

DE STELPLICHT EN BEWIJSLAST IN HET KADER VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE PSEUDO-GEVOLMACHTIGDE OP GROND VAN ART. 3:70 BW

*C.J.M. Klaassen*¹

1. Inleiding

Handelen op naam van een ander ofwel optreden als vertegenwoordiger leidt regelmatig tot problemen, met name indien degene namens wie is gehandeld betwist dat dit was toegestaan en niet van zins is de desbetreffende rechtshandeling uit te voeren. De juridische vragen die dan kunnen ontstaan, hebben geleid tot diverse – althans vanuit juristenoogpunt bezien – boeiende procedures en befaamde uitspraken van de Hoge Raad. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan enkele opmerkelijke arresten op het gebied van het bewijsrecht in het geval degene namens wie is gehandeld betwist dat dit met een toereikende volmacht is gebeurd, terwijl dit ten opzichte van de wederpartij niet wordt ‘geheeld’ doordat hij deze rechtshandelingen alsnog door bekrachtiging voor zijn rekening neemt dan wel genoodzaakt is dit te doen door de werking van het vertrouwensbeginsel, maar een en ander leidt tot aansprakelijkstelling van de onbevoegde ‘vertegenwoordiger’. Art. 3:70 BW bepaalt immers dat degene die als gevolmachtigde handelt, in beginsel jegens de wederpartij instaat voor het bestaan en de omvang van de volmacht. Bewijsrechtelijk bezien roept deze aansprakelijkheid van degene die als gevolmachtigde is opgetreden een tweetal vragen op. Allereerst de vraag naar de bewijslast van de aan- dan wel afwezigheid van een toereikende volmacht. Dient de wederpartij (ofwel de ‘derde’) te stellen en bij betwisting te bewijzen dat een toereikende volmacht ontbrak, of betekent het ‘instaan voor’ dat degene die als gevolmachtigde is opgetreden het bestaan van een toereikende volmacht dient te stellen en, indien betwist, dient te bewijzen? De tweede vraag betreft de bewijslast betreffende het causaal verband tussen het ontbreken van een toereikende volmacht en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. Deze vraag speelt met name indien degene die als gevolmachtigde is opgetreden een verweer voert in de trant dat ook

1 Carla Klaassen in hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit en tevens hoogleraar privaatrecht aan de University of Curaçao. Dit artikel is afgerond op 3 mei 2017.

bij een toereikende volmacht de bewuste rechtshandeling niet zou zijn verwezenlijkt, bijvoorbeeld omdat degene namens wie hij een zaak had gekocht insolvent was en de koopprijs niet zou hebben kunnen betalen, noch hiervoor verhaal zou hebben geboden. In de literatuur werd en wordt verschillend gedacht over deze beide bewijsvragen. De Hoge Raad heeft zich hierover uitgesproken, maar op een wijze die naast instemming ook kritiek heeft geoorloofd. Na enkele opmerkingen over de achtergrond en de reikwijdte van art. 3:70 BW, zal worden ingegaan op deze jurisprudentie en literatuur en zal een eigen standpunt worden bepaald.

2. De aard, omvang en ratio van de aansprakelijkheid van de pseudo-gevolmachtigde

Art. 3:70 BW vormt een zelfstandige grond voor schadelicteit van een gevolmachtigde die zijn volmacht overschrijdt of namens een ander handelt terwijl een volmacht daartoe geheel ontbreekt.² De aansprakelijkheid van de pseudo-gevolmachtigde jegens de wederpartij op grond van art. 3:70 BW betreft – althans naar huidige opvattingen – geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.³ Weliswaar zou de pseudo-gevolmachtigde – wederom: althans naar huidige opvattingen – eventueel (ook) op grond van art. 6:162 BW kunnen worden aangesproken en kan zijn onbevoegde vertegenwoordiging onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren, maar in de relatie wederpartij versus pseudo-gevolmachtigde mist deze mogelijkheid praktisch belang naast de aansprakelijkheid op grond van art. 3:70 BW. Dit is bijvoorbeeld anders als de pseudo-gevolmachtigde optreedt als ondergeschikte en het (uit verhaalsoogpunt) aantrekkelijk wordt gevonden (tevens) degene in wiens dienst hij handelt aan te spreken uit hoofde van art. 6:170 BW. Ook zou de vraag naar de onrechtmatigheid van de onbevoegde vertegenwoordiging aan de orde kunnen zijn als het optreden van de pseudo-gevolmachtigde (tevens) als ‘eigen gedrag’ zou kunnen worden toegerekend aan bijvoorbeeld een onderneming of overheidslichaam, zoals bijvoorbeeld onbevoegde toezeggingen door gedeputeerden kunnen worden toegerekend aan de provincie.⁴

