

MEMO

Onderwerp : Het voorlopige getuigenverhoor: vissen naar bewijs
Datum : 11 april 2017
Referentie : White paper

Het voorlopige getuigenverhoor: vissen naar bewijs

In, of vóórafgaand aan een juridische procedure kan de rechter een voorlopig getuigenverhoor gelasten. Dit voorlopige getuigenverhoor is onderdeel van het nieuwe bewijsrecht dat in zijn huidige vorm stamt uit 1988. Men had er toen al omennabij de twintig jaar over gedaan om deze regeling tot stand te brengen.¹ Het getuigenverhoor zoals dat nu is, is in het leven geroepen om te zorgen dat bewijs niet verloren gaat (bijvoorbeeld door ziekte of overlijden) en om eventueel vooraf te bezien in hoeverre een partij in staat zal zijn om hetgeen te bewijzen waarover hij een gerechtelijke procedure zou willen starten. Gezien de grote belangen en de soms wellicht gevoelige informatie die bij deze (verzoeken tot) getuigenverhoren in het spel kunnen zijn, heeft de wetgever een aantal waarborgen in het leven geroepen. Toch lijkt het nu en dan of de wetgever op een belangrijk punt is vergeten de diepte op te zoeken, namelijk de mogelijkheid tot (indirect) misbruik van het bewijsrecht en de soms onbevredigende uitkomsten die daarmee gepaard gaan, waarover in dit artikel meer. In hoeverre biedt het huidige wettelijke, jurisprudentiële en maatschappelijke kader remedies om deze onbevredigende uitkomsten te bestrijden? Om tot een beantwoording van deze vraag te komen volgt een minutieuze beschouwing van het voorlopige getuigenverhoor en het onderliggende probleem.

1. Het voorlopige getuigenverhoor

Het voorlopige getuigenverhoor wordt geregeld in artikel 186 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Dit artikel houdt in dat een voorlopig getuigenverhoor kan worden bevolen in gevallen waarin bij de wet getuigenbewijs is toegelaten. Dit kan voordat een zaak aanhangig is en dient op verzoek van de belanghebbende te geschieden. Wanneer een procedure reeds aanhangig is, kan het een van de partijen zijn die een voorlopig getuigenverhoor aanvraagt. Iemand die wordt opgeroepen voor een getuigenverhoor is verplicht te getuigen. Ook is men verplicht de waarheid te spreken, op grond van artikel 21 Rv.² Op meened staat niet voor niets een gevangenisstraf van zes jaar. Op de verplichting te getuigen bestaan enkele uitzonderingen. De term die hiervoor wordt gebruikt is het 'verschoningsrecht', wat inhoudt dat een getuige kan weigeren zijn getuigenis af te leggen. Dit recht komt toe aan twee groepen personen. De eerste groep waarvoor dit kan gelden is simpel gezegd de groep van personen die in (familie)relatie staat tot een van de partijen. Dit is het geval als er sprake is van een (vroeger) huwelijk of een (vroeger) geregistreerd partnerschap. Ook bloed- en aanverwanten van de partijen of hun echtgenoot tot de twee graad vallen onder dit familiale verschoningsrecht. De tweede verschoningsgerechtigde groep is de groep die hiertoe verplicht is uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd. Tot deze groep behoren onder meer artsen en advocaten. Elke getuige kan zich bovendien verschonen van de

¹ Mr. J. Ekelmans, 'Getuigenbewijs in civiele zaken', *TCR* 2016, p. 12-17.

² Mr. G.J.R. Kalsbeek & Mr. P.N. Malanczuk, 'Mogelijkheden van bewijsvergaring; recente ontwikkelingen', *O&F* 2011-2, p. 42-62.

beantwoording van een aan hem gestelde vraag als hij zichzelf, zijn (vroegere) echtgenoot of geregistreerd partner of zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of derde graad aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen. Dit betekent dat men in feite in veel situaties verplicht zal kunnen worden tegen (of beter gezegd: over) zichzelf te getuigen. Wanneer men weigert te getuigen door niet te verschijnen, kan de 'openbare macht' (lees: de politie) je dwingen te verschijnen (art. 172 Rv). Weigert men ter zitting te getuigen, dan kan de rechter bevelen dat de getuige wordt gegijzeld, voor ten hoogste één jaar. Dit kan slechts in gevallen waarin het belang van de waarheidsvinding dermate groot is, dat gijzeling is gerechtvaardigd (art. 173 Rv).

