Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/78889

File ID 78889
Filename VI. VOOR WAARNEMING VATBARE FEITEN

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):
Type Dissertation
Title Het aanbod van getuigenbewijs
Author D. Reisig
Faculty Faculty of Law
Year 2005
Pages 198

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/169105

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

VI. VOOR WAARNEMING VATBARE FEITEN

69. Uit eigen waarneming bekende feiten

Volgens artikel 163 Rv kan een getuigenverklaring slechts als bewijs dienen voor zover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Het artikel stemt overeen met artikel 189 (oud) Rv dat met de Wet van 3 december 1987 S 590 in het Wetboek is opgenomen. Voordien gold artikel 1944 BW dat bepaalde: "Iedere getuigenis moet met redenen van wetenschap zijn bekleed. Bijzondere meningen of gissingen, bij redenering opgemaakt, zijn geen getuigenissen". Door het opgeven van de redenen van wetenschap kon de rechter beoordelen of de verklaring van de getuige een mening, gissing of gevolgtrekking was.
De strekking van de oude artikelen 1944 BW en 189 Rv en het huidige artikel 163 Rv is dezelfde: door de getuige getrokken conclusies uit de feiten die hij heeft waargenomen en zijn oordeel over hetgeen hem uit eigen waarneming bekend is, zijn niet relevant. Conclusies uit de door de getuige waargenomen feiten trekt de rechter.
Artikel 163 Rv moet ruim worden opgevat, maar niet zó ruim dat het zijn betekenis zou verliezen; in algemene zin zou hiervan sprake zijn wanneer de verklaring van de getuige geen verband heeft met de waarneembare werkelijkheid.

70. Verklaring of testimonium de auditu

Voor waarneming vatbaar is niet alleen hetgeen de getuige met de ogen, maar ook hetgeen hij met de andere zintuigen heeft waargenomen.[119] Daaronder is begrepen hetgeen hij bij zichzelf heeft waargenomen en uiteraard hetgeen hij heeft ondervonden. Dit laatste heeft de betekenis van artikel 163 Rv niet uitgehold maar wel verminderd.
De verklaring van een getuige die bij een twist tussen partijen aanwezig was dat beiden ongelijk hadden, is wat het gelijk en ongelijk betreft van onwaarde, doch zijn verklaring dat hij de indruk had dat zij beiden ongelijk hadden is een verklaring omtrent hetgeen hij bij zichzelf heeft waargenomen. Die verklaring bevat een voor zintuiglijke waarneming vatbare indruk die de twistende partijen op hem gemaakt hebben.[120]

[119] Bijvoorbeeld HR 15 februari 1974, NJ 1974, 389 (WLH).
[120] HR 21 februari 1924, NJ 1924, 491.

Toegelaten is ook het getuigenis van horen zeggen, de zogenaamde verklaring de auditu, omdat een getuige zeer wel uit eigen waarneming kan verklaren wat hij een ander heeft horen zeggen. Ook onder het oude artikel 1944 BW was volgens Hoge Raad 26 november 1948, NJ 1949, 149 (PhANH) dit getuigenis toegelaten.
Houwing wijst er in zijn tweede noot onder het arrest op dat A wanneer hij als getuige wordt gehoord, verklaart dat B hem een mededeling heeft gedaan, slechts verklaart wat hij zelf heeft waargenomen. En de vraag is niet of de rechter op grond van de verklaring van A mag aannemen dat B aan A die mededeling heeft gedaan - er is geen reden te bedenken waarom de rechter dat niet zou mogen. De vraag is of de rechter op grond van de verklaring van A als bewezen aannemende het feit dat B een mededeling heeft gedaan uit dat feit weer een vermoeden mag putten voor de waarheid van het door B medegedeelde. De Hoge Raad heeft in het vermelde arrest die vraag bevestigend beantwoord met de motivering dat de wet zich er niet tegen verzet. Onder vermelding van de literatuur over dit onderwerp wijst Houwing op de bezwaren tegen het getuigenis de auditu en op de gevaren van het gebruik van dit getuigenis, maar hij is tegen een tot de rechter gericht verbod om een dergelijke getuigenis tot het bewijs te doen medewerken.
Naar mijn mening mag het getuigenis de auditu tot het bewijs medewerken maar niet als de procespartij de zegsman is geweest. Zo makkelijk kan men zichzelf geen bewijs verschaffen. Maar overigens is niet bij voorbaat uit te sluiten dat het getuigenis de auditu in samenhang en verband met andere getuigenverklaringen tot het bewijs bijdraagt.

