

# Voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht

mr. E. Swaneveld<sup>1</sup>

Op procedures die gevoerd worden in huurzaken is – uiteraard – het bewijsrecht zoals opgenomen in de art. 149 tot en met 207 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) van toepassing. Onderdeel van het bewijsrecht dat in deze artikelen is opgenomen zijn de zogenoemde 'voorlopige bewijsverrichtingen'. Ik doel dan op de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een voorlopig getuigenverhoor (art. 186-193 Rv) of voorlopig deskundigenbericht te bevelen of een voorlopige plaatsopneming (beide geregeld in de artikelen (art. 202-207 Rv) te houden. De exhibitievordering van art. 843a Rv kan ook worden gezien als een voorlopige bewijsverrichting, doch deze vordering blijft in dit artikel buiten beschouwing.

In dit artikel onderzoek ik de vraag in welke omstandigheden in huurzaken deze voorlopige bewijsverrichtingen zouden kunnen worden ingezet. Daarbij zal ik ook ingaan op de omstandigheden waarin het weinig zinvol lijkt om een dergelijk verzoek in te dienen.

Ik begin met het schetsen van de voorwaarden waaraan een verzoek moet voldoen om toegewezen te kunnen worden. De wettelijke eisen zoals opgenomen in de hiervoor genoemde artikelen zijn uitgewerkt in diverse uitspraken van de Hoge Raad en lagere rechters.

## 1. Wettelijke bepalingen

Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming kan voorafgaand aan een eventuele procedure maar ook tijdens een lopende procedure worden gedaan. Wie bevoegd is tot het indienen van een verzoekschrift, is afhankelijk van de vraag of de procedure waarop het verhoor ziet al aanhangig is of niet. Is de procedure nog niet aanhangig, dan kan iedere belanghebbende het verzoek doen. Tot de belanghebbenden behoren de (beoogde) partijen, maar bijvoorbeeld ook een partij die borg staat voor één van de partijen, die eventueel in vrijwaring zou kunnen worden opgeroepen of door voeging of tussenkomst partij bij de procedure zou kunnen worden.<sup>2</sup> Is de procedure al aanhangig, dan kunnen alleen de partijen bij die procedure het verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting doen. De voegende of tussenkomende (rechts)persoon is pas partij nadat voeging of tussenkomst is toegestaan en kan in een lopende procedure dus eerst vanaf dat moment een verzoek indienen. De rechter die bevoegd is in de eventuele procedure waarvoor de verzoeker het bewijs wil vergaren - of beoordelen - is ook de rechter bij wie het verzoekschrift wordt ingediend. In

huurzaken worden deze verzoeken dus bij de sector kanton van de rechtbank ingediend of (als de hoofdzaak al aanhangig is in hoger beroep) bij het gerechtshof.

Een voorlopige bewijsverrichting zal in de regel drie doelen dienen. Allereerst kan iemand er belang bij hebben om bewijsmiddelen veilig te stellen. Een tweede doel is het vergaren van bewijsmiddelen ten behoeve van een lopende of nog te starten procedure. Dat bewijs kan noodzakelijk zijn om een vordering of verweer te onderbouwen. Tot slot kan iemand een voorlopige bewijsmaatregel gebruiken om zijn proceskansen in een eventueel (al dan niet door hem) te starten procedure in te schatten en zo nodig vast te stellen tegen wie een vordering zou moeten worden ingesteld.<sup>3</sup>

In het verzoekschrift moet de verzoekende partij, naast de inhoudseisen die gelden voor alle verzoekschriften,<sup>4</sup> ten minste de aard en het beloop van de vordering opnemen. Ook vermeldt hij de naam en woonplaats van de wederpartij of de redenen waarom de wederpartij onbekend is.<sup>5</sup> Bij het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor vermeldt verzoeker de feiten of rechten die men wil bewijzen en de namen en woonplaatsen van de per-

1. Elina Swaneveld is Professional Support Lawyer bij VMBS Advocaten in Eindhoven.

2. Ook andere partijen kunnen voegen of tussenkomen in een procedure. De borg is slechts genoemd als voorbeeld.

3. Parket bij HR 22 december 2017, NJ 2018, 155. Zie voor een procedure waar het verzoek ertoe diende om vast te stellen tegen wie een vordering zou moeten worden ingesteld Rechtbank Den Haag 1 augustus 2017, ECLI: RBDHA:2017:9026.

