Vgl. T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Stu- diereeks Burgerlijk Recht nr. 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 215 (Hartlief).

21 Zie de *NJ*-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 19 januari 2001, ECLI: NL:HR:2001:AA9556, *NJ* 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Monnik*), sub 6, onder verwijzing naar nr. 2.6 van de voorafgaande conclusie van A-G Bakels. Zie instemmend de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 29 novem- ber 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304, m.nt. W.D.H. Asser (*TFS c.s./NS c.s.*), sub 10.

22 In r.o. 3.5.3 van voornoemd arrest *TFS c.s./NS c.s.* betitelt de Hoge Raad de omkeringsregel zelf als ‘een uitzondering (...) op de hoofdregel van art. 150 Rv’.

23 Zie bijv. Asser *Procesrecht/Asser 3* 2023/302 (met verdere verwijzingen).

24 Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669 (*Epidurale anesthesie*), r.o. 3.7. Vgl. ook HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR: 2013:BZ1721, *NJ* 2014/99, m.nt. T. Hartlief (*Lansink/Ritsma*), r.o. 4.1.3, waar voor toepassing van de ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’ eveneens een lagere ondergrens werd gehanteerd (geen causaliteitsver- moeden als het causaal verband ‘te onzeker of te onbepaald is’).

25 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 18 april 2003, ECLI:NL: HR:2003:AF2969, *NJ* 2004/306, m.nt. W.D.H. Asser (*ACE/Fino*), sub 13.

26 Vgl. F.J. van Velsen, *TBR* 2013/16, sub 18 e.v. en 33, die de theorie van het ‘laatste restje causaliteitsonzekerheid’ een ‘dwaalspoor’ noemt. Vol- gens hem wordt het causaliteitsvermoeden bij toepassing van de omke- ringsregel gerechtvaardigd door de ‘specificiteit’ van de normschending. Dat is een andere manier om te zeggen wat Vranken met zijn gewraakte bewoordingen tot uitdrukking bracht.

27 Vgl. recent HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1434, *JA* 2023/1, m.nt. L.E. Warendorf (*Antitrekbeveiliging*), r.o. 3.2.

De hier besproken gevallen van privaatrechtelijke instrumentalisering – art. 7:658 lid 2 BW en de omkeringsregel – hebben volgens mij drie kenmerken gemeenschappelijk. Het gaat in de eerste plaats – de naam zegt het al – om bewijsregels die een *privaatrechtelijk doel* nastreven: bevordering van de verwezenlijking van de achterliggende privaatrechtelijke norm (bij art. 7:658 lid 2 BW: de zorgplicht van de werkgever; bij de omkeringsregel: de verkeers- of veiligheidsnorm in kwestie). Dit kenmerk correspondeert met hetgeen Valk als de belangrijkste eigenschap van ‘klassiek privaatrecht’ beschouwt, namelijk dat het gericht is op de eigen, aan het privaatrecht ‘inherente waarden’.²⁸ Ten tweede gaat het bij privaatrechtelijke instrumentalisering om bewijsregels die *partijneutraal* zijn, in die zin dat zij niet op voorhand en uitsluitend één van beide partijen beschermen. Zij werpen substantiële bewijsdrempels op (bij art. 7:658 lid 2 BW: bewijs van schade die is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden; bij de omkeringsregel: bewijs van een normschending en aannemelijkheid van de verwezenlijking van een specifiek gevaar). Aldus beschermen zij niet alleen de benadeelde, maar ook de potentieel aansprakelijke partij tegen bewijsrisico’s die de normschending met zich meebrengt. Ten derde en in verband hiermee gaat het bij privaatrechtelijke instrumentalisering om bewijsregels met een min of meer *marginale effect*: zij leiden niet tot een algehele herijking van het normale bewijsregime, maar enkel tot een casuïstische correctie ervan. Zij geven de benadeelde partij onder bepaalde welomschreven omstandigheden een bewijsrechtelijk steuntje in de rug, maar meer ook niet. Dit kenmerk correspondeert met een andere eigenschap die Valk toedicht aan ‘klassiek privaatrecht’, namelijk het genuanceerde karakter ervan.²⁹ Bij de omkeringsregel komt dit duidelijk tot uitdrukking in de hiervoor geciteerde woorden van Vranken (het ‘laatste restje onzekerheid’) en in de eisen die worden gesteld aan de stelplicht en aan het tegenbewijs (ontzenuwen in plaats van tegendeelbewijs). Bij art. 7:658 lid 2 BW blijkt het marginale en dus genuanceerde karakter vooral uit de forse bewijsrechtelijke drempel die dit artikel opwerpt voor de benadeelde: pas als vaststaat dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, wordt een zorgplichtschending voorshands verondersteld. Men kan in die situatie, naar analogie van de omkeringsregel, zeggen dat art. 7:658 lid 2 BW het ‘laatste restje onzekerheid’ over de vermeende zorgplichtschending voor risico van de werkgever brengt. Hiervoor bleek al dat dit niet wereldschokkend is: onder het oude recht bestond een qua resultaat vergelijkbare praktijk.

3.2 Publiekrechtelijke instrumentalisering

Het bewijsrecht kent ook andere, ingrijpender en grofmaziger vormen van instrumentalisering. Een sprekend voorbeeld is art. 6:177a BW, het zogenaamde ‘bewijsvermoeden’ voor schade door gaswinning in het Groningenveld. Op grond van art. 6:177 BW is de NAM als exploitant van een mijnbouw-

werk (het Groningenveld) risicoaansprakelijk voor schade door aardbevingen als gevolg van de gaswinning. In de praktijk is het dikwijls lastig voor bewoners en omwonenden van het Groningenveld om te bewijzen dat fysieke schade aan hun woningen door gaswinningsgerelateerde aardbevingen is ontstaan, en niet bijvoorbeeld door ouderdom, gebrekkige bouwkwaliteit of gebrekkig onderhoud. Eind 2016 is daarom in art. 6:177a BW bepaald dat bij fysieke schade aan gebouwen en werken, die ‘naar haar aard redelijkerwijs’ schade door gaswinning in het Groningenveld ‘zou kunnen zijn’, wordt ‘vermoed’ dat die schade is veroorzaakt door de gaswinning. In zijn prejudiciële beslissing over de Groningse aardbevingsschade uit 2019 heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat de NAM het vermoeden alleen kan weerleggen door het leveren van *tegendeelbewijs* (bewijs dat de schade níét door de gaswinning is veroorzaakt) en dat op de NAM het bewijsrisico rust, als onduidelijk blijft of de schade is veroorzaakt door de gaswinning.³⁰ Het gaat dus de facto, anders dan de wettelijke benaming doet vermoeden, om een *bewijslastomkering*. De ratio ervan is niet dat de achterliggende norm – de risicoaansprakelijkheid van art. 6:177 BW – zonder deze bewijslastomkering niet tot haar recht zou komen. Dit blijkt al uit het feit dat art. 6:177a BW in geografische zin is beperkt tot het Groningenveld: daarbuiten functioneert art. 6:177 BW zonder bewijslastomkering. De eigenlijke ratio is een politieke: de bepaling is een (wat mij betreft: passend) antwoord op de maatschappelijke onvrede over de tot dan toe trage en weinig slachtoffervriendelijke afwikkeling van aardbevingsschade in Groningen.³¹ De memorie van toelichting vermeldt dienovereenkomstig dat met deze bepaling tegemoet wordt gekomen aan ‘de wens van de Tweede Kamer om voor het aardbevingsgebied in Groningen benadeelden te hulp te komen bij hun bewijsvoering’. Verder wordt (zonder feitelijke onderbouwing) opgemerkt dat fysieke schade aan gebouwen in Groningen ‘in het merendeel van de gevallen ook daadwerkelijk het gevolg is van bodembeweging door gaswinning’.³² Een geleenheidsoplossing dus, en wel een verstrekkende: in het Groningenveld volstaat alleen schade voor het aannemen van risicoaansprakelijkheid van de NAM, waarbij enkel de ingangsvoorwaarde geldt dat deze schade aardbevingsgerelateerd ‘zou kunnen zijn’, wat feitelijk voor vrijwel alle fysieke schade aan gebouwen en werken geldt.

