

**Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd
conservatoir beslag**

ISBN 978-94-6251-213-9

NUR 320

© 2019 G.J.P. Molkenboer, Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag

Liability after wrongly levied prejudgment attachment
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op

woensdag 15 januari 2020 des middags te 4.15 uur

Gijs Jan Paul Molkenboer

geboren op 13 april 1971
te Oss

Promotoren:

Prof. dr. A.W. Jongbloed

Prof. dr. A.I.M. van Mierlo

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen / 15

- 1 Inleiding en opzet onderzoek / 17**
 - 1.1 Algemeen / 17
 - 1.2 Evenwicht? / 18
 - 1.3 Waarom een onderzoek naar de ‘derde pijler’? / 21
 - 1.4 Doel- en probleemstelling, grenzen van het onderzoek / 21
 - 1.5 Belang van het onderzoek / 22
 - 1.6 Plan van behandeling / 24
 - 1.7 Knelpunten / 24
 - 1.8 Praktische en terminologische wenken / 25

- 2 Rechtsgeschiedenis / 27**
 - 2.1 Inleiding / 27
 - 2.2 Romeinse recht, tot 260 n.Chr. / 27
 - 2.3 Germaans en oudvaderlands recht, tot 1795 / 28
 - 2.3.1 Inleiding / 28
 - 2.3.2 Panding / 29
 - 2.3.3 Grondslagen van het conservatoire beslag / 29
 - 2.4 Een diffuus intermezzo, 1795-1838 / 31
 - 2.4.1 Inleiding / 31
 - 2.4.2 De Republiek onder Frans gezag / 31
 - 2.4.3 Herstel onafhankelijkheid / 33
 - 2.5 Het Wetboek van Regtsvordering, 1838-1991 / 34
 - 2.5.1 Introductie wettelijke basis schadeloosstelling na opheffing et alia / 34
 - 2.5.2 Een aanval op de wettelijke bepalingen over schadeloosstelling na beslag, 1868-1869 / 36
 - 2.5.3 De ‘Lex Hartogh’, wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering in 1896 / 44
 - 2.5.4 De discussie suddert voort na 1896 / 45
 - 2.6 De fundamentele herziening van het beslagrecht, 1992 / 47
 - 2.7 Relevante verdragen, invloed op het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering 1933-heden / 49
 - 2.7.1 Verdrag conservatoir beslag op luchtvaartuigen, 1933 / 49
 - 2.7.2 Implementatie Europese Richtlijn betreffende handhaving IE-rechten, 2007 / 50
 - 2.8 Conclusies / 52

- 3 Grondslagen voor aansprakelijkheid en kenmerken vordering / 53**
 - 3.1 Prejuridische grond onder de grondslagen / 53

-
- 3.2 De aard van de vordering na onterecht beslag in de literatuur en jurisprudentie / 54
 - 3.2.1 Inleiding / 54
 - 3.2.2 Speurtocht naar de kapstok 1913-1965 / 55
 - 3.2.2.1 (On)rechtmatig, goede trouw en schuld? / 55
 - 3.2.2.2 Billijkheid, artikel 292 (oud) Rv? / 60
 - 3.2.3 Het arrest Snel/Ter Steege, 1965 / 62
 - 3.2.4 Bevestiging van de gekozen koers, geen uitzondering voor curatoren, 1992 / 66
 - 3.2.4.1 Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q. / 66
 - 3.2.4.2 Q.q. en/of pro se? / 66
 - 3.2.4.3 Kwalificatie en rangorde schadevordering in faillissement / 69
 - 3.2.5 Nogmaals bevestiging maar nu ook specificering grondslag, 1995 / 69
 - 3.2.6 Cumulatieve conservatoire beslagen / 71
 - 3.2.7 Analogieën schadevergoeding na toepassing van strafrechtelijke dwangmiddelen / 71
 - 3.2.7.1 Wetboek van Strafvordering, artikel 162 BW en Staat/Bekkers / 71
 - 3.2.7.2 Rechtmatig of onrechtmatig? / 74
 - 3.2.7.3 Vrijspraak, verdenking, verdachte / 74
 - 3.2.7.4 Het Voorontwerp Schadecompensatie na strafvorderlijk overheidsop-treden / 76
 - 3.2.8 De beslag vervangende zekerheid, switch naar andere grondslag? / 76
 - 3.3 Afbakening: gedeeltelijk (on)terecht beslag: een onrechtmatige daad maar misbruik van recht, Hoda International/Mondi Foods, 2003 / 78
 - 3.3.1 Hoda International/Mondi Foods / 78
 - 3.3.2 Misbruik = schuld? / 79
 - 3.4 Eerste knelpunt, de onrechtmatige daad als grondslag / 81
 - 3.4.1 Rechtmatig of onrechtmatig / 81
 - 3.4.2 Verlof van de voorzieningenrechter, een (tijdelijke) rechtvaardigings-grond? / 82
 - 3.4.3 De 'waarborgverbintenis', artikel 6:2, 3:12 BW en de echo van Ba-ris/Riezenkamp / 83
 - 3.5 Tweede knelpunt, de aard van de risicoansprakelijkheid / 85
 - 3.6 Derde knelpunt, de 'bijzondere omstandigheden' als pseudorechtvaar-digingsgrond? / 87
 - 3.6.1 De bijzondere omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad / 87
 - 3.6.2 De 'bijzondere omstandigheden' lijken een overbodig ontsnappings-luik en kunnen verwarring scheppen / 91
 - 3.7 Vierde knelpunt, ontbreken van een inhoudelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger / 91
 - 3.7.1 Ten principale ruimte voor 'materiële beoordeling' ter afwering van aansprakelijkheid? / 92
 - 3.7.2 Intrekking van de vordering door de beslaglegger / 94
 - 3.7.3 Vordering van de beslaglegger blijkt verjaard / 95
 - 3.7.4 Overige omstandigheden in risicosfeer beslaglegger / 95
 - 3.7.5 Vordering beslaglegger in kort geding afgewezen / 96

3.7.6	Afwezigheid inhoudelijk oordeel in bodemprocedure buiten risicosfeer beslaglegger? / 96
3.7.7	Procedure in de schadevergoedingsprocedure? / 99
3.7.8	Schikking / 100
3.8	Vijfde knelpunt, de irrelevantie van de processuele tussenstand, moment(en) beoordeling en splitsing beoordelingskaders? / 100
3.8.1	Moment van beoordeling, algemeen / 100
3.8.2	Kranenburg/Kranenburg c.s. / 100
3.8.3	Huydecoper legt vinger op de zere plek / 102
3.8.4	Pleidooi voor momenta en splitsing van beoordelingskaders / 106
3.9	Zesde knelpunt, verjaring van de vordering van de beslagene / 108
3.9.1	Verjaring algemeen / 108
3.9.2	Jurisprudentie over de verjaring van de vordering van de beslagene na een ten onrechte gelegd beslag / 109
3.9.3	De verjaringstermijn van de vordering van de beslagene en artikel 6 EVRM / 112
3.9.4	Opeisbaarheid en geldend maken, ASR/Achmea als richtpunt? / 113
3.9.5	Daadwerkelijk in staat zijn: overmacht en belemmering / 114
3.9.6	Is pas <i>na</i> een (onherroepelijke) uitspraak, waarin de vordering van de beslaglegger is afgewezen, sprake van ‘bekendheid met de schade’? / 117
3.9.7	Is pas na de afwijzing van de vordering van de beslaglegger sprake van ‘voldoende zekerheid’? / 119
3.9.8	Parallel met onverschuldigde betaling, daadwerkelijk in staat zijn, doorslaggevend? / 120
3.9.9	Daadwerkelijk in staat zijn als ruim begrip, logisch en evenwichtig, pleidooi voor verjaring vanaf afwijzing / 122
3.9.10	Overige aspecten verjaring en opeisbaarheid / 125
3.9.10.1	Dient de omvang van de schade vast te staan? / 125
3.9.10.2	Verjaring en voortdurende schade / 125
3.9.10.3	Verjaring en verschillende schadeposten / 125
3.9.10.4	Verschillende regimes, betaling onder protest? / 125
3.9.10.5	Stuiting van de verjaring / 125
3.10	Toepasselijk recht op de vordering tot vergoeding van schade / 128
3.11	Wettelijke basis? / 129
3.11.1	Ten onrechte gelegde beslagen die IE-rechten betreffen / 129
3.11.2	Ten onrechte gelegde beslagen op luchtvaartuigen / 130
3.11.3	Geen aanleiding tot breder debat / 131
3.12	Vordering overdraagbaar en vatbaar voor overdracht? / 131
3.12.1	Bestaande of toekomstige vordering? / 131
3.12.2	Cessie / 133
3.12.3	Vatbaar voor beslag? / 135
3.12.4	Faillissement van de beslagene en de vordering wegens ten onrechte gelegd beslag / 135
3.13	Conclusies / 135
4	De positie van de beslagene tot de definitieve uitspraak in de hoofdzaak / 139

