

een veemde staat gewezen arbitraal vonnis. Indien erkenning volgt, kan deze in een procedure voor de Nederlandse rechter worden ingeroepen. Vanzelfsprekend is dit slechts zinvol indien het te erkennen arbitrale vonnis ziet op de rechtsbetrekking in geschil; men vergelijk de waarschuwendende woorden van het gerechtshof.

16. Ten aanzien van de mogelijkheid (zo nodig met rechterlijke toestemming) tussentijds een rechtsmiddel in te stellen, merk ik op dat het raadzaam is de beslissing om die mogelijkheid te benutten goed te overdenken, ook wat betreft de aan te voeren bezwaren. Men kan namelijk indien die mogelijkheid is gebruikt, later niet opnieuw tegen dezelfde beslissing opkomen, ook niet met nieuwe gronden.

17. Tot slot: de verwijzing door de advocaat-generaal naar jurisprudentie in verband met de plicht zich aan een veroordeling in kort geding te houden, noemde ik al. De conclusie is ook hierom zeer informatief – en dus ook voor buitenstaanders de moeite van het lezen waard – doordat de advocaat-generaal (conclusie 2.17 en verder) de achtergrond heeft besproken van art. 611d Rv, dat gebaseerd is op art. 4 lid 1 van de Eenvormige Benelux-wet Dwangsom.

18. Die wetsbepaling regelt, verkort gesteld, de rechterlijke bevoegdheid, op vordering van de veroordeelde tot opheffing van de dwangsom, opschorting van de looptijd of vermindering van de dwangsom in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid aan de hoofdveroordeling te voldoen.

J. van Weerden
Cassatie-advocaat te Barneveld

226

Hoge Raad
9 oktober 2015, nr. 14/04328
ECLI:NL:HR:2015:3009
ECLI:NL:PHR:2015:942
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. De Groot,
mr. Van den Brink, mr. Tanja-van den Broek)
(concl. A-G mr. Keus)
Noot G.J. de Bock

Procesrecht. Aanbod tot getuigenbewijs. Prognoseverbod. Bewijsaanbod nieuwe getuigen geen eis tot vermelding wat die getuigen zouden kunnen verklaren. Verwijzing naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270.

Een op zich voldoende specifiek bewijsaanbod tot het horen van getuigen wordt gepasseerd omdat het niet ter zake dienend zou zijn. De door eiser aangedragen getuigen zijn niet eerder gehoord en hebben geen schriftelijke verklaring afgelegd. De rechter mag de door de nieuwe getuigen af te leggen verklaringen niet op voorhand waarden door zich uit te spreken over de niet-aanwezigheid van de getuigen bij de onderhandelingen tussen eiser en verweerder. Ook mag de rechter niet verlangen dat eiser ten aanzien van de nieuwe getuigen toelicht in welk opzicht hun verklaringen afbreuk zouden kunnen doen aan de eerder afgelegde verklaringen door een andere oude getuigen.

[Rv art. 111 lid 2 sub d en lid 3, 128 lid 2 en lid 5, 149 lid 1, 163, 166 lid 1, 353 lid 1]

1419

Deze procedure draait om de terugbetaling van een (vermeende) geldlening. In cassatie gaat het enkel om de vraag of het hof het door eiser aangeboden getuigenbewijs had mogen passeren. Onder verwijzing naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 neemt de Hoge Raad (wederom) tot uitgangspunt dat, ingevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 jo. art. 353 lid 1 Rv, een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud

van de schriftelijke verklaringen aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden. In het licht van het vorenstaande oordeelt de Hoge Raad dat eiser ten onrechte niet is toegelaten tot het leveren van getuigenbewijs.

[eiser],
(hierna: [eiser]),
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. K. Aantjes,
tegen
[verweerster],
(hierna: [verweerster]),
verweerder in cassatie.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

[eiser] heeft in hoger beroep getuigenbewijs aangeboden. In cassatie gaat het om de vraag of het hof dat bewijsaanbod heeft kunnen passeren.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 Er is een schriftelijke concept-overeenkomst met de navolgende inhoud:

“SCHULDBEKENTENIS WEGENS TER LEEN ONTVANGEN GELDEN

De ondergetekenden:

1. Naam: de besloten vennootschap in oprichting Siloam B.V. i.o.

(...)
ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar bestuurder/directeur, [A] B.V., ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur [eiser]

2. Naam: de besloten vennootschap Vivo-biss B.V.

(...)
ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar bestuurder/directeur, [A] B.V., ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur [eiser]

3. Naam: [eiser]

(...)
Hierna zowel gezamenlijk als ieder afzonderlijk te noemen schuldenaar,

verklaart heden wegens ter leen ontvangen gelden een bedrag van € 100.000,= (...) schuldig te zijn aan

Naam: de besloten vennootschap [verweerster] (...)

verder te noemen schuldeiser,

(...)
In aanmerking nemende dat:

(...)
– schuldeiser en schuldenaar in deze overeenkomst de condities van deze geldlening nader vaststellen. Zijn overeengekomen als volgt:

1. Schuldenaar verklaart heden wegens ter leen ontvangen gelden schuldig te zijn aan schuldeiser, die verklaart ter leen te hebben verstrekt aan schuldenaar, een bedrag van € 100.000,=.

2. Schuldenaar zal ingaande 17 januari 2007 een rente betalen van 5% per jaar. Gedurende periode a,b,c en d blijktens bijlage 1 (aflossingsschema) wordt maandelijks uitsluitend de rentetermijn betaald, voor het eerst op 1 februari 2007.

3. Schuldenaar is verplicht per maand een bedrag van € 2997,09 af te lossen, inclusief de verschuldigde rente (...). De eerste termijn vervalt per 1 mei 2007.

(...)

10. Schuldeiser is te allen tijde bevoegd om aanvullende zekerheid te verlangen van schuldenaar indien en voor zover de kredietrisico's daartoe aanleiding geven. (...)

Aldus opgemaakt en ondertekend te Alblasterdam, op dinsdag 16 januari 2007 (...)

Het concept is niet ondertekend.

1.2 Op 17 januari 2007 heeft [verweerster] 19% van de aandelen in het kapitaal van de onderneming Vivo-Biss B.V. (hierna: Vivo-Biss) verkregen.

1.3 Op 18, 19 en 30 januari 2007 heeft [verweerster] in drie betalingen een totaalbedrag van € 100.000,= overgemaakt op de bankrekening van Vivo-Biss.