De aansprakelijkheid ingevolge art. 3:70 BW is dus, zoals opgemerkt, niet gekoppeld aan enig (vermeend) onrechtmatig handelen, maar

2 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 283.

3 Zie o.a. Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Bloembergen/Van Schendel), Deventer: Wolters Kluwer 2010, nr. 115a.

4 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:BL5420, NJ 2010, 371, AA 2010 (0878), m.nt. S.E. Bartels en C. Spierings, JOR 2011/34 (*Provincie Gelderland/Vitesse*).

zuiver aan de verplichting in te staan voor het bestaan en de omvang van de volmacht waarover de vertegenwoordiger pretendeert te beschikken. De ratio hiervoor is volgens de parlementaire geschiedenis dat men er in het handelsverkeer op moet kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft deze bezit.⁵ In de woorden van Van der Grinten en Kortmann: “Wie in hoedanigheid handelt, behoort voor die hoedanigheid in te staan... Het vertrouwen waarop het verkeer tussen personen gebaseerd is, eist dat wie een bijzondere hoedanigheid tegenover een wederpartij laat gelden, deze hoedanigheid heeft waar te maken”.⁶ Aan deze ratio voor de aansprakelijkheid van op grond van art. 3:70 BW refereert de Hoge Raad bijvoorbeeld ook in het arrest X/Makelaardij Sneek.⁷ Men zou art. 3:70 BW kunnen duiden als een garantieverbintenis op grond van de wet.⁸

Op de bescherming van degenen die vertrouwt op de volmacht van de pseudo-gevolmachtigde worden in art. 3:70 BW twee, begrijpelijke, uitzonderingen gemaakt. Immers, geen aansprakelijkheid bestaat als de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of wanneer de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld. Vergelijk tevens de begrenzing van de aansprakelijkheid neergelegd in art. 3:76 lid 2 BW, in het geval de gevolmachtigde handelt op basis van een aanvankelijk wel bestaande volmacht, welke is geëindigd zonder dat de gevolmachtigde dit wist of behoorde te weten.

Behoudens deze uitzonderingen, is degene die handelt zonder een toereikende volmacht gehouden tot vergoeding van het zogenoemde ‘positieve belang’: de wederpartij dient in de financiële toestand te worden gebracht waarin deze zou hebben verkeerd als er wèl een toereikende volmacht zou zijn geweest. Dit betekent dat tevens het voordeel moet worden vergoed dat de vanwege het ontbreken van een (toereikende) volmacht niet tot stand gekomen overeenkomst voor de wederpartij zou

5 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 283.

6 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/92.

7 HR 26 september 2009, ECLI:NL:HR:BH9284, NJ 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma, JOR 2009/246, m.nt. J. Dammingh. Vergelijk tevens het hierna nog te bespreken arrest Zandvliet/Vlieland; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1384, NJ 2014, 114 m.nt. T.F.E. Tjong Tjing Tai.

8 Aldus Mon. BW B-5 (Van Schaick), nr. 47 en Hartkamp, conclusie voor HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006, 478 m.nt. Jac. Hijma (*Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen*). Vgl. ook Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/93.

hebben meegebracht, althans: in het geval de overeenkomst, indien tot stand gekomen, zou zijn nagekomen.⁹