Een vergelijkbaar voorbeeld van wat ik publiekrechtelijke instrumentalisering noem, is het causaliteitsvermoeden dat door de Hoge Raad is aangenomen in de effectenlease-jurisprudentie. Het ging hier, evenals in Groningen, om een beruchte affaire met vele particuliere slachtoffers, waarover grote politieke en maatschappelijke onrust was ontstaan. De aanbieders van effectenlease-producten hadden particuliere, veelal onbemiddelde en ondeskundige klanten verleid om te beleggen met geleend geld, wat bij tegenvallende beurskoersen gepaard ging met een ‘restschuldrisico’. In een principieel opgezette proefprocedure, die model stond voor talrijke soortge-

28 Zie Valk in zijn bijdrage in dit nummer, par. 2. Zie nader Valk, *NTBR* 2023/2, p. 5 e.v.

29 Zie Valk in zijn bijdrage in dit nummer, par. 2. Zie nader Valk, *NTBR* 2023/2, p. 5 e.v.

30 Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.9.5-2.9.6.

31 Vgl. Hartlief 2021, nr. 121a.

32 *Kamerstukken II* 2015/16, 34390, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

lijke zaken, gaf de Hoge Raad een ‘Algemene beschouwing inzake zorgplicht en schadevergoeding’. In dat kader oordeelde hij dat de bijzondere zorgplicht van de aanbieders van effectenlease-producten een waarschuwingplicht omtrent het restschuldrisico meebrengt, en een onderzoeks- en adviseeringsplicht omtrent de inkomens- en vermogenspositie van de afnemers. Met betrekking tot het bewijs van het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de vermogensschade van de afnemers oordeelde de Hoge Raad dat, indien de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst ontoereikend was, behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel ‘ervan kan worden uitgegaan’ dat de afnemer zonder zorgplichtschending de overeenkomst niet zou hebben gesloten. Het causaal verband kan in dat geval – en ook in andere gevallen, indien de aanbieder zijn causaliteitsverweer onvoldoende concreet heeft onderbouwd – ‘tot uitgangspunt’ worden genomen, aldus de Hoge Raad.³³ Het gaat hier om een rechterlijk causaliteitsvermoeden,³⁴ dat specifiek op de effectenlease-problematiek is toegespitst. Wederom een gelegenheidsoplossing, en wederom een met ingrijpende gevolgen: terwijl algemeen bekend is dat informatieverstrekking bij particuliere beleggers vaak nauwelijks effect heeft op de wilsvorming, geldt bij effectenlease het categorische bewijsvermoeden dat afnemers zich door betere informatie op andere gedachten hadden laten brengen.³⁵ Feitelijk komt het erop neer dat de Hoge Raad het *condicio sine qua non*-vereiste hier vergaand relateert, overigens op goede gronden, namelijk omwille van een efficiënte afwikkeling van de vele effectenlease-geschillen.³⁶

Deze beide voorbeelden van instrumentalisering van het bewijsrecht – het Groninger bewijsvermoeden en het causaliteitsvermoeden bij effectenlease – vormen in drie opzichten de tegenpolen van de privaatrechtelijke voorbeelden die ik hiervoor in paragraaf 3.1 besprak. Ten eerste valt op dat zij niet primair de verwezenlijking van de achterliggende privaatrechtelijke norm dienen (in Groningen: art. 6:177 BW; bij effectenlease: de bijzondere zorgplicht ex art. 6:162 BW), maar vooral een breder publiek doel, namelijk een efficiënte en maatschappelijk gewenste afwikkeling van bepaalde gevallen van massaschade. De beide bewijsregels zijn, in de tweede plaats, niet partijneutraal zoals de eerder besproken voorbeelden, maar geven één van beide partijen (in Groningen: de huiseigenaren; bij effectenlease: de afnemers) op voorhand het bewijsrechtelijke voordeel van de twijfel, zonder daarbij noemenswaardige bewijsrechtelijke ingangsvoorwaarden te stellen. Als gevolg

hiervan hebben deze bewijsregels ook geen marginaal, maar juist een ingrijpend effect: zij leiden tot een fundamentele afwijking van het normale bewijsrechtelijke regime. Het zijn de spreekwoordelijke vreemde eenden in de bijt van het bewijsrecht. De instrumentalisering waarmee de toepassing van deze bewijsregels gepaard gaat, noem ik ter onderscheiding van de hiervoor besproken privaatrechtelijke voorbeelden *publiekrechtelijk*.

De term ‘publiekrechtelijke’ instrumentalisering gebruik ik in overdrachtelijke zin, want hoewel deze bewijsregels onderdeel uitmaken van het civiele bewijsrecht, lijken zij qua strekking, vormgeving en resultaat meer op de dwingender vormen van regulering die wij kennen uit het publiekrecht. Men kan dus ook, (iets) preciezer geformuleerd, zeggen dat het ‘quasi publiekrechtelijke’ vormen van instrumentalisering betreft. Met deze kwalificatie bedoel ik geen waardeoordeel uit te spreken over de betreffende bewijsregels. Voor het hanteren van meer publiekrechtelijk georiënteerde bewijsregels kunnen juist in massaschadezaken zoals het Groningen-dossier en de effectenlease-affaire goede gronden bestaan (men denke aan efficiency, ongelijkheidscompensatie en tegemoetkoming aan maatschappelijke onvrede). Waar het mij om gaat, is dat zulke gronden, vanwege hun publiekrechtelijke oriëntatie, zich niet zonder meer laten doortrekken naar andere privaatrechtelijke aansprakelijkheidsvraagstukken. Ik zie bijvoorbeeld geen goede gronden om het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW naar analogie ook buiten het Groningenveld toe te passen, laat staan om dat bewijsvermoeden ook buiten het kader van de risicoaansprakelijkheid voor mijnbouwwerken (bijvoorbeeld in de context van art. 6:174 of 6:162 BW) toe te passen. Ook het causaliteitsvermoeden bij effectenlease lijkt mij bij uitstek bedoeld voor één specifiek gevalstype, en niet vatbaar voor reflexwerking buiten dat kader.³⁷ De *constructie* van het bij wege van ‘uitgangspunt’ aannemen van causaal verband in massaschadezaken laat zich natuurlijk breder inzetten, maar daarvoor moeten dan in het desbetreffende (massaschade)dossier goede gronden worden gevonden. In dit opzicht zie ik een verschil met *privaatrechtelijke* vormen van instrumentalisering van bewijsrecht, die zich naar mijn mening juist wel lenen voor reflexwerking in soortgelijke aansprakelijkheidsvraagstukken, omdat daarmee de verwezenlijking van privaatrechtelijke normen wordt bevorderd. Ik zal dat hierna verder uitwerken, toegespitst op bewijsregels afkomstig uit het EU-recht. Ter vermijding van misverstand merk ik hierbij op dat, zoals blijkt uit de hierna besproken voorbeelden (par. 5), het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instrumentalisering geen zwart-witkwestie is, maar veeleer een kwestie van gradatie: naarmate een bewijsregel meer publiekrechtelijke trekken vertoont, bestaat er minder snel aanleiding om

