

## Het getuigenbewijsaanbod

M.A.J.G. JANSSEN\*

Art. 166 lid 1 Rv bepaalt, dat indien bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, de rechter een getuigenverhoor beveelt zo vaak een van de partijen het verzoekt en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Ook kan de rechter ambtshalve een getuigenverhoor bevelen. In de onderhavige bijdrage zal ik met name nader ingaan op de vraag wanneer een bewijsaanbod voldoende geconcretiseerd en gespecificeerd is.

### 1. Inleiding

In art. 166 lid 1 Rv is het zogenaamde ‘recht op getuigenbewijs’ neergelegd. De rechter mag een aanbod tot het leveren van zulk bewijs alleen op relevante en voldoende grond van de hand wijzen.<sup>1</sup> Uit dit wetsartikel volgt tevens dat indien geen bewijsaanbod wordt gedaan, de partij afhankelijk is van de rechter en of hij derhalve ambtshalve een bewijsopdracht geeft. Kortom: het doen van een bewijsaanbod dat voldoet aan de eisen die voortvloeien uit art. 166 lid 1 Rv is essentieel.

De verplichting om voldoende te stellen gaat overigens vooraf aan de bewijsfase. Wie tot bewijslevering wil worden toegelaten moet derhalve eerst aan zijn (nadere) stelplicht voldoen. Wanneer onvoldoende (nader) wordt gesteld, komt de rechter aan bewijslevering niet toe en leidt het ertoe dat de partij die bewijs heeft aangeboden niet tot dat bewijs wordt toegelaten en dat de vordering wordt afgewezen of het bevrijdend verweer van gedaagde wordt verworpen. Wie nalaat aan zijn nadere stelplicht te voldoen, kan daarna niet met vrucht klagen over het passeren van een bewijsaanbod.<sup>2</sup>

Uit art. 166 lid 1 Rv kunnen de hiernavolgende eisen worden gedestilleerd die aan een bewijsaanbod worden gesteld:

- Het getuigenbewijs moet wettelijk zijn toegestaan.<sup>3</sup>
- Het bewijsaanbod moet ter zake dienend zijn (relevant).
- Het bewijsaanbod moet uitdrukkelijk zijn gedaan, voldoende concreet, gespecificeerd en niet te vaag.
- De rechter mag echter geen prognose geven over het bewijsaanbod.<sup>4</sup>

### 2. Het voldoende concretiseren en specificeren van het getuigenbewijsaanbod

Hoewel dit vereiste met name geldt voor een bewijsaanbod in hoger beroep (waarover hierna in par. 3), zijn ook rechters in eerste aanleg steeds minder geneigd om een onvoldoende gespecificeerd bewijsaanbod te honoreren<sup>5</sup>, zulks mede gelet op de bewijsaandraagplicht van eiser ex art. 111 lid 3 Rv en de gelijke plicht voor gedaagde ex art. 128 lid 5 Rv.<sup>6</sup>

Reeds in eerste aanleg is derhalve de inhoud en formulering van het bewijsaanbod relevant. Een partij die aanbiedt om ‘alle stellingen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door middel van getuigen te bewijzen’ loopt ook in eerste aanleg de zeer reële kans om niet tot bewijslevering te worden toegelaten.<sup>7</sup>

In dit verband is relevant hetgeen A-G Asser opmerkt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake OZ Export Planten/Roozen Holland<sup>8</sup>: ‘Bij het oordeel of een aanbod gepasseerd dient te worden, spelen de omstandigheden waaronder het bewijs wordt aangeboden een rol. Tot die omstandigheden behoren:

- het verloop van het geding;
- de fase waarin het geding zich bevindt;
- de aard van het te bewijzen feit;
- het (grote) tijdsverloop sinds het moment waarop het te bewijzen feit zich heeft voor gedaan;
- de inhoud/formulering van het bewijsaanbod;
- de gedingstukken en het voorliggend bewijsmateriaal. De stukken van het geding en het reeds vergaarde bewijsmateriaal kunnen van invloed zijn bij het al dan niet honoreren van een aanbod

\* Mr. M.A.J.G. Janssen is cassatieadvocaat bij BANNING N.V. te ‘s-Hertogenbosch.

1. *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvoordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, art. 166 Rv, aant. 2.

2. H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2013, par. 31.

3. Zie ter zake Schwartzberg 2013, p. 180.

4. Zie omtrent voormelde eisen uitvoerig D. Reisig, *Het aanbod van getuigenbewijs* (diss. Amsterdam UvA 2005) en Schwartzberg 2013, par. 32, p. 180-187.

5. Schwartzberg 2013, p. 183.

6. Zie uitgebreid over de bewijsaandraagplicht W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013/206-209.

7. H.J. Sniijders & A. Wendels, *Civiel appel* (Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 2), Deventer: Kluwer 2009, p. 190.

8. HR 9 juli 2004, NJ 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser, Conclusie A-G Asser, sub 4.3 jo. sub 4.4.1.

tot getuigenbewijs. Daarbij kan weer een rol spelen of dit materieel in een geheel andere procedure, in de procedure in eerste aanleg dan wel in dezelfde instantie is verzameld en of het bewijsmateriaal afkomstig is van de in het getuigenbewijsaanbod voorgestelde personen.'

