

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Partijgetuigen in het civiele recht: België en Nederland

Bart Krans en Piet Taelman¹

I. Niet geheel gerust

Henk Snijders merkte in zijn noot onder het *Dombo*-arrest van het EHRM op niet voor 100% gerust te zijn op de afloop van een eventuele klachtprocedure in Straatsburg over de Nederlandse regel over de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring.² In België rees naar aanleiding van dit arrest de vraag of het gegeven dat zijn recht de partijgetuige niet kent, niet op gespannen voet staat met het vereiste van een eerlijk proces.³ Die ongerustheid, de grensoverschrijdende dimensie die de kwestie van de partijgetuige mede door het Europese *Dombo*-arrest en de EU-Bewijsverordening⁴ kan worden toegedicht en de goede betrekkingen tussen de Leidse en de Gentse rechtsfaculteit zijn voor ons aanleiding de regeling van de partijgetuige te bezien vanuit het Belgische en het Nederlandse recht.

I België

2. Het getuigenbewijs in het gereguleerde Belgische civiele bewijsrecht

In burgerlijke zaken geldt in België een gereguleerd of wettelijk bewijsstelsel.⁵ De wet (o.m. art. 1317-1369 BW) somt de toegelaten bewijsmiddelen op en bepaalt

¹ Prof. mr. H.B. Krans is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. dr. P. Taelman is hoogleraar Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Gent. Bart Krans dankt Taco Dieters, voormalig student-assistent in Groningen, voor het aanleveren van waardevol onderzoeksmateriaal. Piet Taelman dankt Niels De Waele, advocaat balie Antwerpen en voormalig student-assistent Instituut voor Procesrecht UGent, voor de gewaardeerde ondersteuning bij het verzamelen van de bronnen en de gedachtewisseling over dit onderwerp.

² H.J. Snijders in diens *NJ*-noot sub EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, *NJ* 1994/534, sub 8 *in fine*.

³ P. De Baets, 'Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000, 5, nr. 9.

⁴ EU-Bewijsverordening, in het bijzonder art. 17; B. Samyn, 'EU-Bewijsverordening en onwillige getuige: het doel en de middelen' (noot sub Gent 23 februari 2012), *P&B* 2013, p. 79-82.

⁵ Cass. 11 december 1969, *Arr.Cass.* 1969-70, p. 356. De regelgeving is vooral terug te vinden in het BW (materieel bewijsrecht) en het Ger.W. (formeel bewijsrecht). Specifieke regels zijn verspreid over een reeks wetboeken en bijzondere wetten.

welke hun bewijskracht en hun onderlinge hiërarchie is. Verder regelt de wet de taakverdeling inzake bewijs tussen de partijen (o.m. art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.) en omschrijft ze – weliswaar summier – de opdracht van de rechter in het raam van de bewijsgaring, -voering en -waardering. Die reglementering is niet in al haar aspecten absoluut, zodat ze niet resulteert in een volkomen strak, onwrikbaar systeem. Er blijft nog ruimte voor rechterlijke (beleids)vrijheid en appreciatie.⁶

Het toepassingsgebied van dit gereguleerd stelsel zijn de vermogensrechten.⁷ Het geldt enkel in zijn volle betekenis voor het bewijs van verbintenissen uit rechtshandelingen,⁸ in de verhouding tussen de daarbij betrokken partijen,⁹ dus niet ten aanzien van derden.¹⁰ Het vindt geen toepassing op het bewijs van feiten – zowel de zuiver materiële of blote feiten (waaraan de wet geen rechtsgevolg verbindt¹¹) als de rechtsfeiten (waaraan de wet wel rechtsgevolg(en) verleent)¹² –, op één categorie van rechtsfeiten na: de rechtshandelingen. Dit zijn handelingen die bewust worden gesteld door rechtssubjecten met als oogmerk rechtsgevolgen te creëren.¹³ Rechtsregels hoeven niet te worden bewezen.¹⁴

Deze nog goeddeels uit de *Code Napoléon* daterende vermogensrechtelijke bewijsregeling kent vijf wettelijk toegelaten bewijsmiddelen: het schriftelijk bewijs,¹⁵ het

6 Zie onder meer art. 871-882 Ger.W. De evolutie naar een meer actieve rechter heeft diens rol op bewijsrechtelijk vlak vergroot. Art. 25 W.Kh. voorziet omwille van de noodzaak het handelsverkeer zo vlot mogelijk te laten verlopen dat handelsverbintenissen, behalve door de bewijsmiddelen die het burgerlijk recht toelaat, ook kunnen worden bewezen door getuigen in alle gevallen waarin de rechtbank oordeelt dit te moeten toestaan. Hierop bestaan voor bijzondere gevallen uitzonderingen (art. 1341 BW, *in fine*; zie X. Dieux, 'La preuve en droit commercial belge', *TBH* 1986, p. 99-103).

7 Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 672, p. 380-381, nr. 672, die uitzonderingen aanstippen in het personen- en familierecht maar ook voor bepaalde vermogensrechten; W. Van Gerven m.m.v. Sofie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006, p. 653-657.

8 Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, p. 2670.

9 Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, p. 204; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, p. 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, p. 2963.

10 B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, nr. 267-276, p. 142-148. Voor derden zijn rechtshandelingen waarbij ze geen partij waren rechtsfeiten, die door hen met alle middelen van recht kunnen worden bewezen.

11 Bijv. het feit dat het bewolkt is.

12 Bijv. het overlijden van een gehuwd persoon: zijn echtgenote wordt weduwe, zijn nalatenschap valt open.

13 Bijv. het schrijven van een testament, het afsluiten van een arbeidsovereenkomst, het erkennen van een kind.

14 De rechter wordt geacht het recht te kennen (*ius novit curia*).

15 Dit omvat de authentieke (art. 1317-1321 BW) en de onderhandse akte (art. 1322-1328 BW), alsook verscheidene andere geschriften (art. 1329-1340 BW).

getuigenbewijs (art. 1341-1348 BW), de vermoedens (art. 1349-1353 BW), de bekentenis (art. 1354-1356 BW) en de eed (art. 1357-1369 BW). Omwille van de rechtszekerheid kent het stelsel een duidelijke voorrang toe aan het schriftelijk bewijs.

Wanneer de bewijsvoering zich situeert in het raam van een proces, moeten de bovenstaande principes worden gecombineerd met de tegenspraak die de civiele procesvoering kenmerkt. Betwiste feiten moeten voor de rechter worden bewezen, waarbij elke partij de mogelijkheid moet krijgen datgene wat haar tegenpartij aan hem voorlegt, tegen te spreken. Het is rechters verboden bij hun besluitvorming te steunen op hen persoonlijk bekende feiten. Miskenning van deze regels schendt het recht van verdediging van de betrokken partij.¹⁶

De (Belgische) wetgever benadert het getuigenbewijs met wantrouwen.¹⁷ Dit uit zich zowel in de aan het getuigenbewijs verleende *bewijskracht* als de *toelaatbaarheid* ervan.

Aan het begrip ‘bewijskracht’ worden in België doorgaans twee betekenissen toegekend. In de eerste plaats verstaan we eronder de wettelijk opgelegde of verplichte bewijswaarde¹⁸ van de toegelaten bewijsmiddelen.¹⁹ In die betekenis duidt het aan in welke mate partijen en rechter gebonden zijn door het aangewende bewijsmiddel. Aan getuigenverklaringen komt, vanuit deze optiek, geen (dwingende) bewijskracht toe omdat het aan de rechter staat van geval tot geval te beoordelen welke bewijswaarde²⁰ hij eraan toekent. De tweede betekenis van ‘bewijskracht’ houdt verband met de inhoud van het aangevoerde bewijsmiddel: de rechter mag dit niet doen liegen. Dit is er een andere betekenis of draagwijdte aan geven met miskenning van wat de auteur ervan wou uitdrukken.