3. Enkele bewijsrechtelijke uitgangspunten

Voor een goed begrip van het debat over de bewijslastverdeling in het kader van de aansprakelijkheid voor althans beweerdelijk handelen zonder een toereikende volmacht, memoreer ik enkele in dit verband relevante regels van stelplicht- en bewijslastverdeling. Uitgangspunt bij de beantwoording van vragen betreffende de verdeling van de stelplicht en, in het verlengde daarvan, de bewijslast tussen partijen vormt de in art. 150 Rv neergelegde hoofdregel. Deze houdt in dat een partij die zich beroept op een bepaald rechtsgevolg, verbonden aan de door haar gestelde feiten of rechten, de (stelplicht en) bewijslast van die feiten of rechten draagt. Deze hoofdregel van bewijslastverdeling is de neerslag van de zogenoemde 'objectiefrechtelijke theorie': het materiële, burgerlijk recht (ofwel het objectieve recht) geeft aan welke feiten zijn vereist om het intreden van een bepaald rechtsgevolg te bewerkstelligen en de partij die zich op dit rechtsgevolg beroept zal de daartoe benodigde feiten moeten stellen en, bij een voldoende gemotiveerde betwisting door de wederpartij, moeten bewijzen.¹⁰ Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken indien een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, zo bepaalt art. 150 Rv vervolgens. We zouden de wijze waarop in ons land de bewijslast is verdeeld daarom kunnen kwalificeren als een 'gematigde' objectiefrechtelijke theorie,¹¹ maar voor ogen gehouden dient te worden dat afwijkingen van de uit het objectieve recht voortvloeiende bewijslastverdeling in de lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad met terughoudendheid dienen te worden aangenomen.¹² Hierbij geldt dat bewijsnood in dit verband niet

9 Zie HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2324, NJ 1997, 454 (Wisman/Trijber) en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren*). Over de aanspraak op vergoeding van het positief contractbelang, met rechtsvergelijkende opmerkingen Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/97.

10 Zie hierover o.a. Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 211-212 en Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013, nr. 285.

11 Aldus T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1384, NJ 2014, 114 (*Zandvliet/Vlieland*).

12 O.a. HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8238, NJ 2006, 99 (A/B).

volstaat.¹³ Uitvloeisel van voormelde hoofdregel is dat degene die de stellingen van de eisende partij betwist, in principe niet belast wordt met het bewijs van de door de eiser gestelde feiten die hij betwist en evenmin met de bewijslast van eventuele andere feiten die door hem in het kader van deze betwisting, ter adstructie, worden aangevoerd, ofwel 'worden gesteld', zoals men meestal pleegt te zeggen. Dit is anders als de verweerder¹⁴ de door eiser gestelde feiten en het door deze ingeroepen rechtsgevolg niet (alleen) betwist, maar zich beroept op een zogenoemd bevrijdend ofwel zelfstandig verweer. Dat wil, kortweg weergegeven, zeggen dat de verweerder zich beroept op een omstandigheid waaraan rechteens een eigen, zelfstandig rechtsgevolg is verbonden, dat aan toewijzing van de vordering van eiser in de weg staat.¹⁵ Een voorbeeld van een bevrijdend verweer is een beroep op overmacht. De aangesproken partij betwist dan niet (alleen) de feiten die een onrechtmatige daad zouden opleveren volgens de eiser, maar beroept zich op een andere regel, die aan het intreden van de rechtsgevolgen verbonden aan een onrechtmatige daad in de weg staan. Men spreekt dan – niet geheel zuiver, maar in zekere zin toch wel illustratief – wel van een 'ja, maar...'-verweer, in tegenstelling tot een 'nee, want...'-verweer. Van de feiten die worden aangevoerd in het kader van een beroep op een bevrijdend verweer draagt de verweerder – bij betwisting door eiser – in principe de bewijslast, simpelweg als uitvloeisel van de hoofdregel van art. 150 Rv. Hoewel deze bewijsregel op zichzelf derhalve eenvoudig is, is het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een bevrijdend verweer – en niet alleen van een betwisting van de stellingen van eiser – dat bepaald niet steeds. Asser meent zelfs dat deze kwalificatie in de rechtspraak een van de voornaamste problemen bij het bepalen van de stelplicht en de bewijslast is.¹⁶ Deze kwestie heeft vrij vaak tot een gang naar de Hoge Raad geleid, en ook hij blijkt hier soms ten aanzien van één en dezelfde kwestie na verloop van tijd weer anders tegenaan te kijken.¹⁷

13 O.a. HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2476, NJ 1998, 85 (*Stad Rotterdam/Zonneveld*). Nader o.a. Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 213.