1.4 De aandelen, bedoeld onder 1.2, zijn op 16 mei 2007 door [verweerster] verkocht en geleverd aan [B] B.V. en [betrokkene 8]. In de akte van levering is op blad 3 het volgende beding opgenomen:

“(…) De koopovereenkomst is gesloten onder de bedingen zoals opgenomen in de door partijen op respectievelijk vijftien en zestien mei tweeduizendzeven getekende intentieverklaring, welke aan deze akte is vastgehecht, en waarvan de inhoud wordt geacht integraal te zijn overgenomen in deze akte, (...)”

1.5 Art. 4 van de aan de akte gehechte intentieverklaring luidt als volgt:

“Finale kwijting leningen/rekening courant verhoudingen/vorderingen.

Verkoper en verstrekkers van liquiditeiten die verbonden zijn aan verkoper, verlenen finale kwijting voor al hun vorderingen uit rekening courantverhoudingen/leningen/vorderingen etc. welke zij, en [eiser] in privé, hebben verstrekt aan Vivo-biss B.V. per 14 mei 2007.”

Als verkopers zijn in de intentieverklaring vermeld: Siloam B.V., [verweerster] en [betrokkene 9].

1.6 In de brief van 13 augustus 2007 van [eiser] aan mr. E.E. de Leur, voormalig advocaat van [verweerster], is vermeld:

“(…) Begin 2007 heeft [betrokkene 1] € 100.000,= geleend aan Vivo-Biss B.V. (...) Voor de verkoop van Vivo-Biss B.V. aan de nieuwe eigenaar, was er een leenovereenkomst waarin staat dat Siloam B.V. voor deze lening mede garant zou staan. Deze leenovereenkomst is niet getekend, omdat de woning van ondergetekende niet als onderpand zou dienen, direct of indirect. (...) Ondergetekende stelt zich op het standpunt dat Siloam B.V. deze lening moet terug betalen. (...)”

1.7 Op verzoek van [verweerster] heeft er op 13 oktober 2009 en 11 januari 2010 een voorlopig getuigenverhoor plaatsgehad, waarbij partijen aanwezig en vertegenwoordigd zijn geweest.

1.8 Bij exploit van 27 januari 2011 heeft [verweerster] [eiser] voor de rechtbank Dordrecht doen dagvaarden. [verweerster] heeft gevorderd dat [eiser] bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, wordt veroordeeld om aan [verweerster] tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen:

a. *primair*:

een bedrag van € 103.500,= ter zake van de totale hoofdsom van de door [verweerster] aan [eiser] ter leen verstrekte gelden;

subsidiar:

een bedrag van € 100.000,= ter zake van de door [verweerster] aan [eiser] ter leen verstrekte gelden uit hoofde van de “Schuldbekentenis wegens ter leen ontvangen gelden” d.d. 16 januari 2007;

de contractueel bepaalde rente ad 5% per jaar over de door [verweerster] aan [eiser] ter leen verstrekte hoofdsom ad

1 Rov. 1 van het bestreden arrest en rov. 2.1-2.8 van het vonnis van de rechtbank Dordrecht van 8 februari 2012.

€ 100.000,=, tot en met 28 januari 2011 berekend op een bedrag van € 21.750,43 en vanaf 29 januari 2011 p.m.;

de wettelijke rente ingevolge art. 6:119a BW over € 10.875,=, tot en met 28 januari 2011 berekend op een bedrag van € 4747,82 en vanaf 29 januari 2011 p.m.;

de wettelijke rente ingevolge art. 6:119a BW over de geldlening van € 3500,= vanaf 1 juni 2007 tot aan de dag der algehele voltooiing;

een bedrag van € 904,= ter zake van buitengerechtigde kosten; de kosten van de procedure, daaronder begrepen de beslagkosten en nakosten.

1.9 [verweerster] heeft daartoe aangevoerd dat zij met (onder anderen) [eiser] een overeenkomst tot geldlening voor een bedrag van € 100.000,= heeft gesloten en dat [eiser] zich naast Vivo Biss B.V. en Siloam B.V. hoofdelijk heeft verbonden de lening aan [verweerster] terug te betalen. Daarnaast heeft [verweerster] in mei 2007 een bedrag van € 3500,= aan [eiser] geleend. Van de geleende bedragen is niets aan [verweerster] terugbetaald.

1.10 [eiser] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Volgens [eiser] was er geen sprake van een lening van € 100.000,=, maar van een participatie in Vivo-Biss B.V.. Voorts heeft [eiser] aangevoerd dat [verweerster] op 16 mei 2007 aan [eiser] finale kwijting heeft verleend voor het bedrag van € 100.000,=. [eiser] betwist ook dat hij € 3500,= ter leen zou hebben ontvangen. In reconventie heeft [eiser] gevorderd dat [verweerster] wordt veroordeeld tot betaling aan [eiser] van een bedrag van € 7610,43, te vermeerderen met rente en kosten, vanwege door [eiser] gemaakte kosten ter zake van het voorlopig getuigenverhoor. [verweerster] heeft vervolgens tot afwijzing van de reconventionele vordering geconcludeerd.

1.11 Ingevolge een tussenvonnissen van 25 mei 2011 heeft op 20 september 2011 een comparitie van partijen plaats gehad. Bij die comparitie is [eiser], hoewel behoorlijk opgeroepen, wegens een misverstand niet verschenen. [eiser] heeft vervolgens een akte na comparitie genomen. Bij vonnis van 8 februari 2012 heeft de rechtbank in conventie [eiser] veroordeeld tot betaling van:

- a. een bedrag van € 100.000,= met daarover 5% rente, zoals weergegeven in het betalingsschema dat is overgelegd als prod. 1 bij de dagvaarding, vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW vanaf de vervaldag van elke niet tijdig betaalde termijn;
- b. een bedrag van € 3500,= vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW vanaf 10 februari 2011.

Tevens is [eiser] veroordeeld in de beslagkosten, begroot op een bedrag van € 1721,33, in de proceskosten aan de zijde van [verweerster] en in de nakosten. De rechtbank heeft de reconventionele vordering van [eiser] afgewezen en [eiser] veroordeeld in de proceskosten in reconventie.

Volgens de rechtbank blijkt uit verklaringen van [betrokkene 2], de toenmalige adviseur van [eiser], en [eiser], gecombineerd met de tekst van het concept en de brief van [eiser] aan mr. De Leur, dat door aanbod en aanvaarding tussen [verweerster], als schuldeiser, en onder anderen [eiser], als schuldenaar, in januari 2007 een overeenkomst tot lening tot stand is gekomen voor in totaal een bedrag van € 100.000,= (rov. 4.4). Uit de intentieverklaring en/of de omstandigheden van het geval valt volgens de rechtbank niet af te leiden dat [verweerster] finale kwijting heeft verleend of heeft bedoeld te verlenen aan [eiser] (rov. 4.6). De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat is komen vast te staan dat [verweerster] een bedrag van € 3500,= contant aan [eiser] heeft geleend (rov. 4.7 en 4.8). In reconventie heeft de rechtbank overwogen dat de kosten van het voorlopig getuigenverhoor onder de proceskostenregeling vallen en dat daarmee in conventie al rekening is gehouden (rov. 4.16).