- 4.1 Inleiding / 139
- 4.2 Contractueel uitsluiten van conservatoir beslag? / 139
- 4.3 Zevende knelpunt, de beperkte invloed van de (aspirant-)beslagene op de verzoekschriftprocedure / 140
 - 4.3.1 Zwart of grijs maken van beslag / 140
 - 4.3.1.1 Algemeen / 140
 - 4.3.1.2 Grijs maken en relatieve bevoegdheid / 141
 - 4.3.2 Het horen van de schuldenaar / 142
 - 4.3.2.1 Algemeen / 142
 - 4.3.2.2 Hoger beroep beslagene na horen? / 142
- 4.4 Achtste knelpunt, artikel 701 Rv wordt te beperkt gebruikt en erodeert bovendien / 144
 - 4.4.1 Artikel 701 Rv algemeen / 144
 - 4.4.2 Maatstaf voor de omvang van de zekerheid / 146
 - 4.4.3 Hoger beroep beslaglegger na toepassing artikel 701 Rv? / 149
 - 4.4.4 Tijdstip aanbieding zekerheid, niet voldoen aan voorwaarde / 151
 - 4.4.5 Rechtsmiddelen beslagene na toepassing artikel 701 Rv / 151
 - 4.4.6 Bewijsbeslag en zekerheid voor schade / 152
 - 4.4.7 Europees bankbeslag en zekerheid voor beslagschade / 154
 - 4.4.8 Duur van de zekerheid / 155
 - 4.4.9 Schadevergoeding omdat er geen schade te vergoeden valt? / 156
 - 4.4.10 Samenloop met artikel 224 Rv, cautio judicatum solvi / 156
 - 4.4.11 Het ‘voorlopig beslag’, verdere erosie van artikel 701 Rv? / 161
- 4.5 Negende knelpunt, de beperkte mogelijkheden tot opheffing van het beslag / 166
- 4.6 Tiende knelpunt, beperkte mogelijkheden om ná het leggen van beslag zekerheid voor mogelijke beslagschade af te dwingen / 172
 - 4.6.1 Algemeen / 172
 - 4.6.2 Grondslag, doorwerking artikel 701 Rv? / 175
 - 4.6.3 Grondslag, het kort geding tot opheffing als zodanig? / 179
 - 4.6.4 Grondslag, redelijkheid en billijkheid? / 180
 - 4.6.5 Bevoegdheid, artikel 223 Rv? / 181
 - 4.6.6 Bevoegdheid, artikel 208 Rv? / 181
 - 4.6.7 Andere maatstaven bij zekerheid nadat het beslag is gelegd? / 181
- 4.7 Elfde knelpunt, de bankgarantie ter opheffing van het beslag en de hiermee verkregen prachtige(r) positie voor de beslaglegger / 182
 - 4.7.1 Bankgaranties, algemeen / 182
 - 4.7.2 De ‘vrijwillige’ bankgarantie? / 184
 - 4.7.3 Tekst van de bankgarantie, voldoende zekerheid? / 186
 - 4.7.4 Plussen en min / 187
 - 4.7.5 ‘Teruggave’ of verlagen gestelde bankgarantie? / 190
 - 4.7.5.1 Processuele aspecten / 190
 - 4.7.5.2 Consequenties wettelijk kader / 190
 - 4.7.5.3 Consequenties rechtsmacht en toepasselijk recht / 191
 - 4.7.5.4 Recht terugvorderen bedingen, ontvankelijkheid? / 192
 - 4.7.5.5 Analoge toepassing van artikel 705 Rv in onmiddellijk kort geding tot teruggave, beoordelingskader? / 195
 - 4.7.5.6 Houdbaarheid van de gronden van artikel 705 Rv? / 196

4.7.5.7	Luchtledige? / 197
4.7.6	Bankgarantie en de 'tegen Garantie' / 197
4.8	De irrelevantie van de tussenstand in de procedure revisited / 198
4.8.1	De tussenstand, algemeen / 198
4.8.2	Beoordelingskader / 199
4.8.3	Ontwikkelingen in de bodemprocedure in de praktijk / 199
4.8.4	Weigering beslaglegger verlaging bankgarantie / 200
4.9	De betaling onder protest, promotie of degradatie naar ander beoordelingskader? / 201
4.10	Beslag voor beslag? / 203
4.10.1	Algemeen / 203
4.10.2	Nog geen schade? / 205
4.11	Conclusies / 206
4.12	Suggesties / 210
5	Schadevergoeding / 213
5.1	Inleiding / 213
5.2	Algemene verweren beslaglegger / 213
5.2.1	Aansprakelijk, maar geen schadevergoeding, exoneratie? / 214
5.2.2	Rechtvaardigingsgronden en 'bijzondere omstandigheden' / 214
5.2.3	Bestaan schade onvoldoende aannemelijk? / 214
5.2.4	Geen doel dus geen schade? / 215
5.2.5	Het beslag was al opgeheven. Of toch niet? / 215
5.2.6	Het was de gerechtsdeurwaarder / 216
5.2.7	Goederen die aan het beslag zijn onttrokken / 216
5.2.8	Niet rechtmatig belang, voordeelsverrekening / 216
5.2.9	Eigen schuld en verzuim schadebeperking / 217
5.2.9.1	Algemeen / 217
5.2.9.2	Verzuim schadebeperkingsplicht / 217
5.2.9.3	Eigen schuld en algemene rechterlijke matigingsbevoegdheid / 218
5.2.9.4	Sluit de aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger een beroep op eigen schuld uit? / 219
5.2.9.5	Impliceert de aard van de aansprakelijkheid bij eigen schuld steeds een billijkheidscorrectie ten faveure van de beslagene? / 220
5.2.9.6	Ontstaan van de schade, eigen schuld / 222
5.2.9.7	Omvang schade, verzuim schadebeperkingsplicht / 223
5.2.9.8	Passiviteit na het beslag / 226
5.2.9.9	Beslag is geen loterij zonder nieten, schending van de 'mededelingsplicht' als onderdeel van de schadebeperkingsplicht / 228
5.2.9.10	Vervangende zekerheid en betaling, schadebeperking of verlies van aanspraken? / 229
5.2.10	Een latere schadeveroorzakende gebeurtenis / 233
5.3	Twaalfde knelpunt, de (tweede) causaliteit en toerekening naar redelijkheid / 234
5.3.1	Algemeen / 234
5.3.2	Aard van de aansprakelijkheid, nauwer causaal verband vereist? / 234
5.3.3	Proportionele aansprakelijkheid, kansschade / 235
5.3.3.1	Algemeen / 235

