

Een rogatoire commissie in de praktijk

Onlangs wees de Rotterdamse rechtbank een opmerkelijk incidenteel vonnis inzake een rogatoire commissie in Frankrijk.¹ Interessant is de kwestieuze toepassing van het Haagse Bewijsverdrag en de problematische uitsluiting van hoger beroep van tussenvonnissen, één van de gevolgen van het nieuwe burgerlijk procesrecht.

Mr. Mirjam Freudenthal
Senior docent-onderzoeker,
Molengraaff Instituut, Utrecht

De casus luidt als volgt. Eiser in deze zaak, Sails SARL (Frankrijk) is toegelaten tot het leveren van bewijs door getuigen van feiten waaruit moet blijken dat een koopovereenkomst gesloten is tussen eiser en gedaagde, Boom & Van den Heuvel BV (Nederland). Sails verzoekt de rechtbank bij wege van een rogatoire commissie ingevolge het Bewijsverdrag 1970, drie in Frankrijk verblijvende personen aldaar als getuigen te doen horen. Sails legt aan het verzoek ten grondslag dat de drie getuigen hun verklaringen in Frankrijk willen afleggen omdat het in verband met hun werk niet mogelijk is om een aantal dagen naar Nederland te komen. Daarnaast wordt aangevoerd dat de reiskosten en de taxes van de drie getuigen hoog zijn. Gedaagde Boom concludeert tot afwijzing van het verzoek en beroept zich primair op een naar zijn mening bestaande grondregel van procesrecht dat getuigen worden gehoord voor de rechter voor wie de procedure aanhangig is, subsidiair dat de verhoren op één dag kunnen plaatsvinden en meer subsidiair dat het horen van getuigen in Frankrijk zowel voor Sails als voor Boom (aanzienlijke) kosten met zich meebrengt.

De rechtbank kan zich vinden in de conclusie van Boom dat als grondregel van het (Nederlands) procesrecht geldt, dat getuigen gehoord worden voor de rechter voor wie de procedure aanhangig is.

Afwijking van deze regel wordt slechts voldoende gemotiveerd doordat redengevende feiten en omstandigheden zijn gebleken. Het enkele feit dat de getuigen niet enkele dagen naar Nederland kunnen komen, kan volgens de rechtbank niet worden aangemerkt als een redengevend feit dat afwijking van de grondregel rechtvaardigt. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat bij verhoor in Frankrijk reiskosten en taxes worden bespaard. Immers: tegenover de kostenbesparing staat dat Sails en Boom kosten moeten maken om de getuigenverhoren in Frankrijk te kunnen bijwonen. Op het beroep van eiser op het Haagse Bewijsverdrag wordt in het oordeel van de rechtbank niet ingegaan.

Binnenlandse rogatoire commissie

De regeling van een binnenlandse rogatoire commissie is te vinden in de artt. 174 en 175 Rv. Volgens de parlementaire geschiedenis zal de rechter die in de zaak beslist, zoveel mogelijk zelf de getuigen horen.² Woont de getuige te ver weg of is hij verhinderd wegens ziekte of anderszins, dan kan het verhoor worden opgedragen aan de rechter van de woonplaats van de getuige.

Van Nispen meent dat de rechter die de rogatoire commissie initieert, geen discretionaire bevoegdheid toekomt: hij heeft niet de keuze om óf over te gaan tot een rogatoire commissie óf getuigen kan bevelen voor verhoor voor de rechter te verschijnen daar waar de zaak aanhangig is. Zijns inziens is het weinig aannemelijk dat het woord 'kan' in art. 174 Rv duidt op een discretionaire bevoegdheid. Gelet op het in art. 166 lid 1 Rv vervatte recht op getui-

Op grond van het Haagse Bewijsverdrag had de Nederlandse rechter de getuigen in Frankrijk moeten laten horen



genbewijs moet veeleer worden aangenomen dat de rechter in beginsel tot rogatoire commissie dient over te gaan als één der partijen daarom vraagt.³

Tegenover deze opvatting staat de praktijk, waarin niet snel aangenomen wordt dat een getuige verhinderd is voor de rechter te verschijnen. Vereist is dat blijkt dat

het voor de getuige in redelijkheid niet mogelijk is te verschijnen. Ook vermeldt de schaarse, niet-recente jurisprudentie, meestal van rechters in eerste instantie, dat kostenbesparing geen wettelijke grond voor een rogatoire commissie is.⁴

