

10377**Nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken****MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 25 mei 1987

Ter beantwoording van de vragen welke door de leden van de verschillende fracties zijn gesteld, merk ik het navolgende op.

De leden van de C.D.A.-fractie hebben vooreerst de vraag gesteld of het eerste lid van artikel 176 Rv. een absolute belemmering bevat voor de rechter om aan zijn beslissing mede ten grondslag te leggen feiten of rechten die hem bekend zijn geworden door een ander procesdossier, al dan niet dezelfde proces-partijen betreffende.

In antwoord op die vraag kan worden gesteld dat de bepalingen in het eerste lid van het voorgesteld artikel 176 Rv. de algemene weerslag vormen van het voor wat betreft de feitelijke grondslag en omvang van het burgerlijk geding geldende beginsel van de partijautonomie ofwel van het daarmee corresponderende beginsel van de lijdelijkheid van de rechter. Deze beginselen zijn in verschillende artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot uitdrukking gebracht. Zo blijkt onder andere uit de artikelen 1, 5, 277, 278 en 382 onder 2° en 3° Rv. dat het partijen in principe vrij staat over hun rechten te beschikken en hun rechten al dan niet te doen gelden. Zij bepalen of er zal worden geïncasséerd en waarover zal worden geïncasséerd. De daarmee samenhangende lijdelijkheid van de rechter vloeit onder meer voort uit artikel 48 Rv. dat de rechter slechts toestaat rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Feitelijke gronden zal hij dus niet ambtshalve in aanmerking mogen nemen als deze niet door een van partijen zijn aangevoerd en niet zijn te beschouwen als processuele feiten, waarvan hij in de voor hem gevoerde procedure heeft kennis gekregen. Uit het bovenstaande kan naar mijn oordeel reeds de conclusie worden getrokken dat de rechter derhalve ook feiten of rechten welke hem – aldus voornoemde leden – uit een ander procesdossier bekend zijn geworden, maar welke niet door een van partijen in het latere geding zijn aangevoerd, niet aan zijn dan te nemen beslissing mag ten grondslag leggen. Dit geldt evenzeer voor het in artikel 186 bedoelde geval, waar het betreft een feit dat bij een op tegenspraak gewezen en in kracht van gewijsde gegaan strafvonnis werd bewezen verklaard; ook dan zal de dwingende bewijskracht van dat vonnis in de latere civielrechtelijke procedure door de belanghebbende procespartij moeten worden ingeroepen. Tenslotte zou ik in dit verband ter illustratie ook nog willen wijzen op het bepaalde in artikel 1954 B.W., naar analogie van welk artikel in het onderhavige wetsontwerp (Artikel II)

artikel 67 Rv. wordt voorgesteld. Dit houdt in dat zelfs wanneer in een eerdere tussen dezelfde partijen gevoerde civielrechtelijke procedure over eenzelfde geschilpunt reeds bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis een beslissing is gegeven (en daarmee dus de voor die beslissing relevante feiten en rechten zijn vastgesteld), de bindende kracht van die beslissing in een latere andere procedure tussen dezelfde partijen niet ambtshalve door de rechter mag worden toegepast, maar uitdrukkelijk door de belanghebbende procespartij moet worden ingeroepen. In dit verband verwijs ik naar het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 1982, N.J. 1984, 58, waarin is beslist dat een beroep op het gezag van gewijsde zo duidelijk behoort te geschieden dat de wederpartij zich daartegen aan de hand van de inhoud van de ingeroepen uitspraak – eventueel in het licht van nog aan de orde gestelde bijzonderheden – kan verweren. Uit een en ander kan worden afgeleid dat des te meer grond bestaat aan te nemen dat feiten waarvoor in een latere procedure tussen dezelfde partijen niet het gezag van gewijsde kan worden ingeroepen, door de belanghebbende partij dienen te worden gesteld en zonodig bewezen dienen te worden. Het vorenstaande geldt dan mutatis mutandis a fortiori voor die feiten waarvan de rechter in een andere procedure over een ander geschil gevoerd tussen andere partijen heeft kennis gekregen.

De leden van de C.D.A.-fractie hebben vervolgens – met betrekking tot het tweede lid van artikel 176 – de vraag gesteld of de rechter bepaalde statistische gegevens en daarop door hem op basis van kansberekening gebaseerde gevolgtrekkingen mag aanmerken als feiten of omstandigheden van algemene bekendheid alsmede algemene ervaringsgegevens die geen nader bewijs behoeven. Deze in algemene zin gestelde vraag kan naar mijn oordeel ook slechts in algemene zin beantwoord worden: het is aan de rechter overgelaten te beoordelen of de aard en omvang van bepaalde, bijv. statistische, gegevens zodanig is dat deze, mede in aanmerking genomen de omstandigheden van het geval, al dan niet voldoende grond opleveren om daaraan bekendheid te verlenen. Voor de beoordeling van die vraag kan gebruik worden gemaakt van de criteria welke in de rechtspraak gehanteerd worden. Zo wordt bijvoorbeeld ten aanzien van notoire feiten het criterium gebruikt of het al dan niet gaat om een feit dat of een toestand welke een ieder zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen en wordt ten aanzien van algemene ervaringsregels wel het criterium gehanteerd of het al dan niet gaat om een algemeen weten. Naarmate duidelijker is dat het gaat om een algemene ervaringsregel zal er ook te minder aanleiding zijn de bron waaraan de rechter de regel ontleent, te noemen. De rechter trekt zelf de grens tussen ervaringsregels en specialistische kennis waarbij de inschakeling van deskundigen noodzakelijk is. Daarbij kan worden aangetekend dat de rechtspraak geneigd is het begrip algemene ervaringsregel en algemeen bekend feit ruim te nemen.