- 5.3.3.2 Fortis/Bourgonje / 236
- 5.3.3.3 De Hoge Raad en proportionele aansprakelijkheid, vervolg / 238
- 5.3.3.4 Jurisprudentie proportionele aansprakelijkheid na onrechtmatig beslag / 239
- 5.4 Dertiende knelpunt, de bewijslast / 245
 - 5.4.1 Algemeen / 245
 - 5.4.2 Toepassing van de omkeringsregel en aannemen van *condicio sine qua non-verband?* / 246
 - 5.4.3 Kramer/ABN AMRO / 247
 - 5.4.4 Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger / 248
 - 5.4.5 Generieke inperking van het domein van de omkeringsregel / 253
 - 5.4.6 Verwezenlijking van de materiële norm als rationale voor omkering van de bewijslast / 254
 - 5.4.7 Tussenconclusies / 257
 - 5.4.8 Vermoeden als oplossing? / 257
 - 5.4.8.1 Verschillende vermoedens / 257
 - 5.4.8.2 Introductie wettelijk vermoeden? / 258
- 5.5 Veertiende knelpunt, de schoonheid van de hypothetische vergelijking en de onbereikbaarheid daarvan / 259
 - 5.5.1 Forward/Huber / 259
 - 5.5.2 Pleidooi voor een gedeeltelijk forfaitaire benadering / 262
 - 5.5.3 Begroting van de schade, algemeen / 263
 - 5.5.4 Herstel in de oude toestand? / 263
- 5.6 Schadeposten / 264
 - 5.6.1 Schade door het stellen van een bankgarantie / 264
 - 5.6.2 Schade als gevolg van derdenbeslag op vorderingen van de beslagene / 265
 - 5.6.3 Hoe de schade door blokkade van een geldsom te bepalen? / 266
 - 5.6.4 Vijftiende knelpunt, proceskosten gerelateerd aan het onterechte beslag / 271
 - 5.6.4.1 De voorrangregel van de Hoge Raad / 271
 - 5.6.4.2 Bijzondere omstandigheden / 277
 - 5.6.4.3 Vergoeding werkelijke kosten als norm, de Handhavingsrichtlijn / 278
 - 5.6.4.4 Vergoeding werkelijke kosten als uitgangspunt, ontwikkelingen / 278
 - 5.6.4.5 Advieskosten / 280
 - 5.6.4.6 Financieringslasten verweer tegen beslag / 280
 - 5.6.4.7 Proceskosten in procedures tussen beslagene en derden, als gevolg van het beslag / 280
 - 5.6.4.8 Tussenconclusies advocaat- en proceskosten / 281
 - 5.6.5 Schade doordat een transactie geen — of pas later — doorgang heeft kunnen vinden / 282
 - 5.6.6 Schade wegens gedeerde winst / 283
 - 5.6.7 Schade als gevolg van verlies of gemiste winst op beleggingen / 284
 - 5.6.8 Schade als gevolg van betalingen (onder protest) aan de beslaglegger / 288
 - 5.6.9 Kosten bepaling schade / 289
 - 5.6.10 Kosten afhandeling beslag / 289
 - 5.6.11 Kosten doorhaling beslag en weigering vrijgave / 290

- 5.6.12 Reputatieschade / 290
- 5.6.13 Vermindering van kredietwaardigheid, hogere financieringslasten / 291
- 5.6.14 Apaiseren van stakeholders en crediteuren / 293
- 5.6.15 Immateriële schade / 293
- 5.6.16 Tweedegraadsschade? / 294
- 5.6.17 Schadeverplichting beslagene jegens derden / 295
- 5.6.18 Advieskosten schadebeperking / 296
- 5.7 Processuele aspecten van de vordering van de beslagene / 296
- 5.7.1 Voorschot / 296
- 5.7.2 Verwijzing naar schadestaatprocedure / 296
- 5.7.3 Beslaglegger gaat in appel, doch formuleert geen grieven tegen toewijzing reconventionele vordering beslagene / 296
- 5.7.4 Beoordeling vordering schadevergoeding beslag voor beoordeling vordering beslaglegger, proceseconomie / 297
- 5.8 Schadevergoeding, algemene conclusies / 298

6 Aansprakelijkheid van derden voor een onterecht gelegd beslag / 303

- 6.1 Inleiding / 303
- 6.2 Aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger / 304
- 6.2.1 Inleiding / 304
- 6.2.2 Tuchtrechtelijke normering / 306
- 6.2.3 Het ex-partekarakter van de verloffprocedure en artikel 21 Rv / 307
- 6.2.3.1 Algemene verplichting tot informeren bij ex-parteprocedure bewaren-de maatregel / 307
- 6.2.3.2 Verschillende schendingen van artikel 21 Rv bij het verzoek om conservatoir beslag te leggen / 312
- 6.2.3.3 Aard van het conservatoir beslag / 315
- 6.2.3.4 Sancties voor de beslagleggende partij in de verloffprocedure / 318
- 6.2.3.5 Is afdoening van de schending van artikel 21 Rv binnen de procedure uitputtend? / 320
- 6.2.4 Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger / 320
- 6.2.4.1 Grondslag / 320
- 6.2.4.2 Twee categorieën gedragingen, schending van artikel 21 Rv en de kansloze vordering die ten grondslag ligt aan het beslag / 322
- 6.2.5 Conclusies / 325
- 6.3 Aansprakelijkheid van bestuurders na een door een bv of nv gelegd onrechtmatig beslag / 325
- 6.3.1 Inleiding / 325
- 6.3.2 De bestuurder heeft namens de vennootschap gehandeld en deze komt de daaruit voortvloeiende verplichting niet na / 327
- 6.3.3 De bestuurder heeft *bewerkstelligd of toegelaten* dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt / 329
- 6.3.3.1 Normstelling / 329
- 6.3.3.2 Ernstig rekening houden met de verplichting / 332
- 6.3.3.3 Wetenschap van de benadeling en persoonlijk en ernstig verwijt / 334
- 6.3.3.4 Stelplicht en bewijslast / 337

6.3.4	Schending van een eigen zorgvuldigheidsnorm? / 338
6.3.4.1	Normstelling / 338
6.3.4.2	Schending van artikel 21 Rv / 340
6.3.5	Conclusies / 340
6.4	Aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder na ten onrechte gelegd beslag / 341
6.4.1	Inleiding / 341
6.4.2	Deurwaarder en ten onrechte gelegd conservatoir beslag / 343
6.4.3	Conclusies / 345
6.5	Aansprakelijkheid van de ‘achterliggende procespartij’ of opdrachtgever van de procespartij na een ten onrechte gelegd beslag / 346
6.5.1	Achterliggende partijen / 346
6.5.2	Conclusies / 348
7	Schadevergoeding na bewarende maatregelen in België en Duitsland / 349
7.1	Inleiding / 349
7.2	Bewarend beslag in België / 350
7.2.1	Plaats in het systeem / 350
7.2.2	Goederenrechtelijke aspecten / 350
7.2.3	Register / 351
7.2.4	De beslagrechter / 353
7.2.5	Drie vormen van bewarend beslag / 354
7.2.6	Voorwaarden voor het bewarend beslag / 355
7.2.6.1	Algemeen / 355
7.2.6.2	Urgentie, spoedeisendheid, hoogdringendheid / 355
7.2.6.3	Zeker en vaststaand / 356
7.2.6.4	Opeisbaar / 356
7.2.7	Procedure / 357
7.2.7.1	Ex parte, informatieplicht verzoeker / 357
7.2.7.2	Verzoekschrift / 357
7.2.7.3	Tijdelijk karakter / 357
7.2.8	Rechtsmiddelen / 358
7.2.8.1	De beslagrechter weigert toelating van het beslag / 358
7.2.8.2	Opkomen tegen een beslag dat zonder voorafgaande machtiging van de beslagrechter is gelegd / 358
7.2.8.3	Derdenverzet tegen de beschikking die het beslag toestaat / 359
7.2.8.4	Kantonnement / 359
7.2.8.5	Opheffing wegens afwijzing van de vordering van de beslaglegger / 360
7.2.9	Aansprakelijkheid na executie uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak, onrechtmatige executie, misbruik van beslagrecht / 360
7.2.9.1	Voorlopige uitvoerbaarheid, vernietigd vonnis of arrest / 360
7.2.9.2	Vrijwillige uitvoering van later vernietigd vonnis of arrest / 361
7.2.9.3	Misbruik van bewarend beslag / 362
7.2.9.4	Onrechtmatige executie / 362
7.2.9.5	Een vreemde eend in de bijt, misbruik van beslagrecht door de schuldenaar / 362

