

De beoordeling van een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag

Prof.mr. A.W. Jongbloed

HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074 (*Hwang/Nidera c.s.; Pine trader*)

1 De feiten

In deze procedure treden procespartijen op die woonachtig c.q. gevestigd zijn op diverse continenten. Allereerst eiser tot cassatie Y.K. Hwang. Hij is bestuurder van Sirius Shipping Inc. (hierna: Sirius), gevestigd te St. Vincent & the Grenadines, een onafhankelijk land in de Caribische Zee dat deel uitmaakt van het Brits Gemenebest. De eerste verweerder in cassatie is Nidera (Suisse) SA (hierna: Nidera), een handelsonderneming gevestigd te Renens (deze plaats ligt iets ten westen van Lausanne), Zwitserland, die een lading witte rijst heeft gekocht. Een gedeelte van de lading is doorverkocht aan verweerder in cassatie nr. 2 Alizés Dendrées SA te Abidjan (Ivoorkust) en verweerder in cassatie nr. 3 Huilerie de Guinee SARL te Conakry (Guinee) (hierna: Alizés en Huilerie). Het was de bedoeling die ladingen af te leveren in respectievelijk Abidjan, Ivoorkust, en in Conakry, Port Guinee.

De volledige lading rijst is ter vervoer naar Abidjan en Conakry ingeladen in de 'Pine Trader', een schip van Sirius. Op de ter zake afgegeven cognossementen staat Sirius als carrier vermeld. De rijst heeft de plaats van bestemming niet bereikt: de 'Pine Trader' is voor de kust van Kaapstad (Zuid-Afrika) gestrand. Bergingsbedrijf Smit heeft de 'Pine Trader' de haven van Kaapstad binnengesleept, maar de lading rijst is verloren gegaan. Smit heeft beslag gelegd op de 'Pine Trader', waarna het schip is verkocht en de opbrengst is aangewend voor de betaling van de lonen van de bemanningsleden en de openstaande hypothecaire schulden van Sirius.

Inmiddels had Sirius, vertegenwoordigd door Hwang, twee andere aan haar toebehorende schepen (de 'Oasis II' en de 'Lundenes') voor \$ 1 per schip verkocht aan Taurus Shipholdings Co. Inc., welke vennootschap bij de koop werd vertegenwoordigd door iemand die tevens (mede)bestuurder van Sirius was.

Nidera, Alizés, Huilerie en de verweerders in cassatie nr. 4 en 5 Amlin Corporate Insurance NV te Amstelveen en Allianz Nederland Schadeverzekering NV te Rotterdam (hierna: Nidera c.s.) hebben mogelijkheden gezocht en gevonden om hun schade alsnog te verhalen. De Amsterdamse voorzieningenrechter heeft aan Nidera c.s. verlof verleend om voor een bedrag van US \$ 7.130.000 conservatoir (derden)beslag te leggen op twee huizen van Hwang en op aan hem toebehorende bankrekeningen bij ABN AMRO Bank en de Rabobank. In het beslagrekest is aangevoerd dat Hwang persoonlijk verwijtbaar heeft gehandeld en daarbij is gewezen op de slechte onderhoudstoestand van de 'Pine Trader' en op onvoldoende hulpverlening nadat het schip was gestrand.

Vervolgens hebben Nidara c.s. een bodemprocedure tegen Hwang aanhangig gemaakt waarin zij het in het beslagrekest genoemde hebben herhaald en hebben betoogd dat Hwang persoonlijk ernstig verwijtbaar en daarmee onrechtmatig jegens hen had gehandeld.

De rechtbank heeft de vordering afgewezen op de grond dat naar het toepasselijke recht van St. Vincent and the Grenadines geen persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder Hwang zou kunnen worden aangenomen.

Nidera c.s. hebben hoger beroep tegen dit bodemvonnis ingesteld maar voordat op dat hoger beroep is beslist, waren er ontwikkelingen op een ander vlak.

2 De procedure

Hwang heeft namelijk in kort geding de opheffing gevorderd van de beslagen op de beide woningen en onder de beide banken. Hij betoogde daartoe dat het door Nidera c.s. ingeroepen recht ondeugdelijk was en beriep zich op de hiervoor genoemde bodemuitspraak waarbij hun vordering was afgewezen. Nidera c.s. verweerden zich en

betoogden – zo werd één dag voor de mondelinge behandeling duidelijk – dat Hwang ook paulianus jegens hen had gehandeld door de verkoop door Sirius, vertegenwoordigd door Hwang, van de twee andere aan haar toebehorende schepen voor \$ 1 per schip aan Taurus.

De voorzieningenrechter heeft de gevraagde opheffing van de beslagen geweigerd. Hij was van mening dat zowel de vraag of de beslagen dienden te worden opgeheven als de vraag of de vordering van Nidera c.s. (on)deugdelijk was, moest worden beantwoord naar Nederlands recht. De gevorderde opheffing werd afgewezen op grond van het op de valreep aangevoerde paulianabetoog. Volgens de voorzieningenrechter viel voorshands niet uit te sluiten dat de bodemrechter zou oordelen dat Hwang persoonlijk verwijtbaar en dus onrechtmatig had gehandeld.