33 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treck/Dexia*), r.o. 5.5.2-5.5.3 (en in gelijke zin r.o. 4.7.9-4.7.10).

34 Zie bijv. A.C.W. Pijls & W.H. van Boom, ‘Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid’, *WPNR* 2010, afl. 6834, p. 199 en I. Giesen & K.L. Maes, ‘Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten’, *NTBR* 2014/27, p. 227.

35 Zie kritisch hierover J.B.M. Vranken, *NJ* 2012/184, sub 22 e.v.

36 Zie in gelijke zin A.C.W. Pijls, ‘Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed’, *MvV* 2009, afl. 10, p. 261.

37 Zie in gelijke zin C.J.M. Klaassen, ‘Hoofdstuk 4. Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingschade en schending van een informatie- of waarschuwingplicht’, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Onderneming & Recht nr. 78), Deventer: Kluwer 2013, par. 4.3.2. Anders Giesen & Maes 2014, p. 229, die uit dit vermoeden ‘hoop’ putten voor de in bewijsnood verkerende niet-geïnformeerde consument.

daaraan privaatrechtelijke reflexwerking toe te kennen, en vice versa.

4. Europa als bron van instrumentalisering

4.1 EU-instrumentalisering van bewijsrecht

Het EU-recht is een bron van instrumentalisering bij uitstek.³⁸ In mijn oratie heb ik laten zien dat Europa leidt tot een opkomst van ‘publieke tendensen’ in het privaatrecht. Deze tendensen heb ik aangeduid als *regulering* (een opkomst van gedetailleerde, dwingende regels in het privaatrecht), *vermaatschappelijking* (een groeiende aandacht voor publieke doelen in het privaatrecht) en *sanctionering* (een sterkere nadruk op handhaving en effectiviteit van privaatrechtelijke normen). Ik heb betoogd dat Europa door zijn publiekrechtelijke benadering een ‘wegbereider’ kan zijn, die ons privaatrecht verrijkt met nieuwe inzichten, maar ook een ‘stoomwals’, die afbreuk doet aan de flexibiliteit en de fijnmazigheid van ons privaatrecht.³⁹ Hierop voortbouwend heb ik betoogd dat wij Europese regels een plaats moeten geven binnen het spectrum van publiek- en privaatrecht, om te beoordelen of en in hoeverre wij daaraan reflexwerking moeten toekennen binnen ons nationale privaatrecht. Europese regels van *privaatrechtelijke* signatuur moeten wij mijns inziens op nationaal niveau ruim baan geven, ook buiten de grenzen die Europa zelf dicteert (‘reflexwerking’), dit ter bevordering van de interne coherentie van ons privaatrecht. Europese regels van *publiekrechtelijke* aard moeten wij daarentegen terughoudender bejegenen, en niet verder laten doorwerken dan het Europese recht vereist, omdat anders het nationale privaatrecht zonder goede grond onder druk komt te staan van voornoemde publieke tendensen (het ‘stoomwals-effect’).⁴⁰

Wat is de invloed van het EU-recht en van voornoemde publieke tendensen op het burgerlijk *procesrecht*, meer in het bijzonder het *bewijsrecht*? Op het eerste gezicht lijkt die invloed gering, omdat het EU-recht uitgaat van het beginsel van *procedurele autonomie*.⁴¹ Dit beginsel is te herleiden tot art. 19 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), dat bepaalt dat de lidstaten ‘voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren’. In de literatuur wordt dit vaak aldus verwoord, dat het nationale recht van de lidstaten – inclusief het procesrecht – dient als ‘voertuig’ van het EU-recht.⁴² Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) zijn, bij gebreke van EU-re-

gels ter zake, de ‘procedurevoorschriften’⁴³ ter verzekering van de bescherming van EU-rechten op grond van het beginsel van procedurele autonomie een nationale aangelegenheid. Aan deze procedurele autonomie stelt het HvJ EU wel twee belangrijke randvoorwaarden, te weten (1) dat de nationale procedurevoorschriften in EU-situaties ‘niet ongunstiger’ mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (het zogenoemde *gelijkwaardigheidsbeginsel*), en (2) dat de nationale procedurevoorschriften de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten in de praktijk ‘niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken’ (het zogenoemde *doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel*).⁴⁴ Vooral deze laatste randvoorwaarde (het effectiviteitsbeginsel) is voor het HvJ EU een middel om een vinger in de pap van het nationale bewijsrecht te houden, ook waar de desbetreffende EU-regelgeving het bewijsrecht niet harmoniseert.⁴⁵ Illustratief is de hierna te bespreken rechtspraak over het bewijs van de nakoming van EU-informatieplichten, dat in verband met bewijsproblemen voor de consument door de handelaar moet worden geleverd, omwille van een effectieve consumentenbescherming (par. 5.2). Instrumentalisering van bewijsrecht vindt hier plaats doordat het EU-recht (middels het effectiviteitsbeginsel) bewijsrechtelijke eisen stelt aan het nationale recht.

Instrumentalisering van bewijsrecht door Europees recht vindt niet alleen indirect plaats, over de band van het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel, maar ook direct, doordat het EU-recht soms zelf bewijsregels bevat.⁴⁶ Illustratief is de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, die onder meer bepaalt dat van een adverteerder moet kunnen worden gevergd dat deze ‘bewijzen aandraagt voor de materiële juistheid van de feitelijke gegevens in de reclame’.⁴⁷ Art. 6:195 lid 1 BW bepaalt ter implementatie hiervan dat de bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust, rust op degene die ‘inhoud en inkleiding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen’ (de adverteerder dus). Een soortgelijke bewijslastverdeling is neergelegd in art. 6:193j BW voor oneerlijke handelspraktijken, de consumentenrechtelijke variant van misleidende reclame.⁴⁸ Bij de invoering van die bepaling heeft de wetgever bevestigd dat het hier een ‘bijzondere

38 Zie in gelijke zin de bijdragen in dit nummer van Van Schaick (par. 5 e.v.) en Valk (par. 1 en 8).

39 Zie Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 16 e.v. en 27-28.

40 Zie K.J.O. Jansen, ‘Reflexwerking van Europees privaatrecht’, *NTBR* 2022/1, p. 1-4.

41 Zie bijv. J. Basedow, *EU private law. Anatomy of a growing legal order*, Cambridge: Intersentia 2021, p. 552 e.v., L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW nr. A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 49 en Krans 2010, nr. 2.

