

Bewijsrecht

© 2013, mr. H.A. Stein

1.1	Bewijsrecht	2
1.2	Grondslag van de vordering	2
1.3	Rechtsfeiten	4
1.4	Toepasselijkheid van het bewijsrecht	6
1.5	Verzoekschriftprocedure	6
1.6	Kort geding	6
1.7	Arbitrage	7
1.8	Informatieplicht partijen	7
1.9	Stelplicht	11
1.10	Bewijslast	11
1.11	Bijzondere regels	12
1.12	Expliciet in de wet:	12
1.13	Impliciet in de wet – wettelijk vermoeden:	12
1.14	Impliciet in de wet – tenzij-clausule:	13
1.15	Rechtspraak	13
1.16	Redelijkheid en billijkheid	13
1.17	Omkering van de bewijslast	14
1.18	Omkeringsregel	15
1.19	Bewijslevering bij geschrifte	15
1.20	Aanbod bewijs door getuigen	17
1.21	Tegenbewijs	19
1.22	Bewijsovereenkomst	19
1.23	Erkentenis	20
1.24	Onrechtmatig bewijs	21
1.25	Getuigenbewijs	21
1.26	Oproeping van getuigen	23
1.27	Opgeven getuigen	25
1.28	Incidenten tijdens getuigenverhoor	26
1.29	Getuigenverhoor	27
1.30	Rechterlijk vermoeden	29
1.31	Bewijswaardering	30
1.32	843a Rv procedure	32
	Ad a. Rechtsbetrekking	32
	Ad b. Rechtmatig belang	33
	Ad c. Bepaalde bescheiden	34
	Uitzonderingen	36
	Procedure	36
	Bewijsbeslag	37

I. Bewijsrecht

Het bewijsrecht bepaalt welke feiten, die door de partijen in het geding kenbaar zijn gemaakt, door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen (of moeten) worden gelegd en aan welke eisen moet zijn voldaan om feiten nader te mogen (of moeten) bewijzen. Tevens bepaalt het bewijsrecht wie, en op welke wijze, het bewijs dan mag (of moet) leveren en hoe dat bewijs wordt gewaardeerd.

De grondslag voor de beslissing van de rechter is gelegen in art 23 e.v. Rv.

Art. 23 Rv: de rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht.

Art. 24 Rv: de rechter onderzoekt en beslist de zaak op de aangevoerde grondslag, tenzij uit de wet anders voortvloeit.

Art. 25 Rv: de rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.

Dit wordt nader uitgewerkt in artt. 149 en 150 Rv.

In art 149 Rv is bepaald dat de rechter aangevoerde feiten voor vaststaand moet aannemen, tenzij:

- die feiten voldoende zijn betwist, of
- aanvaarding van die feiten leidt tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

Art. 150 Rv regelt vervolgens welke partij de *bewijslast* draagt van feiten die niet als vaststaand kunnen worden aangemerkt.

1.1 Grondslag van de vordering

De eiser zal een grondslag moeten aanvoeren voor zijn vordering, dat wil zeggen: hij zal in beginsel een rechtsgrond aan moeten voeren. Als hij dat niet doet, lijkt er geen man overboord te zijn. Art. 25 Rv bepaalt immers dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden moet aanvullen.

De rechtsgrond kan niet los van de feiten worden gezien: de feiten zullen de rechtsgrond en dus ook de vordering moeten kunnen dragen. Hoe ruimer de feiten zijn geformuleerd, hoe meer ruimte de rechter heeft om de rechtsgrond aan te vullen. Dat mag echter niet zo ver gaan dat de rechter zijn beslissing baseert op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd, omdat daardoor de wederpartij tekort wordt gedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen., aldus HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92 *Poort & Sienot/Stoppels* en HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 *Dimopoulos/erven Van Mierlo*.

Wees er daarbij op bedacht dat de rechter weliswaar de rechtsgronden moet aanvullen, maar dat het hem uitdrukkelijk niet is toegestaan feiten aan te vullen. De rechter mag zijn beslissing namelijk niet doen steunen op

rechtsfeiten die niet door een der partijen zijn aangevoerd en hij mag de vordering niet op andere feitelijke gronden toewijzen dan die waarop de eiser haar doet steunen. Dit is vaste jurisprudentie, zie o.a. HR 16 maart 1956, NJ 1958, 423 *Reisz/Tucar*; HR 3 januari 1958, NJ 1958, 94 *Kostelijk/Van den Beukel*; HR 13 november 1970, NJ 1971, 82 *De Joode/Voogt*.

De rechtsgrond kan met name worden gevonden in:

- Het materiële recht;
- Het gewoonterecht of ander ongeschreven recht (vgl. HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547 *Meijer/Toxopeus*);
- Vreemd recht (vgl. HR 20 maart 1931, NJ 1931, 890 en HR 22 februari 2002, NJ 2003, 483 *Duitse Zugewinnsgemeinschaft*);
- Gepubliceerde regels van een bestuursorgaan, vastgesteld binnen de grenzen van de bestuursbevoegdheid – geen ambtshalve toepassing (vgl. HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 *Leidraad AB*);
- Gepubliceerde rolrichtlijnen (HR 29 juni 1996, NJ 1997, 495 *De Nieuwe Woning/Staat*).

Tot de rechtsgronden die ambtshalve moeten worden aangevuld behoren:

- voorschriften van openbare orde;
- voorschriften betreffende de absolute rechterlijke bevoegdheid (HR 24 april 1981, NJ 1981, 494 *Maas/Stad Rotterdam* en HR 6 februari 2004, RvdW 2004, 116);
- regels van internationale rechtsmacht (HR 19 juni 1977, NJ 1979, 416 *Sanders/Van der Putte* en HvJ EG 15 november 1983, NJ 1984, 695 *Duijnstee q.q./Goderbauer*);
- competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter (HR 22 december 2000, NJ 2001, 66);
- vraag betreffende toegang tot de overheidsrecht (HR 20 juni 2003, NJ 2004, 659, JBPr 2003, 57 *Regge en Dinkel/Groot Salland*);
- niet ontvankelijkheid wegens berusting (art. 334 en 400 Rv, vaste rechtspraak, zie. HR 19 december 1952, NJ 1953, 588 *Geurs/Vermeulen*);
- appel- en cassatietermijnen (vaste rechtspraak, zie HR 1 november 1928, NJ 1929, 535; HR 6 april 1923, NJ 1923, 728; HR 16 juni 1978, NJ 1979, 232 *De Koning/Barneveldse Beek*; HR 10 november 2000, NJ 2001, 229 *Digitec/Nederlandse Antillen*);
- verplichting procureur te stellen (art. 123 Rv – althans tot de invoering van WO 30 815 Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch betalingsverkeer);
- openbare uitspraak van een vonnis (art. 26, 27 en 229 Rv);
- de vraag of een zaak zich leent voor een beslissing in kort geding (HR 8 januari 1965, NJ 1965, 162 *ETBI/Groothandelaren*) en of in het gegeven geval het belang van partijen de onverwijilde voorziening

vordert (HR 2 februari 1968, NJ 1968, 62).

1.2 Rechtsfeiten

Onder de *rechtsfeiten* worden verstaan de feiten die door partijen tijdens het geding ter kennis van de rechter zijn gebracht en die leiden tot toewijzing (of afwijzing) van de vordering.

Dat zijn niet alleen de feiten zoals die in processtukken aan de orde zijn gekomen, maar ook:

- de feiten die blijken uit bijlagen (producties) bij die processtukken, mits op die feiten in de bijlagen op duidelijke wijze een beroep is gedaan in het processtuk op zodanige wijze dat het de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat het voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren (HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814 *G. Holding/Nationale Nederlanden* en Gerecht Eerste Aanleg St. Maarten 13 december 1988, NJ 1992, 41 *Donahue/Explorer Ventures*) en de wederpartij daarop in redelijkheid heeft kunnen reageren;
- de feiten die blijken tijdens het proces, bij voorbeeld tijdens een comparitie, mits die feiten zijn opgetekend en met partijen zijn besproken.

De rechter mag de feiten niet aanvullen en evenmin mag hij beslissen op niet aangevoerde feiten. Het is dus zaak zo volledig mogelijk te zijn en alle feiten aan te voeren die kunnen bijdragen aan het beoogde doel, namelijk toewijzing, respectievelijk afwijzing, van de vordering.

Slechts feiten “van algemene bekendheid” of “algemene ervaringsregels” mag de rechter zelfstandig aan zijn beslissing ten grondslag leggen, ook als ze niet gesteld zijn (art. 149 lid 2 Rv.).

Volgens de MvT, pag. 35, betreft het *de zgn. notoire feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bron kan kennen*. Het is niet vereist dat het feit “duidelijk, ondubbelzinnig en in het oogspringend kenbaar moet zijn uit een voor ieder toegankelijke bron”, aldus HR 1 juli 1993, NJ 1993, 688, maar dat kan wel reden zijn om aan te nemen dat sprake is van een notoir feit.

Enige voorbeelden – ontleend aan de civiele rechtspraak, hoewel de strafrechtspraak een nog breder scala biedt.

Feiten van algemene bekendheid:

- het komt regelmatig voor dat bij garages autosleutels uit de bussen worden gehengeld en de daarbij behorende auto wordt gestolen, HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272 *Lage Landen/Kempenaar*;
- onzedelijk over kleding betasten kan psychische schade voor het slachtoffer tot gevolg hebben, Rb. Alkmaar 26 maart 2003, NJ 2003, 367;
- het bouwen van en omgaan met zelfgemaakt vuurwerk levert een zeer aanmerkelijk gevaar voor (ernstig) letsel op, Rb 's-Hertogenbosch 18 december 2002, NJ 2003, 88;
- een mes dat geschikt is om zachte puntbroodjes te snijden is zo scherp dat de gebruiker het gevaar loopt zich bij dat werk te snijden, HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 *Laudy/Fair Play*;
- lekkage aan brandstoftanks kan veel voorkomen waardoor bo-

demverontreiniging geenszins denkbeeldig is, HR 21 juni 2002, NJ 2004, 128 *Van den Akker/Helmond*;

- in de bodem opgeslagen olietanks zijn onderhevig aan corrosie en plegen daaraan na verloop van tijd te bezwijken ten gevolge waarvan de olie de tank kan verlaten en de bodem binnen dringt, HR 28 november 1997, NJ 1998, 658 *Durlinger/Laura Bakens*;
- ook bromfietsen die harder rijden dan 40-45 km/h worden als bromfiets gekocht en verkocht, Rb. 's-Gravenhage 24 april 2002, NJ 2003, 119 *Schipper/Axa*;
- een bepaald water – in casu Spaans water te Curaçao – is openbaar vaarwater, HR 5 juni 1992, NJ 1992, 539 *Spanish Water Resort/Van der Vlies*;
- makelaar in assurantiën is ter zake kundig op zijn vakgebied, HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 *Van der Graaf/La Comtesse*;
- bij de ziekte van Alzheimer in gevorderd stadium is psychiatrische begeleiding noodzakelijk, HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 *ZVA/B*;
- jongelui kunnen op feestjes baldadig worden en met elkaar slaags raken, Ktr. Bergen op Zoom, 29 november 1989, NJ 1990, 625 *Valk/Cornelissen*.

Algemene ervaringsregels:

- het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot een vermindering van de voorzichtigheid die nodig is om ongelukken te voorkomen, HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 *PTT Post/Baas*;
- de tijdsduur tussen het geven van een betalingsopdracht aan een bank en de dag waarop het te betalen bedrag wordt bijgeschreven op de rekening van degene voor wie betaling bestemd is, HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460 *Griffierecht*;
- er bestaan zekerder manieren om post tijdig aan de geadresseerde te doen bezorgen dan verzending per gewone post, HR 4 september 1998, NJ 1998, 828 *Waarbroek/H*;
- men dient er op bedacht te zijn dat dronken personen een paniekreactie vertonen en/of zich onberaden recalcitrant gedragen, Hof Amsterdam 28 november 1996, NJ 1999, 232 *W/Regiopolitie Amsterdam*;
- bij een nieuw product als een computerprogramma wordt het succes bij verkoop bevorderd door een zo groot mogelijke juridische en/of feitelijke exclusiviteit, Hof Arnhem 3 maart 1992, NJ 1992, 778 *Sassen/Kluwer*;
- een ondeugdelijke levering kan onder omstandigheden aanzienlijke schade voor de koper veroorzaken, HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 *De Kleijn/Van der Ende*;
- bestuurders van motorrijtuigen in donkere smalle straten concentreren zich, vooral wanneer het mistig is, op voorwerpen met een hoogte van tenminste 70cm boven de grond en op bewegende voorwerpen, niet op bewegingsloze voorwerpen die op de grond liggen (zoals een dronken man), Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 1982, NJ 1983, 166 *Waarborgfonds/Ziekenhuis Mijnstreek*;
- het zonder licht rijden op een fietspad met mogelijke tegenliggers vergroot het risico op het ontstaan van schade, HR 19 november 2004, NJ 2005, 553 *Naus/Van de Beuken*;
- van jongelui van 19 jaar die na discobezoek en alcoholgebruik (ten minste 30 glazen bier) gaan rijden kan worden verwacht dat de een 150 km per uur rijdt (waar 80 km per uur is toegestaan) en de ander uit bravoure aan het stuur trekt, HR 28 september 1990, NJ 1992, 619 *Staat/Delta Lloyd*.

De rechter hoeft niet te motiveren op grond waarvan hij een algemene ervaringsregel aanvaardt, aldus HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 898 *Driessen/Lochtenberg*.