Na een bewijsaanbod in eerste aanleg moeten partijen in hoger beroep opnieuw een aanbod van bewijs door getuigen doen, als zij getuigen wil doen horen.<sup>9</sup> Het is derhalve relevant om na te gaan of er al dan niet bijzonderheden gelden met betrekking tot een bewijsaanbod in hoger beroep.<sup>10</sup>

De hierna te bespreken uitspraken van de Hoge Raad zijn overigens, gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt, ook bepaald relevant voor de formulering van het bewijsaanbod in eerste aanleg. Een uitgebreide bespreking is derhalve mijns inziens gerechtvaardigd.

### 3. De Hoge Raad over het bewijsaanbod

#### 3.1. Het raamwerk

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 15 januari 2016<sup>11</sup> 'gerecapituleerd' hetgeen op grond van zijn vaste rechtspraak geldt met betrekking tot het bewijsaanbod in hoger beroep:

Uitgangspunt is dat, ingevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 Rv in verbinding met art. 353 lid 1 Rv een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten, indien zij een voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert.

Volgens de Hoge Raad zal in hoger beroep van de partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet vermeldt op welke van haar stellingen het bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt vermeld wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard.

Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn volgens de Hoge Raad, kunnen meebrengen, dat nader wordt vermeld in hoeverre getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan.

De Hoge Raad wijst erop dat de rechter echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen aan het bewijsaanbod voorbij mag gaan, omdat de rechter daarmee ten onrechte zou vooruitlopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.

De partij die het bewijsaanbod doet, is naar het oordeel van de Hoge Raad voorts niet ertoe gehouden om toe te lichten in welk opzicht de verklaringen van niet eerder gehoorde getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan de eerder afgelegde verklaringen door andere getuigen.

#### 3.2. Ter illustratie: casus voorgelegd aan de Hoge Raad

Alvorens de hiervoor uiteengezette 'recapitulatie' van de Hoge Raad, voor zover nodig, in het hiernavolgende (par. 3.4 e.v.) te ontleden en toe te lichten, is het mijns inziens goed aan de hand van een aantal (redelijk recente casusposities die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, te bezien hoe de Hoge Raad met het hiervoor in par. 3.1 bedoelde 'raamwerk' omgaat.

##### 3.2.1. *Betwisting opdracht, werkzaamheden en betalingsplicht facturen*

*HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3075*

Betrokkene 1 heeft in de periode van 1980 tot en met 2006 fiscale en administratieve werkzaamheden verricht voor verweerster. Eiseres heeft aan verweerster facturen gezonden, die onbetaald zijn gebleven. Betrokkene 1 en de bestuurder van verweerster, betrokkene 2, gingen, behalve zakelijk, ook privé met elkaar om. In 2006 is een einde gekomen aan zowel de zakelijke als de vriendschappelijke relatie.

Eiseres vordert betaling door verweerster van een bedrag van € 13 129. Aan die vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat zij een aan betrokkene 2 opgelegde aanslag successierecht ten belope van voormeld bedrag heeft voldaan en dat partijen zijn overeengekomen dat verweerster dat bedrag aan haar zou terugbetalen. Met betrekking tot genoemde vordering heeft het hof overwogen:

'Partijen zijn het erover eens dat het gaat om een aanslag successierecht aan betrokkene 2.

De stelling van eiseres dat zij met verweerster had afgesproken dat niet betrokkene 2 maar verweerster het met de aanslag gemoeide bedrag van € 13 129 aan eiseres zou (terug)betalen, wordt door verweerster gemotiveerd betwist. (...) Eiseres beroept zich ten bewijze van het bestaan van de afspraak voorts op de verklaring van betrokkene 3 (...). Inderdaad verklaart betrokkene 3 dat de heer betrokkene 2 zou hebben gezegd "doe maar alles onder één dak brengen, zodat ik de aanslag successie allemaal via verweerster terugbe-

9. Schwartzberg 2013, p. 187.

10. Zie uitgebreid ter zake Schwartzberg 2013, p. 187-190.

11. ECLI:NL:HR:2016:49.

taal". Verweerster heeft echter aangevoerd dat hij betrokkene 3 nooit heeft gezien of gesproken, hetgeen door eiseres niet voldoende kenbaar en duidelijk is betwist. Derhalve twijfelt het hof aan de betrouwbaarheid van de verklaring van betrokkene 3.

Het bovenstaande brengt met zich dat eiseres haar stelling dat zij met verweerster had afgesproken dat niet betrokkene 2, maar verweerster het met de aanslag gemoeide bedrag van € 13 129 aan eiseres zou (terug) betalen, niet op voorhand heeft bewezen. Nu eiseres ter zake van deze stelling geen voldoende specifiek en/of relevant bewijsaanbod heeft gedaan, zal zij niet in de gelegenheid worden gesteld dit bewijs alsnog te leveren. De stelling is derhalve niet komen vast te staan.'

De Hoge Raad stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is, dat eiseres het bedrag van € 13 129 heeft betaald in verband met een aan betrokkene 2 opgelegde aanslag successierecht. 'Ter (nader) bewijs/onderbouwing' van de afspraak dat verweerster het voorgeschoten bedrag zou terugbetalen, heeft eiseres zich in de memorie van grieven, onder meer beroepen op een bij die memorie overgelegde verklaring van betrokkene 3, waarin deze onder meer verklaart dat betrokkene 2 zou hebben gezegd 'doe maar alles onder één dak brengen, zodat ik de aanslag successie allemaal via verweerster terugbetaal'.