42 Zie Keus 2019, nr. 4.

43 Het begrip ‘procedurevoorschriften’ omvat overigens meer dan alleen procesrecht in eigenlijke zin. Vgl. Basedow 2021, p. 327 e.v., die procedurele autonomie omschrijft als een kwestie van ‘enforcement competence’ (p. 329), waaronder bijv. ook rechtsmiddelen en termijnen vallen.

44 Zie bijv. HvJ EU 10 juni 2021, C-776/19, ECLI:EU:C:2021:470, *RvdW* 2021/1120 (*BNP Parisbas Personal Finance*), r.o. 81.

45 Vgl. par. 5 van de bijdrage in dit nummer van Van Schaick, die het EU-recht als ‘invasieve exoot’ en het effectiviteitsbeginsel als ‘brekijker’ aanduidt.

46 Zie over deze twee vormen van europeanisering van bewijsrecht ook Krans 2010, nr. 1.

47 Zie art. 7 sub a van Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (en onderdeel 19 van de considerans). Zie ook reeds art. 6 van Richtlijn 84/450/EEG (de voorloper van de huidige richtlijn).

48 Zie art. 12 sub a van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (en onderdeel 21 van de considerans).

bewijsregel' betreft, die tot een 'andere bewijslastverdeling' leidt dan uit de hoofdregel van art. 150 Rv volgt.⁴⁹ De consument die stelt dat informatie onjuist of onvolledig is, hoeft dit 'slechts te stellen en niet te bewijzen'.⁵⁰ In het hierna te bespreken *World Online*-arrest heeft de Hoge Raad deze bijzondere bewijsregel, in de specifieke context van prospectusaansprakelijkheid, doorgetrokken naar het bewijs van *causaal verband*, dit omwille van een effectieve rechtsbescherming (par. 5.3).⁵¹

4.2 Opkomst van publiekrechtelijke instrumentalisering

Dat Europa zich niet alleen 'bemoeit' met ons materiële privaatrecht, maar ook met ons procesrecht, inclusief het bewijsrecht, is goed beschouwd niet meer dan logisch, omdat het procesrecht de kaders stelt waarbinnen het privaatrecht – inclusief dat van Europese origine – gehandhaafd kan worden. In paragraaf 2 bleek al dat het procesrecht zélf in wezen instrumenteel en publiekrechtelijk van aard is, doordat het een van overheidswege ingesteld stelsel van privaatrechtelijke rechtshandhaving vormgeeft.⁵² Dat Europa daar, vanuit zijn eigen instrumentele en publiekrechtelijke perspectief, aandacht voor heeft, ligt voor de hand. Wel kunnen de Europese publieke tendensen die ik in paragraaf 4.1 schetste, leiden tot een verdere toename van de instrumentalisering van het nationale procesrecht, en wel met name de *publiekrechtelijke* variant ervan.

Heel pregnant is dat gebleken in de rechtspraak van het HvJ EU over ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, meer in het bijzonder de Richtlijn oneerlijke bedingen.⁵³ Deze ambtshalve toepassing dient een publiek doel, namelijk het bevorderen van een 'afschrikkende werking' die ertoe bijdraagt dat het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten wordt gestaakt.⁵⁴ De ambtshalve toepassing strekt uitsluitend ter bescherming van consumenten en behelst een ingrijpende herijking van het nationale beginsel van partijautonomie.⁵⁵ Men herkent hierin de drie kenmerken die ik in paragraaf 3.2 als typerend aanmerkte voor *publiekrechtelijke* instrumentalisering (publiek doel, partijdige bescherming en ingrijpend effect). Tegen deze achtergrond ligt het mijns inziens niet voor de hand om reflexwerking toe te kennen aan de ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets ten opzichte van niet-consumenten, zoals kleine ondernemers (die in voorkomende gevallen wel kunnen profiteren van de materieelrechtelijke bescherming van het Europee

se consumentenrecht).⁵⁶ Er kunnen uiteraard naar *nationaal* procesrecht goede gronden bestaan voor ambtshalve toepassing,⁵⁷ maar reflexwerking van *Europees* procesrecht lijkt mij in dit verband geen vanzelfsprekendheid. Het publieke doel van de ambtshalve toepassing ('afschrikkende werking'), het partijdige karakter (consumentenbescherming) en het ingrijpende effect ervan (inbreuk op de partijautonomie) staan er mijns inziens in beginsel aan in de weg dat daaraan reflexwerking wordt toegekend in het nationale procesrecht.⁵⁸

De problematiek van ambtshalve toepassing is niet bewijsrechtelijk van aard, maar ook in het *bewijsrecht* kan het EU-recht leiden tot een toename van publiekrechtelijke instrumentalisering. Ik zal dat hierna illustreren aan de hand van drie voorbeelden van EU-gedreven instrumentalisering van bewijsrecht, die afkomstig zijn van respectievelijk de EU-wetgever, de EU-rechter (het HvJ EU) en de nationale rechter (de Hoge Raad). Deze drie voorbeelden vertonen alle drie publieke tendensen, en wel in opklimmende mate. Aan de hand van de hiervoor in paragraaf 3 besproken kenmerken van instrumentele bewijsregels (privaat/publiek doel, onpartijdige/partijdige bescherming en marginaal/ingrijpend effect) zal ik hierna onderzoeken of en in hoeverre de betreffende EU-bewijsregels zich lenen voor reflexwerking in soortgelijke aansprakelijkheidsvraagstukken die door het nationale bewijsrecht worden beheerst.

5. Instrumentalisering van bewijsrecht door EU-recht: drie voorbeelden

5.1 Voorbeeld 1 (EU-wetgever): de bewijslast van non-conformiteit

Art. 7:18a lid 2 BW bepaalt dat bij een consumentenkoop – dat is de koop van een roerende zaak, gesloten tussen een professionele verkoper en een particuliere koper (art. 7:5 BW) – wordt 'vermoed' dat de zaak ten tijde van de aflevering non-conform was, indien de afwijking van hetgeen is overeengekomen zich binnen één jaar na aflevering openbaart, tenzij de verkoper 'anders aantoot' of de aard van de zaak respectievelijk de aard van de afwijking zich daartegen verzet. Het gaat hier om een wettelijk bewijsvermoeden voor het bestaan van non-conformiteit in geval van consumentenkoop, dat specifiek de bewijsproblemen voor de consument-koper ecarteert die gepaard gaan met de *tijdsdimensie* van de conformiteits-

49 *Kamerstukken I* 2007/08, 30928, C, p. 1-2 (MvA).

50 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 19 (NV).

51 Zie over reflexwerking van art. 6:193j BW (voor het bewijs van de materiële juistheid en volledigheid) buiten de context van b2c-transacties de conclusie van A-G Wissink voor HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ* 2017/312, m.nt. Jac. Hijma, sub 3.20 e.v.