Tevens mag de rechter “processuele feiten” aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Dat zijn immers feiten die in de loop van het geding ter kennis van de rechter zijn gekomen.

Te denken valt aan de vaststelling van verstek van de gedaagde, van een akte van niet dienen, het onttrekken van een procureur en het daarna geen verweer meer voeren e.d., maar ook aan de onzekere indruk die een getuige bij het afleggen van zijn verklaring maakte (eigen waarneming van de rechter tijdens het proces).

1.3 Toepasselijkheid van het bewijsrecht

De regels van het bewijsrecht zijn oorspronkelijk uitsluitend bedoeld voor de reguliere dagvaardingsprocedure.

1.4 Verzoekschriftprocedure

In de loop der tijd werden de regels evenwel ook van toepassing geacht op de *verzoekschriftprocedure* tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dat is sedert 1 januari 2002 gecodificeerd in art. 284 Rv.

Door de toevoeging “tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet” is het de rechter geoorloofd om aan een bewijsaanbod voorbij te gaan. Dit is in overeenstemming met de rechtspraak voor 1 januari 2002. Die rechtspraak behoudt dan ook gezag, zie HR 22 november 1996, NJ 1997, 205 *Boukacem/Martinair*; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 676; HR 29 september 2000, NJ 2001, 302 *Kuijper/ING*.

A.I.M. van Mierlo heeft in *TCR* 2001, pag. 84 – m.i. terecht - bepleit dat in zaken waarin een appelverbod geldt – zoals de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW – de regels omtrent het bewijsrecht in beginsel wèl toepasselijk zouden moeten zijn.

In verzoekschriftprocedures is de rechter niet beperkt tot de door partijen naar voren gebrachte getuigen, maar kan hij ook ambtshalve getuigen aanwijzen en door de griffier laten oproepen (art. 284 lid 2 Rv).

1.5 Kort geding

In *kort geding* is de voorzieningenrechter vrij een getuigenverhoor te weigeren als dat zou leiden tot het uitstellen van een beslissing die met spoed gegeven moet worden op grond van het feit dat de wederpartij in de gelegenheid moet worden gesteld aan zijn zijde ook getuigen te doen horen.

In kort geding zijn de regels van het bewijsrecht ten aanzien van de bewijsvoering (stelplicht) normaal van toepassing, het spoedeisende karakter van het kort geding kan evenwel noodzaken de regels ten aanzien van de bewijsvoering achterwege te laten. Met andere woorden: de kort gedingrechter mag de normale regels van het bewijsrecht toepassen, maar hij hoeft het niet (vgl. HR 21 april 1978, NJ 1979, 194 *Pfizer/Meditec*).

In de praktijk betekent dit dat in kort geding vrijwel nooit een getuigenverhoor wordt toegelaten. Een weigering getuigen te horen, hoeft niet te worden gemotiveerd, aldus HR 12 december 1975, NJ 1976, 495 *Akaha/Van Roon*. Het verdient derhalve aanbeveling in kort geding het getuigenbewijs

tot papieren vorm terug te brengen door (a) een voorlopig getuigenverhoor aan het kort geding vooraf te laten gaan, of (b) de verklaringen op schrift te laten zetten en bij de gedingstukken te voegen. Sommigen hechten er waarde aan dat die schriftelijke verklaringen ten overstaan van een notaris worden afgelegd en in een authentieke akte worden gerelateerd. De zin daarvan ontgaat mij nu de enige meerwaarde erin is gelegen dat de notaris de identiteit van de verklarenden vaststelt.

Als getuigenbewijs wordt toegelaten, zal de voorzieningenrechter in beginsel gebonden zijn aan de bepalingen van art. 163 e.v. Rv. Dat wordt in de praktijk veelal voorkomen door de meegebrachte personen niet te horen als getuigen (en daartoe te beëdigden) maar te horen als "informant".

1.6 Arbitrage

In *arbitrage* geldt – evenals voor de voorzieningenrechter in kort geding – dat het scheidsgerecht vrij is ten aanzien van de toepassing van de regels van het bewijsrecht (art. 1039 lid 5 Rv).

Zie HR 24 april 2009, JBPr 2009, 54 *IMS/Iran*
Het is in beginsel aan de beoordeling van het scheidsgerecht overgelaten of en in welke mate het partijen zal toestaan bewijs van hun stellingen te leveren, dat het daarbij niet gehouden is aan de regels van het burgerlijk procesrecht en dat de vrijheid van een scheidsgerecht om een bewijsaanbod te passeren slechts haar grens vindt waar dit in strijd komt met de eisen van een goede procesorde of met andere fundamentele beginselen van procesrecht.

Hier geldt evenwel dat indien getuigenbewijs wordt toegelaten, de andere partij in de gelegenheid moet worden gesteld tegenbewijs te leveren op grond van art. 1039 lid 1 Rv.

1.7 Informatieplicht partijen

Op grond van art. 111 lid 3 Rv moet de aanlegger van een procedure in de dagvaarding het hem bekende verweer van de gedaagde vermelden (*substantiëringsplicht*) en de bewijsmiddelen vermelden waarover hij kan beschikken, alsmede opgave doen van de getuigen die hij zou kunnen doen horen om zijn stellingen te bewijzen – voor zover hij in dat stadium weet dat die stellingen door de gedaagde worden betwist (*bewijsaandraagplicht*). Eenzelfde verplichting rust op de gedaagde die een reconventionele vordering wenst in te stellen (art. 137 Rv).

De substantiëringsplicht voor de eiser heeft geen betrekking op de stelplicht, evenmin als de bewijsaandraagplicht invloed heeft op de verdeling van de bewijslast in de zin van bewijsrisico. Het gaat hier louter om voorschriften die de efficiënte procesvoering dienen, te weten het eerder boven tafel krijgen van het geschil en de bewijsmogelijkheden. Art. 128 lid 5 Rv dat op de gedaagde bewijsaandraagplicht legt ten aanzien van de gronden van zijn verweer illustreert dat duidelijk, als men bedenkt dat de gedaagde in beginsel geen bewijsrisico heeft ten aanzien van de gronden van zijn verweer indien en voor zover dat slechts bestaat uit een weerspreken van de stellingen van de eiser (vgl. HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 *Probis/De Smedt* en de noot van Asser onder dat arrest)

Het achterwege laten van de verplichting getuigen op te geven, leidt niet tot nietigheid van de dagvaarding, maar de rechter kan bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken (art. 120 lid 4 Rv) en daartoe de pro-

cedure aanhouden. In de praktijk wordt de eiser vaak nog voor de eerst dienende dag geconfronteerd met een (standaard)briefje van de griffie met de mededeling dat verzuimd is getuigen op te geven.

Als aan het bevel van de rechter niet wordt voldaan, kan dat gevolgen hebben. Zie Ktr Zutphen, 14 mei 2002, LJN:AE2500, *Wehkamp* (waarin de kantonrechter vaststelde dat Wehkamp haar vordering in het licht van het gevoerde verweer onvoldoende heeft geadstrueerd maar ook overigens kennelijk niet over bewijsmiddelen beschikt en de vordering afwijst) en Vznr. Roermond, 28 februari 2002, LJN:AD9606, *Sint Jans Gasthuis* (waarin de voorzieningenrechter vast stelt dat eiser niet dan wel onvoldoende aan de substantiëring- en bewijsaandragplicht heeft voldaan en eiser niet ontvankelijk verklaart).

Als het verweer van gedaagde niet bekend is, is het zinvol dat in de dagvaarding te vermelden en uitdrukkelijk aan te geven dat de eiser zich, nu geen verweer bekend is, ontslagen acht van de bewijsaandragplicht van art. 111 lid 3 Rv. Dat voorkomt mogelijk een (standaard)briefje van de griffie.

Partijen zijn daarnaast verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (*waarheidsplicht* van art. 21 Rv). De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht (art. 22 Rv).

Een dergelijke bepaling kende ons oude wetboek niet. De bedoeling is, aldus de MvT *de bewuste leugen uit te bannen, daar deze in een modern procesrecht niet aanvaardbaar is*. De motivering is nogal gekunsteld; een bewuste leugen is in geen enkel rechtsstelsel aanvaardbaar geacht, ook niet in het oud vaderlands recht.

Zie bijvoorbeeld Hof van Holland, 17 januari 1735, Proces Civiel tusschen Louisa Johanna Junkers contra Jacob Pesters, uitgegeven op last van het Hof van Holland, 's-Gravenhage, 1735, *Pesters/Junkers*. Nadat juffrouw Junkers enige tijd in Leiden had gelogeerd en daar de jonheer Pesters had ontmoet, suggereerde Pesters jr. dat zij een amoureuze relatie hadden gehad. Juffrouw Junckers kon dit niet over haar kant laten gaan en verlangde rectificatie om haar kansen op de huwelijks markt niet te verkleinen. De procedure wordt gevoerd tussen moeder Junckers (als voogdes van haar dochter) en vader Pesters (als voogd voor zijn zoon) - de leeftijd voor meerderjarigheid lag toen nog aanmerkelijk hoger dan nu het geval is. Vader Pesters (Raad en Rekenmeester der Domeynen van Syne Hoogheid den heere Prince van Orange en Nassau) bracht brieven in het geding waaruit bleek dat de beide jongelui elkaar aanmerkelijk beter gekend hadden dan moeder Junckers deed geloven. In de loop van de procedure blijken die brieven echter alle door vader Pesters te zijn vervalst. Zodra het Hof van Holland dit ontdekt, ontbrandt het in toorn. Niet alleen worden de vorderingen van moeder Junckers integraal toegewezen en wordt bepaald dat zowel de uitspraak als het gehele procesdossier dient te worden gepubliceerd, maar tevens wordt vader Pesters in datzelfde vonnis veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf – overigens op eigen kosten – waartoe overwogen werd:

Hof van Holland, 17 januari 1735, *Pesters/Junkers*:
... en gereceteert gebruyk van valsche Documenten, en strekkende tot ...

expositie van deselven aan een hoogst Crimineel vervolg van de Justitie, en tot circumventie van den Rechter, en om de Justitie in gevaar te brengen van op valsche Documenten verkeert recht te doen, die in een Land van Justitie niet kunnen werden geleeden, maar anderen ten exempel ten hoogste strafbaar zyn. (... en dit genoemde gebruik van valse documenten, er toe strekkende dat hij zich bloot stelt aan een hoogst strafbaar feit en bedoeld om de rechter te misleiden en tevens bedoeld de rechtspraak in het gevaar te brengen dat verkeerd recht wordt gedaan op valse documenten, hetgeen in een rechtstaat niet aanvaardbaar is, maar anderen ten voorbeeld ten hoogste strafbaar is ...)

Onder het oude rechtsvordering bevorderde de rechter de waarheidsvinding door te schuiven met stelplicht en bewijslast. In dat verband is het de vraag of het nieuwe artikel een andere wijze van procederen zal bevorderen.

In de praktijk blijkt dat de substantiëringsplicht en de waarheidsplicht er toe bijdragen dat de relevante feiten in een vroeg stadium aan de rechter worden gepresenteerd.

Dat wordt overigens mede bevorderd doordat er niet op kan worden vertrouwd dat de feiten nog kunnen worden aangevuld ter gelegenheid van een comparitie of ter gelegenheid van re- en dupliek.

Bij de comparitie is men te zeer afhankelijk van de gang van zaken terwijl niet vaststaat dat er gelegenheid zal worden geboden voor re- en dupliek (art. 132 Rv).

De MvT verklaart art. 21 Rv onder meer met een beroep op § 138 ZPO terwijl latere kamerstukken (WO 26 855, nr. 16, pag. 22) aangeven dat sprake is van codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad.

HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 *Goosen/Goosen*:

Van bedrog in deze zin is reeds sprake wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. Dit zal zich onder meer voordoen wanneer een partij feiten als hiervoor bedoeld verzwijgt, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn.

In de jurisprudentie op § 138 ZPO kan wellicht nadere invulling van 21 Rv worden gevonden. Uit die rechtspraak blijkt dat weergave van een objectieve waarheid niet kan worden gevergd, maar dat er wel sprake dient te zijn van een weergave van datgene wat de partij meent de waarheid te zijn (subjectieve waarheid). Het is die partij mitsdien uitdrukkelijk niet toegestaan stellingen te poneren waarin hij zelf niet gelooft (BHG, LM § 828 Nr 1, Kblz JB 1978, 1341). Bovendien dient bij de weergave sprake zijn van een redelijke weergave, dat wil zeggen dat niet de meest gunstige weergave voor de eigen cliënt mag worden verkozen (BHG, NJW 1961, 828).

Een uitzondering op de informatieplicht geldt voor vertrouwelijke informatie.

Dat sprake is van vertrouwelijke informatie bevrijdt overigens niet van de bewijslast die op een partij rust. Wel kan de vertrouwelijkheid voor de rechter aanleiding zijn behandeling met gesloten deuren of slechts met toelating van bepaalde personen te bevelen (art. 27 lid 1 sub c Rv). In het huidige recht wordt overigens niet al te snel aangenomen dat er sprake is van vertrouwelijke informatie. Vgl. Hof Amsterdam, 8 januari 1998, NJ 1998, 750 *Ladarak/NSB Bank* waarin met betrekking tot een voorlopig getuigenverhoor, waarbij VSB Bank zich verweerde omdat zij er belang bij had dat haar veiligheidsmaatregelen niet in de openbaarheid kwamen, het verzoek werd

toegewezen.