De enige reden om over te gaan tot een rogatoire commissie binnen Nederland is

mijns inziens dat een getuige bijvoorbeeld omdat hij ver weg woont of fysiek daartoe niet in staat is, bezwaarlijk naar de rechtbank toe kan komen.⁵ Voor de partijgetuige geldt deze regeling niet. Van een partijgetuige kan verlangd worden, althans binnen Nederland, dat deze ook voor een ververwijderde rechter verschijnt (art. 174 lid 2).⁶

Internationale rogatoire commissie

In internationale gevallen bestaat de mogelijkheid getuigen in het buitenland te horen. Deze mogelijkheid berust op een verdrag (of verordening) of, indien zo'n internationale regeling niet van toepassing is, op het volkenrechtelijk beginsel van 'comitas gentium': internationale welwillendheid. Art. 176 Rv bepaalt voor dit laatste geval op welke wijze een getuige in het buitenland gehoord kan worden. Komt een getuige niet vrijwillig naar Nederland, dan kan de rechter indien de getuige bereid is een verklaring af te leggen maar niet naar Nederland wil komen, het getuigenverhoor verzoeken aan een autoriteit in dat land, of opdragen aan een Nederlandse consulaire ambtenaar. Weigert de getuige voor de buitenlandse rechter vrijwillig een verklaring af te leggen, dan kan deze de in zijn wet opgenomen dwangmiddelen toepassen. Slechts in enkele bijzondere omstandigheden kan uitvoering van de rogatoire commissie door de aangezochte rechter geweigerd worden, bijvoorbeeld als de aangezochte staat van oordeel is dat die uitvoering een inbreuk zou betekenen op zijn soevereiniteit of zijn veiligheid.

Ten aanzien van partijgetuigen die in het buitenland wonen werd bij de parle-

Door de Europese Bewijsverordening kan de Nederlandse rechter de buitenlandse getuigen horen zonder dat zij naar Nederland hoeven te komen

mentaire behandeling bij art. 202 (oud) Rv overwogen dat het een té vergaande consequentie zou zijn indien het verhoor ook in dat geval in Nederland zou moet plaatsvinden. 'De discretionaire bevoegdheid van de rechter om het verhoor bij wege van rogatoire commissie te doen plaatsvinden, is in art. 198 (oud) Rv voor partijgetuigen gehandhaafd. In voorkomend geval zal de rechter dus ook bij de buitenlands wonende partijgetuige een verhoor in Nederland kunnen bevelen'.⁷

Haags Bewijsverdrag

De regeling van art. 176 Rv vindt geen toepassing voorzover bij verdrag (of verordening) anders is bepaald. Voorzover het onder andere in Frankrijk wonende getuigen betreft wordt de bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken tot nu toe beheerst door het Haagse Bewijsverdrag 1970.⁸ Gezien de exclusiviteit van het verdrag zijn nationale mogelijkheden van bewijsverkrijging zoals genoemd in art. 174 Rv in dat geval niet toegestaan. Hieruit kan worden afgeleid dat de Nederlandse rechter in elk geval niet de (discretionaire) bevoegdheid toekomt te beslissen dat buitenlandse getuigen in Nederland verhoord moeten worden, zeker niet indien de getuigen, zoals in het onderhavige geval, kenbaar gemaakt hadden dat zij hun verklaring in Frankrijk wilden afleggen, en niet vrijwillig naar Nederland wilden komen. De Nederlandse rechter had de weg van het Haags Bewijsverdrag moeten volgen en de getuigen dus in Frankrijk moeten laten horen.

De beslissing van de Nederlandse rechter is ook in strijd met het doel van het verdrag, namelijk het verbeteren en versnellen van het systeem van rechtshulp bij het verkrijgen van bewijs in het buitenland.⁹ In het verdrag van 1970 staat het verkrijgen van bewijs bij wege van rogatoire commissie centraal, waarbij getuigen in hun eigen land door een gerechtelijke autoriteit verhoord

kunnen worden. Het verdrag maakt geen melding dat de kosten van het verhoor reden kan zijn het verdrag buiten toepassing te laten. Het buiten beschouwing laten van het verdrag is dan ook een ernstige benadeling van de bewijsrechtelijke positie van een der partijen.