52 Vgl. over het publiekrechtelijke karakter van civiele rechtspleging Hugenholtz/Heemskerk/Heemskerk & Teuben 2021, nr. 2.

53 Zie Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie voor een inventarisatie van deze omvangrijke rechtspraak bijv. Asser/Hartkamp *3-I* 2023/129 e.v., 187 e.v. en 251 e.v. (met verdere verwijzingen).

54 Zie HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, *NJ* 2007/201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*), r.o. 27.

55 Zie bijv. M.R. Mok, *NJ* 2007/201, sub 3.

56 Zie in gelijke zin A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 653.

57 Vgl. de conclusie van A-G Valk voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198, *RvdW* 2023/209 (*Prejudiciële vragen overeenkomst van kinderopvang*), sub 4.1 e.v.

58 Vgl. voor een gerechtvaardigde uitzondering HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Gratis mobiel-tjes II*), r.o. 3.11.2, waar ambtshalve toepassing van de nationale regels inzake koop op afbetaling werd voorgeschreven naar analogie van de EU-regels inzake consumentenkrediet, op de grond dat bij een telefoonabonnement inclusief toestel beide regelingen 'in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn', waardoor eenzelfde benaderingswijze 'de hanteerbaarheid van de onderhavige regels ten goede komt'.

vraag.⁵⁹ In de praktijk kunnen gebreken van een gekochte zaak immers niet alleen door non-conformiteit worden veroorzaakt (dus door een gebrek dat reeds ten tijde van de aflevering bestond), maar ook door onoordeelkundig gebruik van de zaak door de koper ná de aflevering. Volgens de Europese wetgever zou het leveren van bewijs dat de tekortkoming reeds ten tijde van de aflevering bestond, voor de consument-koper een ‘onoverkomelijke hinderpaal’ vormen en zou het ‘veel gemakkelijker voor de handelaar’ zijn om aan te tonen dat het gebrek nadien, door oorzaken in de risicosfeer van de consument-koper, is veroorzaakt.⁶⁰ Daarom is in art. 5 lid 3 van de voormalige Richtlijn consumentenkoop een bewijsvermoeden opgenomen, destijds voor de duur van zes maanden na de aflevering.⁶¹ Dit bewijsvermoeden was tot 27 april 2022 gecodificeerd in art. 7:18 lid 2 BW (oud). In art. 11 lid 1 van de herziene Richtlijn consumentenkoop is de termijn van het bewijsvermoeden verlengd tot een jaar na aflevering,⁶² hetgeen heeft geleid tot de huidige regeling in art. 7:18a lid 2 BW.

Onder het regime van de oude richtlijn, dat bewijsrechtelijk identiek was aan de huidige regeling (afgezien van de tijdsduur van het vermoeden), is de vraag gerezen welke eisen moeten worden gesteld aan het door de verkoper te leveren *tegenbewijs* tegen de voorshands aangenomen non-conformiteit. Hoewel art. 5 lid 3 van de oude richtlijn sprak over ‘bewijs van het tegendeel’, had de Nederlandse wetgever zich, conform de heersende leer in Nederland omtrent de werking van bewijsvermoedens, op het standpunt gesteld dat het vermoeden niet tot omkering van de bewijslast leidde en dat de verkoper daarom kon volstaan met het zaaïen van ‘twijfel’ over de houdbaarheid van het vermoeden, zonder tot ‘bewijs van het tegendeel’ gehouden te zijn.⁶³ In een prejudiciële uitspraak uit 2015 in de Nederlandse zaak *Faber/Hazet*, over een tweedehands auto die enkele maanden na aankoop spontaan in brand vloog, heeft het HvJ EU deze visie van de Nederlandse wetgever gecorrigeerd. Volgens het Hof is het wel degelijk aan de verkoper om ‘te bewijzen dat het gebrek aan overeenstemming niet bestond bij de aflevering’, meer concreet door ‘aan te tonen dat dit gebrek het gevolg is van of zijn oorsprong vindt in een handelen of nalaten dat dateert van na die aflevering’.⁶⁴ In 2021 heeft de Hoge Raad hieruit de (onvermijdelijke) conclusie getrokken dat de verkoper ‘niet kan volstaan met het ontzenuwen van

het bewijsvermoeden’, dit (dus) in weerwil van de andersluidende nationale wetsgeschiedenis op dit punt.⁶⁵

Art. 7:18a lid 2 BW (voorheen art. 7:18 lid 2 BW), zoals uitgelegd in de rechtspraak van het HvJ EU en de Hoge Raad, behelst de facto een *bewijslastomkering* ter zake van de oorzaak van een gebrek dat zich binnen een jaar (voorheen zes maanden) na aankoop openbaart. Deze bewijslastomkering heeft publieke trekken, in die zin dat zij een categorische afwijking vormt van het normale bewijsregime van art. 150 Rv (ingrijpende gevolgen). Daar staat tegenover dat de bewijslastomkering wel in het teken staat van de verwezenlijking van de achterliggende materiële norm, het conformiteitsvereiste bij consumentenkoop (private doelstelling). De achterliggende gedachte is immers, blijkens de hiervoor geciteerde totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn, dat de consument-koper zonder deze bewijslastomkering niet zou kunnen voldoen aan de op hem rustende bewijslast, terwijl de verkoper het tegendeelbewijs juist gemakkelijk zou moeten kunnen leveren. Hieruit blijkt tevens dat de bewijslastomkering geen zuiver eenzijdige bescherming van de consument-koper bewerkstelligt, maar ook rekening houdt met de belangen van de verkoper, door van de consument-koper te eisen dat deze stelt en bewijst dat de zaak binnen een bepaalde afgebakende periode na de aflevering gebreken is gaan vertonen (onpartijdige bescherming). Per saldo gaat het hier naar mijn mening dan ook om een overwegend *privaatrechtelijke* vorm van instrumentalisering. Art. 7:18a lid 2 BW leent zich daarom volgens mij bij uitstek voor reflexwerking in soortgelijke, niet Europeesrechtelijk geharmoniseerde situaties, zoals de verkoop van *onroerende zaken* in b2c-relaties en de verkoop van *roerende zaken* in b2b-relaties.⁶⁶ De achterliggende gedachte dat gebreken die zich binnen korte tijd na aflevering van de zaak openbaren, in beginsel voor risico van de professionele verkoper komen, tenzij de aard van de zaak of de aard van het gebrek zich daartegen verzet, doet ook buiten de context van consumentenkoop opgeld. Ik beschouw dit bewijsvermoeden als een geslaagd voorbeeld van de manier waarop publieke tendensen – in dit geval een doelgerichte, strakke regulering van de *duur* van het bewijsvermoeden – de effectiviteit van het civiele bewijsrecht kunnen versterken.

5.2 Voorbeeld 2 (HvJ EU): de bewijslast van de nakoming van informatieplichten

Art. 7:60 BW bepaalt, ter implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet,⁶⁷ dat de kredietgever voorafgaand aan de totstandkoming van een consumentenkrediet de in art. 5 en 6 van de richtlijn omschreven precontractuele informatie dient

59 Vgl. art. 7:10 lid 1 en 7:11 lid 1 BW: de zaak is voor risico van de koper van de aflevering af.

60 Zie de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn consumentenkoop, COM(95)520 def., p. 12.

61 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

62 Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen.