De leden van de C.D.A.-fractie hebben zich voorts, in verband met hetgeen in de artikelen 179 en 176 Rv. is neergelegd, afgevraagd of het wel juist is te achten dat met betrekking tot bewijs door geschrift, getuigen, deskundigen, plaatsopneming en bezichtiging wel voorschriften zijn gegeven over de manier waarop deze bewijsmiddelen in het proces gehanteerd moeten worden, maar dat dergelijke voorschriften ontbreken ten aanzien van overige bewijsmiddelen. Daarbij hebben deze leden met name het oog op de bewijsmiddelen die beschikbaar zijn gekomen door de voortgang van de techniek, zoals foto's, videobanden, geluidsbanden, enz. In verband daarmee hebben deze leden bij wijze van voorbeeld opneming van een aantal algemene regels voorgesteld, terwijl zij tenslotte ook nog vragen hebben gesteld over de praktische gang van zaken als voornoemde technische producten als bewijsmiddelen in het geding worden gebracht.

In antwoord op die voorstellen respectievelijk vragen merk ik het volgende op. Het is juist dat met betrekking tot voornoemde bewijsmiddelen

in het ontwerp geen specifieke voorschriften zijn opgenomen. Voorzover daaraan in de toekomst behoefte zal blijken te bestaan, zal opnemning van een aantal voorschriften zeker nadere overweging verdienen. Vooral nog bestaat de indruk dat de praktijk aan zodanige voorschriften (nog) geen behoefte heeft. Dit mogelijk enerzijds als gevolg van het feit dat, zoals bij het inwinnen van globale informatie bij een aantal rechtbanken is gebleken, in het burgerlijk proces deze technische producten nog niet vaak als bewijsmiddelen in het geding worden gebracht. Anderzijds worden bij de hantering van deze bewijsmiddelen de op de gangbare bewijsmiddelen betrekking hebbende processuele voorschriften, voorzover deze zich althans daarvoor lenen, reeds naar analogie dan wel rechtstreeks toegepast. Voorzover de betreffende in het geding gebrachte objecten zich voor waarmerking lenen, pleegt waarmerking desverzocht te geschieden en deze objecten blijven dan, voorzover zij zich daarvoor lenen, onder de rechter (lees: griffie van het betreffende gerecht) berusten gedurende het geding. Voorzover het betreft technische bewijsmiddelen als geluidsbanden of videobanden, heeft overigens het eventuele waarmerken op de «verpakking» van die middelen op zichzelf niet zoveel zin. Bewijsmiddelen als geluidsbanden en videofilms ontlenen hun waarde eerst aan hun «hantering», dat wil zeggen deze banden zullen zo nodig ter zitting worden afgedraaid of vertoond, waarbij de inhoud zoveel mogelijk op zodanige wijze zal worden vastgelegd in het proces-verbaal dat de mogelijke betekenis van dit bewijsmiddel voldoende vaststaat. Ook is denkbaar dat daartoe een, al dan niet voorlopige, bezichtiging wordt georganiseerd, eveneens met adequate vastlegging in het proces-verbaal. Het punt van nader onderzoek van bijvoorbeeld videoband of geluidsband komt pas bij twijfel over de authenticiteit van deze «informatiedragers» aan de orde. Het ligt dan echter eerder voor de hand dat het gerecht aan door hem benoemde deskundigen een onderzoeksopdracht geeft en deze in hun rapportage een beschrijving van de hoedanigheid en inhoud van de informatiedrager geven, waardoor vervolgens de rechter in staat wordt gesteld over de vraag of het betreffende bewijsmiddel als «echt» moet worden beschouwd een oordeel te geven. Het in het burgerlijk procesrecht geldende beginsel van hoor en wederhoor, brengt met zich mee dat ook indien een partij een technisch bewijsmiddel als videoband of geluidsband in het geding wil brengen, de wederpartij in de gelegenheid moet worden gesteld niet alleen om de vertoning of afdraaiing van die banden ten overstaan van de rechter bij te wonen, maar ook om zich vervolgens daarover uit te laten en zondig deskundigenonderzoek daarover uit te lokken. Het spreekt daarbij vanzelf dat ter gelegenheid van bedoelde vertoning of bezichtiging of bijvoorbeeld bij gelegenheid van een daaropvolgende comparitie van partijen de resultaten daarvan door partijen kunnen worden besproken, waarbij dan ook overeenkomstig de daarbij in acht te nemen regels partijen elkaar vragen zullen kunnen stellen. Wat betreft de vraag van deze leden of een wederpartij op een zitting ineens met een videoband kan worden geconfronteerd, zal het niet zo vaak voorkomen dat een partij ineens, ter gelegenheid van een processuele verrichting waarbij beide partijen in persoon aanwezig zijn, zijn wederpartij met zo'n band zal kunnen confronteren. Veelal zal de desbetreffende partij deze band reeds in zijn voorafgaande schriftelijke stellingname als mogelijk bewijsmiddel hebben aangekondigd of in het geding hebben gebracht. Indien de rechter vervolgens tot vertoning besluit, zal in ieder geval die vertoning geen afbreuk mogen doen aan het recht van die wederpartij zich daarover vervolgens hetzij direct hetzij eventueel eerst na aanhouding uit te laten.

Voorts kan worden aangenomen dat ook onder het nieuwe artikel 179, waarin het reeds lang aanvaarde beginsel van toelaatbaarheid van alle denkbare (soorten van) bewijsmiddelen is neergelegd, een geluidsband om de redenen zoals vermeld in het door deze leden aangehaalde vonnis van de rechtbank te Groningen van 15 december 1972 (N.J. 1973, nr.