1.12 Bij exploit van 3 mei 2012 is [eiser] bij het hof 's-Gravenhage in hoger beroep gekomen van het vonnis van 8 februari 2012. Bij memorie van grieven heeft [eiser] achttien grieven aangevoerd. [verweerster] heeft die grieven bij memorie van antwoord bestreden. Vervolgens heeft [eiser] op 9 juli 2013 een akte genomen, waarop [verweerster] bij antwoordakte van 6 augustus 2013 heeft gereageerd.

1.13 Bij arrest van 1 april 2014 heeft het hof Den Haag het vonnis waarvan beroep bekrachtigd en [eiser] in de kosten van het geding in hoger beroep veroordeeld. Het hof heeft – voor zover in cassatie nog van belang – het volgende overwogen:

“7. De grieven 8 tot en met 10 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Zij keren zich tegen het oordeel van de rechtbank dat tussen [verweerster] als schuldeiser en [eiser] als schuldenaar een overeenkomst van geldlening tot stand is gekomen. In zijn toelichting op die grieven stelt [eiser] allereerst dat [betrokkene 2] op een aantal punten niet de waarheid heeft gesproken. Aangezien [eiser] deze stelling slechts toelicht door erop te wijzen dat hij op bedoelde punten anders heeft verklaard, moet zijn stelling als onvoldoende gemotiveerd van de hand worden gewezen. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat [eiser] weliswaar bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan doch dat hij daarbij niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden.

(...)

15. Als eerder gezegd heeft [eiser] bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. De door hem in dit verband genoemde getuigen zijn echter niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken geweest, terwijl [eiser] ook niet aangeeft – hetgeen in dit stadium van de procedure van hem mocht worden verlangd – in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen. Het hof gaat dan ook aan dit aanbod als niet ter zake dienend voorbij.”

1.14 Bij exploit van 24 juni 2014 heeft [eiser] (tijdig) beroep in cassatie tegen het arrest van het hof van 1 april 2014 ingesteld. Aan [verweerster] is verstek verleend. [eiser] heeft zijn standpunt schriftelijk doen toelichten.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 [eiser] heeft één middel van cassatie voorgesteld, dat zich richt tegen rov. 7 en rov. 15. Het middel klaagt dat rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is dat het hof het aanbod van [eiser] tot het leveren van (tegen)bewijs heeft gepasseerd.

2.2 Het middel betoogt allereerst dat [eiser] met name bij akte van 9 juli 2013 een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan. Aanbieden is vier getuigen te horen, die kunnen bevestigen dat [eiser] nimmer een lening is aangegaan, respectievelijk dat [eiser] nimmer een garantie heeft verstrekt. Dit aanbod is volgens het middel voldoende specifiek en ter zake dienend, dat wil zeggen: betrekking hebbend op feiten die voor (het oordeel over) de toewijsbaarheid van de vordering of de gegrondheid van het verweer van belang kunnen zijn.

Naar het middel vervolgens betoogt, had het aanbod met name niet mogen worden gepasseerd op de door het hof genoemde gronden. Het hof had volgens het middel niet als eis mogen stellen dat [eiser] zou aanbieden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen en/of dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden.

Het middel wijst erop dat ook aan een bewijsaanbod in hoger beroep niet de eis mag worden gesteld dat moet worden vermeld wat de beoogde getuigen zouden kunnen verklaren.

Evenmin kan volgens het middel voor de beslissing van het hof dragend zijn dat de genoemde getuigen niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken zijn geweest, nu in het bewijsaanbod is aangegeven dat de genoemde getuigen het (op een kantoorgang te Rijswijk gevoerde) gesprek daarover wel hebben gehoord. Daarmee heeft [eiser] ook aangegeven in welk opzicht de verklaringen van de genoemde getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen (nog daargelaten dat ook hier geldt dat niet de eis mag worden gesteld dat de partij die in hoger beroep bewijs aanbiedt, daarbij vermeldt wat de getuigen zouden kunnen verklaren).

Volgens het middel heeft het hof in zoverre dit alles miskend en het bewijsaanbod aldus op ondeugdelijke gronden gepasseerd, dan wel zijn beslissing ter zake onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

2.3 [eiser] heeft in hoger beroep in zijn akte van 9 juli 2013 onder 2.4 het volgende bewijsaanbod gedaan:

“[eiser] biedt nadrukkelijk bewijs aan van zijn stellingen. De vier reeds genoemde personen kunnen bevestigen dat [eiser] nimmer een lening is aangegaan resp. dat [eiser] nimmer een garantie heeft verstrekt.

De getuigen:

- [betrokkene 6];
- [betrokkene 4];
- [betrokkene 7] en

– [betrokkene 5] hebben het gesprek gehoord dat [eiser] voerde met [betrokkene 3] (inmiddels overleden) en [betrokkene 2] te Rijswijk (op een kantoorgang, met openstaande deuren naar medewerkers), waarin de door [betrokkene 2] geopperde garantie door [eiser] is afgewezen. Ook [eiser] wil getuigen.

[eiser] dringt met de grootst mogelijk klem aan de genoemde getuigen te horen.”

2.4 Art. 166 lid 1 Rv bepaalt dat indien bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, de rechter een getuigenverhoor beveelt zo vaak een van de partijen het verzoekt en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. In zijn (standaard)arrest van 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. DA, heeft de Hoge Raad de volgende maatstaf geformuleerd ten aanzien van het aanbod van getuigenbewijs in hoger beroep:

“3.6 Uitgangspunt bij de beoordeling van het middel is dat, in gevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv, een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre getuigen

meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen, aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.”

2.5 Het hof heeft in rov. 7 en rov. 15 geoordeeld dat het door [eiser] in hoger beroep gedane bewijsaanbod weliswaar gespecificeerd, maar niet ter zake dienend is. Het hof heeft in rov. 7 overwogen dat [eiser] “niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden”, en in rov. 15 (met betrekking tot de getuigen die [eiser] wél heeft aangeboden in hoger beroep te doen horen) dat “(d)e (...) genoemde getuigen (...) echter niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken (zijn) geweest, terwijl [eiser] ook niet aangeeft – hetgeen in dit stadium van de procedure van hem mocht worden verlangd – in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen.”