Of de rechter het getuigenbewijs mag toestaan, hangt in de eerste plaats af van de wet en mogelijke afspraken tussen partijen.²¹ De rechter mag slechts een getuigenverhoor bevelen nadat hij heeft vastgesteld dat het bewijs dat daaruit kan volgen door de wet en – in voorkomend geval – door een tussen partijen afgesloten

16 Van Gerven m.m.v. Sofie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006, p. 656-657. Cass. 26 juni 2002, *RGAR* 2002, nr. 13.617.

17 Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 741, p. 423 die als voordeel aanstippen dat dit bewijs van derden en niet van de twistende partijen afkomstig is.

18 Vgl. art. 151 Rv dat beschrijft wat dwingend bewijs inhoudt.

19 B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, nr. 299, p. 155.

20 Dit is de waarde, het gewicht, de graad van geloofwaardigheid die de rechter aan het bewijsmiddel hecht (F. Dumon, ‘De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten’, *RW* 1978-79 (257), p. 307). Wanneer de rechter vrij is in de beoordeling van die bewijswaarde (zoals inzake getuigenbewijs), wordt soms geleerd dat het bewijsmiddel geen bewijskracht heeft (B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 430, nr. 782, p. 430).

21 Zie art. 915 *in fine* en art. 916 lid 1 Ger.W.

bewijsovereenkomst of procedure-akkoord is toegelaten.²² Een belangrijke wettelijke begrenzing in burgerlijke geschillen vormt art. 1341 BW. Deze bepaling, die de principiële voorrang van het geschreven bewijs op het getuigenbewijs²³ bevestigt, leert dat een verbintenis door een authentieke of onderhandse akte moet worden bewezen indien het voorwerp ervan het bedrag van € 375 overschrijdt.²⁴ Getuigenbewijs kan dan niet worden toegestaan. Daarenboven mag niet met getuigen worden bewezen tegen of boven de inhoud van de akte, ook al betreft het een som of waarde van minder dan € 375.²⁵ Art. 1341 BW lijdt uitzondering wanneer er een begin van bewijs door geschrift aanwezig is²⁶ en in alle gevallen waarin het de schuldeiser niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen van de verbintenis die jegens hem is aangegaan.²⁷

Een tweede begrenzing aan de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs volgt uit het bewijsprocesrecht. Art. 915 Ger.W. laat dit bewijs slechts toe indien de te bewijzen feiten voldoende bepaald en ter zake dienend zijn. Een getuigenverhoor kan enkel voor welomschreven of nauwkeurig opgegeven feiten worden bevolen, die daarnaast in de concrete context duidelijk en beslissend genoeg moeten zijn. Dit nauwkeurigheds- en pertinentievereiste wijst op grote autonomie in hoofde van de rechter bij het al dan niet toelaten van het getuigenbewijs,²⁸ die op zijn beurt wordt begrensd door het verschuldigde respect aan het – door art. 6 EVRM gewaarborgde – principieel recht op bewijs.²⁹

22 P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 4-4c.

23 Hetzelfde geldt voor het bewijs door vermoedens, dat overeenkomstig art. 1353 BW slechts toegelaten in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat. Cass. 6 december 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 486; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, p. 923.

24 Zie de verdere precisering van de regel in de art. 1342-1346 BW. Art. 1341 BW vermeldt niet 'verbintenis' maar wel 'alle zaken'. Aanvaard wordt dat de bepaling enkel toepassing vindt op rechtshandelingen verricht met het oog op het ontstaan of het tenietgaan van verbintenissen (Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 746, p. 426), niet op materiële feiten of rechtsfeiten (D. Mougenot, *Droit des obligations. La preuve*, Brussel: Larcier 2002, nr. 39 en 274, nr. 215, p. 109-110; Cass. AR C.05.0167.F, 26 oktober 2006, www.cassonline.be). Ze vindt in de regel evenmin toepassing op handelsverbintenissen, gelet op art. 25 W.Kh.

25 Cass. 13 mei 2005, *TBBR* 2006/289, m.nt. B. Van Baeveghem.

26 Zie art. 1347 BW.

27 Zie art. 1348 BW.

28 P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 5-5h en 7-7d.

29 Cass. 11 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1246; Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424; Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. Aps.

3. België kent de partijgetuigenis niet ...

In tegenstelling tot Nederland kent België de partijgetuigenis niet.³⁰ De hoedanigheden van procespartij en getuige zijn, zo wordt naar Belgisch recht algemeen aanvaard, niet met elkaar te verenigen. Dit volgt niet uit de wet, die – zoals eertijds ook het geval was in Nederland³¹ – het getuigenbewijs niet definieert. De rechtsleer omschrijft dit bewijsmiddel als ‘het bewijs dat voortvloeit uit de door de derde die geen procespartij is voor de rechter onder eed afgelegde mondelinge verklaring omtrent een betwist feit in een geding’.³² Het Hof van Cassatie greep het adagium ‘*Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*’³³ aan om het horen van een partij als

30 P. De Baets & B. Van Den Bergh, ‘Commentaar bij art. 915 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c; B. Allemeersch, ‘Commentaar bij art. 992 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 7; P. De Baets, ‘Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000, 4-5, nr. 6-9, p. 4-5.

31 G.R. Rutgers, ‘De partijgetuigenverklaring en art. 6 EVRM’, *WPNR* 6427 (2000), p. 908 en E. Grabandt, ‘De partij-getuige in het civiele geding’, *Trema* 2001, p. 389.

32 B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 372, nr. 664, p. 372 met verwijzingen. Vgl. met D. Mougenot, *La Preuve*, Brussel: Larcier 2012, nr. 213, p. 303 ‘[la preuve] qui résulte des déclarations (témoignages) faites par des personnes (témoins) qui relatent ce qu’elles ont vu et entendu’. P. De Baets & B. Van Den Bergh, ‘Commentaar bij art. 915 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1a: ‘bewijs dat geleverd wordt door een feitenverklaring onder eed – de “getuigenis” – afgelegd voor de rechter, in een getuigenverhoor georganiseerd conform het Gerechtelijk Wetboek, door een persoon die een rechtshandeling of een feit heeft bijgewoond, gezien of gehoord en die geen partij is in het geding, om de betwiste feiten duidelijk te maken’. Recent werd met de nieuwe art. 961/1-961/3 Ger.W. de mogelijkheid geïntroduceerd voor de rechter om, in gevallen waarin het getuigenbewijs toegelaten is, schriftelijke verklaringen van derden aan te nemen die de rechter inzicht kunnen verschaffen in de betwiste feiten waarvan die derden persoonlijk weet hebben. *Ratio legis* is het bestrijden van de gerechtelijke achterstand en het beheersen van de gerechtskosten. De vernieuwing komt tegemoet aan de verzuchting dat procedures waarin een getuigenverhoor wordt gehouden vaak nodeloos ingewikkeld en traag verlopen, terwijl een schriftelijke verklaring die aan welomschreven wettelijke voorwaarden voldoet in de meeste gevallen volstaat om de rechter in te lichten. Getuigenverhoren kunnen hierdoor worden beperkt tot de meest controversiële of delicate punten (W. Vandenbussche & W. Sys, ‘Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012’, *T.Fam.* 2013, p. 30-37; C. Van Severen, ‘Wet van 16 juli 2012 vereenvoudigt de regels van de burgerlijke rechtspleging’, *NNK* 2013, (16) p. 17-20; D. Mougenot & A. Hoc, ‘Les attestations écrites’, in: S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge: die Keure 2015, p. 99-113).

