

## Voorlopig getuigenverhoor. Ontbreekt het belang bij een voorlopig getuigenverhoor indien de vordering van verzoeker in een herroepingsprocedure geen ...

HR 18-05-2018, ECLI:NL:HR:2018:727

**Instantie**

Hoge Raad (Civiele kamer)

**Datum**

18 mei 2018

**Magistraten**

Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff

**Zaaknummer**

17/02985

**Conclusie**

A-G mr. R.H. de Bock

**Folio weergave**[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Algemeen

Burgerlijk procesrecht / Bewijs

**Brondocumenten**

ECLI:NL:HR:2018:727, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 18â€5â€2018

ECLI:NL:PHR:2018:112, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 02â€2â€2018

Beroepschrift, Hoge Raad, 21â€6â€2017

**Wetingang**

Art. 3:13, 3:303 BW; art. 382, 843a Rv

### Essentie

**Voorlopig getuigenverhoor. Belang. Herroeping. Kans van slagen.**

**Ontbreekt het belang bij een voorlopig getuigenverhoor indien de vordering van verzoeker in een herroepingsprocedure geen kans van slagen heeft?**

### Samenvatting

*Verzoeker heeft gewerkt bij ABN Amro. Verzoeker en ABN Amro hebben in 2006 een beëindigingsovereenkomst gesloten, waarin partijen elkaar finale kwijting verleenden. Partijen zijn vervolgens (tot en met de Hoge Raad) in geschil geraakt over de vraag of verzoeker na het sluiten van de overeenkomst nog recht had op een pakket met opties. In deze eerdere procedure is tussen partijen vast komen te staan dat ABN Amro de opties had moeten betrekken bij de onderhandelingen en is de schade vastgesteld op € 7.369 aan gedeerde koerswinst. Verzoeker heeft vervolgens een verzoek ingediend tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor. Verzoeker wenst dit verhoor met het oog op het starten van een herroepingsprocedure (ex art. 382 aanhef en onder c Rv). Verzoeker stelt dat in het kader van het vaststellen van de schade in verband met het optiepakket door ABN Amro informatie is achtergehouden (een brief) en meent dat hij alsnog recht heeft op een volledige schadevergoeding en een vergoeding van de werkelijke proceskosten gemaakt in de eerdere procedure wegens onrechtmatige daad.*

*HR: In navolging van de rechtbank en het hof wordt het verzoek afgewezen. Het hof heeft onder meer vastgesteld dat verzoeker het bestaan van de brief al in de eerdere procedure aan de orde had gesteld. In die eerdere procedure had verzoeker hiertoe al in de eerste instantie een art. 843a Rv procedure ingesteld (die was afgewezen). Het art. 843a Rv verzoek was in appel herhaald, maar verzoeker had geen getuigenbewijs aangeboden over het bestaan van de brief. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat een herroepingsprocedure geen kans van slagen heeft en daarmee verzoeker geen belang heeft bij een voorlopig getuigenverhoor; er is niet voldaan aan het vereiste voor herroeping dat de aangevoerde grond pas na de eerdere procedure is ontdekt en niet eerder had kunnen worden ontdekt. Ook over de twee schadeposten (integrale proceskosten en schadevergoeding in verband met de opties) is ook al in de eerdere procedure beslist.*

A-G: Anders dan de Hoge Raad, concludeert de A-G tot vernietiging en verwijzing. De A-G meent dat het niet verzoeker, maar ABN Amro is geweest die informatie (de brief) heeft achtergehouden, tenminste voor zover de informatie over de brief juist zou zijn. De A-G acht afwijzing wegens gebrek aan belang slechts mogelijk als de in te stellen vordering evident kansloos is, waarvan volgens de A-G geen sprake was.

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:482, *NJB* 2018/759, *NJ* 2018/167 ( *Verzoekster/Stichting Maasstad Ziekenhuis c.s.*);
- HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, *NJ* 2018/45 ( *Bencis Buyout Fund III*);
- HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146 *NJ* 2010/172 ( *Chipshol/Staat*);
- HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3938, *NJ* 2008/608 ( *Udo/Renault Nissan*);
- HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3354, *RAV* 2008/78, *NJ* 2008/323 ( *R./Staat*);
- HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6809, *NJ* 2005/442 ( *Frog People Mover/Floriade*);
- HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610, *NJ* 2004/584 ( *Wustenhoff/ Gebuis*);
- HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3345, *NJ* 2004/18 m.nt. H.J. Snijders ( *Uiterlinden/Van Zijp*);
- HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0878, *NJ* 1994/345 m.nt. H.J. Snijders ( *Van de Ven/Pierik*);
- HR 6 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5533, *NJ* 1988/1 m.nt. W.H. Heemskerk ( *Slingerland/Amsterdam*);
- Rb. Amsterdam 13 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2568, *NJF* 2017/278 ( *Geka Textiles/G-Star*);
- *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/236 e.v.;
- E.F. Groot, *Voorlopige bewijsmaatregelen* (serie Monografieën Burgerlijk Procesrecht), Den Haag: Sdu 2018, nrs. 10.4.5-10.4.7;
- E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor*, Deventer: Wolters Kluwer, nr. 255-256 en 265 e.v.;
- *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, commentaar op art. 186 Rv;
- C. van Nispen, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 186 Rv.

## Wenk

Een voorlopig getuigenverhoor kan meerdere doelen dienen, te weten :

- zekerheid krijgen over relevante feiten en/of omstandigheden, zodat een verzoeker kan beoordelen of en tegen wie een procedure moet worden gestart;
- het verschaffen van bewijs van feiten en omstandigheden die moeten worden bewezen in een aanhangige of nog te starten procedure; of
- het voorkomen dat bewijs verloren gaat door spoedig getuigenverklaringen af te nemen.

De rechter dient in beginsel een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor toe te wijzen indien het verzoekschrift voldoet aan de daaraan te stellen eisen (ex art. 187 lid 3, aanhef en onder a en b Rv). Dit beginsel lijdt uitzondering indien sprake is van één van de volgende afwijzingsgronden:

1. Het verzoek is in strijd met een goede procesorde. Zie bijvoorbeeld (onder 'Zie ook') het arrest *Udo/Renault Nissan*, waarin het verzoek werd afgewezen gelet op het stadium waarin het hoofdgeding in hoger beroep zich bevond en de mogelijkheid dat in het hoofdgeding een concrete bewijsopdracht kon worden gegeven.
2. Van de bevoegdheid tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor wordt misbruik gemaakt (ex art. 3:13 BW). Daarvan kan sprake zijn wanneer verzoeker wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot toepassing van die bevoegdheid kan worden toegelaten. Zie bijvoorbeeld (onder 'Zie ook') het arrest *Slingerland/Gemeente Amsterdam*, waarin het verzoek was ingediend enkel met het oog op het achterhalen van de identiteit van een agent. Verzoeker kon zijn vordering tot schadevergoeding ook indienen zonder het bekend worden van die identiteit door de vordering te richten tegen voor de gedragingen van die agent aansprakelijke gemeente.
3. Het verzoek afstuit op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar. Deze afwijzingsgrond vindt zijn oorsprong in het arrest (zie onder 'Zie ook') *Uiterlinden/Van Zijp*. Uit dat arrest volgt dat een afwijzing van het verzoek bijvoorbeeld kan volgen, indien de verzoeker van te voren vermeldt dat voor hem het belang komt te ontvallen, indien de kosten daarvan uitgaan boven het financieel belang van het geschil of boven zijn draagkracht.
4. Indien verzoeker geen belang heeft bij het verzoek ex art. 3:303 BW. Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak van de afwijzingsgrond is als een verzoek neerkomt op een "fishing expedition". Zie bijvoorbeeld (onder 'Zie ook') de beschikking van de Rechtbank Amsterdam.

Recent heeft de Hoge Raad (zie onder 'Zie ook') in *Bencis Buyout Fund* herhaald dat geen grond voor afwijzing van een voorlopig getuigenverhoor is het oordeel dat de vordering onvoldoende is toegelicht of, naar verwachting, niet toewijsbaar is (zie onder 'Zie ook', ook *R./Staat* en *Chipshol/Staat*). De vraag is of dit arrest daar verandering in brengt.