Zie in dit verband met name ook HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 *Lightning Casino/Nederlandse Antillen*. In die zaak ging het om een bestuursrechtelijke procedure doch de oplossing is mogelijk ook bruikbaar in een civiele procedure. In dat arrest is bepaald:

De op partijen rustende verplichting om in het kader van een procedure ... inlichtingen te verstrekken dan wel stukken over te leggen geldt niet onder alle omstandigheden; gewichtige redenen kunnen een weigering om aan die verplichting te voldoen rechtvaardigen. ... Aangezien de rechter de vraag of gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot een bepaald stuk of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen in het algemeen niet zal kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van dat stuk of die inlichtingen, zal de rechter van de betreffende partij kunnen verlangen daaraan medewerking te verlenen door dat stuk of die inlichtingen uitsluitend ter kennisneming van de rechter over te leggen. Daarbij is van belang dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat de rechter, behoudens toestemming van de partij die het aangaat, slechts beslist op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven. Mocht de rechter tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan kan de betreffende partij desgewenst mededelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van het stuk of de inlichtingen, in welk geval aan de wederpartij dient te worden gevraagd of zij aan de rechter toestemming verleent mede op grond van dat stuk of die inlichtingen uitspraak te doen. Wordt een dergelijke mededeling door de betreffende partij niet gedaan, dan wel bedoelde toestemming door de wederpartij niet gegeven, dan brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de leden van de kamer die over de geheimhouding hebben beslist, geen deel uitmaken van de kamer die het geding daarna verder behandelt. In dat laatste geval zal de rechter bij de vervolgens aan de orde komende beoordeling, mocht hij tot het oordeel komen dat beoordeling niet mogelijk is zonder tenminste enige informatie over de geheim gehouden gegevens, en dat de vordering op die grond dan ook zou moeten worden af- of toegewezen, de betreffende partij in de gelegenheid kunnen stellen zodanige informatie alsnog te verstrekken.

Een laatste mogelijkheid om aan de gewenste geheimhouding te voldoen, is gelegen in art. 29 Rv, waarin de rechter de mogelijkheid is geboden aan partijen te verbieden mededelingen te doen aan derden omtrent gegevens uit een procedure. De sanctie is, blijkens de MvT, pag. 172, gelegen in art. 272 lid 1 Sr (een klacht delict!). Of het openbaar ministerie bereid zal zijn een eventuele klacht serieus te onderzoeken en tot vervolging over te gaan, lijkt mij aan twijfel onderhevig.

Art. 162 Rv bevat een species van art. 22 Rv en bepaalt dat de rechter aan partijen de openlegging van administratieve bescheiden kan bevelen. In een geding betreffende een jaarrekening kan dat – volgens de wettekst – ook op straffe van een ambtshalve dwangsom.

Het bevel van de rechter tot het overleggen van bescheiden ex art. 22 Rv kan, aldus de MvT, eveneens gepaard gaan met een dwangsom.

Nu op grond van 611a Rv een dwangsom echter nooit “ambtshalve” kan worden opgelegd (anders: M.B. Beekhoven van den Boezem, *TCR* 2003, 8 *De dwangsom ex artikel 162 lid 3 Rv*), moet worden geconstateerd dat de wetgever zich hier vergaloppeert. Wellicht is dat anders als de wederpartij uitdrukkelijk vordert, onder verbeurte van een dwangsom, dat bepaalde bescheiden in het geding worden gebracht. Hoe een dergelijke vordering zou kunnen worden ingesteld (bij wijze van voorlopige voorziening? Als incidentele vordering?) blijft echter in het ongewisse en laat dus nog wat ruimte voor creatieve geesten.

1.8 Stelplicht

De eiser dient de feiten zodanig te stellen dat die het door hem ingeroepen rechtsgevolg kunnen dragen (*stelplicht*).

Dat betekent dat niet alleen de relevante feiten moeten worden gesteld, maar bij voorkeur ook in een zodanige samenhang dat het ingeroepen rechtsgevolg daaruit logisch voortvloeit.

Nu de rechter de feiten niet mag aanvullen, dient (de advocaat van) eiser alle feiten te stellen die voor toewijzing van het ingeroepen rechtsgevolg van belang kunnen zijn. Van de advocaat mag daarbij worden verlangd dat hij *in beginsel rekening houdt met alle redelijkerwijs in aanmerking komende mogelijkheden die de rechter te zijner tijd ter zake van de beoordeling van de zaak zal kunnen kiezen*, aldus HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 *Beroepsfout opvolgende advocaten*.

Evenzo zal de verweerder in ieder geval de feiten moeten stellen die het verweer of het door hem ingeroepen rechtsgevolg kunnen dragen.

Onder omstandigheden mag de rechter echter het door de verweerder ingeroepen rechtsgevolg afleiden uit de door hem gestelde feiten.

Dat beide partijen dat “volledig” en “naar waarheid” moeten doen, volgt uit art. 21 Rv.

Het verweer kan de eiser noodzaken de aanvankelijk gestelde feiten aan te vullen.

Nu sinds 1 januari 2002 niet mag worden aangenomen dat de rechter re-en dupliek toestaat, doet de eiser er evenwel verstandig aan zich bij het opstellen van de dagvaarding in te leven in de mogelijk door de gedaagde te voeren verweren. Hij loopt anders het risico dat hij niet meer in de gelegenheid wordt gesteld de feiten aan te vullen. De eiser die aldus ingaat op het verwachte verweer, laadt daarmee geen extra bewijslast op zich, aldus HR 21 februari 1969, NJ 1969, 308 *Reyn/Hilwis*.

1.9 Bewijslast

Uit de stelplicht vloeit de *bewijslast* voort. Op grond van art. 150 Rv draagt degene die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten de bewijslast.

De wetgever gaat uit van een “gematigd objectiefrechtelijke theorie” voor het bewijsrecht.

De objectiefrechtelijke theorie gaat ervan uit dat de wijze van verdeling van de bewijslast in principe uit de wet zelf voortvloeit, zodat al op voorhand die verdeling vast staat om zo beter de kansen in een procedure te kunnen bepalen.

De subjectiefrechtelijke theorie gaat er van uit dat de rechter in ieder concreet geval een zo billijk mogelijke verdeling van de bewijslast dient vast te stellen.

In de “gematigd objectiefrechtelijke theorie” wordt primair uit gegaan van een verdeling van de bewijslast zoals die voortvloeit uit de wettelijke bepalingen, met dien verstande dat redelijkheid en billijkheid een andere verdeling met zich mee kunnen brengen.

Giesen *Bewijs en aansprakelijkheid* BJU, 's-Gravenhage 2001, pag. 102

formuleert de in Nederland geldende regel als volgt:

Elke procespartij dient de feiten te bewijzen welke minimaal noodzakelijk zijn om de elementen van de door haar ingeroepen norm, welke als grondslag voor haar vordering of verweer dient, als gegeven te kunnen beschouwen.

De bewijslast betreft enkel die feiten die:

- van belang zijn voor het ingeroepen rechtsgevolg;
- voldoende zijn betwist door de wederpartij;
- voldoende concreet zijn om zich voor bewijslevering te lenen;
- geen feiten van algemene bekendheid of ervaringsregels betreffen;

Het hebben van de bewijslast houdt tevens het risico in dat de te bewijzen feiten niet komen vast te staan (*bewijsrisico*). Als de te bewijzen feiten niet komen vast te staan, zal de partij die daarvan de bewijslast droeg in de regel in het ongelijk worden gesteld.

Uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan echter een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien.

1.10 Bijzondere regels

De bijzondere regel, die noopt tot een afwijking van de hoofdregel dat degene die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept de bewijslast draagt van de daartoe door hem gestelde feiten, staat expliciet in de wet, maar kan ook impliciet uit de wet blijken, bij voorbeeld door de term “wordt vermoed” of een “tenzij-clausule”.

Hieronder volgen enkele voorbeelden. Voor een uitgebreider overzicht zie Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer, Deventer 2004.

1.11 Expliciet in de wet:

2:138 BW in geval van vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid is de bestuurder in de gelegenheid te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is;

2:248 BW idem

1.12 Impliciet in de wet – wettelijk vermoeden:

43 en 45 Fw goede trouw wordt normaliter verondersteld, maar moet in geval van faillissements-pauliana worden bewezen;

3:46 BW in geval van vordering uit pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandeling verricht binnen één jaar wordt vermoed dat men benadeling wist;

- 3:119 BW bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn;
- 6:50 lid 1 BW twee achtereenvolgende kwitanties leveren het vermoeden dat ook eerdere termijnen zijn betaald;
- 6:50 lid 2 BW een kwitantie voor de hoofdsom doet vermoeden dat ook rente en kosten zijn voldaan;
- 6:174 BW degene die in de openbare registers staat ingeschreven als eigenaar van opstal of grond, wordt vermoed de bezitter van de opstal te zijn;
- 6:237 BW grijze lijst, bepaalde bedingen in algemene voorwaarden worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

1.13 Impliciet in de wet – tenzij-clausule:

- 3:298 BW oudste recht op levering gaat voor, tenzij uit de wet, de aard van de rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit;
- 6:48 BW schuldeiser komt in verzuim, tenzij de oorzaak van de verhindering hem niet kan worden toegerekend;
- 6:74 BW tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar tot schadevergoeding, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend;

1.14 Rechtspraak

Tevens zijn er bijzondere regels ontwikkeld in de rechtspraak.

HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 *Kasar-Kisacik/Stegeman*: Op de werkgever rust de bewijslast dat werkneemster ten tijde van het aangezegde ontslag (nog) niet zwanger is.

HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665 *Boekhandel de Tille* en HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440 *N/Tribulet*: de werkgever die op staande voet ontslaat wegens het niet afdragen door de werknemer van door hem ontvangen gelden (ook als die gelden “zwart” zijn) dient het gestelde te bewijzen.

1.15 Redelijkheid en billijkheid

Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de wettelijke verde-

ling van de bewijslast terzijde wordt gesteld. Dat kan enerzijds betekenen dat de bewijslast niet ligt op degene die volgens de hoofdregel dat ieder de door hem gestelde feiten dient te bewijzen, en anderzijds dat de bewijslast niet ligt op degene die krachtens een bijzondere regel de bewijslast zou hebben. De rechter die op grond van redelijkheid en billijkheid de bewijslast anders verdeelt, heeft geen verzwaarde motiveringsplicht, aldus HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 *Stad Rotterdam/Zonneveld*. Hij zal echter wel inzicht hebben te geven in de gedachtegang die hij daarbij heeft gevolgd, aldus HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419 *H/ABN AMRO*.

1.16 Omkering van de bewijslast

Van omkering van de bewijslast is sprake als de eiser niet de bewijslast – en het bewijsrisico – draagt van een bepaald feit, maar de verweerder zich van aansprakelijkheid kan bevrijden door te stellen en zonodig te bewijzen dat het betreffende feit zich niet heeft voorgedaan.

In de literatuur wordt wel aangenomen dat in alle gevallen, waarin sprake is van een afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv, een omkering van de bewijslast aan de orde is. Dus ook als uit een bijzondere regel of uit eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

Voorbeelden van omkering van de bewijslast:

7:658 BW: werkgever is aansprakelijk voor schade die de werknemer tijdens de werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij zijn verplichtingen is nagekomen of de schade aan de werknemer te wijten is.

Ex art. 3:70 BW staat de gevolmachtigde in voor het bestaan en de omvang van de volmacht. Als de volmacht niet bestaat of ontoereikend is, dient hij de wederpartij te brengen in dezelfde toestand als waarin die wederpartij zou hebben verkeert als er wèl een (toereikende) volmacht was geweest (het positief contractsbelang) . De pseudo-gevolmachtigde die zich erop beroept dat de wederpartij het positief contractsbelang niet zou hebben kunnen realiseren, draagt daarvan de stelplicht en de bewijslast, aldus HR 20 februari 2004, NJ 2004, 254 *Vreeswijk/Van Heekeren*.

Geen omkering van de bewijslast wordt gevormd door:

- een aanvullende stelplicht of verzwaarde motiveringsplicht (vgl. HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 *De Heel/Staat*);
- een ‘voorshands-bewezen-verklaring”, hiermee wordt de bewijslast niet verplaatst maar wordt een voorlopig oordeel gegeven over het reeds voorhanden bewijs van degene die het bewijsrisico draagt, met dien verstande dat uit de “voorshands-bewezen-verklaring” voortvloeit dat de wederpartij in de gelegenheid wordt gesteld *tegenbewijs* te leveren, vgl. HR 25 maart 1994, NJ 1994, 549 *Van Amesfoort/Wagenaar* en HR 8 april 1994, NJ 1994, 550.

1.17 Omkeringsregel

In HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 *St. Willibrord* heeft de Hoge Raad een omkeringsregel geformuleerd, op grond waarvan de bewijslast kan worden gelegd op de wederpartij van degene die zich op bepaalde rechtsgevolgen beroept. Die regel is nader uitgelegd in HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 *Ferry Service/NS*.

De verweerder hoeft evenwel niet zonder meer te verwachten dat de omkeringsregel wordt gehanteerd door de rechter – tenzij daar expliciet een beroep op is gedaan. Beide partijen doen er dus verstandig aan zo veel mogelijk te voldoen aan hun stelplicht.

