

## **OOK ALS PARTIJGETUIGE HEEFT DE NOTARIS EEN FUNCTIONEEL VERSCHONINGSRECHT. TERECHT? OPROEP AAN DE BEROEPSORGANISATIES**

Aantekeningen bij HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 129, JOL 2002, 426 (De Herengrachtparkeerders)

### ***Het kader***

Het geval is tamelijk ingewikkeld, maar komt in de kern erop neer dat een aantal partijen – hierna onvolledig, maar korthedshalve aan te duiden als de Herengrachtparkeerders - overwegen een civiele vordering tot schadevergoeding in te stellen tegen enkele andere partijen, waaronder de notaris. De Herengrachtparkeerders beginnen een voorlopig getuigenverhoor en daarin wordt ook de notaris als getuige opgeroepen. Hij is, zoals de rechter-commissaris en het Hof expliciet overwegen en het incidentele cassatieberoep tevergeefs bestrijdt, *partijgetuige*.<sup>0</sup> Met een beroep op zijn functionele verschoningsrecht weigert de notaris de meeste hem gestelde vragen te beantwoorden.

Daarmee ligt ten principale de vraag op tafel of een functioneel verschoningsgerechtigde als de notaris zijn verschoningsrecht ook kan invoeren in een geschil waarin hij zelf (mogelijk) degene is die aansprakelijk wordt gehouden voor beroepsfouten en de wederpartij hem daarover als partijgetuige aan de tand wil voelen. De rechter-commissaris noch het hof beantwoorden de vraag principieel. Dat gebeurt pas in cassatie, daartoe aangezet door het eerste cassatiemiddel. Interessant is dat de antwoorden van A-G Wesseling-Van Gent en de Hoge Raad, hoewel ten dele gebaseerd op dezelfde bronnen, diametraal tegenover elkaar staan: de A-G wijst een functioneel verschoningsrecht voor een partijgetuige in beginsel af, maar maakt een uitzondering in een geval als het onderhavige, de Hoge Raad laat het in beginsel toe.

De beslissing is belangrijk voor het notariaat en voor alle andere beroepsgroepen met een functioneel verschoningsrecht. Het is voor het eerst dat de civiele kamer van de Hoge Raad er zich over uitspreekt. De strafkamer van de Hoge Raad heeft dat in vergelijkbare gevallen al eerder gedaan. De uitspraken van beide kamers lopen ook nu weer met elkaar in de pas. Dit is tot nu toe vrijwel steeds het geval geweest.

---

<sup>0</sup> Voor alle zekerheid: een partijgetuige is zowel partij in een procedure als getuige.

***Kenmerken van de huidige rechtspraak over het functionele verschoningsrecht***

Voor een goed begrip van de onderhavige uitspraak is het nuttig voor ogen te houden dat de rechtspraak omtrent het functionele verschoningsrecht twee overheersende kenmerken heeft. Het eerste is dat de Hoge Raad tot nu toe gekozen heeft voor duidelijke en strakke regels, het tweede dat hij de verschoningsgerechtigde een ruime mate van vrijheid laat zelf te beoordelen of hij zich terecht op het verschoningsrecht beroept. Beide kenmerken tekenen ook de onderhavige uitspraak. Laat ik daarom beginnen met kort, in enkele regels, samen te vatten hoe de twee kenmerken in de huidige rechtspraak van de Hoge Raad over het verschoningsrecht gestalte hebben gekregen.<sup>1</sup>

- a. Functioneel verschoningsgerechtigden zijn vertrouwenspersonen. Het is een beperkte groep. De grondslag van hun verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat een ieder zich vrijelijk om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden zonder vrees voor openbaarmaking. Dit is een maatschappelijk belang dat in beginsel zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt (vaste rechtspraak, o.m. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 inzake notaris Maas).
- b. Het verschoningsrecht strekt zich alleen uit tot wat aan de notaris als zodanig is toevertrouwd. Alles wat hem als zodanig is medegedeeld, heeft te gelden als aan hem toevertrouwd. Er is geen plaats voor een onderscheid tussen meer of minder vertrouwelijk (o.m. HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 inzake notaris Van Olst/Ontvanger).
- c. Het oordeel over de vraag wat heeft te gelden als aan hem toevertrouwd, moet in beginsel aan de functioneel verschoningsgerechtigde worden overgelaten. De rechter dient het beroep op het verschoningsrecht door de gerechtigde derhalve te aanvaarden, zolang hij aan redelijke twijfel onderhevig acht of verstrekking van de gegevens (het beantwoorden van de vragen als getuige) zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven (o.m. HR 25 september 1992, NJ 1993, 467 inzake notaris van Eijck).

---

<sup>1</sup> Ik teken hierbij aan dat het geen verschil maakt of het functioneel verschoningsrecht wordt ingeroepen in het kader van een voorlopig getuigenverhoor of in een gewone procedure. Veel rechtspraak is gevestigd in het kader van een voorlopig getuigenverhoor.