De Hoge Raad heeft daarnaast enkele afwijzingsgronden in het leven geroepen, die een beroep op het voorlopige getuigenverhoor in de kiem smoren. Deze vier gronden zijn het gebrek aan belang, misbruik van recht, de strijd met de goede procesorde of een ander zwaarwichtig belang.³ Zo wordt, bijvoorbeeld, een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor, bedoeld om achter bedrijfsgeheimen van de concurrent te komen als niet geoorloofd beschouwd.⁴

2. De mogelijkheden van het voorlopige getuigenverhoor

Men kan zich inbeelden dat er op deze manier een hoop dingen te bereiken zijn met het voorlopige getuigenverhoor. Zoals gezegd kan men op deze manier achter bedrijfsgeheimen trachten te komen (ook al zal een dergelijk getuigenverhoor niet snel worden toegelaten), met een ander doel een zogenaamde *fishing expedition* trachten te initiëren of men kan een getuigenverhoor proberen aan te wenden om de wederpartij onder druk te zetten.⁵ Omdat deze doelen niet altijd legitiem zijn, zal een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor onder omstandigheden worden afgewezen. Dat gebeurt echter lang niet altijd.

2.1. Misbruik en willekeur

Afwijzing kan, zoals gezegd, plaatsvinden op vier gronden. De hierbij gehanteerde normen hebben vaak een open karakter. Men kan zich daarom voorstellen dat het instrument van het voorlopige getuigenverhoor onder omstandigheden vatbaar is voor misbruik en willekeur; wat betreft dat laatste zeker wanneer men weet dat het doel van het nieuwe bewijsrecht was om de vrijheid van de rechter zo min mogelijk te beperken.⁶ De vier eerdergenoemde weigeringsgronden die een remedie tegen eventueel misbruik en willekeur moeten leveren, houden het volgende in:

- Gebrek aan belang: dit beginsel is in de wet gecodificeerd in artikel 3:303 BW en stelt: “zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe”. Er moet aldus een legitieme reden zijn om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken.
- Misbruik van recht: van misbruik van recht door de verzoeker kan onder meer sprake zijn, wanneer de verzoeker door de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid tot de aanvraag van een voorlopig getuigenverhoor kan worden gelaten.⁷ In de praktijk speelt dit criterium geen grote rol. Benadeling van de wederpartij moet in dit geval het *enige* doel zijn van de oproeping tot verhoor. Daarnaast moet de verweerder bewijzen dat

³ HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442 (*Frog People Mover/Floriade*).

⁴ HR 6 februari 1987, NJ 1988, 1.

⁵ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 368.

⁶ *Kamerstukken II 1969/70, 10377, 3, p. 8.*

⁷ HR 19 februari 1993, nr. 8128, NJ 1994, 345, HR 6 februari 1987, nr. 7081, NJ 1988, 1 en HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442 (*Frog People Mover/Floriade*).

dit de bedoelingen zijn van de verzoeker. Dit is vanzelfsprekend lastig, nu een procedure op zich al meebrengt dat een wederpartij wordt benadeeld.⁸

- Strijd met de goede procesorde: de goede procesorde is geen concreet gedefinieerd begrip, maar bevat een open norm. Bij de invulling van die open norm houdt een rechter rekening met de bestaande regels, beginselen en vereisten van het procesrecht en bestaande rechtsopvattingen. Kortgezegd komt het erop neer dat de procedure toegankelijk moet zijn, het beginsel van hoor en wederhoor moet worden gehonoreerd en partijen moeten gelijke proceskansen hebben. Ook de beginselen van waarheidsvinding en rechtszekerheid vallen onder het begrip 'goede procesorde'.
- Een ander zwaarwichtig bezwaar: in dit geval moeten er zwaarwegende belangen zijn tegen toewijzing van het verzoek, zoals het bestaan van een bewijsovereenkomst, emotionele of medische onmogelijkheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, de situatie dat het afleggen van de verklaring gevaren voor de getuige of anderen met zich mee kan brengen⁹ of de mogelijkheid tot het volgen van een andere procedure.¹⁰ Ook een onnodige schending van privacy is vaak ongeoorloofd.¹¹