De *omkeringsregel* houdt in dat op grond van redelijkheid en billijkheid een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv: Op grond van de omkeringsregel wordt het bewijs van het causaal verband tussen schade enerzijds en onrechtmatige daad of tekortkoming anderzijds omgekeerd; degene die wordt aangesproken tot schadevergoeding dient te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder de onrechtmatige daad of de tekortkoming zou zijn ontstaan. De omkeringsregel komt er feitelijk op neer dat het causaal verband voorshands aannemelijk worden geacht

Op grond van HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 *Ferry Service/NS* is voor toepasselijkheid van de omkeringsregel vereist:

- de schending van een norm, die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van de schade te voorkomen;
- het specifieke gevaar wordt door de normschending in het algemeen vergroot;
- in het concrete geval is aannemelijk gemaakt dat het specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt;

Voor het bewijs is het vervolgens voldoende “aannemelijk te maken” dat de schade ook zonder de normschending zou zijn ontstaan.

1.18 Bewijslevering bij geschrifte

Voor *schriftelijk bewijs* is geen voorafgaande rechterlijke toelating vereist: de schriftelijke stukken worden eenvoudigweg als “Productie” bij de dagvaarding of conclusie gevoegd dan wel bij akte in het geding gebracht.

Maak in het processtuk, waarbij de schriftelijke bescheiden zijn gevoegd, duidelijk kenbaar wat uit de betreffende bijlage zou moeten blijken op zodanige wijze dat het de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat het voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren (HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814 *G. Holding/Nationale Nederlanden* en Gerecht Eerste Aanleg St. Maarten 13 december 1988, NJ 1992, 41 *Donahue/Explorer Ventures*) en de wederpartij daarop in redelijkheid kan reageren.

Ik geef er zelf de voorkeur aan dat de processtukken als één doorlopend verhaal kunnen worden gelezen, zonder dat de lijn onderbroken moet worden om tussendoor een productie te lezen. Daartoe verdient het aanbeveling relevante passages uit de productie als citaat in het processtuk op te

nemen. Hetzelfde geldt overigens voor het “in-scannen” van foto’s e.d. in de tekst.

De bescheiden moeten zo tijdig in het geding worden gebracht dat de wederpartij voldoende gelegenheid heeft gehad van de bescheiden kennis te nemen en er adequaat op te reageren, bij gebreke waarvan de rechter de bescheiden niet bij zijn beslissing mag betrekken..

Dat geldt ook voor het in het geding brengen van bescheiden ter gelegenheid van een comparitie of een mondelinge behandeling in kort geding. De rechter dient – ook ambtshalve – er op te letten dat partijen voldoende gelegenheid hebben gehad van de stukken kennis te nemen en er adequaat op te reageren. Hij zal daarvan in zijn uitspraak of in het proces-verbaal moeten doen blijken. Zie HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 *Dipasa/Huyton*.

Tot schriftelijk bewijs kunnen alle geschriften dienen. Geschriften zijn alle dragers van verstaanbare leestekens.

Geschriften worden voor het bewijsrecht onderscheiden in *gewone geschriften* en *akten*. Akten zijn de geschriften die zijn ondertekend en dienen tot (burgerlijk) bewijs (art. 156 lid 1 Rv). Gewone geschriften zijn alle andere schriftelijke bescheiden, dus niet ondertekend en/of niet dienend tot bewijs.

Als de akten zijn opgesteld door een daartoe bevoegde ambtenaar, spreken we van *authentieke akten* (art. 156 lid 2 Rv). Alle andere akten zijn *onderhandse akten*.

Authentieke akten leveren dwingend bewijs op van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid heeft waargenomen, zij het dat tegenbewijs open staat (art. 157 Rv).

Degene die zich beroept op de onjuistheid van de inhoud van de akte, zal dat gemotiveerd moeten uitleggen. Indien die uitleg voldoende wordt geacht, rust de bewijslast op degene die van de akte gebruik maakt. Zie nader onder Bewijswaardering

Een éézijdige onderhandse akte waarin een schuldbekentenis is opgenomen, levert slechts dwingend bewijs op als (a) de akte geheel met de hand is geschreven, of (b) een goedschrift bevat die de geldsom voluit in letters vermeldt (art. 158 lid 1 Rv).

Welke schriftelijke bescheiden in de procedure worden gebracht, staat niet (meer) ter vrije beoordeling van de partij die de stukken onder zich heeft.

Te wijzen valt op de volgende bepalingen.

De eigen partij beschikt over stukken: door in een processtuk een beroep te doen op een schriftelijk stuk ontstaat de verplichting een afschrift van dat schriftelijk stuk bij het processtuk te voegen, tenzij dat al eerder gebeurd is of de wederpartij verklaart geen afschrift te verlangen (art. 85 lid 1 Rv). Dat is veeleer een procedure-voorschrift dan een bewijsrechtelijke regel: als het beroep op het stuk bestaat uit een citaat uit het betreffende

stuk en de juistheid van het citaat wordt betwist, is hij pas gehouden het stuk in het geding te brengen of op andere wijze de juistheid van het citaat aan te tonen – indien dat voor het ingeroepen rechtsgevolg noodzakelijk is.

De rechter wenst bepaalde stukken (alsnog) te zien: art. 22 Rv en art. 162 Rv bieden hem de mogelijkheid ieder der partijen te bevelen de stukken in het geding te brengen, eventueel versterkt met een dwangsom ex art. 611a Rv, resp. art. 162 lid 3 Rv. Blijkens Parl. Gesch. NRv, pag. 157, kan een procespartij verzoeken om toepassing van art. 22 Rv en zal een gemotiveerd verzoek door de rechter niet zonder meer naast zich neer mogen worden gelegd. De in art. 162 lid 3 Rv genoemde “ambtshalve” dwangsom moet worden beschouwd als een kennelijke vergissing van de wetgever, nu een ambtshalve dwangsom in strijd is met de Gemeenschappelijke MvT op de (Benelux) Eenvormige Wet betreffende de dwangsom (Trb. 1974, 6); zie ook BNL-Hof 2 april 1984, NJ 1984, 704 *Valois/Elit* en HR 25 mei 1990, NJ 1991, 354 *Waldorp/Mediameervoud*.

De wederpartij beschikt over stukken: art. 843a Rv opent de mogelijkheid afschrift van die stukken te verkrijgen, eventueel versterkt met een dwangsom ex art. 611a Rv. Zie HR 18 februari 2001, NJ 2001, 259 *News International/ABN AMRO*; Rb. Zutphen 7 mei 2003, NJ 2003, 480 *Rabobank Harderwijk/Leisureplan*; Rb. Amsterdam 18 januari 2005, JBPr 2006, 56 *Nieuwkoop/Nissan* en Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, JBPr 2006, 52 *Van Art/Brabantse Delta*. Zie ook § 1.31.

Een derde beschikt over stukken: art. 843b Rv biedt de mogelijkheid afschriften te verkrijgen, eventueel versterkt met een dwangsom ex art. 611a Rv.

1.19 Aanbod bewijs door getuigen

Voor *getuigenbewijs* is voorafgaande rechterlijke toelating vereist. Het bewijsaanbod moet dan ook gericht zijn op het verkrijgen van die rechterlijke toelating, die zich uit in een bewijsopdracht bij tussenvonnissen.

Indien het bewijs door getuigen wordt aangeboden moet de rechter een verzoek toestaan (art. 166 lid 1 Rv) indien de te bewijzen aangeboden feiten zijn betwist en het horen van getuigen tot een beslissing van de zaak kan leiden.

Bewijsaanbod betreft in beginsel betwiste feiten die tot een beslissing kunnen leiden.

Het is niet noodzakelijk per “feit” aan te geven wat een getuige kan verklaren. Het verdient de voorkeur – maar is in eerste aanleg niet noodzakelijk – de namen van de te horen getuigen te vermelden – tenzij dat voortvloeit uit art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv ten aanzien van de getuigen die het bekende verweer kunnen weerleggen. Het verdient de voorkeur (en is in hoger beroep vrijwel noodzakelijk) een bewijsaanbod gespecificeerd te doen, door aan te geven welke feiten door getuigen bewezen zouden kunnen worden.

Het is omstreden of een aanbod een “naar tijd, plaats en verdere omstandigheden gepreciseerde opgave omtrent bepaalde handelingen van personen of andere gebeurtenissen” dient te betreffen (Rb. Den Bosch, 16 februari 1972, NJ 1972, 441 *Stork/Meyn*) en “pertinent en concludent” dient te zijn. Voor degene die het zekere voor het onzekere wil nemen volstaat dus niet: “Onder protest van gehoudenheid biedt <partij> bewijs aan van zijn stellingen door alle middelen rechtens, speciaal door getuigen”, maar:

“<Partij> is van mening dat op hem geen bewijslast rust. Uitsluitend voor het geval daarover anders geoordeeld mocht worden, biedt hij bewijs aan

van zijn stellingen, meer in het bijzonder – doch niet uitsluitend – de stellingen dat (...) door alle middelen, waaronder bewijs door getuigen, waaronder mevrouw Catharina Klaassen en de heer Johan Klaassen”.

Een bewijsaanbod kan ook betrekking hebben op stellingen die berusten op gegevens “van horen zeggen” van derden, nu die voor bewijs vatbaar zijn, aldus HR 17 oktober 2003, NJ 2003, 721 *Arends en Van Kampen/Tuinenburg*. Dat neemt niet weg dat bij de waardering van een afgelegde verklaring, die slechts “van horen zeggen” is, weinig waarde aan de getuigenverklaring kan worden toegekend en het “bewijs” als onvoldoende kan worden gepasseerd. De rechter hoeft niet te motiveren waarom hij aan de verklaring van een getuige geen geloof hecht of daaraan minder gewicht toekent dan aan die van andere getuigen, zie HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 *Van Kooten/Wilmink*.

Een bewijsaanbod dient in beginsel bij dagvaarding, conclusie of akte te worden gedaan, dus niet bij pleidooi. Een bij pleidooi gedaan bewijsaanbod mag – niet: moet – worden gepasseerd.

Bijzonder aandacht is vereist voor het bewijsaanbod in *hoger beroep*, vooral als het aanbod strekt ter completering van reeds in eerste aanleg geleverd bewijs.

Vermeld in de memorie:

- de namen van de alsnog aan te brengen getuigen (art. 353 lid 1 Rv, HR 6 november 1981, NJ 1982, 148 *Van der Pauw/Kraan*; HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 341 *Franken/Fuik*; HR 13 februari 1998, NJ 1999, 560 en HR 19 juni 1998, NJ 1998, 777);
- een pregnante samenvatting van wat zij kunnen verklaren (is niet noodzakelijk, zie HR 21 juni 1991, NJ 1991, 726 *Clarisse/Plokhaar*, maar wel raadzaam);

Indien de getuigen ook in eerste aanleg zijn gehoord, moet een goede reden worden gegeven voor de herhaling van het verhoor, zie HR 1 november 1991, NJ 1992, 27 *Husing/Hinze*. Vermeldt dus wat zij “meer en anders” kunnen verklaren.

Als de getuigen – anders dan in eerste aanleg – in hoger beroep wel bereid of in staat zijn te verschijnen, hoeft niet te worden aangegeven waarom dat het geval zou zijn, aldus HR 24 juni 1994, NJ 1994, 593 *Mitic/Askovis* en HR 10 september 1993, NJ 1994, 272 *De Kraa/Van der Bruggen*.

Een onvoldoende gespecificeerd bewijsaanbod mag worden gepasseerd, zie HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814 *G. Holding/Nationale Nederlanden* en HR 18 september 1992, NJ 1993, 49 *FNV/Caro Beheer*.

Een op zich correct bewijsaanbod mag niet worden gepasseerd vanwege een slechte prognose van de kans dat het bewijs geleverd zal kunnen worden, zie onder andere HR 21 mei 1999, NJ 2000, 13 *Pleasure Island/Delray Resorts*; HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 *VNP/Havry*. Dit geldt ook voor een prognose van de betekenis van verklaring van een partijge-

tuige, aldus HR 1 november 1991, NJ 1992, 26 *Rijkers/Beroepsonderwijs* en HR 1 november 1991, NJ 1992, 27 *Husing/Hinze*.

1.20 Tegenbewijs

Onder *tegenbewijs* wordt verstaan het bewijs dat wordt geleverd door de partij die niet het bewijsrisico draagt.

Een aanbod om tegenbewijs te leveren door middel van getuigen hoeft niet uitdrukkelijk te worden gedaan, en hoeft niet te worden gespecificeerd – anders dan een normaal bewijsaanbod (HR 9 januari 1998, NJ 1998, 899).

Door het eerder door de wederpartij geleverde bewijs is immers al duidelijk wat met het tegenbewijs wordt beoogd te bewijzen of te ontkrachten, zie HR 9 januari 1999, NJ 1999, 413; HR 10 december 1999, NJ 2000, 637; HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 *Vellekoop/Wilton Feyenoord*.

Tegenbewijs door middel van geschriften zal steeds geleverd kunnen worden door de geschriften in het geding te brengen. Zoals voor alle bewijs door middel van geschriften is hiervoor geen rechterlijke toelating nodig en mitsdien geen tegen-bewijs aanbod.

Tegenbewijs kan worden geleverd door feiten te bewijzen die de reeds bewezen feiten onaannemelijk maken of uitsluiten. Het kan er ook in bestaan dat de bewijsmiddelen of bewijsconstructies van de andere partij worden ontkracht. Noodzakelijk is, aldus HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468, dat het reeds geleverde bewijs door het tegenbewijs wordt ontzenuwd.

Tegenbewijs is in enkele gevallen uitgesloten.