- d. Wat als toevertrouwd heeft te gelden indien de functioneel verschoningsgerechtigde is ingeschakeld bij het ontwerpen of bespreken van notariële of onderhandse akten, is uitgewerkt in enkele uitspraken van de Hoge Raad (m.n. HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 inzake advocaat Panholzer; HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 inzake notaris Maas en HR 25 september 1992, NJ 1993, 467 inzake notaris van Eijck). In een geschil met een derde die stelt benadeeld te zijn door de transactie, gelden andere regels (HR 11 maart 1994, NJ 1995, 3 (Kilbarr/notaris Holland) en HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 (notaris van Olst/Ontvanger).
- e. Het functioneel verschoningsrecht is niet absoluut. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin het belang van de waarheidsvinding prevaleert boven het met het verschoningsrecht gediende belang, ook ten aanzien van hetgeen als zodanig is toevertrouwd. Het moet gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden (o.m. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 inzake notaris Maas/Ogem). Welke dit zijn, kan echter niet in een algemene regel worden samengevat, aldus de strafrechtelijke uitspraak van o.m. HR 30 november 1999, NJ 2002, 438 betreffende een geval van huiszoeking bij een advocaat die verdacht werd van strafbare feiten.
- f. Indien de zeer uitzonderlijke omstandigheden zich voordoen, is o.m. in de genoemde strafrechtelijke uitspraak beslist dat dan niet de verschoningsgerechtigde zelf in eerste instantie bepaalt wat als aan hem toevertrouwd heeft te gelden, maar dat de rechter-commissaris in strafzaken dit doet, bij voorkeur in gezamenlijk overleg met de deken van de Orde van Advocaten. Een vergelijkbare civielrechtelijke uitspraak ontbreekt.
- g. De zwaarte van het maatschappelijk belang dat men zich vrijelijk tot vertrouwenspersonen met een functioneel verschoningsrecht moet kunnen wenden, wordt nog eens benadrukt doordat ook wanneer de cliënt, patiënt of penitent de functioneel verschoningsgerechtigde zou toestaan of zelfs zou oproepen te getuigen, deze dat niet hoeft te doen. Dit is een fundamenteel verschil met common law landen, waarin het "privilege" aan de cliënt, patiënt of penitent toekomt en het van hem afhangt of de vertrouwenspersoon mag getuigen. In Nederland vreest men dat hiervan een verkeerde werking kan uitgaan, meer in het bijzonder dat wanneer de cliënt, patiënt of penitent de getuigenverklaring niet zou toestaan, men zou kun-

nen denken dat hij iets te verbergen heeft. De druk om het dan toch maar toe te staan, zou ertoe kunnen leiden dat men op voorhand ervan afziet zich tot een vertrouwenspersoon te wenden voor bijstand of advies en dat wordt zeer onwenselijk gevonden.

### ***Vier verschillende benaderingen in het onderhavige geval***

Het onderhavige geval is niet alleen inhoudelijk, maar ook methodisch uitermate boeiend, omdat de vier instanties die er zich over hebben moeten uitspreken, alle vier een andere benadering hebben gevolgd. Aan de hand van de hierboven geformuleerde regels kan dat gemakkelijk aangegeven worden. Ik loop de instanties achtereenvolgens langs.

De eerste is de *rechter-commissaris* geweest. Zijn oordeel komt er, zakelijk gezien, op neer dat hij zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig acht als bedoeld onder e en f, omdat de notaris zelf (mogelijk) partij wordt in de toekomstige procedure en voorkomen moet worden dat deze, met een (door eigenbelang gedictieerd) onterecht beroep op zijn verschoningsrecht, de wederpartijen het zicht ontnemt op zijn foutief handelen. Derhalve besluit de rechter-commissaris dat hij zelf en niet de notaris per vraag dient te beslissen of ze onder het verschoningsrecht valt. De Hoge Raad zou deze benadering naar mijn mening in dit geval niet hebben geaccepteerd. Uit de strafrechtelijke jurisprudentie blijkt dat de enkele omstandigheid dat een functioneel verschoningsgerechtigde zelf verdachte is, onvoldoende is om als "zeer uitzonderlijke omstandigheid" te worden aangemerkt. Daarvoor moet veel meer aan de hand zijn, bijvoorbeeld een verdenking van het vormen van een crimineel samenwerkingsverband (o.m. HR 30 november 1999, NJ 2002, 438 en HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439, met verdere verwijzingen in conclusies en noot). In lijn hiermee meen ik dat de civiele kamer van de Hoge Raad de enkele aansprakelijkheidstelling op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie onvoldoende zou achten om het verschoningsrecht zo vergaand te doorbreken als de rechter-commissaris heeft gedaan. Nodig zou zijn bijvoorbeeld bedrog, fraude, samenspannen bij evident Paulianeus handelen en dergelijke meer.

Het *hof* volgt een andere lijn. Het stelt vast dat de Herengrachtparkeerders informatie van de notaris wensen omtrent een transactie tussen andere partijen en dat ze derhalve derden zijn (in de zin als hierboven sub d bedoeld, zo voeg ik toe).