In de memorie van grieven wordt betrokkene 3 uitsluitend genoemd in het kader van de vordering die verband houdt met de betaling van de aanslag successierecht. Onder het kopje 'bewijsaanbod' heeft eiseres aangeboden haar stellingen met alle middelen rechtens te bewijzen, in het bijzonder door het doen horen van getuigen, onder wie in ieder geval betrokkene 1 en betrokkene 3.

Volgens de Hoge Raad laat de memorie van grieven dan ook geen andere uitleg toe dan dat dat aanbod betrekking heeft op de stelling van eiseres dat zij het bedrag van € 13 129 heeft voorgeschoten en dat partijen zijn overeengekomen dat verweerster dat bedrag aan haar zou terugbetalen. Voor zover het hof zou hebben bedoeld dat eiseres haar bewijsaanbod in die zin nader had moeten specificeren dat zij diende te vermelden in hoeverre betrokkene 3 meer of anders kan verklaren dan hij in zijn schriftelijke verklaring al heeft gedaan, is ook dat oordeel onbegrijpelijk, nu het hof hieromtrent niets heeft overwogen. Het bewijsaanbod was dus volgens de Hoge Raad wél voldoende specifiek en/of relevant.

### 3.2.2. *Wils(on)bekwaamheid erflater en onderzoeksplicht notaris*

HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311

Eiseres heeft gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat de op 19 juni 1980 en 20 mei 1999 opgemaakte testamenten primair nietig, en subsidiair vernietigd zijn, en dat de nalatenschap van erflater aan de wettige erfgenamen toekomt. Zij heeft daartoe aangevoerd dat erflater als gevolg van een geestelijke stoornis niet in staat was zijn wil te bepalen. Voorts heeft zij gesteld

dat vader en verweerster 1 jegens de wettige erfgenamen onrechtmatig hebben gehandeld door zich gelden van erflater toe te eigenen. Wat betreft de aanspraken van verweerster 3 en 4 op de nalatenschap van erflater, heeft eiseres zich mede beroepen op de beperkende werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Het oordeel van het hof dat, mede gelet op de specifieke omstandigheden van het geval, eiseres onvoldoende heeft onderbouwd dat causaal verband bestaat tussen de stoornis en het opstellen van de uiterste wilsbeschikking van 20 mei 1999 om te worden toegelaten tot bewijslevering, komt erop neer dat haar bewijsaanbod onvoldoende specifiek is. Ten onrechte oordeelt de Hoge Raad. In dat verband is volgens de Hoge Raad het volgende van belang.

Eiseres heeft gesteld (a) dat de geestvermogens van erflater blijvend waren gestoord, en (b) dat deze stoornis een redelijke waardering belette van de belangen die waren betrokken bij het opstellen van een uiterste wilsbeschikking. Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat aan voorwaarde (a) is voldaan.

Het aanbod om de notaris en diens kantoorgenoot als getuigen te doen horen is aldus toegelicht, dat eiseres met name wil aantonen dat de notaris zich onvoldoende ervan heeft vergewist of erflater begreep wat hij verklaarde en of zijn verklaring overeenstemde met zijn wil. Daarvoor was volgens eiseres echter alle aanleiding, mede omdat erflater ten kantore van de notaris is verschenen op initiatief en in aanwezigheid van verweerder 2. Aangeboden is om onder meer de notaris en zijn kantoorgenoot als getuigen naar voren te brengen.

Het aanbod om de huisarts als getuige te doen horen is onder meer toegelicht met een schriftelijke, ondertekende verklaring van die arts. Deze verklaring houdt in dat de huisarts in de periode 1996-2010 erflater als patiënt onder behandeling had, dat in die periode in totaal 249 patiëntencontacten zijn geregistreerd, dat patiënt beperkte verstandelijke vermogens had, waarschijnlijk zwakbegaafd was, en gemakkelijk beïnvloedbaar. Verder houdt de verklaring onder meer in dat patiënt zelfs eenvoudige zaken niet kon overzien, waarvan voorbeelden worden gegeven.

Het aanbod om de specialist ouderengeneeskunde als getuige te doen horen is toegelicht met een door deze opgestelde en ondertekende medische verklaring. Deze verklaring houdt in dat erflater beperkt was in zijn intellectuele functioneren en adaptieve gedrag met betrekking tot sociale vaardigheden.

### 3.2.3. *Betwisting geldleningsovereenkomst*

HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3009

Verweerster heeft op 17 januari 2007 19% van de aandelen in het kapitaal van Vivo-Biss B.V. verkregen. Verweerster heeft op 18, 19 en 30 januari 2007 in totaal € 100 000 overgemaakt op de bankrekening van Vivo-

Biss B.V. Op 13 oktober 2009 en 11 januari 2010 heeft de rechtbank op verzoek van verweerster in een voorlopig getuigenverhoor als getuigen gehoord betrokkene 1, betrokkene 2, betrokkene 3 en eiser.

Verweerster vordert dat eiser € 100 000 aan haar betaalt, met rente en kosten. Zij legt aan de vordering ten grondslag dat zij dit bedrag heeft betaald uit hoofde van een overeenkomst van geldlening met onder meer eiser en Vivo Biss B.V., en dat eiser zich hoofdelijk heeft verbonden het bedrag van de lening aan verweerster terug te betalen.