- 7.2.9.6 Toewijzing van de vordering van de beslaglegger: rechtmatig bewarend beslag? / 363
- 7.2.10 Risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag? Materiële beoordelingskader / 363
 - 7.2.10.1 Wetsgeschiedenis / 363
 - 7.2.10.2 Jurisprudentie en opvatting Cornelis, interessante stap terug in het debat / 364
 - 7.2.10.3 Processuele route bepaalt mede het beoordelingskader, Tapijten-arrest / 366
 - 7.2.10.4 Toetsing ex tunc of ex nunc, het Lampen-arrest / 367
 - 7.2.10.5 De regel uit het Tapijten-arrest na verwijzing / 368
 - 7.2.10.6 Implementatie van de Handhavingsrichtlijn is ambivalent en lijkt 'contre coeur' / 370
- 7.2.11 Conclusies / 372
- 7.3 Bewarend beslag in Duitsland / 374
 - 7.3.1 Plaats in het systeem / 374
 - 7.3.1.1 Beperkte toepassing Arrest en mogelijke verklaringen daarvoor / 376
 - 7.3.1.2 Stabiel wettelijk kader / 377
 - 7.3.2 Goederenrechtelijke aspecten / 378
 - 7.3.3 Registratie verweer (gepretendeerde) schuldenaar / 379
 - 7.3.4 Voorwaarden voor het Arrest / 379
 - 7.3.4.1 Arrestgrund / 379
 - 7.3.4.2 Arrestgesuch / 381
 - 7.3.5 Procedure / 381
 - 7.3.5.1 Relatieve bevoegdheid / 381
 - 7.3.5.2 Inhoud verzoek / 381
 - 7.3.5.3 Ex parte? / 382
 - 7.3.5.4 Geen termijn voor het indienen van de eis in de hoofdzaak / 383
 - 7.3.5.5 Vervaltermijn / 383
 - 7.3.5.6 Waarheidsplicht en materiële beoordeling / 384
 - 7.3.5.7 Zekerheid / 384
 - 7.3.6 Rechtsmiddelen schuldenaar / 385
 - 7.3.6.1 Berufung / 385
 - 7.3.6.2 Widerspruch / 385
 - 7.3.6.3 Aufhebungsverfahren / 386
 - 7.3.7 Aansprakelijkheid na executie uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak, onrechtmatige executie, misbruik van beslagrecht / 386
 - 7.3.7.1 Aansprakelijkheid na ten onrechte tenuitvoerlegging vonnis of arrest / 386
 - 7.3.7.2 Dreiging met executie, vordering deels afgewezen / 387
 - 7.3.8 Schadevergoeding na Arrest, de wettelijke basis in § 945 ZPO / 388
 - 7.3.8.1 Algemeen / 388
 - 7.3.8.2 Aard van de aansprakelijkheid / 388
 - 7.3.8.3 Algemene vereisten / 391
 - 7.3.9 § 945 ZPO in verschillende scenario's / 391
 - 7.3.9.1 De vordering die ten grondslag ligt aan de Arrestanspruch wordt in de Hauptsache afgewezen / 391
 - 7.3.9.2 Ontbreken materiële beoordeling vordering beslaglegger / 393

7.3.9.3	Wel een Arrestanspruch maar geen Arrestgrond / 393
7.3.9.4	Termijn instellen eis in de hoofdzaak verlopen / 394
7.3.9.5	Het Arrest is ‘ungerechtfertigt’ vanwege een formeel gebrek / 394
7.3.10	Procedure en kenmerken vordering / 394
7.3.10.1	Verjaring / 395
7.3.10.2	Reikwijdte / 395
7.3.10.3	Eigen schuld / 396
7.3.11	Schade en toerekening / 399
7.3.11.1	Beperking in de tijd / 399
7.3.11.2	De omvang van de schade / 400
7.3.11.3	Jurisprudentie § 717 en § 945 ZPO, strenge(re) eisen ‘tweede’ causaal verband? / 401
7.3.11.4	Hot Socks, een voorzichtige verruiming van het vereiste causale verband? / 403
7.3.11.5	Kosten schadebeperking, proceskosten / 404
7.3.12	Conclusies Duits recht / 405
8	Slotbeschouwing en belangrijkste conclusies / 407
8.1	Het pannembier van de Hoge Raad / 407
8.2	Het fundament / 408
8.3	Paalwormen in de heipalen / 410
8.4	Losse traptreden naar boven / 411
8.5	Tocht op zolder, beslagene in de kou / 413
8.6	Gluren bij de burens / 414
8.7	Renoveren of nieuwbouw? / 415
	Summary / 417
	Lijst verkort aangehaalde literatuur en publicaties / 423
	Besproken en geciteerde jurisprudentie / 439
	Dankwoord / 463
	Curriculum vitae / 465
	Bijlage / 467

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
A-G	advocaat-generaal
aant.	aantekening(en)
Adv. Blad.	Advocatenblad
AR	AR-Updates
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
art.	artikel(en)
bijl.	bijlage(n)
BB	Betriebsberater (Duitsland)
BER	Beslag en Executie in de Rechtspraktijk
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
BGH	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BFH	Bundesfinanzhof (Duitsland)
BW	Burgerlijk Wetboek
B.W.	Burgerlijke Wetboek (België)
CR	Computer und Recht (Duitsland)
CR	Computerrecht
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.a.w.	en andere wetten
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EAPO	European Account Preservation Order
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
FIP	Tijdschrift Financieringen, Zekerheden en Insolventiepraktijk
Fw	Faillissementswet
Ger.W.	Gerechtigd Wetboek (België)
Gdw	Gerechtsdeurwaarderswet
GM	Schrijver dezes
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Duitsland)
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvD	Hof van Discipline
IE	intellectuele eigendom
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
inv.	invoering
I.R.D.I.	Intellectuele rechten/Droits intellectuels (België)
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JBPR	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JLMB	Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (België)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	kort geding
m.nt.	met noot van
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Feitenrechtspraak civiele uitspraken
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Duitsland)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Duitsland)
nr.	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OLG	Oberlandesgericht
p.	pagina('s)
par.	paragra(a)ff(en)
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Prg.	De Praktijkgids kantonrechtspraak voor de rechtspraak
P&B	Tijdschrift voor Procesrecht en Bewijsrecht (België)
Rb.	Arrondissementsrechtbank
RABG	Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent (België)
red.	redactie
pres.	president arrondissementsrechtbank
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Duitsland)
Rn.	Randnummer (Duitsland)
RON	Rechterlijke uitspraken online
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RW	Rechtskundig Weekblad (België)
RvD	Raad van Discipline
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
S&S	Schip & Schade
Sv	Wetboek van Strafvordering
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht (België)
tz.	Teilziffer (Duitsland)
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
vzr.	voorzieningenrechter
W	Weekblad voor het recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Duitsland)
ZPO	Zivil Prozess Ordnung (Duitsland)

Hoofdstuk 1

Inleiding en opzet onderzoek

‘Als het ooit waar is dat de wet, die aan de eene zijde waken moet voor de belangen en regten der schuldeischers, aan de andere zijde tevens zorgen moet, dat de ingezetenen worden bemoeilijkt door ligtvaardige en ongegronde vervolgingen; dit dan vooral geldt in zake van het toekennen der bevoegdheid tot het leggen van arresten.’¹

1.1 Algemeen

Een partij die een vordering op een andere partij pretendeert te hebben heeft belang bij een voorlopige maatregel om haar verhaal voor die vordering veilig te stellen, totdat de rechter over die vordering heeft beslist. Deze voorlopige maatregel is in Nederland het conservatoir beslag.