Geen tegenbewijs mogelijk:

- tegen een deskundigentaxatie, art. 275 K;
- tegen het vermoeden van kwade trouw in geval van faillissementspauliana (art. 47 Fw en HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 *Loeffen q.q./Mees en Hope*);
- tegen bepaalde verklaringen die door de wegvervoerder op de vrachtbrief zijn gesteld (art. 8:1124 BW);
- tegen de “worden geacht”-clausules
- zie bijv. art. 1:90 BW, 2:63c BW, 2:154 BW, 2:195 BW, 2:264 BW, 3:30 BW, 4:192 BW, 6:175 BW, 6:255 BW, 7:45 BW, 7:253 BW, 7:566 BW en 8:411 BW

1.21 Bewijsovereenkomst

Bij een *bewijsovereenkomst* sluiten partijen met het oog op een eventueel later te voeren geding een overeenkomst waarbij zij een regeling treffen voor het te leveren bewijs, die afwijkt van de wettelijke regeling (art. 153 Rv).

Dat afwijkende karakter kan er in bestaan dat bepaalde bewijsmiddelen worden uitgesloten of dat aan bepaalde bewijsmiddelen een andere be-

wijskracht zullen hebben dan wettelijk is geregeld. Ook kan in een bewijs-overeenkomst worden overeengekomen dat tegenbewijs is uitgesloten. In dat geval is sprake van een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 lid 3 BW.

Reden om een gesloten bewijsovereenkomst buiten toepassing te laten kan bestaan in:

- de bewijsovereenkomst heeft betrekking op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan - veelal familierechtelijke gevolgen (art. 153 Rv);
- de bewijsovereenkomst is onder invloed van een wilsgebrek tot stand gekomen;
- redelijkheid en billijkheid zich tegen toepasselijkheid van de bewijs-overeenkomst verzet;
- de bewijsovereenkomst is vervat in algemene voorwaarden en sluit bewijslevering door de consument uit of beperkt hem in bewijslevering, of wijzigt de verdeling van de bewijslast in het nadeel van de consument, als strijdig met art. 6:236 onder k BW;
- de bewijsovereenkomst maakt deel uit van consumentenkoop en wijkt ten nadele van de koper af, als strijdig met art. 7:6 BW;
- ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden lijdt, als strijdig met art. 7:658 lid 2 BW.

1.22 Erkentenis

Een *gerechtelijke erkentenis* (art. 154 Rv) is geen bewijsmiddel, maar maakt bewijslevering overbodig.

Ook hier geldt dat als een erkentenis zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, de rechter ondanks de erkentenis bewijs kan verlangen.

De erkentenis geldt alleen in het geding waarin zij wordt gedaan, aldus de MvT.

Aan een erkentenis, afgelegd in een ander geding, kan de rechter slechts vrije bewijskracht ontleenen.

De gerechtelijke erkentenis kan zowel schriftelijk (bij processtuk of als productie) worden gedaan als mondeling (HR 23 december 1943, NJ 1944, 141).

Voor de gerechtelijke erkenning is vereist dat sprake is van een uitdrukkelijk en ondubbelzinnig erkennen. Een eenmaal afgelegde erkenning is alleen te “herstellen” wanneer zij onder invloed van dwaling is afgelegd. Daarvan is slechts sprake wanneer men door een misverstand tot een erkenning is gekomen die men anders niet zou hebben gedaan, aldus HR 1 februari 2002, NJ 2002, 121 *Boender/Cornelissen*.

Op grond van het leerstuk van het “gedekt verweer” zal een eenmaal afgelegde erkenning ook in hoger beroep niet meer “hersteld” kunnen worden. Kortom: weest voorzichtig met het afleggen van een gerechtelijke erkenning en voor de rechtshulpverlener geldt dat hij probere niet door een gerechtelijke erkenning door de cliënt – in strijd met de reeds gewisselde processtukken – te worden overvallen door voor de procedure uitgebreid door de cliënt over de feiten te worden geïnformeerd.

1.23 Onrechtmatig bewijs

In het civiel proces doet het er betrekkelijk weinig toe op welke wijze bewijs is verkregen. Het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs hoort dan ook veeleer thuis in het strafrecht en niet in het civiel procesrecht.

Als uitzondering daarop heeft te gelden als de bewijsvergaring, bij voorbeeld een bandopname van een telefoongesprek, een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert (art. 8 EVRM).

- Het ongemerkt opnemen van een zakelijk telefoongesprek levert geoorloofd bewijsmateriaal op (HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 *Driessen/Van Gelder*);
- De vrouw mag aan de hand van een FIOD-rapport opgemaakt tegen haar man in een alimentatieprocedure bewijzen dat de man meer inkomsten heeft dan hij opgeeft (HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702);
- De vrouw mag afschriften behouden en de inhoud als bewijs bezigen tegen de man, ook als het tegenover de man onrechtmatig is de stukken onder zich te houden (HR 1 juli 1982, NJ 1983, 682);
- Een serieus vermoeden dat een werknemer geld verduistert rechtvaardigt een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (HR 27 april 2001, NJ 2001, 421);
- Idem voor een serieus vermoeden dat bijstandfraude wordt gepleegd (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 *Edamse bijstandmoeder*).

1.24 Getuigenbewijs

Aan de hand van de bij tussenvonnis gegeven bewijsopdracht moet het getuigenverhoor (enquête) worden voorbereid. Daarbij rijzen vier vragen:

Wie kunnen niet getuigen? (Negatieve keuze van getuigen);

Wie weet wat en waarom? (Positieve keuze van getuigen);

Hoe worden getuigen opgeroepen?

Hoe worden getuigen aangezegd aan griffier en wederpartij?

In beginsel is iedereen verplicht te getuigen (art. 165 lid 1 Rv), dat geldt ook voor een partijgetuige, zie HR 19 februari 1993, NJ 1994, 344 *Goosen/Goosen* en HR 8 mei 1998, NJ 1998, 606. De gedaagde kan dus door de eiser, en de eiser door de gedaagde, als getuige worden voorgebracht.

Op dit beginsel bestaan echter uitzonderingen:

- verwanten tot in de tweede graad en levenspartners hebben een verschoningsrecht (art. 165 lid 2 sub a Rv), tenzij sprake is van een familierechtelijk geschil (art. 284 lid 3 Rv);
- geheimhouders uit hoofde van hun beroep of ambt hebben een verschoningsrecht omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 165 lid 2 sub b Rv).

Advocaat

HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 *Panholzer/Pancuk*;
HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174 *Mr. Schad*.

Notaris

HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 *Slager q.q./Mr. Maas*;
HR 25 september 1992, NJ 1993, 467 *Mr. Van Eijck/Tomol*;
HR 11 maart 1994, NJ 1995, 2 *Holland en Teeuwen*;
HR 18 december 1998, NJ 20900, 341 *Van Olst/Ontvanger*;
HR 15 oktober 1999, NJ 2001, 42 *Kilbarr/Holland en Teeuwen*;
HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 *Herengracht/De Jonge Urbach*
m.b.t. de notaris als partij-getuige.

Juridische medewerker bureau voor rechtshulp:

HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 176 *Mr. Brouwer/Zürich*.

Medicus

HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016 *Dr. Bos*
HR 23 november 1990, NJ 1991, 761 *Westra*.

Een beroep op een verschoningsrecht komt slechts toe aan een verschenen getuige, nadat hem een bepaalde vraag is gesteld en dan nog slechts met betrekking tot die specifieke vraag (HR 11 februari 1994, NJ 1994, 336 *Kers*).

Geen verschoningsrecht komt toe in zijn algemeenheid aan een gezinsvoogd, een assurantieadviseur, een registeraccountant, een socioloog, een belastingadviseur, een lid van de gemeenteraad, een journalist (HR 11 november 1977, NJ 1978, 399 *Van der Lek*), juridisch medewerker van een vakbond.

Iedere getuige kan een beroep doen op een verschoningsrecht bij gevaar voor veroordeling wegens een misdrijf (art. 165 lid 3 Rv);

Degenen die de betekenis van de eed niet kunnen beseffen en jeugdigen (jonger dan 16 jaar) kunnen buiten ede worden gehoord met beperkte bewijskracht (art. 177 lid 3 Rv).

Een behoorlijke voorbereiding vereist dat de advocaat zich zelf van de kwaliteit van de getuigen vergewist, zo mogelijk vóór de enquête. Dat mag echter niet ontaarden in hersenspoeling van de getuigen. Iedere (schijn van) beïnvloeding moet worden vermeden.

Voor advocaten geldt bovendien Gedragsregel 16: Personen die door de wederpartij als getuige zijn aangezegd of kennelijk zullen worden aangezegd, zal de advocaat vóór het verhoor niet mogen horen, tenzij het de eigen cliënt betreft of personen in dienst van of in een bijzondere relatie tot de cliënt.

Punten ter voorbespreking zijn onder meer:

- Wat weet de getuige en waarop is zijn wetenschap gebaseerd?

- De betekenis van de eed/gelofte;
- De personalia;
- Gang van zaken tijdens de enquête en hoe de rechter wordt aangesproken;
- De getuigengelden.

1.25 Oproeping van getuigen

Getuigen moeten worden opgeroepen bij exploit of aangetekende brief (art. 170 lid 1 Rv), ten minste één week voor de enquête.

In de praktijk wordt veelal volstaan met een oproeping per normale brief, waarbij aan de advocaat van de wederpartij afschriften worden gezonden met in de begeleidende brief de zinsnede "ik vertrouw u met deze wijze van oproepen graag akkoord".

Let bij de oproep op de volgende punten:

- de oproeping moet dag, uur en plaats van het verhoor vermelden;
- de oproeping dient de te bewijzen feiten te vermelden.

Volsta daarbij niet met het overtypen van de bewijsopdracht, maar vertaal die bewijsopdracht in begrijpelijk Nederlands. Noem daarbij de partijen zo veel mogelijk bij hun naam en dus niet "eiser in conventie" of "gedaagde in reconventie" o.i.d.
- de oproeping moet de gevolgen, die verbonden zijn aan het niet verschijnen ter zitting, vermelden.

Neem bij voorbeeld het volgende in de oproep op:

"Voor de goede orde maak ik u er op attent dat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten aanzien van de als getuige opgeroepene de volgende bepalingen bevat.

art. 165 Rv

-1. Een ieder, daartoe op wettige wijze opgeroepen, is verplicht getuigenis af te leggen.

-2. Van deze verplichting kunnen zich verschonen:

a. de echtgenoot en de vroegere echtgenoot dan wel de geregistreerde partner en de vroegere geregistreerde partner van een partij, de bloed- of aanverwanten van een partij of van de echtgenoot of van de geregistreerde partner van een partij, tot de tweede graad ingesloten, een en ander tenzij de partij in hoedanigheid optreedt;

b. zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.

art. 170 Rv

-2. De oproeping maakt melding van dag, uur en plaats van het verhoor, van de feiten waaromtrent bewijs moet worden geleverd en van de gevolgen, verbonden aan het niet verschijnen.

art. 171 Rv

Indien een bij aangetekende brief opgeroepen getuige niet ter terechtzitting verschijnt, bepaalt de rechter op verzoek van de belanghebbende partij een dag waartegen de getuige bij exploit kan worden opgeroepen.

art. 172 Rv

De rechter kan bevelen, dat de op een oproeping bij exploit niet ter terechtzitting verschenen getuige door de openbare macht voor hem wordt gebracht op een door hem te bepalen dag en uur om aan zijn verplichting te voldoen.

art. 173 Rv

Indien een getuige weigert zijn verklaring af te leggen, kan de rechter op verzoek van de belanghebbende partij bevelen, dat hij op kosten van die partij in gijzeling zal worden gesteld, totdat hij aan zijn verplichting zal hebben voldaan, met dien verstande dat de gijzeling ten hoogste een jaar kan duren.

art. 178 Rv

De opgeroepen getuige, die niet ter terechtzitting verschijnt, of verschenen zijnde, weigert de eed of zijn verklaring af te leggen, kan worden veroordeeld tot vergoeding van de vergeefs aangewende kosten, onverminderd zijn aansprakelijkheid tot schadevergoeding indien daartoe gronden zijn."

- deel mee dat de rechter na afloop van het verhoor zal vaststellen welke vergoeding aan de getuige moet worden betaald (art. 182 Rv). Vraag eventueel een recent loonstrookje mee te nemen als aanspraak gemaakt wordt op loonderving of reiskostenvergoeding, alsmede om een rekeningnummer waarop de vergoeding kan worden overgemaakt.

Dit stelt de getuige in de gelegenheid alvast na te denken over de hoogte van de te vorderen vergoeding (dat kan veel discussie ter gelegenheid van het getuigenverhoor voorkomen), terwijl het er tevens toe kan bijdragen dat de getuige ter zitting weet wat het nummer is van de rekening waarop de schadeloosstelling dient te worden gestort.

Op grond van art. 182 Rv kan aan getuigen een schadeloosstelling worden toegekend voor hun verschijning ter gelegenheid van het getuigenverhoor. Het betreft een vergoeding voor de gemaakte reiskosten en gedeelde inkomsten.

Het Besluit Tarieven in Strafzaken – zoals dat luidt sinds 1 oktober 2003 – is van toepassing. De in dat Besluit genoemde vergoedingen zijn echter ten enenmale onvoldoende en worden dan ook in de praktijk niet toegepast.

Zo bepaalt art. 8 BTS dat aan getuigen een vergoeding wegens tijdsverzuim toekomt van € 6,81 per uur. De vergoeding per uur wordt naar boven afgerond op een half uur, terwijl per dag maximaal negen uur wordt vergoed (art. 9 BTS).

Deze uurvergoeding is veelal onvoldoende om het tijdsverzuim te vergoeden. In de praktijk wordt dan ook meestal uitgegaan van de door de getuige opgegeven werkelijke verletkosten. Dat is evenwel ten onrechte.