2.2. De problemen in de praktijk

Mij kwam de stelling ter ore dat het verschoningsrecht reeds in alledaagse situaties een onacceptabele vorm van willekeur kan opleveren. Een treffend voorbeeld daarvan biedt de volgende situatieschets. In de trustsector is een groot deel van de in de omloop zijnde informatie doorgaans geheim; niet in de minste plaats informatie van de klanten van een trustkantoor. Dit wordt het zogenaamde 'trustgeheim' genoemd. Daarnaast krijgt een trustkantoor vaak de beschikking over bankrekeningen, waarbij vanzelfsprekend een hoge mate van vertrouwelijkheid komt kijken. In een belangrijk arrest is bepaald dat het trustkantoor zelf geen (afgeleid) verschoningsrecht bezit.¹² Het gevolg hiervan is dat het trustgeheim kan worden omzeild door de aanvraag van een voorlopig getuigenverhoor. Zo kan een wederpartij beslissen een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken van een groot deel van de werknemers van het trustkantoor. Binnen een trustkantoor zijn er immers een hoop medewerkers die over belangrijke informatie beschikken. Zo zijn er de nodige fiscalisten werkzaam, waaraan doorgaans een uitermate groot deel van de vertrouwelijke informatie wordt toevertrouwd. Ook deze personen bezitten geen (afgeleid) verschoningsrecht. De reden dat de rechter de trustsector en haar medewerkers geen afgeleid verschoningsrecht heeft willen toekennen is uiteraard dat het belang van de waarheidsvinding in dit geval het zwaarst weegt, maar ergens wringt dit wel. Zo kan een wederpartij, in dit geval de Belastingdienst, terwijl zij over onvoldoende bewijs beschikt om een procedure te starten middels het instellen van een voorlopig getuigenverhoor, in dit geval onder een scala aan medewerkers van het trustkantoor, zoveel (notabene geclassificeerde) informatie verzamelen dat een procedure kansrijk(er) wordt. Deze ingrijpendheid doet tevens de vraag rijzen of er onder omstandigheden niet toch nog een mogelijkheid is voor deze werknemers om te weigeren te getuigen. Betekent dit daarnaast dat ook elke andere willekeurige belanghebbende derde partij of wederpartij middels een voorlopig getuigenverhoor op de hoogte kan komen van deze geclassificeerde informatie?

In het in bovenstaande situatieschets genoemde concrete arrest, waarin de rechter bepaalde dat een trustkantoor geen (afgeleid) verschoningsrecht heeft, deed de Belastingdienst onderzoek naar geldstromen

⁸ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 367.

⁹ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 372-373.

¹⁰ Zie o.a. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BM1553.

¹¹ G.J.R. Kalsbeek e& P.N. Malanczuk, 'Mogelijkheden van bewijsvergaring; recente ontwikkelingen', *Onderneming en financiering* 2011-2, alinea 1.

¹² HR 27 april 2012, L/N BV3426.

verband houdend met een klant van het trustkantoor. Dit verschoningsrecht komt alleen toe aan de advocaat, notaris, arts en apotheker en de werknemers van deze personen. Ook wanneer een belastingplichtige, die klant is bij het trustkantoor, informatie heeft uitgewisseld met een persoon die wel als geheimhouder wordt aangemerkt (dus een advocaat, notaris, arts of apotheker) en welke informatie in de administratie van het trustkantoor ligt, komt het trustkantoor geen verschoningsrecht toe met betrekking tot die informatie. Overigens kan een belastingplichtige wel zelf weigeren inzage in zijn gegevens als bedoeld in art. 47 AWR te verstrekken op grond van de vertrouwelijkheid van zijn contact met de door hem benaderde geheimhouder. Het administratiekantoor kan dan een beroep doen op dit weigeringsrecht van de belastingplichtige, maar dan moet het administratiekantoor wel bekendmaken om welke belastingplichtige het gaat.¹³ Deze zogenaamde ‘tangconstructie’ roept zijn vragen op. Het lijkt immers niet eerlijk dat een belastingplichtige zichzelf bekend moet maken om een beroep op geheimhouding van zijn stukken te kunnen doen.¹⁴

3. Jurisprudentie

Nu wij reeds één arrest hebben bekeken met betrekking tot deze materie, is de volgende stap het analyseren van overige jurisprudentie op dit gebied, zodat de specifieke grenzen van de materie afgebakend kunnen worden.