Ons land wordt, zeker in vergelijking met de ons omringende landen, vanouds beschouwd als een ‘beslagparadijs’.² Doorgaans wordt in de procedure waarin het verzoek om verlof tot conservatoir beslag wordt beoordeeld, de (aspirant-)beslagene niet gehoord.³ Een korte omschrijving van de vordering volstaat. De beoordeling door de voorzieningenrechter in deze procedure vindt ‘ex parte’ plaats. De voorzieningenrechter beslist op basis van summier onderzoek. Dit alles in een fase waarin over de vordering van de beslaglegger nog niet(s) is beslist. Dat laatste aspect lijkt in wetgeving en literatuur soms onderbelicht, nu bij conservatoir beslag de beslaglegger veelal wordt aangeduid als ‘schuldeiser’ en de (aspirant-)beslagene als ‘schuldenaar’.⁴ Daardoor wordt de suggestie versterkt dat het leggen van conservatoir beslag in beginsel gerechtvaardigd is ‘tenzij onverhoopt anders blijkt’. Echter, zoals Vos de Wael in 1856 de verhoudingen al scherp schetste:

1. De Pinto 1857, p. 772.
2. Doorgaans wordt hier verwezen naar Vos de Wael 1856, p. 22, die aldaar op zijn beurt Van der Linden citeert (1794, p. 269): ‘De arresten, die bij ons zeer frequent zijn, zoo dat men zeggen kan, dat wij verkeren in Patria Arresti’. Ook Van der Linden lijkt hier te citeren, en wel (reeds in 1702) Bort: ‘Naedemael dat wy hier te Lande zijn in Patria Arresti, soo kan by ons op yder eens Persoons, ende oock op yder eens goederen, Arrest verleent werden, soo wanneer als de twee Requisiten, waer van in ‘t voorgaende Deel is gehandelt, concurreren’. Zie Bort 1702, p. 909. Overigens zullen de ons omringende landen intensiever gaan kennismaken met de Nederlandse (conservatoire) beslagpraktijk na de recente inwerkingtreding van de zogeheten herschikte EEX-Verordening. Hieruit vloeit voort dat de Nederlandse voorzieningenrechter verlof kan verlenen voor conservatoire beslaglegging op vermogensbestanddelen in andere lidstaten, op voorwaarde dat diens rechtbank bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen. Een dergelijke verlofbeschikking komt dan voor automatische erkenning en tenuitvoerlegging in die andere lidstaat in aanmerking (art. 2a, tweede alinea, jo. art. 36, 39 en 42 lid 2 herschikte EEX-Verordening). Vergelijk Ynzonides & De Boer 2016, p. 2558.
3. Buiten uiteraard de vormen van beslag waarvoor het horen van de schuldenaar een wettelijk vereiste is, zoals bij conservatoir beslag op loon en andere periodieke betalingen (art. 475 c Rv) en bij beslag ten laste van een financiële instelling als bedoeld in art. 212a Fw, zie art. 700 lid 4 Rv.
4. Zoals Meijsen terecht constateert, Meijsen 2013, p. 3.

‘Door een arrest, in dien zin, wordt de schuldenaar, zonder dat er nog een vonnis bestaat, waarbij de wettigheid der schuld is uitgemaakt, reeds uit het vrij genot zijner goederen ontzet.’⁵

Niet alleen de rechtswetenschap, maar ook de Tweede Kamer heeft in het verleden een zekere huiver voor een te gemakkelijke toepassing van het conservatoir beslag betoond. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de behandeling voorafgaand aan de invoering van het toenmalige artikel 758 Burgerlijke Regtsvordering in 1838:

‘Arresten zijn uit haren aard altijd beschouwd als hatelijke middelen, waarmede de regtsvordering niet, immers zeer spaarzaam, behooren te kunnen worden aangevangen.’⁶

1.2 Evenwicht?

Een algemene vraag is of de voorgaande noties in de loop der tijd zijn weggezakt en of de positie van de conservatoir beslaglegger (te) sterk is geworden. Is langzamerhand een fundamentele onevenwichtigheid in de rechtspositie van de beslaglegger en die van de beslagene geslopen? De laatste jaren is de bewaking en bevordering van het evenwicht tussen conservatoir beslaglegger en beslagene steeds meer in de belangstelling komen te staan.⁷ Deze ontwikkeling heeft sterk aan dynamiek gewonnen sinds het onderzoek naar het conservatoir beslag in de Nederlandse rechtspraktijk dat op verzoek van de Raad voor de rechtspraak in 2010 door Jongbloed en Meijsen is uitgevoerd.⁸ Zoals in dit onderzoek – en later in de dissertatie van Meijsen⁹ – onder meer is uitgewerkt berust de bescherming van de rechten van de (aspirant-)conservatoir beslagene in essentie op drie pijlers.¹⁰

De eerste pijler is de beoordeling van het verzoekschrift door de voorzieningenrechter en – meer algemeen – de eisen die de wet en de rechtspraktijk aan de inhoud van dit verzoekschrift stellen. Deze eerste pijler was tot diep in de achttiende eeuw relatief ‘dun’, maar daarbij dient het beperkte bereik van de bewarende maatregel (toen nog ‘arrest’ genaamd) niet uit het oog te worden verloren. Feitelijk was het enkel een vreemdelingenbeslag. Met name vanaf 1838, toen de mogelijkheden tot het leggen van conservatoir beslag sterk werden uitgebreid, nam de aandacht voor

5. Vos de Wael 1856, p. 5.

6. Vos de Wael 1856, p. 13.

7. Vergelijk in dit verband J.H. van Dam-Lely & M.L. Tuil, ‘De reikwijdte van het beslag. Verslag van de discussie tijdens de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging van Procesrecht op 6 juni 2008’, *TCR* 2009, nr. 1, p. 18-24 en met name de bespreking van de door A.J. van der Meer ter vergadering verdedigde stellingen, p. 18 t/m 20.

8. Jongbloed & Meijsen 2010.

9. Zie voor een helder overzicht Meijsen 2013, p. 8 en 9.

10. In hun bespreking van de dissertatie van Meijsen vragen Hofmeijer-Rutten en De Greve zich af of er niet nog een vierde pijler dient te worden onderscheiden, namelijk de afweging van de advocaat op basis van de (strengere?) praktische vereisten voor het verzoekschrift. Op zichzelf zijn de observaties over deze dimensie waardevol maar het lijkt me een wat semantische discussie of deze een zelfstandige pijler is dan wel een effect van de werking van de overige drie pijlers. Zie P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten & T.R.B. de Greve, *TvPP* 2013, afl. 5, p. 155.

de aan het beslag voorafgaande rechterlijke toets toe.¹¹ Oudeman formuleerde dit (voor derdenbeslag) in 1875 als volgt:

‘Uit dit alles volgt reeds van zelf, dat de voorzitter in het verlenen der vergunning tot het leggen van dit arrest met veel voorzichtigheid dient te handelen.’¹²

Deze eerste pijler heeft de afgelopen jaren aan belang gewonnen. Een belangrijke bijdrage aan de versteviging zijn de aanpassingen van de Beslagsyllabus in 2011 geweest, geïnspireerd op de bevindingen in het rapport van Jongbloed en Meijssen.¹³ In dat rapport werden zwaardere eisen¹⁴ aan de in het verzoekschrift op te nemen informatie voorgesteld. Niet alleen over de vordering van de beslaglegger, maar ook over verwerpen van de aspirant-beslagene tegen deze vordering. Daarnaast moest het verzoekschrift voldoende gegevens bevatten om het verzoek om beslag te toetsen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁵

De tweede pijler bestaat uit de mogelijkheid om – al dan niet in kort geding – opheffing van het beslag te vorderen. Voor de opheffing in kort geding noemt artikel 705 Rv vier redenen op grond waarvan het beslag door de voorzieningenrechter moet¹⁶ worden opgeheven, namelijk wanneer voorgeschreven vormen niet zijn nageleefd, indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht op grond waarvan het beslag is gelegd, wanneer het beslag onnodig is of als door de beslagene voldoende zekerheid is gesteld.¹⁷ Deze vier gronden zijn niet-limitatief, de voorzieningenrechter kan ook op andere gronden een opheffing van het beslag baseren.