Het hof verwijst naar de beide relevante arresten Kilbarr en notaris Van Olst<sup>2</sup> en beslist op basis van het daarin neergelegde criterium dat de notaris slechts enkele van de hem gestelde vragen hoeft te beantwoorden. De bijzonderheid dat de notaris partijgetuige is, komt pas helemaal aan het slot aan de orde. Die omstandigheid leidt volgens het hof niet tot een ander oordeel, omdat met het maatschappelijk belang dat men zich vrijelijk tot een vertrouwenspersoon moet kunnen wenden, niet strookt dat de vertrouwelijkheid wordt opgeheven zodra een derde stelt dat de functioneel verschoningsgerechtigde onzorgvuldig jegens hem heeft gehandeld.

*A-G Wesseling-Van Gent* benadert het geval weer anders. Zij begint met de vraag of een functioneel verschoningsgerechtigde zijn verschoningsrecht wel behoudt wanneer hij partijgetuige is. De Hoge Raad heeft er zich nog niet over uitgesproken, ook al niet omdat de partijgetuige pas in april 1988 met de invoering van het nieuwe bewijsrecht in ons recht<sup>3</sup> is geaccepteerd. Mede op basis van de wetsgeschiedenis nieuw bewijsrecht en gesteund door de vrijwel eenstemmige literatuur, verdedigt de A-G dat een partijgetuige in het algemeen geen functioneel verschoningsrecht toekomt. Zij maakt hierop evenwel een uitzondering voor een geval als het onderhavige, waarin sprake was van een combinatie van een (toekomstige) procedure tegen de notaris als partij en een (toekomstige) procedure tegen anderen, waarbij de notaris betrokken is als functionaris. In zo'n geval acht de A-G het niet doenlijk onderscheid aan te brengen tussen vragen aan de notaris als partij en vragen aan de notaris als functionaris. Volgens haar slaat in zo'n geval, gelet op de grondslag van het functionele verschoningsrecht, de balans door naar wèl erkenning over de gehele linie. Een andere opvatting zou tot het onwenselijke gevolg leiden, aldus nog steeds de A-G, dat de notaris mede in de procedure wordt betrokken, met het uitsluitende doel om zijn verschoningsrecht te frustreren en zodoende de procedure tegen de anderen te versterken met een getuigenverklaring die ze anders nooit hadden verkregen.

De benadering van de A-G komt neer op een aanvulling van het hiervoor geschetste regelschema. De *Hoge Raad* wil hiervan niet weten. Zijn belangrijkste, zij

---

<sup>2</sup> Over deze uitspraken onder meer B. Waaijer, De notariële geheimhoudingsplicht begrensd, in Yin-Yang (Van Mourik-bundel), 2000, p. 435-440, en in dezelfde bundel P. Wattèl, De verschoonde notaris, a.w., p. 441-449.

<sup>3</sup> Daaraan ging een lange, moeizame strijd vooraf, die alleen al in de Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, 1988, p. 21-24 en p. 170-230 bijna vijfenzeftig bladzijden beslaat. Uitgebreid over deze voorgeschiedenis M. de Tombe-Grootenhuys, De partij-getuigenverklaring in het burgerlijk procesrecht, diss. 1993, p. 9-50.

het niet als eerste aangevoerde argument tegen aanvaarding van de opvatting dat een functioneel verschoningsgerechtigde in beginsel geen verschoningsrecht heeft wanneer hij als partijgetuige optreedt, is dat dit “zou leiden tot onzekerheid en – naar te verwachten valt – procesrechtelijke verwickelingen op een terrein waar juist zekerheid en duidelijkheid geboden is” (r.o. 4.1.4). Hij licht dit argument niet nader toe, maar tegen de achtergrond van zijn eerdere rechtspraak over het verschoningsrecht begrijp ik het als een opnieuw benadrukken van de wenselijkheid van duidelijke en strakke regels en een zich terughoudend opstellende rechter. Met name de rechter-commissaris wijkt hiervan af, omdat wanneer de rechter moet beoordelen of een vraag onder het verschoningsrecht valt, hij dit alleen zinvol kan doen indien hij op de hoogte is van alle ins en outs. Dit vereist dat de functioneel verschoningsgerechtigde de rechter daaromtrent inlicht, d.w.z. openbaar maakt wat hij juist uit hoofde van het verschoningsrecht verborgen moet houden.

Zoals gebruikelijk discussieert de Hoge Raad niet openlijk met zijn parket, maar tegen de opvatting van de A-G zal hij het bezwaar hebben dat de vraag of de notaris zich als partijgetuige kan verschonen, bij haar afhangt van de omstandigheid of er derden bij zijn betrokken. Dat is een omstandigheid die manipulatie niet uitsluit, aan beide zijden niet. De wederpartij zal proberen alleen de notaris aan te spreken, de notaris zal er alles aan gelegen zijn niet de enige procespartij te zijn. Hij zou dan bijvoorbeeld anderen in vrijwaring kunnen dagvaarden. Ook overigens roept het criterium allerlei vragen op, bijvoorbeeld wat gebeuren kan indien in appèl alleen de notaris verder procedeert c.q. alleen tegen hem wordt verder geprocedeerd? Moet dan in appèl desverlangd de notaris alsnog als partijgetuige verklaren? Dit zijn onzekerheden en processuele verwickelingen waar de Hoge Raad overduidelijk niet van wil weten. Ik kom er hierna op terug in de paragraaf ‘Oproep aan de beroepsorganisaties’.