324) kan worden geweigerd. Die redenen hielden immers geen verband met de aard van de geluidsband als technisch bewijsmiddel, maar waren gelegen in de specifieke processuele omstandigheden van het gegeven geval, op grond waarvan de rechtbank blijkbaar het bezigen van die geluidsband als bewijsmiddel niet meer relevant achtte.

In antwoord op een desbetreffende vraag van deze leden merk ik voorts op dat de term «niet in vrijheid (afgelegd)» in artikel 181 enerzijds kan worden gezien als een criterium waarin het gemeenschappelijke kenmerk en zo de essentie van wilsgebreken als bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, zoals opgenomen in titel 3.2. N.B.W., is tot uitdrukking gebracht. Anderzijds biedt dit criterium een minder strenge en soepeler hanteerbare maatstaf dan in de rechtstreekse toepasselijkheid van deze wilsgebreken besloten zou liggen, waardoor dit criterium beter op de procesrechtelijke aard van het geval van herroeping van een gerechtelijke betekenis is toegespitst. Een en ander echter onverminderd de overigens in het belang van een goede procesorde in acht te nemen processuele regels, die een partij beperken in haar bevoegdheid gedurende het geding haar processuele standpunt te wijzigen, zoals reeds bij de nadere memorie van antwoord (blzz. 30 t/m 32, bovenaan) is uiteengezet.

Gegeven voorts de omstandigheid dat in artikel 187a in verband met de toelating van partijen geen definitie meer wordt gegeven van het begrip partij om aldus de bepaling van de inhoud en reikwijdte van dat begrip, juist zoals in het huidige recht het geval is, aan de rechtspraak te kunnen overlaten, acht ik het om die reden niet op mijn weg liggen een uitspraak te doen over de door deze leden gestelde vraag of de terzake bestaande jurisprudentie in die zin gelding zal behouden, dat met name als partijen moeten worden beschouwd diegenen die onder het vigerende recht niet als getuigen mogen optreden. Slechts merk ik in dit verband nog op dat, nu door de in het ontwerp voorgestelde toelating van partijen als getuigen de beantwoording van die vraag bij aanvaarding van dit voorstel minder verstrekkende consequenties zal hebben dan thans nog het geval is, niet bij voorbaat moet worden uitgesloten dat de rechtspraak het begrip partij in bepaalde opzichten enigszins afwijkend van de huidige jurisprudentie zal gaan interpreteren.

Deze leden hebben voorts de aandacht gevraagd voor een aantal door hen geciteerde passages en vragen uit het artikel van Mr. H. Stein over: «partij-getuigen» in het Advocatenblad 1986, blzz. 29–33 en hebben tenslotte in dit verband nog een tweetal van diens slotconclusies ter sprake gebracht, terzake waarvan zij om enige beschouwingen mijnerzijds hebben verzocht. Ter voldoening aan dat verzoek merk ik het volgende op. Allereerst stel ik wat betreft de door Mr. H. Stein in vier regels gegeven samenvatting van de bewijskracht welke partij-getuigenverklaringen ingevolge dit wetsontwerp kunnen hebben, voorop dat het bij deze bewijskracht, ook voorzover daaraan niet de in artikel 207a lid 1 neergelegde beperking is verbonden, steeds slechts gaat om zgn. «vrije» bewijskracht. Dat wil zeggen, de rechter is niet *verplicht* daaraan bewijskracht toe te kennen, maar blijft (juist zoals dit ook ten opzichte van derden-getuigen steeds het geval is geweest) vrij in de waardering van de door partijen afgelegde getuigen-verklaringen, ongeacht of deze verklaringen nu wel of niet betrekking hebben op door de desbetreffende partij-getuige te bewijzen feiten. De term: «volledige» bewijskracht in dit verband nog door Mr. H. Stein gehanteerd, kan een verkeerde indruk wekken en komt dan ook niet in het ontwerp voor. Ook overigens acht ik de wijze van formuleren van deze vier regels enigszins verwarringwekkend en deels ook niet meer dan een wat omslachtige herhaling van wat artikel 207a Rv. tot uitdrukking brengt.

Wat betreft de door deze leden geciteerde conclusies welke in voormeld artikel aan de hand van voornoemde regels worden getrokken, kan nog het volgende worden opgemerkt. Het ontwerp stelt de mate van de (vrije) bewijskracht welke aan de partijgetuigenverklaring, voorzover strekkend

ten voordele van deze partij, kan worden toegekend, afhankelijk van het antwoord op de vraag of deze verklaring al dan niet betrekking heeft op door deze partij te bewijzen feiten. Het ligt daarbij voor de hand die vraag te beantwoorden aan de hand van de bewijsopdracht, zoals deze in het daartoe strekkende interlocutoire vonnis is geformuleerd en is toebedeeld aan die procespartij. Hoe zou men immers de bewijskracht van een getuigenverklaring kunnen bepalen wanneer niet is vastgesteld tot welk bewijs zij zou moeten strekken? Aan de in (het eerste deel van) artikel 177 gegeven hoofdregel van de bewijslastverdeling ligt, zoals dat ook het geval is met het huidige artikel 1902 B.W., het beginsel ten grondslag dat een partij die feiten heeft te bewijzen, welke hij heeft gesteld en (op grond van artikel 5, 3^o. Rv.) heeft moeten stellen om het door hem beoogde rechtsgevolg te kunnen inroepen. In die zin geeft derhalve uiteindelijk de inhoud van deze stelplicht tevens aan wat bewezen dient te worden en door welke partij dat dient te geschieden. De door Mr. H. Stein in zijn artikel aangegeven uitgangspunten behelzen in zoverre derhalve dan ook niet meer dan een weergave van algemeen geldende regels van procesrecht, waarop ook het ontwerp is gebaseerd en waarop ook voor wat betreft de totstandkoming van een opdracht tot het houden van een (partij-)getuigenverhoor in het ontwerp geen uitzondering wordt gemaakt. Ditzelfde geldt voor wat betreft de in voormeld artikel gememoreerde regels van procesrecht, welke gedurende het proces voor partijen een zekere mate van onzekerheid met zich meebrengen voor wat betreft de beoordeling van de vraag welke partij welk feit moet bewijzen. In dit verband is in voormeld artikel gewezen op het voorlopig karakter van de formulering van het probandum in het interlocutoire vonnis, waaraan de rechter in de verdere loop van het geding niet gebonden is en tevens op de omstandigheid dat in hoger beroep de bewijslastverdeling nog door een andere kan worden vervangen. Deze regels wortelen in het procesrechtelijke beginsel dat de rechter aan het interlocutoire vonnis, het bewijsbevel, niet gebonden is in die zin dat hij verplicht zou zijn de vordering al of niet toe te wijzen naar gelang het bewijs al of niet wordt geleverd. Daarbij zij nog aangetekend dat volgens de sinds lang geldende leer van de Hoge Raad de rechter aan zijn voorlopige beschouwingen in verband met dit probandum weliswaar niet is gebonden, maar daarentegen wel aan (uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven) eindbeslissingen in het interlocutoire vonnis. In zoverre wordt derhalve het debat tussen partijen wél beperkt en gelden de betreffende geschilpunten in de aanhangige instantie als afgedaan. De bij interlocutoir vonnis gegeven eindbeslissingen kunnen slechts worden bestreden door aanwending van een rechtsmiddel, niet door heropening van het debat in dezelfde instantie.