63 *Kamerstukken I* 2002/03, 27809, nr. 32a, p. 3 (nadere MvA). Zie enigszins anders nog *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 19-20 (MvT), waar de wetgever opmerkte dat het ‘aan de verkoper [is] om te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat de zaak bij aflevering wel aan de overeenkomst heeft beantwoord’.

64 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Autobedrijf Hazet*), r.o. 73.

65 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1666, *NJ* 2021/353, r.o. 3.2. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G De Bock, sub 3.29 e.v. Zie eerder al in gelijke zin, onder verwijzing naar de tekst van de richtlijn, Krans 2010, nr. 6.2.

66 Zie (voorzichtig) in gelijke zin Ancery & Pavillon 2014, p. 653-654. Anders Asser/Hijma 7-I 2019/477, die betoogt dat art. 7:18 lid 2 BW (oud) zich ‘nauwelijks’ leent voor reflexwerking ten gerieve van niet-consumenten.

67 Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten.

te verstrekken aan de consument. Blijkens art. 5 van de richtlijn kan de kredietgever, voor zover het de in dat artikel bedoelde informatie betreft (bijvoorbeeld over het soort krediet, de identiteit van de kredietgever en de kredietvoorwaarden), aan zijn desbetreffende informatieplicht voldoen door het verstrekken van de 'Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet'. In een prejudiciële uitspraak van het HvJ EU uit 2014 ging het om een door de consument ondertekende kredietovereenkomst waarin een *standaardbeding* was opgenomen met de strekking dat de consument het bedoelde informatieformulier had ontvangen. Toen de consument dit vervolgens ontkende, rees de vraag (1) op wie de bewijslast van de nakoming van deze Europese informatieplicht rust, en (2) of de naleving ervan kan worden bewezen door het opnemen van een standaardbeding zoals aan de orde in deze Franse zaak.⁶⁸

De eerste vraag beantwoordde het HvJ EU in het voordeel van de consument. Daartoe stelde het Hof voorop dat de richtlijn weliswaar geen bepaling inzake de bewijslastverdeling bevat, maar dat het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel eraan in de weg staat om van de consument te eisen dat deze de niet-naleving van de informatieplicht bewijst. Daarmee zou namelijk de toepassing van deze informatieplicht 'onmogelijk of uiterst moeilijk' worden gemaakt, omdat de consument 'niet [beschikt] over de middelen om aan te tonen dat de kredietgever hem niet de bij artikel 5 van deze richtlijn voorgeschreven informatie heeft bezorgd'. Het effectiviteitsbeginsel vereist daarom, aldus het Hof, dat 'de kredietgever voor de rechter in beginsel moet aantonen dat hij zijn precontractuele verplichtingen naar behoren is nagekomen'. Het Hof verwees in dit verband naar het tweeledige doel van de richtlijn om enerzijds consumenten te beschermen en anderzijds de totstandkoming van een goed functionerende interne markt voor consumentenkrediet te vergemakkelijken.⁶⁹

Wat betreft de tweede vraag, over de naleving van de informatieplicht door middel van het laten ondertekenen van een standaardbeding, overwoog het HvJ EU dat bewijslevering door middel van een dergelijk beding in beginsel toelaatbaar is, mits daaraan geen verdere bewijsrechtelijke betekenis wordt toegekend dan dat de consument daarmee 'erkent dat hem [de] Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet is overhandigd'. Het Hof merkte hierbij op dat een dergelijk beding slechts 'een aanwijzing' mag vormen, die door de kredietgever 'verder moet worden gestaafd aan de hand van een of meerdere relevante bewijzen'. Bovendien moet de consument 'steeds kunnen aanvoeren dat hij dit formulier niet heeft ontvangen of dat de kredietgever daarmee niet heeft voldaan aan de door hem na te komen precontractuele informatieverplichtingen'. Een verderstrekkende betekenis van het standaardbeding, als zou de consument daarmee erkennen 'dat de op de kredietgever rustende precontractuele verplichtingen volledig en naar behoren zijn nagekomen', acht het Hof in strijd met het meergenoemde effectiviteitsbeginsel.⁷⁰

Lock heeft de uitspraak, met name het eerste element ervan (de bewijslastomkering ter zake van de nakoming van de informatieplicht), een 'steen in de vijver van het Nederlandse bewijsrecht' genoemd. Volgens hem werpt de uitspraak de vraag op 'waarom dan niet ook andere als zwakker aangemerkte procesdeelnemers, zoals huurders en werknemers, deze bescherming kunnen genieten'.⁷¹ Inderdaad heeft het HvJ EU de bewijsregel uit deze uitspraak in een latere uitspraak uit 2021 doorgetrokken tot buiten de context van het consumentenkrediet. Het ging in die zaak om een hypothecair krediet in vreemde valuta, waarop niet de Richtlijn consumentenkrediet, maar wel de Richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing was.⁷² In dit kader rees de vraag of was voldaan aan het transparantievereiste van art. 4 lid 2 van de richtlijn (het voorschrift dat bedingen in consumentenovereenkomsten 'duidelijk en begrijpelijk' moeten zijn opgesteld), nu beweerdelijk geen voldoende en juiste informatie was verschaft over de risico's die samenhangen met mogelijke wisselkoersschommelingen. Ook in dit kader oordeelde het Hof dat het effectiviteitsbeginsel en de met de richtlijn beoogde bescherming van de consument niet kunnen worden gewaarborgd als de bewijslast dat het contract duidelijk en begrijpelijk is (en in dat kader: dat de daartoe vereiste informatie is verstrekt) op de consument rust. Daartoe zou de consument immers een 'negatief feit' moeten bewijzen, namelijk dat de kredietgever hem 'niet alle informatie heeft verstrekt die nodig is om te voldoen aan het transparantievereiste'. Het effectiviteitsbeginsel brengt daarom mee dat de kredietgever moet aantonen dat hij zijn precontractuele en contractuele verplichtingen naar behoren is nagekomen, aldus het Hof.⁷³

De bewijsregel uit deze beide uitspraken – de bewijslast ter zake van de naleving van Europese informatieplichten rust op de partij die tot informatieverstrekking gehouden is⁷⁴ – vormt een fundamentele en categorische breuk met het normale bewijsregime dat voor informatieplichten voortvloeit uit de hoofdregel van art. 150 Rv. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad rust bij een beroep op schending van een bijzondere zorgplicht (waarvan informatieplichten een uitvloeisel of equivalent kunnen zijn) de bewijslast ter zake van die schending op de benadeelde partij. Het beroep van de aangesproken partij op nakoming van haar bijzondere zorgplicht geldt volgens deze rechtspraak niet als een bevrijdend verweer, maar als

68 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262, m.nt. M.R. Mok (*CA Consumer Finance/Bonato en Bakkaus*).

69 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262, m.nt. M.R. Mok (*CA Consumer Finance/Bonato en Bakkaus*), r.o. 22, 25, 27 en 28 jo. r.o. 21.

70 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262, m.nt. M.R. Mok (*CA Consumer Finance/Bonato en Bakkaus*), r.o. 29-31.

