

N partijgetuigen = 0 getuigen



mr. F.J. Fernhout

juridisch onderzoeker, Universiteit Maastricht

Het civiele bewijsrecht heeft zich in de loop der jaren zo ontwikkeld dat steeds vaker bewijs mogelijk werd, steeds meer bewijsmiddelen werden toegelaten en de rechter een steeds grotere vrijheid kreeg bij de beoordeling van het bewijs. Zo verdween de uitsluiting van bewijs tegen de inhoud van een akte, mogen uiteindelijk in alle zaken alle getuigen worden gehoord en werd de unus testis nullus-testisregel geschrapt. De laatste stappen in de richting van de 'vrije bewijsleer' werden gezet bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988. Toen werd onder andere de partijgetuige geïntroduceerd, maar daaraan werd toegevoegd dat de door deze getuige af te leggen verklaring alleen als aanvullend bewijs mocht worden gebruikt. Deze bewijsrestrictie past slecht in genoemde ontwikkeling en is daardoor een vreemde eend in de vijver van het 'vrije' bewijsrecht. Even leek het erop dat de Hoge Raad de partijgetuige via een achterdeurtje van het toneel had laten verdwijnen, maar door de nieuwe regel 'N partijgetuigen = 0 getuigen' uit de Van der Zwart/Remmerswaal-zaak¹ lijkt

Onlangs wees de Hoge Raad een arrest waarin de partijgetuige een rol speelde. Een nieuwe bewijsregel beperkt de rechter in zijn vrijheid. Fokke Fernhout zet de ontwikkeling uiteen en wenst in het kader van een transparant en consequent bewijsrecht dat de nieuwe regel weer snel verdwijnt.

zijn rol nog niet te zijn uitgespeeld. Een kwestie van tijd?

BEWIJSWAARDERING EN PARTIJGETUIGE

Het voorstel om ook de partijgetuige toe te laten² lokte destijds veel bezwaren uit. De regering vond dat aan die bezwaren tegemoet moest worden gekomen door voor de partijgetuige een apart regime in het leven te roepen (geen dwangmiddelen of sancties) en de bewijskracht van diens verklaring te beperken. Zo'n verklaring mocht daarom alleen als aanvullend bewijs worden gebruikt, als reden werd gegeven dat het te ver zou gaan 'indien het de rechter vrijstond de juistheid van de stellingen van een der partijen, ondanks de tegenspraak van de tegenpartij, te aanvaarden, uitsluitend op grond van de verklaring van de belanghebbende partij'.³ Deze bewijsrestrictie is nu te vinden in art. 164 lid 2 Rv.⁴

Erg doordacht was dit niet. Al in 1923 was de zogenoemde wrakingsregeling afgeschaft⁵. Tot die tijd kon een getuige die de jure of de facto belang had bij de afloop van de zaak van

de getuigenlijst worden geschrapt. Men vond⁶ echter dat aan de rechter over kon worden gelaten te beoordelen of een verklaring van een belanghebbende al dan niet betrouwbaar was. Het afschaffen van die wrakingsregeling is daarna nooit meer ter discussie gesteld, zodat de conclusie gerechtvaardigd is dat die verwachting niet door de rechterlijke macht is beschaamd.

Een principieel verschil tussen het belang van een partijgetuige en het belang van een derdegetuige is er niet. Economisch gezien kan een derde zelfs grotere belangen hebben bij de afloop van een zaak dan partijen zelf en de casus waarin het belang van een derde en van een partij samenvallen schudt iedereen zo uit zijn mouw. Toch vinden we het heel normaal dat een rechter die derde als getuige kan horen en laten we het aan de rechter over om te bepalen of diens verklaring al dan niet betrouwbaar is. De beperking van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring lijkt dus te zijn ingegeven door koudwatervrees.

VAN RESTRICTIEVE NAAR DESTRUCTIEVE INTERPRETATIE

Tot nu toe werd art. 164 lid 2 Rv door de Hoge Raad beperkt uitgelegd. Toen bijvoorbeeld de vraag speelde of ook voor het tegenbewijs de bewijsrestrictie gold, hield de Hoge Raad vast aan de bewoordingen van de bepaling,

'De kans om puin te ruimen wordt door de Hoge Raad in een "puin"-zaak niet benut'



Getuige legt eed af ten overstaan van de rechter

die spreekt van 'door [een partij] te bewijzen feiten'.⁷ Tegenbewijs kan daarom wel door een partijgetuige alleen worden geleverd. Aan de ratio van de bewijsrestrictie werd door de Hoge Raad dus geen doorslaggevende betekenis gehecht. Wie ook vindt dat het beperken van de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige valt terug te voeren op koudwatervrees, kan dat billijken.