Europese Bewijsverordening

In de nabije toekomst, op 1 januari 2004, wordt tussen de lidstaten van de Europese Unie de Europese Bewijsverordening van kracht. Deze verordening brengt belangrijke vernieuwingen om bewijs in het buitenland te verkrijgen.¹⁰ Zij maakt rechtstreekse verzoeken van rechtbank tot rechtbank mogelijk en vervangt daarmee de overbrenging van een verzoek om een rogatoire commissie door tussenkomst van een Centrale Autoriteit zoals voorzien in het

Haags Bewijsverdrag. Ook wordt veel belang gehecht aan het gebruik van moderne communicatietechnologieën zoals video- en teleconferencing. De verordening kent ook de rechtstreekse bewijsverkrijging, wat voor de internationale rechtspraak belangrijke voordelen kan opleveren. Bij deze wijze van bewijsverkrijging benoemt de rechter een rechterlijke ambtenaar of andere persoon die rechtstreeks in het buitenland de getuigen kan horen. Behalve tijdwinst, omdat geen gebruik hoeft te worden gemaakt van een buitenlands gerechtelijk apparaat, kan de bewijsverkrijging door één persoon verricht worden omdat er in dit geval sprake is van een 'onbepaalde' territoriale bevoegdheid. Het is een duidelijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie, waarin de bewijsverkrijging door consuls en via het bevoegde gerecht, steeds beperkt is tot een bepaald ressort.

Van belang is ook dat de afhandeling van het getuigenverhoor volgens het procesrecht van de hoofdprocedure geschiedt. Deze wijze van bewijsverkrijging is echter alleen mogelijk indien de getuige vrijwillig

Vervolg op pagina 744



Vervolg van pagina 742

meewerkt. Wordt vrijwillige medewerking geweigerd, dan kan op basis van de Bewijsverordening de bewijsverkrijging altijd nog verzocht worden via de rechtshulp van rechter tot rechter, waarbij dwangmiddelen zijn toegestaan. Ook bij de rechtstreekse bewijsverkrijging wordt het gebruik van onder meer videoconferencing aangemoedigd. Een rechtstreeks getuigenverhoor door de Nederlandse rechter van getuigen in een ander Europees land kan met dit medium plaatsvinden als volgt: de Nederlandse rechter of een rechterlijk ambtenaar bevindt zich in de videoruimte en heeft contact met en kan vragen stellen aan de getuige, zijn raadsman en tolk die ook in een videoruimte aanwezig zijn. Onder het regime van de verordening zal de Nederlandse rechter de buitenlandse getuigen dus kunnen horen zonder dat zij naar Nederland hoeven af te reizen.

Geen hoger beroep van tussenvonnissen

Zoals reeds aangegeven worden we in de aangehaalde uitspraak ook geconfronteerd met één van de (nadelige) gevolgen van het uitsluiten van hoger beroep van tussenvonnissen als geregeld in art. 337 lid 2 Rv. Art. 337 lid 2 Rv bepaalt, dat van tussenvonnissen die geen voorlopige voorziening inhouden hoger beroep slechts tegelijk met het eindvonnis kan worden ingesteld, tenzij de rechter anders heeft bepaald of art. 75 lid 1 van toepassing is. Het artikel is opgenomen om doelmatigheid te bevorderen en vertragen te voorkomen. Om de vereiste flexibiliteit te bieden moet volgens de minister onder bijzondere omstandigheden van deze

regel kunnen worden afgeweken. De wetsgeschiedenis geeft slechts één voorbeeld van een bijzondere omstandigheid die de wetgever hierbij voor ogen heeft gehad: als de verdeling van de bewijslast gebaseerd is op een beslissende rechtsvraag, kan het denkbaar zijn dat die rechtsvraag eerst in hogere instanties wordt behandeld.¹¹ Van een dergelijke bijzondere omstandigheid is mijns inziens ook sprake bij niet-toepassing van supranationaal recht.