3.1. Trustkantoren

In het voorlopige getuigenverhoor is het uitgangspunt dat een rechter geen discretionaire bevoegdheid heeft om het aantal personen dat gehoord wordt en de inhoud van de vragen die gesteld worden te begrenzen.¹⁵ Dit betekent dat men bij wijze van spreken elke medewerker van een trustkantoor kan oproepen voor verhoor, mits dit een legitiem doel of belang dient. In aanvulling op de twee eerdergenoemde arresten, heeft ingevolge een arrest van de Rechtbank Amsterdam uit 2009 te gelden dat een Inspecteur van de Belastingdienst ook inzicht mag vragen in de volledige digitale administratie van het trustkantoor dat voor een (failliete) onderneming managementactiviteiten uitvoerde, om te onderzoeken of er nog onbekende gegevens over de (failliet verklaarde) onderneming in deze administratie te vinden zijn. Dit mag op het moment dat de Inspecteur een gegrond vermoeden heeft dat de administratie de verlangde gegevens bevat. Dat betekent dat men niet naar willekeur mag kiezen welke informatie men wenst in te zien.¹⁶

3.2. Algemeen: fishing expeditions

Er is maar weinig jurisprudentie over vergelijkbare situaties in trustverband. Het algemene concept - het trachten geheime informatie te vergaren teneinde een kansrijke(re) procedure te initiëren - is echter duidelijk. Er kunnen zich daaruit volgend nog andere gronden voordoen op basis waarvan een poging tot informatievergaring onkies is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de eerder genoemde *fishing expeditions*. Dit argument wordt in de rechtspraak veelvuldig aangevoerd. Het komt tevens niet weinig voor dat een beroep hierop wordt gehonoreerd. Van een *fishing expedition* is onder meer sprake als iemand op basis van de verlangde informatie niet van plan is een procedure te starten en evenmin zijn procespositie probeert te

¹³ Zie ook: N. Bergman, ‘Derdenonderzoek Belastingdienst bij trustkantoor en het (afgeleide) verschoningsrecht’, *CB* 2012-95.

¹⁴ V. Huygen van Dyck-Jagersma & Roy van Brandenburg, ‘Trustkantoor heeft geen van geheimhouder afgeleid verschoningsrecht.’, *Peek Advocaten* 11 juni 2012, www.peakadvocaten.nl/peek-van-de-week/trustkantoor-heeft-geen-van-geheimhouder-afgeleid-verschoningsrecht en HR 27 april 2012, *LJN* BV3426.

¹⁵ Rb. Amsterdam 28 februari 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3541*.

¹⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 8 mei 2009, *LJN* BJ4523

beoordelen.¹⁷ Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor dient daarnaast duidelijk in te houden welke feiten en rechten men met de gevraagde informatie zou willen bewijzen; oftewel: het belang van de verzoekende partij moet worden aangetoond.¹⁸ Belangrijk is dat de verklaringen van waarde moeten kunnen zijn voor de beslissing in de te initiëren zaak.¹⁹ Met het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor gaat ook vaak een verzoek tot inzage in bepaalde bescheiden gepaard. Ook in geval van verlangde stukken kan er sprake zijn van een *fishing expedition*. Zo wordt de poging tot het verkrijgen van stukken om te kijken of daarin informatie staat waarvan verzoeker denkt dat deze aanwezig is of waaraan verzoeker hoopt iets te hebben, terwijl deze verwachting niet goed is onderbouwd en er ook geen duidelijke aanwijzingen bestaan dat deze informatie aanwezig of bruikbaar is, ook aangemerkt als ongeoorloofde *fishing expedition*.²⁰ Dit betekent dat de gevraagde informatie duidelijk bepaald moet zijn. Men dient daarbij aan te geven waarom men de informatie belangrijk vindt.²¹