Het hof heeft als volgt geoordeeld:

‘7. De grieven 8 tot en met 10 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Zij keren zich tegen het oordeel van de rechtbank dat tussen verweerster als schuldeiser en eiser als schuldenaar een overeenkomst van geldlening tot stand is gekomen. In zijn toelichting op die grieven stelt eiser allereerst dat betrokkene 2 op een aantal punten niet de waarheid heeft gesproken. Aangezien eiser deze stelling slechts toelicht door erop te wijzen dat hij op bedoelde punten anders heeft verklaard, moet zijn stelling als onvoldoende gemotiveerd van de hand worden gewezen. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat eiser weliswaar bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan doch dat hij daarbij niet heeft aangeboden om betrokkene 2 opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van eiser zou leiden.

15. Als eerder gezegd heeft eiser bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. De door hem in dit verband genoemde getuigen zijn echter niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken geweest, terwijl eiser ook niet aangeeft – hetgeen in dit stadium van de procedure van hem mocht worden verlangd – in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen. Het hof gaat dan ook aan dit aanbod als niet ter zake dienend voorbij.’

Het hof heeft volgens de Hoge Raad miskend dat, indien bewijs wordt aangeboden door het horen van getuigen die nog niet eerder zijn gehoord en de aldus te bewijzen feiten ter zake dienend zijn, niet de eis kan worden gesteld dat wordt toegelicht in welk opzicht de verklaringen van deze getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan eerder afgelegde verklaringen door andere getuigen. Voor zover het hof het bewijsaanbod heeft gepasseerd op de grond dat de in het bewijsaanbod vermelde getuigen niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst betrokken zijn geweest, heeft het hof volgens de Hoge Raad miskend dat deze omstandigheid niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend is. Ook de omstandigheid dat eiser niet heeft aangeboden de eerder gehoorde getuige betrokkene 2

opnieuw te doen horen, kan die conclusie naar het oordeel van de Hoge Raad niet dragen.

#### 3.2.4. *Exacte erfgrens tussen percelen*

*HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49*

Verweerders zijn gezamenlijk eigenaar van hun woning met bijbehoren aan de [a-straat 1]. Zij hebben deze onroerende zaak gekocht van betrokkene 1 en diens toenmalige echtgenote betrokkene 2. De leveringsakte is op 13 mei 2003 opgemaakt. Eiser woont naast verweerders op het adres [a-straat 2]. Ter plaatse oefent eiser ook zijn onderneming uit.

De rechtsvoorganger van eiser was zijn vader (betrokkene 3). Onder meer naar aanleiding van het feit dat een loods van betrokkene 3 gedeeltelijk was gebouwd op het perceel dat destijds toebehoorde aan betrokkene 1 en 2, is op 16 juni 2000 een ruilvereenkomst met toegift gesloten, die eiser voor zijn vader is aangegaan. Deze overeenkomst is integraal opgenomen in de notariële akte van ruiling en afstand erfdienstbaarheid, die op 10 november 2000 is opgemaakt (hierna: de akte van 10 november 2000).

Op 8 december 2000 hebben de partijen bij de ruilvereenkomst aan de landmeter van het kadaster de nieuwe grens aangewezen. Toen bleek over het verloop van die grens geen overeenstemming te bestaan. Bij een tweede aanwijs op 4 juli 2003 bleek het de landmeter dat tussen verweerders en eiser evenmin overeenstemming over het verloop bestond.

In zijn eindarrest overwoog het hof (r.o. 2.5):

‘Omdat de door eiser voorgebrachte getuigen hadden verklaard in contra-enquête, ten aanzien van een aan verweerders gegeven bewijsopdracht, komt eiser in beginsel het recht toe om bewijs te leveren aan de hand van een op zijn stellingen toegesneden probandum. Omdat eiser reeds schriftelijke getuigenverklaringen in het geding had gebracht en het tegenbewijs met betrekking tot de aan verweerders gegeven bewijsopdrachten heeft willen leveren door het aantonen/aannemelijk maken van de juistheid van zijn visie op het tweede meetpunt en de door hem voorgebrachte getuigen daarover ook reeds uitvoerig hebben verklaard, moeten echter in dit stadium van de procedure hoge eisen worden gesteld aan de omschrijving van het nadere bewijs om te kunnen rechtvaardigen dat nogmaals, ten derden male, getuigen worden gehoord. Daarbij speelt mede een rol dat dit bewijs zelf voldoende krachtig en concreet zal moeten zijn om te kunnen afdoen aan de getuigenverklaringen (en het overige bewijs) die het standpunt van verweerders ondersteunen. Tegen die achtergrond diende eiser zeer concreet en nauwkeurig toe te lichten wat eventuele nog niet eerder gehoorde getuigen over het probandum zouden verklaren en/of wat de reeds eerder gehoorde getuigen ten behoeve van dat probandum meer of anders zouden kunnen verklaren dan zij in contra-enquête al hadden gedaan.’