2.6 In rov. 7 heeft het hof [eiser] tegengeworpen niet te hebben aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, “laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan”² In die overweging ligt besloten dat, zo [eiser] zou hebben aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, het hof, op grond van de regel van het hiérvóór (onder 2.4) reeds genoemde arrest, zou hebben verlangd dat daarbij nader zou zijn aangegeven in hoeverre deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan. In rov. 15 lijkt het hof de bedoelde regel tevens te hebben toegepast op het aanbod van [eiser] om vier nieuwe getuigen te doen horen. Het hof achtte immers relevant dat [eiser] niet zou hebben aangegeven “in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen”. Naar mijn mening heeft het hof in verband met dat laatste miskend dat, wanneer het gaat om een aanbod om *nieuwe* getuigen te doen horen (van welke getuigen ook niet eerder schriftelijke verklaringen zijn overgelegd), de bedoelde regel niet geldt³. Aan een in hoger beroep gedaan aanbod van bewijs

2 Ik teken nog aan dat ook in de situatie dat reeds schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, de noodzaak dat nader wordt uitgelegd wat de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan, niet snel mag worden aangenomen. Zie HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9991, NJ 2011/512 m.nt. H.B. Krans, rov. 3.7, en Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 (2012), nr. 209 (laatste volzin).

3 Dat blijkt mijns inziens al uit de formulering van de regel zelf: “Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan” (onderstreping toegevoegd; LK (gecursiveerd; red.)). Zie verder Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 (2012), nr. 210 (tweede alinea): “Een bewijsaanbod in hoger beroep kan ook tot doel hebben door het horen van niet eerder voorgebrachte getuigen nieuw bewijs bij te brengen waardoor een ander oordeel mogelijk wordt. Ook deze bedoeling zal – wil het aanbod voldoende specifiek zijn – kenbaar moeten worden gemaakt; het feit dat deze getuigen niet eerder zijn gehoord, is in de regel een voldoende rechtvaardiging.” Vgl. voorts HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1380, RvdW 2013/1396, rov. 3.2.2: “anders dan het hof heeft overwogen, behoeft de man niet te vermelden wat

door getuigen die niet eerder zijn gehoord en van wie ook niet eerder schriftelijke verklaringen zijn overgelegd, mag, zoals het middel terecht aanvoert, niet de eis worden gesteld dat moet worden vermeld wat die getuigen zouden kunnen verklaren⁴. Als het hof dit een en ander heeft miskend, heeft het van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven.

2.7 Als het hof in rov. 15 heeft bedoeld dat het door [eiser] aangeboden bewijs niet ter zake dienend is, omdat “(d)e (...) genoemde getuigen (...) niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken (zijn) geweest”, is het bestreden oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Men behoeft immers niet rechtstreeks bij onderhandelingen betrokken te zijn geweest om daarover een relevante verklaring te kunnen afleggen. Dat geldt temeer nu, zoals het middel aanvoert, het litigieuze bewijsaanbod vermeldt dat de genoemde getuigen een (op een kantoor-gang te Rijswijk gevoerd) gesprek hebben gehoord waarin [eiser] de door [betrokkene 2] geopperde garantie heeft afgewezen. De genoemde getuigen kunnen derhalve verklaren over uit eigen waarneming bekende feiten (art. 163 Rv). De door [eiser] te bewijzen aangeboden feiten waarover de getuigen volgens hem kunnen verklaren (te weten “dat [eiser] nimmer een lening is aangegaan resp. dat [eiser] nimmer een garantie heeft verstrekt”), betreffen bovendien de kern van het onderhavige geschil⁵ en zijn van invloed op de te nemen beslissing.

2.8 Als in de bestreden overwegingen ligt besloten dat het door [eiser] aangeboden bewijs niet ter zake dienend is, omdat [eiser] “niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden”, is het bestreden oordeel mijns inziens zonder nadere toelichting, die ontbreekt, eveneens onbegrijpelijk.

Ik teken daarbij aan dat, wanneer een zodanig oordeel zou zijn ingegeven door de gedachte dat de reeds in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen bij voorbaat zwaarder wegen dan de verklaringen van de vier nieuwe getuigen die [eiser] blijkens zijn akte van 9 juli 2013 wenst te horen, het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. De eis dat een bewijsaanbod ter zake dienend moet zijn mag immers niet aldus worden opgevat dat een aanbod tot getuigenbewijs wordt afgewezen op grond van een negatieve prognose van het resultaat van de be-

wijslevering⁶. Het prognoseverbod (“eerst horen en dan waarden”) is vaste rechtspraak⁷.

A-G Verkade schreef in zijn conclusie voor het hiervóór (onder 2.4) reeds aangehaalde (standaard)arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. DA, het navolgende over de scheidslijn tussen enerzijds een niet ter zake dienend bewijsaanbod en anderzijds een verboden prognose omtrent de waarde van getuigenverklaringen:

“4.2 Vooropgesteld moet worden dat een getuigenbewijsaanbod dat voldoende gespecificeerd en ter zake dienend is, op grond van art. 166 lid 1 Rv in beginsel moet worden gehonoreerd. Zo mag een bewijsaanbod niet worden gepasseerd vanwege een (negatieve) prognose omtrent de uitkomst van de bewijslevering. De vraag welke betekenis een getuigenverklaring toekomt, behoort immers pas ná het getuigenverhoor aan de orde te komen.

De scheidslijn tussen enerzijds het aanmerken van een bewijsaanbod als niet ter zake dienend, en anderzijds een verboden prognose omtrent de waarde van de getuigenverklaringen is niet altijd eenvoudig te trekken. Een aanbod is niet ter zake dienend voor zover de te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden, indien bewezen geacht, niet van invloed zijn op de te nemen beslissing. Indien de rechter evenwel aan een bewijsaanbod voorbijgaat op basis van zijn inschatting dat wat de getuigen zullen verklaren van onvoldoende gewicht zal zijn om de gestelde feiten en omstandigheden bewezen te achten, is er sprake van een verboden prognose.”