3.3. Derde partijen

In de eerdergenoemde situatieschets en in de aangehaalde “trust”-rechtspraak gaat het om de Belastingdienst die geclassificeerde informatie tracht te verkrijgen. Wat nu als het gaat om een willekeurige derde partij die deze geclassificeerde informatie middels een voorlopig getuigenverhoor wenst te vergaren? Het spreekt voor zich en volgt uit de wet dat deze derde partij in elk geval een belanghebbende (voorafgaand aan een procedure) of een partij (tijdens een gerechtelijke procedure) dient te zijn. Verder lijkt het dat de wetgever geen onderscheid heeft gemaakt tussen een partij als de Belastingdienst, die evenwel in een bepaalde, specifieke relatie tot de belastingplichtige staat, en een andere (vermeende) belanghebbende. Ook dit gegeven wringt, nu het begrip belanghebbende een - niet geheel onvanzelfsprekend - ruime invulling geniet of kan genieten. Een belanghebbende is namelijk degene die overweegt een procedure te starten, evenals degene die vermoedt te worden gedaagd. Ook een (rechts)persoon die in zulke mate bij een procedure betrokken wordt waarbij hij zelf geen partij is, en die ook in een zodanige rechtsverhouding tot een van de in de procedure betrokken partijen staat, dat hij eveneens of nog nauwer bij de procedure betrokken moet worden, wordt als belanghebbende aangemerkt.²² Deze brede definitie, zorgt ervoor dat ook een verzekeraar, aandeelhouder, werknemer of beslagene tot deze groep kan worden gerekend.²³ Ook de rechtspraak lijkt dit beeld te bevestigen. Alhoewel de rechtspraak maar beperkt inhoudelijk ingaat op de gehanteerde maatstaf, blijkt duidelijk dat men niet uitgaat van verschillende gradaties in belanghebbenden. De rechtspraak houdt daarentegen onder meer strak vast aan de eis dat informatie nodig moet zijn om de proceskansen te beoordelen.²⁴ Heemskerk en Jansen zijn in hun noot bij een arrest van de Hoge Raad uit 2006 echter van mening dat het, ondanks het feit dat de verzoeker als belanghebbende kan worden aangemerkt, mogelijk moet zijn om een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor af te wijzen, indien iemands rechtspositie hieraan in de weg staat. De rechter moet hierbij letten op het belang van de verzoeker en de materiële rechten die verzoeker heeft in verband met de verlangde informatie. Verzoeker moet een

¹⁷ Rb. Amsterdam 3 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA4584.

¹⁸ Zie o.a.: Rb. Groningen 20 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY9437, Rb. Rotterdam 16 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8792 en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1077.

¹⁹ Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12108.

²⁰ Rb. Overijssel 11 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2754.

²¹ Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3479.

²² E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 362-363 en H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 232.

²³ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 363.

²⁴ Zie bijvoorbeeld RB Zeeland-West-Brabant 29 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6268 en naar analogie van art. 22 Rv: Hof 's-Gravenhage 16 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1439.

dermate sterke aanspraak hebben op de informatie, dat het belang van waarheidsvinding boven het belang van geheimhouding gaat. Het moet dan kunnen voorkomen dat verzoeker een te zwak of te vaag materieel belang heeft; iets wat eventueel in verband kan worden gebracht met een *fishing expedition*.²⁵ Vooral snog lijkt het echter mogelijk voor elke belanghebbende partij om, zonder gradatie, een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken met betrekking tot geclassificeerde informatie.

3.4. Getuigen tegen jezelf?

Het lijkt daarnaast dat getuigen tegen of over jezelf in principe vrijwel onbeperkt mogelijk is, zolang men zich niet kan verschonen uit hoofde van zijn of haar functie, een familiale betrekking of uit angst voor een strafrechtelijke veroordeling. Ook in de rechtspraak neemt men doorgaans slechts op deze gronden een verschoningsrecht aan.²⁶ Het belang van de waarheidsvinding brengt immers mee dat alleen in exceptionele gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verklaringsverplichting.²⁷ In een uitspraak vergelijkbaar aan de door mij geschetste situatie heeft een medewerker van de AFM zich overigens wel kunnen verschonen van het beantwoorden van een vraag die ervoor zou zorgen dat informatie die de AFM uit hoofde van haar toezichthoudende taak van derden heeft verkregen openbaar zou worden.²⁸ Het verschil zit hem er hier echter in dat medewerkers van de AFM een specifiek wettelijk verschoningsrecht is toegekend (art. 1:89 Wft).