Nidera c.s. hebben vervolgens de ten laste van Hwang gelegde beslagen onvoorwaardelijk opgeheven.

Hwang echter heeft hoger beroep ingesteld tegen het kortgedingvonnis waarbij de opheffing van de beslagen was afgewezen. Zonder succes: het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd en Hwang veroordeeld in de proceskosten.

Weliswaar had Hwang voldoende belang bij zijn hoger beroep, ook nu dit alleen nog de proceskostenveroordeling in eerste aanleg betrof, zodat er geen niet-ontvankelijkheid volgde.

Belangrijk is dat verworpen werd de grief van Hwang dat de voorzieningenrechter zijn beslissing ten onrechte had gebaseerd op de één dag voor de mondelinge behandeling aangevoerde paulianagrond: dat heeft niet geleid tot een onredelijke bemoeilijking van de verdediging of onredelijke vertraging van het geding. Dat die grondslag pas daags voor de zitting is aangevoerd impliceert niet dat een behoorlijke verdediging tegen die (grondslag van de) vordering niet mogelijk was en daarvan is ook niet gebleken. Een doelmatige rechtspleging wordt erdoor gediend dat Nidera c.s. niet voor nieuw opgekomen vorderingen opnieuw beslag moeten leggen en daarom is die eisvermeerdering volgens het hof binnen de grenzen van een goede procesorde toelaatbaar.

Voorts is het hof niet summierlijk gebleken van de ondeugdelijkheid van de vorderingen van Nidera c.s. en evenmin dat de beslagen onnodig zijn gelegd. De enkele omstandigheid dat de vorderingen in de bodemprocedure in eerste aanleg zijn afgewezen brengt dit niet mee, te minder nu hoger beroep is ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. In verband met de beperkingen die eigen zijn aan een kortgedingprocedure kon het hof geen oordeel vellen over de vraag welk recht van toepassing is op de vorderingen van Nidera c.s., maar op voorhand kon niet worden gezegd dat de vordering, die is gebaseerd op schending van een op Hwang persoonlijk rustende verplichting, geen steun vindt in het toepasselijke recht, ook niet als in het midden wordt gelaten welk recht dat is. Daarbij speelde een rol dat Hwang het gestelde paulianus handelen had erkend (!), zodat niet op voorhand kon worden gezegd dat een daarop gebaseerde vordering geen steun vindt in de feiten. Dit leidt tot de slotsom dat

Hwang te weinig heeft gesteld om summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering van Nidera c.s. te doen blijken of van de onnodigheid van het beslag, de wederzijdse belangen van partijen in aanmerking nemende, zodat Hwang niet ten onrechte door de voorzieningenrechter in de proceskosten is veroordeeld.

Hwang legt zich niet neer bij deze uitspraak en stelt beroep in cassatie in.

3 De uitspraak van de Hoge Raad

‘3.3 De onderdelen 1.1-1.3 zijn gericht tegen hetgeen het hof in rov. 2.7 heeft overwogen. De onderdelen houden in de kern in dat het hof, bij de beoordeling van de onderhavige vordering tot opheffing van de gelegde beslagen, ten onrechte mede de paulianagrondslag heeft betrokken, die niet in het beslagrekest is genoemd en in elk geval te laat is aangevoerd. Het oordeel van het hof dat Hwang aldus niet in zijn verdediging is bemoeilijkt, is onbegrijpelijk.

3.4 Bij de beoordeling van de onderdelen wordt vooropgesteld dat de voorzieningenrechter deze “paulianagrondslag” klaarblijkelijk en alleszins begrijpelijk heeft opgevat als een door Nidera c.s. mede aan hun vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd, ten grondslag gelegde onrechtmatige daad van Hwang (zie hiervoor in 3.2.2, laatste zin).

Deze onrechtmatige daad bestond volgens Nidera c.s. in een opzettelijke verkorting van hun verhaalsrecht op Sirius, welk verhaalsrecht is gebaseerd op door Sirius jegens hen gepleegde wanprestatie, daarin bestaande dat de door Sirius vervoerde lading rijst door haar schuld verloren is gegaan. Tegen deze uitleg is in hoger beroep niet opgekomen, en het hof heeft met zijn overwegingen over de “paulianagrondslag” kennelijk ditzelfde bedoeld.

3.5 Voor zover bij de beoordeling of een beslag moet worden opgeheven, de aannemelijkheid van de gestelde vordering ter zake waarvan het beslag is gelegd, wordt meegewogen, is de rechter niet gebonden aan de grondslagen voor die vordering welke in het beslagrekest zijn vermeld. Het staat hem in beginsel vrij zijn beslissing om het beslag niet op te heffen, (mede) te baseren op feiten en omstandigheden die niet in het beslagrekest waren vermeld, maar in het opheffingsgeding nader door de beslaglegger ten grondslag zijn gelegd aan de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd.