Asser (zie onder 'Zie ook' en in het bijzonder paragraaf 241) merkt op dat het uiteraard verleidelijk is voor een rechter om

een verzoek tot het houden van een voorlopige bewijsverrichting af te wijzen omdat de in de procesinleiding vermelde vordering naar zijn oordeel toch nooit zou kunnen worden toegewezen, maar dat het principe geen afwijzingsgrond is. In de literatuur wordt door De Groot (zie onder 'Zie ook') als criterium voorgesteld dat het verzoek kan worden afgewezen " *als bij oppervlakkige beoordeling van de vordering in de hoofdzaak kan worden aangenomen dat de vordering in de hoofdzaak hoogstwaarschijnlijk zal worden afgewezen*". De lat wordt daarmee volgens A-G De Bock in haar conclusie bij dit arrest te hoog gelegd (ECLI:NL:PHR:2018:112). A-G De Bock concludeert dat het duidelijk is dat een rechter bij afwijzing van een verzoek wegens het kansloos zijn van de vordering in de hoofdzaak, grote terughoudendheid moet betrachten en de rechter anders in strijd handelt met het uitgangspunt dat de toewijsbaarheid van de in het verzoekschrift aangeduide vordering niet ter toetsing voorligt. Afwijzing is mogelijk indien sprake is van een evident kansloze vordering, daarvan was volgens de A-G echter geen sprake.

De Hoge Raad oordeelt echter wel dat de herroepingsprocedure (met welk doel het voorlopig getuigenverhoor werd verzocht) "geen kans van slagen heeft" en wijst op die grond het verzoek wegens een gebrek aan belang af. Voor het succesvol aanwenden van het rechtsmiddel van herroeping is vereist dat de aangevoerde grond voor de herroeping pas na de eerdere procedure is ontdekt en redelijkerwijze niet eerder had kunnen worden ontdekt. Daarvan was volgens de Hoge Raad geen sprake. De twee vorderingen die verzoeker wilde instellen, zouden daarmee kunnen afstuiten op het gezag van gewijsde.

R.D. Leen

## Partij(en)

Beschikking in de zaak van:

[Verzoeker], verzoeker tot cassatie, adv.: mr. H.J.W. Alt,  
tegen

ABN Amro Bank N.V., te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv.: mr. F.M. Dek.

## Uitspraak

### Hoge Raad:

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de beschikkingen in de zaak C/13/596848/HA RK 15-337 van de rechtbank Amsterdam van 17 december 2015 en 2 juni 2016;
  - b. de beschikking in de zaak 200.198.177/01 van het gerechtshof Amsterdam van 21 maart 2017.
- (...)

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. (...)

ABN Amro heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van ABN Amro heeft bij brief van 16 februari 2018 op die conclusie gereageerd.

#### 3. Beoordeling van het middel

##### 3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 20 september 1971 is [verzoeker] bij ABN Amro in dienst getreden. [Verzoeker] was laatstelijk werkzaam in de functie van Director of Commerce/Senior Vice President.
- (ii) In de jaren 2002 tot en met 2005 zijn op grond van het "Key Staff Options Plan" van ABN Amro (hierna: de optieregeling) personeelsopties aan [verzoeker] toegekend.
- (iii) Tussen [verzoeker] en ABN Amro is op 2 augustus 2006 een beëindigingsovereenkomst tot stand gekomen, waarbij partijen zijn overeengekomen het dienstverband te beëindigen en waarin zij elkaar finale kwijting hebben verleend. Tijdens de onderhandelingen is niet expliciet besproken wat er met het pakket aan opties zou gebeuren bij beëindiging van het dienstverband.
- (iv) Het dienstverband tussen [verzoeker] en ABN Amro is door middel van een pro forma ontbindingsprocedure met ingang van 1 januari 2007 geëindigd onder toekenning van een bruto vergoeding aan [verzoeker] van € 628.965.
- (v) Op of omstreeks 8 oktober 2007 is [verzoeker] gebleken dat de opties, in totaal 4.700 stuks, uit zijn effectendepot waren verdwenen. [Verzoeker] heeft hierover bij ABN Amro zijn beklag gedaan.

- (vi) Bij brief van 3 december 2007 heeft ABN Amro aan [verzoeker] bericht dat conform de optieregeling zijn rechten op uitoefening van de opties per de beëindigingsdatum van de arbeidsovereenkomst, 1 januari 2007, zijn komen te vervallen. In de brief is als grond voor het vervallen van de opties onder meer gesteld dat [verzoeker] niet de status van 'good leaver' heeft gekregen.
- (vii) [Verzoeker] is in maart 2008 een procedure begonnen bij de kantonrechter, waarin hij schadevergoeding heeft gevorderd. Deze heeft geoordeeld dat ABN Amro de opties had moeten betrekken in de onderhandelingen die hebben geleid tot de beëindigingsovereenkomst. De kantonrechter heeft een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid toegekend van € 20.000.
- (viii) Tegen dit vonnis heeft ABN Amro hoger beroep ingesteld. [Verzoeker] heeft incidenteel geappelleerd. In hoger beroep heeft het hof het vonnis bekrachtigd wat betreft het oordeel dat ABN Amro het vervallen van de opties tijdens de onderhandelingen ter sprake had moeten brengen en dat ABN Amro de schade van [verzoeker] moet vergoeden. Het hof heeft de schade (aan gedeerde koerswinst) vastgesteld op € 7.639.
- (ix) ABN Amro heeft cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Bij arrest van 12 oktober 2012 heeft de Hoge Raad onder toepassing van art. 81 RO het cassatieberoep verworpen.
- (x) Tussen november 2012 en februari 2014 is tussen [verzoeker] en verschillende vertegenwoordigers van ABN Amro per e-mail gecorrespondeerd en heeft een gesprek plaatsgevonden over het, reeds ten tijde van de hiervoor onder (vii) – (ix) vermelde procedure (hierna: de eerdere procedure), bestaan van een brief van ABN Amro waarin [verzoeker] als 'good leaver' zou zijn aangemerkt (hierna: de brief).

### 3.2.1

In deze procedure verzoekt [verzoeker] een voorlopig getuigenverhoor te bevelen om duidelijkheid te verkrijgen omtrent het bestaan, de totstandkoming, de inhoud en de status van de brief en omtrent het beleid van ABN Amro met betrekking tot de vaststelling van de status van good leaver, de procedure die wordt gevolgd om vast te stellen of iemand een good leaver is en de mate waarin [verzoeker] gelijk is behandeld aan andere vertrokken werknemers in vergelijkbare gevallen.

[Verzoeker] verzoekt het voorlopig getuigenverhoor met het oog op een eventueel op grond van art. 382, aanhef en onder c, Rv te beginnen herroepingsprocedure ter zake van de schadevergoeding voor de opties, om zo de hiervoor in 3.1 onder (vii) bedoelde schadevergoedingsvordering alsnog integraal toegewezen te kunnen krijgen. Voorts overweegt hij een vordering in te stellen op grond van onrechtmatige daad, omdat hij meent dat ABN Amro informatie heeft achtergehouden waardoor er onnodig lang is geprocedeerd (art. 21 Rv). [Verzoeker] betoogt dat hij wegens deze onrechtmatige daad ten minste de werkelijke proceskosten van de eerdere procedure vergoed dient te krijgen.