De vergoeding ex art. 182 Rv heeft het karakter van een schadeloosstelling. Dat betekent dat de werknemer in loondienst in beginsel geen schadevergoeding toekomt (anders W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, Kluwer, Deventer 2002, pag. 144).

Op grond van art. 4:1 Wet arbeid en zorg heeft de werknemer immers recht op verlof met behoud van loon wanneer hij zijn arbeid niet kan verrichten wegens een door de wet of overheid, zonder geldelijke vergoeding, opgelegde verplichting. Het verschijnen als getuige is onmiskenbaar een uit de wet voortvloeiende verplichting. Dat blijkt onder meer uit de mogelijkheid een niet verschenen getuige door de openbare macht te laten opbrengen en de onwillige getuige zo nodig te laten gijzelen (artt. 172 en 173 Rv).

Er is bovendien sprake van een verplichting waar geen geldelijke vergoeding tegenover staat, zoals eertijds het geval was bij het voldoen aan de militaire opkomstplicht. Daar stond uitdrukkelijk een vergoeding tegenover. Bij de getuige is dat niet het geval. Dat de getuige, die schade lijdt, die schade - desgevorderd - vergoed kan krijgen is iets anders. Voordat sprake kan zijn van een vergoeding van schade moet immers eerst sprake zijn van schade. De werknemer lijdt pas schade als hij zijn loon derft. Dat loon derft hij niet omdat hij voldoet aan een wettelijke verschijningsplicht waar geen vergoeding tegenover staat.

Ook voor de directeur grootaandeelhouder geldt dat hij in loondienst is en

derhalve geen aanspraak kan maken op vergoeding van geleden schade, bestaande uit het tijdsverzuim.

Bij een zelfstandig ondernemer dient men er op bedacht te zijn dat niet maatgevend is het door hem gehanteerde uurtarief, als wel de gederfde winst na belastingheffing. Dat laatste is immers de feitelijke schade

Voor reis- en verblijfkosten wordt eveneens een vergoeding toegekend (art. 11 BTS), die:

gelijk is aan de reiskosten per openbaar middel van vervoer, laagste klasse dan wel een kilometervergoeding van € 0,28 per kilometer indien openbaar vervoer niet of niet voldoende mogelijk is, alsmede verblijfkosten tot ten hoogste € 37,85 per dag, met inbegrip van overnachting; het tarief voor de vergoeding van het gebruik van een eigen auto bedraagt ten hoogste € 0,28 per kilometer.

2. Het aantal retourkilometers, bedoeld in het eerste lid, onder a, wordt berekend naar de kortste reisroute, met dien verstande dat voor de eerste vier retourkilometers geen vergoeding wordt gegeven.

Ook voor de reis- en verblijfkosten zijn in de praktijk de daadwerkelijk gemaakte kosten veelal maatgevend.

De aan de getuigen toegekende vergoeding moet op grond van art. 182 Rv in het proces-verbaal van getuigenverhoor worden vermeld. Dat heeft met name een praktische reden. Aan de hand van het proces-verbaal kan vervolgens worden bepaald welke kosten zijn gemaakt en geacht moeten worden deel uit te maken van de proceskosten.

- Zorg voor voldoende voorschot om de getuigengelden (taxe) te kunnen betalen. De advocaat staat voor de voldoening van die gelden in (Gedragsregel 32).

Ten slotte bepaalt art. 182 Rv dat de aan de getuige verschuldigde schade-loosstelling dient te worden voldaan door de partij die de getuige heeft voortgebracht. Het is de partij die de schade dient te vergoeden, niet de advocaat. Toch gaat Gedragsregel 32 er van uit dat de advocaat van de betreffende partij heeft in te staan voor de voldoening van de getuigengelden. In dat geval doet de advocaat er dan ook verstandig aan van de cliënt voldoende fonds te hebben verkregen.

1.26 Opgeven getuigen

De getuigen moeten worden opgegeven aan de griffier en de wederpartij bij brief, tenminste een week voor de enquête (art. 170 lid 1 Rv).

De opgave moet voor iedere getuige bevatten (art. 177 Rv):

- Voornamen (liefst voluit) en naam;
- (zo mogelijk) geboortedatum;
- adres en woonplaats;
- eventuele bijzondere banden met een procespartij (dienstbetrekking, verwantschapsgraad enz.).

Besteed ook aandacht aan de volgorde waarin de getuigen moeten worden gehoord.

Getuigen worden buiten tegenwoordigheid van de nog niet gehoorde getuigen verhoord (art. 179 Rv), maar dat geldt niet voor een voor te brengen getuige die tevens partij is in de procedure. Om te voorkomen dat hij zijn verklaring afstemt op die van de overige getuigen wordt vrijwel altijd de getuige die partij is in de procedure als eerste gehoord.

Als de eigen cliënt is belast met het bewijs en u wilt zowel de eigen cliënt als de wederpartij als getuige horen, geldt uitsluitend de verklaring van de eigen cliënt als afgelegd door een partij-getuige (art. 164 lid 2 Rv). Het kan de (schijn van) betrouwbaarheid van die partij-getuige ten goede komen als eerst de wederpartij wordt gehoord – buiten aanwezigheid van de partij-getuige – en vervolgens de partij-getuige – al dan niet in aanwezigheid van de wederpartij.

1.27 Incidenten tijdens getuigenverhoor

Tijdens de enquête kunnen zich problemen (incidenten) voordoen. De meest voorkomende zijn de volgende.

– **De getuige verschijnt niet;**

Vraag een nadere dagbepaling (art. 171 en 172 Rv). Roep de getuige zodanig alsnog op bij exploit. Als hij dan wederom niet verschijnt, kan hij – op een nieuwe nadere dag – door de politie worden voorgebracht. Het is overigens de vraag of men hoge verwachtingen moet hebben van een getuige die op deze wijze tot verschijning gebracht moet worden.

De nadere dag kan ook dienen om de niet verschenen getuige te vervangen door een of meer andere (Hof 's-Hertogenbosch, 16 juni 1959, NJ 1960, 562 *Heydrich/B*). Maar het voorbrengen van zeven getuigen in plaats van de ene, niet verschenen, getuige, is te veel van het goede en strijdig met een goede procesorde, aldus Rb. Amsterdam 11 november 1938, NJ 1939, 288.

– **De getuige weigert de eed of gelofte;**

De getuige mag niet gehoord worden, dit volgt uit art. 177 lid 2 en 4 Rv. Hij mag wel worden gegijzeld – tenzij het een partijgetuige betreft (art. 173 lid 1 Rv).

– **De getuige weigert verklaring af te leggen;**

De weigering berust vrijwel steeds op een vermeend verschoningsrecht. Op dat incident moet de rechter-commissaris ter enquête beslissen. Wie een dergelijk incident verwacht, doet er verstandig aan de rechter-commissaris vooraf te informeren, zodat hij zich kan voorbereiden.

De beslissing van de rechter-commissaris is vatbaar voor hoger beroep, zowel voor partijen als een van hen in het ongelijk is gesteld, als de getuige (hoewel hij geen partij was bij de procedure, is hij wel partij bij die uitspraak), zie HR 17 januari 1986, NJ 1987, 352 *Geïllustreerde Pers/NMB*.

De beslissing van de rechter is soms een vonnis, soms een beschikking. De advocaat moet zelfstandig beslissen of de benaming correct is en mag niet afgaan op de rechter of de griffie. In beide gevallen is de appeltermijn drie maanden. Indien – eventueel op grond van een fout van de rechter – op onjuiste wijze (bij dagvaarding in plaats van beroepschrift of andersom) hoger beroep is ingesteld, biedt de wisselbepaling van art. 69 Rv uitkomst.

In extreme gevallen kan de gijzeling van de weigerachtige getuige worden bevolen, m tenzij het een partijgetuige betreft (art. 173 Rv). De kosten van de gijzeling dienen te worden voorgeschoten door de belanghebbende par-

tij.

– De getuige spreekt niet de waarheid;

Een onder ede gehoorde getuige is verplicht de waarheid te spreken. Die norm heeft de getuige in acht te nemen tegen eenieder, dus niet enkel jegens de procespartijen. Overtreding van de norm is niet alleen een strafbaar feit (meineed, zie art. 207 Sr) maar ook tot risico-aansprakelijkheid, namelijk (a) jegens allen die als gevolg van overtreding van de norm schade kunnen leiden en (b) ter vergoeding van alle schade die aan de getuige op de voet van art. 6:98 BW als gevolg van de overtreding kan worden toegerekend (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2008, LJN BG3587).

Wees er evenwel op bedacht dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de getuigenverklaring die door de rechter niet wordt gevolgd bij de waardering van het bewijs en de getuigenverklaring die opzettelijk in strijd is met de waarheid.

– De getuige verstoort de orde tijdens de zitting;

De rechter kan hem laten verwijderen (art. 27 lid 2 Rv).

1.28 Getuigenverhoor

De getuigen worden niet door partijen gehoord, maar door de rechter ondervraagd (art. 179 lid 1 Rv). Dat betekent echter niet dat de advocaten van partijen er passief bij zitten. Let speciaal op de volgende punten:

- Stel te voren een lijst op van alle punten die bij het verhoor aan de orde moeten komen. Zie er op toe dat de daarop betrekking hebbende vragen ook inderdaad worden gesteld, maar laat eerst de rechter zijn gang gaan. Houd je kruit droog totdat je de gelegenheid krijgt aanvullende vragen te stellen.

- Wees zowel tegen de rechter als tegen de wederpartij en de getuigen ferm maar beleefd.

Een discussie met de rechter of een getuige tijdens de enquête dient voor zoveel mogelijk worden voorkomen. Als het noodzakelijk is, vanwege bij voorbeeld een wanordelijk of onrechtmatig verloop van de enquête, wees dan pertinent in de bezwaren. Uiteraard mag (en een fatsoenlijk advocaat moet) bezwaar maken tegen de handelwijze van de rechter die de tweede getuige van de wederpartij, de eerder door de eerste getuige afgelegde verklaring voorleest en volstaat met de vraag: "klopt dat?" Dit is immers in flagrante strijd met art. 163 Rv.

Zorg er wel voor dat de discussie gefundeerd is. Bedenk "tegenspel leveren buiten de grens van het redelijke is onzin", aldus J. Leyten, *Het genie van de eenzijdigheid*, Adv. Bl. sept. 1974.

- Zorg dat het dossier op orde is en dat u het volledig beheerst.

Dit geldt voor iedere situatie dat partijen bij elkaar zijn. Ongeacht de vraag of het gaat om (schikkings)onderhandelingen, een comparitie, enquête of pleidooi.

Ook van de rechter mag verlangd worden dat hij zich goed heeft voorbereid. Als dat niet het geval blijkt te zijn, kan het zinvol zijn – buiten aanwe-

zigheid van partijen en getuigen – de rechter te suggereren een leespauze in te lassen, nu de indruk bestaat dat het hem aan de tijd heeft ontbroken de zaak voor te bereiden. Zorg er wel voor dat zo'n suggestie kan worden gestaafd en wees uiterst behoedzaam in de formulering. Zoals ik zelf heb ervaren wordt een dergelijk voorstel niet snel in dank afgenomen – aan de andere kant: u hebt weinig te verliezen en een goede behartiging van de belangen van uw cliënt kunnen meebrengen dat u uw nek uitsteekt.

- Zie er op toe dat u de getuigen niet intimideert en dreig nooit met meenedklachten tenzij u ook werkelijk bereid bent die klacht in te dienen en de klacht een serieuze kans van slagen heeft (art. 207 en 207a Sr).

Dat is hooguit anders wanneer de getuige met authentiek materiaal kan worden geconfronteerd waaruit zijn leugenachtigheid blijkt.

- Let er op dat de getuigen zo veel mogelijk de redenen van wetenschap opgeven.

Voorbeeld: waarom weet u dat het gesprek in juni 2001 plaats vond? Antwoord: omdat ik mij herinner dat het de dag voor mijn 50^e verjaardag (17 juni 2001) was en mijn vrouw en ik het stijl druk hadden.

- Stel zo weinig mogelijk vragen aan getuigen die door de wederpartij zijn voorgebracht.

- Stel aan de door de wederpartij voorgebrachte getuigen gesloten vragen (te beantwoorden met “ja” of “neen”) en aan de eigen getuigen open vragen.

Daarmee kan – enigszins- worden voorkomen dat de getuige van de wederpartij uitgebreid de kans krijgt allerlei informatie te verstrekken die de visie van de wederpartij ondersteunt.

- Pas bijzonder goed op dat het relaas zo veel mogelijk in de door de getuige gebruikte bewoordingen wordt gedictieerd door de rechter. Vraag zo nodig aan de getuige of het dictaat inderdaad zijn mening verwoordt. Maak daartoe notities van wat de getuige zegt, zodat je op verschillen in nuancering kunt wijzen.

Een enkele rechter-commissaris heeft de gewoonte de verklaring van de getuige stukje bij beetje – soms zelfs zin na zin – in het proces-verbaal te laten opnemen. Daartegen moet met kracht geprotesteerd worden, want aldus ontstaat een volstrekt vertekend beeld, zeker als later – na aanvullende vragen – nuancerings moeten worden aangebracht.

Probeer dergelijke incidenten buiten tegenwoordigheid van de getuigen (en partijen) uit te vechten, bij voorbeeld door vóór het verhoor met de rechter te overleggen of door tijdens de enquête schorsing voor dergelijk overleg te vragen. Je bent dan “onder elkaar” (met rechter en advocaat van de wederpartij) en hebt beter de gelegenheid je verzoek met nadruk te adstrueren. De advocaat van de wederpartij zal je meestal bijvallen.