4. Mogelijkheden tot weerstand

Uit de wet en jurisprudentie is inmiddels gebleken dat geheime informatie in beginsel slechts geheim is wanneer deze direct verband houdt met een geheimhouder. Doorgaans zal geheime informatie die zich bevindt bij een trustkantoor (of een andere entiteit die geen bij wet benoemde geheimhouder is) gewoon prijsgegeven moeten worden, ook aan andere partijen dan bijvoorbeeld de Belastingdienst. Uit de combinatie van art. 19 Rv en art. 21 Rv volgt vervolgens dat de informatie die partijen aan elkaar blootstellen ter beoordeling van de wederpartij mag worden gebracht, waarbij geen feiten, gegevens of informatie mogen worden achtergehouden. Aangenomen wordt bovendien dat procespartijen er zelf naartoe moeten werken om alle relevante informatie op tafel te krijgen.²⁹ Zij zijn niet verplicht uit zichzelf de absolute waarheid te produceren.³⁰ Veel ruimte om te weigeren een getuigenverklaring af te leggen blijft er echter niet over. In mijn concrete situatieschets zal men wellicht niet altijd met lege handen staan. Het verzoek zal dan echter moeten afstuiten op redenen die verband houden met het doel of de wijze van de informatieverzekrijging en niet zozeer op het (vertrouwelijke) karakter van de informatie. De mogelijkheden die zich dan voornamelijk aandienen zullen liggen binnen het bereik van het misbruik van recht en eventueel het gebrek aan belang. Een mogelijk zwaarwichtig bezwaar, anders dan verbandhoudend met het argument dat de informatie geclassificeerd is, zal slecht onder bijzondere omstandigheden mee kunnen spelen. Ook een beroep op strijdigheid met de goede procesorde zal in beginsel niet op de beschreven casus van toepassing zijn. Het is daarnaast de vraag of er wellicht toch mogelijke argumenten bestaan voor een persoon om getuigenis te weigeren. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen verweren in het stadium van af- of toewijzing van het

²⁵ PHR 6 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2008:BC3354.

²⁶ zie o.a.: Rb. Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2584, Rb. 's-Gravenhage 18 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18017 en Hof Amsterdam 12 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3411.

²⁷ HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0651.

²⁸ Rb. Amsterdam 29 november 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB9689.

²⁹ Zie onder meer: W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht/Van Schaick Deel 3*, Deventer: Kluwer 2013/40, Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008, p. 7-8 en HR 19 september 2003, NJ 2005, 454.

³⁰ W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht/Van Schaick Deel 3*, Deventer: Kluwer 2013/40.

verzoek en het stadium waarin het verzoek is toegewezen.

4.1. Afwijzing van het verzoek

4.1.1. Fishing expeditions

Zoals eerder al aan bod gekomen, is het verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor uit hoofde van een zogenaamde *fishing expedition* niet geoorloofd. Of dit een belangrijke remedie kan opleveren, is maar de vraag. Het is niet de bedoeling dat men via een getuigenverhoor zomaar op de hoogte kan raken van informatie die men niet in het bezit heeft. Van een *fishing expedition* wordt in de literatuur en in aanvulling op de in de jurisprudentie geformuleerde regels gesproken onder twee voorwaarden: (1) er ontbreekt een verband tussen de informatie die men wenst te verkrijgen en de concrete vordering. Dit kan bijvoorbeeld zo zijn als men de getuigen probeert te verhoren over een ongelimiteerd bereik aan feiten. (2) de informatie waar men achter probeert te komen is nog volledig onbekend bij de verzoeker.³¹ Het zal duidelijk zijn dat vooral aan de eerste eis in casu niet snel zal zijn voldaan. Ook de gevonden jurisprudentie lijkt dit te ondersteunen. Zolang men het verzoek voldoende met redenen omkleedt, de vraag om informatie niet te ruim formuleert en men daadwerkelijk van plan is de informatie in een procedure te gebruiken of in ieder geval de procespositie met behulp van de informatie te bepalen, zal er niet snel sprake kunnen zijn van een *fishing expedition*.

4.1.2. Bedrijfsgeheimen

Meer in het algemeen zal het voor kunnen komen dat er bedrijfsgeheimen in het geding zijn. Het is niet aanvaardbaar dat deze zomaar bij derde partijen terecht komen. Bij de beoordeling van dit argument is volgens Groot ten eerste van belang het karakter van de vertrouwelijke gegevens. In beginsel zouden bedrijfsgeheimen, die niet al om bepaalde redenen openbaar gemaakt moeten worden, niet aan derden verstrekt moeten hoeven of mogen worden. Deze gegevens zijn immers met een reden geheim. Ook de verhouding tussen de verzoeker en het bedrijf waar het verzoek betrekking op heeft is van belang. Het mag niet zo zijn dat een verzoeker de informatie absoluut in zijn voordeel kan gebruiken, terwijl de wederpartij daar ernstig nadeel van ondervindt. Ten derde speelt mee in hoeverre de gegevens bekend (mogen) worden gemaakt door middel van het voorlopige getuigenverhoor. Soms zal een rechter daarom op basis van artikel 29 Rv een beperking leggen op de mate waarin partijen aan derden mededelingen mogen doen over de verkregen informatie.³² Rechtbank Haarlem is van mening dat het in beslotenheid laten plaatsvinden van een verhoor in sommige gevallen afdoende is om vertrouwelijkheid te waarborgen.³³ Partijen moeten er in aanvulling op bovenstaande wel voor waken dat bedrijfsschade zoveel als mogelijk voorkomen wordt.³⁴