### ***Rechter in eigen zaak?***

Blijft staan dat de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige er belang bij kan hebben dat bepaalde feiten niet aan het licht komen. Hoe hierover te denken? De A-G beroept zich op passages in de wetsgeschiedenis waarin is gedebatteerd over een verschoningsrecht voor de partijgetuige.<sup>4</sup> Volgens haar – en zij is niet de

---

<sup>4</sup> Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, p. 236-238

enige – volgt daaruit dat de wetgever geen verschoningsrecht wilde voor welke partijgetuige dan ook. De Hoge Raad daarentegen oordeelt op grond van dezelfde passages in de wetsgeschiedenis dat deze slechts betrekking hebben op de partijgetuige die in een nauwe familierelatie staat tot de wederpartij. Art. 191 lid 2 sub a Rv (oud), thans art. 165 lid 2 sub a Rv, geeft naaste familieleden van partijen de bevoegdheid zich te verschonen van de plicht om te getuigen. De achtergrond hiervan is dat het de familierelatie ernstig kan schaden als naaste familieleden als getuigen een voor het procederende familielid ongunstige verklaring moeten afleggen. Dit kan de getuigen in ernstige gewetensnood brengen - de waarheid spreken of de familierelatie behouden - en dat is ongewenst. De wetgever heeft beslist dat tegemoetkomen aan deze mogelijke gewetensnood zwaarder weegt dan het belang van de waarheidsvinding. Maar deze afweging geldt niet indien twee familieleden tegen elkaar procederen en zij als partijgetuigen worden gehoord. Het is immers niet erg overtuigend wanneer familieleden elkaar in rechte bestrijden, daarbij wellicht allerlei lelijke dingen tegen elkaar zeggen en vervolgens met een beroep op gewetensnood zich wensen te verschonen van een getuigenverklaring. Daar is geen enkele reden voor. Terecht wordt hun dan ook een verschoningsrecht als partijgetuige onthouden. In deze zin eveneens HR 19 februari 1993, NJ 1994, 344 (Goosen/Goosen), waarin hij verwees naar de in mijn conclusie samengevatte wetsgeschiedenis hieromtrent.

In de onderhavige uitspraak gaat de Hoge Raad op dit punt verder. Hij zegt dat de door A-G Wesseling-Van Gent geciteerde passages in de wetsgeschiedenis – dezelfde als waarnaar ik verwees in mijn conclusie van 1993 - uitsluitend betrekking hebben op het verschoningsrecht van partijgetuigen in procedures tussen familieleden, en dus niet op de partijgetuigenverklaring van een functioneel verschoningsgerechtigde als de notaris. Ik heb er de wetsgeschiedenis en mijn conclusie nog eens op nagelezen, maar ik ben daarvan allerminst overtuigd. Wel moet ik toegeven dat het slot van nr. 8 van mijn conclusie de indruk zou kunnen wekken dat ik dit ook betoog,<sup>5</sup> maar ik neem aan dat de Hoge Raad zich niet hierop heeft gebaseerd. Met name de passage in de Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, p. 236-238 met in de kantlijn “gewetensnood” is mijns inziens ruimer geformuleerd dan de Hoge Raad stelt. Ik geef de passage, deels in citaten, uitvoerig weer, zodat de lezer zelf kan oordelen.

---

<sup>5</sup> Voor zover ik mij kan herinneren, heb ik er toen geen ogenblik aan gedacht. Ik reageerde op een stelling van verzoeker in cassatie over familierelaties.

De minister begint de passage met de opmerking dat de voorstanders van een verschoningsrecht voor partijgetuigen wijzen op de gewetensnood waarin de partijgetuigen kunnen geraken. De minister denkt hierover anders. Gewetensnood, zo zegt hij, kan ontstaan als men moet getuigen en daarbij het risico loopt zichzelf of naaste familieleden strafrechtelijk te belasten. Dat mag niet en daarom bevat art. 191 lid 4 Rv (oud), thans art. 165 lid 3 Rv, dienaangaande een verschoningsrecht voor iedere getuige. Een dergelijke gewetensnood geldt echter niet voor de partijgetuige. Voor de partijgetuige gaat het, aldus de minister,