### 3.2.2

De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft daartoe onder meer overwogen:

#### “2.10

Ingevolge artikel 382 sub c Rv kan een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, op vordering van een partij worden herroepen indien de partij na het vonnis stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

Aan het huidige verzoek heeft [verzoeker] naar het oordeel van het hof geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd dan die welke reeds in de eerdere procedure bekend waren, laat staan dat er sprake is van stukken van beslissende aard die door toedoen van ABN Amro zijn achtergehouden. Het bestaan van de brief is door [verzoeker] reeds in de procedure aan de orde gesteld. Hij heeft ter zake een vordering ex artikel 843a Rv ingesteld, welke vordering door de kantonrechter is afgewezen. In appel heeft [verzoeker] weliswaar over deze afwijzing geklaagd, maar hij heeft die vordering niet opnieuw ingesteld. [Verzoeker] had in de vorige procedure daarnaast ook getuigenbewijs van het bestaan en de inhoud van de brief kunnen aanbieden, maar ook dat heeft hij nagelaten. Ook was [verzoeker] bekend, althans had dat kunnen zijn, met het feit dat [betrokkene 1 en 2] hem als good leaver kwalificeerden, nu hij dat feit afleidt uit de hem bekende brieven van 3 december 2007 en 15 februari 2008. Het enige nieuwe element in deze procedure is dat [verzoeker] nu stelt en toelicht hoe destijds bij hem bekend is geworden dat er achteraf een schriftelijke verklaring zou zijn opgesteld waarin staat dat hij als 'good leaver' wordt aangemerkt en dat hij deze informatie van [betrokkene 1] heeft gekregen. Gelet op het grote belang dat [verzoeker] aan de brief hecht valt met het oog op zijn verplichting (art. 21 Rv.) om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig aan te voeren niet te begrijpen waarom [verzoeker] deze informatie thans wel maar niet eerder, reeds bij de kantonrechter in de eerdere procedure of in appel naar voren heeft gebracht. Het komt voor risico van [verzoeker] dat hij de kantonrechter niet heeft geïnformeerd over hoe hij van het bestaan van die brief op de hoogte is geraakt. Hetgeen [verzoeker] in dit kader heeft aangevoerd, namelijk dat hij vanwege de hem door [betrokkene 1] verzochte vertrouwelijkheid de naam van [betrokkene 1] niet bekend kon maken en daarom de betreffende informatie niet kon verstrekken, leidt niet tot een ander oordeel. Van [verzoeker] had mogen worden verwacht dat hij destijds alle tot zijn beschikking staande informatie zou inbrengen om zijn stelling te onderbouwen en de rechter volledig te informeren. Het is in strijd met de goede procesorde door, nadat in drie instanties over de handelwijze van ABN AMRO inzake de opties is

geprocedeerd, thans om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken ten aanzien van feiten die [verzoeker] in de vorige procedure bewust niet eerder heeft aangevoerd. Hierop stuit het verzoek volledig af.

### 2.11

In verband met de vordering van reële proceskosten op grond van onrechtmatig handelen van ABN AMRO geldt naar het oordeel van het hof dat het [verzoeker] is die informatie heeft achtergehouden, door om hem moverende redenen niet aan te voeren hoe hij van het bestaan van de brief op de hoogte is geraakt. Dat er, naar hij zelf stelt, zo lang is geprocedeerd is dan ook (minst genomen mede) aan hem te wijten. Het door [verzoeker] gestelde belang ter zake van de vordering uit onrechtmatige daad heeft, gelet op de door [verzoeker] gestelde schade, voor de beoordeling van de goede procesorde dan ook geen zelfstandige betekenis. Die vordering is bovendien zozeer verbonden met zijn vordering vanwege de opties, en de handelwijze van ABN AMRO in dat kader, dat daarvoor evenzeer geldt wat het hof in 2.12 [bedoeld zal zijn 2.10, HR] heeft overwogen. Het is eveneens in strijd met de goede procesorde om nu alsnog te verzoeken het bestaan en de inhoud daarvan te mogen bewijzen.”

### 3.3

Het middel richt klachten tegen deze oordelen van het hof.

### 3.4

Volgens vaste rechtspraak kan een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, als het overigens aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, worden afgewezen op de grond dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt (art. 3:13 BW), op de grond dat het verzoek strijdig is met een goede procesorde, en op de grond dat het verzoek afstuit op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar; voorts bestaat geen bevoegdheid tot het verzoeken van een voorlopig getuigenverhoor indien de verzoeker bij toewijzing daarvan onvoldoende belang heeft (art. 3:303 BW). (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, NJ 2018/45)

### 3.5

Het hof heeft in rov. 2.10 vastgesteld, kort samengevat:

- dat [verzoeker] geen andere feiten en omstandigheden aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd dan die welke reeds in de eerdere procedure bekend waren, laat staan dat er sprake is van stukken van beslissende aard die door toedoen van ABN Amro zijn achtergehouden;
- dat het bestaan van de brief door [verzoeker] reeds in de eerdere procedure aan de orde is gesteld;
- dat hij ter zake een vordering op grond van art. 843a Rv heeft ingesteld die door de kantonrechter is afgewezen, en dat hij in appel daarover weliswaar geklaagd heeft, maar die vordering niet opnieuw heeft ingesteld;
- dat [verzoeker] in de eerdere procedure getuigenbewijs van het bestaan en de inhoud van de brief had kunnen aanbieden, maar dat heeft nagelaten;
- dat [verzoeker] bekend was, althans had kunnen zijn, met het feit dat [betrokkene 1 en 2] hem als good leaver aanmerkten;
- dat destijds bij hem bekend is geworden dat er achteraf een schriftelijke verklaring zou zijn opgesteld waarin staat dat hij als ‘good leaver’ wordt aangemerkt.

Deze vaststellingen zijn op zichzelf in cassatie niet bestreden. Zij laten geen andere conclusie toe dan dat een op art. 382, aanhef en onder c, Rv gebaseerde vordering tot herroeping van het hiervoor in 3.1 onder (viii) vermelde arrest van het hof geen kans van slagen heeft, en dat [verzoeker] daarom geen belang heeft bij zijn verzoek tot het bevelen van een op die vordering gericht voorlopig getuigenverhoor. Dat is kennelijk ook hetgeen het hof met zijn rov. 2.10 tot uitdrukking heeft willen brengen, nu het immers de zojuist vermelde vaststellingen direct heeft laten volgen op zijn weergave van de inhoud van art. 382, aanhef en onder c, Rv. Daarbij is het hof kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat voor het succesvol aanwenden van het rechtsmiddel van herroeping vereist is dat de aangevoerde grond voor de herroeping (hier: het bestaan en de inhoud van het beweerdelijk achtergehouden stuk) pas na de eerdere procedure is ontdekt en redelijkerwijze niet eerder had kunnen worden ontdekt (vgl. HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0393, NJ 2008/112 met betrekking tot het in art. 382, aanhef en onder a, Rv bedoelde bedrog als grond voor herroeping).

### 3.6

Met betrekking tot de (hiervoor in 3.2.1 genoemde) mogelijke vordering uit onrechtmatige daad heeft [verzoeker] in hoger beroep aangevoerd aanspraak te willen maken op vergoeding van de werkelijke proceskosten van de eerdere procedure en van de schade die het gevolg is van het vervallen van het recht de opties uit te oefenen. De stukken van het geding laten echter geen andere conclusie toe dan dat – zoals ABN Amro zowel in de feitelijke instanties als in cassatie heeft aangevoerd – over beide schadeposten (ook over de door [verzoeker] gewenste integrale proceskostenvergoeding) in de eerdere procedure al onherroepelijk is beslist. De informatie waaromtrent [verzoeker] met het getuigenverhoor opheldering wil verkrijgen kan niet afdoen aan het gezag van gewijsde dat aan deze onherroepelijke beslissingen toekomt (art. 236 lid 1

Rv), in aanmerking genomen dat die beslissingen blijkens hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen niet op de door [verzoeker] aangevoerde gronden herroepen kunnen worden. Het hof heeft derhalve terecht geoordeeld dat het verzoek van [verzoeker] ook in dit opzicht niet toewijsbaar is.

### 3.7

Het oordeel van het hof dat [verzoeker] bij het voorlopig getuigenverhoor geen belang heeft, kan de afwijzing van het verzoek zelfstandig dragen. De tegen dit oordeel gerichte klachten stuiten af op hetgeen hiervoor is overwogen in 3.5 en 3.6.

### 3.8

De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verzoeker] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN Amro begroot op € 397,07 aan verschotten en € 1.800 voor salaris.

## Conclusie

### Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:

#### 1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 21 maart 2017 onder rov. 2.1.1 tot en met 2.1.15.

##### 1.1

Op 20 september 1971 is [verzoeker] bij ABN Amro in dienst getreden. [Verzoeker] was laatstelijk werkzaam in de functie van Director of Commerce/Senior Vice President.