4. Art. 278 Rv.

5. Art. 187 lid 3 sub a en d en 203 lid 2 sub a en c Rv.

sonen die men als getuigen wil doen horen;<sup>6</sup> bij een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming de punten waarover het oordeel van de deskundigen wordt gevraagd of de plaats of de zaak die in ogenschouw moet worden genomen.<sup>7</sup>

Voldoet het verzoekschrift aan deze cumulatieve vereisten, dan moet het verzoek in beginsel door de rechter worden toegewezen. Deze verzoekschriftprocedure is niet de plaats voor een inhoudelijke beoordeling van de vordering of het verweer waarvoor de verzoeker bewijs wil verzamelen. Dit uitgangspunt is expliciet opgenomen in een beschikking van de Hoge Raad van 6 juni 2008.<sup>8</sup> In die zaak was een voorlopig getuigenverhoor verzocht. Uit de beschikking van de Hoge Raad van 19 december 2003 volgt dat deze maatstaf ook geldt bij verzoeken om een voorlopig deskundigenbericht.<sup>9</sup> In zijn noot bij een beschikking van de Hoge Raad d.d. 6 februari 1998 merkt Snijders op dat deze maatstaf niet zou gelden bij een verzoek tot het houden van een voorlopige plaatsopneming, omdat deze verrichting zou kunnen worden vervangen door een getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht. De voorlopige plaatsopneming zou van een andere aard zijn dan deze twee voorlopige bewijsverrichtingen.<sup>10</sup> De Rechtbank Limburg meent echter dat de beoordelingsmaatstaf van de Hoge Raad ook moet worden toegepast bij de beoordeling van een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming.<sup>11</sup> De toetsing die de rechter uitvoert is marginaal.

## 2. Afwijzingsgronden

Het verzoek wordt door de rechter afgewezen als het niet voldoet aan de hiervoor genoemde wettelijke vereisten. Dat een verzoekschrift voldoet aan deze wettelijke vereisten, bekennt echter niet dat het verzoek niet afgewezen kan worden. Er zijn namelijk wel degelijk afwijzingsgronden waarop de verwerende partij zich kan beroepen. De marginale toetsing is dus niet zo beperkt als op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Er zijn drie gronden te onderscheiden waarop het verzoek toch door de rechter kan worden afgewezen:<sup>12</sup>

- de verzoeker heeft geen belang bij zijn verzoek;
- de verzoeker maakt misbruik van zijn bevoegdheid;
- het verzoek is gedaan in strijd met een goede procesorde of stuit af op een zwaarwichtig bezwaar.

6. Art. 187 lid 3 sub b en c Rv.

7. Art. 203 lid 2 sub b Rv.

8. HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323; zie ook HR 19 maart 2010, NJ 2010, 172.

9. HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (*Wustenhoff/Ge-buis*).

10. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478, m.nt. H.J. Snijders.

11. Rechtbank Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6959 (*Jazz City Leisure/Rabobank*).

12. HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442, m.nt. W.H.D. Asser (*Frog/Floriade*).

### Geen belang bij het verzoek

Uit de aangehaalde beschikking van de Hoge Raad van 11 februari 2005 blijkt dat het bepaalde in art. 3:303 BW, inhoudende dat wie geen belang heeft, geen actie toekomt, van toepassing is op een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting. Art. 3:303 BW is van algemeen belang en dient daarom ambtshalve te worden toegepast.<sup>13</sup>

Een partij kan om verschillende redenen geen belang hebben bij het verzoek. Een van de redenen die direct in het oog springt, is het gegeven dat de verzoeker in een hoofdzaak vrijwel zeker in het ongelijk zal worden gesteld. De beoordeling of de verzoeker belang heeft bij het door hem gedane verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting komt dan in de buurt van een inhoudelijke beoordeling van de grondslag van een eventuele vordering of verweer van de verzoeker. Wesseling meent dat afwijzing wegens het ontbreken van belang mogelijk is wanneer het materiele recht van de verzoeker te zwak of te vaag is om het houden van (in dat geval) een voorlopig getuigenverhoor te rechtvaardigen of wanneer de vordering in de hoofdzaak kansloos is.<sup>14</sup> De Hoge Raad overweegt echter in de procedure waarin Wesseling haar conclusie schrijft dat de toewijsbaarheid van de beoogde vordering niet ter toetsing voorligt. De beschikking van het Hof wordt daarom vernietigd.<sup>15,16</sup>

Het belang van de verzoeker kan ook ontbreken als de voorlopige bewijsverrichting op een zodanig moment wordt toegepast dat de uitkomst niet meer gebruikt kan worden in de hoofdzaak. Denk aan een voorlopig getuigenverhoor dat op zijn vroegst afgerond zal zijn nadat in de hoofdzaak al getuigenverhoren hebben plaatsgevonden of zelfs al uitspraak is gedaan.<sup>17</sup> Het stadium waarin de hoofdzaak zich bevindt kan ook relevant zijn bij het beoordelen van de vraag of het verzoek in strijd met een goede procesorde is gedaan. Tot slot kan het verzoek worden afgewezen wegens gebrek aan belang als er een andere – voorgeschreven – manier is waarop het beoogde bewijs kan worden geleverd en de voorlopige bewijsverrichting de voorgeschreven weg zou doorkruisen. Dit was het geval in een procedure over de waardevaststelling van ontei-

13. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/251.