Aldus gebeurt het wel dat door de toepassing van het beginsel dat het interlocutoire vonnis de rechter niet bindt, het probandum eerst in een later stadium van het geding zijn definitieve vorm krijgt, een verschijnsel dat overigens eigen is aan het burgerlijk geding, dat nu eenmaal primair strekt tot vaststelling van feiten. Daarbij teken ik nog aan dat de toepassing van dat beginsel niet zelden mede wordt veroorzaakt door partijen zelf, wanneer deze eerst in een latere fase van het geding volledige opening geven van de feitelijke stand van zaken, maar ook kan worden veroorzaakt door de vaak complexe feitelijke situatie, waarbinnen genuanceerde rechtsbeslissingen gegeven moeten worden. Die eventuele vertraging in de uiteindelijke vaststelling van het probandum belemmert overigens niet de beoordeling van (de mate van de) bewijskracht van een partij-getuigenverklaring overeenkomstig het in artikel 207a neergelegde criterium. Dit criterium houdt in dat getoetst moet worden of de desbetreffende verklaring al dan niet betrekking heeft op een feit dat door die partij bewezen moet worden en zo ja, of en in hoeverre die verklaring dan al dan niet strekt ten voordele van die partij. De aldus plaatsvindende bewijswaardering is, juist zoals bij de beoordeling van door andere

bewijsmiddelen aan het licht gebrachte feiten het geval is, een rechterlijke verrichting welke meestal eerst aan het einde van een geding zal kunnen plaatshebben. Ook in zoverre leidt derhalve de beoordeling van de bewijskracht van de partij-getuigeverklaring niet tot specifieke problemen.

Ditzelfde geldt naar mijn oordeel ook met betrekking tot de vraag van deze leden of het in artikel 207a neergelegde criterium ter beoordeling van de bewijskracht van de partij-getuigeverklaring tot problemen zal kunnen leiden ingeval de bewijsopdracht niet tot één feit is beperkt dan wel wanneer er sprake is van een samengestelde of gecombineerde bewijsopdracht. Zoals ook reeds blijkt uit de in voormeld artikel door Mr. H. Stein gegeven voorbeelden aan de hand waarvan hij nagaat hoe de toepassing van het in artikel 207a neergelegde criterium zal uitwerken, zal de verklaring van de partij-getuige steeds aan de hand van dat criterium kunnen worden getoetst, ongeacht ook of die verklaring ter gelegenheid van een enquête dan wel ter gelegenheid van een contra-enquête wordt afgelegd. Ook wanneer derhalve aan partij aan wie het bewijs van een feit is opgedragen, in de enquête aan zijn kant de wederpartij als getuige zou oproepen, zal de rechter indien hij daartoe aanleiding vindt, overeenkomstig artikel 179 aan de verklaring van deze wederpartij omtrent dit feit (als zijnde een verklaring omtrent een feit dat niet door deze partij bewezen hoeft te worden) in beginsel «volledige», dat wil zeggen niet aan een wettelijke beperking onderworpen, (vrije) bewijskracht kunnen toekennen; en zulks ook voorzover deze verklaring «ten voordele» strekt van die partij, dat wil zeggen haar stellingen ondersteunt. Omgekeerd zal, wanneer de partij aan wie bewijs is opgedragen omtrent een bepaald feit (en deze partij niet reeds zichzelf bij de aan zijn kant gehouden enquête als getuige heeft aangeboden), ter gelegenheid van de contra-enquête door zijn wederpartij als getuige wordt opgeroepen en vervolgens een verklaring ten eigen voordele aflegt omtrent het hem te bewijzen opgedragen feit, de rechter aan deze verklaring slechts dan (vrije) bewijskracht kunnen toekennen indien deze verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.