Wijs er zo nodig op dat de getuigenverklaringen zo duidelijk uit het proces-verbaal moeten blijken, dat ook de appel- of cassatierechter er nog wijs uit kan worden.

- Imiteer geen Anglo-Amerikaanse kruisverhoormethodes.

Die doen het wellicht goed in Amerika – getuige televisie programma's als Perry Mason, Matlock en JAG – maar passen niet in de Nederlandse traditie of in de wettelijke regeling van het getuigenverhoor.

1.29 Rechterlijk vermoeden

Bij een rechterlijk vermoeden is sprake van een (voorlopige) vaststelling van de feiten of van een waardering van het bewijs ten behoeve van het formuleren van een bewijsopdracht.

Een rechterlijk vermoeden wordt over het algemeen geformuleerd als "voorshands is aannemelijk geworden...".

Het rechterlijke vermoeden kan alleen worden gebaseerd op vaststaande feiten, die tezamen kunnen leiden tot het ingeroepen rechtsgevolg.

Tegen het door de rechter geformuleerde vermoeden, staat tegenbewijs open.

Verwant aan het rechterlijke vermoeden is de *gevolgtrekking die de rechter geraden acht*.

In dat geval trekt de rechter conclusies uit het procesgedrag van een procespartij. De bevoegdheid daartoe is de rechter verleend in een aantal wettelijke bepalingen en is als sanctie verbonden aan:

Art. 21 Rv het niet voldoen aan de verplichting feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, waarna de rechter de bewijslast van de nalatige partij kan verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag kan presenteren. Ook kan de rechter nadere stellingen van de nalatige partij buiten beschouwing laten wegens strijd met de goede procesorde (Parl. Gesch. NRv, pag. 149).

Art. 22 Rv het niet opvolgen van een rechterlijk bevel tot informatieverschaffing;

Art. 88 Rv niet verschijnen ter gelegenheid van een comparitie van partijen, een weigering om te antwoorden of een weigering het proces-verbaal te ondertekenen;

Art 162 Rv niet voldoen aan rechterlijk bevel tot openlegging administratieve bescheiden;

Art. 164 Rv niet verschijnen van een procespartij ter gelegenheid van een verhoor als partij-getuige, een weigering om te antwoorden of een weigering de verklaring te ondertekenen;

Art. 179 Rv verklaring van een procespartij ter gelegenheid van een getuigenverhoor, afwezigheid tijdens getuigenverhoor, een weigering om te antwoorden of een weigering de verklaring te ondertekenen;

Art. 196 Rv niet tijdige voldoening van het voorschot voor deskundigen, waarna de rechter daarmee in de verdere procedure ten nadele van de niet betalende partij rekening zal moeten houden. Is het deskundigenbericht gelast om de rechter voor te lichten over een feitelijke kwestie die partijen verdeeld houdt, dan zal de rechter derhalve in beginsel uit moeten gaan van de juistheid van het standpunt van de andere dan de nalatige partij (aldus Parl.Gesch. NRv, pag. 373, zie ook Hof Leeuwarden, 24 januari 2007, NJF 2007, 191 *De Granaet*);

Art. 198 Rv weigering medewerking te verlenen aan een onderzoek door deskundigen, zie HR 26 maart 2004, RvdW 2004, 54, LJN:AO1330 *Levob* en HR 22 februari 2008, RvdW 2008, 256, LJN:BB3676 *Fortis ASR*.

De geraden gevolgtrekking wordt betrekkelijk veel benut.

HR 26 maart 2004, JBPr 2004, 37 *X/Levob* eiseres vordert letselschade en onderwerpt zich in dat verband aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek door een arts. Vervolgens beroept zij zich op inzagerecht

(art. 7:464 BW) en – nog – niet op blokkeringsrecht. HR overweegt dat aan beroep op blokkeringsrecht de sanctie van de geraden gevolgtrekking is verbonden (art. 198 Rv.)

Hof Arnhem 27 juli 2004, JBPr 2005, 56, Eiser, een buitenlandse vennootschap, laat daags voor de comparitie na antwoord weten niet te zullen komen en evenmin op eventuele volgende comparities;

Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2004, JBPr 2005, 26 *Seijdell/WS. Volksbelang*, waarin gedaagde weigerde mee te werken aan een plaatsopname in haar huurwoning (art. 21 Rv.);

Ktr Zwolle 29 maart 2005, JBPr 2005, 61 *A Accounts/ODP*, waarin eiser verhinderd is comparitie bij te wonen "wegens een spoedopname in het ziekenhuis", hetgeen naderhand slechts blijkt te zijn "het prikken voor cholesterolprofiel".

Ktr Zwolle 29 maart 2005, Prg. 2005, 68 waarin eiser een paar uur voor de aanvang van de comparitie na antwoord laat weten wegens een spoedopname in het ziekenhuis verhinderd te zijn, er blijkt echter sprake van een afspraak voor een bezoek aan de polikliniek

Hof Amsterdam 7 april 2005, JBPr 2005, 69, door een fout van de procureur verschijnen eisers niet ter comparitie na antwoord.

Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2005, JBPr 2005, 73, wegens verblijf in het buitenland verzoekt eiser om uitstel van de comparitie na antwoord. De comparitie vindt niettemin doorgang.

Rb. Alkmaar 13 juli 2005, NJF 2005, 377 *Wiering/Wiering*, waarin sprake was van een optelsom: gedaagde (in reconventie) weigert bescheiden te verstrekken, voldoet niet aan rechterlijk bevel documenten over te leggen en verschijnt zonder opgave van een valide reden niet ter comparitie.

Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005, JBPr 2006, 24 *Van der Horst/Pracht*, waarin Van der Horst ter ondersteuning van haar vordering een door Pracht getekende overeenkomst in het geding brengt, de handtekening blijkt evenwel gekopieerd te zijn van een ander stuk.

HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 *Janssen/Hobbelen*, gedaagde verschijnt, zonder opgave van redenen, niet ter comparitie van partijen (art. 88 Rv);

Rb Roermond 18 oktober 2006, LJN AZ 1233 *Koenen/X*, waarin Koenen (een accountantskantoor) bewust had verzwegen dat de door haar in rechte te incasseren facturen oorspronkelijk ten name waren gesteld van een BV, en niet ten name van gedaagde, de bestuurder van de BV(art. 21 Rv.);

Voor een geldige toepassing van de geraden gevolgtrekking, is wel vereist dat de rechter inzicht geeft in de gevolgde gedachtegang.

HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 *Janssen/Hobbelen*:

Weliswaar geeft art. 88 lid 4 Rv de rechter de bevoegdheid uit een niet-verschijnen ter comparitie de gevolgtrekking te maken die hij geraden acht, maar ook voor deze beslissing geldt dat zij ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

Voorts moet als uitgangspunt gelden dat de rechter slechts ervan kan uitgaan dat een partij een verweer heeft prijsgegeven, indien dat, uitdrukkelijk of stilzwijgend, op ondubbelzinnige wijze is geschied.

Een en ander brengt, in een geval, zoals het onderhavige, waarin de rechter op grond van de proceshouding van een partij oordeelt dat die partij haar verweer heeft prijsgegeven, mee, dat de rechter in de motivering van zijn beslissing tot uitdrukking brengt op grond van welke feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat dit prijsgeven ondubbelzinnig voortvloeit uit de proceshouding van die partij.

1.30 Bewijswaardering

Voordat de rechter toe kan komen aan de waardering van het voor-

handen bewijs, dient hij de aanwezige bewijsmiddelen te beoordelen op toelaatbaarheid. Bescheiden die niet zo tijdig in het geding zijn gebracht dat partijen voldoende gelegenheid hebben gehad van de stukken kennis te nemen en zich over die stukken uit te laten, dienen buiten beschouwing te worden gelaten (HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 *Dipasa/Huyton*).

Volgens art. 152 lid 2 Rv is de waardering van het bewijs “aan het oordeel van de rechter” overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt (*vrije bewijsleer*). In bepaalde gevallen geldt bewijs evenwel als *dwingend bewijs*, hoewel daartegen – anders dan het woord doet vermoeden – wel tegenbewijs tegen open staat (art. 151 Rv).

Dwingend bewijs:

- de uitwendige bewijskracht van een authentieke akte (art. 159 lid 1 Rv);
- de formele bewijskracht van een authentieke akte;
- een onderhandse akte waarvan de ondertekening als juist vaststaat (art. 159 lid 2 Rv);
- een op tegenspraak gewezen, in kracht van gewijsde gegaan, Nederlands strafvonnis t.a.v. het daarin bewezen verklaarde feit (art. 161 Rv);
- een door de rechtbank afgegeven verklaring van vermoedelijk overlijden (art. 1:417 lid 2 BW).

Aan de rechter komt een zeer grote mate van beoordelingsvrijheid toe bij de waardering van het bewijs. Dat ontslaat de rechter overigens niet van de plicht de beslissing zodanig te motiveren dat voldoende inzicht wordt gegeven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang teneinde die controleerbaar en aanvaardbaar te maken, aldus HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 *Finkenburgh/Van Mansum*. Bij die bewijswaardering kan de rechter best wat hulp gebruiken. Daartoe kan na een getuigenverhoor de conclusie na enquête dienen.

Indien de conclusie na enquête zich beperkt tot het herkauwen van wat de getuigen hebben gezegd is zij een volstrekt zinloze exercitie, die de procedure nodeloos vertraagt. Probeer dat dus te vermijden: de rechter heeft veelal de getuigenverhoren bijgewoond (art. 155 lid 1 Rv) en ook als dat niet het geval was kan hij de getuigenverklaringen zelf lezen. Hij heeft daar echt geen hulp bij nodig, zodat een dergelijke conclusie enkel irritatie oproept.

Getuigenverklaringen plegen niet op zichzelf te staan, doch staan naast andere bewijsstukken (correspondentie, taxatierapport, akten). Een enquête is geslaagd wanneer al deze bewijsmiddelen één consistent geheel vormen, die tot één bepaalde conclusie dringen. Geef op deze wijze reliëf aan de getuigenverklaringen.

Daarbij verdient de partijgetuige bijzondere aandacht, wegens de daaraan verbonden onvolledige bewijskracht (art. 164 lid 2 Rv). Indien de verklaring van de partijgetuige betrekking heeft op feiten waarvoor

die partij het bewijsrisico draagt, dan kan die verklaring alleen in haar voordeel werken als er al een begin van bewijs is, blijkend uit geschriften of uit getuigenverklaringen. De verklaring van de partij-getuige kan dat begin van bewijs completeren. Is er geen steunbewijs dan kan de verklaring in ieder geval geen bewijs in het voordeel van deze partij opleveren, maar wel – afhankelijk van de inhoud van het verklaarde – in haar nadeel. Die beperkte bewijskracht is evenwel niet van toepassing op de getuigenverklaring van de procespartij die niet belast is met het bewijs, aldus HR 7 april 2000, NJ 2001, 32 *Meijering & Benus/Meijer Vastgoed*; HR 17 januari 2003, NJ 2003, 176 *Durinck/Pavema* en HR 4 april 2008, NJ 2008, 201 *Robur Metaaltechniek*.

Onder “partij” in de zin van art. 164 lid 1 wordt verstaan “de procesvoerende partij”, onverschillig of zij voor zichzelf dan wel als vertegenwoordiger van een ander als procespartij optreedt (HR 22 juni 1956, NJ 1956, 665 *Van der Krol q.q./Groefheer*; HR 9 januari 1942, NJ 1942, 302 *Boezeman/Busch*; HR 20 maart 1964, NJ 1964, 413).

De bestuurder van een procesvoerende rechtspersoon (statutair directeur of anderszins bevoegd in rechte op te treden voor de rechtspersoon) wordt als partij aangemerkt, zie HR 22 december 1995, NJ 1995, 22 *Reprotechniek/Traugott* en HR 22 december 1995, NJ 1995, 23 *Masteco/Top-Pharm*. De beperkte bewijskracht geldt evenwel niet voor de directeur die geen bestuurder is (zie Concl. A-G Wesseling-van Gent voor HR 23 mei 2008, LJN:BC8689 *E&T/HM* ad 2.5).

De echtgenoot van een procesvoerende partij is niet te beschouwen als partij-getuige, ook al kan de rechter bij de waardering van het bewijs rekening houden met de bijzondere relatie tot de procespartij (HR 1 november 1996, NJ 1997, 83).

1.31 843a Rv procedure

Art. 843a bepaalt dat degene die daarbij rechtmatig belang heeft, op eigen kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn voorgangers partij is.

Te onderscheiden zijn de volgende bestanddelen die cumulatief vereist zijn:

- a. Rechtsbetrekking
- b. Rechtmatig belang
- c. Bepaalde bescheiden

Ad a. Rechtsbetrekking

Er dient sprake te zijn van een rechtsbetrekking tussen degene die inzage wenst en degene die de bescheiden onder zich heeft. Die rechtsbetrekking hoeft niet voort te vloeien uit een overeenkomst, maar

kan ook voortspruiten uit onrechtmatige daad (Vzngr. 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPr 2006, 25 *Wijbenga/Eisenkolb*).

Discussabel is of de vordering zich dient te richten tot de partij met wie de rechtsbetrekking bestaat, en of niet ook een dergelijke vordering kan worden ingesteld tegen een derde.