71 F.J.P. Lock, 'De verdeling van stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker; een Nederlands en Europees perspectief', *NTBR* 2016/16, p. 121-122.

72 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

73 HvJ EU 10 juni 2021, C-776/19, ECLI:EU:C:2021:470, *RvdW* 2021/1120 (*BNP Paribas Personal Finance*), r.o. 84-86.

74 Vgl. art. 6:230n lid 4 BW, dat een soortgelijke bewijsregel bevat voor de informatieplicht van art. 6:230m BW inzake overeenkomsten op afstand en overeenkomsten buiten de verkoopruimte.

een reguliere betwisting.⁷⁵ Verder blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad over de terhandstelling van algemene voorwaarden dat een ondertekende ontvangstverklaring ingevolge art. 157 lid 2 Rv dwingende bewijskracht heeft,⁷⁶ en dus niet enkel als ‘aanwijzing’ voor informatieverstrekking fungeert, zoals het HvJ EU in de Unierechtelijke context voorschrijft. Weliswaar wordt de benadeelde in de context van informatieplichten soms bewijsrechtelijk tegemoetgekomen, bijvoorbeeld door aan de kant van de wederpartij een verzwaarde stelplicht aan te nemen,⁷⁷ maar zulke bewijsrechtelijke tegemoetkomingen zijn naar nationaal recht casuïstisch van aard en doen het bewijsrisico ter zake van de informatieverstrekking niet verschuiven naar de wederpartij. Dat de Europeesrechtelijke bewijsregel dat wel doet, laat zien dat deze regel publiekrechtelijke trekken vertoont. Ook het eenzijdige karakter van de bewijsregel – het feit dat die enkel de consument tegemoetkomt, zonder noemenswaardige bewijsrechtelijke ingangsvoorwaarden te stellen ter bescherming van de wederpartij – duidt op een publiekrechtelijke inslag (partijdige bescherming). Wat betreft de doelstelling van de bewijsregel valt op dat de bewijsregel door het Hof weliswaar wordt gepresenteerd als een regel die noodzakelijk zou zijn om de effectiviteit van de achterliggende norm te waarborgen (private doelstelling),⁷⁸ maar dat het Hof in dit verband ook nadrukkelijk verwijst naar de bredere achterliggende doelstelling om de totstandkoming van een Europese kredietmarkt te bevorderen (publieke doelstelling).

Ook hier is het beeld dus gemengd, maar per saldo tendert deze bewijsregel, vanwege zijn eenzijdige en stringente karakter, meer naar publiekrechtelijke instrumentalisering. Dat pleit mijns inziens voor terughoudendheid bij het toekennen van reflexwerking aan deze regel, waar het de handhaving van informatieplichten onder het nationale recht betreft. De bewijsregel maakt het namelijk voor consumenten erg gemakkelijk om zich onwetend te houden, en voor wederpartijen behoorlijk lastig om bij betwisting aan te tonen dat de betreffende informatie wél is verstrekt. Het HvJ EU overweegt weliswaar dat een ‘zorgvuldige kredietgever (...) bewijzen dient te verzamelen en te bewaren van het feit dat hij de op hem rustende informatie- en toelichtingsplicht is nagekomen’,⁷⁹ maar ook indien dat gebeurt, kan de consument volhouden dat hij de informatie niet heeft ontvangen, bijvoorbeeld omdat er bij de verzending iets misgegaan zou zijn. Blijft hierover onzeker-

heid bestaan, dan rust volgens de Europese bewijsregel het bewijsrisico op de partij die wegens schending van een informatieplicht wordt aangesproken tot schadevergoeding. In de context van gedetailleerd omschreven wettelijke informatieplichten, zoals de Europese verplichting tot verstrekking van ‘standaardinformatie inzake consumentenkrediet’, valt daarvoor best iets te zeggen, omdat zulke informatieplichten mede een dossierfunctie en rechtsbeschermingsfunctie vervullen voor de consument, wat rechtvaardigt dat de wederpartij bewijzen aandraagt van de nakoming daarvan.⁸⁰ Voor reflexwerking van de Europese bewijslastomkering in de context van *ongeschreven* informatieplichten onder het nationale recht, zoals de precontractuele mededelingsplicht in het kader van dwaling en non-conformiteit, zie ik geen goede gronden, omdat het ontbreken van ‘*informed consent*’ bij uitstek iets is dat de onwetende partij in beginsel moet (kunnen) bewijzen.

5.3 Voorbeeld 3 (Hoge Raad): de bewijslast van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid

De twee zojuist besproken HvJ EU-uitspraken over de bewijslast van de nakoming van informatieplichten laten zien dat het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel als motor van instrumentalisering van bewijsrecht kan fungeren. Dat blijkt ook uit het nu te bespreken *World Online*-arrest, met als bijzonderheid dat hier niet de Europese rechter, maar onze eigen Hoge Raad de aanjager was van de instrumentele, Europeesrechtelijk gemotiveerde bewijsregel in kwestie.

Het ging in *World Online* zoals bekend om een collectieve actie van beleggers tegen internet-serviceprovider World Online, uit hoofde van prospectusaansprakelijkheid. Meer concreet zouden in het prospectus voorafgaand aan de mislukte beursgang van World Online misleidende mededelingen zijn gedaan in de zin van art. 6:194 BW (oud), doordat een te optimistisch beeld was geschapen ten aanzien van de waarde en de toekomstverwachting van de onderneming. Het geschil spitte zich, voor zover hier van belang, toe op het bewijs van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen de misleiding en de koersschade van de beleggers. Dat bewijs is ‘problematisch’, zoals de Hoge Raad in het arrest opmerkt, ‘omdat een belegger zich bij zijn beleggingsbeslissing in het algemeen door een veelheid van factoren zal laten leiden, terwijl bovendien vaak niet valt aan te tonen dat hij daadwerkelijk heeft kennisgenomen van de misleidende mededeling, laat staan dat hij daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed’. De Hoge Raad presenteert voor deze bewijsnood een radicale, aan het EU-recht ontleende oplossing. Hij stelt voorop dat de (voormalige) Prospectusrichtlijn de aansprakelijkheid van de uitgevende instelling voor misleidende mededelingen in het prospectus niet harmoniseert, maar wel eist dat lidstaten ervoor zorg dragen dat hun nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het

75 Zie HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, *NJ* 2007/203, m.nt. M.R. Mok (*NNEK/Mourik c.s.*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5356, *NJ* 2013/343 (*M./Van Gils c.s.*).

76 Zie HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Entboven*), r.o. 4.4.

77 Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 559-560.

78 Lock betwijfelt deze doelstelling. Hij noemt het een ‘misverstand’ dat negatieve feiten zich niet laten bewijzen, en dat degene die stelt een verplichting te zijn nagekomen, dat dan maar zou moeten bewijzen. Zie Lock 2016, p. 117.

79 Zie HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, *NJ* 2015/262, m.nt. M.R. Mok (*CA Consumer Finance/Bonato en Bakkaus*), r.o. 28, onder verwijzing naar punt 35 van de conclusie (waar de herkomst van deze regel echter niet nader wordt onderbouwd).