2.9 Terzijde teken ik nog aan dat het hof de omstandigheid dat [eiser] niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, in rov. 7 in verband lijkt te hebben gebracht met het als onvoldoende gemotiveerd verwerpen van de stelling van [eiser] dat [betrokkene 2] op een aantal punten niet de waarheid heeft gesproken. In die gedachtegang kan ik het hof niet volgen. De vraag of [eiser] al dan niet aan zijn stelplicht heeft voldaan, is een geheel andere dan de vraag of [eiser] voldoende gespecificeerd en ter zake dienend bewijs van zijn stellingen heeft aangeboden. In elk geval valt niet in te zien waarom [eiser] reeds in zijn stelplicht zou zijn tekortgeschoten, nu hij tegenover het relaas van [betrokkene 2] als getuige in het voorlopig getuigenverhoor een andere lezing van de feiten heeft gesteld. Daaraan doet niet af dat hij zulks heeft gedaan door te verwijzen naar de eerder door hem afgelegde verklaring, die hierop neerkomt dat hij de litigieuze lening niet is aangegaan en daarvoor ook geen garantie heeft verstrekt.

2.10 Wat er van dit laatste ook zij, nu (zoals hiervóór onder 2.7 reeds opgemerkt) de door [eiser] te bewijzen aangeboden feiten op de kern van het geschil betrekking hebben en van invloed zijn op de te nemen beslissing, had het hof het bewijsaanbod van [eiser] niet als niet ter zake dienend mogen passeren. In zoverre slagen de klachten van het middel.

2.11 Het middel klaagt (in zijn laatste alinea) tevens dat het door [eiser] bij akte van 9 juli 2013 onder 24 gedane bewijsaanbod als aanbod tot het leveren van tegenbewijs door getuigen dient te worden gekwalificeerd en dat aan een dergelijk bewijsaanbod volgens vaste rechtspraak niet de eis mag worden gesteld dat het gespecificeerd is. Volgens het middel heeft het hof dat miskend, dan wel zijn oordeel dat aan het bewijsaanbod van [eiser] moet worden voorbijgegaan, onvoldoende gemotiveerd.

2.12 Ik meen dat die klacht niet slaagt. Weliswaar dient het door

hij en zijn zuster anders of meer kunnen verklaren dan hetgeen is vermeld in de door het hof bedoelde brief”.

4 Zie HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3075, NJ 2014/485, rov. 3.3.2; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. DA, rov. 3.6. Vgl. verder HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo288, NJ 1991/726, rov. 3.2, in welke zaak werd geoordeeld dat een partij die in hoger beroep ten aanzien van nog niet in eerste aanleg gehoorde getuigen een bewijsaanbod doet, niet hoeft op te geven “wat de getuigen thans zouden kunnen verklaren” of “waarom hij de genoemde getuigen niet in eerste aanleg heeft doen horen”. Zie ook Asser Procesrecht/Asser 3 (2013), nr. 221; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 (2012), nr. 209; H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel* (2009), nr. 207, p. 192.

5 Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9991, NJ 2011/512 m.nt. H.B. Krans, rov. 3.7; HR 11 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9624, NJ 2011/123, rov. 3.5; in beide zaken acht de Hoge Raad van belang dat het bewijsaanbod de kern van het geschil betreft. H.B. Krans merkt in zijn NJ-noot onder 16 bij het eerstgenoemde arrest op dat hij de kern van het geschil eerder een ondersteunend element acht dan een zelfstandig criterium. Het komt volgens hem immers aan op de vraag of het bewijsaanbod relevant is.

6 Zie bijv. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3075, NJ 2014/485, rov. 3.3.2 in fine; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. DA, rov. 3.6 in fine.

7 Zie recent de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense onder 17 voor HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, RvdW 2015/308.

[eiser] gedane bewijsaanbod, zoals het middel verdedigt, als een aanbod tot het leveren van tegenbewijs te worden gekwalificeerd. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, is het hof echter niet aan het bewijsaanbod voorbijgegaan op de grond dat dit aanbod onvoldoende zou zijn gespecificeerd. Het hof heeft in rov. 7 immers overwogen dat het “in aanmerking (neemt) dat [eiser] weliswaar bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan” en in rov. 15 dat “(a)ls eerder gezegd (...) [eiser] bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod (heeft) gedaan.” In zoverre gaat het middel derhalve van een onjuiste lezing van het arrest uit.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 91244 / HA ZA 11-2085 van de rechtbank Dordrecht van 8 februari 2012;
- b. het arrest in de zaak 200.107.288/01 van het gerechtshof Den Haag van 1 april 2014.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [verweerster] heeft op 17 januari 2007 19% van de aandelen in het kapitaal van Vivo-Biss B.V. verkregen.
- (ii) [verweerster] heeft op 18, 19 en 30 januari 2007 in totaal € 100.000,- overgemaakt op de bankrekening van Vivo-Biss B.V.

(iii) Op 13 oktober 2009 en 11 januari 2010 heeft de rechtbank op verzoek van [verweerster] in een voorlopig getuigenverhoor blijken daarvan opgemaakte processen-verbaal als getuigen in enquête gehoord [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [eiser]. Partijen waren daarbij aanwezig en vertegenwoordigd.

3.2.1 In dit geding vordert [verweerster], voor zover in cassatie van belang, dat [eiser] € 100.000,- aan haar betaalt, met rente en kosten. Zij legt aan de vordering ten grondslag dat zij het hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde bedrag heeft betaald uit hoofde van een overeenkomst van geldlening met onder meer [eiser] en Vivo Biss B.V., en dat [eiser] zich hoofdelijk heeft verbonden het bedrag van de lening aan [verweerster] terug te betalen. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft, voor zover in cassatie van belang, als volgt geoordeeld:

“7. De grieven 8 tot en met 10 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Zij keren zich tegen het oordeel van de rechtbank dat tussen [verweerster] als schuldeiser en [eiser] als schuldenaar een overeenkomst van geldlening tot stand is gekomen. In zijn toelichting op die grieven stelt [eiser] allereerst dat [betrokkene 2] op een aantal punten niet de waarheid heeft gesproken. Aan-

gezien [eiser] deze stelling slechts toelicht door erop te wijzen dat hij op bedoelde punten anders heeft verklaard, moet zijn stelling als onvoldoende gemotiveerd van de hand worden gewezen. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat [eiser] weliswaar bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan doch dat hij daarbij niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de bevreemde onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden.

(...)

15. Als eerder gezegd heeft [eiser] bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. De door hem in dit verband genoemde getuigen zijn echter niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken geweest, terwijl [eiser] ook niet aangeeft – hetgeen in dit stadium van de procedure van hem mocht worden verlangd – in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen. Het hof gaat dan ook aan dit aanbod als niet ter zake dienend voorbij.”