In 2003 wees de Hoge Raad twee arresten, die de bewijsrestrictie zo ver uitholden, dat daar in wezen niets meer van over bleef. In de eerste zaak was een op schrift gestelde verklaring overgelegd van de inmiddels aan mesotheliom overleden werknemer, wiens erven in verband met dat overlijden een vordering hadden ingesteld tegen de werkgever. De lagere rechter paste op deze verklaring de bewijsrestrictie toe, maar volgens de Hoge Raad ging het om een schriftelijk stuk en aan de bewijskracht daarvan zijn door de wet geen beperkingen gesteld.⁸ Het te leveren bewijs kan volgens deze beslissing dus op een dergelijke schriftelijke verklaring alleen worden aangenomen.

In de tweede zaak ging het ook om een schriftelijke verklaring van een partij, in dit geval afgelegd in het vooronderzoek van een strafzaak. In cassatie werd aangevoerd dat die verklaring alleen als aanvullend bewijs kon gelden, maar onder verwijzing naar het hiervoor genoemde arrest oordeelde de Hoge Raad dat ook hiervoor geen bewijsrestricties golden.⁹

De ratio van de bewijsrestrictie (de juistheid van de stelling van een partij mag niet op diens verklaring alleen worden aangenomen) had tot een andere beslissing moeten leiden, maar al eerder bleek dat de Hoge Raad daaraan tot nu toe geen waarde hechtte. Opmerkelijk is ook dat beide beslissingen door de Hoge Raad zonder voorbehoud zijn gegeven, zodat niet kan worden gezegd dat het oordeel over de bewijskracht van een op schrift gestelde verklaring van een partij afhangt van de omstandigheden van het geval. Dat kan dus alleen maar betekenen dat art. 164 lid 2 Rv een dode letter is geworden. Een partij hoeft immers maar één ding te doen, en dat is een kopietje maken van zijn verklaring in het proces-verbaal van het getuigenverhoor en dat nog even als afzonderlijke schriftelijke verklaring in het geding

1 HR 15 april 2005, LJN AS2710.

2 Tot dan toe uitgesloten van de bewijslevering door HR 1 februari 1963, NJ 1964, 157.

3 *Kamerstukken II* 1981, 10 377, 7 (MvA), p. 22.

4 Voor 1 januari 2002 stond hetzelfde voorschrift in art. 213 Rv (oud). Gemakshalve wordt hier steeds verwezen naar de huidige bepaling.

5 Wet van 22 juni 1923, *Stb.* 280.

6 Al heel lang, zie de Handelingen NJV 1879, in welke vergadering al werd uitgesproken dat de wrakingsregeling moest worden geschrapt.

7 HR 7 april 2000, NJ 2001, 32.

8 HR 24 januari 2003, NJ 2003, 166.

9 HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468.

brenge. Dat is een schriftelijk stuk, waarvoor geen bewijsrestricties gelden, zodat de verklaring van de partijgetuige volledig kan worden meegenomen als de rechter deze voldoende betrouwbaar vindt.¹⁰

DE REGEL 'N PARTIJGETUIGEN = O GETUIGEN'

De stelling dat art. 164 lid 2 Rv een dode letter is en eigenlijk niet meer kan worden toegepast, is minder verstrekkend dan op het eerste gezicht lijkt. Het is immers geen kwestie van *praeter of contra legem* gaan, maar een uitvloeisel van de constatering dat er een foutje is geslopen in het bewijsrechtelijke systeem. Wanneer dezelfde verklaring vervat in een schriftelijk stuk wél en afgelegd ten overstaan van de rechter níet aan het bewijs mag meewerken, hebben we te maken met conflicterende regels en dan zal er één moeten worden geschrapt. In de huidige verhoudingen is dat de regel die niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van de HR.

In de zaak Van der Zwart/Remmerswaal had de Hoge Raad deze conclusie kunnen trekken. Het echtpaar Van der Zwart kocht de woning van het echtpaar Remmerswaal en werd onaangenaam verrast door de aanwezigheid van een grote hoeveelheid puin in de geplande boomgaard. In civilibus wordt schadevergoeding gevorderd en het hof draagt het echtpaar Van der Zwart op te bewijzen bij de koop voldoende duidelijk te hebben gemaakt, dat de hele achtertuin voor fruitbomen was bestemd. Nu alleen de echtelieden zelf als getuigen worden voorgebracht, vindt het hof dat het bewijs niet is geleverd. Uit art. 164 lid 2 Rv leidt het hof immers af, dat partijgetuigenverklaringen ook ten opzichte van elkaar niet als aanvullend bewijs kunnen gelden. In cassatie wordt betoogd dat deze visie onjuist is.