Juist in internationale geschillen kunnen zich, zowel ten aanzien van getuigenbewijs, als ten aanzien van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter problemen voordoen. Wordt de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen dan leidt dit tot een incidentele beslissing, waartegen in art. 337 lid 2 Rv in het algemeen geen hoger beroep meer openstaat. Het kan voor partijen echter zeer bezwaarlijk zijn indien zij over geschillen omtrent de bevoegdheid van de Nederlandse rechter of het bewijs pas in hoger beroep en gelijk met het eindvonnis kunnen procederen. Dit geldt temeer als op grond van het EEX of Europese verordeningen als Brussel I en Brussel II prejudiciële vragen worden gesteld.¹²

Voorname voorbeelden laten zien dat het ongewenst is in internationale geschillen tussentijds hoger beroep uit te sluiten. Nadat het tussenvonnis gewezen is zal de benadeelde partij de rechter moeten kunnen verzoeken om 'anders' te bepalen, dus beroep toe te staan. Pas dan kan men immers zien in hoeverre afzonderlijk hoger beroep noodzakelijk lijkt.¹³ De rechter zou hier anders moeten kunnen besluiten.

Nadelig

Voorname uitspraak heeft waarschijnlijk geen dramatische gevolgen gehad omdat getuigen naar Nederland zijn afgereisd. Toch is het een uitspraak die gerechtvaardigde vragen over de juistheid ervan oproept. Geen toepassing wordt gegeven aan het Haagse Bewijsverdrag. De rechter maakt een afweging over het tijdsbeslag en de omvang van de kosten van het getuigenverhoor die mijns inziens binnen dit verdrag in het geheel niet aan de orde is. Het Bewijsverdrag verbindt immers geen voorwaarden aan het verzoek tot een rogatoire commissie in een andere verdragsstaat.

De vraag is hoe de Rotterdamse rechter beslist zou hebben als de getuigen niet (vrijwillig) naar Nederland zouden zijn gekomen en dus niet gehoord zouden zijn. Niet alleen wordt dan het recht van partijen op een getuigenverhoor geschonden, maar het leidt bovendien, althans het kan wegens het passeren van het bewijsaanbod leiden, tot een beslissing die voor de verzoekende partij nadelig is.

Onbekend maakt onbemind. Een juiste toepassing van het internationaal procesrecht en dus ook van dit verdrag mag niet afstuiten op de onbekendheid daarvan. Aan de bekendheid met dit rechtsgebied en de te verwachten ontwikkelingen beoogde dit artikel bij te dragen. ■

Noten

- 1 Rechtbank Rotterdam 31 januari 2002, rolnr. HA ZA 99-489, *NIPR* 2002, 135, p. 249.
- 2 *Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht*, Rutgers, Flach en Boon, Deventer 1988, art. 200, p. 261.
- 3 *Burgerlijke Rechtsvordering, Tekst & Commentaar*, red. C.J.J.C. van Nispen, A.I.M. van Mierlo, M.V. Polak, Kluwer, Deventer, 2002, aant. 2 bij art. 174 Rv.
- 4 Hof's-Hertogenbosch 29 december 1959, *NJ* 1961, 337.
- 5 De beperkte regeling werd in 1988 in (het gelijklopende) art. 200 Rv opgenomen. Niet opgenomen werd de bepaling 'ter voorkoming van onnodige kosten'; deze regeling werd door de advocatuur bezwaarlijk geacht omdat het een rekbaar begrip is: W.J. van der Nat-Verhage, *Handleiding nieuw bewijsrecht*, Lelystad 1988, p. 71.
- 6 P.G. (noot 2), p. 264.

- 7 P.G. (noot 2), p. 264.
- 8 Dat geldt in elk geval voor deze casus omdat Frankrijk en Nederland beide partij zijn bij het verdrag. Alleen Amerika heeft om haar moverende redenen de exclusiviteit van het verdrag in de Aerspatiale zaak, *ILM* 1987, pp. 1012-1045, afgewezen.
- 9 Actes et documents de la Onzième session, Tome IV, Rapport explicatif Amram, Den Haag 1970, p. 202.
- 10 Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan, M. Freudenthal, 'Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking', *NIPR* 2002, pp. 109-122; idem, 'Internationale samenwerking bij bewijsvergaring', in: *Advocatenblad* 2001, pp. 526-528. Er zal niet langer sprake zijn van een rogatoire commissie, maar van een verzoek tot bewijsverkrijging.

- 11 Kamerstukken I, 2001-2002, 26 855, nr. 16, pp. 43-44.
- 12 Art. 68 EG-Verdrag bepaalt dat prejudiciële vragen pas gesteld kunnen worden als de materiële en procesrechtelijke vragen tot in cassatie zijn behandeld. Dat kan dus vele jaren later zijn.
- 13 S. Boekman, *De verzoekschriftprocedure*, Zwolle 1996, p. 53.