‘om een conflict tussen de plicht de waarheid te spreken en het directe eigen “belang” dat de partij-getuige heeft bij het winnen van de procedure. Dat directe belang vermag naar mijn overtuiging geen relevant beletsel op te leveren bij het streven in het burgerlijk geding de rechtsbedeling zoveel mogelijk op basis van de werkelijkheid te doen plaatsvinden. Men heeft bij de hier bedoelde “gewetensnood” vooral op het oog de situatie dat een partij eerder in het geding opzettelijk onware beweringen heeft gedaan en vervolgens, als getuige daarover aan de tand gevoeld, voor de keus komt te staan ofwel de onjuistheid van die bewering te erkennen of te zwijgen, waaraan de rechter dan vervolgens de hem - afhankelijk van de omstandigheden van het geval – goeddunkende en meestal voor de partijgetuige procesueel nadelige gevolgen kan verbinden, ofwel (wederom opzettelijk) ook als getuige in zijn onware verklaring te volharden. De eventuele gewetensnood ontstaat aldus niet door het feit dat onder ede een - waarheidsgetrouwe – verklaring moet worden afgelegd, maar door het feit dat opzettelijk onware beweringen zijn gedaan. Soortgelijk dilemma kan zich uiteraard ook voordoen wanneer de partij-getuige tevoren nog géén onjuiste beweringen heeft gedaan, maar eerst ter gelegenheid van het getuigenverhoor voor die keus komt te staan.

.....

Ik zou daar nog aan toe willen voegen dat toekenning van een volledig, apart verschoningsrecht aan de partijgetuige, deze bewijsrechtelijk in een betere positie zou brengen dan de partij die bij gelegenheid van een comparitie zou weigeren op vragen te antwoorden (...), hetgeen niet de bedoeling kan zijn.....In ieder geval zou, gelet op de daaraan dan (logischerwijs) te verbinden consequentie dat de rechter aan het zwijgen van de partij-getuige geen gevolgen te zijnen nadele zou mogen verbinden, het gevolg van de verlening van dit verschoningsrecht zijn dat de rechter *op volstrekt oneigenlijke gronden* belemmerd zou worden in zijn taak om, rekening houdend met alle tijdens het proces ter beschikking gekomen materiaal, te komen tot een uitspraak



die zoveel mogelijk op materiële rechtsvinding is gebaseerd.’ (cursivering toegevoegd)

Ik meen dat deze overwegingen van de minister voor het niet toekennen van een verschoningsrecht aan partijgetuigen, gelijkelijk van toepassing zijn op de partijgetuige in procedures tussen familieleden als op de functioneel verschoningsgerechtigde die partijgetuige is. Voor beiden geldt dat zij zich niet moeten kunnen verschuilen achter hun familierelatie resp. hun functie. De andersluidende interpretatie van de Hoge Raad overtuigt mij niet. Hier wreekt zich dat de partijgetuige pas in de loop van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is ingevoegd. Zoals zo vaak met tussentijdse wijzigingen en amendementen, worden de consequenties ervan voor andere onderdelen van het wetsvoorstel niet uitdrukkelijk en in ieder geval niet duidelijk onder ogen gezien. Dat is wat in casu is gebeurd ten aanzien van de verhouding tussen het functionele verschoningsrecht en de partijgetuige. Ik vraag mij af zelfs of de wetgever zich het probleem wel heeft gerealiseerd. Hoe dan ook lijkt het mij beter ervan uit te gaan dat de wetsgeschiedenis geen argument oplevert, noch voor de ene interpretatie noch voor de andere. Dat dwingt ons om zelf tot een afweging te komen.

### ***De bijzondere positie van de functioneel gerechtigde als partijgetuige***

Gelukkig beperkt ook de Hoge Raad zich niet tot een beroep op de wetsgeschiedenis. Stellende dat het hier een rechtsgebied betreft waar zekerheid en duidelijkheid geboden zijn - hierboven al besproken -, acht hij ‘ook overigens’ geen grond aanwezig de partijgetuige een functioneel verschoningsrecht te onthouden. Zijn argument is, tot twee keer toe (r.o.4.1.4 en 4.2.2), dat het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene tot de functioneel verschoningsgerechtigden om bijstand en advies moet kunnen wenden, niet minder zwaar weegt wanneer een functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige optreedt. De tegenwerping in het cassatiemiddel dat dit leidt tot ongelijkwaardige posities van procespartijen in de zin dat de functioneel verschoningsgerechtigde het in beginsel geheel in eigen hand zou hebben of hij als getuige al of niet een verklaring aflegt, miskent volgens de Hoge Raad in de eerste plaats dat de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige zich nu eenmaal van een “gewone” getuige onderscheidt doordat zijn vrijheid om te getuigen wordt begrensd

door bedoeld maatschappelijk belang, een begrenzing die voor de notaris zowel positieve als negatieve gevolgen kan hebben. Bij de negatieve gevolgen moet men, neem ik aan, denken aan de situatie dat de gerechtigde zich niet kan verdedigen omdat hij dan uit de school zou moeten klappen over wat hem is toevertrouwd. In de tweede plaats miskent de tegenwerping

1. dat een functioneel verschoningsgerechtigde zich uitsluitend omtrent hetgeen hem in die hoedanigheid is toevertrouwd kan verschonen van de verplichting om een getuigenis af te leggen,
2. en dat hij hem gestelde vragen dient te beantwoorden zodra de rechter niet aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.