3.3 Het middel klaagt dat het hof het (tegen)bewijsaanbod van [eiser] heeft gepasseerd op een wijze die rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is. Het bewijsaanbod van [eiser] voldoet aan de eis van art. 166 lid 1 Rv dat het ter zake dienend is. Het hof heeft in rov. 7 ten onrechte de eis gesteld dat [eiser] had moeten aanbieden [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen. Voor de beslissing van het hof in rov. 15 is niet redengevend of de door [eiser] genoemde getuigen rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken zijn geweest, daargelaten dat in een bewijsaanbod niet hoeft te worden vermeld wat de getuigen zouden kunnen verklaren.

3.4 [eiser] heeft bij akte in hoger beroep onder meer het volgende aangevoerd:

“5. (...) In bijzijn van vier getuigen deelt [eiser] [betrokkene 2] mee dat hij niet garant wil staan, laat staan geldnemer. De getuigen zijn: [betrokkene 4] en [betrokkene 5] en [betrokkene 6] en [betrokkene 7]. Zie punt 24 van deze akte. (...)”

24. [eiser] biedt nadrukkelijk bewijs aan van zijn stellingen. De vier reeds genoemde personen kunnen bevestigen dat [eiser] nimmer een lening is aangegaan resp. dat [eiser] nimmer een garantie heeft verstrekt. (...) Ook [eiser] wil getuigen. (...)”

3.5 Bij de beoordeling van deze klacht is op grond van vaste rechtspraak (HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270) uitgangspunt dat, ingevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv, een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangege-

ven in hoeverre getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen, aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.

3.6 In het licht van het voorgaande zijn de klachten gegrond. Het hof heeft miskend dat, indien bewijs wordt aangeboden door het horen van getuigen die nog niet eerder zijn gehoord en de aldus te bewijzen feiten terzake dienend zijn, niet de eis kan worden gesteld dat wordt toegelicht in welk opzicht de verklaringen van deze getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan eerder afgelegde verklaringen door andere getuigen. Voor zover het hof het bewijsaanbod heeft gepasseerd op de grond dat de in het bewijsaanbod vermelde getuigen niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst betrokken zijn geweest, heeft het miskend dat deze omstandigheid niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend is. Ook de omstandigheid dat [eiser] niet heeft aangeboden de eerder gehoorde getuige [betrokkene 2] opnieuw te doen horen, kan die conclusie niet dragen.

3.7 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 1 april 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 2094,98 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. De feiten in deze procedure zijn overzichtelijk. Verweerster in cassatie heeft op 17 januari 2007 een aandelenbelang in Vivo-Biss B.V. verkregen. Vervolgens heeft verweerster in diezelfde maand in drie delen een bedrag van € 100.000,= overgemaakt op de bankrekening van Vivo-Biss B.V. Verweerster stelt dat het bedrag van € 100.000,= ten titel van geldlening is verstrekt aan Vivo-Biss B.V. en dat naast Vivo-Biss B.V. ook Siloam B.V. en eiser tot cassatie zich hoofdelijk hebben verbonden tot terugbetaling daarvan. Zijdelijks speelt er nog een discussie tussen verweerster en eiser over een geldlening van € 3500,=.

2. Eiser voert gemotiveerd verweer. Volgens eiser is door verweerster € 100.000,= in verband met de verkrijging van het aandelenbelang (als participatie) ingebracht in Vivo-Biss B.V.

3. In de aanloop naar de procedure heeft op verzoek van verweerster een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden ter gelegenheid waarvan betrokkene 2, de toenmalig adviseur van eiser, als getuige werd gehoord.

4. Verweerster kreeg in eerste aanleg gelijk en eiser werd veroordeeld tot terugbetaling van € 100.000,= en € 3500,= vermeerderd met wettelijke rente. De Rechtbank Dordrecht motiveerde haar vonnis van 8 februari 2012 onder andere door te verwijzen naar de verklaring van betrokkene 2, afgelegd tijdens het voorlopig getuigenverhoor.

5. Eiser komt in hoger beroep tegen het vonnis en voert achttien grieven aan. Verweerster neemt memorie van antwoord en na een aktewisseling wordt op 1 april 2014 door het Hof Den Haag arrest gewezen (ECLI:NL:GHDHA:2014:4599). Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en passeert daarbij het bewijsaanbod

van eiser gedaan bij akte van 9 juli 2013 (r.o. 3.4). De relevante overwegingen van het hof in verband met de niet-toelating van eiser tot getuigenbewijs zijn opgenomen in r.o. 7 en r.o. 15:

“7. (...) In zijn toelichting op die grieven stelt [eiser] allereerst dat [betrokkene 2] op een aantal punten niet de waarheid heeft gesproken. Aangezien [eiser] deze stelling slechts toelicht door erop te wijzen dat hij op bedoelde punten anders heeft verklaard, moet zijn stelling als onvoldoende gemotiveerd van de hand worden gewezen. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat [eiser] weliswaar bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan doch dat hij daarbij niet heeft aangeboden om [betrokkene 2] opnieuw als getuige te doen horen, laat staan onder vermelding dat deze getuige meer of anders zou kunnen verklaren dan hij al had gedaan, meer precies dat een confrontatie met de beweerdelijke onjuistheden tot een nadere verklaring in het voordeel van [eiser] zou leiden.
(...)

15. Als eerder gezegd heeft [eiser] bij akte een gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. De door hem in dit verband genoemde getuigen zijn echter niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst van geldlening betrokken geweest, terwijl [eiser] ook niet aangeeft – hetgeen in dit stadium van de procedure van hem mocht worden verlangd – in welk opzicht verklaringen van die getuigen afbreuk zouden doen aan de in voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen. Het hof gaat dan ook aan dit aanbod als niet ter zake dienend voorbij.”

6. Het cassatiemiddel richt zich tegen deze rechtsoverwegingen van het hof. Het gedane bewijsaanbod voldoet volgens eiser aan de regels van art. 166 lid 1 Rv. Eiser brengt daartoe naar voren dat het hof ten onrechte belang heeft gehecht aan het feit dat eiser niet heeft aangeboden betrokkene 2 opnieuw te horen. Voorts brengt eiser te berde dat het niet betrokken zijn van de nieuwe getuigen (betrokkenen 4 tot en met 7) bij de onderhandelingen tussen eiser en verweerster over de geldlening (of participatie) niet redengevend kan zijn voor het passeren van het bewijsaanbod. Ten overvloede voert eiser aan dat een bewijsaanbod niet behoeft te vermelden wat de nieuwe getuigen zouden kunnen verklaren. Het hof heeft dusdoende het prognoseverbod geschonden, aldus eiser (zie ook A-G Keus sub 2.8).