33 ‘Niemand kan een betrouwbare getuige zijn in zijn eigen zaak’, of nog ‘Nul ne peut être [entendu comme] témoin dans sa propre cause’.

getuige uit te sluiten.³⁴ Zijn rechtspraak vond navolging in beslissingen van feitenrechters in burgerlijke,³⁵ straf-³⁶ en sociale³⁷ zaken.

4. ... maar wel het verhoor van partijen

Dat een partij niet kan optreden als getuige in haar eigen geding, betekent niet dat een partij haar visie op de processtof³⁸ niet kan laten horen. Naast de door of voor³⁹ haar opgestelde processtukken en het pleidooi,⁴⁰ kan ze op haar verzoek, dat van haar opponent(en), of op eigen initiatief van de rechter worden gehoord. Daartoe voorziet het Gerechtelijk Wetboek in een specifieke onderzoeksmaatregel, het 'verhoor van partijen'.⁴¹

Het verhoor van partijen, beter gekend onder zijn oude benaming – de persoonlijke verschijning van partijen –, leent zich tot verschillende toepassingen.⁴²

Als onderzoeksmaatregel kan het dienstig zijn voor de bewijsvoering en de waarheidsvinding. De rechter beveelt een partij persoonlijk aanwezig te zijn op de terechtzitting teneinde haar te kunnen ondervragen. De partij moet verschijnen en naar waarheid antwoorden op de vragen die de rechter stelt, zonder dat ze de eed moet afleggen.⁴³ Die, in de loop van het geding, afgelegde verklaringen maken, in

34 Cass. 22 september 1947, *Pas.* 1947, I, p. 371. De oorsprong ervan zou teruggaan op de *D.* 22,5,10 (Pomponius): 'De wetten ontnemen eenieder het recht te getuigen in zijn eigen zaak'.

35 Rb. Namen 3 juni 1988, *RRD* 1988, p. 413.

36 Cass. 17 februari 1976, *Pas.* 1976, I, p. 675.

37 Arbrb. Brussel 24 december 1981, *JTT* 1982, p. 246.

38 Te verstaan in de brede zin van het woord als de aanspraken die voor de rechter worden gebracht, m.i.v. de (rechts)feiten en -handelingen, alsook de producties die ter staving daarvan worden aangevoerd en alle daaraan verbonden bewijsrechtelijke aspecten.

39 Procesvertegenwoordiging door een advocaat is in België in de regel niet verplicht. In *civilibus* bestaat die verplichting enkel voor het Hof van Cassatie (art. 478 Ger.W.).

40 Art. 758 Ger.W.

41 Art. 992-1006 Ger.W.

42 B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 5-11.

43 B. Allemeersch, 'Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs', *TPR* 2003 (29), p. 37-38, die onder meer wijst op de plicht tot loyale medewerking van partijen aan de procesvoering. Een tekortkoming hierop kan de rechter aangrijpen als feitelijk vermoeden om hieruit de conclusies te trekken die zich in het concrete geval opdringen (vgl. G. De Leval, 'Brèves observations sur la loyauté et la sécurité dans le procès civil', in: S. David-Constant (ed.), *La bonne foi*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège 1990 (447), p. 451). Leugenachtige verklaringen kunnen niet strafrechtelijk worden vervolgd wegens valse getuigenis of eed, omdat de partij geen eed aflegt. Waar het Hof van Cassatie oordeelde dat het respect voor het bevel tot persoonlijke verschijning niet kon worden gehandhaafd via het opleggen van een dwangsom

de regel, geen bewijsmiddel uit. Hieruit mag niet worden besloten dat ze steeds van elke bewijswaarde blijven verstoken. Het Hof van Cassatie kwalificeert ze immers als 'loutere beweringen waarop een rechter zijn beslissing niet kan gronden, als ze niet worden gestaafd door andere gegevens of enig vermoeden'.⁴⁴

Indien de partijverklaring⁴⁵ de erkenning inhoudt door die partij van een voor haar nadelig (rechts)feit,⁴⁶ kwalificeert ze als bekentenis en maakt ze wel een bewijsmiddel uit. In de cassatierechtspraak wordt de bekentenis omschreven als 'de eenzijdige daad waaruit bewijs kan worden gehaald en die moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd'.⁴⁷ Wanneer ze wordt afgelegd – in een conclusie, ter terechtzitting of naar aanleiding van een verhoor van partijen – voor de rechter in het geding dat betrekking heeft op het feit waarover de bekentenis gaat, betreft het een gerechtelijke bekentenis.⁴⁸ Die levert ex art. 1356 lid 2 BW een volledig bewijs op tegen degene die ze heeft afgelegd. Ten aanzien van het (voorheen omstreden) feit is haar bewijskracht dwingend, zodat ook de rechter eraan is gebonden.⁴⁹

Een tweede toepassing van het verhoor van partijen is er gebruik van maken om te pogen partijen te verzoenen in de loop van de rechtspleging. De rechter kan hiertoe zelf initiatief ontplooien⁵⁰ en de verschijning gebeurt in raadkamer,⁵¹ wat de kans op een incidentele verzoening kan bevorderen.

De persoonlijke verschijning kan verder ook de goede procesorde dienen, zoals wanneer de door partijen verstrekte toelichting de rechter toelaat een (complexe) zaak beter te begrijpen.

(Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, p. 786), moet hier sinds de uitspraak van het Beneluxgerechtshof van 29 november 1993, *RW* 1993-94, p. 705, anders worden over gedacht.

44 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2002-03, p. 276.

45 Die ook kan afgelegd worden door de bijzondere gevolmachtigde van de partij: Cass. 17 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, p. 1315.

46 Cass. 24 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, p. 946.

47 Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, p. 452, noot L. Van Valckenborgh: uit het arrest volgt dat niet langer vereist is dat de bekentenis wordt afgelegd met het oogmerk om voor de andere partij als bewijs te dienen (in dezelfde zin: (Cass. AR S.08.0137.F, 25 mei 2009; www.cassonline.be). Essentieel bestanddeel dat ze betrekking heeft op een persoonlijk en betwist feit met nadelige rechtsgevolgen voor de partij die de bekentenis aflegt (B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 160, nr. 302 en 171-174, nr. 318-323).

48 Cass. 15 juni 1967, *RW* 1967-68, p. 543.

49 B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 196, nr. 361. Andere auteurs zien in de bekentenis geen bewijsmiddel, maar wel een ontslag van bewijslast: het feit is door de bekentenis niet (meer) betwist, zodat het niet moet worden bewezen (Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia, 2007, nr. 777, p. 443).

50 Art. 992 Ger.W. dat voorziet in het ambtshalve bevelen van de persoonlijke verschijning van partijen.

51 Art. 993 Ger.W.

5. Wie is partij?

Derden kunnen niet worden verhoord in het raam van een persoonlijke verschijning en dit verbod raakt de openbare orde.⁵² Derden zijn geen procespartij en om hun stem in het geding te laten horen, kunnen, naast de recent ingevoerde schriftelijke verklaringen (art. 961/1-961/3 Ger.W.), enkel de regelen van het getuigenverhoor worden gebruikt.⁵³ Problemen rijzen evenwel in die gevallen waar de scheidingslijn niet scherp te trekken valt tussen wie partij en wie derde is.