14. Parket bij HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1171 (concl. A-G E. Wesseling-van Gent, onder 2.21 en 2.22).

15. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:1171, 3250, r.o. 4.3.4.

16. De Groot c.s. noemt een aantal gevallen waarin de kans van slagen van de vordering in de hoofdzaak zo klein is dat het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wegens het ontbreken van belang is afgewezen, zie E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/275. Deze uitspraken van lagere rechters zijn in het licht van de beschikking van de Hoge Raad d.d. 27 oktober 2017 (zie noot 13) echter – achteraf gezien – onjuist geweest.

17. HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442.

gende effecten. Verzoeker verzocht om het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, maar zowel de rechtbank als het hof wijzen het verzoek af omdat de waardevaststelling in een procedure bij de ondernemingskamer moet plaatsvinden.<sup>18</sup>

#### Misbruik van bevoegdheid

Art. 3:13 BW is ingevolge art. 3:15 BW ook van toepassing op het bewijsrecht. Van misbruik van bevoegdheid bij een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting kan sprake zijn:

- als het verzoek wordt gedaan met geen ander doel dan een ander te schaden;
- als het wordt gedaan met een ander doel dan waarvoor het recht is verleend; of
- als sprake is van zodanige onevenredigheid tussen het belang van de verzoekende en de verwerende partij dat het verzoek in redelijkheid niet kan worden toegewezen.<sup>19</sup>

Het criterium ‘de bevoegdheid wordt uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor deze is verleend’ bespreek ik hier nader. Volgens De Groot c.s. wordt dit criterium onder meer toegepast wanneer sprake is van een fishing expedition,<sup>20</sup> als een ander bewijsmiddel dan de verzochte voorlopige bewijsverrichting geschikt is, als de verzoeker beoogt feiten te onderzoeken ten behoeve van een andere (civiele hoofdzaak), als de hoofdzaak prematuur is of als het verzoek wordt gebruikt om een andere partij onder druk te zetten.<sup>21</sup> Een verzoek kan bijvoorbeeld worden gekwalificeerd als een fishing expedition als het te verzamelen bewijs niet ziet op de in het verzoekschrift omschreven feiten doch op een indruk die men door getuigen bevestigd wenst te zien<sup>22</sup> of als de te bewijzen feiten niet kunnen dienen ter onderbouwing van de vordering in deze specifieke zaak.<sup>23</sup> Het Hof Den Haag wees volgens de Hoge Raad terecht een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor af, omdat verzoeker een groot aantal getuigen wilde horen en niet alleen te bewijzen feiten, maar ook rechtsvragen onderwerp van de verhoren wilde laten zijn. Het Hof oordeelde dat het inzetten van deze voorlopige bewijsverrichting niet in verhouding stond tot de beoogde vor-

dering van verzoeker en wees het verzoek wegens misbruik van omstandigheden af.<sup>24</sup>

#### Strijd met de goede procesorde of een ander zwaarwichtig bezwaar

Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, om een opsomming te geven van de omstandigheden waarin sprake kan zijn van strijd met de goede procesorde of van een ander zwaarwichtig bezwaar. In de praktijk wordt een verzoek regelmatig afgewezen wegens strijd met de goede procesorde, terwijl afwijzing vanwege een van de hiervoor behandelde gronden net zozeer in de rede ligt. Strijd met de goede procesorde wordt dan ook wel gebruikt als ‘paraplusargument’ voor het afwijzen van verzoeken tot een voorlopige bewijsverrichting.