14 Onder het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering veelal aangeduid als de gedaagde. Conform de zogenoemde KEI-wetgeving (Stb. 2016, 288-289) aangeduid als de verweerder.

15 Nader hierover o.a. Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 207.

16 Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013, nr. 289.

17 Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 212. Zie bijv. ook H.W. Wiersma, *JBPr* 2008/1.

4. Bewijs van een (on)toereikende volmacht

Verandering van inzicht zijdens de Hoge Raad valt tevens te signaleren aangaande de al dan niet toepasselijkheid van de bewijsrechtelijke hoofdregel wat betreft het bestaan van een toereikende volmacht c.q. het toepassen van een uitzondering hierop. Ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv zou degene die zich beroept op het ontbreken van een (toereikende) volmacht van de kant van de door hem aangesproken tussenpersoon hiervan de bewijslast dragen (indien de aangesprokene het ontbreken hiervan gemotiveerd betwist). Dit werd door de Hoge Raad ook overwogen in het arrest Vreeswijk/Van Heeckeren van 20 februari 2004, waar overigens over deze kwestie als zodanig het oordeel van de Hoge Raad niet werd gevraagd, maar het geschil in cassatie zich toespitste op het bewijs van het causaal verband met de gestelde schade (waarover onder 5).¹⁸ Aan deze omstandigheid refereert de Hoge Raad in het arrest Zandvliet/Vlieland uit 2013, waar hij op deze overweging betreffende de bewijslastverdeling expliciet terugkomt.¹⁹ Het ging in dit arrest om de vraag of de Venezolaanse vennootschap Multinvestments, namens wie Vlieland als gevolmachtigde het landgoed Eikenrode heeft gekocht van Zandvliet c.s., ten tijde van de door Vlieland beweerde volmachtverlening wel bestond, en daarmee om de vraag of er sprake was van een geldige volmachtverlening. De Hoge Raad overweegt dat dit een omstandigheid is waarmee degene die als gevolmachtigde handelt bij uitstek bekend is, of althans behoort te zijn. Van de (pseudo-)gevolmachtigde kan dan ook eerder dan van de derde worden verlangd dat hij beschikt over bewijsstukken betreffende het bestaan van de volmacht. Bovendien, zo vervolgt de Hoge Raad, bepaalt art. 3:70 BW dat de gevolmachtigde instaat voor zijn volmacht. “De formulering en de strekking van deze bepaling – bescherming van de wederpartij in verband met het verkeersbelang – brengen mee dat de bewijslast ter zake van de onderhavige vraag op de (pseudo-)gevolmachtigde dient te rusten. Daarvoor pleit ook dat de andere bewijslastverdeling zou meebrengen dat de derde dan zou worden belast met het bewijs van een negatief feit”, aldus de Hoge Raad. Om hier vervolgens nog aan toe te voegen dat een en ander hem aanleiding geeft

18 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004, 254. Vergelijk tevens HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006, 478 m.nt. Jac. Hijma (*Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen*), waar deze kwestie als zodanig in cassatie niet aan de orde was, maar niettemin op dit punt kennelijk werd uitgegaan van de bewijslastverdeling volgens het arrest Vreeswijk/Van Heeckeren.

19 HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1384, NJ 2014, 114 m.nt. T.F.E. Tjong Tjing Tai (*Zandvliet/Vlieland*).

om “in zoverre terugkomend van het eerdergenoemde arrest uit 2004, thans te oordelen dat uit de strekking van art. 3:70 BW en de billijkheid volgt dat op degene die als gevolmachtigde heeft gehandeld, de bewijslast rust dat hij beschikte over een toereikende volmacht. De derde die de vordering op de voet van dat artikel instelt kan derhalve in beginsel volstaan met de stelling (...) dat een toereikende volmacht ontbreekt”. Deze stelling dient te worden onderbouwd voor zover dat in de omstandigheden van het geval van de derde kan worden gevegd. Door de annotatoren Ernste²⁰ en Tjong Tjin Tai²¹ is deze tournure met instemming ontvangen. Tegengas is geboden door Gras.²² Hierover nader onder 6. Eerst een beknopte weergave van Hoge Raads rechtspraak over een andere bewijskwestie betreffende art. 3:70 BW