4.1.3. 47 AWR

Zoals eerder al aangegeven kan een belastingplichtige zich beroepen op art. 47 AWR. In dat geval kan inzage in bepaalde administratieve bescheiden geweigerd worden. Het trustkantoor moet dan ongelukkigerwijs wel bekendmaken om welke belastingplichtige het gaat.

4.1.4. Geen belang

Indien op basis van andere informatie, zoals deskundigenberichten en schriftelijke stukken reeds een goed

³¹ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 367-368.

³² E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 369.

³³ Rb. Haarlem 15 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM1715.

³⁴ E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor – Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2015, p. 369.

beeld van de procespositie kan blijken, kan een beroep op een voorlopig getuigenverhoor ook afgewezen worden.³⁵ Ook kan men trachten te betogen dat de wederpartij een te zwak of te vaag materieel recht heeft bij de aanvraag van een voorlopig getuigenverhoor.³⁶ Voorgaande zou in verband kunnen worden gebracht met het nog te bespreken proportionaliteitsargument uit paragraaf 4.2.1.

4.2. Weigeren te getuigen tegen jezelf

Ook is het mogelijk dat een voorlopig getuigenverhoor wordt toegewezen, maar dat men zich op basis van zijn hoedanigheid of op basis van andere omstandigheden kan verschonen van het beantwoorden van een vraag. Zoals eerder te lezen viel is de ruimte om te weigeren tegen jezelf te getuigen beperkt. Zo kan men denken aan het professionele of familiale verschoningsrecht en hoeft men ook niet te getuigen wanneer de getuigenis, kort gezegd, gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling van de getuige of van dienst naasten met zich mee kan brengen. In beginsel is het daarbuiten vrijwel onmogelijk om een getuigenis te weigeren. Dit temeer omdat de rechter van mening is dat de mogelijkheden die art. 29 Rv biedt, dat wil zeggen de mogelijkheid om de informatie die aan derden bekend mag worden gemaakt door partijen aan banden te leggen, een goede waarborg schept.³⁷

4.2.1. Proportionaliteit

Wellicht kan men de mogelijkheid tot weigering van het afleggen van een verklaring of het beantwoorden van specifieke vragen baseren op het proportionaliteitsbeginsel. Zo ook stelt de Adviescommissie van het Burgerlijk Procesrecht in een door haar opgesteld rapport uit 2008.³⁸ De Adviescommissie meent dat er een medewerkingsplicht van de getuige valt af te leiden uit, onder meer, de verplichtingen in het kader van het voorlopige getuigenverhoor.³⁹ De commissie is van mening dat, ondanks het gegeven dat feitelijk aan de vereisten voor (gedwongen) medewerking is voldaan, medewerking toch geweigerd kan worden met een beroep op de proportionaliteit. Beoordeling zou moeten plaatsvinden op basis van een marginale toetsing, inhoudend dat men kan weigeren mee te werken wanneer een verzoek tot medewerking kennelijk disproportioneel uitpakt. Een verzoek zou dan eerder disproportioneel zijn in geval van verzoeken tegen derden dan dat dit het zal zijn bij verzoeken tegenover de (voorgenomen) wederpartij.⁴⁰ Hier vallen echter twee mááren bij te bespeuren: het kan zijn dat de rechter de bezwaren tegen proportionaliteitskwesties oplost met gebruikmaking van de informatiebeperkingsbevoegdheid uit art. 29 Rv.⁴¹ Daarnaast hangt een beroep op het proportionaliteitsbeginsel samen met de vier reguliere weigeringsgronden.⁴² Hierdoor vraag ik mij af of dit verweer door de invloed van deze vier weigeringsgronden, die in casu spijtigerwijs niet zomaar van toepassing zijn, snel doel zou kunnen treffen.

³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA1886.