Wordt ter gelegenheid van een contra-enquête door de wederpartij aan wiens zijde deze contra-enquête wordt gehouden een verklaring afgelegd omtrent een niet in het probandum opgenomen – en ook niet eerder door de wederpartij gesteld – ander feit, dan zal het geheel van de aard van dat feit en de omstandigheden van het geding afhangen of deze verklaring beschouwd moet worden als strekkend tot zelfstandig bewijs van een feit dat, indien eerder gesteld, ook door deze partij had moeten worden bewezen omdat zij zich alsnog op de rechtsgevolgen van dat feit blijkt te beroepen. Voorzover deze wederpartij – hetzij reeds direct bij gelegenheid van deze contra-enquête, hetzij eerst na (hernieuwd) interlocutoir – tot dat zelfstandige bewijs wordt toegelaten en daaromtrent een getuigenverklaring aflegt, zal zonodig vervolgens de door die verklaringen bezwaarde partij tot levering van tegenbewijs dienen te worden toegelaten. In die situatie zal uiteindelijk wederom artikel 207a moeten worden toegepast om de bewijskracht van de door de wederpartij afgelegde verklaring omtrent genoemd ander (door hem te bewijzen) feit te toetsen.

Tenslotte blijft het in artikel 207a neergelegde criterium ter beoordeling van de bewijskracht van de partij-getuigeverklaring evenzeer toepasbaar wanneer het gaat om probanda betreffende niet specifiek geïndividualiseerde maar slechts in algemene zin geformuleerde feiten; zoals bijvoorbeeld bij een door deze leden bedoelde bewijsopdracht in navolgende zin: «om al zodanige feiten en omstandigheden te bewijzen dat daaruit de door de eiser gestelde toedracht kan worden afgeleid». Voorzover immers aan de hand van dat richtsnoer verklaringen worden afgelegd omtrent eventueel eerst dan door de betrokken (partij-)getuige nader geconcretiseerde feiten, is de rechter zeer wel in staat de bewijskracht van die verklaring aan het criterium van artikel 207a te toetsen.

Op grond van het bovenstaande kom ik derhalve tot de conclusie dat het met betrekking tot partij-getuigen voorgestelde systeem wel een zorgvuldige wijze van procederen vereist, maar geen wezenlijke verandering brengt in de wijze waarop stellingen en bewijsaanbiedingen door advocaten en gemachtigden van partijen moeten worden geformuleerd, noch ook in de wijze waarop rechters bewijsopdrachten formuleren c.q. bewijskracht moeten waarderen. Ik acht dan ook bepaald onjuist en ook uitermate speculatief de in voormeld artikel aan het slot van desbetreffende beschouwingen geponeerde stelling dat de rechter een te sterke greep op de uitslag van het geding zou krijgen, omdat door aanpassing van de oorspronkelijke bewijsopdracht – in dezelfde instantie of na het aanwenden van een rechtsmiddel – «de bewijskracht van een partij-getuigenverklaring door hem gemanipuleerd zou kunnen worden», waardoor de uitslag van de procedure «geheel onvoorspelbaar» zou worden. Een dergelijke stellingname miskent dat ook de rechter gebonden is aan de in artikel 177 gegeven regel van de bewijslastverdeling en het daaraan ten grondslag liggende vereiste betreffende de stelplicht van partijen, en bij eventuele afwijking van de hoofdregel van de bewijslastverdeling overeenkomstig de in artikel 177 opgenomen uitzonderingsbepaling zijn beslissing zal moeten motiveren.

Tenslotte, gegeven de omstandigheid dat het in de hier bedoelde situaties gaat om nieuwe mogelijkheden van bewijsvoering door middel van de toelating van de partij als getuige, doet het merkwaardig aan wanneer in voormeld artikel in dit verband gesproken wordt over het (door gestelde manipulatie door de rechter) «geheel onvoorspelbaar worden» van de uitslag van procedures, welke wellicht voordien niet gevoerd zouden zijn. De al dan niet voorspelbaarheid van procedures waarin de bewijsnood van partijen géén rol speelt wordt door dit nieuwe systeem niet beïnvloed, terwijl overigens voor wat betreft de eventueel wél ten gevolge van de toelating van partijen als getuige in te stellen procedures, een vergelijking kan worden gemaakt met de gevallen waarin onder huidig recht aan een van de procespartijen een aanvullende eed wordt opgedragen overeenkomstig de artikelen 1977 en 1978 B.W. Uit de desbetreffende rechtspraak blijkt dat de rechter, als voldaan is aan de vereisten van artikel 1978 B.W. (waarin het aanvullend karakter van deze eed tot uitdrukking komt), volkomen vrij is in de formulering van de aanvullende eed en niet gebonden is aan een bewijsthema (H.R. 31 oktober 1929, N.J. 1929, 1622) en blijkt voorts dat de rechter een aanvullende eed kan opleggen aan gedaagde, ofschoon deze niets behoeft te bewijzen (H.R. 29 mei 1925, N.J. 1925, 970). In verband daarmee valt naar mijn oordeel, wat betreft de voorspelbaarheid van de uitslag van procedures waarin de mogelijkheid van het horen van partijen als getuigen in verband met bestaande bewijsnood een belangrijke rol speelt, voormelde vergelijking uit ten gunste van het thans voorgestelde systeem van toelating van partijen als getuigen. De rechter blijft daarbij immers, zowel wat de inhoud van de bewijsopdracht als de bewijslastverdeling betreft, gebonden aan de vereisten van artikel 177, welke (een beperkte mate van) toetsing in cassatie mogelijk maken en in ieder geval de rechter daarin niet volkomen vrij laten. Tenslotte wil ik in dit verband nog wijzen op artikelen van respectievelijk Mrs. E. Gras en H. W. Wiersma in N.J.B. van 26 april 1986 (blzz. 520 t/m 523), en van Mr. C. P. Aubel in het Advocatenblad van 7 maart 1986 (blzz. 111 t/m 113) met betrekking tot dit wetsontwerp, waarin ongeveer in gelijke zin als in deze memorie is geschied, commentaar wordt gegeven op voormeld artikel van Mr. H. Stein.