***De regels a t/m g gelden ook onverkort voor de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige***

Kernachtig samengevat komt de onderhavige uitspraak erop neer dat vanwege de bijzondere positie van de functioneel verschoningsgerechtigde, de Hoge Raad dezelfde regels op hem van toepassing verklaart als getuige en als partijgetuige. Anders gezegd: de hoedanigheid van getuige of partijgetuige maakt voor de rechtspositie van een functioneel verschoningsgerechtigde geen verschil. Ten aanzien van de regels a, b, c en g volgt dit uit het voorafgaande, ten aanzien van regel d volgt het uit de verwerping van de cassatieklachten 3 en 4, die gericht waren tegen de benadering van het hof van de Herengrachtparkeerders als derden en tegen het daarbij te hanteren en gehanteerde criterium. Ik bespreek deze punten niet. Mijn enige onzekerheid is dat de Hoge Raad nergens een voorbehoud maakt voor de zeer uitzonderlijke omstandigheden, als bedoeld in regels e en f. Ik zou menen dat in het stelsel van de Hoge Raad juist wanneer de functioneel verschoningsgerechtigde zelf (mogelijk) wordt aangesproken, er reden is om bij dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden de functioneel verschoningsgerechtigde niet meer die vergaande beoordelingsvrijheid te laten die hij normaal heeft bij het bepalen welke informatie onder het verschoningsrecht valt. De strafrechtelijke jurisprudentie, hierboven besproken, zou in zo'n situatie ook in civielrechtelijke zaken leidraad moeten zijn. Ik heb al gezegd - de term zelf wijst er natuurlijk ook al op - dat men de bedoelde zeer uitzonderlijke omstandigheden niet al te gauw aanwezig mag achten.

### **Is de beslissing terecht? Twee nieuwe factoren niet meegewogen**

Doorslaggevend voor de Hoge Raad is derhalve de zwaarte van het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk tot een vertrouwenspersoon met een functioneel verschoningsrecht moet kunnen wenden. Het gewicht dat hij aan dit belang toekent, is zo groot dat er nauwelijks iets tegen opweegt. Alles wat als bezwaar wordt aangevoerd, oordeelt de Hoge Raad niet voldoende of kan volgens hem leiden tot niet wenselijke onzekerheden en processuele verwickelingen. Dat slaat iedere discussie vrijwel op voorhand dood.

In het onderhavige geval deed zich een nieuw fenomeen voor: de functioneel verschoningsgerechtigde die niet in geschillen tussen anderen als getuige wordt opgeroepen, maar in zijn eigen zaak. Niemand zal ontkennen dat in zo'n situatie een partijgetuige in de verleiding kan komen zich op zijn functioneel verschoningsrecht te beroepen, ook als dit misschien niet helemaal (of helemaal niet) terecht is. Niemand wordt graag aansprakelijk gesteld en aangezien voor de meesten onzer het hemd nader is dan de rok, kan men in abstracto een zeker eigen belang niet uitsluiten. Het eigen belang is een factor die niet speelde in de tot nu toe gewezen rechtspraak waarin de functioneel verschoningsgerechtigde als getuige optreedt in een procedure tussen anderen.

Er is nog een tweede factor. Beroepsgroepen, waaronder advocaten en notarissen, staan onder grote, openlijke en kritische belangstelling. De publieke beeldvorming is veranderd. De betrouwbare, dienstbare, onafhankelijke en onpartijdige specialist wordt meer en meer met argwaan bekeken. Ook specialisten blijken op winst gerichte zakenlieden te zijn en hebben steeds minder een exclusieve morele status. Met name advocaten en notarissen staan vaker dan ooit aan het risico bloot te worden betrokken in handelingen die zich op de rand bewegen van wat geoorloofd is (en mede door de grote financiële belangen daar ook overheen kunnen vallen). Voorts worden specialisten steeds vaker aangesproken op de kwaliteit van hun dienstverlening. In de week dat ik dit schrijf, lees ik in de krant dat het Jaarverslag van het Bureau Financieel Toezicht, de drie jaar geleden opgerichte toezichthouder van de notarissen, vermeldt dat vier van de tien notarissen in Nederland kwetsbaar zijn voor fraude bij het omgaan met geld van cliënten. Een dag later<sup>6</sup> kwam het

---

<sup>6</sup> Achtereenvolgens NRC van 10 oktober 2002, p. 15 en NRC van 11 oktober 2002, p. 12. Overigens is het bericht over het Jaarverslag wel wat scherp "gekopt", omdat uit het vervolg bleek dat de kwetsbaarheid de afgelopen jaren slechts een heel enkele keer tot daadwerkelijk fraude heeft geleid.

bericht dat het pact tussen notarissen en accountants omtrent samenwerking van de baan is, omdat er volgens het bericht na de Enron-affaire en de daarop volgende boekhoudschandalen een geheel nieuwe situatie is ontstaan. Beide berichten geven aan hoe zeer de KNB zich ervan bewust is dat men er alles aan moet doen om een zuivere ambtsvervulling te bewaken en iedere schijn van belangenverstrengeling of vooringenomenheid te vermijden. Kwaliteitsbevordering en transparantie zijn daarbij eerste vereisten.