Het hof heeft voorts geoordeeld dat eiser het vereiste nadere (aanvullende) bewijs niet heeft geleverd door een brief van 19 oktober 2001 van eiser aan betrokkene 1, noch door een brief van 27 november 2000 van betrokkene 4 namens de notaris die de akte van 10 november 2000 heeft verleden. Eiser heeft niet aangeduid wat het doen horen van betrokkene 4 als getuige aan de bewijslevering kan bijdragen, anders dan met de algemene opmerking dat de door hem genoemde getuigen kunnen verklaren over de plaats van de schutting tegen de coniferenrij. Dat is te weinig specifiek. Hetzelfde geldt voor de andere nieuwe getuige die eiser noemt, betrokkene 5, die aanwezig zou zijn geweest bij het doortrekken van de schutting richting loods in 2000/2001.

In het licht van het hiervoor in par. 3.1 uiteengezette raamwerk heeft het hof volgens de Hoge Raad blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door van eiser te verlangen dat hij zou toelichten wat de door hem genoemde getuigen [betrokkene 4 en betrokkene 5], die nog niet als getuigen waren gehoord, over de door eiser te bewijzen aangeboden feiten zouden verklaren.

Na bespreking van deze arresten van de Hoge Raad is thans een nadere analyse van het 'raamwerk' hiervoor in par. 3.1 bedoeld aan de orde.

#### 4. De regels ter zake het getuigenbewijsaanbod in hoger beroep nader beschouwd<sup>12</sup>

##### 4.1. Gelding regels bewijsaanbod ook in hoger beroep

Art. 166 lid 1 Rv bepaalt dat indien bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, de rechter een getuigenverhoor beveelt zo vaak één van de partijen het verzoekt en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Ingevolge art. 353 lid 1 Rv geldt art. 166 Rv ook in hoger beroep. In zijn arrest van 9 juli 2004<sup>13</sup>, heeft de Hoge Raad een (nadere) maatstaf geformuleerd ten aanzien van een aanbod van getuigenbewijs in hoger beroep. Deze maatstaf heeft de Hoge Raad (onder meer) gerecapituleerd in zijn hiervoor in par. 3.1 bedoelde uitspraak in 2016.

In dat verband merkt Bakels terecht op<sup>14</sup>:

'Dat de eis dat een bewijsaanbod moet worden onderbouwd door voldoende concreet en specifiek daartoe gestelde feiten en omstandigheden, ertoe sterkt te waarborgen dat dit aanbod voldoende serieus is. Bewijslevering door getuigen gaat immers onvermijdelijk

gepaard met tijdverlies, waardoor de duur van de procedure wordt verlengd, en kosten. Daarom is het vanuit een goede procesorde bezien redelijk waarborgen te verlangen dat dit pad niet lichtvaardig of zelfs nodeloos wordt ingeslagen'.

De appelrechter, gesteld voor de vraag of hij een bewijsaanbod door middel van getuigen al dan niet zal passeren, is aan een door de Hoge Raad 'opgestelde' aantal regels gebonden. Een bewijsaanbod in appel blijkt geregeld aanleiding te geven tot succesvolle cassaties<sup>15</sup>, zo blijkt ook eveneens uit het hiervoor in par. 3.1 besproken arrest van de Hoge Raad uit 2016. Wellicht omdat de appelrechter niet erg genegen is in te gaan op een bewijsaanbod in appel, waarbij komt dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over het passeren van een bewijsaanbod in concreto niet altijd eenvoudig toepasbaar is.<sup>16</sup>

A-G Verkade schreef in zijn conclusie voor het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2004<sup>17</sup>, over de scheidslijn tussen een niet ter zake dienend bewijsaanbod en een verboden prognose dat een getuigenbewijsaanbod niet ter zake dienend is voor zover de te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden, indien bewezen geacht, niet van invloed zijn op de te nemen beslissing. Indien de rechter echter aan een bewijsaanbod voorbijgaat op basis van zijn inschatting dat wat de getuigen zullen verklaren van onvoldoende gewicht zal zijn om de gestelde feiten en omstandigheden bewezen te achten, merkt Asser terecht op dat er sprake is van een verboden prognose.

Een bewijsaanbod c.q. een aanbod tot bewijs van geponeerde stellingen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door getuigen, dient derhalve door de rechter – in beginsel – te worden gehonoreerd, zo volgt uit art. 166 lid 1 Rv. Vereist is dat het dan gaat om een geval waarin bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten (dit vereiste komt erop neer dat de wet niet uitdrukkelijk schriftelijk bewijs eist), bewijs wordt aangeboden van betwiste feiten en de te bewijzen aangeboden feiten tot de beslissing van de zaak kunnen bijdragen. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad kan hieraan nog als vereiste worden toegevoegd dat het bewijsaanbod voldoende gespecificeerd en dus niet te vaag moet zijn. Een (te) algemeen aanbod tot getuigenbewijs mag zeer zeker de appelrechter passeren, al is ook in appel het uitgangspunt dat, kort gezegd, een aanbod tot getuigenbewijs gehonoreerd dient te worden.<sup>18</sup>

Het feit dat het gaat om een bewijsaanbod in hoger beroep is derhalve van invloed op de eisen die worden

12. Zie uitgebreid over het bewijsaanbod (in hoger beroep) door middel van het doen horen van getuigen onder andere Schwartzberg 2013, p. 180-196, alsmede F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012/208-218.

13. Conclusie, sub 4.2, NJ 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

14. Conclusie, par. 3.16-3.17 voor HR 21 mei 1999, NJ 2000/131.

15. *GS Burgerlijke Rechtsvoordering*, art. 353 Rv, aant. 10-12.