71. Intermediaire feiten of hulpfeiten

De eis van artikel 163 Rv betekent dat conclusies, gevolgtrekkingen, kwalificaties, al hetgeen niet op waarneming maar op redenering berust, geen onderwerp van getuigenbewijs vormt. Wat niet op waarneming berust, kan niet rechtstreeks door getuigen worden bewezen, maar dat is ook niet vereist. Overmacht, schuld, aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid, willekeur en dergelijke zijn juridische kwalificaties die alleen op indirecte wijze via de feiten in de zin van artikel 163 Rv kunnen worden bewezen.
Onderwerp van bewijs door getuigen vormen in dat geval - indien gesteld - de intermediaire feiten of hulpfeiten die de conclusie, de gevolgtrekking of kwalificatie wettigen. Zijn die feiten niet betwist, zijn partijen alleen

verdeeld omtrent de vraag, of zij de beweerde conclusie of kwalificatie wettigen, dan staan die feiten vast. Of zij de conclusie wettigen, beslist de rechter.

De grens tussen hetgeen wèl en niet voor waarneming vatbaar is, is niet scherp te trekken.[121] Die grens is te zoeken in de bij een normaal mens bestaande mogelijkheid van vergissing, vergissing niet in de waarneming maar in de conclusie die men uit het waargenomen feit trekt[122], of in de kwalificatie van de waargenomen feiten. De grens ligt daar waar redenering in de zin van het gewone spraakgebruik nodig wordt. Asser-Anema-Verdam laat zich hierover als volgt uit: "Nu is het zo dat in elke mededeling van eigen wetenschap reeds heel wat "redenering" verscholen ligt. In elk betoog, in elk verhaal en eigenlijk in elk woord ligt reeds een zekere conclusie. Wanneer artikel 1944 BW zich richt tegen bijzondere meningen of gissingen "bij redenering opgemaakt" dan treft dat de juist genoemde "conclusies" natuurlijk niet, of om het anders uit te drukken zulke normale gevolgtrekkingen die ieder weldenkend mens moet maken, hebben als mening niets "bijzonders" en zijn zeker geen "gissingen", al kan de getuige zich evengoed vergissen, als hij dat bij alle horen en zien kan".[123]

De grens tussen waarneming en redenering is ten gunste van de laatste verschoven.[124] Er bestaat een overgangsgebied tussen hetgeen wèl en niet voor waarneming vatbaar is en op dat gebied kan verschillend worden geoordeeld.

72. Duidelijkheid van de omschrijving van de te bewijzen feiten

De te bewijzen aangeboden feiten moeten duidelijk zijn omschreven. "Feiten die niet duidelijk zijn omschreven, zijn geen feiten in de zin der wet en daarom ongeschikt om tot grondslag van bewijs te dienen".[125] Wanneer het de rechter niet duidelijk is, waarop eiser zijn vordering of gedaagde zijn verweer doet steunen, wanneer het hem niet duidelijk is welke feiten nu eigenlijk de grondslag van de vordering of het verweer vormen,[126] is het aanbod van eiser of van gedaagde zijn stelling te bewijzen niet duidelijk. De rechter mag wel vaststellen wat een partij met onduidelijk omschreven feiten kennelijk heeft bedoeld te zeggen, maar hij mag daar niet naar raden. Feiten in de zin der wet zijn wat het getuigenbewijs betreft duidelijk omschreven feiten in de zin van artikel 163 Rv.

[121] Zo ook voor het strafrecht bij arrest van 20 dec, 1926, NJ 1927 blz. 85.
[122] F.G. en H.J. Scheltema Nederlands burgerlijk bewijsrecht (1940), blz. 421.
[123] Van bewijs (1953) blz. 257.
[124] Veegens in zijn noot onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1.
[125] HR 16 februari 1893, W 6305; zie hoofdstuk IX.
[126] HR 14 november 1940, NJ 1941, 413.