Klassiek is het voorbeeld van de autobestuurder die zelf niet in het geding figureert over een verkeersongeval waarbij hij was betrokken, omdat zijn verzekeraar daarin als procespartij optreedt.⁵⁴ De rechter kan de bestuurder niet bevelen persoonlijk te verschijnen, omdat hij geen partij is. Hem oproepen als getuige doet rechters soms aarzelen omdat zijn betrokkenheid bij de feiten de vrees doet rijzen dat zijn verklaringen niet objectief zullen zijn. Nochtans staat de mogelijke vooringenomenheid, afhankelijkheid, partijdigheid of gebondenheid van een getuige niet aan het afnemen van het getuigenverhoor in de weg. Precies daarom voorziet art. 937 Ger.W. dat de rechter de getuige, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van een van de partijen, ondervraagt 'over de feiten die hem persoonlijk betreffen en invloed kunnen hebben op zijn getuigenis', waaronder 'het persoonlijk belang van de getuige bij de oplossing van het geschil'. De rechter beoordeelt ook hier vrij de geloofwaardigheid van die getuigenis,⁵⁵ onder meer rekening houdende met het belang dat de zaak heeft voor de getuige. Eenzelfde behoedzame houding zal de rechter aan de dag leggen wanneer hij een getuigenverklaring afneemt en vervolgens waardeert van familieleden, verwanten, vrienden of kennissen van één van de procespartijen.⁵⁶ Zo ook wanneer de rechter, in arbeidsrechtelijke aange-

⁵² Cass. 26 januari 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, p. 651.

⁵³ Een beschikking die derden beval aanwezig te zijn bij een persoonlijke verschijning van partijen, zonder dat die derden als getuige werden opgeroepen, werd nietig verklaard (Gent 11 december 1998, *P&B* 1999, p. 271). Dit staat er niet aan in de weg dat een getuigenverhoor en een verhoor van partijen met elkaar kunnen worden gecombineerd (zie art. 1001 Ger.W.), onder meer met het oog op confrontatie van partijen en getuigen. De rechter mag de in eenzelfde proces-verbaal vervatte verklaringen van een partij en een getuige evenwel niet door elkaar haspelen (Cass. 12 februari 2001, *JTT* 2001, p. 273).

⁵⁴ B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 18; P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c, en 'Commentaar bij art. 937 Ger.W.', nr. 7.

⁵⁵ Cass. 1 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, p. 717 en *RJI* 1990, p. 230; Bergen 28 november 2000, *RTDF* 2002, p. 90.

⁵⁶ Art. 937 Ger.W. (ondervraging over de graad van bloed- of aanverwantschap van de getuige met de partijen). Brussel 22 april 2004, *RTDF* 2005, p. 1094; Vred. Aalst 29 april 2003, *T.Agr.R.* 2003, p. 239. Pol. Mechelen 18 maart 2009, *VAV* 2009, p. 427.

legenheden, getuigen ondervraagt die ondergeschikte zijn, dan wel in een gezagsverhouding staan, ten aanzien van één van de partijen.⁵⁷

De vraag of bestuurders of zaakvoerders van een rechtspersoon een getuigenverklaring mogen afleggen in een geding waarin de rechtspersoon partij is, wordt terecht meestal ontkennend beantwoord.⁵⁸ Soms wordt op dit punt een onderscheid gemaakt tussen organen van de vennootschap en fysieke personen die in (leidinggevende) dienst zijn van de vennootschap, zonder dat zij een wettelijke of statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben. Deze laatsten kunnen, zo leert ook de *Dombo*-uitspraak, wel als getuige optreden in een geding waarin de vennootschap betrokken is.⁵⁹

De persoonlijke verschijning van rechtspersonen wordt geregeld in art. 994 Ger. W.: 'het vonnis of de beschikking wijst de agent of in voorkomend geval de organen of wettelijke vertegenwoordigers van de rechtspersoon aan, die moeten verschijnen.' De rechtspraak geeft hieraan een soepele invulling. Ook diensthoofden of andere personeelsleden die de rechtspersoon niet in rechte kunnen vertegenwoordigen, kunnen worden opgeroepen om als partij te verschijnen.⁶⁰ Indien er meerdere rechtspersonen in het geding zijn, dient de rechter wel – omwille van de eerbiediging van de wapengelijkheid – voor allen dezelfde standaard te hanteren.⁶¹

Geponeerd werd dat enkel de 'eigenlijke' (lees: materiële) procespartij en niet de degene die als haar vertegenwoordiger (lees: formele procespartij) optreedt per-

⁵⁷ Art. 937, 4° Ger.W. Arbh. Bergen 8 oktober 1997, *JTT* 1998, p. 18; Arbrb. Bergen 27 november 1998, *Soc.Kron.* 1999, p. 510, m.nt. J. Jacquemain; H. Buysens & K. Clinckemalie, 'Knelpunten inzake het bewijs van de dringende reden', *Or.* 2007 (235), p. 236; B. Nelissen & B. Vermeulen, 'Het proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren conform art. 516, 2de lid Ger.W. als alternatief voor het bewijs van de dringende reden in het arbeidsrecht door getuigen', *Limb.Rechtsl.* 2009 (249), p. 252-258.

⁵⁸ Rb. Namen 3 juni 1988, *RRD* 1988, p. 413; J. Petit, *Sociaal procesrecht*, Brugge: die Keure 2007, nr. 428, p. 499. Vgl. Cass. 25 februari 1980, *RW* 1980-81, p. 384. Anders: Arbh. Brussel 2 februari 1998, *RW* 2000-01, p. 354: 'De natuurlijke persoon die tegelijk orgaan is van de vennootschap, blijft nochtans een afzonderlijke juridische persoon. Dit wordt o.m. geïllustreerd door het feit dat hij niet persoonlijk gehouden is tot de contractuele verbintenissen die hij voor rekening van de vennootschap aangaat binnen zijn bevoegdheden.'

⁵⁹ De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c, en 'Commentaar bij art. 937 Ger.W.', nr. 7.

⁶⁰ Cass. 25 oktober 1993, *Soc.Kron.* 1994, 138, noot.

⁶¹ G. Closset-Marchal, 'Le droit à la comparution personnelle et son applicabilité en cas de pluralité de degrés de juridictions' (noot onder EHRM 29 oktober 1991), *Rev.trim.dr.H.* 1992 (389), p. 397; B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 994 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 4.

soonlijk kan verschijnen.⁶² Er valt niet in te zien waarom de gevallen waar de materiële en formele procespartij niet dezelfde persoon zijn, anders moeten worden benaderd dan wanneer ze wel identiek zijn. Beiden, zowel materiële als formele procespartij, kunnen wegens hun hoedanigheid van partij niet als getuigen onder eed worden gehoord. Ze kunnen beiden wel worden verplicht persoonlijk te verschijnen om te worden verhoord.