##### 1.2

In de jaren 2002 t/m 2005 zijn op grond van het "Key Staff Options Plan" van ABN Amro (hierna: de optieregeling) personeelsopties aan [verzoeker] toegekend.

##### 1.3

Tussen [verzoeker] en ABN Amro is op 2 augustus 2006 een beëindigingsovereenkomst tot stand gekomen, waarbij partijen zijn overeengekomen het dienstverband te beëindigen en waarin zij elkaar finale kwijting hebben verleend. [Verzoeker] heeft de onderhandelingen gevoerd met twee medewerkers van ABN Amro, [betrokkene 1] (Vice President HR ABN Amro) en [betrokkene 2] (Algemeen Directeur Zaken/Executive Vice President). Tijdens de onderhandelingen is er niet expliciet besproken wat er met het pakket aan opties zou gebeuren bij beëindiging van het dienstverband.

##### 1.4

Het dienstverband tussen [verzoeker] en ABN Amro is door middel van een pro forma ontbindingsprocedure met ingang van 1 januari 2007 geëindigd onder toekenning van een bruto vergoeding aan [verzoeker] van € 628.965.

##### 1.5

Op of omstreeks 8 oktober 2007 is [verzoeker] gebleken dat de opties, in totaal 4700 stuks, uit zijn effectendepot waren verdwenen. [Verzoeker] heeft hierover bij de bank zijn beklag gedaan.

##### 1.6

Bij brief van 3 december 2007 heeft ABN Amro aan [verzoeker] bericht dat conform de optieregeling zijn rechten op uitoefening van de opties per de beëindigingsdatum van de arbeidsovereenkomst, 1 januari 2007, zijn komen te vervallen. In de brief staat voorts:

"(...) Uit de verklaringen van de betrokkenen, alsmede uit de tekst van de beëindigingsovereenkomst is mij gebleken dat partijen geen afspraken hebben gemaakt over de aan u onder het Key Staff Options Plan toegekende opties op aandelen.

Deze vaststelling was wat mij betreft van doorslaggevende betekenis.

Sterker nog, partijen hebben elkaar in het kader van de beëindiging over en weer finale kwijting verleend. (...) Doel van die bepaling is dat de discussie over (de gevolgen van) het einde van de arbeidsovereenkomst eens en voor altijd gesloten zal zijn.

Tot slot wil ik u nog het volgende onder de aandacht brengen. De regeling behorende bij het Key Staff Options Plan bepaalt dat een medewerker die de bank verlaat, kan worden gekwalificeerd als een good leaver of als een bad leaver. De medewerker wiens arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege 'injury or sickness', 'disability', '(early) retirement' of 'death' is automatisch een good leaver.

Voor de overige medewerkers geldt dat zij, om voor het good leaverschap in aanmerking te komen, dienen te worden voorgedragen bij de Managing Board. Deze voordracht geschiedt door de Business Manager en de BU HR Director. Een dergelijke voordracht heeft in uw geval niet plaatsgevonden omdat hierover, zoals hiervoor uiteengezet, geen afspraken zijn gemaakt. Omdat u de good leaver status niet heeft gekregen, behoort u dus tot de categorie 'bad leavers'.

Het feit dat u een positief geredigeerd getuigschrift heeft ontvangen, maakt dit niet anders.

En de e-mail van (...) [betrokkene 2] van (...) 18 januari 2007 waarin hij aangeeft dat onderzocht wordt of er binnen de bank projecten of werkzaamheden zijn die u zou kunnen verrichten, brengt hierin eveneens geen verandering. Deze mail is, naar ik van ([betrokkene 2]) heb begrepen, overigens op uw verzoek en uitsluitend ten behoeve van de oprichting van uw besloten vennootschap opgesteld. Niet meer en niet minder.

Ook het feit dat (...) [betrokkene 2] en (...) [betrokkene 1] nu achteraf verklaren dat u in hun ogen een good leaver bent, leidt niet tot een andere conclusie. Bad leaver betekent immers niet per definitie dat u iets te verwijten valt. In het onderhavige geval betekent het dat u zich niet overeenkomstig de regels heeft gekwalificeerd voor de good leaver status."

### 1.7

Bij brief van 15 februari 2008 heeft ABN Amro aan de toenmalige advocaat van [verzoeker], voor zover van belang, als volgt bericht:

"Uw cliënt is immers – in tegenstelling tot hetgeen hij stelt – geen 'good leaver' overeenkomstig de Regeling en is dan ook nimmer als 'good leaver' gekwalificeerd. (...) [betrokkene 2] en (...) [betrokkene 1] hebben slechts achteraf verklaard dat uw cliënt in 'hun ogen' een good leaver was. Zij hebben uw cliënt echter ook medegedeeld dat zij niet de instantie zijn die over een good leaver-schap beslist.  
(...)"

### 1.8

Vervolgens is [verzoeker] in maart 2008 een procedure gestart bij de rechtbank te Amsterdam. De kantonrechter heeft in zijn vonnis van 20 januari 2010 geoordeeld dat ABN Amro in de onderhandelingen die hebben geleid tot de beëindigingsovereenkomst de opties had moeten betrekken en dat de bank gehouden is de schade die [verzoeker] door het niet kunnen verzilveren van de opties heeft geleden te vergoeden. De kantonrechter heeft de schadevergoeding bepaald op € 20.000.

### 1.9

Tegen dit vonnis heeft ABN Amro hoger beroep ingesteld. [Verzoeker] heeft incidenteel geappelleerd. In hoger beroep heeft het hof bij arrest van 23 augustus 2011 het vonnis bekrachtigd wat betreft het oordeel dat ABN Amro het vervallen van de opties tijdens de onderhandelingen ter sprake had moeten brengen en dat ABN Amro de schade van [verzoeker] moet vergoeden. Het hof heeft de schade vastgesteld op € 7.639 (aan gederfde koerswinst)<sup>[1]</sup>

### 1.10

ABN Amro heeft cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Bij arrest van 12 oktober 2012 heeft de Hoge Raad onder toepassing van art. 81 RO het cassatieberoep verworpen.<sup>[2]</sup>

### 1.11

Op 12 november 2012 heeft [verzoeker] zich per e-mail gewend tot [betrokkene 3], destijds president-commissaris van ABN Amro. [Verzoeker] heeft in deze e-mail een vertrouwelijk gesprek gevraagd. Hij heeft [betrokkene 3] onder meer het volgende geschreven over de procedure die hij tegen ABN Amro heeft gevoerd:

"(...)

Ik betreur het evenwel dat de bank tot voor de Hoge Raad heeft geprocedeerd. Dit is temeer zo omdat de procedure mede gebaseerd was op een aantal foutieve handelswijzen en verkeerde voorstellingen gemaakt door bepaalde betrokken medewerkers die tijdens het geschil de bank vertegenwoordigden.

Deze brachten de integriteit die men van de bank kan verwachten in gevaar.

Tijdens het werk wenste ik hierop niet in te gaan, ook om toenmalige loyale verantwoordelijkheden van de bank van wie ik wel de juiste informatie kreeg te beschermen.

(...)"

### 1.12

Op 26 januari 2013 heeft vervolgens naar aanleiding van deze e-mail een gesprek plaatsgevonden, waarbij [verzoeker] (en zijn zoon) en van de zijde van ABN Amro een medewerkster van de afdeling Arbeidszaken en [betrokkene 4] (Head of Corporate Office) aanwezig waren.

### 1.13

In een e-mail van 18 april 2013 heeft [betrokkene 4] in het vervolg op dit gesprek, voor zover van belang, het volgende aan [verzoeker] bevestigd:

"(...)

Tijdens onze bespreking van 26 januari 2013 (...) heeft u gevraagd om uit te zoeken of (...) [betrokkene 2], (...) [betrokkene 1] en (...) [betrokkene 5] informatie en/of feiten hebben achtergehouden of hebben verdraaid, die volgens u de procedure(s) had(den) kunnen bekorten of zelfs voorkomen. U zei sterke aanwijzingen hiervoor te hebben en verwees in dat verband expliciet naar een – niet in uw bezit zijnde – brief van de bank waarin u als good leaver zou zijn aangemerkt. Deze brief zou volgens u doelbewust buiten de procedure(s) zijn gehouden, omdat de bank daarmee direct in het ongelijk zou zijn gesteld. (...) Het opnieuw doorzoeken van het dossier heeft hierin geen verandering aangebracht. De brief is ook bij het nieuwe interne onderzoek niet aangetroffen en evenmin zijn in het dossier aanwijzingen gevonden voor het bestaan daarvan. Ook [betrokkene 2] en [betrokkene 1] en [betrokkene 5] zeggen zo'n brief niet te kennen en zo die wel zou hebben bestaan, u direct daarvan op de hoogte zouden hebben gebracht.