16. Zie daarover uitgebreid: Snijders & Wendels 2009, nr. 205 e.v.

17. NJ 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

18. Zie omtrent een en ander C.J.M. Klaassen in haar noot onder HR 7 maart 2003, *JBP* 2003/41 en Snijders & Wendels 2009, nr. 205.

gesteld aan de precisering. Dit speelt met name indien men in eerste aanleg de gelegenheid om getuigen te horen ongebruikt voorbij heeft laten gaan, dan wel in hoger beroep getuigen wenst te horen die ook reeds in eerste aanleg zijn gehoord. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep geldt dat de rechter een bewijsaanbod niet mag passeren op grond van zijn prognose omtrent het resultaat hiervan. Van een (ontoelaatbare) prognosticering is echter geen sprake als de uitkomst van de bewijslevering niet aan de beoordeling van het geschil kan bijdragen. Als bewijs van de gestelde feiten wel aan de beoordeling van het geschil kan bijdragen c.q. tot een andere beslissing kan leiden dan reeds door de rechter genomen, mag een (voldoende gespecificeerd) bewijsaanbod ten aanzien van deze feiten daarentegen niet gepasseerd worden.<sup>19</sup>

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>20</sup> blijkt verder dat aan een in algemene bewoordingen gesteld bewijsaanbod in ieder geval in eerste aanleg niet zonder meer voorbij mag worden gegaan met als grond dat er geen getuigenbewijs wordt aangeboden. De Hoge Raad overweegt dat, indien een partij in algemene bewoordingen aanbiedt haar stellingen te bewijzen, maar daarbij niet uitdrukkelijk vermeldt dat zij ook getuigenbewijs aanbiedt, dit niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat die partij geen getuigenbewijs aanbiedt. Dit betekent echter niet dat een partij die een aanbod tot bewijslevering door middel van getuigen wil doen maar dit niet specifiek vermeldt, geen risico loopt dat dit aanbod wordt gepasseerd. De meest veilige weg blijft derhalve, als getuigenbewijs gewenst wordt, een bewijsaanbod te doen dat uitdrukkelijk mede betrekking heeft op bewijs door getuigen.<sup>21</sup>

#### 4.2. Niet eerder tot bewijsvoering toegelaten

Of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad geeft aan<sup>22</sup> dat de rechter daarbij zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. A-G Verkade geeft in zijn conclusie voor voormeld arrest<sup>23</sup> een nuttig en handzaam overzicht van de omstandigheden die een rol spelen bij het oordeel of een aanbod gepasseerd mag worden. Behalve de ook door de Hoge Raad vermelde omstandigheden noemt hij: de aard van het te bewijzen feit, het (grote) tijdsverloop sinds het moment waarop het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan, en het voorliggende bewijsmateriaal. De A-G voorziet deze opsomming van de in dezen relevante jurisprudentie van de Hoge Raad.

Een in deze relevante omstandigheid die de A-G ook nog noemt, is de inhoud/formulering van het bewijs-

aanbod: een partij die aanbiedt om 'alle stellingen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door middel van getuigen, te bewijzen' loopt grote kans om in appel niet tot dat bewijs te worden toegelaten.

Bij aanbieding van getuigenbewijs in hoger beroep mag derhalve in beginsel worden verwacht dat in dit bewijsaanbod (1) voldoende concreet wordt aangegeven op welke stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en (2) bij voorkeur ook wat daarover door welke getuigen zal kunnen worden verklaard. Uit voormeld arrest van de Hoge Raad blijkt dat dit weliswaar geen keiharde regel is (de Hoge Raad spreekt immers in r.o. 3.6 over 'in beginsel'), maar duidelijk is dat een zo goed mogelijke specificatie van het bewijsaanbod het passeren daarvan ten minste bemoeilijkt. Aan een aanbod tot het horen van getuigen mag echter, zo maakt de Hoge Raad duidelijk, in het algemeen niet de 'eis' worden gesteld dat daarbij ook wordt aangegeven wat door getuigen zal kunnen worden verklaard.<sup>24</sup>

#### 4.3. In eerste aanleg getuigenbewijs gelast, of in eerste aanleg of in appel schriftelijke verklaringen van getuigen overgelegd

De hiervoor in par. 3.2 besproken eis van specificatie van het bewijsaanbod brengt nadere eisen mee voor het bewijsaanbod in appel voor het geval waarin in eerste aanleg al getuigenbewijs is gelast. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, kan de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. Dit betekent niet dat de rechter op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de betreffende verklaringen aan het bewijsaanbod voorbij mag gaan omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.

A-G Verkade gaat in zijn conclusie voor Hoge Raad 9 juli 2004<sup>25</sup> uitgebreid in op deze problematiek.<sup>26</sup> Snijders heeft in dezen een aantal regels geformuleerd die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad gedestilleerd kunnen worden:<sup>27</sup>

- een enkele verwijzing naar het bewijsaanbod in eerste aanleg dat in die instantie gehonoreerd is, zal in appel in de regel onvoldoende concreet zijn;
- degene die aanbiedt in appel getuigen te doen horen die reeds in eerste aanleg zijn gehoord, zal een goede reden voor herhaling van het verhoor dienen te geven;

19. HR 7 maart 2003, *JBP* 2003/41, m.nt. C.J.M. Klaassen.

20. O.a. HR 4 april 2003, *JBP* 2003/54.

21. Zie daaromtrent Schaafsma-Beverluis in haar noot sub 3-4 onder HR 4 april 2003, *JBP* 2003/54. Zie ook Schwartzberg 2013, p. 183 e.v.