³⁶ PHR 6 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2008:BC3354.

³⁷ Zie o.a. Rb. Haarlem 15 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM1715.

³⁸ Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008.

³⁹ Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008, p. 7.

⁴⁰ Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008, p. 8.

⁴¹ Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008, p. 8 en zie ook: HR 20 december 2002, NJ 2004, 4.

⁴² Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag 14 juli 2008, p. 7-8.

4.2.2. *Informeel verschoningsrecht*

Er bestaat ook iets als het ‘informele verschoningsrecht’. Dit beginsel houdt in dat onder andere de Hoge Raad van mening is dat de Belastingdienst zich moet onthouden van het vragen van inzage in adviezen en correspondentie aan accountants en belastingconsulenten verband houdend met hun cliënten. Dit omdat belastingplichtigen in staat moeten zijn hun belastingadviseur op vertrouwelijke wijze te raadplegen (fair-playbeginsel).⁴³ Zoals de naam al zegt, heeft dit beginsel echter geen formele rechtskracht en is het aan de rechter de toepassing van dit beginsel toe te laten. Het is daarnaast op basis van de algemene regel van de Hoge Raad reeds niet duidelijk op welke concrete, specifieke situaties, waaronder (op de eventuele fiscalist in) de geschetste casus, het fair-playbeginsel van toepassing zal zijn.⁴⁴

5. Conclusie

Ingevolge art. 186 Rv, mag de rechter een voorlopig getuigenverhoor gelasten op verzoek van één der belanghebbenden of partijen. Men is verplicht te getuigen. Doet men dit niet, dan kan de politie overgaan tot gijzeling van de getuige. Dit kan maximaal één jaar duren. Op grond van art. 21 Rv moet een opgeroepen getuige daarnaast de waarheid spreken. Een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor kan echter wel worden afgewezen op basis van enkele gronden. Zo bestaat er een professioneel en een familiaal verschoningsrecht en dient een verzoek te worden afgewezen als dit verzoek gepaard gaat met een gebrek aan belang, als er sprake is van misbruik van recht of strijd met de goede procesorde of als er andere zwaarwichtige bezwaren in het spel zijn. Ondanks deze regeling kunnen zich schrijnende situaties voordoen, zoals beschreven in de door mij voorgelegde situatieschets. Over het algemeen moet worden aangenomen dat (werknemers van) een trustkantoor zich niet kunnen beroepen op een (afgeleid) verschoningsrecht. Geheime informatie is dan in een procedure plotseling niet zo geheim meer, ook niet ten aanzien van belanghebbende partijen die, in casu vergeleken met de Belastingdienst, niet in een directe(re) relatie tot de gevraagde informatie staan. Er zijn concreet maar beperkte mogelijkheden om zich vervolgens toch aan het getuigenverhoor te kunnen onttrekken. Waar de jurisprudentie streng is, poogt men in de literatuur ruimdenkender te werk te gaan, vooral door een proportionaliteitscriterium aan te dragen. Zolang de rechter dit spoor echter niet oppikt, zal het strenge regime van de wet en de rechtspraak gehanteerd blijven worden. Streng maar rechtvaardig? Dat weet ik zo net nog niet.

Contact

Mocht u na het lezen van dit artikel nog vragen of opmerkingen hebben, voelt u zich dan vrij om contact op te nemen met mr. Maxim Hodak, advocaat bij Law & More via maxim.hodak@lawandmore.nl of mr. Tom Meevis, advocaat bij Law & More via tom.meevis@lawandmore.nl of bel ons op +31 (0)40-3690680.

⁴³ Zie o.a. HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3140, P.J. van Hagen, ‘Enkele aspecten omtrent het informeel verschoningsrecht van de belastingadviseur’, *Hertoghs advocaten-belastingkundigen* 27 juni 2012, p. 1-2 en Huygen van Dyck-Jagersma & Roy van Brandenburg, ‘Trustkantoor heeft geen van geheimhouder afgeleid verschoningsrecht.’, *Peek Advocaten* 11 juni 2012, www.peakadvocaten.nl/peek-van-de-week/trustkantoor-heeft-geen-van-geheimhouder-afgeleid-verschoningsrecht.

⁴⁴ P.J. Vvan Hagen, ‘Enkele aspecten omtrent het informeel verschoningsrecht van de belastingadviseur’, *Hertoghs advocaten-belastingkundigen* 27 juni 2012, p. 2-3.