

De Hoge Raad bevestigt het vaste toetsingskader verzoek voorlopig getuigenverhoor

D.C. THEUNIS*

1. Inleiding

De Hoge Raad wees op 15 juli 2022 twee beschikkingen over de (toepassing van de) vereisten voor de beoordeling van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.¹ Hieraan worden in de literatuur twee conclusies verbonden. De eerste betreft een wenk in de *RBP* dat men op basis van deze jurisprudentie niet eenvoudig tot de conclusie lijkt te kunnen komen dat niet aan de vereisten van artikel 187 lid 3 onder a en b Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is voldaan.² De tweede is van Sip, die meent dat de Hoge Raad met deze arresten een signaal lijkt te willen afgeven naar de hoven en de rechtbanken dat zij minder voorzichtig moeten zijn met het toewijzen van verzoeken tot het houden van voorlopige getuigenverhoren.³ Ik licht hieronder toe dat en waarom ik denk dat die gevolgtrekkingen niet juist zijn⁴ en dat de Hoge Raad het vaste toetsingskader (waaronder de uitzonderingsgronden) niet heeft gewijzigd of beperkt, maar juist heeft bevestigd. De Hoge Raad wijst daarentegen de door de gerechtshoven nader geformuleerde maatstaven af. Hij deed de zaken vervolgens niet zelf af, maar verwees beide gevallen terug naar een ander gerechtshof om de verzoeken te beoordelen aan de hand van het vaste toetsingskader en begrijpelijk te motiveren.

2. De Hoge Raad over het vaste toetsingskader

De Hoge Raad herhaalde in beide beschikkingen het – vaste – toetsingskader ter beoordeling van een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor. Deze beschikkingen zijn gewezen door verschillende samenstellingen (ECLI:NL:HR:2022:1105 door mrs. Kroeze, Schaafsma en Makkink en ECLI:NL:HR:2022:1112 door mrs. Du Perron, Sieburgh en Schaafsma). Uit het feit dat in twee verschillende combinaties van drie raadsheren uit-

spraak werd gedaan, leid ik af dat de Hoge Raad van mening is dat de eerdere opvatting wordt gevolgd.

Dit betreft allereerst de vereisten van artikel 187 lid 3 Rv die in het verzoekschrift dienen te worden aangevoerd (te weten: (a) de aard en het beloop van de vordering; (b) de feiten of rechten die men wil bewijzen; (c) de namen en woonplaatsen van de personen die men als getuigen wil doen horen en (d) de naam en de woonplaats van de wederpartij of de redenen waarom de wederpartij onbekend is).

Wat betreft de aard en het beloop van de vordering overwoog de Hoge Raad dat verzoeker zich niet hoeft uit te laten over de precieze aard van de in te stellen vordering en, in voorkomend geval, de omvang van de geleden schade. Een voorlopig getuigenverhoor kan immers juist mede ertoe dienen de verzoeker in staat te stellen te beoordelen of het zinvol is een voorgenomen vordering in te stellen.⁵ In de procedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ligt dan ook niet de toewijsbaarheid van de in het verzoekschrift aangeduide vordering ter toetsing voor.⁶ Wel dient bij het verzoek voldoende duidelijk, en dus ook concreet, te worden vermeld op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben en dient zo nodig duidelijk te worden gemaakt waarom de te horen getuigen hierover (mogelijk) kunnen verklaren.⁷ Tot zover niets nieuws onder de zon, maar ik vermeld dit in het licht van de hierna te bespreken toepassing op de betreffende gevallen.

Daarnaast herhaalde de Hoge Raad⁸ een aantal vaste uitzonderingsgronden die eventuele toewijzing van het verzoek kunnen beletten, te weten misbruik van bevoegdheid ex artikel 3:13 Burgerlijk Wetboek (BW), strijdigheid met de goede procesorde, afstuiten op een

* Mr. D.C. Theunis is advocaat bij Blaisse en redacteur van dit tijdschrift.

1. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105, NJ 2022/277, JIN 2022/149, m.nt. R.A.G. de Vaan en HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, NJ 2022/276, JIN 2022/150, m.nt. R.A.G. de Vaan.

2. Zie wenk in *RBP* 2022/74 en *RBP* 2022/74A.

3. Zie L.J.W. Sip, *TvPP* 2022, afl. 5, p. 179.

4. Althans, waarom de uitzonderingsgronden van art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) en art. 3:303 BW (onvoldoende belang) niet zijn beperkt.

5. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105, r.o. 3.2 en HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.2.3.

6. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.2.3 (niet herhaald in 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105).

7. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105, r.o. 3.2 (niet herhaald in HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112).

8. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.2.4 (niet herhaald in 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105).

ander zwaarwichtig geoordeeld bezwaar en onvoldoende belang ex artikel 3:303 BW.⁹

In deze overwegingen bevestigt de Hoge Raad het vaste toetsingskader en lijkt van een wijziging van het toetsingskader geen sprake te zijn. In gelijke zin concludeert Burgers dat de Hoge Raad in deze uitspraken zijn vaste jurisprudentie met betrekking tot de maatstaf van het verzoek van een voorlopig getuigenverhoor en de inhoud van het verzoek bevestigt en dat deze uitspraken niet vernieuwend zijn.¹⁰ De reden waarom de Hoge Raad in beide beschikkingen casseerde, lijkt mij daarentegen gelegen in de formulering en toepassing door de hoven van twee van het vaste toetsingskader afwijkende maatstaven.

3. ECLI:NL:HR:2022:1105 over het toetsingskader van het Hof 's-Hertogenbosch

Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog onder meer dat minimaal noodzakelijk voor het toestaan van een voorlopig getuigenverhoor is dat een rechtsgrond wordt aangevoerd die aanleiding kan geven tot een civiele procedure, alsmede dat voor de behandeling van een zodanige vordering voldoende concrete feiten en omstandigheden worden gesteld die, mits bewezen of niet betwist, tot toewijzing van die vordering aanleiding zouden kunnen geven. Toegepast op het onderhavige geval overwoog het hof dat verzoeker onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat de aard en het beloop van de vordering moet zijn en op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zou moeten hebben en dat het huidige belang van verzoeker onduidelijk is gebleven.¹¹

De Hoge Raad casseerde – contrair aan de conclusie van advocaat-generaal Assink, die concludeerde tot verwerping¹² – en liet in het midden of het een rechts- of een motiveringsgebrek betrof. De Hoge Raad overwoog:

‘Gezien hetgeen hiervoor in 3.2 en 3.3. is overwogen, geeft het oordeel van het hof dat het [verzoeker] niet erin is geslaagd zijn verzoek voldoende duidelijk en concreet te maken, en dat onvoldoende duidelijk is gemaakt wat volgens [verzoeker] de aard en het beloop van de in te stellen vordering is en op welk feitelijk gebeuren het voorlopig getuigenverhoor betrekking heeft, ofwel blijkt van een onjuiste rechtsopvatting over de eisen die gesteld worden aan een verzoek tot voor-

lopig getuigenverhoor, ofwel is het onvoldoende gemotiveerd nu het hof onvoldoende inzicht heeft gegeven waarom [verzoeker] niet aan de in dit kader te stellen eisen heeft voldaan.’¹³

In deze overwegingen van de Hoge Raad valt niet te lezen dat een verzoeker tot een voorlopig getuigenverhoor de aard en omvang van zijn eventuele vordering in het geheel niet zou hoeven te stellen en dat het toetsingskader aldus zou zijn gewijzigd. De Hoge Raad kan dat mijns inziens ook niet hebben bedoeld. Dat zou *contra legem* zijn, nu artikel 187 lid 3 onder 1 duidelijk voorschrijft dat de aard en het beloop van de vordering dienen te worden vermeld.

De aard en de omvang van de vordering zijn daarnaast ook van belang voor onder meer het bepalen van de feiten waarop het verhoor betrekking zou moeten hebben (te weten die feiten die ex art. 150 Rv nodig zijn voor toewijzing van de vordering die verzoeker mogelijk wenst in te stellen),¹⁴ voor het beoordelen van het belang van verzoeker bij een getuigenverhoor ex artikel 3:303 BW en voor het bepalen van de relatieve (sector)competentie door de rechter aan wie het verzoek tot voorlopig getuigenverhoor is gericht.¹⁵ De door verzoeker te stellen aard van de eventuele vordering is dus van belang voor de beoordeling van een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor.