### **Oproep aan de beroepsorganisaties**

Ik signaleer deze discussie zonder haar verder uit te werken<sup>7</sup> en breng haar in verbinding met de kwestie die in de onderhavige uitspraak aan de orde was: de notaris die een eigen belang kan hebben om te mogen zwijgen over wat hij al of niet fout gedaan heeft, wanneer hij daarop door zijn eigen cliënten of door derden wordt aangesproken. Ik meen dat in de huidige tijd de professionele beroepsorganisaties van functioneel verschoningsgerechtigden zich ernstig moeten afvragen of zij tevreden mogen zijn met de beslissing die de Hoge Raad heeft gegeven. De Hoge Raad gaat niet of nauwelijks in op de factor eigen belang. Hij spreekt slechts als algemene regel uit dat het grote maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk tot vertrouwenspersonen moet kunnen wenden het verschoningsrecht ook niet doorbreekt wanneer de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige optreedt. Voor het overige volstaat hij met te zeggen dat de verschoningsgerechtigde het niet helemaal in eigen hand heeft te bepalen of hij een verklaring aflegt of niet. Dat is waar, maar het is geen antwoord op de factor eigen belang en het getuigt al helemaal niet van een afweging.

De A-G heeft de afweging wel gemaakt. De beroepsorganisaties zouden om te beginnen bij haar te rade kunnen gaan. Haar opvatting om de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige in beginsel het verschoningsrecht te onthouden wanneer hij als partijgetuige optreedt, spreekt aan. Zeker in geschillen tussen hem en zijn cliënt, patiënt en penitent vind ik het onbegrijpelijk dat met een beroep op (nota bene) het algemeen belang, de verschoningsgerechtigde hetzij zich

---

Niettemin is het een nuttige waarschuwing die, afgaande op het commentaar van de voorzitter van de KNB, ook ter harte zal worden genomen.

<sup>7</sup> Vergelijk o.m. Huls en Laclé, Het Notariaat: Latijns, Angelsaksisch of provinciaals?, NJB 2002, p. 1408-1413, waarin veel bronvermeldingen betreffende onderzoek over professionele dienstverleners, o.m. de notaris.

kan verschuilen achter zijn functie, hetzij, zoals de Hoge Raad ook aanvoert, zich niet mag verdedigen tegen de aantijgingen van zijn cliënt. Met betrekking tot dit laatste, kan ik de heroïek van het noblesse oblige of van het officium nobile die hierin doorklinkt niet navoelen. Nog minder kan ik haar rijmen met de al gesignaleerde (soms uiterst) commerciële basis waarop functioneel verschoningsgerechtigden, met name de juristen onder hen, in de huidige tijd hun ambt of beroep uitoefenen. Daarnaast geldt als algemeen bezwaar dat erkenning van een functioneel verschoningsrecht als partijgetuige met name voor advocaten, notarissen en medici op gespannen voet staat met de, in de huidige tijd sterk toegenomen en voor artsen zelfs wettelijk verankerde, informatieplichten die zij hebben jegens hun cliënten en patiënten. Concreet: kan een arts, aangesproken door een patiënt wegens slechte voorlichting, zich als partijgetuige beroepen op zijn verschoningsrecht met het argument dat de voorlichting die hij gegeven heeft adequaat was in het licht van wat de patiënt hem destijds in diepste vertrouwelijkheid heeft medegedeeld en waarvan met name de familie niets mocht te weten komen?

Ik zou menen dat de enige zorg zou moeten zijn dat bepaalde, vertrouwelijke gegevens niet aan anderen dan de procederende partijen bekend worden gemaakt, alsook dat die gegevens in andere procedures niet als bewijs mogen worden gebruikt. In zijn uitspraak kan de rechter dergelijke beperkingen opnemen. Wanneer men deze en andere maatregelen toepast – ook bijvoorbeeld het anonimiseren of zwart maken van gegevens in de kopieën van de uitspraken die aan anderen ter beschikking komen<sup>8</sup> -, kan ik niet inzien hoe het algemeen belang dat men vrijelijk toegang dient te kunnen hebben tot vertrouwenspersonen met een functioneel verschoningsrecht, ook maar in de geringste mate zou worden aangetast. Die vrijheid blijft volledig in stand. Eventuele onderlinge conflicten kunnen opgelost worden op basis van wat werkelijk is gebeurd. Geen van beide partijen kan voordeel trekken uit, of nadeel lijden van, het feit dat een van hen functioneel verschoningsgerechtigde is. Derden krijgen niet te horen wat niet voor hen bestemd is. Welk algemeen belang wordt hiermee niet gediend?