(...)"

### 1.14

Op 16 oktober 2013 heeft [verzoeker] aan [betrokkene 3] in een e-mail, voor zover van belang, het volgende bericht:

"(...) Een persoon die mij van het bestaan, alsmede de strekking, van deze brief heeft geïnformeerd betreft een van de (mede-) onderhandelaars namens de bank bij de toenmalige onderhandelingen (over mijn vertrek), te weten de toenmalige (en nog steeds bij de bank werkzame) personeelsadviseur (...) [betrokkene 1].

Hij heeft mij expliciet en volledig over de inhoud van dit schrijven geïnformeerd. Ook heeft hij mij op een bepaald moment gebeld dat hij geen (vriendschappelijk en collegiaal) contact meer met mij kon/mocht hebben (...). Ik heb dit gerespecteerd zo ook (aanvankelijk) diens uitdrukkelijke verzoek zijn naam (als klokkenluider) niet in de procedure(s) en/of enige commissie (e.d.) te onthullen (...).

Ik reken er (...) op dat u RvC in de hoogste mate van discretie [betrokkene 1] zult horen. (...)"

### 1.15

Bij e-mail van 23 januari 2014 heeft [betrokkene 3] aan [verzoeker], voor zover van belang, als volgt geschreven:

"(...) [Betrokkene 1] vertelde mij dat hij zich niet kon herinneren dat de door u bedoelde brief ooit is geschreven. [Betrokkene 1] zei echter zeker te weten dat hij de brief in elk geval niet zelf heeft geschreven. Ook kon hij zich niet herinneren dat hij u op het bestaan van een brief met de door u bedoelde strekking heeft gewezen. [Betrokkene 1] kwam op mij over als eerlijk en open en gaf mij niet de indruk iets te verzwijgen. Ik zie dan ook geen reden om aan zijn woorden te twijfelen. (...)"

## 2. Procesverloop

### 2.1

[Verzoeker] heeft de rechtbank Amsterdam verzocht zeven in het verzoekschrift genoemde getuigen te horen teneinde te bewijzen dat sprake is (geweest) van het in de vorige procedure (dat is de procedure die geleid heeft tot het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2012) bewust achterhouden van informatie door ABN Amro, althans te bewijzen dat sprake is (geweest) van een brief van na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst waarin hij als "good leaver" is aangemerkt en waarin aan de betrokken afdeling wordt aangegeven dat de opties aan hem moeten worden uitgekeerd. Vervolgstep zou kunnen zijn een procedure tot herroeping van het arrest van 23 augustus 2011 te starten. ABN Amro heeft tegen het verzoek verweer gevoerd.

### 2.2

Bij beschikking van 2 juni 2016 heeft de rechtbank het verzoek afgewezen, omdat het verzoek niet voldoende concrete aanknopingspunten bevat om een voorlopig getuigenverhoor toe te staan. Overwogen is, onder meer, dat er geen enkel concreet aanknopingspunt is dat de bewuste brief heeft bestaan.

### 2.3



[Verzoeker] heeft hoger beroep ingesteld. Bij beschikking van 21 maart 2017 heeft het hof Amsterdam de bestreden beschikking bekrachtigd. Daartoe is het volgende overwogen:

## “2.10

Ingevolge artikel 382 sub c Rv kan een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, op vordering van een partij worden herroepen indien de partij na het vonnis stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

Aan het huidige verzoek heeft [verzoeker] naar het oordeel van het hof geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd dan die welke reeds in de eerdere procedure bekend waren, laat staan dat er sprake is van stukken van beslissende aard die door toedoen van ABN Amro zijn achtergehouden. Het bestaan van de brief is door [verzoeker] reeds in de procedure aan de orde gesteld. Hij heeft ter zake een vordering ex artikel 843a Rv ingesteld, welke vordering door de kantonrechter is afgewezen. In appel heeft [verzoeker] weliswaar over deze afwijzing geklaagd, maar hij heeft die vordering niet opnieuw ingesteld. [Verzoeker] had in de vorige procedure daarnaast ook getuigenbewijs van het bestaan en de inhoud van de brief kunnen aanbieden, maar ook dat heeft hij nagelaten. Ook was [verzoeker] bekend, althans had dat kunnen zijn, met het feit dat [betrokkene 2] en [betrokkene 1] hem als good leaver kwalificeerden, nu hij dat feit afleidt uit de hem bekende brieven van 3 december 2007 en 15 februari 2008. Het enige nieuwe element in deze procedure is dat [verzoeker] nu stelt en toelicht hoe destijds bij hem bekend is geworden dat er achteraf een schriftelijke verklaring zou zijn opgesteld waarin staat dat hij als ‘good leaver’ wordt aangemerkt en dat hij deze informatie van [betrokkene 1] heeft gekregen. Gelet op het grote belang dat [verzoeker] aan de brief hecht valt met het oog op zijn verplichting (art. 21 Rv) om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig aan te voeren niet te begrijpen waarom [verzoeker] deze informatie thans wel maar niet eerder, reeds bij de kantonrechter in de eerdere procedure of in appel naar voren heeft gebracht. Het komt voor risico van [verzoeker] dat hij de kantonrechter niet heeft geïnformeerd over hoe hij van het bestaan van die brief op de hoogte is geraakt. Hetgeen [verzoeker] in dit kader heeft aangevoerd, namelijk dat hij vanwege de hem door [betrokkene 1] verzochte vertrouwelijkheid de naam van [betrokkene 1] niet bekend kon maken en daarom de betreffende informatie niet kon verstrekken, leidt niet tot een ander oordeel. Van [verzoeker] had mogen worden verwacht dat hij destijds alle tot zijn beschikking staande informatie zou inbrengen om zijn stelling te onderbouwen en de rechter volledig te informeren. Het is in strijd met de goede procesorde door, nadat in drie instanties over de handelwijze van ABN AMRO inzake de opties is geprocedeerd, thans om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken ten aanzien van feiten die [verzoeker] in de vorige procedure bewust niet eerder heeft aangevoerd. Hierop stuit het verzoek volledig af.

## 2.11

In verband met de vordering van reële proceskosten op grond van onrechtmatige handelen van ABN AMRO geldt naar het oordeel van het hof dat het [verzoeker] is die informatie heeft achtergehouden, door om hem moverende redenen niet aan te voeren hoe hij van het bestaan van de brief op de hoogte is geraakt. Dat er, naar hij zelf stelt, zo lang is geprocedeerd is dan ook (minst genomen mede) aan hem te wijten. Het door [verzoeker] gestelde belang ter zake van de vordering uit onrechtmatige daad heeft, gelet op de door [verzoeker] gestelde schade, voor de beoordeling van de goede procesorde dan ook geen zelfstandige betekenis. Die vordering is bovendien zozeer verbonden met zijn vordering vanwege de opties, en de handelwijze van ABN AMRO in dat kader, dat daarvoor evenzeer geldt wat het hof in 2.12 heeft overwogen. Het is eveneens in strijd met de goede procesorde om nu alsnog te verzoeken het bestaan en de inhoud daarvan te mogen bewijzen.”

## 2.4

Bij verzoekschrift van 21 juni 2017 heeft [verzoeker] cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 21 maart 2017. ABN Amro heeft vervolgens een verweerschrift ingediend.