Wel overwoog de Hoge Raad hier dat een verzoeker zich niet hoeft uit te laten over de *precieze* aard van de in te stellen vordering en, in voorkomend geval, de omvang van de geleden schade. Maar dat overwoog de Hoge Raad al eerder en is dus ook niets nieuws.¹⁶

Duidelijk is intussen wel dat de toewijsbaarheid van de eventueel in te stellen vordering bij de beoordeling van een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor als zodanig niet voorligt. Maar dat betekent niet dat de eventuele vordering geen enkele rol zou spelen bij de beoordeling van een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor. Voorkomen dient te worden dat de rechter die het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor beoordeelt op de stoel gaat zitten van de rechter in de eventuele bodemprocedure. Daarvan is evenwel geen sprake als de rechter in het kader van de beoordeling van het verzoek nagaat wat de vordering dan zou zijn en welke feiten daarop betrekking zouden hebben. De beoordeling van het verzoek kan naar mijn mening niet geschieden zonder het belang van verzoeker bij

9. Daarnaast valt te wijzen op een te zwakke materiële rechtspositie om een voorlopig getuigenverhoor te rechtvaardigen (zie bijv. HR 25 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4989, r.o. 3.4; Hof Den Bosch 14 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH2197, r.o. 3.5.8; Rb. Amsterdam 9 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4018, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8592, r.o. 5.2), maar daarvan is wel bepleit dat die uitzonderingsgrond ook kan worden beschouwd als een van de factoren in het kader van art. 3:303 BW, zie E.F. Groot, *JBPR* 2008/57 en H.L.G. Wieten, *JBPR* 2010/42.

10. D.E. Burgers, ‘Geen strenge eisen aan de inhoud van het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor’, *BB* 2022/72, p. 277 en 282.

11. Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1572, r.o. 3.6.1 en 3.6.3.

12. De vermelding in de gepubliceerde uitspraak dat de conclusie zou zijn gevolgd, is onjuist. A-G Assink concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep (ECLI:NL:PHR:2022:165), punt 3.7 en 4.

13. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105, r.o. 3.4.

14. Niet voor niets herhaalt de Hoge Raad in dit arrest als gezegd zijn vaste rechtspraak dat bij het verzoek voldoende duidelijk, en dus ook concreet, dient te worden vermeld op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben.

15. G.R. Rutgers, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 187 Rv, aant. 4.

16. Zie bijv. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, r.o. 3.4.

de eventueel in te stellen vordering te wegen (zonder voldoende belang komt verzoeker immers geen getuigenverhoor toe, art. 3:303 BW). Het belang van verzoeker bij een getuigenverhoor heeft bij uitstek betrekking op de eventueel in te stellen vordering in een bodemprocedure (mogelijke oneigenlijke redenen van verzoeker daargelaten). En dus dient de rechter die beslist op een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor de eventueel in te stellen vordering in zijn beoordeling te betrekken. De Hoge Raad zal dan ook niet meer of anders hebben bedoeld met zijn bovengenoemde overweging.

Toegegeven kan worden dat de scheidslijn tussen een ontoelaatbare beoordeling van de eventuele vordering enerzijds en het wegen van het belang van de eventuele vordering anderzijds in voorkomende gevallen dun zal zijn. Maar dat betekent niet dat de grens om die reden maar geheel zou moeten worden weggenomen en de in te stellen vordering zou dienen te worden genegeerd. Overigens is de grens tussen het prognoseverbod enerzijds en het beoordelen waarom de te horen getuigen (mogelijk) kunnen verklaren over het feitelijk gebeuren waarop het verhoor betrekking zal hebben (waarvan de Hoge Raad hier dus bevestigt dat verzoeker dat duidelijk dient te maken) anderzijds ook dun en evenmin reden om die eis te negeren.

Het is voorts voor de verdediging van de gerekwesteerde (de wederpartij van de verzoeker) van belang dat duidelijk is ten behoeve van welke eventuele vordering het voorlopig getuigenverhoor is bedoeld. Hem moet duidelijk zijn waartegen hij zich precies heeft te verweren.

De gerekwesteerde verdient bescherming tegen getuigenverhoren in het kader van onduidelijke of op voorhand kansloze vorderingen. Getuigenverhoren zijn immers een tijdrovende, kostbare en belastende aangelegenheid en dat terwijl het eventuele nut op voorhand niet vaststaat.¹⁷ Bij dat gegeven ligt ook misbruik op de loer en kunnen (verzoeken tot) getuigenverhoren worden gebruikt als oneigenlijk pressiemiddel tegen gerekwesteerden.

Hetzelfde geldt voor de potentiële getuigen en voor de rechterlijke macht. Voor de rechtbanken geldt daarbij ook dat hun zittingscapaciteit schaars is en dat zij getuigenverhoren uit eigen middelen moeten bekostigen.