Het onderscheid tussen de al behandelde afwijzingsgronden en de grond ‘een ander zwaarwichtig bezwaar’ is ook (nog) niet uitgekristalliseerd. De Groot c.s. meent dat het met het ‘invoeren’ van deze grond ook mogelijk is geworden om andere belangen dan die van de betrokken partijen in de afwijzing te betrekken.<sup>25</sup> Een tweetal uitspraken dat ziet op verzoeken tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht laat zien dat de mate waarin het onderzoek belastend is voor een betrokken partij (de verweerder) reden kan zijn om het verzoek af te wijzen. In beide zaken waren al deskundigenrapporten aanwezig die elkaar tegenspraken. Een nieuw onderzoek werd – in het stadium waarin de procedure zich bevond – te belastend voor de verweerder geacht.<sup>26</sup> Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenonderzoek waarbij 5000 personen zouden moeten worden betrokken terwijl het belang van de verzoeker uitsluitend emotioneel van aard was, werd ook afgewezen wegens zwaarwichtige bezwaren.<sup>27</sup>

Een veel gebruikte argumentatie bij de afwijzingsgrond ‘strijd met de goede procesorde’ is dat – in het concrete geval! – het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting in strijd is met het beginsel van zo efficiënt mogelijk procederen. Nu een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting echter in beginsel moet worden toegewezen, moet er wel sprake zijn van evidente inefficiëntie. Daarbij kan bijvoorbeeld het stadium waarin de

18. HR 17 november 2017, NJ 2018, 28.

19. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242, m.nt. L. Wichers Hoeth (Enka/Dupont) en HR 19 februari 1993, NJ 1994, 345, m.nt. H.J. Snijders.

20. De meest eenvoudige definitie van het begrip fishing expedition is ‘het hengelen bij een wederpartij naar onbekende gegevens’.

21. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, ‘Het voorlopig getuigenverhoor’, *Burgerlijk Proces & Praktijk* nr. XVII, Deventer: Wolters Kluwer 2015/309.

22. Rechtbank Amsterdam 13 april 2017, NJF 2017, 278 (Geka Textiles/G-Star).

23. Rechtbank Amsterdam 20 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6624. Verzoekers wensen getuigen te horen om vast te stellen welke informatie aan patiënten in het algemeen is gegeven, terwijl in een eventuele procedure zou moeten komen vast te staan welke informatie aan verzoeker is verstrekt.

24. HR 24 juni 1988, NJ 1989, 121, m.nt. J.B.M. Vranken. Uit de noot van Vranken blijkt dat bij de beoordeling tevens (zeer) relevant is geweest het gegeven dat de te bewijzen feiten en rechtsvragen niet de kern van de zaak betroffen. Deze feiten zouden niet tot een beslissing op de vordering van verzoeker hebben kunnen leiden.

25. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, ‘Het voorlopig getuigenverhoor’, *Burgerlijk Proces & Praktijk* nr. XVII, Deventer: Wolters Kluwer 2015/377.

26. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (Wustenhoff/Gebuis). In laatstgenoemde procedure overwoog het hof dat het verzoek moest worden afgewezen wegens zwaarwichtige bezwaren dan wel de eisen van een goede procesorde.

27. Rechtbank Gelderland 12 juni 2017, NJF 2017, 542.

procedure zich bevindt een rol spelen, net als de complexiteit van de feiten in de hoofdzaak. Op het verweer dat sprake is van strijd met de goede procesorde moet in beginsel door de verweerder een beroep worden gedaan. Is er echter sprake van strijd met de goede procesorde omdat publieke belangen in het geding zijn, dan dient deze afwijzingsgrond ambtshalve te worden toegepast. Een voorbeeld treft men aan in het arrest van de Hoge Raad d.d. 13 november 1998, waarin werd geoordeeld dat de rechtbank ambtshalve had mogen beslissen of sprake was van strijd met de goede procesorde omdat het verweer van gedaagde en onaanvaardbare koerswijziging inhield.<sup>28</sup>

### 3. De inzet van voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht

In dit deel van dit artikel ga ik in op de mogelijkheden van de inzet van voorlopige bewijsverrichtingen in huurrechtelijke kwesties. Ik heb in het voorgaande deel veel aandacht besteed aan de mogelijke afwijzingsgronden voor dergelijke verzoeken. Ik zal hierna bij de verschillende kwesties hierop teruggrijpen en dan ook tevens aangeven welk verweer tegen een gedaan verzoek kans van slagen heeft.<sup>29</sup>