De diameter van deze pijler staat, na een aantal belangrijke arresten van de Hoge

11. Deze werden grotendeels opgenomen in Boek 3, titel 4 oud Rv ‘van middelen tot bewaring van zijn recht’. Verder kende Boek 1 oud Rv nog een apart beslag in handelszaken. Zie verder Harreman 2007, p. 33 en Van Rossem-Cleveringa 1972, p. 1468.
12. Zie in dit verband Oudeman 1874-1875, deel 3, p. 124. Vergelijk ook Jansen, die in dit verband het verlot tot het leggen van conservatoir beslag aanduidt als ‘summier legitimatie’, Jansen 1990, p. 300.
13. De actuele versie van de Beslagsyllabus is te raadplegen op www.rechtspraak.nl. In dit onderzoek is gebruikgemaakt van de versie van augustus 2018.
14. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de Beslagsyllabus geen regeling als bedoeld in art. 79 Wet RO is en derhalve niet bindt. Dat neemt niet weg dat deze syllabus van relevante betekenis is voor de beslissingen van voorzieningenrechters en daarmee voor de rechtspraktijk.
15. Mogelijk zijn de wijzingen van invloed geweest op het aantal ingediende verzoekschriften tot het leggen van conservatoir beslag. In 2009 steeg het aantal verzoeken tot een (in de afgelopen jaren) *all time high* van 17.364. Na een daling met 11% in 2010 volgden scherpe dalingen met 27% (2011) en 22% (2012), waarna het aantal de jaren erna verder is gedaald. Zie verder Bijlage 1 op p. XX.
16. De gronden voor de opheffing van een conservatoir beslag zijn imperatief, in tegenstelling tot bij een kort geding tot opheffing van een executoriaal beslag; daarbij *kan* de voorzieningenrechter het beslag (deels) opheffen als aan één of meer van de gronden is voldaan, mede op basis van een afweging van belangen, zie HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*) en par. 4.5.
17. Die laatste mogelijkheid geldt alleen bij beslag voor een vordering die in geld is uitgedrukt.

Raad in 1959,¹⁸ 1996,¹⁹ 2006²⁰ en 2015²¹ wel vast. Deze jurisprudentie komt in paragraaf 4.5 verder aan de orde.

De beslagene wordt belast met de ‘stelplicht en bewijslast’ dat summierlijk blijkt van de *ondeugdelijkheid* van de vordering van de beslaglegger en wordt daarmee in de praktijk op achterstand gezet, maar, zoals Klaassen opmerkt, meer dan op zijn plaats lijkt om de balans tussen de beslagene en beslaglegger in evenwicht te houden.²² In verband met ‘balans’ valt op te merken dat de Hoge Raad in het arrest *De Ruitერიj/MBO-Ruiters*²³ de omstandigheid dat de gewezen beslagene schadevergoeding kan vorderen wanneer het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, expliciet betreft bij de motivering van het belasten van de beslagene met de ‘stelplicht en bewijslast’ in een kort geding tot opheffing:

‘3.3. (...) 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.’

Kennelijk kent de Hoge Raad aan de mogelijkheid om bij uiteindelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger schadevergoeding te vorderen tegengewicht toe. Dit tegenwicht zou als het ware de lastige positie van de beslagene in het kort geding tot opheffing compenseren. Hierdoor zou per saldo het evenwicht tussen de posities van conservatoir beslaglegger en beslagene gewaarborgd blijven.

Zo het de beslagene al lukt opheffing van het conservatoire beslag te bewerkstelligen, dan is dit veelal doordat hij zekerheid stelt die het beslag kan vervangen. In de praktijk gebeurt dat doorgaans door het doen stellen van een bankgarantie. Het effect hiervan is dat de beslaglegger een rechtstreekse vordering op de bank verkrijgt. Hiervoor betaalt de beslagene in beginsel de rekening in de vorm van een contragarantie, het (doen) stellen van zekerheden, door de bank in rekening gebrachte kosten, beperking van zijn kredietruimte, enzovoort. Het bijzondere aan deze situatie is dat aldus de beslaglegger materieel een betere uitgangspositie verkrijgt dan de gewone schuldeisers wier vorderingen door de beslagene *niet* worden betwist.²⁴

De *derde* pijler van de bescherming van de positie van de beslagene is de mogelijkheid om na een ten onrechte gelegd beslag schadevergoeding van de beslaglegger te vorderen. Deze pijler vormt het onderwerp van dit onderzoek.

18. HR 20 maart 1959, NJ 1959/246 (Smits/Heyman q.q.).

19. HR 14 juni 1996, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruitერიj/MBO-Ruiters*).

20. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

21. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, NJ 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JOR 2015/220, m.nt. A. Steneker, AA 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, JBPR 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten (*Hwang/Nidera*).

22. Klaassen 2009, p. 323.

23. Herhaald in r.o. 3.5 in HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*). Zie verder par. 4.5.

24. Vergelijk in dit verband ook Huydecoper 2006, p. 16-17. Zie verder par. 4.7.

1.3 Waaron een onderzoek naar de 'derde pijler'?

Gedachte bij de derde pijler is onder meer dat van de mogelijkheid dat achteraf door de gewezen beslagene schadevergoeding kan worden gevorderd reeds bij, of beter voorafgaand aan de conservatoire fase, een 'remmende werking' zou uitgaan. Deze werking behelst dat beslagleggers zorgvuldiger zouden beslissen of en, zo ja, op welke wijze zij van het middel van conservatoir beslag gebruikmaken. Daarmee strekt de betekenis van het onderzoek naar deze pijler zich verder uit dan 'sec' de aansprakelijkheid als zodanig.

Ik kies ervoor deze pijler nader te onderzoeken omdat:

- a. deze naar zijn aard bij uitstek de belichaming is van de dogmatische en praktische zoektocht naar een evenwicht tussen belangen en posities van beslaglegger respectievelijk beslagene;
- b. deze zowel in de wet als in de praktijk op een wat grillige en rudimentaire wijze vorm heeft gekregen en daardoor met veel principiële en praktische vragen is omgeven;
- c. de absolute omvang ervan bespreking verdient, gegeven het evenwicht tussen beslaglegger en beslagene;
- d. de relatieve omvang hiervan nadere beschouwing verdient, gelet op de beoogde compenserende werking van deze pijler voor de twee andere pijlers;
- e. beide andere pijlers reeds eerder en systematischer zijn onderzocht en besproken.²⁵

1.4 Doel- en probleemstelling, grenzen van het onderzoek

Het leerstuk van aansprakelijkheid na onterecht gelegd conservatoir beslag is, ondanks zijn lange geschiedenis, zowel in de dogmatiek als in de rechtspraktijk nog volop in ontwikkeling. Met dit onderzoek wordt getracht deze ontwikkeling te schetsen en te verkennen op welke wijze deze aansprakelijkheid in de toekomst nader vorm zou kunnen en moeten krijgen. Het leerstuk is complex, werkt met constructies die heen en weer springen in de tijd en knoopt proces- en verbintenisrechtelijke dimensies aan elkaar, waardoor het een hybride karakter heeft. Alle (deel)vragen moeten vanuit verschillende goederen-, verbintenis-, beslag- en procesrechtelijke invalshoeken worden geanalyseerd. Ook het internationaal privaatrecht en de strafvordering worden in het onderzoek betrokken. Vanwege deze verschillende en op elkaar inwerkende rechtsgebieden is het niet eenvoudig om tot één afgebakende en centrale onderzoeksvraag te komen. De aard van het onderzoeksgebied brengt met zich dat een belangrijk eerste doel van het onderzoek is om ordening aan te brengen in de verschillende (deel)vragen, deze te rangschikken en zo volledig mogelijk te formuleren en van antwoorden te voorzien.