22. Zie reeds HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

23. Par. 4.3.

24. Snijders & Wendels 2009, nr. 207. Zie ook Asser *Procesrecht* 4 2012/209.

25. *NJ* 2005/270.

26. Par. 4.4.4-4.4.7.

27. Snijders & Wendels 2009, nr. 207.

- degene die een bewijsaanbod in appel herhaalt met de mededeling dat bepaalde getuigen in appel anders dan in eerste aanleg wel bereid of in staat zijn om te verschijnen, behoeft niet aan te geven waarom dat het geval zou zijn;
- degene die het bewijsaanbod in appel doet, behoeft evenmin ten aanzien van nog niet in eerste aanleg gehoorde getuigen te stellen wat deze dan wel zouden kunnen verklaren.<sup>28</sup>

Ook hier geldt echter dat het bepaald verstandig is wél steeds aan te geven in hoeverre de genoemde getuigen meer of anders kunnen verklaren, dan zij in eerste aanleg (of in geschrift) hebben gedaan.

#### 4.4. Tegenbewijs

Tegenbewijs door middel van getuigen wordt geleverd door de partij van degene die al bewijs heeft geleverd. Het bewijsrisico blijft rusten op degene die een beroep doet op de rechtsgevolgen van de door hem gestelde feiten.<sup>29</sup> Een aanbod tot tegenbewijs door middel van getuigen kan worden gedaan<sup>30</sup>:

- tegen dwingend bewijs;
- tegen een wettelijk vermoeden;
- na een voorshands bewezen verklaring of een wettelijk of een rechterlijk vermoeden;
- na het aannemen van een c.s.q.n.-verband bij de omkeringsregel;
- tegen feitelijke vaststellingen in een (voorlopig) deskundigenbericht;
- tegen verklaringen van getuigen in een eerder gehouden voorlopig getuigenverhoor.

Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs behoeft in beginsel niet te zijn gespecificeerd.<sup>31</sup>

Indien een partij in eerste aanleg geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om in een contra-enquête tegenbewijs te leveren, dan mag aan die omstandigheid in appel geen gewicht worden gehecht.<sup>32</sup> Indien de rechter in eerste aanleg bepaalde door de ene partij gestelde feiten en omstandigheden voorshands bewezen heeft geacht en de andere partij heeft toegelaten tot het leveren van tegenbewijs en die andere partij met het oog daarop getuigen heeft doen horen, mag van laatstgenoemde echter wel worden verwacht dat hij, indien hij vervolgens in hoger beroep een bewijsaanbod doet met de bedoeling aanvullend tegenbewijs te leveren, dit bewijsaanbod nader toelicht.<sup>33</sup>

In dit verband wijzen Bakels c.s.<sup>34</sup> erop dat een partij die zich ten doelt stelt het door de eerste rechter bewezen verklaarde te ontcrachten met het bewijs van andere feiten en omstandigheden (voor zover het belang hiervan niet duidelijk is) nader zal moeten uiteenzetten waarom deze feiten en omstandigheden redengevend (kunnen) zijn voor een andere beslissing in hoger beroep. Bakels c.s. merken terecht op dat hier niet de eis speelt dat het aanbod voldoende specifiek moet zijn, maar dat het ter zake dienend is.<sup>35</sup>

#### 4.5. Het moment van het doen van een bewijsaanbod in appel

In deze zij vooropgesteld dat gelet op de herstelfunctie van het hoger beroep een bewijsaanbod bij memorie van grieven of bij memorie van antwoord niet mag worden gepasseerd op de grond dat het voor het eerst in appel is gedaan.<sup>36</sup> Bij akte kan een bewijsaanbod worden gedaan van door de wederpartij bij de memorie van antwoord betwiste feitelijke stellingen en een relevante en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod kan onder omstandigheden ook nog bij pleidooi in hoger beroep worden gedaan.<sup>37</sup>

In dit verband wijs ik graag op de opmerkingen van Bakels c.s. dat de appelrechter in de goede procesorde een reden kan vinden een bewijsaanbod in hoger beroep te passeren (waarvan het belang niet zonder meer duidelijk is en dat niet nader (of voldoende) wordt toegelicht). Hij merkt op dat voor deze beslissing doorslaggevend is dat gelet op het processuele debat en het stadium van het geding een algemeen bewijsaanbod ontoereikend is en dat het aanbod naarmate de procedure verder is gevorderd, meer uitleg vereist. Bovendien kan het bij het pleidooi of bij akte aanvoeren van een nieuwe omstandigheid waarvan bewijs wordt aangeboden, ook een nieuwe, tardief voorgedragen, grief zijn die dus buiten beschouwing moet blijven, behoudens aanvaarding van een rechtsstrijd door de wederpartij.<sup>38</sup>

#### 5. Afrondende beschouwingen en praktijktips

Art. 166 lid 1 Rv is in hoger beroep van dienovereenkomstige toepassing. De Hoge Raad stelt gelet op het (karakter van het) hoger beroep specifieke eisen aan het bewijsaanbod. Het is derhalve verstandig om de door de Hoge Raad genoemde criteria bij het formuleren van een aanbod tot getuigenbewijs in appel in het achterhoofd te houden om (zo veel mogelijk) te voorkomen dat de appelrechter een dergelijk aanbod pas-

28. Zie voorts *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 353 Rv, aant. 11.

29. Zie Schwartzberg 2013, p. 190-191. Zie verder uitgebreid over (het aanbod tot) tegenbewijs, Schwartzberg 2013, par. 34.