## 3. Bespreking van het cassatiemiddel

### 3.1

*Onderdeel 2.1* richt zich met rechts-en motiveringsklachten tegen rov. 2.10-2.12 van de beschikking van het gerechtshof. Bij *onderdeel 2.1.2* stelt [verzoeker] dat het hof met zijn oordeel in rov. 2.10, dat het in strijd is met de goede procesorde om, nadat in drie instanties over de handelwijze van ABN Amro is geprocedeerd, thans om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken, buiten het partijdebat is getreden nu ABN Amro zich niet op die afwijzingsgrond had beroepen. Bovendien is sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing en is het oordeel onvoldoende begrijpelijk. *Subonderdeel 2.1.3* klaagt dat de goede procesorde niet van toepassing kan zijn, omdat de afwijzingsgrond ‘strijd met de goede procesorde’ zich slechts kan voordoen in geval het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor wordt gedaan tijdens een nog lopende procedure. Verder houdt *subonderdeel 2.1.4* in dat het hof miskent dat in de procedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor de eventuele toewijsbaarheid van de in te stellen vordering niet ter toetsing voorligt. In dat kader is het rechtens onjuist om een voorschot te nemen op de vraag of een verzoek tot herroeping toewijsbaar is indien [verzoeker] alsnog zijn gelijk met betrekking tot de brief over het zijn van ‘good leaver’ kan aantonen. Dat geldt temeer nu [verzoeker]

herroeping slechts genoemd heeft als één van de mogelijkheden die hij wenst te onderzoeken. Tevens miskent het hof dat [verzoeker] niet aannemelijk hoeft te maken dat hij enige materiële of immateriële schade heeft geleden alsmede dat het in de eerdere procedure om een andere grondslag ging. Het hof gaat van een onjuiste rechtsopvatting uit met het oordeel dat [verzoeker] niet over "iets nieuws" beschikt, althans is zijn oordeel dat het verzoek van [verzoeker] in strijd is met de goede procesorde onbegrijpelijk gemotiveerd.

### 3.2

Bij *subonderdeel 2.2.1* verwijt [verzoeker] het hof te hebben miskend dat de claim die hij wenst te onderzoeken veel breder is dan herroeping en werkelijke proceskosten, nu [verzoeker] heeft gesteld dat het om "onder meer" deze categorieën zou kunnen gaan. *Subonderdeel 2.2.2* houdt in dat het hof ten onrechte de tweede pijler onder het verzoek, namelijk het beleid van ABN Amro omtrent het vaststellen van de status van 'good leaver' (die het hof wel vaststelt in rov. 2.8) ten onrechte onbesproken laat. Althans, zo luidt *subonderdeel 2.2.3*, het hof miskent dat de door [verzoeker] te onderzoeken claim een andere, bredere was dan het hof in rov. 2.9-2.11 behandelt. Volgens *subonderdeel 2.4* is het onjuist dan wel onbegrijpelijk dat het hof oordeelt dat het voor risico van [verzoeker] komt dat hij destijds zijn bron wilde beschermen en om die reden in de eerdere procedure niet heeft aangegeven hoe en van wie hij heeft gehoord dat er een brief was waarin hij als 'good leaver' was aangemerkt. Bovendien is het onjuist om vervolgens [verzoeker] te verwijten dat hij in strijd met art. 21 Rv geen openheid van zaken heeft gegeven.

### 3.3

Volgens vaste rechtspraak heeft het voorlopig getuigenverhoor meerdere doelen. Enerzijds dient het om de verzoeker bewijs te verschaffen van feiten en omstandigheden die in een aanhangige of een nog te starten procedure door hem bewezen dienen te worden. Anderzijds strekt het er toe dat verzoeker aan de hand van afgelegde verklaringen meer zekerheid verkrijgt over voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden, zodat verzoeker beter kan beoordelen of het raadzaam is om een procedure te starten of een procedure voor te zetten, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen.<sup>[3.]</sup> Als aanvullende doelen kunnen worden genoemd de mogelijkheid dat spoedig nadat de feiten plaatsvonden daarover getuigenverklaringen kunnen worden afgelegd en voorkomen wordt dat bewijs verloren gaat.<sup>[4.]</sup>

### 3.4

De verzoeker tot een voorlopig getuigenverhoor dient ingevolge art. 187 lid 3, aanhef en onder a en b, Rv in zijn verzoekschrift de aard en het beloop van de vordering te vermelden, alsmede de feiten of rechten die hij wil bewijzen. Dit dient hij te doen op zodanige wijze dat voor de rechter die op het verzoek moet beslissen, voor de rechter voor wie het verhoor zal worden gehouden, alsmede voor de wederpartij voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben.<sup>[5.]</sup>

### 3.5

Voor toewijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor is echter niet vereist dat de verzoeker in het verzoekschrift al nauwkeurig aangeeft welke feiten en stellingen hij aan zijn voorgenomen vordering ten grondslag wil leggen en over welke feiten hij getuigen wil doen horen. Evenmin hoeft de verzoeker zich 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 dient nu juist ertoe degene die daarom verzoekt, in staat te stellen te beoordelen of het zinvol is een voorgenomen vordering in te stellen. 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.<sup>[6.]</sup>

### 3.6

Ondanks het woord 'kan' in art. 186 lid 1 Rv, heeft de rechter dus geen discretionaire bevoegdheid om een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor al dan niet toe te wijzen. Wanneer het voldoet aan de hiervoor genoemde eisen, dient het te worden toegewezen, behoudens de aanwezigheid van een afwijzingsgrond. Gronden voor afwijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor zijn de volgende:<sup>[7.]</sup>

- verzoeker heeft bij de voorlopige bewijsmaatregel geen belang als bedoeld in art. 3:303 BW;
- van de bevoegdheid tot het doen van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor wordt misbruik gemaakt, bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot toepassing van die bevoegdheid kan worden toegelaten;
- strijd met de goede procesorde;
- het verzoek stuit af op een ander, door de rechter als zwaarwichtig beoordeeld bezwaar.

De afwijzingsgronden zijn niet altijd scherp van elkaar te scheiden.

### 3.7

In rov. 2.8 vermeldt het hof welke feiten [verzoeker] wenst te bewijzen:

- (i) de brief, de inhoud en de status ervan, de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] en de wijze van totstandkoming daarvan;
- (ii) het beleid van ABN Amro omtrent de vaststelling van de status van 'good leaver', welke procedure daartoe wordt gevolgd en de mate waarin [verzoeker] gelijk is behandeld aan andere vertrokken werknemers in vergelijkbare gevallen.

Aan te nemen is dat het verzoekschrift hiermee voldeed aan de onder 3.4 vermelde eis, dat voor de rechter die op het verzoek moet beslissen, voor de rechter voor wie het verhoor zal worden gehouden, alsmede voor ABN Amro voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben.

### 3.8

De reden waarom het hof het verzoek van [verzoeker] afwijst is, zo blijkt uit de laatste zinnen van rov. 2.10 die besluit met de zin " *Hierop stuit het verzoek volledig af*", dat het in strijd is met de goede procesorde om in de eerdere procedure te procederen over de handelwijze van ABN Amro inzake de opties, zonder dat [verzoeker] toen melding heeft gemaakt van de omstandigheid dat hij *door [betrokkene 1]* op de hoogte was gebracht van het bestaan van een brief waarin hij als 'good leaver' was aangeduid.

### 3.9

Op zichzelf is het niet ondenkbaar dat het procesgedrag of de processuele opstelling van een partij in de ene procedure, 'doortikt' in een volgende of een andere procedure, en wordt geoordeeld dat een bepaald procesgedrag of processuele opstelling in een andere, eerdere procedure, strijd met de goede procesorde oplevert in de latere procedure. Zo kan ook gedrag voorafgaand aan een procedure leiden tot strijd met de goede procesorde.<sup>[8.]</sup> Hierbij is op te merken dat het begrip 'goede procesorde' niet scherp omlijnd is. Het begrip is weinig richtinggevend en behelst in feite een open norm. <sup>[9.]</sup> Bij toetsing aan de goede procesorde gaat het uiteindelijk steeds om een afweging tussen verschillende belangen, waarvan het belang van een efficiënte (voortvarende effectieve en zo min mogelijk geld kostende) procesvoering er één is.<sup>[10.]</sup> Een dergelijke afweging kan ook betrekking hebben op procesgedrag van een partij in een eerdere procedure. Ook is niet in te zien dat deze afwijzingsgrond, strijd met de goede procesorde, uitsluitend van toepassing kan zijn in geval een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor wordt gedaan als reeds een hoofdgeding aanhangig is, en dat het dan uitsluitend zou kunnen gaan om de stand van die hoofdzaak. Zoals gezegd is de 'goede procesorde' een ruim begrip, waardoor 'strijd met de goede procesorde' op tal van, niet vooraf te omlijnen, situaties kan zien. Daarmee faalt de klacht van *onderdeel 2.1.3*.