De leden van deze fractie hebben vervolgens de vraag gesteld of, gelet op de in artikel 207a opgenomen wettelijke beperking van de bewijskracht van de partij-getuigenverklaring wanneer deze ten eigen voordele strekt, de toepassing van dit artikel tot complicaties aanleiding kan geven indien een procespartij uit meerdere personen bestaat die niet eensluidend verklaren. Naar aanleiding van die vraag merk ik het volgende op.

Wanneer het betreft een procespartij die uit meerdere personen bestaat en enige van deze personen als getuigen worden gehoord, zal dit verhoor betrekking moeten hebben op feiten waaromtrent deze personen ieder uit eigen wetenschap kunnen verklaren. Zouden hun getuigenverklaringen op een en hetzelfde (door deze partij te bewijzen) feit betrekking hebben, maar op wezenlijke punten tegenstrijdig zijn, dan is naar mijn oordeel niet aannemelijk dat hun verklaringen bewijs zullen kunnen opleveren van dat feit. Het staat de rechter dan, indien althans de omstandigheden van het geval en de aard en omvang van de tegenstrijdigheid van die respectieve verklaringen daartoe naar zijn oordeel aanleiding geven, eventueel vrij «volledig» (vrij) bewijs toe te kennen aan de verklaring van de partij-getuige wiens verklaring nadelig uitpakt voor het door deze procespartij te leveren bewijs. Daartoe bestaat eventueel te meer aanleiding wanneer ook de wederpartij bij contra-enquête als getuige gehoord, conform de verklaring van eerstgenoemde partij (wiens verklaring ten nadele strekt van het door die procespartij te leveren bewijs) verklaart; diens verklaring is immers niet onderworpen aan de wettelijke beperking van artikel 207a en kan dus in beginsel «volledig» (zij het vrij) bewijs opleveren. Daaruit vloeit dan tegelijkertijd voort dat de rechter dan blijkbaar van oordeel is dat aan de verklaring van de partij-getuige wiens verklaring ten voordele van het eigen probandum strekt, ingevolge artikel 207a geen bewijskracht kan worden verleend, omdat deze verklaring niet door aanvullend bewijs wordt ondersteund. Een complicatie kan ik in een en ander niet zien, integendeel: de bovengeschetste – mijns inziens redelijke – uitkomst van het verhoor van partijen als getuigen in bedoelde situatie is niet terug te voeren op het bepaalde in artikel 207a, eerste lid, maar vloeit in feite voort uit de omstandigheid dat de procespartij op wie de bewijslast rust van een bepaald feit, daaromtrent een onduidelijk en zelfs tegenstrijdig standpunt inneemt.

Wat betreft de vraag van deze leden of de jurisprudentie op het bestaande artikel 1942 B.W. gezag behoudt voor situaties waarin niet ieder onderdeel van de partij-verklaring door aanvullend bewijs gesteund wordt, merk ik het volgende op. Voorzover al een vergelijking met artikel 1942 B.W. in dit verband op zijn plaats is, rijst allereerst de vraag of de door deze leden geformuleerde vraagstelling wel aansluit bij bedoelde jurisprudentie. Deze heeft immers, voorzover hier van belang, hoofdzakelijk betrekking op gevallen waarin een te bewijzen feit op grond van de verklaring van één getuige desalniettemin bewezen werd geacht: ófwel omdat die getuigenis werd versterkt door de verklaring van een tweede getuige omtrent andere daarmee nauw verband houdende feiten, ófwel omdat de verklaring van de ene getuige betrekking had op een omstandigheid die niet een zelfstandig feit was, maar een samenstellend deel in een geheel van feiten, terwijl omtrent de (andere) onderdelen van dat te bewijzen geheel van feiten verklaringen van verschillende andere getuigen tot het bewijs meewerkten. Voorzover deze leden doelen op situaties als in bovenomschreven zin, acht ik het denkbaar dat onder die omstandigheden ook een (ten voordele van het eigen probandum strekkende) verklaring van de partij-getuige op soortgelijke wijze door de rechtspraak zal worden beoordeeld. Heeft echter deze partij-getuigenverklaring betrekking op een geheel op zichzelf staand (door deze partij te bewijzen) feit, en maken de niet door aanvullend bewijs ondersteunde onderdelen van deze verklaring een wezenlijk bestanddeel uit van dat te bewijzen feit of feitencomplex, dan zal naar mijn oordeel aan een dergelijke partij-getuigenverklaring op grond van artikel 207a geen bewijskracht kunnen worden toegekend.

In antwoord op de door deze leden vervolgens met betrekking tot artikel 214 gestelde vraag merk ik op dat het naar mijn oordeel te ver zou gaan de hier bedoelde regeling ook van toepassing te doen zijn op een gewoon getuigenverhoor. Een voorlopig getuigenverhoor, voorzover in dit verband van belang, vindt op verzoek van de belanghebbende plaats

vóórdat een geding aanhangig is. Alsdan bestaat er een gereede kans dat dit voorlopig getuigenverhoor later gevolgd zal worden door een gewone procedure, in te stellen tegen de in het voorlopig getuigenverhoor als getuige opgeroepen persoon. Deze heeft er dan ook een direct belang bij reeds tijdens dat voorlopig getuigenverhoor als partij-getuige te worden behandeld, dat wil zeggen niet gedwongen te kunnen worden tot het afleggen van een getuigenverklaring. Is echter eenmaal een gewone procedure ingesteld tegen een of meer (andere) personen en heeft eiser aldus geconcretiseerd tegen wie hij zijn vordering richt, dan is de kans dat deze eiser later terzake hetzelfde onderwerp ook nog een procedure tegen deze getuige zal gaan voeren, veel minder waarschijnlijk en bestaat er onvoldoende grond om als het ware op voorhand en mogelijk tot schade voor (een van) de gedingvoerende partijen af te wijken van de normale procesgang met betrekking tot het horen van getuigen.