30. Zie Schwartzberg 2013, p. 191.

31. HR 30 januari 2004, NJ 2004/197 en HR 29 april 2011, JBP 2011/43.

32. Schwartzberg 2013, p. 195. Zie ook HR 3 februari 2012, NJ 2012/96.

33. *Asser Procesrecht 4* 2012/210. Zie HR 12 september 2003, NJ 2004/268, HR 19 januari 2007, NJ 2007/575, HR 11 maart 2011, NJ 2011/123 en HR 27 mei 2011, NJ 2011/512.

34. *Asser Procesrecht 4* 2012/211.

35. Zie verder uitgebreid ter zake *Asser Procesrecht 4* 2012/211, met name p. 192.

36. *Asser Procesrecht 4* 2012/212.

37. Schwartzberg 2013, p. 198. Zie HR 19 oktober 2001, NJ 2002/224 respectievelijk HR 9 juli 2004, NJ 2005/270, HR 13 oktober 2006, JBP 2007/7 en HR 19 januari 2007, NJ 2007/575.

38. *Asser Procesrecht 4* 2012/213.

seert, althans te bewerkstelligen dat de appelrechter in het geval hij het wel passeert, een cassabele beslissing neemt.<sup>39</sup>

In deze is voor de rechtspraak interessant hetgeen Lewin (lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba) opmerkt<sup>40</sup> omtrent de mogelijkheden van de appelrechter die een bewijsaanbod wil 'wegschrijven':

- a. De eerste weg betreft de vraag of eiser aan zijn stelplicht heeft voldaan. Deze stelplicht valt in twee plichten (of lasten) uiteen. Ten eerste moet eiser alle wettelijke bestanddelen 'verfeitelijken' van het materieelrechtelijke voorschrift dat hij aan zijn eis ten grondslag heeft gelegd. Ten tweede moet eiser, indien gedaagde de stellingen gemotiveerd heeft betwist, (vaak) zijn stellingen nader concretiseren en toelichten. Voldoet eiser niet of in onvoldoende mate aan zijn motiveringsplicht, dan kan de rechter zeggen dat eiser niet aan zijn stelplicht heeft voldaan en dat de rechter daarom niet toekomt aan bewijslevering. Hier heeft de feitenrechter beoordelingsruimte.
- b. De tweede weg betreft de vraag of het bewijsaanbod ter zake dienend is en voldoende specifiek is. Het bewijsaanbod kan onder omstandigheden gepasseerd worden bij gebrek aan belang: indien de eiser bijvoorbeeld niet aan zijn verfeitelijingsplicht heeft voldaan met betrekking tot een bepaald wettelijk bestanddeel van het materieelrechtelijke voorschrift dat hij aan zijn eis ten grondslag heeft gelegd, dan kan zijn eis niet worden toegewezen en ontvalt dus het belang aan zijn (op zichzelf relevante) bewijsaanbod met betrekking tot een ander bestanddeel van het materieelrechtelijke voorschrift. Ook indien vaststaat dat enig bevrijdend verweer van gedaagde slaagt, ontvalt daarmee het belang aan het bewijsaanbod van eiser. Bij de beoordeling van de vraag of het bewijsaanbod voldoende specifiek is, heeft de feitenrechter enige beoordelingsruimte. Hier komt de term 'onderbouwen' om de hoek kijken. De Hoge Raad heeft deze beoordelingsruimte ingeperkt door nadere maatstaven te ontwikkelen.

Lewin wijst er terecht op<sup>41</sup> dat veel vooraanstaande processualisten het belang van getuigenbewijs voor de waarheidsvinding hebben benadrukt.<sup>42</sup> Lewin meent dat de appelrechter wel wat ruimhartiger zou mogen zijn met het verstrekken van bewijsopdrachten. Het hoger beroep is immers de laatste feitelijke instantie.<sup>43</sup>

Met Lewin<sup>44</sup> ben ik van oordeel dat bewijsprognoses weliswaar zijn verboden, maar een appelrechter die de schaarse middelen efficiënt wil inzetten er niettemin verstandig aan doet om in gevallen waarin de te bewijzen stelling uitermate onwaarschijnlijk voorkomt, kritisch te beoordelen of de procespartij die het bewijs aanbiedt, aan haar verfeitelijingsplicht en haar motiveringsplicht heeft voldaan en of haar bewijsaanbod ter zake dienend en voldoende specifiek is.

39. Snijders & Wendels 2009, nr. 207.

40. *JBPr* 2015/68, noot sub 3.

41. Lewin 2015, sub 7.

42. O.m. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XI), Deventer: Wolters Kluwer 2011, par. 6.2; *Asser Procesrecht* 3 2013/167; G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken* (Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 15), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 5.

43. Zie ook o.a. G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2013, nr. 31.

44. Lewin 2015, sub 9.