*Aantonen van het bestaan van een huurovereenkomst*  
Een partij kan goede redenen hebben om bewijs te verkrijgen waaruit blijkt dat tussen hem en een andere partij een huurovereenkomst tot stand is gekomen of reeds bestaat. Men denkt in dit soort gevallen al snel aan afgebroken onderhandelingen waarbij partijen van mening verschillen over de vraag of zij het eens zijn geworden over de essentialia van een huurovereenkomst en dus of de overeenkomst tot stand is gekomen. Ook kan van belang zijn of de onderhandelingen in een dusdanig vergevorderd stadium waren gekomen dat de afbrekende partij schadeplichtig is jegens de ander omdat afbreken zonder meer niet meer mogelijk was. Een andere situatie waaraan gedacht kan worden is die van de huurder die een vergunning nodig heeft voor het exploiteren van de door hem gehuurde bedrijfsruimte en aan de vergunningverlenende instantie moet aantonen op welke titel hij gebruik maakt van het gehuurde. Zo deed zich ooit een situatie voor waarin een huurder zich in een onderhuursituatie bevond. Hij beschikte niet over een schriftelijke huurovereenkomst en voldeed zijn huur maandelijks contant aan zijn verhuurster. De verhuurster weigerde schriftelijk te

verklaren dat er sprake was van een huurovereenkomst. Het indienen van een verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor was voldoende om die schriftelijke verklaring alsnog te verkrijgen; was die achterwege gebleven, dan was het proces-verbaal van het getuigenverhoor naar verwachting voldoende geweest om het benodigde bewijs aan de vergunningverlener te verstrekken. In deze zaken is een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht een logische zet, waartegen mijns inziens geen kansrijk verweer mogelijk is.

#### *Overlast en/of onderhuur*

De meest in het oog springende aanleiding voor het houden van een voorlopig getuigenverhoor is het aantonen van overlast die door een huurder (of degene voor wie hij verantwoordelijk is) wordt veroorzaakt. Een verhuurder die wil onderzoeken of hij voldoende bewijs heeft om een vordering tot het staken van overlast of het ontbinden van de huurovereenkomst heeft of die wil proberen het aanwezige bewijs uit te breiden, kan in een voorlopig getuigenverhoor de mogelijke getuigen laten horen. De huurder die zich tegen de eventuele vordering van de verhuurder wil verzetten en dus als verwerende partij bij het verzoek wordt aangemerkt, heeft zijnerzijds de mogelijkheid om getuigen te laten horen om zo bewijs ten behoeve van zijn verweer te verzamelen. De consequentie van het volgen van deze route is dat wanneer de getuigen eenmaal gehoord zijn, althans de huurder de mogelijkheid heeft gehad om zijnerzijds getuigen te horen, een aanbod tot het leveren van bewijs in de hoofdzaak door het horen van getuigen snel zal worden afgewezen. De partij die aanvullend bewijs wenst te leveren door middel van getuigen, zal moeten onderbouwen wat deze getuigen nog meer of anders zouden kunnen verklaren dan wat in het voorlopig getuigenverhoor reeds is verklaard.<sup>30</sup>

Wanneer sprake is van geluidsoverlast, kan een voorlopig deskundigenonderzoek ook gebruikt worden voor het verbeteren van de bewijspositie van degene die de overlast wil aantonen. Geluidsmetingen kunnen immers objectieve gegevens over de mate van de overlast opleveren.

Tot slot zou overlast ook een reden kunnen zijn om een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming te doen. Stel je een situatie voor waarin een huurder ernstige geluids- of stankoverlast ondervindt van een in de nabijheid gevestigde ondernemer die zijn bedrijfsruimte van dezelfde verhuurder huurt. Het laten voortduren van die overlast kan een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW opleveren waarop de huurder de verhuurder kan aanspreken. Zeker als het gaat om altijd aanwezige omstandigheden die de overlast veroorzaken, kan de huurder belang hebben bij een vastlegging van de waarneming daarvan door de rechter in een proces-verbaal. Hoewel bewijslevering door getuigen ook mogelijk

28. Zie bijvoorbeeld HR 13 november 1998, NJ 1999, 173.

29. Uiteraard is het altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de inhoud van het verzoekschrift of het zinvol is verweer te voeren tegen een verzoek. Ik ga er in dit artikel vanuit dat de verzoekende partij ten minste heeft voldaan aan de wettelijke eisen en dat de te bewijzen feiten en de (beoogde) vordering voldoende duidelijk zijn omschreven.

30. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

is, kan naar mijn mening hier niet worden gezegd dat een voorlopig getuigenverhoor meer aangewezen is dan een voorlopige plaatsopneming en zou een verzoek daartoe moeten worden toegewezen.

Een voorlopig getuigenverhoor kan ook nuttig zijn als de verhuurder wil aantonen dat de huurder het gehuurde – in strijd met de huurovereenkomst – in gebruik heeft gegeven aan een derde, door het horen van omwonenden als getuigen.