7. De Hoge Raad stelt eiser in het gelijk en vernietigt het arrest van het hof. De Hoge Raad herhaalt woordelijk zijn vaste rechtspraak over toelating tot getuigenbewijs onder verwijzing naar het standaardarrest HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser. De Hoge Raad overweegt in het arrest OZ/Roozen in r.o. 3.6: “dat het hof heeft miskend dat, indien bewijs wordt aangeboden door het horen van getuigen die nog niet eerder zijn gehoord en de aldus te bewijzen feiten ter zake dienend zijn, niet de eis kan worden gesteld dat wordt toegelicht in welk opzicht de verklaringen van deze getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan eerder afgelegde verklaringen door andere getuigen. Voor zover het hof het bewijsaanbod heeft gepasseerd op de grond dat de in het bewijsaanbod vermelde getuigen niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de overeenkomst betrokken zijn geweest, heeft het miskend dat deze omstandigheid niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend is. Ook de omstandigheid dat [eiser] niet heeft aangeboden de eerder gehoorde getuige [betrokkene 2] opnieuw te doen horen, kan die conclusie niet dragen.”

8. Bij twee onderdelen van het arrest van het hof en de Hoge Raad wil ik in deze noot stilstaan: (i) de door het hof in r.o. 7 aangenomen niet of onvoldoende gemotiveerde betwisting door eiser van de verklaring van betrokkene 2 en (ii) de (impliciete) schending door het hof in r.o.15 van het prognoseverbod.

(i) Onvoldoende gemotiveerde betwisting

9. Op grond van art. 24 Rv en art. 149 lid 1 Rv geldt dat feiten of rechten die door een partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of onvoldoende worden betwist, door de rechter als vaststaand moeten worden beschouwd. Een uitzondering op deze hoofdregel is een stelling die leidt tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Aan de vraag of een partij tot getuigenbewijs wordt toegelaten, gaat derhalve de vraag vooraf of de stellingen van een partij voldoende zijn betwist door de wederpartij. Daarna komt pas de vraag aan de orde of ingevolge art. 166 lid 1 jo. art. 353 lid 1 Rv het verzoek van die partij (in hoger beroep) tot het gelasten van een getuigenverhoor voldoende specifiek is en de te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden kunnen leiden tot de beslissing van de zaak. De volgorde is stellen, betwisten, bewijzen.

10. De motiveringsplicht komt bij het stellen als eiser en het betwisten als gedaagde voort uit art. 21 Rv (waarheidsplicht) en art. 111 lid 2 sub d jo. lid 3 Rv en art. 128 lid 2 jo. lid 5 Rv (stel- en substantiëringsplicht). Verder geldt in algemene zin dat voor partijen en de rechter begrijpelijk moet zijn waar de eis en het verweer op is gebaseerd. De motiveringsplicht geeft invulling aan het beginsel van hoor en wederhoor (W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht* 3, 2013/288).

11. De vraag wanneer een stelling van een partij door de wederpartij voldoende gemotiveerd is betwist, valt lastig in zijn algemeenheid te beantwoorden en hangt af van de omstandigheden van het geval. De stelplicht van een partij en de gemotiveerde betwisting daarvan door de wederpartij zijn communicerende vaten. Bij gedetailleerde stellingen van een partij kan niet worden volstaan met een eenvoudige ontkenning daarvan (HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/596, *Dolmans/Wouters*; HR 14 november 2003, *NJ* 2005/269, *Valent/Beukers*; W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht* 3, 2013/101; D.J. Beenders, *T&C Rechtsvordering* (2012), art. 149 lid 1, aant. 2). Naarmate het processueel debat vordert en de stellingen van een partij zich verdiepen zal (zeker in hoger beroep) een in eerste instantie nog voldoende gemotiveerde betwisting kunnen omslaan in een onvoldoende gemotiveerde betwisting (vgl. HR 25 mei 2007, *NJ* 2008/463; H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 206).

12. Met deze uitgangspunten voor een voldoende gemotiveerde betwisting en de toelating tot getuigenbewijs in het achterhoofd is het oordeel van het hof in r.o. 7 niet begrijpelijk. Het hof motiveert de onvoldoende gemotiveerde betwisting van eiser (hoofdzakelijk) door te verwijzen naar het gedane bewijsaanbod en hetgeen daaraan zou schorten.

13. Uit het gegeven dat eiser geen aanbod doet tot het in hoger beroep opnieuw horen van betrokkene 2 kan niet worden afgeleid dat de betwisting door eiser van de eerder afgelegde verklaring van betrokkene 2 onvoldoende gemotiveerd is. Hetzelfde geldt voor het niet door eiser preciseren van wat betrokkene 2 als getuige meer of anders zou kunnen verklaren in een nieuw verhoor. Deze regel uit het arrest *OZ/Roozen* voor een getuige die eerder is gehoord of een schriftelijke verklaring heeft afgelegd, kan niet worden gebezigd ter motivering van de door het hof aangenomen onvoldoende gemotiveerde betwisting van de verklaring van betrokkene 2 door eiser. Het één ziet op stellen en betwisten, het ander op bewijzen.

14. Het hof zou inhoudelijk hebben moeten oordelen waarom de enkele verwijzing van eiser naar zijn eigen (in het voorlopig getuigenverhoor afgelegde) verklaring om de onwaarheden in de verklaring van betrokkene 2 aan het licht te brengen onvoldoende gewicht in de schaal legt om van een voldoende gemotiveerde betwisting te kunnen spreken. Het hof had daarbij aandacht kunnen besteden aan de (gedetailleerdheid) van de stellingen van

verweerster en de ontwikkeling van het processueel debat in het hoger beroep in relatie tot de betwisting van eiser. Bij een onvoldoende gemotiveerde betwisting van eiser wordt dan niet meer toegekomen aan een inhoudelijk oordeel over de vraag of het door eiser gedane bewijsaanbod volstaat en of hij zodoende kan worden toegelaten tot getuigenbewijs (zie ook A-G Keus sub 2.9).

(ii) Prognoseverbod

15. In het arrest *OZ/Roozen* heeft de Hoge Raad in r.o. 3.6, laatste volzin, overwogen:

“De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen, aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.”

Dit noemt men het prognoseverbod (“eerst horen en dan waarden”) en is bestendige rechtspraak (vgl. HR 25 februari 1983, *NJ* 1983/630, *Beerman/Van Raamsdonk*; HR 15 maart 1985, *NJ* 1985/496, *Haenen/Herold*; HR 11 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9624; HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806; HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311; onderhavig arrest; zie ook W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht* 3, 2013/225; G.R. Rutgers en H.B. Krans, *Pitlo deel 7 Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 117; R.G. Rutgers, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* (2002), art. 166, aant. 6).