Uitsluitend tegen partij bij rechtsbetrekking:

HR 11 maart 1994, NJ 1995, 3 *Killbarr/Holland en Teeuwen*; HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259 *News International/ABN AMRO*; Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, JBPr 2003, 63 *Van de Beukel/Van Gool*. Rb Middelburg 18 januari 2006, LJN AY7116; Hof Arnhem 29 augustus 2006, LJN AY9096

Ook mogelijk tegen derde:

Hof 's-Gravenhage 20 mei 2003, S&S 2004, 59; Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005, 23; Vzngr Rotterdam 25 november 2004, NJF 2005, 2 *CS/Ocean* Vzngr. Middelburg 6 juli 2006, LJN AZ0501 en J. Ekelmans *De exhibitieplicht in kort bestek*, Paris, Zutphen 2007, pag. 23 en J.R. Sijmonsma *art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed* Ars Aequi, Nijmegen 2007, pag. 42

Ad b. Rechtmatig belang

In sommige gevallen bestaat er op grond van de wet aanspraak op inzage in bescheiden. In dat geval is het overbodig het "rechtmatig belang" nader te onderbouwen.

Zie bijv de volgende inzagerechten.

- | | |
|---|--|
| Art. 2:120/212 BW: | aandeelhouder in besluiten van de vennootschap; |
| Art. 3:187 BW: | deelgenoten in een gemeenschap in algemene boedelbescheiden; |
| Art. 4:16 BW: | erfgenamen onderling ter vaststelling van hun aanspraken; |
| Art. 4:39 en 4:78 BW: | vruchtgebruiker resp. legitimaris, niet erfgenaam, in alle bescheiden die hij nodig heeft voor de berekening van het hem toekomende; |
| Art. 7:259 BW: | huurder ter vaststelling van de servicekosten; |
| Art. 7:433 BW: | handelsagent ter berekening van zijn provisie; |
| Art. 7:456 BW: | patiënt in zijn medisch dossier; |
| Art. 7:619 BW: | de werknemer met een omzetafhankelijk loon in de relevante administratie ter berekening van zijn loon; |
| Art. 8:165 BW: | leden van een rederij in bescheiden met betrekking tot het gevoerde beheer; |
| Art. 17d Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie: | inzage in adoptiebescheiden; |
| Art. 15d Wet op de naburige rechten: | kunstenaar of producent ter berekening van de hem toekomende vergoeding ten aanzien van naburige rechten. |

Het recht op inzage kan ook blijken uit de tussen partijen gesloten overeenkomst.

Daartoe dient m.i. ook gerekend te worden de bepaling dat de administratie van de crediteur – meestal een bank – dwingend bewijs oplevert van de omvang van de schuld. In dat geval zal de crediteur desverlangd inzage in de betreffende administratie moeten verschaffen.

Als het inzagerecht niet is gebaseerd op een specifieke wettelijke bepaling of op de tussen partijen gesloten overeenkomst, komt inzage

slechts toe indien er een rechtmatig belang bij inzage is. Voor het “rechtmatig belang” komt het er op grond van de wetsgeschiedenis *in beginsel op aan, of een partij een onredelijk (of: “unfair”) voordeel geniet of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald (bewijs)stuk in de procedure niet als bewijsmiddel ter beschikking komt.*

Het gestelde belang mag niet gelegen zijn in een *fishing expedition* of in het verzamelen van gegevens teneinde aan de hand daarvan in te kunnen schatten of een eventuele vordering opportuun is, de rechtsgrondslag van die vordering te bepalen en de relevantie te beoordelen van de middelen die in dat verband kunnen worden aangevoerd (vgl. HvJ EG 28 april 2005, JBPr 2005, 47 *St. Paul/Unibel*).

Onvoldoende belang:

- De gevraagde bescheiden zijn niet relevant voor de beoordeling van het gestelde geschil (Rb Maastricht 7 maart 2002, LJN AE0630,; Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, LJN AM7927);
- Kennisname van video-opnamen teneinde de authenticiteit vast te stellen (HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 *K/Aegon*);
- Kennisname van stukken in hoofdzaak door de gedaagde in vrijwaring zonder toelichting (HR 8 april 2005, JOL 2005, 210);
- De enkele stelling dat sprake is van een “rechtens relevant belang” (HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259);

Ad c. Bepaalde bescheiden

Tot de bescheiden van art. 843a Rv behoren alle op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, aldus de laatste zin van art. 843a Rv, dus niet enkel papieren bescheiden maar tevens digitale.

Een uitzondering wordt gevormd door authentieke akten die geen openbaar karakter op grond van de wettelijke regeling die van toepassing is op e ambtenaar die de akte heeft opgesteld, aldus Veegens-Wiersma *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken* Tjeenk Willink, Zwolle 1988, pag. 115 en 157. Beperkingen met betrekking tot de gehoudenheid afschriften te verstrekken gelden voor: :

- De notaris, tenzij het betreffen afschriften van akten aan (a) partijen en rechtverkrijgenden onder algemene titel; (b) degenen die een *rechtstreeks belang* hebben bij een recht dat geheel of gedeeltelijk in een akte is verleend (art. 49 Wet Notarisambt);
- De ambtenaar van de burgerlijke stand, tenzij de verzoeker een *gerechtvaardigd belang* heeft bij een afschrift of uittreksel van akten van de burgerlijke stand (art. 1:23b BW);
- De gerechtsdeurwaarder, tenzij de verzoeker partij of rechtsopvolger is (art. 18 lid 2 Gerechtsdeurwaarderswet);

Slechts *bepaalde* bescheiden kunnen worden verlangd. Het gaat erom dat in het licht van de vordering voldoende duidelijk is om welke bescheiden het gaat en om welke reden zij van belang zijn (aldus Sijmonsma *art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed* Ars Aequi, Nijmegen 2007, pag.38). Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan dat betekenen dat de verlangde bescheiden stuk voor stuk (geïndividualiseerd) dienen te worden aangegeven. De ver-

zoeker hoeft niet bekend te zijn met de concrete inhoud van het opgevraagde stuk, maar dient wel wetenschap te hebben met betrekking tot het bestaan van het stuk of de stukken.

Onvoldoende bepaald:

- Mogelijk bestaande bescheiden (Rb 's-Gravenhage 27 juli 2005, LJN AU5178 *Honeywell/Apollo* en Rb Arnhem 21 december 2005, S&S 2007, 9 *Verhey/EFL*);
- Slechts naar hun aard omschreven bescheiden (Rb Rotterdam 5 april 2006, NJF 2006, 618 *Van Holstein/Teco*);
- Alle schriftelijke stukken en gegevensdragers die ter beschikking staan onder de verweerder, de notaris, de makelaar en onder de verkopers van een registerzaak om te kunnen aantonen dat verweerder op de hoogte was van de onrechtmatige voorgeschiedenis van de verkoop van de registerzaak (Rb Middelburg 5 april 2006 LJN AZ0931);
- Alle (niet nader gespecificeerde) bescheiden met betrekking tot een bepaalde rechtsverhouding gedurende een periode van drie jaar (Ktr. Harderwijk 10 maart 2003, Adv.Bl. 2005, 680 en Ktr. Amsterdam 24 april 2003, Adv. Bl. 2005, 681);
- De volledige correspondentie met betrekking tot een bepaalde verkoop (Rb. Zutphen 7 mei 2003, JBPr 2003, 66 *Rabobank Harderwijk/Leisureplan*, anders Sijmonsma, a.w., pag. 39);
- Een volledig cliëntendossier, af te geven door een vermogensbeheerder aan een beleggingsvennootschap (Rb Amsterdam 2 februari 2005, JOR 2005, 71);
- Alle stukken uit een straf dossier, af te geven door de verdachte ten behoeve van een civiele procedure (Rb Arnhem 12 april 2006, LJN AY0152);
- De volledige bedrijfsadministratie, te verschaffen aan een curator (Vzngr. Breda 2 februari 2004, JOR 2004, 90 *Mr. Arts q.q./Infraconcepts*);

Voldoende bepaald:

- Een volledig overzicht van alle door of namens de debiteur aan crediteur verrichte betalingen, voorzien van een overzicht van de facturen waartegen deze betalingen zijn afgeboekt, in een zaak waarin de debiteur inzicht miste in hetgeen zij schuldig was (geveest) en in hetgeen door haar of anderen was betaald (Vzngr. Zwolle 15 mei 2006, LJN AY5717 *MSS/Adboard*);
- Gewisselde correspondentie, portefeuille-overzichten en transcripties van gesprekken, in een zaak waarin de belegger wilde aantonen onjuist te zijn geadviseerd (Vzngr. 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, LJN AI0663 *Santema/Van Lanschot*);
- Bankafschriften terzake betaal- en spaarrekeningen, in een zaak waarin erfgenamen zich een oordeel wilden vormen over wat er met de bankrekeningen van de erflater was gebeurd (Rb. Maastricht 12 november 2003, LJN AN8413 *X/Rabobank Voerendaal*);
- Bankafschriften en stukken uit een fiscale procedure, in een geval dat erfgenamen van mening waren dat aan de nalatenschap vermogen was onttrokken (Rb Amsterdam 24 augustus 2005, LJN AU4935);
- Procesdossier uit een tegen eigen octrooigemachtigde gevoerde procedure, in een geval van veronderstelde inbreuk op een octrooi – waarbij schadeberekeningen werden uitgesloten van inzage (Rb 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPr 2006, 25 *Wijbenga Machines/Eisenkolb*);
- Procesdossier met betrekking tot de nietigheid van een merk (Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2006, LJN AY7534 *Layer/Stacform*)

Uitzonderingen

De wet maakt een uitzondering voor het verschaffen van bescheiden (a) door geheimhouders, (b) door degene die zich met vrucht beroept op een gewichtige reden en (c) als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling anderszins is gewaarborgd.

Geheimhouders uit hoofde van hun beroep of ambt hebben een verschoningsrecht omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 165 lid 2 sub b Rv). Zij zijn ook niet gehouden inzage te verschaffen in bescheiden die uit de hoedanigheid te zijner beschikking staan (art. 843a lid 3 Rv).

Van gewichtige redenen die aan het verschaffen van inzage in de weg staan is niet snel sprake.

Te denken valt aan:

- Vertrouwelijke gegevens betreffende seksuele geaardheid, medische status of financiële positie (Parl. Gesch.);
- Vertrouwelijke bedrijfsgegevens (Parl. Gesch.), zie echter Hof Amsterdam, 8 januari 1998, NJ 1998/750 *Laddrak/VSB Bank*;
- Correspondentie met geheimhouders (Rb. Zutphen 7 mei 2003, JBPr 2003, 66 *Rabobank Harderwijk/Leisureplan*);
- Intern memo dienend ter voorbereiding van verdediging in civiele procedure tegen verzoeker tot inzage (Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, LJN AM7927 *Jongerius/Rockwool*);

Als redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde bescheiden is gewaarborgd, komt de vordering tot afgifte niet voor toewijzing in aanmerking. Daarbij valt te denken aan de mogelijkheid wenselijk geacht bewijs te leveren door getuigen of een deskundigenbericht – al dan niet voorlopig.

Of inderdaad dwangsommen zijn verbeurd wegens schending van IE-rechten van verzoeker hoeft niet te worden vastgesteld aan de hand van bescheiden, maar kan ook op andere wijze zoals door een deskundigenbericht (Vzngr. Breda 25 oktober 2006, LJN AZ1374 *SLC/Stakenburg*).

Procedure

Een vordering ex art. 843a kan zowel in kort geding als in een lopende procedure worden ingesteld. In de lopende procedure wordt het ingesteld bij wijze van incidentele provisionele vordering.

Dat betekent dat het in de lopende procedure, in ieder stand van die procedure, kan worden ingesteld bij conclusie van eis in incident. Het betekent tevens dat de vordering leidt tot een provisioneel vonnis, dat vatbaar is voor appel ongeacht de vraag of de hoofdzaak al tot een eindvonnis heeft geleid.

Bewijsbeslag

Met name in het kader van een 843a Rv-procedure (die dan als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 Rv heeft te gelden) bestaat in de praktijk behoefte aan de mogelijkheid de verlangde bewijsmiddelen in beslag te doen nemen zodat zij niet meer verduisterd (vernietigd) kunnen worden. Een algemene regeling om middels conservatoir beslag reeds op voorhand te voorkomen dat de verlangde bescheiden verduisterd worden, kent de wet echter niet.

Artt 1019a e.v. Rv ziet uitsluitend op conservatoir bewijsbeslag met betrekking tot IE zaken.

Bij gebreke van een wettelijke regeling is er lange tijd verschillend geoordeeld over de toelaatbaarheid van bewijsbeslag. In HR 13 september 2013, LJN BZ9958 is geformuleerd onder welke voorwaarden bewijsbeslag mogelijk is.

Als eis in de hoofdzaak heeft te gelden een vordering ex art. 843a Rv. Indien die vordering wordt ingesteld als zelfstandige vordering, buiten een lopend geding, ofwel in kort geding ofwel in een zelfstandige bodemprocedure, zal de dagvaarding binnen de door de rechter in het verlov te bepalen termijn moeten worden uitgebracht (art. 700 lid 3 Rv). Indien de vordering als incidentele (provisionele) eis wordt ingesteld, is de conclusie van eis in incident de eis in de hoofdzaak. Die conclusie zal dan ter rolle genomen moeten worden binnen de door de rechter bij het verlov bepaalde termijn.

Wees er op bedacht dat een lopende procedure (hoofdzaak) waarin nog geen inzage ex art. 843a Rv is gevorderd, niet geldt als een reeds ingestelde eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 Rv.