Voorlopige bewijsverrichtingen die worden verzocht in verband met overlast kunnen een prima aanloop zijn naar een kort geding waarin het staken van de overlast of ontruiming van het gehuurde (voortuitlopend op de ontbinding van de huurovereenkomst) wordt gevorderd. De verzoekende partij zal veelal de verhuurder zijn. Het is echter niet uitgesloten dat iemand die juist de overlast ondervindt een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht verzoekt. Het daarbij te verzamelen bewijs kan hij gebruiken voor een eventuele procedure tegen de verhuurder van de overlastveroorzaker om zo te proberen af te dwingen dat de verhuurder op basis van de huurovereenkomst optreedt tegen de overlast veroorzakende huurder. Het is overigens ook voorgekomen dat de kantonrechter de verhuurder in een procedure die een huurder was gestart wegens ondervonden overlast van de zoon van een andere huurder gelastte om ofwel een ontbindingsprocedure, ofwel een voorlopig getuigenverhoor tegen de gestelde overlastveroorzaker te starten.<sup>31</sup>

#### *Geschiktheid van het gehuurde*

Huurder en verhuurder kunnen er belang bij hebben om te laten vaststellen of het gehuurde geschikt is voor het overeengekomen gebruik. Ingevolge de veel van toepassing verklaarde Algemene Bepalingen volgens het ROZ-model heeft de huurder een onderzoeksplicht als het om de geschiktheid van het gehuurde gaat.<sup>32</sup> De huurder kan in het kader van deze onderzoeksplicht een deskundige inschakelen om de geschiktheid van het gehuurde te beoordelen. Als deze deskundige tot het oordeel komt dat het gehuurde niet geschikt is (en ook niet kan worden gemaakt) voor het overeengekomen gebruik en de huurder plaatst daar een deskundigenoordeel tegenover waaruit blijkt dat het gehuurde wel geschikt is of gemaakt kan worden, bestaat een geschil waarbij het van groot belang is dat zo snel mogelijk komt vast te staan of het gehuurde nu wel of niet geschikt is voor het overeengekomen gebruik. De huurder zal immers moeten vaststellen of hij kan weigeren het gehuurde in gebruik te nemen en de huurpenningen te voldoen; de verhuurder zal willen weten of hij de huurder kan dwingen tot

ingebruikname en of de huurder de overeengekomen huurprijs verschuldigd is. Met twee deskundigenrapporten die elkaar tegenspreken hebben beide partijen dan belang bij een derde deskundigenbericht over de geschiktheid van het gehuurde. Partijen kunnen gezamenlijk een derde deskundige benoemen, maar een van hen beiden zou ook een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht kunnen indienen bij de kantonrechter. Men zou ook nog kunnen denken aan een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming, doch mijns inziens is dat niet de aangewezen weg in dezen. De rechter kan immers wel de feitelijke situatie vaststellen bij een voorlopige descende, doch als twee deskundigen het niet eens zijn over de vraag of een object geschikt is voor het overeengekomen gebruik, acht ik de kans zeer klein dat op basis van het proces-verbaal van de descende een oordeel kan worden geveld over dit twistpunt. Het voorlopig deskundigenbericht is dus de meest aangewezen weg. Ondanks dat er al twee deskundigenberichten aanwezig zijn, is er geen reden om aan te nemen dat dit verzoek zou moeten worden afgewezen omdat het te belastend is voor een van de partijen. Het gaat immers om een onderzoek van een object en niet van een partij, zoals in de eerder aangehaalde uitspraak in de zaak Wustenhoff/Gebuis het geval was.<sup>33</sup>

#### *Schade aan het gehuurde/gebreken*

Alle voorlopige bewijsverrichtingen kunnen ook worden ingezet bij geschillen over schade en gebreken aan het gehuurde. De huurder kan er belang bij hebben om te bewijzen dat een bepaald gebrek al aanwezig was bij aanvang van de huurovereenkomst en dat de verhuurder hiervan op de hoogte was dan wel van op de hoogte had moeten zijn. Dit kan hij doen door middel van een deskundigenbericht of door het horen van getuigen. Beide partijen kunnen er belang bij hebben dat wordt vastgesteld wat de oorzaak is van een gebrek aan het gehuurde, in het kader van de toerekenbaarheid daarvan. De huurder die een verhuurder wil aanspreken op de schade die hij lijdt als gevolg van het gebrek, zal immers moeten onderbouwen waarom dit gebrek aan de verhuurder toerekenbaar is. Voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding is het van belang dat komt vast te staan wat het gevolg van de aanwezigheid van een gebrek voor de huurder is. In welke mate beïnvloedt de aanwezigheid van het gebrek de bedrijfsvoering van de huurder, welke gevolgschade is er door het gebrek ontstaan? Het voorlopig deskundigenbericht en het voorlopig getuigenverhoor lijken in veel gevallen de meest aangewezen middelen om in te zetten. Een voorlopige plaatsopneming zou verzocht kunnen worden als het gaat om het vaststellen van gebreken die moeilijk met andere middelen, zoals tekeningen, foto's of video's vast te leggen zijn, doch bewijslevering