16. De rechter mag niet zelf in het getuigenbankje plaatsnemen en gaan voorspellen wat zal worden verklaard door een (nieuwe) getuige. Het is echter lastig om de scheidslijn te trekken tussen enerzijds het oordeel dat een bewijsaanbod niet ter zake dienend is en anderzijds het afgeven van een (negatieve) prognose omtrent de waardering van het getuigenbewijs (zie ook A-G Verkade sub 4.2 onder het arrest *OZ/Roozen*).

17. Een bewijsaanbod is niet ter zake dienend als het niet tot de beslissing van de zaak kan leiden (art. 166 lid 1 Rv). De rechter zal het passeren van een bewijsaanbod vanwege het niet ter zake dienend zijn (zorgvuldig) moeten motiveren vanuit het door de partij beoogde rechtsgevolg en de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden, waarvan getuigenbewijs wordt aangeboden. Deze beoordelingsruimte die de rechter is gegeven, moet niet worden misbruikt (W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht* 3, 2013/216; R.G. Rutgers, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 166, aant. 4). De rechter zal inzichtelijk moeten maken om welke reden(en) de gestelde feiten en omstandigheden, zelfs indien bewezen, niet kunnen leiden tot toewijzing van de ingestelde eis of het slagen van het gevoerde verweer. De rechter zal daarbij weerstand moeten bieden aan de verleiding om dat nog te leveren getuigenbewijs vooraf te waarden (W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht* 3, 2013/225, 226).

18. Het hof oordeelt in onderhavige procedure in r.o. 15 dat het bewijsaanbod voldoende specifiek is, maar niet ter zake dienend. De motivering daarvan wordt gevonden in het feit dat de te horen nieuwe getuigen (betrokkenen 4 tot en met 7) niet rechtstreeks bij de onderhandelingen over de geldlening (of participatie) betrokken zijn geweest en dat niet wordt aangegeven hoe de verklaringen van die getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan de eerdere verklaringen, die zijn afgelegd door betrokkene 2 en verweerster in het voorlopig getuigenverhoor.

In het eerste onderdeel van r.o.15 waardeert het hof (impliciet) de nog af te leggen verklaringen van de betrokkenen 4 tot en met 7 en maakt die ondergeschikt aan de verklaring van betrokkene 2, afgelegd in het voorlopig getuigenverhoor. Het hof doet dit door aan te geven dat de betrokkenen niet bij de onderhandelingen aanwezig zijn geweest en, hoewel het er zeker niet zo staat in r.o.15, dus niets zinnigs kunnen verklaren. Dat is in strijd met het

prognoseverbod, temeer nu eiser heeft aangevoerd dat deze betrokkenen in het kantoorgebouw te Rijswijk aanwezig waren tijdens de onderhandelingen en een gesprek op de gang tussen eiser en verweerster hebben gehoord. Deze nieuwe getuigen kunnen derhalve ingevolge art. 163 Rv uit eigen waarneming verklaren (vgl. A-G Keus sub 2.7).

19. In het tweede onderdeel van r.o.15 gaat het hof er ten onrechte van uit dat eiser in hoger beroep zou moeten aangeven wat betrokkenen 4 tot en met 7 (meer of anders) zouden kunnen verklaren. Deze regel geldt niet voor getuigen die nog niet zijn gehoord en ook overigens nog geen schriftelijke verklaring hebben afgelegd. Met dit oordeel vervolgt de Hoge Raad de lijn ingezet met het arrest *OZ/Roozen* en voortgezet in HR 11 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9624; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1380, r.o. 3.2.2; HR 21 juni 1991, *NJ* 1991/726, *Clarisse/Plokhaar*.

20. In het licht van de in de procedure overgelegde documenten en de in het voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen, als weergegeven in het arrest van het hof, kan ik mij wel verplaatsen in de poging van het hof om het horen van de (nieuwe) getuigen af te kappen. Het horen van betrokkenen 4 tot en met 7 lijkt een "long shot" om de procedure in het voordeel van eiser te laten uitslaan. Toch zou het aangeboden getuigenbewijs kunnen leiden tot een andere beslissing en daarom moet eiser worden toegelaten. In het kader van de proces-efficiency misschien niet een wenselijke eindconclusie, maar wél een terechte beslissing. Getuigen kunnen soms verrassende verklaringen afleggen!

G.J. de Bock
TeekensKarstens advocaten notarissen

227

Hoge Raad
16 oktober 2015, nr. 14/05050
ECLI:NL:HR:2015:3023
ECLI:NL:PHR:2015:1691
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. De Groot)
(concl. A-G mr. Timmerman)
Noot G.G. Boeve

Insolventierecht. Prejudiciële vraag (art. 392 Rv). Faillissementsrecht. Overwaarde-arrangement. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenbergh). Verhaal door pandhouder voor ten tijde van faillietverklaring toekomstige vorderingen. Art. 483e Rv. Rechtsverhouding waaruit regresvordering van borg rechtstreeks voortvloeit.

Een pandhouder kan zich in faillissement op de verpande goederen verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement.

[Fw art. 42, 53, 54]

1427

In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenbergh) is overwogen – mede op grond van argumenten ontleend aan het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement – dat de in dat arrest onder 4.1 beschreven constructie van het overwaarde-arrangement noch naar inhoud, noch naar strekking in strijd komt met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Voor zover in dit verband van belang, had die constructie tot doel dat een pandhouder ook de regresvordering op zijn pandgever uit hoofde van een jegens een andere schuldeiser aangegane borgtocht kon verhalen op de verpande goederen. In de zaak Bannenbergh had de pandgever zich vóór het intreden van het faillissement contractueel jegens de pandhouder verbonden zodanige regresvorderingen te zullen voldoen. Er was in dat arrest dus geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was, maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde). Zoals uit genoemd arrest al voortvloeit, verzet de wet zich niet ertegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de regresvordering die op grond van de wet ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), r.o. 3.6). In r.o. 4.2-4.4 van haar laatste tussenvonnis heeft de rechtbank, overeenkomstig het eensluidende standpunt van partijen, de regresvordering van DLL Factoring niet aangemerkt als een (voorwaardelijk) vorderingsrecht dat is bedongen tussen DLL Factoring en [A], maar als de wettelijke regresvordering die bij de aanvang van het faillissement nog toekomstig was, zoals bedoeld in het arrest ASR/Achmea. Er is dan ook sprake van een ander geval dan dat van de zaak Bannenbergh. De prejudiciële vragen stellen aan de orde of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaarde-arrange-