Ook in dat licht zie ik in bovengenoemde beschikking geen wijziging van de vaste beoordelingscriteria voor een voorlopig getuigenverhoor en geen vingerwijzing om getuigenverhoren zonder meer toe te wijzen.

4. ECLI:NL:HR:2022:1112 over het toetsingskader van het Hof Amsterdam

Hetzelfde geldt mijns inziens voor de andere beschikking van de Hoge Raad van 15 juli 2022. Hierbij herhaalde de Hoge Raad het vaste toetsingskader en casceerde hij de overwegingen van het Hof Amsterdam dat voor toewijzing van een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor is vereist dat de verzoeker feiten heeft gesteld en te bewijzen heeft aangeboden die door de wederpartij zijn betwist en dat die feiten kunnen leiden tot de beslissing van een eventuele bodemzaak met betrekking tot de vordering die de verzoeker meent te hebben. Vervolgens overwoog het hof onder meer dat verzoeker onvoldoende feiten had gesteld die kunnen leiden tot het bewijs van de overeenkomst waaraan hij een vordering wil ontleen. Die overeenkomst zou immers mondeling zijn gesloten met twee commissarissen die niet namens de vennootschap een overeenkomst konden aangaan. Nu dat verweer werd gevoerd, had het op de weg van verzoeker gelegen te stellen en aannemelijk te maken dat en op welke grond de commissarissen bevoegd zouden zijn geweest de vennootschap te vertegenwoordigen. Dat heeft verzoeker echter in twee instanties nagelaten. Dus valt niet in te zien dat appellant voldoende belang heeft bij een getuigenverhoor, aldus het hof.¹⁸

De Hoge Raad casceerde en overwoog dat de omstandigheid dat feiten niet betwist zijn, op zichzelf niet meebrengt dat de verzoeker geen belang heeft bij een getuigenverhoor over die feiten, nu deze feiten in de regel immers alsnog betwist zouden kunnen worden. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat verzoeker zijn stellingen op het punt van de gebondenheid van de vennootschap aan de afspraken nader had moeten concretiseren, miskent dat een voorlopig getuigenverhoor mede ertoe strekt verzoeker de gelegenheid te bieden opheldering te verkrijgen omtrent de feiten en dat het hof zijn oordeel dat verzoeker onvoldoende belang heeft dan ook ontoereikend heeft gemotiveerd.¹⁹

De Hoge Raad past hier dus de uitzonderingsgrond van artikel 3:303 BW toe en bevestigt aldus de toepasselijkheid daarvan. Van belang daarbij is ook zich te realiseren dat de Hoge Raad het oordeel van het hof dat verzoeker geen voldoende belang heeft, casceerde wegens een motiveringsgebrek (hij overwoog dat het hof dit oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd) en niet wegens een rechtsklacht.²⁰

Het voorgaande betekent dan ook niet dat het verzoek zonder meer voor toewijzing gereed lag. Steun daarvoor biedt het feit dat de Hoge Raad de zaak (net als ECLI:NL:HR:2022:1105) niet zelf heeft afgedaan en het verzoek alsnog heeft toegewezen, maar dat hij de zaak heeft verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

17. Zie daarover ook F.J. Fernhout, *JBPR* 2023/12.

18. Hof Amsterdam 13 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1025, r.o. 3.4 en 3.7.

19. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.3.

20. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.3.

Ook dit kan dus mijns inziens niet als vingerwijzing worden opgevat om het verzoek zonder meer toe te wijzen.

5. Het aanvullen van de grondslagen van de eventuele vordering

Overigens valt nog wel het een en ander af te dingen op enkele andere overwegingen van de Hoge Raad in bovengenoemde arresten.

Zo overwoog de Hoge Raad naar aanleiding van de beschikking van het Bossche hof dat indien nakoming van de gestelde afspraak blijvend onmogelijk zou zijn, dat in dit geval op zichzelf niet tot afwijzing van het verzoek kon leiden, nu verzoeker in dat geval mogelijk aanspraak kan maken op schadevergoeding.²¹ Het achteraf door de Hoge Raad aanvullen van mogelijke door de verzoeker in te stellen vorderingen doet evenwel geen recht aan de positie van partijen (en van de rechter). Van een verzoeker mag – zoals hierboven is toegelicht – worden verwacht dat hij bij zijn verzoek de aard (en in voorkomend geval ook de omvang) van zijn eventuele vordering voldoende duidelijk maakt. Dit geldt temeer nu verzoeker niet is gebonden aan de door hem te stellen aard en omvang van de vordering, zoals de Hoge Raad in 2010 reeds overwoog.²² In die zin ben ik het dan ook eens met Wieten die in haar noot bij de betreffende Hoge Raad-beschikking uit 2010 aangaf dat van verzoeker mag worden verwacht dat hij een reële hoofdzaak presenteert en dat het niet de taak van de rechter is de verzoeker die dat niet doet een *escape* te bieden door hem een andere mogelijke vordering aan de hand te doen.²³ Daar komt bij dat verzoeker in dit geval vaag bleef in de mogelijke vordering en het belang van verzoeker daarbij, dat dit blijkens de beschikking van het hof ter zitting met verzoeker is besproken en waarover verzoeker en zijn advocaat desondanks onduidelijkheid hebben laten bestaan en kennelijk tegenstrijdig hebben verklaard, zoals het hof overwoog.