Ik ben voorts van oordeel dat de door deze leden gestelde vraag of de in artikel 188 laatste lid opgenomen beperking van het (algemene) verschoningsrecht, namelijk tot een beroep op gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling «wegens misdrijf» wel juist is, bevestigend dient te worden beantwoord. Deze beperking werd, zoals blijkt uit de voorafgaande parlementaire behandeling, in het gewijzigd ontwerp van wet opgenomen ter tegemoetkoming aan de wensen van de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, welke in meerderheid van mening was dat door een verschoningsrecht wegens gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling in zoveel gevallen het aan het licht brengen van de waarheid zou worden belet dat men dit verschoningsrecht beter (in het geheel) niet zou kunnen invoeren. In de in het gewijzigd ontwerp opgenomen regeling van het (algemene) verschoningsrecht worden mijns inziens de hierbij in het geding zijnde belangen op evenwichtige wijze tegen elkaar afgewogen, te weten enerzijds het algemene belang dat in zoveel mogelijk gevallen de waarheid aan het licht gebracht kan worden en anderzijds het eveneens zwaarwegende belang van een getuige om niet door het afleggen van een verklaring zichzelf of een van de in artikel 188 vierde lid genoemde personen, tot wie hij in nauwe familierechtelijke relatie staat of heeft gestaan, bloot te stellen aan een strafrechtelijke veroordeling wegens een misdrijf. Naar mijn oordeel legt de kans op een strafrechtelijke veroordeling wegens een overtreding bij die afweging niet voldoende gewicht in de schaal, en zulks ook niet wanneer bij een eventueel later strafvonnis, wegens die overtreding gewezen, een feit wordt bewezen verklaard, welke bewezenverklaring dan (indien dit strafvonnis op tegenspraak werd gewezen en in kracht van gewijsde is gegaan) ingevolge artikel 186 in een eventueel daaropvolgende civielrechtelijke procedure dwingend bewijs van dat feit oplevert (voorzover althans dit feit niet alsnog in die civiele procedure door tegenbewijs wordt ontzenuwd). Daaraan doet naar mijn oordeel evenmin af de mogelijkheid dat die overtreding verband houdt bijvoorbeeld met een gecompliceerd verkeersongeval met een reeks betrokkenen en in de latere naar aanleiding van dat ongeval ingestelde civielrechtelijke procedure civielrechtelijke aansprakelijkheden aan bod komen. Ook in die latere civielrechtelijke procedure heeft de eerder in een andere procedure tussen andere partijen als getuige gehoorde persoon, indien hij als gedaagde in die civielrechtelijke procedure wordt betrokken, immers alle gelegenheid verweer te voeren tegen de tegen hem ingestelde vordering. Het is dan zeer wel denkbaar dat hij in voorkomende gevallen zonodig ofwel door middel van getuigenbewijs of anderszins kan aannemelijk maken dat het eerder bij strafvonnis bewezen verklaarde feit zich niet of niet aldus heeft voorgedaan, ofwel kan aantonen dat tussen dit feit en de gestelde aanrijding geen enkel of onvoldoende causaal verband bestaat en hij daarom niet voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk kan worden gesteld. Ook dit laatste is immers denkbaar nu het in de hier bedoelde situatie slechts gaat om een overtreding opleverend feit, dat niet noodzakelijkerwijs het ongeval behoeft te hebben veroorzaakt.

Wat betreft tenslotte de in verband met artikel 192 door deze leden gestelde vraag ben ik geneigd hun mening te delen dat de rechter de vraag of een partij meer getuigen heeft voorgebracht dan redelijkerwijs noodzakelijk was, dient te beoordelen naar de wetenschap die die partij redelijkerwijs had c.q. kon hebben op het moment waarop de betreffende getuigen aan de wederpartij en aan de rechter werden aangezegd.

Het verheugt mij dat de leden van de V.V.D.-fractie het wetsvoorstel met waardering hebben ontvangen en geconstateerd hebben dat daarin een overzichtelijke regeling van het bewijsrecht wordt gegeven met een aantal wijzigingen ten opzichte van het geldende recht die volgens deze leden veelal positief te beoordelen zijn.

De leden van de fracties van het C.D.A. en de V.V.D. vroegen, met verwijzing naar het artikel van Mr. S. Boas in N.J.B. 1986, blz. 524, of artikel 202a de kantonrechter ertoe verplicht het opmaken van proces-verbaal achterwege te laten in niet voor appel vatbare zaken, en zo neen, waarom dan de imperatieve formulering, die is overgenomen van het huidige artikel 110 Rv, is gehandhaafd.

Artikel 202a beoogt geen einde te maken aan de bestaande praktijk, volgens welke kantonrechters ook in niet-appellabele zaken soms proces-verbaal opmaken. De formulering sluit aan op het huidige artikel 110 Rv. omdat daarmee beter dan in de door Mr. Boas voorgestelde formulering de achtergrond van artikel 202a wordt verwoord, welke immers is dat belasting van het griffiepersoneel met nodeloze werkzaamheden zoveel mogelijk moet worden vermeden.

Ook wil ik gaarne in aansluiting hierop ingaan op de vragen van Mr. Boas in zijn bovenvermelde artikel en van Mr. P. Funke in N.J.B. 1986, blz. 965, omtrent de betekenis van de woorden «met name» in de toelichting bij artikel IX, tweede lid, eerste zin, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 26 februari 1986 (stuk nr. 20). Ik heb deze woorden gebezigd omdat men niet bij voorbaat mag uitsluiten dat ingevolge rechtspraak nieuwe verzoekschriftprocedures ontstaan, bijvoorbeeld in het kader van een voorlopig getuigenverhoor, ten behoeve van getuigen wier beroep op een verschoningsrecht wordt afgewezen. Zie aantekening 2 bij artikel 877 Rv. in Kluwers losbladige Burgerlijke Rechtsvordering en de aldaar vermelde rechtspraak, alsmede de conclusie van A.G. Mr. Mok voor H.R. 19 maart 1982, nr. 521. De ruimere formulering die ik heb voorgesteld maakt dat ook in dergelijke gevallen op de algemene regeling van de rekestprocedure kan worden teruggevallen. In ieder geval had ik niet het oog op de drie gevallen die Mr. Funke noemde, daar in die gevallen de zaak niet met een verzoekschrift moet worden ingeleid.