5. Bewijs causaal verband

Indien eenmaal is komen vast te staan dat de aangesprokene als gevolmachtigde is opgetreden zonder over een toereikende volmacht te beschikken, is tevens gegeven dat hij tegenover de derde aansprakelijk is voor de schade die hij hierdoor heeft veroorzaakt. Wat betreft dit causaal verband tussen het optreden als onbevoegd vertegenwoordiger en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, geldt dat de eiser dit verband conform de hoofdregel van art. 150 Rv in principe dient te bewijzen (in geval van betwisting). Echter, indien de pseudo-gevolmachtigde zich erop beroept dat de derde door enige oorzaak gelegen buiten het ontbreken van een toereikende volmacht het positief contractsbelang waarvan hij vergoeding vordert (toch) niet zou hebben kunnen realiseren, dient de pseudo-gevolmachtigde de daartoe dienende feiten en omstandigheden te stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting, te bewijzen. Er is bij een dergelijk verweer geen sprake van een betwisting van de door eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten, maar van een bevrijdend verweer, ter zake waarvan de stelplicht en de bewijslast volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de pseudo-gevolmachtigde rusten, aldus de Hoge Raad in de arresten Vreeswijk/Van Heeckeren en Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen. In Vreeswijk/Van

20 P.E. Ernste, *JBPr* 2014/17.

21 *NJ* 2014, 114. Zie tevens I.M.G. Bakker, ‘De Hoge Raad voorkomt uitholling van art. 3:70 BW’, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2014/1.

22 E. Gras, ‘De Hoge Raad maakt inbreuk op de objectiefrechtelijke bewijslastverdeling bij de vordering ex art. 3:70 BW tegen een pseudogevolmachtigde: terecht of niet?’, *JBPR* 2014, afl. 13.

Heeckeren voerde de pseudo-gevolmachtigde als verweer aan dat de pseudo-volmachtgever de tot stand gebrachte overeenkomst²³ niet zou hebben kunnen nakomen en voor deze niet-nakoming geen verhaal geboden zou hebben. De Hoge Raad komt tot bovenstaande bewijslastverdeling “uitgaande van het (...) uitgangspunt dat – kort gezegd – met een toereikende volmacht tot stand gekomen overeenkomsten plegen te worden nagekomen”. Tegen de achtergrond van dit uitgangspunt behoeft de derde niet te stellen en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen dat de desbetreffende overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen indien zij de pseudo-volmachtgever²⁴ wél had gebonden, aldus de Hoge Raad.

In het arrest Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen bevestigt de Hoge Raad voormelde bewijslastverdeling en overweegt hij dat er geen grond is hierover anders te oordelen bij het aldaar gevoerde verweer, dat de pseudo-volmachtgever de tot stand gebrachte overeenkomst niet zou zijn nagekomen omdat hij zich op het daarin opgenomen financieringsvoorbehoud had willen en kunnen beroepen. In X/Vano Vastgoed concludeert A-G Langemeijer dat voormelde bewijslastverdeling betreffende het causaal verband eveneens geldt als de pseudo-gevolmachtigde bij wijze van verweer een andere oorzaak aanvoert die aan het realiseren van het positief contractsbelang in de weg zou hebben gestaan. De Hoge Raad doet deze zaak af op grond van art. 81 RO, waaruit de conclusie getrokken lijkt te mogen worden dat de oorzaak van het niet realiseren van het positief contractsbelang, indien er een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen en er van onbevoegde vertegenwoordiging geen sprake zou zijn geweest, niet van belang is voor kwalificering als bevrijdend verweer en de daaraan verbonden bewijslastverdeling.

6. Wat van deze rechtspraak te denken?

6.1. Het resultaat van de hiervoor besproken rechtspraak is dat degene die stelt te zijn gedupeerd door andermans optreden als onbevoegd vertegenwoordiger en schadevergoeding vordert op grond van art. 3:70 BW, in tweeërlei opzicht wordt tegemoetgekomen in zijn bewijspositie. Immers zowel wat betreft het bewijs dat een toereikende volmacht voor dit optreden ontbrak als wat betreft het bewijs dat de schade waarvan hij

23 Zuiverder zou zijn: de overeenkomst die tot stand zou zijn gekomen als de tussenpersoon de beschikking had gehad over een toereikende volmacht.