Ook tegen de overweging van de Hoge Raad naar aanleiding van de beschikking van Hof Amsterdam dat (1) de omstandigheid dat feiten niet betwist zijn, op zichzelf niet meebrengt dat de verzoeker geen belang heeft bij een getuigenverhoor over die feiten en dat (2) het oordeel van het hof dat verzoeker zijn stellingen op het punt van de gebondenheid van de vennootschap aan de afspraken nader had moeten concretiseren miskent dat een getuigenverhoor mede ertoe strekt opheldering te verkrijgen omtrent de feiten,²⁴ valt wel iets in te brengen.

Als feiten niet worden betwist, kom je immers aan bewijs niet toe en dus ook niet aan getuigenverhoren. Partijen zijn ook niet vrij om naar gelang het hen uit-

komt in een verzoekprocedure tot een voorlopig getuigenverhoor bepaalde feiten te erkennen (althans niet te betwisten) en die vervolgens in een bodemprocedure alsnog te betwisten. Zulks verdraagt zich slecht met artikel 21 Rv. Louter het feit dat iemand ooit nog iets anders zou kunnen roepen, lijkt mij bovendien een wel heel smalle basis om een voorlopig getuigenverhoor toe te staan. Overigens lijkt hierbij verwarring te zijn ontstaan nu, zoals De Vaan aangeeft,²⁵ verzoeker naast artikel 187 Rv ook artikel 166 Rv aan zijn verzoek ten grondslag had gelegd, waarvoor een andere toets geldt en waarbij door hem te bewijzen aangeboden feiten moeten zijn betwist.

En als verzoeker getuigen wil horen over een eventuele mondelinge overeenkomst met de vennootschap, lijkt het mij gerechtvaardigd van verzoeker te verlangen dat hij duidelijk maakt waarom de betreffende personen de vennootschap zouden kunnen vertegenwoordigen of binden als daarover gerede twijfel mogelijk is. Indien de betreffende personen de vennootschap immers niet konden vertegenwoordigen of binden, dan is bij die gelegenheid in principe ook geen afdwingbare overeenkomst met de vennootschap tot stand gekomen, ongeacht wat tijdens dat overleg precies zou zijn besproken. En dat zou een getuigenverhoor over zo'n overeenkomst zinledig maken. Het lijkt mij niet wenselijk vanuit een formalistische benadering van het recht zoals de Hoge Raad hier aan de dag legde, een voorlopig getuigenverhoor toe te staan dat nergens toe kan leiden.

6. Recapitulatie

De Hoge Raad lijkt met name de door de respectieve gerechtshoven nader geconcretiseerde maatstaven en de toepassing daarvan te casseren. De conclusies dat men niet eenvoudig tot de conclusie lijkt te kunnen komen dat niet aan de vereisten van artikel 187 lid 3 onder a en b Rv is voldaan en dat de Hoge Raad met deze arresten een signaal lijkt te willen afgeven dat rechtbanken en hoven minder voorzichtig moeten zijn met het toewijzen van verzoeken tot een voorlopig getuigenverhoor lijken mij dan ook een brug te ver. Zeker nu de Hoge Raad in deze beschikkingen het vaste toetsingskader consequent herhaalt en toepast en hij de zaken verwijst ter verdere behandeling en beslissing en niet zelf afdoet. Het is dus goed mogelijk dat de verzoeken alsnog dienen te worden afgewezen op basis van een juiste en begrijpelijke motivering.

21. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1105, r.o. 3.5.

22. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, r.o. 3.4.

23. H.L.G. Wieten, *JBPR* 2010/42.

24. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, r.o. 3.3.

25. R.A.G. de Vaan, *JIN* 2022/149 en 2022/150.