3.6 Voor zover de onderdelen zijn gebaseerd op een andere rechtsopvatting dan hiervoor in 3.5 is vermeld, falen zij om die reden. Voor zover de onderdelen motiveringsklachten bevatten tegen feitelijke oordelen van het hof, waaronder het oordeel dat de paulianagrondslag niet te laat is aangevoerd, falen zij omdat deze oordelen niet onbegrijpelijk zijn.

3.7 Onderdeel 2.1 voert, kort samengevat, aan (a) dat, indien het beslag inmiddels is opgeheven door de beslaglegger, daarmee per definitie summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd, en (b) dat het hof, gelet op de hiervoor in 3.1 onder (vii) vermelde beslissing van de bodemrechter (de rechtbank), is uitgegaan van een onjuiste maatstaf bij de beoordeling of summierlijk van deze ondeugdelijkheid is gebleken.

3.8 De klachten falen. Het ligt op de weg van degene die opheffing van een conservatoir beslag vordert om aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gestelde vordering ondeugdelijk is. Indien het beslag in de loop van het geding door de beslaglegger wordt opgeheven en, bijvoorbeeld in verband met de proceskosten, nog slechts moet worden beoordeeld of de vordering tot opheffing daarvan had moeten worden toegewezen, rechtvaardigt het enkele feit van die opheffing door de beslaglegger niet het oordeel dat summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd. Aan de opheffing van een beslag kunnen immers vele motieven ten grondslag liggen. Ook de omstandigheid dat die vordering is afgewezen, rechtvaardigt dit oordeel niet zonder meer indien tegen het vonnis of arrest een rechtsmiddel is ingesteld. In een zodanig geval dienen de wederzijdse belangen van partijen te worden

afgewogen, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat een conservatoir beslag naar zijn aard ertoe strekt om te waarborgen dat, zo een vooralsnog niet vaststaande vordering in de hoofdzaak wordt toegewezen, verhaal mogelijk zal zijn, terwijl de beslaglegger bij afwijzing van de vordering voor de door het beslag ontstane schade kan worden aangesproken. De omstandigheid dat de rechter in de hoofdzaak reeds uitspraak heeft gedaan, dient hierbij te worden meegewogen. Van de rechter kan overigens niet worden gevergd dat hij in zijn vonnis mede een voorlopige beoordeling geeft van de kans van slagen van het door de beslaglegger tegen het vonnis aangewende rechtsmiddel. (vgl. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483)

3.9 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.'

Noot

Een partij mag de ander niet voor het blok zetten

Moet op korte termijn een rechterlijke beslissing verkregen worden, dan ligt het voor de hand de voorzieningenrechter in kort geding te benaderen. Dat is een procedure met een eigen aard (zo gelden de regels van bewijsrecht niet onverkort) en met een eigen procesreglement (zie www.rechtspraak.nl onder landelijke regelingen, civiel recht, rechtbanken, kort gedingen) waarbij processtukken nog op korte termijn kunnen worden ingediend. Onder 6.2 is vermeld dat stukken zo spoedig mogelijk worden ingediend en dat stukken die niet dienovereenkomstig zijn ingediend, door de voorzieningenrechter buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Stukken die minder dan 24 uur (één werkdag) vóór de terechtzitting worden ingediend, worden in beginsel buiten beschouwing gelaten. Daarmee is een handvat gegeven aan de voorzieningenrechter, maar deze beslist aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet sprake zijn van een *fair trial* in de zin van artikel 6 EVRM en het beginsel van hoor en wederhoor (in de zin dat beide partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld de rechter van informatie te voorzien) speelt een belangrijke rol. Gaat het om een kort geding 's morgens vroeg dan gaat het niet aan dat een advocaat de avond ervoor om elf uur nog vele tientallen pagina's aan zijn/haar collega faxt, maar zal een bijgewerkt cijferoverzicht van één A4 waarschijnlijk wel in de beschouwingen worden betrokken. Het mag duidelijk zijn dat er geen sprake is van een *fair trial* als een advocaat al geruime tijd over voor de wederpartij nadelige informatie beschikt en die informatie op de zitting als een konijn uit de hoge hoed tevoorschijn tovert en de wederpartij niet adequaat kan reageren.

In casu werd een dag voor de kortgedingzitting het verweer van Nidera c.s. uitgebreid en werd betoogd dat Hwang paulianeus had gehandeld. Zowel de voorzienin-