31. Ktr. Rotterdam 7 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2739.

32. Als we de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW erop naslaan, vinden we de onderzoeksplicht in de art. 4 (modellen 2003 en 2008) en 2.3 (model 2012).

33. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584.

door middel van deskundigen of getuigen ligt meer voor de hand. Een dergelijk verzoek zou dan ook (terecht) afgewezen kunnen worden wegens gebrek aan belang of strijd met de goede procesorde.

Het moment waarop het verzoek wordt gedaan is uiteraard ook van invloed op de beoordeling van het verzoek. Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenonderzoek is alleen zinvol als de deskundige op dat moment nog de feiten kan vaststellen die van belang zijn voor de beoordeling van de (eventuele) vordering van de verzoeker. Wordt het verzoek gedaan om onderzoek te doen naar een gebrek dat op dat moment al volledig verholpen is, dan is het maar de vraag of het deskundigenonderzoek nog iets zal opleveren. Ook heeft het geen zin om een deskundige de omvang van de schade te laten vaststellen als nog niet vast staat of er wel sprake is van een gebrek. In die gevallen is het voor de verweerder zinvol om een beroep te doen op gebrek aan belang van verzoeker. Een beroep op gebrek aan belang zou ook door de verhuurder kunnen worden gedaan als het onderzoek ziet op een gebrek dat evident tot de onderhoudsverplichting van de huurder behoort. Zoals hierboven toegelicht is een inhoudelijke beoordeling echter in beginsel niet toegelaten. Bij strikte toepassing van de wettelijke bepalingen kan een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht door de huurder in zo'n geval dus niet worden afgewezen.

#### *Dringende werkzaamheden en renovatie*

Een verhuurder die wil overgaan tot het uitvoeren van dringende werkzaamheden of een renovatie in de zin van art. 7:220 lid 1 of 2 BW, kan er belang bij hebben dat door een deskundige in een voorlopig deskundigenbericht wordt vastgelegd welke werkzaamheden exact moeten worden uitgevoerd, op welke wijze dat zal gebeuren en waarom de werkzaamheden nu moeten worden uitgevoerd. Een andere voorlopige bewijsverrichting dan een voorlopig deskundigenbericht lijkt mij hier niet aan de orde. Een voorlopig deskundigenbericht kan vervolgens worden gebruikt om – in kort geding – medewerking van de huurder aan de dringende werkzaamheden of de renovatie af te dwingen. Verweer tegen een dergelijk verzoek lijkt mij niet snel zinvol. Als huurder en verhuurder het niet eens zijn over de uit te voeren werkzaamheden, heeft verhuurder er belang bij om een deskundigenrapport te verkrijgen. De enige situatie waarin mijns inziens verweer tegen een dergelijk verzoek zou kunnen worden gedaan, is een situatie waarin al (een) deskundigenrapport(en) voorhanden zijn waarin alle te stellen vragen beantwoord zijn en een nieuw onderzoek te belastend zou zijn voor de (bedrijfsvoering van de) huurder. In dat geval zou een beroep kunnen worden gedaan op zwaarwichtige bezwaren.<sup>34</sup>

34. Zie ook hier HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (*Wustehoff/Gebuis*).

#### *Oplevering van het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst*

Tot slot kunnen voorlopige bewijsverrichtingen van nut zijn bij geschillen over de vraag of het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst in de juiste staat door de huurder aan de verhuurder is opgeleverd.

Na afloop van de huurovereenkomst kunnen beide partijen er belang bij hebben dat een voorlopige bewijsverrichting plaatsvindt. Met een voorlopige plaatsopneming of een voorlopig deskundigenbericht kan de staat van oplevering van het gehuurde worden vastgelegd. Het moment waarop dit gebeurt is wel uiterst relevant. Zo werd een verzoek tot het houden van een voorlopige plaatsopneming dat pas een jaar na oplevering van het gehuurde werd gedaan afgewezen, omdat met een voorlopige plaatsopneming niet zou kunnen worden bewezen in welke staat het gehuurde zich bij de oplevering bevond en dus of het gehuurde destijds in de juiste staat was opgeleverd.<sup>35</sup> Het verzoek zou om deze reden niet aan de wettelijke eis voldoen dat met het bewijs de gestelde feiten bewezen zouden kunnen worden.<sup>36</sup> De kantonrechter voegde daar nog aan toe dat de verhuurder andere, meer geschikte, mogelijkheden had om aan zijn bewijs te komen.