6. Schendt het niet kennen van de partijgetuige het *fair trial* vereiste?

De Baets wierp op dat de Belgische rechter, ingevolge de autonome Europese norm vervat in art. 6 lid 1 EVRM en de interpretatie die het EHRM hieraan in zijn rechtspraak gaf, vroeg of laat bovenstaande vraag zal moeten beantwoorden.⁶³ Deze auteur las in het *Dombo*-arrest dat een verbod op partijgetuigenis met die verdragsbepaling niet verenigbaar is. Die conclusie staat haaks op de overweging van het EHRM dat '(t)he court notes at the outset that it is not called upon to rule in general whether it is permissible to exclude the evidence of a person in civil proceedings in which he is a party'.⁶⁴

Buiten kijf staat dat het *Dombo*-arrest leert dat partijen inzake bewijsvoering en -waardering *on equal footing* dienen te worden behandeld of, om het met Snijders te zeggen, dat 'gelijke monniken van gelijke kappen moet[en] [worden] voorzien'.⁶⁵ Het EHRM aanvaardde dat aan dit vereiste is voldaan wanneer de ene partij zich kan beroepen op een door een derde onder eed afgelegde getuigenis,⁶⁶ terwijl haar wederpartij zich slechts kan beroepen op een door een persoon – die krachtens de wet niet als getuige kon worden gehoord – (niet onder eed) afgelegde verklaring,⁶⁷ op voorwaarde dat de rechter die recht spreekt over de zaak zowel die getuigenis als

62 B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 17, met verwijzing naar Luik 3 januari 1985, *JL* 1985, 209 (gefaillieerde diende persoonlijk te verschijnen).

63 P. De Baets, 'Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000 (5), nr. 7-9.

64 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, § 31, p. 534. Zie ook de noot van H.J. Snijders onder dit arrest, sub 3 en 6.

65 Noot Snijders sub EHRM 27 oktober 1993, 6. Zie ook HR 11 februari 2000, *NJ* 2001/31, r.o. 3.3.

66 Getuige Linder was de directeur van het in het geding betrokken bedrijf, maar hij kon dat bedrijf niet in rechte vertegenwoordigen en was niet bevoegd om voor het bedrijf het litigieuze huurcontract af te sluiten.

67 Deze verklaring werd afgelegd door mevrouw Ankerl, echtgenote van de wederpartij in het geding ten gronde. Omwille van die hoedanigheid verbiedt de (Zwitserse) wet dat zij, als getuige, onder eed een verklaring aflegt.

de verklaring in zijn besluitvormingsproces betreft en (vrij) waardeert.⁶⁸ Essentieel hierbij is *‘that the difference of treatment in respect of the hearing of the parties’ witnesses (waaronder het Hof zowel de getuigenis als de verklaring begrijpt) by the Court of First Instance did not place the applicant at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent’*.

Leidt het aftoetsen van deze door het Straatsburgse Hof uiteengezette principes aan het naar geldend Belgisch bewijsrecht niet kennen van de rechtsfiguur van de partijgetuigenis tot het besluit dat art. 6 lid 1 EVRM – onder de hierna gepreciseerde omstandigheden – wordt geschonden? Het antwoord op die vraag luidt volgens ons bevestigend.⁶⁹ Een partijverklaring, die het Hof van Cassatie betitelt als een ‘bewering’ (*une allégation*), levert – abstractie gemaakt van het geval waarin ze als bekentenis kwalificeert – geen toelaatbaar bewijsmiddel op: ‘[de rechter] mag er zijn beslissing niet op gronden indien die verklaring niet wordt gestaafd door andere gegevens of enig vermoeden.’⁷⁰ Wanneer en zolang geen dergelijk steunbewijs voorhanden is, moet de feitenrechter de verklaring terzijde laten liggen. Dat, eenmaal ander bewijsmateriaal wel wordt aangereikt, de rechter – net zoals hij dat doet met een onder eed afgelegde getuigenverklaring – vrij de geloofwaardigheid, kwaliteit, consistentie, coherentie en relevantie van de partijverklaring mag beoordelen, maakt de vastgestelde ongelijkheid in de uitgangspositie niet goed tussen wie enkel zijn partijverklaring kan inroepen in vergelijking met degene die een getuigenverklaring kan aanvoeren. De betrokken partijen worden op het vlak van de bewijslevering – in strijd met de slagzin van Snijders – niet gelijk behandeld. Die ongelijkheid zal zich vooral doen voelen in zaken waar het onderscheid tussen wie partij en ‘echte’ derde is, moeilijk te maken valt.

II Nederland

7. Partijen kunnen getuigen

Voorheen was het, als gezegd, partijen in Nederland niet toegestaan om als partij in eigen zaak op te treden. Partijen werden geacht niet voldoende onbevangen te zijn om in eigen zaak onder ede te getuigen. Ze mochten daartoe in elk geval niet worden gedwongen.⁷¹ Ook heeft de minister bij de parlementaire behandeling van het per april 1988 in werking getreden bewijsrecht wel opgemerkt dat de traditie dat een partij niet kan getuigen ongetwijfeld berust op de gedachte dat bij de figuur van een partij, optredend als getuige in eigen zaak onvoldoende waarborgen bestaan voor objectiviteit en waarheidsliefde om de van haar afkomstige verkla-

68 EHRM 23 oktober 1996 (*Ankerl/Zwitserland*), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58067>, in het bijzonder §§ 36 en 38.

69 De vraag vertoont uit zijn aard enkel relevantie in zaken waarin het bewijs door getuigen en vermoedens mag worden geleverd.

70 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2002-03, 276.

71 *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 171.

ringen voor het bewijs te bezigen.⁷² Bij die parlementaire behandeling hield de minister aanvankelijk (in 1959) ook vast aan de traditie om partijen niet te laten getuigen. De bedoeling was dat het verbod een wettelijke basis zou krijgen.⁷³ Ook in het Regeringsontwerp 1969 bleef het verbod op partijgetuigen nog overeind.⁷⁴ Er was echter weerstand. Zo pleitten onder meer de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten voor afschaffing van het verbod, met toekenning overigens van een verschoningsrecht aan partijen.⁷⁵ Op verzoek van de minister bracht de Subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering voor de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke wetgeving nadien een advies uit over de kwestie. Dat advies bevatte een volledig uitgewerkt wetsvoorstel met toelichting.⁷⁶ Het advies werd, met de daarbij horende toelichting, door de minister overgenomen in het Gewijzigd Ontwerp 1981. Daarin werd voorgesteld dat partijen als getuige kunnen optreden.⁷⁷

Waarom de ommezwaai? Destijds is om verschillende redenen gepleit voor de invoering van de partijgetuige.⁷⁸ De minister noemde als belangrijke reden de gedachte dat de verklaring van een partij zelf niet noodzakelijkerwijs of zelfs maar als regel minder betrouwbaar is dan die van bijvoorbeeld de echtgenoot of echtgenote of de naaste familieleden, terwijl verhoor van laatstgenoemde wel is toegestaan. Ten tweede wees hij erop dat in de toenmalige rechtspraktijk zich geregeld casusposities voordoen waarin de uitsluiting van de partijgetuige als onbillijk kon worden ervaren, bijvoorbeeld omdat een natuurlijk persoon die procedeerde tegen een rechtspersoon zelf bijvoorbeeld niet als getuige kon optreden, terwijl haar wederpartij wel aan haar zijde betrokken personen als getuigen kon voortbrengen.⁷⁹

⁷² *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 174.

⁷³ Zie het voorontwerp van de staatscommissie (*Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 171-172). Het verbod zou in die zin moeten worden versoepeld dat de rechtspraak waarin het verbod ook was toegepast op formele procespartijen niet langer geldend zou moeten zijn.

⁷⁴ Het toen voorgestelde art. 187a luidde: 'Als getuige kan niet optreden een persoon die zelf als partij gebonden wordt door de afloop van het geding, noch degene die krachtens wet of statuten bevoegd is voor de partij te beslissen of mede te beslissen over het voeren van het geding.' (*Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 172).

⁷⁵ Opgenomen in *Advocatenblad* 1970, na p. 260.

⁷⁶ Dat voorstel en de toelichting zijn als bijlage bij de Memorie van Antwoord 1981 gevoegd.

⁷⁷ Art. 187a Rv.

⁷⁸ Zie het genoemde rapport van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en H. Pos, 'Pleidooi voor een beperkt partijverhoor onder ede', *NJB* 1971, p. 193 e.v. en C.H. Beekhuis, 'Het horen van partijen in een civiel geding als getuige', *Van Opstallbundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 1-10.

⁷⁹ *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 174/175.

Partijen kunnen thans dus als getuigen worden gehoord in hun eigen zaak.⁸⁰ De voornaamste bijzonderheid van de partijgetuige betreft de beperking van de bewijskracht van de door een partijgetuige afgelegde verklaring.⁸¹ De verklaring van een partij die als getuige is gehoord omtrent door haar te bewijzen feiten kan geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.⁸² De ratio van deze beperking van de bewijskracht is dat het te ver zou gaan indien het de rechter vrij zou staan om de juistheid te aanvaarden van de stellingen van een der partijen, ondanks tegenspraak van de tegenpartij, uitsluitend op grond van de verklaring van de belanghebbende partij.⁸³ Een verklaring van een partijgetuige kan dus alleen bewijs omtrent door haar te bewijzen feiten opleveren indien zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.⁸⁴ De beperking aan de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring geldt niet altijd. Die beperking betreft slechts de verklaring van een partij 'omtrent door haar te bewijzen feiten'. Dat betekent dat de beperking van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring alleen geldt voor feiten of rechten waarvan de partijgetuige de bewijslast draagt. De verklaring van een partij die wordt gehoord in het kader van door die partij te leveren tegenbewijs heeft derhalve vrije bewijskracht.⁸⁵ Ook bij levering van tegenbewijs tegen een rechterlijk vermoeden is geen sprake van beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige.⁸⁶ Om te beoordelen of de verklaring van een partijgetuige vrije of beperkte bewijskracht heeft, moet dan ook worden gezien welke partij de bewijslast draagt.

80 Art. 164 lid 1 Rv. A-G Bakels merkt in zijn conclusie voor HR 10 augustus 2001, *NJ* 2001/526 (*Domaro/Pennings*), sub 2.5 op dat het EHRM in *Dombo* niet beoogd heeft een algemene uitspraak te doen over de uitsluiting van de partijgetuige. Hij wijst er daarbij ook op dat de regel dat een partij als getuige geen bewijs te zijnen gunste kan aandragen in een groot aantal Europese landen gelding heeft. M. de Tombe-Grootenhuys (*NJB* 1994, p. 186) heeft in verband met de implicaties van het Europese *Dombo*-arrest voor landen die de partijgetuige niet kennen terecht gesteld dat daarbij van belang zal zijn in hoeverre het systeem van burgerlijk procesrecht van die landen reële alternatieven bestaan voor de partij om, anders dan als getuige, een verklaring af te leggen in de procedure en welke waarde een degelijke verklaring kan hebben.

81 Overigens kan een partij ook nog steeds als partij worden gehoord, bijv. ter gelegenheid van een comparitie; zie hierover voor het Belgisch recht hiervoor par. 4.

82 Art. 164 lid 2 Rv.

83 Zo overweegt de Hoge Raad in zijn arrest van 15 april 2005, *NJ* 2005/272 (*Van der Zwart/Remmerswaal*), onder verwijzing naar *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 175.

84 Een ander verschil met andere getuigen is dat een procespartij niet gedwongen mag worden als getuige een verklaring af te leggen (art. 173 lid 1 Rv). Het opleggen van een dwangsom om die partij tot getuigen te dwingen is dan ook niet mogelijk (HR 6 april 2012, *NJ* 2012/363, m.nt. A.I. M. van Mierlo).

85 HR 7 april 2000, *NJ* 2001/32, m.nt. J.B.M. Vranken (*Meijering & Benus/Jan Meijer*), r.o. 3.8; HR 17 januari 2003, *NJ* 2003/176 (*Durinck/Pavema*), r.o. 3.2 en HR 4 april 2008, *NJ* 2008/201 (*Robur/De Koning*), r.o. 3.5.2.

86 Zie bijv. HR 30 januari 2009, *NJ* 2010/497 (*Jansen/Verwey*).

8. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (I)

De verklaring van een partijgetuige kan omtrent door haar te bewijzen feiten slechts bewijs in haar voordeel opleveren indien zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Wanneer is sprake van dergelijk onvolledig bewijs? Uit het fameuze arrest *Taams/Boudeling* volgt dat de verklaring van een partijgetuige geen bewijs in haar voordeel kan opleveren, indien geen aanvullend bewijs voorhanden is dat zodanig sterk is en zodanig essentiële punten betreft dat dit de partijverklaring voldoende geloofwaardig maakt.⁸⁷

De voorwaarde dat er voldoende aanvullend bewijs moet zijn, heeft in de praktijk tot diverse vragen geleid. Indien, bijvoorbeeld, twee personen een verklaring als partijgetuige hebben afgelegd, kan de verklaring van de ene partijgetuige dan dienen als begin van bewijs ter aanvulling van de verklaring van de andere partijgetuige? In 2005 besliste de Hoge Raad dat dit niet kan.⁸⁸ Dit arrest wordt ook wel geduid met 'twee maal nul is nul'.⁸⁹

De waarde van een partijgetuigenverklaring is ook aan de orde gekomen in een zaak over incest. Een vrouw stelt dat haar broer incest met haar heeft gepleegd. Aan de orde komt de verhouding tussen de door haar als partij afgelegde verklaring en een onderzoeksverslag van een medisch deskundige en verklaringen van behandelaars. De Hoge Raad verwerpt de stelling dat het deskundigenbericht en de verklaringen van de behandelaars niets toevoegen aan haar eigen verklaring dat bewijs zou kunnen opleveren. De gestelde feiten hebben zich naar hun aard in de regel immers slechts in aanwezigheid van partijen zelf afgespeeld. Bovendien behoort niet te worden uitgesloten dat een deskundigenbericht waarin de mededelingen van een partij aan een nader onderzoek worden onderworpen tezamen met de verklaring van de betrokken partij als getuige voldoende bewijs van de gestelde feiten oplevert, zo overweegt de Hoge Raad.⁹⁰

Ook heeft zich de vraag voorgedaan of de verklaring van een cedent gelijk te stellen is met de verklaring van een partijgetuige. In een zaak over de verkoop van een stuk grond cedeert koper 1 zijn rechten jegens de verkoper aan koper 2. In verband met een geschil over de vervuiling van de grond procedeert koper 2 vervolgens tegen de verkoper. Koper 2 legt in die procedure een verklaring af. Die verklaring geldt als een partijgetuigenverklaring. In cassatie wordt aangevoerd dat de door cedent (koper 1) afgelegde verklaring gelijk te stellen is aan de verklaring van een partijgetuige, omdat het vorderingsrecht van koper 2 door cessie is ontleend aan en

87 HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.4. In latere rechtspraak is dat criterium bevestigd; zie bijv. HR 13 april 2001, *NJ* 2002/391 (*Moes/Muijlaert*), r.o. 3.4 en HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/335, r.o. 4.5.2.

88 HR 15 april 2005, *NJ* 2005/272 (*Van der Zwart/Remmerswaal*).

89 Naar aanleiding van een opmerking van A-G Langemeijer in diens conclusie (sub 3.8) voor dit arrest.

90 De Hoge Raad voegt daar overigens aan toe dat de waardering van dergelijk bewijsmateriaal door de rechter zal dienen te geschieden met een bijzondere, op de delicate aard van dit materiaal afgestemde behoedzaamheid (HR 17 november 1995, *NJ* 1996/666, r.o. 3.2).

betrekking heeft op het vorderingsrecht van koper 1 zelf als contractspartij. Aangezien koper 1 in deze procedure geen partij is, besliste de Hoge Raad dat deze koper niet als partijgetuige kan worden beschouwd. De omstandigheid dat de door de cessionaris in dit geding jegens de verkoper geldend gemaakte vordering door de cedent aan de cessionaris is overgedragen, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de cedent, als ware zij materiële procespartij, met de cessionaris als procespartij op één lijn gesteld kan worden.⁹¹

9. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (II)

In de praktijk is ook de vraag gerezen of de beperking van de bewijskracht van de partijverklaring eveneens geldt voor een schriftelijke verklaring van een partij. Het arrest erven *Adrichem/Reek* betreft de vordering tot schadevergoeding jegens bouwbedrijf Reek, ingesteld door de erfgenamen van Adrichem op grond van de stelling dat Adrichem ziek is geworden door blootstelling aan asbest in de tijd dat Adrichem bij Reek werkte. In het kader van de aan hun verstrekte bewijsopdracht dragen de erven twee getuigen voor (een oud-collega en een zwager van Adrichem) en leggen zij een schriftelijke verklaring over die Adrichem voor zijn dood heeft opgesteld. In hoger beroep oordeelt de rechtbank dat aan die verklaring niet meer bewijskracht toekomt dan die door hem als partijgetuige onder ede zou zijn afgelegd indien hij daartoe nog de gelegenheid had gehad, derhalve hoogstens aanvullende bewijskracht.⁹² Daar oordeelt de Hoge Raad anders over. De schriftelijke verklaring levert volgens de Hoge Raad bewijs door geschrift op en kan niet worden opgevat als bewijs door getuigen, aangezien de wet onder getuigen slechts diegenen verstaat die als zodanig ten overstaan van de rechter in het geding een mondelinge verklaring afleggen. De bewijswaardering daarvan is overgelaten aan het oordeel van de rechter, zo overweegt de Hoge Raad.⁹³ In zijn conclusie voor dit arrest (sub 15) heeft A-G Strikwerda opgemerkt dat er geen reden is de bewijskracht van een schriftelijke verklaring te richten naar de bijzondere regeling omtrent (partij)getuigen: juist omdat de bewijswaardering van de schriftelijke verklaring geheel aan het vrije oordeel van de rechter is overgelaten kan de rechter in zijn bewijswaardering rekening houden met de positie van de persoon die de schriftelijke verklaring heeft afgelegd, de omstandigheden waaronder dit is gebeurd en

⁹¹ HR 24 juni 2005, NJ 2006/58 (*Scheres/Marx*).

⁹² Daar de voorgedragen getuige, de voormalige oud-collega, niet uit eigen wetenschap heeft kunnen verklaren dat Adrichem met asbest in aanraking is gekomen, vormt zijn verklaring geen onvolledig bewijs (zo overweegt de rechtbank sub 8).

⁹³ HR 24 januari 2003, NJ 2003/166 (*Erven Adrichem/Reek*), r.o. 3.5. Zie over deze zaak T.R. Hidma, 'Bewijswaardering in civilibus', *Trema* 2005, p. 305-306.

de mogelijke belangen die de betrokkene heeft bij de zaak waarop zijn schriftelijke verklaring betrekking heeft.⁹⁴

Partijen kunnen ook anders dan als getuigen ten overstaan van de rechter een verklaring afleggen. Zij kunnen als partij worden ondervraagd ter gelegenheid van een comparitie.⁹⁵ Bovendien kan de rechter partijen vragen stellen naar aanleiding van de getuigenverklaringen.⁹⁶ Partijen beantwoorden de vragen dan zonder de belofte of de eed te hebben afgelegd. Wel dienen zij echter het proces-verbaal van het getuigenverhoor waarin hun antwoorden zijn weergegeven te ondertekenen.⁹⁷ Indien een getuige die niet tevens partij is wordt gehoord, hebben partijen het recht om ook elkaar vragen te stellen. Dat mogen zij zelf doen, of bij monde van hun raadslieden.⁹⁸

Een verklaring die een partij niet in hoedanigheid van getuige maar ter gelegenheid van een inlichtingencomparitie aflegt omtrent door haar te bewijzen feiten, kan in het voordeel van die partij geen bewijs opleveren.⁹⁹ Omtrent de verklaring die een partij aflegt ter gelegenheid van het verhoor van anderen als getuige is hetzelfde bepaald.¹⁰⁰ In die voorschriften ontbreekt de uitzondering voor het geval dat de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Als een partijverklaring in de zin van deze bepalingen strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs, valt zij dan ook niet onder het uitgangspunt van de vrije bewijswaardering.¹⁰¹

De vraag of er voldoende aanvullend bewijs is om de verklaring van een partij-getuige bewijskracht toe te kennen, is bron gebleken voor praktische vervolgvragen. De kwesties in deze en de vorige paragraaf illustreren dat.¹⁰²

94 In die zin schreven ook al F.G. Scheltema & H.J. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 207-208; vgl. M.J. Vos, 'Beperking bewijskracht partij-getuigenverklaring nog van deze tijd?', in: *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 534-535.

95 Vgl. art. 88 Rv. Art. 22 Rv geeft de rechter overigens de bevoegdheid om in elke stand van het geding bepaalde stellingen toe te lichten. Partijen kunnen dat 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.

96 Art. 179 lid 3 Rv.

97 Zie art. 180 Rv.

98 Art. 179 lid 3 Rv.

99 Zo volgt uit art. 88 lid 4 eerste volzin Rv.

100 Art. 179 lid 4 eerste volzin Rv.

101 Zo wordt althans aangenomen voor art. 179 lid 4 (Van Nispen 2014 (*T&C Rv*), art. 179, aant. 7, in fine). Voor art. 88 Rv kan ons inziens hetzelfde worden verondersteld.

102 In de praktijk zijn overigens meer kwesties gerezen in verband met het vereiste aanvullende bewijs. Dat betreft bijv. de vraag wie als partij in de zin van art. 164 lid 1 Rv heeft te gelden (zie onder meer HR 22 december 1995, *NJ* 1997/22 en 23 (*Reprotechniek/Traugott* resp. *Masteco/Top-Pharm*); HR 4 mei 2007, *NJ* 2007/274 (*Molenaar/Brabantse Delta*); HR 23 mei 2008, *JBPR* 2008/41 (*E&T/Hak*)) en de vraag op welk moment moet worden beoordeeld of iemand partij is als bedoeld in art. 164 lid 2 Rv (onder meer HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/138).