25. Zie onder meer C.J.M. Klaassen, 'De eerste klap is een daalder waard', in: N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke & C. Rijckenberg (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 323-349; M. van der Meijs, *Knelpunten in het opheffingskortgeding. Het herstel van het belangenevenwicht bij de opheffing van conservatoir beslag in kort geding*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018; M. Meijssen, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013; J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten, L. Strikwerda, L. Timmerman & H.M. Wattendorff (red.), *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006. Deze literatuur wordt verder verkort aangehaald.

Onderwerp van dit onderzoek is de aansprakelijkheid voor een *ten onrechte gelegd beslag*. Met een ten onrechte gelegd beslag doel ik in dit onderzoek op *een conservatoir beslag waarbij de vordering waarvoor beslag is gelegd in de hoofdzaak integraal en definitief is afgewezen*. Deze vormt de eerste categorie van onrechtmatige beslagen (1). Deze lijn is bewust getrokken, omdat het evenwicht en het spanningsveld tussen posities van beslaglegger en beslagene in deze situatie in hun meest zuivere vorm aan de orde komen. Een conservatoir beslag kan ook onterecht zijn gelegd wanneer het beslag komt te vervallen omdat de procedure in de hoofdzaak niet binnen de daartoe door de voorzieningenrechter ex artikel 700 lid 3 Rv gestelde termijn aanhangig is gemaakt. Ook is het mogelijk dat per abuis een goed van derden is beslagen en deze derden schadevergoeding vorderen.²⁶ Deze beide vormen van onterecht beslag blijven buiten beschouwing.

Dat het onderzoek zich toespitst op het conservatoir beslag waarbij de vordering in de hoofdzaak *integraal* is afgewezen betekent niet dat de consequenties van een beslag voor een *deels afgewezen* vordering onbesproken blijven, de tweede categorie onrechtmatige beslagen (2). Allereerst omdat in dit onderzoek kritische vragen aan de orde komen over de reikwijdte van de scheiding tussen beoordelingskaders tussen een geheel en een deels afgewezen vordering. Daarnaast komen deze vragen aan de orde voor zover zij relevant zijn voor de in dit onderzoek behandelde andere centrale vragen. Hetzelfde geldt voor aansprakelijkheid voor beslagen die weliswaar terecht zijn gelegd, maar desalniettemin tot schadeplichtigheid leiden, omdat ze als onnodig of vexatoir moeten worden beschouwd, de derde categorie onrechtmatige beslagen (3).

In dit onderzoek gebruik ik de term '*onrechtmatig beslag*' als verzamelterm voor de hiervoor aangeduide drie categorieën van beslagen, te weten: (1) onterecht gelegd beslag, (2) beslag voor een deels afgewezen vordering en (3) onnodige of vexatoire beslagen. Waar ik spreek van '*ten onrechte gelegd*' of '*onterecht*' beslag doel ik op de eerste categorie, het onderwerp van dit onderzoek.

In dit onderzoek zal worden besproken op welke wijze de mogelijkheden tot het vorderen van schadevergoeding na een ten onrechte gelegd beslag in wetgeving, jurisprudentie en praktijk gestalte hebben gekregen. Het huidige complexe systeem wordt nader in kaart gebracht. Hieruit volgen observaties over de posities van beslaglegger en (aspirant-)beslagene en de kaders waarbinnen en wijze waarop in de rechtspraktijk de belangen van deze twee worden gediend. De wenselijkheid tot aanpassing van de bestaande regelgeving en praktijk wordt onderzocht, evenals de vraag op welke wijze een dergelijke aanpassing dan vorm zou moeten krijgen.

1.5 Belang van het onderzoek

In tegenstelling tot de behandeling van het verzoekschrift en het (kort) geding tot opheffing is literatuur over schadevergoeding na onterecht beslag relatief beperkt.

26. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6717.

De dissertatie van Van Rossum uit 1990²⁷ is van groot indirect belang voor de analyse van dit vraagstuk, maar richt zich op de aansprakelijkheid na executie van nadien vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen.²⁸

Een aantal vragen is in de jurisprudentie door de Hoge Raad beantwoord, maar deze antwoorden verdienen nadere beschouwing, ook omdat deze nieuwe vragen oproepen. Voor veel voor dogmatiek en praktijk belangrijke vragen geldt dat zij nog niet in hoogste instantie aan de orde zijn geweest. In dit onderzoek wordt getracht deze vragen te preciseren en van mogelijke antwoorden te voorzien. Uit het tot nog toe uitblijven van jurisprudentie van de Hoge Raad over verschillende (deel)vragen mag niet worden afgeleid dat deze kennelijk voor de praktijk van relatief geringe betekenis zijn. De aard van het beslagrecht brengt nu eenmaal met zich dat in veel gevallen noodgedwongen van (verder) procederen wordt afgezien, onder meer doordat partijen zich voor een voldongen feit gesteld zien. Recente ontwikkelingen in het Europese recht, met name het Europees bankbeslag, die hun invloed op het onderwerp uitoefenen, dragen verder bij aan de relevantie van het onderzoek. Verder is ook een nadere beschouwing van de aansprakelijkheden van derden (anderen dan de beslaglegger) voor een ten onrechte gelegd beslag van belang. In veel gevallen zal de beslagene, bij gebreke van verhaal bij de beslaglegger zelf, op deze derden moeten terugvallen.

Het rechterlijk sanctioneren van een bewarende maatregel enerzijds en het compenseren wanneer later blijkt dat deze ten onrechte is opgelegd anderzijds, vergen sprongen door dogmatische hoepels in het beslag-, proces- en verbintenissenrecht. Een belangrijk onderdeel van dit onderzoek is van rechtsvergelijkende aard, om nader te onderzoeken of en, zo ja, hoe men in België en Duitsland door deze hoepels springt en wat daarvan voor de Nederlandse rechtspraktijk kan worden geleerd.

Het eerste doel van het onderzoek is om een zo volledig mogelijk overzicht te bieden van alle (deel)vragen en die van een antwoord te voorzien. Daarmee wordt gestreefd naar een overzicht dat niet alleen deze vragen en antwoorden opsomt maar ook de onderlinge samenhang daartussen inzichtelijk maakt.

Het evenwicht van de belangen tussen beslaglegger en beslagene is de afgelopen jaren steeds sterker in de belangstelling komen te staan. Met dit onderzoeksonderwerp en de wijze waarop het onderzoek is ingericht wordt beoogd een bijdrage te vormen aan dit algemene debat, dat grote relevantie heeft voor de rechtspraktijk. Dit betekent dat naast bestudering van het geldend recht nadrukkelijk ook wordt gezocht naar *wenselijk* recht en een poging wordt gedaan dit te motiveren en beschrijven. Die zoektocht vormt het tweede doel van het onderzoek. Dit gebeurt met name aan de hand van de in paragraaf 1.7 te noemen vijftien knelpunten die aan een nadere beschouwing worden onderworpen.

27. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

28. Hartlief 2009 is een belangrijke uitzondering en in feite het enige uitgebreide artikel dat exclusief dit onderwerp behandelt.

1.6 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 behandel ik de rechtsgeschiedenis. Hierin wordt uiteengezet hoe schadevergoeding na onterecht beslag in de loop der geschiedenis haar weg heeft gevonden. Vervolgens zullen in hoofdstuk 3 de grondslagen voor de aansprakelijkheid na een onterecht beslag en het karakter van de vordering tot schadevergoeding worden onderzocht. Ook zal in dat hoofdstuk onder meer worden ingegaan op de (relevantie van de) strafvorderlijke pendant. Verder zal (de afbakening met) schadevergoeding na een *deels* afgewezen vordering van de beslaglegger worden uiteengezet. Ten slotte is er in dit hoofdstuk ook ruim aandacht voor complicaties die zich in de praktijk voordoen, bijvoorbeeld het ontbreken van een inhoudelijke uitspraak over de vordering van de beslaglegger.