genrechter als het hof meenden dat die uitbreiding nog tijdig was gedaan en dat dit voor Hwang niet leidde tot een onredelijke bemoeilijking van de verdediging of een onredelijke vertraging van het geding. Het hof wees er fijntjes op dat Hwang het paulianeus handelen had toegegeven. Ook de klacht in cassatie hierover faalt (vgl. r.o. 3.3 en 3.4). Het toetsingskader van de Hoge Raad is beperkt en komt erop neer dat bekeken wordt of het oordeel onbegrijpelijk is. Daarvan zal niet snel sprake zijn. Zou vijf minuten voor de zitting een pakket van 40 pagina's aan de wederpartij zijn overhandigd en zou de rechter enkel overwegen dat die partij niet in haar verdediging is bemoeilijkt, dan zal dit vragen oproepen. Voegt de rechter eraan toe dat het pagina's uit de administratie van de wederpartij zelf betreft en dat die daarvan dus op de hoogte moet c.q. kan zijn, dan wordt de uitspraak begrijpelijk(er). In casu had de voorzieningenrechter de paulianagrondslag klaarblijkelijk en alleszins begrijpelijk opgevat als een door Nidera c.s. nadere onderbouwing van hun opvatting dat sprake was van een onrechtmatige daad van Hwang: namelijk een opzettelijke verkorting van hun verhaalsrecht op Sirius. Tegen die uitleg is in hoger beroep niet opgekomen en het hof heeft met zijn overwegingen over de paulianagrondslag kennelijk ditzelfde bedoeld. Kortom, er was geen sprake van een nieuw verweer, maar van een andere onderbouwing en het was te laat om daar nu nog over te klagen omdat het in hoger beroep geen punt van discussie was geweest.

Opheffing van conservatoire beslagen in het algemeen

Wie meent een vordering op een ander te hebben kan niet steeds wachten tot dit in rechte is vastgesteld. Staat de vordering vast, dan kan executoriaal beslag worden gelegd, maar in een ander geval dient een rechter te toetsen of er sprake is van een reële vordering. In artikel 700 e.v. Rv is de procedure geschetst waarbij de voorzieningenrechter een voorlopig oordeel velt, waarbij ook duidelijk wordt dat tegen dat oordeel kan worden opgekomen. Van oorsprong is sprake van een uitgebalanceerd stelsel maar inmiddels is de positie van de beslaglegger versterkt ten opzichte van die van de beslagene.¹ Kort gezegd leest de voorzieningenrechter het beslagrekest en als de indruk is 'zo zou het wel eens gegaan kunnen zijn', wordt verlof verleend. Degene die vervolgens met een conservatoir beslag wordt geconfronteerd kan daartegen opkomen en artikel 705 lid 2 Rv noemt bij wijze van voorbeeld enkele opheffingsgronden. Echter, in geval van twijfel wordt het conservatoire beslag niet opgeheven, want stel dat later blijkt dat er wel degelijk een vordering bestond, dan is er in de regel geen verhaal meer mogelijk. Voorzieningenrechtters kiezen veiligheids- halve vaak voor de optie: als te zijner tijd blijkt dat het beslag ten onrechte is gelegd lost zich dat op in een schadevergoedingsverplichting, omdat dan sprake is van

¹ Vgl. M. Meijssen & A.W. Jongbloed, 'Conservatoir beslag in Nederland, zekerheid en pressiemiddel', in: Raad voor de rechtspraak, *Research Memoranda* 2/2010, jaargang 6, Den Haag: SDU

2010 alsook M. Meijssen, 'Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland' (diss. UU; Serie Burgerlijk Proces & Praktijk XV), Deventer: Kluwer 2013. Naar aanleiding van het

rapport voor de Raad voor de rechtspraak zijn de aan een beslagrekest te stellen eisen aangescherpt in de beslag syllabus.

een onrechtmatige daad.² Wordt beslag gelegd voor een te hoge vordering dan is er geen sprake van een onrechtmatige daad en valt dat zelfs te billijken omdat andere schuldeisers medebeslag mogen leggen. In dat geval moet geoordeeld worden aan de hand van de vraag: was er sprake van misbruik van recht?³ Daarvan zal geen sprake zijn als er sprake is van beslag op een bankrekening met een saldo van € 150.000 terwijl de vordering is begroot op € 100.000. Anders kan het echter zijn als beslag wordt gelegd voor een vordering van enkele duizenden euro's op een onroerende zaak die enkele tonnen waard is. Het kan zijn dat dit het enig bekende verhaalsobject is, maar ook is denkbaar dat verhaal mogelijk is op een bedrijfsauto, de inboedel, etc., terwijl de onroerende zaak is belast met een hypotheek en de waarde daarna fors is verminderd waarbij bedacht moet worden dat bij een gedwongen verkoop sprake zal zijn van een fors lagere opbrengst. Illustratief is HR 29 november 1974, *NJ 1975/426 (PHP/De Vos van Steenwijk)*: op de beslaglegger rust een risicoaansprakelijkheid voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering waarvoor beslag is gelegd geheel ongegrond is; indien de vordering slechts gedeeltelijk wordt toegewezen, heeft dit niet tot gevolg dat het beslag ten onrechte is gelegd. Of de beslaglegger aansprakelijk is, moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht. Ingeval het conservatoire beslag is gelegd voor een hoger bedrag dan het bedrag dat bij vonnis is toegewezen en dat de beslagene aanbiedt te betalen, levert de enkele omstandigheid dat de beslaglegger slechts bereid is tot opheffing van het beslag indien (ook) voor het niet toegewezen deel van zijn vordering zekerheid wordt gesteld, geen misbruik van recht op. Voorts levert het enkele feit dat andere voorwaarden worden gesteld voor de opheffing van het beslag dan die welke voortvloeien uit de door de schuldeiser verkregen executoriale titel, op zichzelf nog geen misbruik van bevoegdheid op.

In dit geval hadden Nidara c.s. conservatoir beslag gelegd op twee woonhuizen en twee bankrekeningen. Beslag op een onroerende zaak treft de beslagene niet al te zeer zolang er geen verkoopplannen zijn; het is een middel ter bescherming van recht. Maar beslag op een bankrekening heeft tot gevolg dat het gehele saldo van de bankrekening bevroren wordt⁴ en fungeert vaak als pressiemiddel. Het valt te begrijpen dat toen de rechtbank de vordering van Nidara c.s. in de bodemprocedure had afgewezen op de grond dat naar het toepasselijke recht van St. Vincent

and the Grenadines geen persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder Hwang zou kunnen worden aangenomen, Hwang de opheffing van de beslagen wenste. Omdat Nidara c.s. in hoger beroep tegen die uitspraak waren gegaan zullen zij niet aan die opheffing hebben willen meewerken: zouden zij in hoger beroep gelijk krijgen, dan zou er mogelijk geen verhaalsobject zijn. Anderzijds zal Hwang geen bankgarantie hebben willen stellen (wat conform art. 705 lid 2 Rv een imperatieve opheffingsgrond is), omdat daar de nodige kosten aan zijn verbonden: 1% als jaarprovisie is normaal.

Hoofdregeel is dat een voorzieningenrechter zijn oordeel afstemt op een al gegeven beslissing in een contradictoire bodemprocedure.⁵ Er mag immers vanuit worden gegaan dat in de bodemprocedure alle belangen over en weer aan de orde zijn gekomen en zijn gewogen. Voor de opheffing van conservatoire beslagen geldt een uitzondering op grond van HR 30 juni 2006, *NJ 2007/483 (Bijl/Van Baalen)*. In r.o. 3.6 van die uitspraak overwoog de Hoge Raad

'Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in 3.4 en 3.5 is overwogen, heeft te gelden dat een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag op de grond dat de vordering tot verzekering waarvan dat beslag is gelegd, door de bodemrechter in eerste aanleg is afgewezen, in het geval tegen dat vonnis hoger beroep is ingesteld, niet zonder meer moet worden toegewezen, ook niet onder het voorbehoud van kennelijke misslagen in de uitspraak van de bodemrechter. Ook in een zodanig geval dienen de wederzijdse belangen van partijen te worden afgewogen. De omstandigheid dat de bodemrechter in eerste aanleg in de hoofdzaak reeds uitspraak heeft gedaan, dient daarbij wel te worden meegewogen. Van de voorzieningenrechter kan overigens niet worden gevergd dat hij in zijn vonnis mede een voorlopige beoordeling geeft van de kans van slagen van het door de beslaglegger tegen het vonnis in eerste aanleg ingestelde hoger beroep.'

Een en ander laat zich goed illustreren aan de hand van de casus *Hilber/Holland Casino*. Hilber is werkzaam geweest voor Holland Casino, laatstelijk in de functie van Directeur Gaming. Er bestond een vermoeden dat Hilber ten nadele van Holland Casino zou hebben gefraudeerd door op onrechtmatige wijze samen te werken met een leverancier van speelautomaten Otimex en haar directeur Sekrève. De arbeidsovereenkomst is bij beschikking van de kantonrechter te Haarlem van 23 juni 2000 ontbonden, zonder dat hem een vergoeding is toegekend. Holland Casino heeft in verband met die vermeende fraude een vordering tot betaling van f 6.051.636 (circa € 2.750.000) ingesteld, maar die vordering is afgewezen.

2 Het is vaste rechtspraak dat een beslaglegger handelt op eigen risico. Vgl. HR 15 april 1965, *NJ 1965/331 (Snel/Ter Steege)*; HR 21 februari 1992, *NJ 1992/321 (Van Gastel q.q./Elink Schuurman q.q.)*; HR 13 januari 1995, *NJ 1997/366 (Ontwanger/Bos)* en HR 11 april 2003, *NJ 2003/440; AA 2003, p. 773-778 (AA20030773) (Hoda/Mondi)*. Zie ook: HR 8 februari 2008, *NJ 2008/92 (Bruns/Golden Anchor)*: degene die een beslag legt, handelt op eigen risico en is, bijzondere omstandigheden daargelaten, aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt indien het beslag ten

onrechte blijkt te zijn gelegd.

3 Vgl. art. 3:13 BW en HR 5 december 2003, *NJ 2004/150; JBPr 2004/14 (Kranenburg/Kranenburg)*.

4 Vgl. HR 7 juni 1929, *NJ 1929/1285 (Postgiro-arrest)*.

5 Vgl. HR 21 april 1995, *ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, NJ 1996/462 (Boehringer Mannheim/Kirin Amgen)*; HR 19 mei 2000, *NJ 2001, 407 (Staat/NVV)*: 'Indien de President in kort geding moet beslissen nadat de bodemrechter reeds een vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, dient de President zijn vonnis in beginsel af te stemmen op het oordeel

van de bodemrechter zonder daarbij de kans van slagen van een tegen dat vonnis ingesteld rechtsmiddel te betrekken en ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum. Onder omstandigheden kan plaats zijn voor een uitzondering op dit beginsel, bijvoorbeeld indien het vonnis van de bodemrechter klaarblijkelijk op een misslag berust en de zaak dermate spoedeisend is dat de beslissing op een tegen dat vonnis aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht', en recent HR 24 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1128,2015/266 (KB-Lux)*.

Geruime tijd later blijkt uit een FIOD-rapport en een verklaring van Sekrève in een andere procedure dat Hilber inderdaad met Otimex samenwerkte en dat hij op een Zwitserse bankrekening gelden heeft ontvangen. Holland Casino doet hierop derdenbeslag leggen onder de Stichting Pensioenfonds Holland Casino en start een procedure ex artikel 382 Rv tot herroeping van de hiervoor genoemde uitspraak. Op zijn beurt start Hilber een kortgedingprocedure tot opheffing van het gelegde derdenbeslag en hij betoogt dat de voorzieningenrechter zijn oordeel moet afstemmen op de afwijzende uitspraak en dus het beslag moet opheffen. Zowel voorzieningenrechter Haarlem 19 januari 2007, *NJF* 2007/112 als Hof Amsterdam 28 juni 2007, *NJF* 2007/424 (*Hilber/Holland Casino*) oordelen dat in het licht van HR 30 juni 2006, *NJ* 2007/483 (*Bijl/Van Baalen*) het gelegde beslag gehandhaafd kan worden omdat hier sprake is van een uitzondering op de hierboven genoemde hoofdregel. M. Jansen, 'De positie van de beslaglegger en de beslagene bij opheffing van conservatoir beslag; de Hoge Raad blijft zoekende', *Praktisch Procederen* 2008, p. 3-9, maakt duidelijk dat voorzieningenrechters slechts in uitzonderlijke situaties voor de uitzondering zullen kiezen en als uitgangspunt nemen dat zij hun uitspraak afstemmen op de beslissing in de bodemprocedure.

De verwerping van het cassatieberoep door de Hoge Raad
In cassatie werd in deze procedure allereerst betoogd dat het hof bij de beoordeling van de vordering tot opheffing van de gelegde beslagen, ten onrechte mede de pauliana-grondslag in zijn oordeel had betrokken, hoewel die niet in het beslagrekest was genoemd en in elk geval te laat was aangevoerd.

Dat betoog faalt omdat de voorzieningenrechter die paulianagrondslag klaarblijkelijk en alleszins begrijpelijk heeft opgevat als een door Nidera c.s. mede aan hun vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd, ten grondslag gelegde onrechtmatige daad van Hwang. Tegen die uitleg is in hoger beroep niet opgekomen en het hof heeft met zijn overwegingen over de pauliana-grondslag kennelijk ditzelfde bedoeld. Het betoog faalt ook bij een andere lezing daarvan. Bij de beoordeling of een beslag moet worden opgeheven kan de aannemelijkheid van de gestelde vordering ter zake waarvan het beslag is gelegd worden meegewogen en de rechter is niet gebonden aan de grondslagen voor die vordering welke in het beslagrekest zijn vermeld. Het staat hem in beginsel vrij zijn beslissing om het beslag niet op te heffen, (mede) te baseren op feiten en omstandigheden die niet in het beslagrekest waren vermeld, maar in het opheffings-

geding nader door de beslaglegger ten grondslag zijn gelegd aan de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd.

Ook faalt het betoog dat indien het beslag inmiddels is opgeheven door de beslaglegger, daarmee per definitie summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd, en dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf bij de beoordeling of summierlijk van de ondeugdelijkheid is gebleken. Daartoe wordt onder verwijzing naar HR 30 juni 2006, *NJ* 2007/483 (*Bijl/Van Baalen*) erop gewezen dat het op de weg ligt van degene die opheffing van een conservatoir beslag vordert om aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gestelde vordering ondeugdelijk is. Maar als het beslag in de loop van het geding door de beslaglegger wordt opgeheven en, bijvoorbeeld in verband met de proceskosten, nog slechts moet worden beoordeeld of de vordering tot opheffing daarvan had moeten worden toegewezen, rechtvaardigt het enkele feit van die opheffing door de beslaglegger niet direct het oordeel dat summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd. Aan de opheffing van een beslag kunnen immers vele motieven ten grondslag liggen. Zelfs de omstandigheid dat die vordering is afgewezen, rechtvaardigt dat oordeel niet zonder meer indien tegen het vonnis of arrest een rechtsmiddel is ingesteld. En dan volgt het *Bijl/Van Baalen*-adagium: in een zodanig geval dienen de wederzijdse belangen van partijen te worden afgewogen, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat een conservatoir beslag naar zijn aard ertoe strekt om te waarborgen dat, zo een vooralsnog niet vaststaande vordering in de hoofdzaak wordt toegewezen, verhaal mogelijk zal zijn, terwijl de beslaglegger bij afwijzing van de vordering voor de door het beslag ontstane schade kan worden aangesproken. De omstandigheid dat de rechter in de hoofdzaak reeds uitspraak heeft gedaan, dient hierbij te worden meegewogen. Van de rechter kan overigens niet worden gevergd dat hij in zijn vonnis mede een voorlopige beoordeling geeft van de kans van slagen van het door de beslaglegger tegen het vonnis aangewende rechtsmiddel.

De door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf

Uit het voorgaande blijkt al dat de Hoge Raad blijft bij eerdere uitspraken. Waar de wetgever in artikel 705 Rv dwingend neerschrijft 'De opheffing wordt [mijn cursivering, AWJ] onder meer uitgesproken bij ...', daar hoort volgens de Hoge Raad een belangenafweging plaats te vinden. Zo al HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*De Ruiters/MBO-Ruiters*) r.o. 3.3⁶ en HR 25 november 2005,

6 De kortgedingrechter zal evenwel hebben te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd (vgl. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 314/315, en HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669, r.o. 3.4). Die beoordeling kan niet geschieden los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen.

7 (...) Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 20 maart 1959, *NJ* 1959, 246, heeft geoordeeld, is onjuist de stelling dat de rechter in kort geding zonder in een beoordeling van de wederzijdse belangen van partijen te mogen treden, de opheffing van een conservatoir beslag zou moeten bevelen indien de beslaglegger niet erin slaagt het bestaan van zijn vordering aannemelijk te maken. In de MvA I Inv. bij art. 705 Rv, Parl.

Gesch. Wijziging Rv (Inv. 3, 5 en 6), p. 314, wordt dit arrest aangemerkt als 'het ene uiterste' bij de door de rechter te verrichten belangenafweging: indien de beslaglegger zijn vordering niet aannemelijk maakt, noopt dit nog niet tot opheffing van het conservatoir beslag; zelfs dan moet nog een belangenafweging plaatsvinden (...).

NJ 2006/148 (Rohde Nielsen / De Donge) r.o. 3.9.⁷ Illustratief is HR 4 oktober 2013, *NJ 2013/480 (Carrier Tanker / Ice Shipping)*.

Ice Shipping had in het beslagexploot ten onrechte de plaats van vestiging van haar vertegenwoordiger (Singapore) vermeld in plaats van haar werkelijke vestigingsplaats (de Marshalleilanden). Aldus zou het beslag nietig zijn op grond van artikel 702 j° 440 lid 1 sub a Rv, want voor een conservatoir vreemdelingenbeslag ex artikel 767 Rv is een geldig gelegd beslag een vereiste. De Hoge Raad wees er echter allereerst op dat artikel 66 lid 1 Rv bepaalt dat de niet-naleving van hetgeen in afdeling 1.6 Rv is voorgeschreven slechts nietigheid meebrengt voor zover aannemelijk is dat degene voor wie het exploot is bestemd door het gebrek onredelijk is benadeeld. Daaraan werd toegevoegd dat hoewel de bepaling naar haar bewoordingen slechts geldt met betrekking tot hetgeen in afdeling 1.6 Rv is voorgeschreven (art. 45-66 Rv), zij ook valt toe te passen op andere vormvoorschriften die gelden voor exploten en ten doel hebben de belangen te beschermen van degene voor wie het exploot is bestemd. Het gaat bij de bepaling om een algemeen beginsel en de Hoge Raad baseert dat op de toelichting op het artikel (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 216-217) en die op artikel 438 Rv (Parl. Gesch. Wijziging Rv (Inv. 3, 5 en 6), p. 96, onder 3), waarin als afzonderlijk door de rechter te beslissen punt is genoemd of het verzuim van de betrokken beslagformaliteit tot nietigheid moet leiden. Dit zo zijnde geldt dat op zulke vormvoorschriften met betrekking tot beslagexploten artikel 66 lid 1 Rv daarom van overeenkomstige toepassing is zodat de niet-naleving van die voorschriften derhalve slechts tot nietigheid leidt ingeval degene voor wie het exploot is bestemd, door het gebrek onredelijk is benadeeld in een belang dat door de geschonden norm wordt beschermd.⁸ Het voorschrift van artikel 440 lid 1 sub a Rv (het beslagexploot moet op straffe van nietigheid de woon- of vestigingsplaats van de beslaglegger vermelden) strekt ertoe dat duidelijk is wat de identiteit en woon- of vestigingsplaats van de beslaglegger zijn. En dat betekent – de lijn doortrekkend – dat de niet-inachtneming alleen tot nietigheid leidt indien de beslagene of eventuele andere belanghebbenden hierdoor onredelijk is c.q. zijn benadeeld. Dit past in de algemene opvatting van de wetgever en de Hoge Raad dat waar mogelijk herstel het uitgangspunt moet zijn. De regeling van de herstel-exploten is daar een duidelijk voorbeeld van. Vgl. artikel 120 lid 2 Rv: een gebrek in een exploot van dagvaarding dat nietigheid meebrengt, kan bij exploot, uitgebracht voor de roldatum, worden hersteld; artikel 121 lid 2 Rv: (...) bepaalt de rechter een nieuwe roldatum en beveelt hij dat deze door de eiser bij exploot aan de gedaagde wordt aangezegd met herstel van het gebrek op kosten van de eiser, en artikel 122 Rv (lid 1): verschijnt de gedaagde in het geding, of komt hij, na bij verstek te zijn veroordeeld, in verzet, en beroept hij zich op de nietigheid van het exploot van dagvaarding, dan verwerpt de rechter dat

beroep indien naar zijn oordeel het gebrek de gedaagde niet onredelijk in zijn belangen heeft geschaad en (lid 2) de rechter kan echter in dit geval, zo daartoe gronden zijn, het herstel van het gebrek op kosten van de eiser bevelen. De wetgever spreekt daar geheel andere taal dan in de tot 2002 geldende artikel 90 e.v. Rv (oud) waar nietigheid voorop stond en herstel de uitzondering vormde.

In de regel zal in het kader van artikel 705 Rv sprake zijn van een ruime belangenafweging, maar gaat het om een beslag dat is gelegd voor een geldvordering en er voldoende zekerheid wordt gesteld, dan volgt daaruit min of meer per definitie de opheffing van het beslag. Conservatoir beslag wordt gelegd als middel ter bewaring van recht en met een bankgarantie verkrijgt de beslaglegger de zekerheid dat de bank zo nodig tot uitbetaling zal overgaan. Sterker nog: waar de beslaglegger eerst nog het risico liep dat anderen medebeslag zouden leggen en mee zouden moeten delen in de opbrengst, is dat bij een bankgarantie niet het geval.

De ondeugdelijkheid van de vordering

Betoogd werd dat indien sprake is van een afwijzende bodemuitspraak gevolgd door de opheffing van het beslag door de beslaglegger, daarmee per definitie summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd. Wie enigszins op de hoogte is van de rechtspraak van de Hoge Raad weet dat dit college in de regel kiest voor een subtieler taalgebruik waarbij termen worden gebruikt als ‘in de regel’, ‘in beginsel’ en ‘uitgangspunt is ...’ en niet ‘per definitie’. De Hoge Raad pleegt een slag om de arm te houden omdat zich in de toekomst gevallen kunnen aandienen die een uitzondering rechtvaardigen. In het concrete geval is het weinig verwonderlijk dat het cassatiemiddel niet slaagde, omdat aan de opheffing van het beslag tal van redenen ten grondslag kunnen liggen. Zo kan de beslagene de beslaglegger hebben aangesproken tot een forse schadevergoeding voor het geval het beslag gehandhaafd wordt, welk risico de beslaglegger niet wenst te nemen. Ook kan het zijn dat de beslaglegger inmiddels tot de conclusie is gekomen dat de te verwachten opbrengst dusdanig gering is dat de kosten van het beslag niet of nauwelijks worden gedekt. Voorts kan de opheffing onderdeel uitmaken van een meeromvattende regeling tussen partijen.

Afrondend

Zonder succes is geprobeerd de *Bijl / Van Baalen*-doctrine opzij te zetten. De Hoge Raad blijft vasthouden aan het uitgangspunt dat de voorzieningenrechter die moet oordelen over de opheffing van een conservatoir beslag niet per definitie is gebonden aan een eerder gegeven bodemuitspraak, maar de wederzijdse belangen mag afwegen. Met deze uitspraak geeft de Hoge Raad ook aan dat wie conservatoir beslag legt een zwaarwegend belang heeft dat na verloop van tijd verhaal gezocht kan worden: het conservatoire beslag strekt ertoe te waarborgen dat de

⁸ Zie zo ook HR 16 februari 2007, *NJ 2007/118 (X / Ontvanger)*.

beslaglegger na verkrijging van een executoriale titel over een verhaalsmogelijkheid beschikt. Wordt een conservatoir beslag opgeheven zonder dat daar bijvoorbeeld tegenover staat dat een bankgarantie wordt gesteld, dan betekent dit vaak dat de verhaalsmogelijkheid illusoir wordt. Daaruit vloeit voort dat als de beslagene een gelegd beslag wil opheffen duidelijk moet zijn dat de vordering waarvoor het beslag is gelegd niet zal slagen. Kortom de beslagene heeft een forse stelplicht en het bewijsrisico ligt bij hem. Die stelplicht steekt echter schril af bij hetgeen in het beslag-

rekest moet worden verwoord. Juist omdat de toetsingsmaatstaf van een beslagrekest zo beperkt is, zou het m.i. meer voor de hand liggen de beslaglegger het bewijsrisico te laten dragen. Is conservatoir beslag gelegd en voert de beslagene een verweer dat hout kan snijden, dan zou de beslaglegger moeten aantonen waarom het beslag gehandhaafd moet worden. Nu is de positie van de beslaglegger zoveel gunstiger dat veel beslagenen geen opheffingskortgeding durven starten. De vraag stellen of *equality of arms* in het beslagrecht geldt, is die vraag beantwoorden. ■