### 3.10

Problematisch aan het oordeel van het hof vind ik dat [verzoeker] in het kader van de goede procesorde krijgt tegengeworpen dat hij in de eerdere procedure "de rechter niet volledig heeft geïnformeerd", en aldus gehandeld zou hebben in strijd met de waarheidsplicht van art. 21 Rv. Als er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de brief over het zijn van 'good leaver' inderdaad bestaat, is het echter *ABN Amro* geweest die de brief heeft achtergehouden en heeft gehandeld in strijd met de waarheidsplicht. [Verzoeker] heeft in de eerdere procedure van meet af aan melding gemaakt van het bestaan van de brief en verschillende pogingen ondernomen om ABN Amro hierover tot openheid te dwingen.<sup>[11.]</sup> Die pogingen zijn zonder succes geweest. De rechtbank heeft in het vonnis van 20 januari 2010 zijn verzoek om inzage in de brief op grond van art. 843a Rv afgewezen en heeft zijn verzoek om een getuigenverhoor hierover afgewezen omdat hij 'onvoldoende zou hebben gesteld'. <sup>[12.]</sup> Inderdaad is [verzoeker] hier niet tot het uiterste gegaan: in appel heeft hij niet een herhaald verzoek ex art. 843a Rv gedaan. Zijn bewijsaanbod in hoger beroep achtte het hof kennelijk onvoldoende om hem toe te laten tot bewijslevering over het bestaan van de brief.<sup>[13.]</sup> Maar dat hij niet tot het uiterste is gegaan en niet heeft verklaard door wie hij van het bestaan van de brief op de hoogte was gebracht – naar zijn zeggen omdat hij aan zijn bron vertrouwelijkheid had beloofd – wil nog niet zeggen dat hij in strijd met de waarheidsplicht heeft gehandeld. Het is niet hij, maar ABN Amro geweest die stukken heeft achtergehouden (als juist is wat [verzoeker] daarover stelt). Uit de gang van zaken in de eerdere procedure blijkt hoe lastig het kan zijn voor een partij om informatie te achterhalen die in het bewijsdomein ligt van de wederpartij en die door die wederpartij (zo neem ik veronderstellenderwijs aan) wordt achtergehouden. Als een partij daarin niet slaagt omdat de wederpartij consequent volhoudt dat de informatie niet bestaat, staat zij in feite met de rug tegen de muur. Het komt mij merkwaardig voor om die partij dan te verwijten dat in strijd met de waarheidsplicht wordt gehandeld. De klacht van *onderdeel 2.4*, die gericht is tegen het oordeel van het hof dat [verzoeker] heeft gehandeld in strijd met de waarheidsplicht, acht ik dan ook terecht voorgesteld.

### 3.11

Ook *onderdeel 2.1.2* slaagt. ABN Amro heeft niet aangevoerd dat het verzoek moet worden afgewezen wegens strijd met de goede procesorde, omdat [verzoeker] in de vorige procedure in strijd met de waarheidsplicht heeft gehandeld. Weliswaar kan worden aangenomen dat het de rechter vrij staat om de argumenten die een partij aanvoert ter onderbouwing van haar

verweer dat een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor moet worden afgewezen, te 'vertalen' in de bijbehorende, juiste afwijzingsgrond.<sup>[14.]</sup> Dat valt binnen de rechterlijke taak tot het aanvullen van rechtsgronden. En in het algemeen zal de rechter ook ambtshalve mogen oordelen dat sprake is van strijd met de goede procesorde.<sup>[15.]</sup> Nu echter niet is in te zien dat [verzoeker] heeft gehandeld in strijd met de waarheidsplicht én ABN Amro dat in feitelijke instanties ook niet had aangevoerd (zij had zich beperkt tot het argument dat de vorderingen die [verzoeker] wilde instellen geen kans van slagen hadden en dat sprake was van misbruik van bevoegdheid en heeft ook geen stellingen aangevoerd die erop neer kwamen dat [verzoeker] informatie had achtergehouden), mocht het hof niet op die grond het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor afwijzen als 'strijdig met de goede procesorde'.

### 3.12

Het is de vraag wat de mogelijkheden van [verzoeker] nog zijn, mocht het bestaan van de brief alsnog komen vast te staan of mocht anderszins blijken dat hij destijds door de bank als 'good leaver' is aangemerkt. Er ligt immers al een rechterlijke beslissing over de vergoeding die hem toekomt in verband met zijn optierechten (zie onder 1.9 en 1.10). [Verzoeker] heeft in zijn verzoekschrift de volgende vorderingen genoemd (zie rov. 2.9):

- het initiëren van een herroepingsprocedure terzake van de eerdere procedure waarin hem een schadevergoeding van € 7.639 voor de opties is toegekend met als doel het alsnog verkrijgen van een integrale schadevergoeding;
- een vordering tegen ABN Amro uit onrechtmatige daad vanwege het achterhouden van informatie, ten minste bestaande uit de werkelijke proceskosten van de eerdere procedure.

### 3.13

Het oordeel van het hof zou ook zo kunnen worden begrepen, dat het verzoek wordt afgewezen omdat het hof beide vorderingen kansloos acht. Dat dit de gedachtegang van het hof is geweest, zou kunnen worden afgeleid uit de overweging aan het begin van rov. 2.10, dat [verzoeker] '*geen andere feiten en omstandigheden aan [het huidige verzoek] heeft gelegd dan die welke reeds in de eerdere procedure bekend waren, laat staan dat er sprake is van stukken van beslissende aard die door toedoen van ABN Amro zijn achtergehouden.*' Het is aannemelijk dat het hof hiermee bedoelt dat een vordering van [verzoeker] op grond van art. 382 sub c Rv kansloos is, nu in de eerste zin van rov. 2.10 aan deze bepaling wordt gerefereerd.

### 3.14

Hoewel, zoals gezegd, bij de beoordeling van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor uitgangspunt is dat niet de toewijsbaarheid van de in het verzoekschrift aangeduide vordering ter toetsing voorligt, is het niet ondenkbaar dat een verzoek wordt afgewezen omdat de vordering in de hoofdzaak kansloos is.<sup>[16.]</sup> De afwijzingsgrond zal in een dergelijk geval 'gebrek aan belang' zijn: omdat sprake is van een kansloze vordering heeft verzoeker geen belang bij een voorlopig getuigenverhoor. ABN Amro heeft zich in de onderhavige zaak ook beroepen op 'gebrek aan belang' als afwijzingsgrond (en niet op strijd met de goede procesorde).<sup>[17.]</sup> In een welwillende lezing van het arrest van het hof zou men kunnen aannemen dat in rov. 2.10 besloten ligt dat het verzoek van [verzoeker] (ook) moet worden afgewezen wegens gebrek aan belang. In haar verweerschrift in cassatie legt ABN Amro de beschikking van het hof ook op deze wijze uit. Naar de letter is de afwijzingsgrond echter strijd met de goede procesorde.

### 3.15

Duidelijk is dat de rechter bij afwijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor wegens het kansloos zijn van de vordering in de hoofdzaak, grote terughoudendheid moet betrachten.<sup>[18.]</sup> Anders handelt hij in strijd met het uitgangspunt dat de toewijsbaarheid van de in het verzoekschrift aangeduide vordering niet ter toetsing voorligt. Groot stelt in dit verband als criterium voor dat het verzoek kan worden afgewezen '*als bij oppervlakkige beoordeling van de vordering in de hoofdzaak kan worden aangenomen dat de vordering in de hoofdzaak hoogstwaarschijnlijk zal worden afgewezen.*'<sup>[19.]</sup> Toepassing van dit criterium leidt er volgens haar toe dat een verzoek dat niet kansloos is maar wel kansarm, wél dient te worden toegewezen.<sup>[20.]</sup> Naar mijn mening legt dit criterium de lat nog te hoog. Volgens mij zou het *evident* moeten zijn dat de vordering in de hoofdzaak niet kan slagen.