In antwoord op een vraag van de V.V.D.-fractie merk ik op dat in het kader van dit wetsontwerp een hernummering van afdelingen niet is overwogen, omdat dan ook de nummering van bestaande, zich buiten het bewijsrecht bevindende afdelingen zou moeten worden herzien. De voorgestelde hernummering van de artikelen blijft geheel beperkt tot het bewijsrecht. Treedt men daarbuiten, dan treedt men tevens buiten de begrenzing van dit wetsontwerp. Dit wetsontwerp is voor een buiten de grenzen van het bewijsrecht tredende hernummering van artikelen of afdelingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet de geschikte gelegenheid.

Op de vraag van deze leden waarom artikel 1910 B.W. vrijwel ongewijzigd is overgenomen in het voorgestelde artikel 1376a B.W. antwoord ik dat een verbetering van de formulering van dit artikel plaatsvindt in het kader van de invoering van het nieuw B.W.; ik verwijs naar artikel 3.2.3a Nieuw B.W., waarvan de redactie evenwel niet los van de overige bepalingen van titel 3.2 moet worden gezien.

Tenslotte merk ik naar aanleiding van de door de leden van de S.G.P.-fractie met betrekking tot artikel 184 gestelde vragen nog het navolgende op.

Uit artikel 184 in samenhang met artikel 183, vloeit voort dat de ambtenaar slechts die authentieke akten kan en mag verlijden waartoe de wet (of uitvoeringsregeling) hem uitdrukkelijk bevoegd verklaart en zulks dan nog uitsluitend met betrekking tot de in die wet of uitvoeringsregeling daartoe aangegeven feiten. Het zal daarom dan de aard van de desbetreffende proces-verbaal akte en de in verband daarmee door de wet (of uitvoeringsregeling) gestelde vereisten afhangen of de ambtenaar al dan niet proces-verbaal akten kan opmaken betreffende gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld. Zo brengt bijv. de uitreiking van een exploit van dagvaarding door een deurwaarder met zich mee dat de proces-verbaal akte van die uitreiking wordt opgemaakt op het moment van de uitreiking zelf en vereist de wet voorts dat bij het opmaken van een akte door de ambtenaar van de burgerlijke stand bijv. in verband met een huwelijksaangifte de akte waarin proces-verbaal van die aangifte, wordt opgemaakt op de dag van de aangifte in het bijzijn van de betrokken belanghebbende partijen en door dezen vervolgens wordt ondertekend voordat de ambtenaar zijn handtekening plaatst. In geval het echter betreft het – op verzoek – opmaken van een proces-verbaal van bijv. een algemene vergadering van aandeelhouders door een notaris, waartoe de notaris ingevolge artikel 31 van de Wet op het notarisambt bevoegd is en ten aanzien van welke akte niet het vereiste geldt dat deze akte door bij die handeling betrokken belanghebbenden wordt medeondertekend, valt aan te nemen dat de notaris, om praktische redenen, dit proces-verbaal zonodig ook eerst enige dagen later kan opmaken. Dit proces-verbaal zal dan uiteraard wel aan de door de wet gestelde eisen moeten voldoen: d.w.z. zal moeten worden gedagtekend op de dag van het verlijden van die akte.

Nu de wet in de gevallen waarin bepaalde ambtenaren tot het opmaken van bepaalde authentieke akten bevoegd worden verklaard, heeft bepaald dat deze ambtenaren tot het opmaken van zodanige akten slechts mogen overgaan indien en voorzover hun zulks bij de wet is opgedragen of door belanghebbenden wordt verzocht, dient de vraag of een ambtenaar op eigen initiatief eigen waarneming of verrichtingen in een authentieke akte mag vermelden met het effect van dwingend bewijs tegen een ieder, in beginsel ontkennend te worden beantwoord, tenzij de vermelding ervan zozeer met een goede vervulling van zijn taak verband houdt dat deze geacht kan worden binnen zijn bevoegdheid te vallen, zoals de vermelding van gegevens ter identificatie van partijen of het relaas van de deurwaarder over hetgeen bij het uitreiken van de dagvaarding is voorgevallen en voor de geldigheid daarvan van belang zou kunnen zijn. Zou buiten gevallen van deze aard een ambtenaar in een authentieke akte tot het opmaken waarvan de wet hem bevoegd heeft verklaard, een feitelijk gegeven vermelden wat niet valt onder de gegevens waarvan de betreffende wet opneming verplicht heeft gesteld, dan valt aan te nemen dat aan zodanige vermelding, voorzover al relevant en afhankelijk van de aard van dat gegeven, hoogstens vrije bewijskracht kan worden toegekend. Overigens zij in dit verband nog vermeld dat in de Invoeringswet boeken 3–6 N.B.W., 7e gedeelte nr. 17 896 onder ander de artikelen 1 en 26 van de Wet op het notarisambt worden aangescherpt, en de notaris bevoegd wordt verklaard tot het vaststellen van het tijdstip van het verlijden van de akte. Ook worden daarin de ten aanzien van partijen te vermelden gegevens uitgebreid (onder meer voor wat betreft hun nader adres), zodat alsdan aan de vermelding van die gegevens dwingend bewijs toekomt, behoudens tegenbewijs.

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes