

Willem Heemskerk

de getuige die niet wil?

Ingevolge art. 165 lid 1 Rv is eenieder (behoudens, lid 2: verschoningsgerechtigden), die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, verplicht een getuigenis af te leggen. De wettige wijze van oproeping bestaat (art. 170 lid 1 Rv) in een oproeping bij exploit of bij aangetekende brief. Is de bij aangetekende brief opgeroepen getuige niet verschenen, dan geeft de rechter op grond van art. 171 Rv (alsnog) de gelegenheid tot oproeping per exploit.¹ Verschijnt de getuige ook dan niet, dan kan de rechter op de voet van art. 172 Rv bevelen dat de getuige door de openbare macht voor hem wordt gebracht, ten einde aan zijn verplichting te voldoen. Onder omstandigheden kan medebrenging een te zwaar middel zijn, en zal de rechter een daartoe strekkend bevel weigeren.²

Niet zelden worden getuigen opgeroepen die niets, maar dan ook niets over het probandum kunnen verklaren, of aan wie een (betwist) verschoningsrecht toekomt. In art. 170 Rv wordt het geheel aan de partij die de bewijsopdracht heeft gekregen overgelaten *wie* zij als getuige oproept, zodat in beginsel ook geen voorafgaande toets van een rechter(-commissaris) plaatsvindt. Nu kan de getuige uiteraard verschijnen, om vervolgens onder ede te verklaren dat hij niets heeft/behoeft te vertellen, maar hij kan ook de noodzaak van zijn aanwezigheid door middel van een incidentele conclusie/memorie voorafgaand aan de orde stellen. Juist in zaken waar hoogwaardigheidsbekleders als getuigen worden opgeroepen om niet zozeer de bewijsopdracht als wel de zaak cachet te geven, komt dat in de praktijk voor.

Krachtens art. 15 lid 4 Rv oefent de rechter-commissaris (bij een getuigenverhoor) de

bevoegdheden uit, die (in § 4 van afdeling 9 van titel 2, de artt. 163-185) aan de rechtbank zijn toegekend. In hoger beroep is dat op grond van art. 16 lid 5 Rv (en art. 353 lid 1 Rv) voor de raadsheer-commissaris met betrekking tot de bevoegdheden van het hof niet anders. Onder meer uit art. 166 leden 1 en 2 Rv vloeit voort dat het oordeel ten gronde over de rechtmatigheid van de oproeping van de getuige en over een beroep op verschoningsrecht door een getuige, toekomt aan de rechter-commissaris/raadsheer-commissaris. Als die getuige een en ander ter zitting aan de orde stelt, dan ontstaat daardoor een incident, waarin de rechter-commissaris/raadsheer-commissaris een beslissing geeft, die in een dagvaardingsprocedure het karakter van een vonnis/arrest heeft.³ Dit vonnis/arrest moet gelijk worden gesteld met een vonnis/arrest van de rechtbank/het hof (zelf). De kwestie kan ook bij incidentele conclusie/memorie aan de orde worden gesteld, mits (in niet kantonzaken) door een procureur op de aangezegde rechtsdag genomen.⁴ De vordering zou dan moeten luiden dat de rechter-commissaris/raadsheer-commissaris de oproeping bij dagvaarding buiten effect stelt en/of de oproepende partij niet-ontvankelijk verklaart in haar oproeping en/of verklaart dat de getuige zich kan verschonen van de verplichting te verschijnen en te getuigen.

De getuige wordt in het incident – of dat nu bij wege van incidentele conclusie/memorie is ingesteld of door zijn houding ter zitting – partij, en kan ook zelfstandig een hogere voorziening instellen van zodanig vonnis/arrest,⁵ overigens door dagvaarding van de partijen in de hoofdzaak. Verwerpt de rechter een beroep van de getuige op een verschoningsrecht, dan is alleen de getuige bevoegd daartegen op te

komen;⁶ acht de rechter het beroep daarentegen gegrond, dan kan de partij die belang heeft bij de verklaring van die getuige daartegen wel een hogere voorziening instellen.⁷

Nu is de bevoegdheid van de getuige om op te komen tegen een voor hem negatieve beslissing van de rechter-commissaris/raadsheer-commissaris aardig, maar met het sinds 1 januari 2002 geldende (proces)recht lijkt die bevoegdheid feitelijk illusoir. Uit de artt. 337 en 401a lid 2 Rv volgt immers dat van andere tussenuitspraken dan die waarbij een voorlopige voorziening is toegestaan of geweigerd alleen hoger respectievelijk cassatieberoep kan worden ingesteld tegelijk met het beroep tegen de einduitspraak, tenzij de rechter anders bepaalt. Een uitspraak op een incident is een tussenuitspraak, dus ook de getuige zou moeten wachten tot het eindvonnis/arrest in de hoofdzaak, alvorens hij zijn recht tot het instellen van een hogere voorziening zou kunnen effectueren, en zou in de tussentijd derhalve (toch) moeten verklaren. Deze vergaande inperking van de rechten van de getuige kan niet de bedoeling zijn geweest en uit de parlementaire geschiedenis van de artt. 337 en 401a Rv blijkt ook dat de wetgever zich van die (mogelijke) consequentie geen rekenschap heeft gegeven.⁸

Onlangs is in cassatie bij de Hoge Raad betoogd dat zo'n incidentele uitspraak ten opzichte van de getuige (die bij het verloop en de uitkomst van het geding in de hoofdzaak geen enkel belang heeft) als einduitspraak heeft te gelden, althans dat voor de getuige wel aanstonds een rechtsmiddel tegen die incidentele uitspraak openstaat.⁹

NOTEN

- 1 Is de getuige niet bij aangetekende brief opgeroepen, dan behoeft de rechter geen nieuwe gelegenheid te geven, aldus HR 15 februari 2002, NJ 2002, 198, rov. 3-5.
- 2 Zie bijv. Rb. Rotterdam 23 december 1994, NJ 1996, 100.
- 3 Zie W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 20e druk (2002), nr. 85, p. 86.

- 4 Deze weg is bijv. gevolgd in HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394, JBPr 2003/4 m.nt. H.W. Wiersma, waarin het ging om een rechter die meende in een door hem in eerste aanleg berechte zaak niet als getuige te kunnen worden gehoord.
- 5 HR 17 november 1966, NJ 1967, 223 en 224 m.nt. DJV onder 225; zie verder over de positie van de getuige H.E. Ras, *Het tussenvonnis*, diss. 1966, nr. 57, pp. 64-67.

- 6 HR 17 november 1967, NJ 1968, 164 m.nt. DJV.
- 7 HR 17 januari 1986, NJ 1987, 352 m.nt. LWH.
- 8 *Parlementaire geschiedenis burgerlijke procesrecht*, Van Mierlo/Bart, pp. 459-461 en 481.
- 9 In deze zaak is de conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad bepaald tegen 2 mei 2003, zodat de beslissing van de Hoge Raad in beginsel aan het begin van het najaar van dit jaar kan worden verwacht.