### 3.16

In de onderhavige zaak kan niet worden gezegd dat het evident is dat de vorderingen die [verzoeker] wellicht wil instellen kansloos zijn. Als inderdaad zou blijken dat de bewuste brief, waarvan ABN Amro het bestaan steeds heeft ontkend, er wél zou zijn en in die brief is vermeld dat [verzoeker] is bestempeld als 'good leaver', dan kan sprake zijn geweest van het achterhouden van stukken van beslissende aard door toedoen van de wederpartij waardoor er een grond is voor herroeping van de rechterlijke uitspraak in de eerdere procedure (art. 382 sub c Rv).<sup>[21.]</sup> Of inderdaad aan de voorwaarden voor herroeping zal zijn voldaan, zal in *die* procedure moeten worden beoordeeld en ligt in de onderhavige procedure niet ter toetsing voor. Gelet op het feit dat ABN Amro consequent heeft ontkend dat [verzoeker] kwalificeerde als 'good leaver' kan in ieder geval niet worden gezegd dat [verzoeker] steeds bekend is geweest met het feit dat hij als 'good leaver'

kwalificeerde en dat hij dat dan maar in de eerdere procedure had moeten aanvoeren. [Verzoeker] hééft dat in de eerdere procedure steeds aangevoerd, maar de bank heeft het ook steeds ontkend. Het voorlopig getuigenverhoor waarom [verzoeker] heeft verzocht zal eerst moeten uitwijzen of sprake is geweest van het achterhouden van stukken. Mocht blijken dat dat het geval is geweest, dan kan [verzoeker] zich vervolgens op zijn (processuele) positie tegenover ABN Amro beraden. Een voorlopig getuigenverhoor dient er immers juist toe degene die daarom verzoekt, in staat te stellen te beoordelen of het zinvol is een vordering in te stellen.

### 3.17

Dat geen sprake is van evident kansloze vorderingen is temeer het geval nu [verzoeker] ook heeft gesteld een vordering uit onrechtmatige daad tegen ABN Amro te overwegen, mocht uit de voorlopig getuigenverhooren blijken dat hij destijds wel als 'good leaver' was aangemerkt (en hij zijn optierechten dus had mogen behouden). Ook van deze vordering kan in het kader van de beoordeling van het verzoek tot voorlopig getuigenverhoor niet gezegd worden dat zij evident kansloos is. Hierbij is te betrekken dat [verzoeker] het voorlopig getuigenverhoor niet alleen wil gebruiken om te onderzoeken of ABN Amro stukken heeft achtergehouden, maar ook of hij volgens het eigen beleid van de bank als 'good leaver' had moeten kwalificeren.<sup>[22]</sup> Dit doel heeft het hof niet kenbaar bij zijn beoordeling betrokken, waarmee ook *onderdeel 2.2.2* en *onderdeel 2.2.3* slagen. Mocht het voorlopig getuigenverhoor uitwijzen dat ABN Amro [verzoeker] niet heeft behandeld conform haar eigen beleid inzake het zijn van 'good leaver', dan zie ik niet in dat op voorhand moet worden aangenomen dat een in verband hiermee in te stellen vordering uit onrechtmatige daad evident kansloos is.

### 3.18

Het voorgaande betekent dat als het oordeel van het hof zo moet worden gelezen, dat [verzoeker] geen belang heeft bij zijn verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor omdat de vorderingen die hij wil instellen evident kansloos zijn, geen stand houdt. Hiermee slaagt *onderdeel 2.1.4*.

### 3.19

*Onderdeel 2.2.1* hoeft geen bespreking meer.

## 4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Voetnoten

[\[1.\]](#)

Gerechtshof Amsterdam 23 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7110.

[\[2.\]](#)

HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7588.

[\[3.\]](#)

HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683, *NJ* 1998/414 m.nt. PV en HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2574, *NJ* 1999/478 m.nt. H.J. Snijders.

[\[4.\]](#)

HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344.

[\[5.\]](#)

HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250.

[\[6.\]](#)

HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250. Zie ook HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, *NJ* 2010/172; HR 6 juni 2008, ECLI:HR:2008:BC3354, *NJ* 2008/323; HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0878, *NJ* 1994/345. Zie voorts Asser Procesrecht/Asser Bewijs 3 2017/241.

[\[7.\]](#)

HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6809, *NJ* 2005/442 m.nt. W.D.H. Asser (*Frog/Floriade*). Herhaald in onder meer HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3938, *NJ* 2008/608 en recentelijk in HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, rov. 4.2.3.

[\[8.\]](#)

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss.), 2006, par. 7.3.7, onder verwijzing naar HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1014, *NJ* 1993/630 (*ABP/Sun Alliance*).

[\[9.\]](#)

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss.), 2006, par. 7.3.3 en 7.3.5.

[10.]

E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss.), 2015, nr. 355.

[11.]

Processtuk 1, onder 10, Processtuk 3, productie 1, onder 23 (A-dossier).

[12.]

Processtuk 1, onder 10.

[13.]

In rov. 3.18 van zijn arrest van 23 augustus 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7110) overweegt het hof: “*Partijen hebben geen feiten en omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel dan het voorgaande nopen. Hun respectieve bewijsaanbiedingen worden daarom gepasseerd.*” Wat het bewijsaanbod precies inhield is niet vast te stellen, omdat het procesdossier van de eerdere procedure niet is bijgevoegd.

[14.]

Zie in deze zin ook E.F. Groot in haar noot (onder 2) onder HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610, *JBPR* 2004/30 en H.L.G. Wieten in haar noot onder Rechtbank Rotterdam 10 januari 2008, *JBPr* 2008/50.

[15.]

Zie HR 13 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2778, *NJ* 1999/173. Omdat strijd met de goede procesorde zo'n ruim begrip is, waar tal van situaties onder kunnen vallen, kan m.i. niet gezegd worden dat de rechter *altijd* ambtshalve mag oordelen dat sprake is van strijd met de goede procesorde. Zie in deze zin ook V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss.), 2006, p. 445 e.v.

[16.]

E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss.), 2015, par. 7.5.2.

[17.]

Verweerschrift in hoger beroep onder 5.1-5.13.

[18.]

In de feitenrechtspraak worden verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor (zeer) regelmatig afgewezen wegens het kansloos of kansarm zijn van de vordering in de hoofdzaak. Asser schrijft hierover: “*Het is uiteraard verleidelijk voor een rechter om een verzoek tot het houden van een voorlopige bewijsverrichting af te wijzen omdat de in de procesinleiding vermelde vordering naar zijn oordeel toch nooit zou kunnen worden toegewezen. In principe is dat geen afwijzingsgrond.*” Zie Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/241.

[19.]

E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss.), 2015, nr. 267.

[20.]

E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss.), 2015, nr. 267, noot. 54.

[21.]

De vordering van [verzoeker] is in de eerdere procedure toegewezen, omdat ABN Amro ten onrechte had nagelaten bij de onderhandelingen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] het vervallen van de optierechten ter sprake te brengen en aldus niet gehandeld had volgens de normen van goed werkgeverschap. De veronderstelling daarbij was dát die optierechten door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst waren vervallen, omdat volgens het beleid van de bank optierechten alleen behouden werden als een vertrekkende werknemer ‘good leaver’ was en [verzoeker] niet kwalificeerde als ‘good leaver’. Weliswaar had [verzoeker] in de eerdere procedure primair betoogd dat zijn optierechten nimmer waren vervallen omdat hij wél ‘good leaver’ was, maar de kantonrechter achtte die stelling niet vaststaan vanwege de betwisting door ABN Amro en heeft [verzoeker] ook niet willen toelaten tot het bewijs van die stelling (zie rov. 10 van het vonnis van 20 januari 2010). In hoger beroep heeft [verzoeker] wel geklaagd over de afwijzing van zijn 843a-vordering maar heeft hij deze niet opnieuw ingesteld (zie rov. 3.16 van het arrest van het hof van 23 augustus 2011).

[22.]

Appelschrift onder punt 66 en 67.