Minder instemmen kan ik met de benadering van de A-G in andere situaties waarin de functioneel verschoningsgerechtigde als partijgetuige kan komen te staan. Ik denk aan het geval dat twee of meer cliënten bij dezelfde transactie betrokken zijn

---

<sup>8</sup> In het fiscale recht al sinds jaar en dag bekend en gepraktiseerd.

en één van hen zowel de notaris als de andere aanspreekt. Of het geval waarin een derde hetzij alleen de notaris, hetzij zowel de notaris als de partijen bij de transactie aanspreekt. Deze laatste situatie was in het onderhavige geval aan de orde. De oplossing van de A-G, te weten in die gevallen een verschoningsrecht over de gehele linie, maakt te veel manipulaties mogelijk en roept te veel procesrechtelijke vragen op.<sup>9</sup> Maar hoe anders? Ik zou ook voor die situaties functioneel verschoningsgerechtigden als partijgetuige het verschoningsrecht in beginsel willen onthouden. Tegelijkertijd besef ik dat jegens anderen dan cliënten, patiënten en penitenten vertrouwelijk verkeer soms moet worden beschermd, maar de vraag of en wanneer dat het geval is, dient in eerste instantie de rechter te beantwoorden, niet de functioneel verschoningsgerechtigde zelf.<sup>10</sup> In gevallen waarin de functioneel verschoningsgerechtigden (mogelijk) zelf als partij in een procedure worden betrokken, past deze grote mate van vrijheid niet, omdat daardoor de factor eigen belang niet boven tafel kan komen. Uitdrukkelijk en met klem zeg ik dat ik niet beweer dat het eigen belang altijd een verkeerde rol speelt, maar mijn insteek is dat men er alles aan moet doen om iedere schijn van belangenverstrengeling en partijdigheid moet vermijden. Dat doet men niet door ook aan partijgetuigen een functioneel verschoningsrecht toe te staan. De tegenwerping dat dan openbaar moet worden gemaakt wat verborgen behoort te blijven, d.w.z. dat het een denaturering van het functioneel verschoningsrecht betekent, is niet juist. In het stelsel dat mij voor ogen staat, moet de enquêterechter beoordelen of een partijgetuige het recht heeft bepaalde vragen niet te beantwoorden. Om dat goed te kunnen doen, is het vanzelfsprekend nodig dat de betrokkene de enquêterechter informeert en zijn argumenten op tafel legt waarom hij vindt dat hij in de omstandigheden van het geval niet hoeft te getuigen. Die informatie gaat echter niet naar de wederpartij. Pas als de enquêterechter beslist dat bepaalde vragen beantwoord moeten worden, dient de betrokkene als partijgetuige dat te doen. De omstandigheid dat de enquêterechter in dit stelsel van alle ins en outs op de hoogte is, ook van die aspecten van de zaak die niet geopenbaard hoeven te worden, is geen bezwaar, zo lang de enquêterechter maar niet degene is die de zaak (mee)beslist. Het lijkt mij dat dit organisatorisch geen probleem kan opleveren. Ook

---

<sup>9</sup> Zie hierboven bij de weergave van het standpunt van de A-G.

<sup>10</sup> Volgens de huidige rechtspraak van de Hoge Raad moet dit omdat de verschoningsgerechtigde dit het beste kan bepalen (HR 5 september 1992, NJ 1993, 467 inzake notaris Van Eijck), en de rechter daarom dit oordeel moet respecteren, tenzij hij gereede twijfel heeft dat het onjuist is (o.m. HR 22 november 1991, NJ 1992, 315 inzake een strafvorderlijke huiszoeking bij een notaris).

het argument van de Hoge Raad in de notaris Maas-beschikking van 1 maart 1985, NJ 1986, 173, dat een ruimere beoordelingsmarge voor de rechter en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zouden leiden dat het recht daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast, gaat dan niet op. Beoordeling door een objectieve, onpartijdige buitenstaander, wiens professie het is dat te doen, in plaats van door de betrokkene zelf, kan nooit leiden tot aantasting van een recht dat moet worden uitgeoefend in het belang van anderen. Integendeel, deze vorm van transparantie en verantwoording afleggen het kan het aanzien van het beroep van betrokkenen alleen maar verhogen.

### **Slot**

Mijn betoog is erop gericht aan de orde te stellen of de beroepsorganisaties van functioneel verschoningsgerechtigden tevreden achterover mogen leunen na de uitspraak van de Hoge Raad in de onderhavige zaak, dan wel dat zij er goed aan doen de verhouding van functioneel verschoningsgerechtigde en partijgetuige nog eens diepgaand te overdenken, op haar eigen merites en vanuit de eisen die zij zich in de huidige tijd zelf stellen en die aan haar gesteld worden. Het is duidelijk dat ik het laatste voorsta. Ik beseft dat het onderwerp verschoningsrecht erg beladen is. Nuchterheid en realiteitszin zijn gewenst, alsook het inzicht dat defensief gedrag - waartoe de beslissing van de Hoge Raad uitnodigt - uiteindelijk nooit loont.

J.B.M. Vranken