73. Bewijs door deskundigen

Een te bewijzen aangeboden feit kan bestaan in een feit dat voor waarneming vatbaar is, maar niettemin niet door getuigen kan worden bewezen, maar alleen door deskundigen, personen die door studie of ervaring over de vereiste kennis beschikken om over het feit te kunnen verklaren. Wanneer bijvoorbeeld een partij stelt dat het hem geleverde schilderij niet echt is of dat een hem geleverde briljant niet de opgegeven kwaliteit bezit, is een deskundigenonderzoek aangewezen.
Artikel 194 lid 1 Rv bepaalt: De rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve een bericht of een verhoor van deskundigen bevelen.
Dit artikel heeft anders dan artikel 166 lid 1 Rv een facultatief karakter. Het is aan het beleid van de feitenrechter overgelaten of hij wil overgaan tot het benoemen van een deskundige en het staat hem dus vrij een verzoek tot het bevelen van een deskundigenonderzoek af te wijzen, aldus HR 14 december 2001, NJ 2002, 73.
Het is volgens artikel 194 lid 2 Rv ook aan de rechter overgelaten of hij na overleg met partijen één of meer deskundigen wil benoemen. Ook in de keuze van de deskundige(n) is hij vrij. Maar de vrijheid van de rechter kan niet onbeperkt bestaan. Wanner partijen een eensluidend verzoek doen een deskundigenonderzoek te bevelen of om één deskundige te benoemen of om déze deskundige te benoemen, dan is het een eis van goede procesorde dat de rechter motiveert waarom hij van het verzoek afwijkt.
Wanneer in de genoemde gevallen die partij aanbiedt door getuigen te bewijzen dat het schilderij niet echt is, dat de briljant de opgegeven kwaliteit niet bezit, moet de rechter dan afwachten of de getuigen de vereiste kennis blijken te bezitten of mag hij verlangen dat opgegeven wordt dàt de getuigen over de vereiste kennis beschikken teneinde daarover te kunnen verklaren? Mijns inziens het laatste omdat de rechter in een dergelijk geval moet kunnen beoordelen of een getuigenverhoor wel zin heeft.

74. Bewijsopdracht en waarneembaarheid van de te bewijzen feiten

Moeten nu, wil het tot een bewijsopdracht van de niet voor waarneming vatbare feiten komen, de voor waarneming vatbare feiten (de genoemde intermediaire feiten of hulpfeiten) waaruit het niet voor waarneming vatbare feit kan worden afgeleid, door de partij die het niet voor waarneming vatbare feit wil bewijzen, zijn gesteld? Ingevolge artikel 166 Rv (artikel 192

lid 2 oud) moeten de feiten die onderwerp van het getuigenbewijs vormen, in het dictum van het interlocutoire vonnis waarbij het bewijs wordt opgedragen, zijn vermeld. Hetgeen in het dictum wordt vermeld, wordt wel de bewijsopdracht genoemd. Geldt nu artikel 163 Rv (artikel 189 oud) ook voor de bewijsopdracht of geldt het artikel alleen voor de getuigenverklaring?; met andere woorden mag de bewijsopdracht bestaan in het niet voor waarneming vatbare feit of moet ook de bewijsopdracht bestaan in de voor waarneming vatbare feiten, waaruit het niet voor waarneming vatbare feit kan worden afgeleid? Ooit heeft de Hoge Raad beslist[127] dat de bewijsopdracht de voor waarneming vatbare feiten moet bevatten. "Het middel aangewend tegen 's Hofs beslissing dat het aangeboden getuigenbewijs niet toelaatbaar zou zijn, is ongegrond, vermits die beslissing steunt op de juiste grond dat de grens tussen beide percelen, die volgens de voorstelling van de appellant niet zonder voorafgaande opmeting door de landmeters kan worden vastgesteld, als voor de zintuigen niet waarneembaar niet door getuigen kan worden bewezen."

Al in 1918 is de Hoge Raad daarop teruggekomen.[128] In het toen berechte geval had volgens de Hoge Raad het bewijsthema een zuiver feitelijk karakter "maar ook al ware dat anders, de omstandigheid dat een te bewijzen opgelegd feit niet voor dadelijke waarneming vatbaar is en alleen door de rechter uit andere wel waarneembare feiten kan worden afgeleid, verhindert niet dat het in de zin der wet is een daadzaak, waarvan getuigenbewijs mag worden bevolen".

In zijn noot onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 merkt Veegens het volgende op: "De bepaling van artikel 189 Rv[129] dat het getuigenverhoor over "daadzaken" moet lopen, geldt lang niet meer als een beletsel. De Hoge Raad acht artikel 1944 lid 2 BW (later artikel 189 Rv) alleen geschreven voor de verklaringen van de getuigen."

Dit kan naar mijn mening niet juist zijn. Volgens het oude artikel 200A lid 2 Rv, volgens het latere artikel 192 lid 2 Rv en volgens het huidige artikel 166 lid 2 Rv moeten de feiten in het interlocutoire vonnis waarbij een getuigenverhoor wordt bevolen, zijn omschreven. Die feiten zijn dezelfde feiten als waarvan in artikel 189 (oud) Rv sprake was. De Hoge Raad is niet bij zijn voormelde beslissing uit 1918 gebleven. In een later arrest[130] besliste hij dat het aangeboden bewijs een feit moet betreffen.

In het geval dat eiseres echtscheiding vorderde op grond van duurzame ontwrichting van het huwelijk voerde gedaagde als verweer aan dat de ontwrichting in overwegende mate was te wijten aan eiseres. Volgens de

[127] HR 16 mei 1890, W 5876; idem HR 23 januari 1897, W 6921.

[128] HR 5 april 1918, NJ 1918, 575 W 10269; idem HR 3 januari 1924, NJ 1924, 377 W 11215.

[129] Het huidige artikel 156 Rv dat van "feiten" spreekt.

[130] HR 16 januari 1957, NJ 1957, 109; HR 26 april 1968, NJ 1958, 254: Het Hof was aan het bewijsaanbod voorbijgegaan, omdat hetgeen gesteld was onvoldoende feitelijk was gefundeerd; HR 7 februari 1964, NJ 1964, 153: De verkoper van het erfpachtsrecht met alle rechten op het op de grond gestichte pand had met zijn stelling dat de koper niet meer

regels van de bewijslastverdeling rustte op gedaagde het bewijs van zijn verweer. Maar dat de ontwrichting in overwegende mate aan eiseres is te wijten, kan niet rechtstreeks worden bewezen. Gedaagde had voor waarneming vatbare feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit de gegrondheid van zijn verweer kon worden afgeleid.[131] Zonder die was zijn stelling een niet voor bewijs door getuigen in aanmerking komende gratuite bewering. Gedaagde behoort niet toegelaten te worden tot het bewijs van "feiten en omstandigheden" waaruit voortvloeit dat de ontwrichting in overwegende mate aan eiseres is te wijten.

De rechter beveelt een getuigenverhoor alleen als de te bewijzen feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Wil voor de rechter de verplichting bestaan om een partij tot bewijs door getuigen toe te laten, dan moet vaststaan dat de te bewijzen aangeboden feiten tot de door haar gevorderde beslissing kunnen leiden.[132] Hoe kan de rechter dat beoordelen, als die feiten niet zijn gesteld en eerst van de getuigen worden vernomen?

In het geval HR 18 januari 1957, NJ 1957, 109 waarin partijen verdeeld waren omtrent de inhoud van een tussen hen gevoerd gesprek, had het Hof na vastgesteld te hebben dat het besprokene niet door getuigen kon worden bewezen omdat het gesprek onder vier ogen was gevoerd, de appellant niet tot bewijs door getuigen van die inhoud toegelaten. Volgens de eiser in cassatie sloot het feit dat het gesprek onder vier ogen was gevoerd, geenszins uit dat het besprokene door getuigen zou kunnen worden bewezen "immers bij wege van het getuigenverhoor kunnen zodanige feiten en omstandigheden worden bewezen dat daaruit de inhoud van het gesprek kan komen vast te staan". De eiser in cassatie was blijkbaar van mening dat die feiten en omstandigheden niet gesteld behoefden te worden maar bij het getuigenverhoor aan de dag mochten komen. Als de bewijsopdracht geen feiten behoeft te betreffen waaromtrent een getuige uit eigen waarneming kan verklaren, dan betekent dat dat de wel voor waarneming vatbare feiten, waaruit het niet voor waarneming vatbare te bewijzen feit kan worden afgeleid door de getuige in het geding worden gebracht. Dan weten tot op het tijdstip waarop het getuigenverhoor begint noch de rechter noch de wederpartij over welke feiten het getuigenverhoor gaat. De partij die het bewijs moet leveren, weet het waarschijnlijk ook niet; anders had zij die feiten wel gesteld.

Die feiten zouden, indien zij door de partij zelf in het geding zouden zijn gebracht, onderwerp van het debat tussen partijen zijn geweest en de rechter had kunnen vaststellen, of zij al of niet betwist waren. Indien zij

terug kon of niet meer terug wilde omdat hij al dadelijk na het sluiten van de voorlopige koopovereenkomst was begonnen met verbouwingen, opdat die stelling niet als mening of veronderstelling aangemerkt zou worden, moeten opgeven waarop die stelling was gebaseerd, bijvoorbeeld een uitlating van de koper.

[131] HR 17 januari 1975, NJ 1976, 89.

[132] HR 17 juni 1938, NJ 1939, 324; 7 februari 1964, NJ 1964, 153.

niet zouden zijn betwist of indien alleen de gevolgtrekking uit die feiten zou zijn betwist, zou het getuigenverhoor niet nodig zijn. Zouden zij zijn betwist, dan zou het bewijs evenmin nodig zijn als de rechter zou oordelen dat die feiten, indien zij worden bewezen, de gevolgtrekking niet wettigen. "Het is duidelijk dat, zal de tegenpartij zich over de feiten en het in verband daarmede gevraagde getuigenverhoor kunnen verklaren, haar die feiten toch duidelijk moeten zijn medegedeeld.[133]

Als de curator in een faillissement ten behoeve van de boedel de nietigheid inroept van een door de failliet vóór zijn faillietverklaring onverplicht verrichte handeling - de terugbetaling aan gedaagde van geleend geld - stellende dat gedaagde wist dat de schuldeisers door die handeling zijn benadeeld en de gedaagde ontkent dat zij dat wist, dan dient de curator zijn stelling te bewijzen. Als de bewijsopdracht niet de voor waarneming vatbare feiten zou behoeven te vermelden, dan zou de bewijsopdracht kunnen luiden: Laat eiser toe door getuigen te bewijzen dat gedaagde wist dat door de handeling de schuldeisers zijn benadeeld of laat eiser toe door getuigen te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat gedaagde wist etc. De intermediaire feiten waaruit de wetenschap van gedaagde kan worden afgeleid, moeten dan uit de mond van de getuigen worden vernomen.

Wanneer een voetganger door een auto wordt aangereden en daardoor schade lijdt, is in beginsel de eigenaar van de auto aansprakelijk voor de schade, tenzij hij aannemelijk maakt dat de aanrijding te wijten was aan overmacht, waaronder bewuste roekeloosheid van de voetganger. Dan kan het toch niet mogelijk zijn dat te bewijzen wordt opgedragen dat de aanrijding was te wijten aan overmacht of aan bewuste roekeloosheid van de voetganger of dat opgedragen wordt te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de aanrijding was te wijten aan overmacht of aan bewuste roekeloosheid van de voetganger.

Als argument voor de opvatting dat de eis van waarneembaarheid alleen geldt voor de verklaring van de getuige en niet voor de bewijsopdracht is wel aangevoerd[134] dat de bewijsopdracht, indien deze alleen voor waarneming vatbare feiten zou mogen bevatten, zeer uitvoerig zou worden. Maar een uitvoerige bewijsopdracht van feiten waarover getuigen uit eigen waarneming kunnen verklaren, is beter dan een getuigenverhoor dat bij gebreke van die feiten oeverloos kan worden.

Dat de feiten die onderwerp van het getuigenbewijs vormen, in het dictum van het interlocutoire vonnis moeten zijn uitgedrukt, is in een arrest van

[133] Van Boneval Faure t.a.p. IV-II, blz. 57.
[134] Pitlo, Bewijs en Verjaring (1946) blz. 98.

het Hof Den Bosch[135] als volgt duidelijk omschreven: "dat appellanten bij de formulering van hun bewijsaanbod over het hoofd hebben gezien de algemeen geldende regel, krachtens welke enkel daadzaken en niet de door de rechter uit vaststaande daadzaken tot onbekende daadzaken af te leiden gevolgtrekkingen voor bewijslevering (door getuigen) in aanmerking kunnen komen."
Getuigen worden gehoord om door de een gestelde en door de ander betwiste feiten te horen bevestigen of ontkennen, niet om feiten aan te dragen.

75. Bewijs van feiten en rechten

Artikel 150 Rv dat opgenomen is onder de Algemene bepalingen van bewijsrecht spreekt van het bewijs van feiten en rechten: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van de door haar beweerde feiten of rechten draagt de bewijslast van die feiten en rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Voordien met de Wet van 3 december 1987 S 590 was al het bewijs van "rechten" in artikel 177 Rv opgenomen. Terecht want, naar algemeen wordt aangenomen, kunnen ook rechten worden bewezen, bijvoorbeeld door geschrift. Het is ook schriftelijk bewijs geweest waaraan toen gedacht is, getuige hetgeen naar aanleiding van het Ontwerp dat geleid heeft tot de Wet van 3 december 1967 volgens Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken (onder redactie van G.B. Rutgers en J.P.C. Flach) door G.J. Boon op bladzijde 78 is opgemerkt: "Eigendomsrecht kan rechtstreeks worden bewezen door een akte waarin de wederpartij dat recht heeft erkend, een vorderingsrecht door een schuldbekentenis". Huurrecht kan rechtstreeks worden bewezen door een akte, maar ook door vermoedens, bijvoorbeeld door periodieke - geaccepteerde - betalingen onder vermelding van "huur": "niet nodig is dat feiten worden gesteld en bewezen waaraan het materiële recht het ontstaan van eigendom of vorderingsrecht verbindt".[136]
Maar anders is het als men een recht wil bewijzen door middel van getuigen.
Artikel 166 Rv (artikel 192 oud) dat opgenomen is onder de bepalingen van het bewijs door getuigen, spreekt alleen van het bewijs van feiten: Indien bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, beveelt de rechter een getuigenverhoor zo vaak een der partijen het verzoekt en de door haar te

[135] 19 februari 1953, NJ 1953, 737.
[136] Zie in dit verband Burgerlijke rechtsvordering (Rutgers-Flach-Gerretsen) aantekening 4 op artikel 176 oud Rv.

bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.

Kennelijk - door het weglaten van het woord "rechten" in artikel 192 oud Rv en in artikel 166 Rv - is de wetgever er vanuit gegaan dat rechten niet rechtstreeks door getuigen kunnen worden bewezen, maar dat feiten moeten worden bewezen waaraan het objectieve recht het bestaan van het (subjectieve) recht verbindt. Dat een (subjectief) recht bestaat, is een gevolgtrekking; het is niet voor waarneming vatbaar en dus kan de verklaring van een getuige niet een hem uit eigen waarneming bekend feit betreffen.

In artikel 187 lid 3 sub b Rv echter, dat handelt over het voorlopig getuigenverhoor, is weer wel sprake van feiten en rechten zoals dat ook in het oude artikel 215 lid 3 sub b Rv het geval was. Volgens het derde lid van dit artikel sub b moet het verzoek om tot een voorlopig getuigenverhoor te worden toegelaten, inhouden de feiten of rechten die men wil bewijzen. Dat strookt naar mijn mening dus niet met artikel 166 Rv.

76. Positieve en negatieve feiten

Het onderscheid tussen feiten die wèl en die niet voor waarneming vatbaar zijn valt niet samen met het onderscheid tussen positieve en negatieve feiten. Een positief feit kan niet voor waarneming vatbaar zijn en een negatief feit kan dat wel zijn. Dat een werknemer op een bepaalde dag niet op zijn werk is verschenen, dat de onrechtmatige daad niet door gedaagde is gepleegd kan rechtstreeks door getuigen worden bewezen. Het gaat om de waarneembaarheid. Een niet voor waarneming vatbaar negatief feit moet evenals een niet voor waarneming vatbaar positief feit via wel voor waarneming vatbare intermediaire feiten op hulpfeiten door getuigen worden bewezen. Dat is voor een partij een moeilijke bewijsopdracht, waarin de wederpartij haar soms tegemoet behoort te komen zoals de Hoge Raad besliste bij arrest van 25 april 1986, NJ 1986, 624. In dat geval had de ontslagen werknemer zijn werkgever aangesproken op de grond dat de werkgever de dienstbetrekking kennelijk onredelijk had beëindigd. Volgens de werknemer was de hem opgegeven reden "vals" in de zin van niet bestaand. Niet op de werkgever rustte de bewijslast dat de reden echt en bestaand was, maar volgens de regel van de bewijslastverdeling "wie stelt moet bewijzen" op de werknemer dat de reden vals in de zin van niet bestaand was. "Teneinde" - aldus de Hoge Raad - "tegemoet te komen aan de bezwaren die in dit geval aan zodanige bewijslevering verbonden

kunnen zijn, kan evenwel van de werkgever worden gevergd dat hij bij zijn betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter staving van de opgegeven ontslagreden om de werknemer voor zijn bewijslevering aanknopingspunten te verschaffen".[137]
In dergelijke gevallen bestaat wat genoemd wordt een aanvullende stelplicht of een aanvullende betwistingsverplichting.

77. Tegemoetkomen aan moeilijk bewijslast

In de zaak HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (WLH) had volgens de klacht van eiseres tot cassatie het Hof na vastgesteld te hebben dat de oorzaak van schade een kunstfout kon zijn, niet haar moeten belasten met het bewijs dat er sprake was van een kunstfout, maar de arts moeten belasten met het bewijs dat van een kunstfout geen sprake was. De Hoge Raad verwerpt die klacht met de toevoeging "dat wel van de arts kan worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt, teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen". Het Hof - aldus de Hoge Raad - was er kennelijk vanuit gegaan dat daaraan niet was voldaan.
In dezelfde zin HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (CJHB). "In een geval als het onderhavige, waarin een ziekenhuis wordt verweten verwijtbaar onzorgvuldig te hebben gehandeld, kan van het ziekenhuis worden verlangd dat het voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Nu het ziekenhuis aan die stelplicht niet heeft voldaan was, zoals het Hof met juistheid heeft geoordeeld, voor een bewijsopdracht geen plaats".
Brunner schrijft in zijn noot: "Ook een patiënt die niet kan weten wat hem is overkomen, heeft en houdt de bewijslast van de oorzaak. Maar omdat hij in bewijsnood is, dient de partij die over relevante informatie beschikt haar betwisting van de stellingen van de eiser met precieze feitelijke stellingen te motiveren. Laat zij dat na dan kan de rechter die betwisting als onvoldoende gemotiveerd ter zijde stellen". Geen omkering dus van de bewijslast. De partij die stelt dat een kunstfout is begaan, draagt volgens artikel 150 Rv de bewijslast van die stelling, maar de wederpartij behoort haar tegemoet te komen in haar moeilijke bewijspositie door de betwisting dat een kunstfout is begaan te motiveren.

[137] Eerder al in dezelfde zin HR 29 november 1957, NJ 1958, 31; 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS).

Volgens HR 17 november 2000, NJ 2001, 596: Van een werkgever die op grond van artikel 7:658 BW wordt aangesproken door een werknemer die gemotiveerd stelt dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en tevens hoe deze schade is ontstaan, mag in het kader van de betwisting van de stellingen van de werknemer worden gevergd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die in zijn "domein" liggen.

De hoofdregel van de bewijslastverdeling is: wie stelt moet bewijzen. Omkering van de bewijslast betekent: de wederpartij moet het tegendeel bewijzen van hetgeen de partij gesteld heeft. Als eiser betaling vordert van aan gedaagde geleverde goederen en gedaagde de levering betwist, dan zou bij omkering van de bewijslast gedaagde moeten bewijzen dat eiser hem geen goederen heeft geleverd. Als gedaagde stelt dat hij de goederen betaald heeft, dan zou bij omkering van de bewijslast eiser moeten bewijzen dat gedaagde niet betaald heeft. Dat aanvaardt niemand. Omkering van de bewijslast bestaat niet. Wat omkering van de bewijslast genoemd wordt, is tegenbewijs in de zin van artikel 151 lid 2 Rv tegen hetgeen voorshands vaststaat, hetgeen hierna in hoofdstuk IX ter sprake komt.