24 De Hoge Raad rept hier van ‘pseudo-gevolmachtigde’, maar dit moet kennelijk als een typo worden beschouwd.

vergoeding vordert hierdoor is ontstaan. Beide uitkomsten zijn (in diverse opzichten) opmerkelijk en ook uiteenlopend ontvangen. De thans door de Hoge Raad verkozen bewijslastverdeling betreffende de (omvang van de) volmacht, impliceert een daadwerkelijke afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv in de vorm van een omkering van de bewijslast. Art. 150 Rv slot biedt daarvoor weliswaar een handvat, maar, zoals vermeld, pleegt (of in elk geval pleegde) dit door de Hoge Raad met een grote mate van terughoudendheid te worden aangegrepen. Het in dit verband in het arrest Zandvliet/Vlieland (onder andere) gehanteerde argument, dat het te leveren bewijs een omstandigheid betreft waarmee een partij bij uitstek bekend is of hoort te zijn alsmede dat van deze partij eerder kan worden verlangd dat hij beschikt over bewijsstukken, bracht (tot nu toe) veelal een verzwaarde stelplicht ofwel een informatieplicht aan de kant van de desbetreffende partij mee.²⁵ Ook in de strekking van een bepaalde norm dan wel de billijkheid zag de Hoge Raad kennelijk slechts af en toe een grond om de bewijslast en daarmee het bewijsrisico om te keren. Of het arrest Zandvliet/Vlieland moet worden gezien als een voorbode voor meer omkeringen met een beroep op de in dit arrest genoemde omstandigheden,²⁶ zoals Tjong Tjin Tai zich afvraagt, valt nog te bezien. Tot nu toe zijn voor een werkelijke koersverandering niet direct aanwijzingen. Anders dan Tjong Tjin Tai en mèt Gras, zie ik voor een koerswijziging in algemene zin bij de toepassing van art. 150 Rv – en dus een ruimere toepassing van uitzonderingen – ook geen noodzaak en acht ik dit, in zijn algemeenheid, evenmin wenselijk. Maar in de context van deze bijdrage beperk ik mij tot de noodzaak en de wenselijkheid van de beslissing van de Hoge Raad in de desbetreffende zaak, derhalve de beslissing over de bewijslastverdeling betreffende de af- of aanwezigheid van een volmacht. Ernste onderschrijft in haar commentaar de koers van de Hoge Raad onder verwijzing naar het 'effectiviteitsprincipe'. Daargelaten of van een dergelijk 'principe' in het Nederlandse procesrecht werkelijk sprake is, meen ik dat de beoogde effectiviteit van een materiële norm weliswaar van betekenis kan zijn bij de inkleuring van de bewijslastverdeling, maar niet noodzaakt tot een daadwerkelijke omkering van de bewijslast en daarmee van het bewijsrisico. Ook ter staving van andere figuren ter verlichting van de bewijslast wordt dit argument (immers) wel gehanteerd. En ik vraag mij af of in het arrest Zandvliet/Vlieland een

25 Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 214a, met verdere verwijzingen.

26 Waaronder tevens de omstandigheid dat een andere bewijslastverdeling erop neer zou komen dat de derde zou worden belast met het bewijs van een negatief feit.

omkering van de bewijslast daadwerkelijk noodzakelijk was om de strekking van art. 3:70 BW tot gelding te laten komen of dat de rechter met gebruikmaking van andere instrumenten de derde niet (eveneens) tegemoet had kunnen komen in het in beginsel door hem te leveren bewijs. Ik refereer aan de eisen die kunnen worden gesteld aan de stelplicht over en weer, of, nauwkeuriger, die kunnen worden gesteld aan de motivering van de stelplicht zijdens de eiser en de motivering van de betwisting door de verweerder. Ik refereer verder aan (bijvoorbeeld) de mogelijkheid tot het aannemen van een vermoeden, zoals overigens in feitelijke instantie in casu ook geschiedt: het hof had de beweerdelijk vertegenwoordiger reeds toegelaten tot het bewijs dat hij over een toereikende volmacht beschikte, zij het in het kader van tegenbewijs tegen een ter zake aangenomen vermoeden.²⁷ Door de invulling van de eisen die worden gesteld aan het tegenbewijs kunnen in het voorliggende geval vaak eveneens als onbillijk ervaren uitkomsten worden voorkomen. Althans ben ik minder enthousiast over de door de Hoge Raad verkozen, structurele route om de bewijslast betreffende het bestaan van een volmacht in het kader van art. 3:70 BW bij wijze van regel om te keren. In het bijzonder zie ik ook niet direct de rechtvaardiging in van het bewandelen van deze route in het kader van de garantieverplichting van art. 3:70 BW en bijvoorbeeld niet bij het bewijs van een door een arts gemaakte fout. Zoals vermeld, het waarmaken van de verplichting in te staan voor de beweerde volmacht had wellicht ook anderszins gerealiseerd kunnen worden.