10. Meer principiële bezwaren

De beperking aan de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige in het Nederlandse recht verdient wat ons betreft te worden afgeschaft.¹⁰³ De huidige regeling zorgt, zoals in de voorgaande paragrafen bleek, voor diverse praktische vragen. Er zijn echter ook meer principiële bezwaren tegen de huidige regeling. Ten eerste impliceert de beperkte bewijsrechtelijke betekenis van de verklaring van de partijgetuige dat er geen gelijkheid is tussen de verklaring van een partijgetuige enerzijds en de verklaringen van andere getuigen anderzijds.¹⁰⁴ Deze ongelijkheid is al eerder genoemd als bezwaar tegen de huidige regeling.¹⁰⁵ Snijders heeft, als gezegd, opgemerkt te bekennen niet voor 100% gerust te zijn op de afloop van een eventuele klachtprocedure over de regel in Straatsburg. Denkbaar is de redenering dat een zo rigide bewijswaarderingsbepaling als (thans) art. 164 lid 2 Rv in wezen neerkomt op een bepaling die de toelating van de bewijsmiddelen beïnvloedt. Wie geen enkel ander bewijs in huis heeft dan zijn eigen verklaring en de bewijslast draagt, kan zich het horen van zichzelf op voorhand besparen, dit weer behoudens de mogelijkheid dat de rechter (mede) uit zijn verklaring een feitelijk vermoeden ten gunste van het door hem gestelde afleidt, aldus Snijders.¹⁰⁶

De bewijswaardering is een toereikend en effectief middel om een ongelijke positie van partijen in een gelijke te doen verkeren, schreef Heemskerk al in 1988. Hij stelde daarbij tevens de vraag of het (destijds) nieuwe Nederlandse recht die ongelijkheid niet juist in stand laat daar de partijgetuigenverklaring een andere positie heeft dan andere verklaringen.¹⁰⁷ Het recht hebben op een gelijke behandeling bij de bewijslevering is niet hetzelfde als gelijke kansen bij de bewijswaardering, zo heeft Asser terecht opgemerkt. Hij wijst erop dat ten aanzien van de bewijswaardering echter niet a priori een zo onevenredige ongelijkheid mag worden geschapen, bijvoorbeeld door een asymmetrische beperking van de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen (zoals art. 164 lid 2 Rv), dat de gelijkheid van partijen op het punt van de bewijslevering *de facto* illusoir wordt en strijd ontstaat met de *equality of arms* van art. 6 EVRM.¹⁰⁸

¹⁰³ Wij sluiten ons dan ook aan bij eerdere – hierna te noemen – pleidooien voor afschaffing van de bijzondere regel over de waardering van de verklaring van een partijgetuige.

¹⁰⁴ In het *Dombo*-arrest oordeelde het EHRM de tot 1988 in Nederland geldende regeling in strijd met de *equality of arms* (EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, NJ 1994/534, m.nt. H.J. Snijders).

¹⁰⁵ Zie bijv. M. de Tombe-Grootenhuys, 'Het Europese Hof en de partij-getuige', *NJB* 1994, p. 185-188, i.h.b. p. 188. R.H. de Bock (*Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 279) spreekt in verband met de beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige van een anomalie in het bewijsrecht.

¹⁰⁶ NJ-noot sub EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, NJ 1994/534, sub 8 in *fine*.

¹⁰⁷ W.H. Heemskerk, noot onder HR 19 februari 1988, NJ 1988/725 (*Dombo*), derde alinea.

¹⁰⁸ W.D.H. Asser, noot onder HR 11 februari 2000, NJ 2001/31 (*Resort of the World St. Maarten/Civil Construction*), sub 12; vgl. recent G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 29.

De beperking van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring klemmt temeer als men bedenkt dat het juist partijen kunnen zijn die het beste op de hoogte zijn van voor het geschil relevante feiten. In de woorden van Asser: dat partijen zelf de belangrijkste informatiebron in het proces zijn en daarmee van groot belang voor het vaststellen van feiten, is evident.¹⁰⁹

De verhouding tussen de bewijsrechtelijke betekenis van een ten processe afgelegde verklaring van een partijgetuige en een in het geding gebrachte brief (een vorm van schriftelijk bewijs) kan eveneens reden zijn om het voorschrift van art. 164 lid 2 Rv te heroverwegen. Hidma heeft opgemerkt dat een tijdrovend en kostbaar getuigenverhoor onder ede van een partij voor een gekwalificeerde rechter-commissaris *ex lege* steunbewijs behoeft en in wezen inferieur is aan een zonder enige waarborg door diezelfde persoon gefabriceerd kattenbelletje dat, althans in theorie, op eigen benen kan staan.¹¹⁰ De bewijsrechtelijke waarde van een schriftelijke verklaring is, afgezien van eventuele dwingende bewijskracht, overgelaten aan de rechter.

II. Tot besluit

Het Belgisch bewijsrecht vertoont inzake de partijgetuige een hiaat, terwijl de huidige Nederlandse regeling bezwaren kent, zowel van praktische als van meer principiële aard. Hoe zou het dan wel moeten? Dat is niet lastig. Het verdient wat ons betreft aanbeveling de gelijkheid in de toelaatbaarheid en de waardering van verklaringen van partijgetuigen en andere getuigen tot uitgangspunt te verheffen. De rechter kan zeer wel in staat worden geacht om met behoedzaamheid, die van geval tot geval en van verklaring tot verklaring kan verschillen, verklaringen waaronder de partijverklaring te waarderen.¹¹¹ Evenals bij niet-partijgetuigen moet de rechter, zo heeft Vos opgemerkt, als voldoende geëquipeerd worden beschouwd om partijgetuigen flink aan de tand te voelen en te confronteren met eventuele inconsistenties in de eigen verklaring of strijdigheid met verklaringen van anderen.¹¹² Vanzelfsprekend kan de rechter bij de waardering van die verklaring letten op diverse omstandigheden, waaronder de verhouding met verklaringen van andere partijen, getuigenverklaringen en andere gegevens in het dossier.¹¹³ Voor het Belgisch recht moet de partijverklaring ‘op dezelfde hoogte’ als de getuigen-

¹⁰⁹ Asser/*Procesrecht*/Asser 3 2013/165.

¹¹⁰ T.R. Hidma, ‘Bewijswaardering in civilibus’, *Trema* 2005, p. 306, sub 12.

¹¹¹ Zo heeft E. Grabandt, ‘De partij-getuige in het civiele geding’, *Trema* 2001, p. 391, gesteld. Hij bepleit dan ook dat de vrije bewijsleer zich ook uitstrekt tot de verklaring van de partijgetuige.

¹¹² M.J. Vos, ‘Beperking bewijskracht partijgetuigenverklaring nog van deze tijd?’, in: *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 539.

¹¹³ Zie over waardering van getuigenbewijs R.J.B. Boonekamp, *TCR* 2003, p. 29-30 en G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 10.

verklaring in het bewijsrecht worden geïntegreerd. Voor Nederland is schrapping van de regel van art. 164 lid 2 Rv wat ons betreft aanbevolen.¹¹⁴ Indien de beperking aan de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige komt te vervallen, heeft annotator Snijders geen reden meer tot ongerustheid. Is dat niet een wenkend perspectief voor een welverdiend emeritaat?

¹¹⁴ Tot die tijd dient bedoelde beperking (Nederland), respectievelijk het geen acht slaan op de verklaring – de ‘bewering’ – van een procespartij (België), wat ons betreft terzijde te worden gelaten in gevallen waarin ‘de gelijkheid der wapenen’ in het gedrang komt; vgl. G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 29.