80 Vgl. over de functies van Europese informatieplichten L.B.A. Tigelaar, ‘Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten’, *NTBR* 2015/31, p. 206-213.

prospectus vermelde informatie.⁸¹ Dit brengt mee, aldus de Hoge Raad, ‘dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht’. Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde beleggersbescherming zal volgens de Hoge Raad ‘tot uitgangspunt’ mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.⁸²

De bewijsregel uit het *World Online*-arrest – neerkomend op een jurisprudentieel vermoeden van causaal verband – vertoont gelijkenis met het eerder besproken causaliteitsvermoeden uit de effectenlease-jurisprudentie (par. 3.2). Net als dat vermoeden heeft ook deze bewijsregel kennelijk het karakter van een gelegenheidsoplossing. De Hoge Raad wijst in zijn arrest nadrukkelijk op het collectieve karakter van de zaak, en merkt op dat met zijn uitspraak ‘effectieve en efficiënte rechtsbescherming’ wordt geboden.⁸³ Volgens Du Perron heeft de Hoge Raad het, door ‘een helder uitgangspunt te kiezen ten aanzien van het causaal verband, dat in veel gevallen recht zal doen aan de feiten’, bewust of onbewust eenvoudiger voor partijen gemaakt om af te zien van individuele vervolprocedures, en tot de schikking te komen.⁸⁴ De vraag is wel of de Hoge Raad hiervoor het Europese recht nodig had, en of hij in zijn uitspraak geen vertekend beeld geeft van de bewijsrechtelijke randvoorwaarden die het EU-recht in de context van prospectusaansprakelijkheid stelt. Pijs heeft betoogd dat, bij gebreke van harmonisatie van de prospectusaansprakelijkheid op EU-niveau, het effectiviteitsbeginsel geen overtuigende grondslag biedt voor het aannemen van EU-regels voor het bewijs van causaal verband.⁸⁵ Ook Du Perron plaatst een kanttekening bij de Europese dimensie van de bewijsregel: volgens hem valt ‘eigenlijk niet goed in te zien waarom beschermende normen van nationale oorsprong minder effectieve handhaving zouden verdienen’.⁸⁶

Dit brengt mij bij de vraag of en in hoeverre reflexwerking zou moeten worden toegekend aan de bewijsregel uit het *World Online*-arrest. Daargelaten de Unierechtelijke juistheid ervan, waarover zoals gezegd twijfel bestaat, zie ik voor reflexwerking van deze bewijsregel geen goede gronden. Om te beginnen valt op dat de bewijsregel geen noemenswaardige bewijsrechtelijke ingangsvoorwaarden stelt: het enkele bewijs van misleiding volstaat voor het bij wijze van uitgangspunt aannemen van causaal verband met de gestelde beleggingschade. Daarmee is sprake van een bewijsregel die eenzijdig de

belangen van de beleggers dient (partijdige bescherming). Ten tweede lijkt het erop dat de bewijsregel een fundamentele afwijking behelst van het normale bewijsregime van art. 150 Rv (ingrijpend effect). Waar A-G Timmerman had gepleit voor de meer genuanceerde figuur van een ‘voorshands bewijsoordeel’, gebaseerd op een ‘rechterlijke inschatting dat een aanzienlijke kans op misleiding bestaat’,⁸⁷ kiest de Hoge Raad voor een categorisch geformuleerd ‘uitgangspunt’ van causaal verband, dat kennelijk met de normschending gegeven is en losstaat van een rechterlijke inschatting van de veroorzakingskans.⁸⁸ Wat betreft de doelstelling van de bewijsregel valt op dat deze zoals gezegd is vormgegeven als een gelegenheidsoplossing van de causaliteitsproblematiek die speelde in dit specifieke massaschadedossier. Weliswaar is de regel mede gericht op een effectieve handhaving van de achterliggende materiële norm (het misleidingsverbod), maar per saldo overheerst toch het beeld dat hier sprake is van een publiekrechtelijk getinte bewijsconstructie, waaraan geen reflexwerking behoort toe te komen in andere vraagstukken van aansprakelijkheid.⁸⁹

6. Conclusie: reflexwerking van EU-bewijsrecht?

In deze bijdrage heb ik de invloed van het EU-recht op het Nederlandse bewijsrecht onderzocht, met als doel de vraag te beantwoorden of reflexwerking behoort te worden toegekend aan Europese bewijsregels in zuiver nationale bewijskwesties. Mijns inziens is bij de beantwoording van die vraag van belang of de EU-regels in kwestie privaatrechtelijke of publiekrechtelijke instrumentalisering teweegbrengen. Bij *privaatrechtelijke* instrumentalisering gaat het om bewijsregels die een privaatrechtelijk doel dienen (verwezenlijking van de achterliggende privaatrechtelijke norm), onpartijdige bescherming bieden (bescherming van beide partijen) en een marginaal effect op het geldende bewijsregime uitoefenen (casuïstische correctie). Bij *publiekrechtelijke* instrumentalisering gaat het daarentegen om bewijsregels die een publiek doel dienen, partijdige bescherming bieden en een ingrijpend effect uitoefenen op het geldende bewijsregime (par. 3).

Aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak heb ik laten zien dat het EU-recht leidt tot een opkomst van publiekrechtelijke vormen van instrumentalisering in het bewijsrecht (par. 4 e.v.). Naarmate de desbetreffende bewijsregels meer een publiekrechtelijk karakter hebben, zoals de hiervoor besproken bewijslastomkering ter zake van de nakoming van EU-informatieplichten (par. 5.2) en het causaliteitsvermoeden bij prospectusaansprakelijkheid (par. 5.3), dient daaraan mijns inziens op nationaal niveau minder snel reflexwerking te worden toegekend. Voor zover het gaat om bewijsregels van privaatrechtelijke aard, zoals de bewijslastomkering voor non-conformiteit in geval van consumentenkoop (par. 5.1), is reflexwerking mijns inziens juist wel een aangewezen instru-

81 Zie art. 6 lid 2 Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten. Vgl. thans art. 11 lid 2 Prospectusverordening.

82 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.11.1-4.11.2.

83 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.8.1 e.v.

84 Zie C.E. du Perron, NJ 2014/201, sub 4.

85 Zie A.C.W. Pijs, *Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 124), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 296 e.v.

86 C.E. du Perron, NJ 2014/201, sub 3.

87 Zie de conclusie van A-G Timmerman, sub 4.7.5.7 e.v.

88 Overigens ziet Du Perron hierin gelijkenis met de eerder besproken omkeringsregel. Zie C.E. du Perron, NJ 2014/201, sub 3.

89 Anders Giesen & Maes 2014, p. 229. Vgl. ook Pijs & Van Boom 2010, p. 197 e.v., die reflexwerking in vraagstukken van ‘informed consent’ (medische beroepsaansprakelijkheid) kennelijk niet uitgesloten achten.

ment om de interne coherentie van ons bewijsrecht – inclusief dat van Europese origine – te bewaken. Voor de instrumentalisering van het procesrecht als geheel is dit alles intussen van betrekkelijke betekenis, aangezien ook het nationale procesrecht, inclusief het bewijsrecht, intrinsiek instrumenteel is en blijft (par. 2).