6.2. De vraag naar de wenselijkheid komt eveneens op wat betreft de door de Hoge Raad toegepaste bewijslastverdeling ten aanzien van het causaal verband. Vooropgesteld wordt dat hierbij, gelet op de wijze waarop de Hoge Raad dit in het vat giet, als zodanig geen sprake is van een afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv. Immers, de Hoge Raad past deze hoofdregel toe zoals die geldt in geval van een bevrijdend verweer. Het discussiepunt ligt echter in de stap daarvóór: is het wel juist om in het arrest Vreeswijk/Van Heeckeren – waarop de Hoge Raad in zijn latere rechtspraak voortborduurde – niet alleen, principieel, tot uitgangspunt te nemen dat in geval van een toereikende volmacht een koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen, maar tevens dat deze overeenkomst zou zijn nagekomen en degene die de dupe is van onbevoegde vertegenwoordiging in geval van een toereikende volmacht het positief contractbelang zou hebben kunnen realiseren? En dus ten faveure van de eiser ofwel de

27 Waarin het hof de tussenpersoon overigens geslaagd oordeelde.

derde de bewijslast en het bewijsrisico bij voorbaat en structureel op de pseudo-gevolmachtigde te leggen? Kritisch over de door de Hoge Raad gevolgde benadering inzake het causaliteitsbewijs, mijns inziens terecht,²⁸ (onder andere²⁹) P-G Hartkamp in zijn conclusie voor Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen alsmede Hijma in zijn *NJ*-noot onder dit arrest. Uitgangspunt zou immers moeten zijn dat de eiser stelt en bij betwisting bewijst dat aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. In geval van aansprakelijkheid vanwege het ontbreken van een (toereikende) volmacht op grond van art. 3:70 BW zou dit ook naar mijn mening (dienen te) betekenen dat de eiser in principe dient aan te tonen dat de overeenkomst, als de tussenpersoon bevoegd zou zijn geweest, normaal zou zijn uitgevoerd. Dit betreft immers het *condicio sine qua non*-verband tussen het optreden zonder (toereikende) volmacht en de schade. Hartkamp merkt op dat moeilijk valt in te zien waarom de regel inzake bewijslast ten aanzien van causaal verband in dit geval zozeer moet afwijken van die bij aansprakelijkheid op andere aansprakelijkheidsgronden, zoals onrechtmatige daad en wanprestatie, waarbij de bewijslast ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband in beginsel op de gelaedeerde ofwel de eiser rust. Hijma sluit zich hierbij aan en voegt toe: "Aldus dreigt zich een eilandje in ons aansprakelijkheidsrecht te ontwikkelen, zonder dat daartoe een overtuigende argumentatie aanwijsbaar is". Het resultaat van deze rechtspraak, waar het gaat om zuivere vermogensschade, bijvoorbeeld plaatsend naast dat van de rechtspraak betreffende het te leveren bewijs van causaal verband in het kader van art. 7:658 BW door een werknemer die lijdt aan gezondheidsklachten, draagt mijnerzijds niet bij aan het begrip voor de koers die de Hoge Raad vaart in het kader van art. 3:70 BW.³⁰ Het bovenstaande neemt niet weg dat aan de omstandigheid dat overeenkomsten als regel plegen te worden nagekomen, betekenis kan worden toegekend. Dit zou (wederom) kunnen geschieden in het kader van de eisen die worden gesteld aan de inkleuring van de stelplicht en de motivering van de betwisting. Maar ook zou, als aan bewijslevering wordt toegekomen, de rechter om die reden wellicht

28 Zie reeds C.J.M. Klaassen, *Mon. BW B35*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 47.

29 Zie ook S.D. Lindenberg, 'Over wat schade is ... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010 (6867), p. 901 e.v. en M.M. Stolp, 'Kritische kanttekeningen bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de aansprakelijkheid van een pseudogevolmachtigde', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, p. 163-167.