Geschillen over de oplevering van het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst vinden hun oorsprong vaak in de gang van zaken rondom de terbeschikkingstelling van het gehuurde aan de huurder bij aanvang. Zowel art. 7:224 (lid 2) BW als de Algemene Bepalingen volgens het ROZ-model gaan ervan uit dat partijen bij aanvang van de huurovereenkomst een beschrijving van het gehuurde opmaken. Dit gebeurt echter lang niet altijd. Als op de huurovereenkomst de Algemene Bepalingen Winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW van toepassing zijn verklaard, is het de huurder die hier nadeel van ondervindt. In deze Algemene Bepalingen is namelijk opgenomen dat als geen beschrijving is opgemaakt, ervan uit wordt gegaan dat de huurder een goed onderhouden zaak zonder gebreken ter beschikking gesteld heeft gekregen. Dit is een (toegelaten) afwijking van art. 7:224 lid 2 BW, waardoor het aan de huurder is om te bewijzen dat de staat bij aanvang van het gehuurde anders is

35. Rechtbank Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6959.

36. De kantonrechter lijkt hier de afwijzingsgrond 'gebrek aan belang' te beschouwen als wettelijk vereiste in plaats van afwijzingsgrond. Naar mijn mening is dat onjuist. Aan de wettelijke vereisten is voldaan. De verhuurder heeft omschreven op welke feiten en omstandigheden hij zijn vordering wil baseren, wat de aard en het beloop van de vordering is en welke partijen betrokken zijn. De vraag of met de voorlopige bewijsverrichting het benodigde bewijs kan worden geleverd, is een vraag naar het belang van de verhuurder en gebrek aan belang is, zo blijkt uit de aangehaalde jurisprudentie, een afwijzingsgrond voor een verzoek dat overigens aan de eisen voldoet. Het is echter de vraag of dit onderscheid wel relevant is. Het resultaat is in beide gevallen afwijzing van het verzoek.

dan de goed onderhouden staat waar de Algemene Bepalingen vanuit gaan. Ik heb mij afgevraagd of de huurder een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming zou kunnen inzetten om de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst te laten vastleggen. Ik ben van mening dat dat niet het geval is. Verzoeken tot het bevelen van voorlopige bewijsverrichtingen kunnen immers worden gedaan met het oog op een lopende of te starten procedure. Het doel is dat de verzoekende partij bewijs kan verzamelen voor zijn vordering of zijn positie kan bepalen. Bij aanvang van de huurovereenkomst staat geenszins vast of de huurder ooit een procedure tegen de verhuurder zal starten waarbij de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst ter discussie staat. De huurder heeft dus bij aanvang van de huurovereenkomst nog geen belang bij een te verzoeken voorlopige bewijsverrichting. Zijn verzoek zal dus – zelfs ambtshalve – moeten worden afgewezen.<sup>37</sup>

#### 4. Afsluitend

Uit het voorgaande volgt dat het zeker zinvol kan zijn om een voorlopige bewijsverrichting in te zetten in het huurrecht. Zowel huurder als verhuurder kan een (mogelijke) vordering hebben waarbij hij belang kan hebben bij een voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming. De verzoekende partij zal in zijn verzoekschrift duidelijk moeten aangeven welke vordering hij eventueel tegen zijn verhuurder wil instellen en op welke feiten en omstandigheden de voorlopige bewijsverrichting ziet, waarom juist deze bewijsverrichting de aangewezen manier is om het bewijs te verkrijgen en waarom het verzoek op dit moment wordt gedaan. De verwerende partij zal vervolgens moeten toetsen of de verzoekende partij dit in voldoende mate (en op juiste gronden) heeft gedaan. Zo niet, dan kan hij in het verweerschrift naar voren brengen dat het verzoek moet worden afgewezen wegens gebrek aan belang, misbruik van bevoegdheid of strijd met de procesorde of een ander zwaarwichtig bezwaar.

---

37. De partij die de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst wil laten vastleggen als de andere partij daar niet aan meewerkt, kan een deurwaarder inschakelen om een proces-verbaal van bevindingen op te maken waarin deze staat is vastgelegd.