Een 'puin'-zaak die de Hoge Raad een mooie gelegenheid bood om het laatste puin te ruimen, maar die kans wordt niet benut. De redenering van de procureur-generaal volgend, geeft de Hoge Raad – nota bene met een beroep op de tot nu toe zorgvuldig buiten de deur gehouden ratio van art. 164 lid 2 Rv – het hof gelijk, daarbij verwijzend naar de hiervoor geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis (zie noot 2). Die motivering is duidelijk een zwak-tobod, want als we op de ratio van de bewijsrestrictie zouden letten, moeten de hiervoor weergegeven beslissingen van de Hoge Raad worden teruggedraaid. Het beroep op de ratio was overigens niet eens nodig geweest. Kennelijk vaart de Hoge Raad blind op het kompas van de PG, die erover klaagt in de wetsgeschiedenis geen antwoord te hebben gevonden op de in deze zaak spelende rechtsvraag.¹¹ Dat antwoord is er echter wel, want in de toelichting op het huidige art. 164 lid 2 Rv schrijft de minister: 'De beperking van de bewijskracht bedoeld in deze bepaling geldt ook als meerdere als partij aan te merken personen verklaringen hebben afgelegd, zoals bij voorbeeld mede-erfgenamen, meerdere directeuren van één NV die partij is, of meerdere vennoten van een vennootschap onder firma, die partij is.'¹²

Per ongeluk beslist de Hoge Raad dus in overeenstemming met de wetsgeschiedenis, maar dat was hier niet het punt. De wetgever heeft de praktijk opgezaald met een krakend systeem en daaruit had de boosdoener – art. 164 lid 2 Rv – kunnen worden weggesneden. In plaats daarvan krijgen we nu een op de boosdoener gebaseerde regel erbij, die inhoudt dat hoeveel partijgetuigen er aan de ene kant ook eensluidend verklaren, zij tenslotte geen enkel gewicht in de schaal mogen leggen als er niet ook nog aanvullend bewijs is: N partijgetuigen = o getuigen.

EEN KWESTIE VAN TIJD

Deze nieuwe regel lijkt geen lang leven beschoren te zijn. Nog afgezien van de mogelijkheid om schriftelijke verklaringen in het geding te brengen, heeft de eisende partij ook nog een andere troef in handen. Hij kan immers op voorhand ongelijkheid creëren in de bewijspositie van partijen door aan de ene zijde slechts één eiser te laten optreden en aan de andere zijde wel alle hoofdelijke schuldenaren gezamenlijk in rechte te betrekken. Zelf heeft hij dan een bruikbare getuige achter de hand,¹³ terwijl de gedaagde partijen in zo'n geval alleen met partijgetuigen zitten opgezaald, waarmee geen bewijs te leveren valt. Uit de *Dombo*-zaak volgt dat dergelijke bewijsrechtelijke regels niet EVRM-proof zijn.¹⁴

De nieuwe bewijsregel hoort daarom maar weer snel te worden opgeborgen en dan kan alsnog de partijgetuige in overeenstemming met de eerder door de Hoge Raad uitgezette lijn in de ban worden gedaan. Daarmee zal het bewijsrecht een stuk transparanter en consequenter worden. Wanneer de rechter immers in staat moet worden geacht een verantwoorde beslissing te nemen over de betrouwbaarheid van een op schrift gestelde verklaring van bijvoorbeeld een overledene, dan zal dat toch zeker ook het geval zijn bij een ten overstaan van de rechter zelf afgelegde verklaring van een partijgetuige. Of de rechter in een concreet geval ook inderdaad op de enkele al dan niet schriftelijke verklaring van een partij het bewijs geleverd moet achten, is een ander verhaal. Ik denk dat de rechterlijke macht zo'n bevoegdheid wel op gepaste wijze zal weten te hanteren. ●

10 De procureur-generaal in zijn conclusie bij Van der Zwart-Remmerswaal (zie hierna) stelt dat deze conclusie niet mag worden getrokken, maar daarvoor geeft hij geen enkel argument.

11 Conclusie PG, par. 3.9.

12 *Kamerstukken II* 1981, 10 377, 7, p. 24-25. Deze passage is vermoedelijk over het hoofd gezien doordat deze in de *Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht* – de enige door de PG geciteerde bron – in de marge is voorzien van het onbegrijpelijke

kopje 'Weigerachtige partij-getuige' (p. 288). Wie op die kopjes let, zal de passage dus nooit vinden. Je moet er even niet aan denken, maar het vermoeden dringt zich op dat het hoogste rechtscollege en zijn adviseurs genoeg nemen met secundaire bronnen en de primaire bronnen links laten liggen.

13 Rb. 's-Gravenhage 6 december 2000, NJ 2001, 345, waarin een niet in de procedure betrokken derde toch als partijgetuige wordt aangemerkt, klopt

immers niet. Zie F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Maastricht 2004, p. 102-105.

14 EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534. In die zaak ging het erom dat er een ongelijkheid ontstond in de procespositie van de twee procederende partijen, doordat van twee getuigen, wier verhoudingen tot de procederende partijen gelijk waren, de ene wel kon worden gehoord en de andere, omdat het een partijgetuige betrof, niet.