30 Uitgebreider hierover mijn beschouwing 'Enkele opmerkingen en keuzes wat betreft het bewijs van het functioneel verband bij beroepsziekten en de rol van A-G Spier in dit verband', in: *De Spier bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 187-203.

een vermoeden kunnen aannemen ten gunste van de derde, zoals eveneens door Hartkamp en Hijma opgemerkt. Onderkend moet worden dat een dergelijk vermoeden, vanuit de derde bezien, weliswaar minder 'sterk' is – gelet op de (in het algemeen lichtere) eisen tot het ontzenuwen hiervan – dan de tegemoetkoming die de Hoge Raad thans biedt. Echter deze figuur zou wel meer mogelijkheden hebben geboden tot nuancering dan de door de Hoge Raad gemaakte principiële keuze, ongeacht de door de pseudo-gevolmachtigde gestelde reden waarom de overeenkomst, indien tot stand gekomen, niet zou zijn nagekomen.

7. De balans opmakend en afrondend

In een wat ander verband, heeft degene die de aanleiding vormt tot deze beschouwing, eens zijn zorg, of eigenlijk meer zijn kritiek uitgesproken ten aanzien van de rechter die een procespartij, in zijn beleving, te zeer behulpzaam was. Ik duid op (S.C.J.J.) Kortmanns commentaar op het arrest Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax.³¹ Het ging hier om de vraag of de rechter een partij ambtshalve op het spoor van een eigen schuldverweer mocht zetten.³² Ik ben nieuwsgierig naar het oordeel van Kortmann over hetgeen de Hoge Raad doet in het kader van de bewijslastverdeling van art. 3:70 BW. De bewijslastverdeling betreffende de (toereikendheid van) de volmacht tezamen met die inzake het causaal verband in ogenschouw nemend, meen ik dat de op zichzelf te onderschrijven beschermingsgedachte van art. 3:70 BW nogal ver is doorgetrokken of zo men wil is doorgeslagen. In 2004, dus nog vóór het arrest Zandvliet/Vlieland, heeft Kortmann (tezamen met Van der Grinten) in de Asser *De vertegenwoordiging* het standpunt ingenomen dat de vertegenwoordiger die door zijn wederpartij wordt aangesproken vanwege beweerd onbevoegd handelen, in geval van betwisting van deze stelling, zijn bevoegdheid dient te bewijzen. Kortmann zag dit verweer – vertegenwoordigingsbevoegd te zijn – blijkbaar als een bevrijdend verweer en merkt op dat het instaan voor bevoegdheid insluit dat op de vertegen-

31 HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, NJ 2004, 460, JOR 2004/32, m.nt. S.C.J.J. Kortmann. Zie tevens het herstel arrest van 13 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4608, NJ 2004, 461 m.nt. J.B.M. Vranken.

32 Zie voor onze 'discussie' hierover: C.J.M. Klaassen, 'Vertrouwen op de rechter? Enkele opmerkingen over de positie van de rechter in het civiele proces', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 119-136.

woordiger de bewijslast rust van een bevrijdend verweer.³³ Een andere benadering dus dan nadien gevolgd door de Hoge Raad, maar wel met hetzelfde resultaat. De uitspraak Vreeswijk/Van Heeckeren wordt in *De vertegenwoordiging* in een ingelast 'a-nummer' vermeld, zonder commentaar.³⁴ Kortmann lijkt het hiermee derhalve, althans destijds, eens te zijn geweest. Ik ben benieuwd of ik hem met deze beschouwing op andere gedachten kan brengen. Er vanuit gaande dat Kortmann zijn pen nog lang niet neerlegt en al helemaal zijn mondje nog lang zal roeren, ook in het juridische discours, reken ik erop zijn visie in de van hem bekende krachtige bewoordingen op enig moment te mogen vernemen. Ik verheug me!

33 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/96.

34 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/93a.