Hierna volgen twee hoofdstukken waarin in min of meer chronologische volgorde de dans tussen beslaglegger en beslagene wordt geschetst, aan de hand van de natuurlijke fases bij een conservatoir beslag. Allereerst zal in hoofdstuk 4 de positie van de beslagene tot aan de (in kracht van gewijsde gegane) uitspraak in de hoofdzaak aan de orde komen. Te beginnen met de fase voorafgaand aan het beslag en zo verder tot aan de definitieve uitspraak in de procedure in de hoofdzaak. In het daaropvolgende hoofdstuk 5 staan de schadevergoedingsprocedure en de schade zelf centraal, waaronder (problemen bij) de berekening en toerekening van de schade, eigen schuld en de bewijslast. In hoofdstuk 6 komt de aansprakelijkheid van derden (anderen dan de beslaglegger) voor onterecht beslag aan de orde. Achtereenvolgens gaat het daarbij om de advocaat van de beslaglegger, de deurwaarder, bestuurders van de beslaglegger en zogenoemde ‘achterliggende partijen’. In afwijking van de chronologische volgorde wordt in dit hoofdstuk 6 ook ingegaan op de verplichting ex artikel 21 Rv om de voorzieningenrechter in het verzoekschrift om verlof tot het leggen van beslag volledig en naar waarheid te informeren. Reden hiervoor is dat het nader beschouwen van deze verplichting met name interessant is in het licht van de mogelijkheden om op schending hiervan een vordering jegens derden te baseren. In hoofdstuk 7 worden de bevindingen uit het rechtsvergelijkend onderzoek uiteengezet. Onderzocht wordt op welke wijze België en Duitsland met dit leerstuk omgaan en welke elementen voor de Nederlandse rechtspraktijk bruikbaar – en een verbetering ten opzichte van de huidige situatie – zouden kunnen zijn. Ten slotte zal de kern van de conclusies van het onderzoek worden samengevat in hoofdstuk 8. Hoofdstuk 9 bestaat uit een Engelstalige samenvatting van het onderzoek.

1.7 Knelpunten

In deze studie onderzoek ik de aard van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag en de werking ervan. Om de behandeling van de verschillende onderzoeksvragen nader te structureren zijn als een rode draad vijftien knelpunten gedefinieerd en aan een nadere beschouwing onderworpen:

1. de onrechtmatige daad als grondslag van de aansprakelijkheid;
2. de aard van de risicoaansprakelijkheid;
3. de ‘bijzondere omstandigheden’ als pseudorechtvaardigingsgrond;

4. het ontbreken van een inhoudelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger;
5. de irrelevantie van de processuele tussenstand;
6. de verjaring van de vordering van de beslagene;
7. de beperkte invloed van de (aspirant-)beslagene op de verzoekschriftprocedure;
8. het beperkte gebruik van artikel 701 Rv en de erosie van dit artikel;
9. de beperkte mogelijkheden tot opheffing van het beslag;
10. de beperkte mogelijkheden om ná het leggen van beslag zekerheid voor mogelijke beslagschade af te dwingen;
11. de bankgarantie ter opheffing van het beslag en de hiermee verkregen prachtige(r) positie voor de beslaglegger;
12. de (tweede) causaliteit en toerekening naar redelijkheid;
13. de bewijslast;
14. de proceskosten gerelateerd aan het onterechte beslag;
15. de schoonheid van de hypothetische vergelijking en de onbereikbaarheid daarvan.

Deze knelpunten komen aan de orde in de hoofdstukken 3 tot en met 5.

1.8 Praktische en terminologische wenken

Ik sluit dit inleidende hoofdstuk af met een paar opmerkingen van praktische en terminologische aard. Omwille van de leesbaarheid wordt doorgaans volstaan met de aanduidingen *beslaglegger* en *beslagene*, ook voor situaties waarin de betrokken partijen die hoedanigheid *nog niet* of *niet langer* hebben en wordt in de regel niet gesproken van ‘gewezen beslaglegger’ of ‘aspirant-beslagene’. De aanduiding beslaglegger en beslagene wordt ook gebruikt om partijen aan te duiden, die in buitenlandse rechtsstelsels met het conservatoir beslag vergelijkbare maatregelen nemen of hebben te dulden.

Hoewel het voornemen bestaat om de term ‘geëxecuteerde’ in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te vermijden en deze om goede redenen²⁹ te vervuilen voor ‘schuldenaar’ wordt de eerste term in dit onderzoek toch veelvuldig gebruikt. Wanneer de executie ten onrechte heeft plaatsgevonden is de aanduiding ‘schuldenaar’ binnen het bestek van dit onderzoek onnodig verwarrend, omdat dan is komen vast te staan dat de geëxecuteerde juist geen schuldenaar is of was.

In dit onderzoek spreek ik van ‘deurwaarder’ waar ik de gerechtsdeurwaarder bedoel. Strikt genomen dient de laatste term ter onderscheiding van de belastingdeurwaarder maar dit onderscheid speelt thans geen rol van betekenis.

29. Zie MvT d.d. 7 juni 2018 bij het ter consultatie gepubliceerde wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht, *Kamerstukken II 2018/19*, 35 225, nr. 3, p. 20 en 21. Het wetsvoorstel voert o.a. een beslagvrij bedrag in bij beslag op een bankrekening. Voor het onderwerp van dit proefschrift is de betekenis ervan verwaarloosbaar.

Het manuscript is afgesloten per 15 april 2019, na het voor de implementatie van KEI³⁰ roerige jaar 2018.³¹ Het beslagrecht wordt in zeer beperkte mate door de KEI-wetgeving geraakt.³² De in dit proefschrift besproken jurisprudentie heeft nagenoeg geheel betrekking op procedures die worden beheerst door het vóór KEI geldende procesrecht. Het beslagrecht is voor een groot deel ‘rechterrecht’. Dat geldt zeker voor het onderwerp van dit onderzoek. Omwille van de begrijpelijkheid en leesbaarheid zijn hierom de aanduidingen *verzoekschrift* en *dagvaarding* aangehouden. Ook is behoudens een enkele uitzondering geen verschil gemaakt tussen de digitale en niet-digitale procedures en daarmee corresponderende artikelen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, nu de daarin opgenomen bijzonderheden en afwijkingen niet van materiële betekenis zijn voor het onderwerp van dit onderzoek. Dit laat onverlet dat het onderzoek en de daarin opgenomen bevindingen en analyses ook bij (brede) invoering van KEI hun gelding en relevantie zullen behouden.³³

Omdat het beslagrecht voor een groot deel in de jurisprudentie gestalte heeft gekregen wordt een groot aantal rechterlijke uitspraken besproken. Deze zijn opgenomen in een register, waarbij de vindplaats in het *NJ* leidend is. Wanneer de uitspraak niet in het *NJ* is opgenomen worden andere vindplaatsen in reguliere jurisprudentiejournaals genoemd. In enkele gevallen zijn vermeldingen van annotaties in andere tijdschriften naast de *NJ*-vindplaats opgenomen.

Voor de Duitse literatuur zijn zo veel mogelijk de daar geldende *Zitiervorschläge* gevolgd.

Literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot 15 april 2019.

-
30. Zie Invoeringsrijkswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht en uitbreiding prejudiciële vragen, 13 juni 2016, *Stb.* 2016, 291 (uitgifte: 21 juli 2016, *Kamerstukken*: 34 237).
 31. Zie de brief van minister Dekker van 27 juni 2018 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 279, nr. 420.
 32. Zie ook Klaassen, Meijer & Snijders 2017, p. 559 (rn. 403).
 33. Vergelijk in dit verband ook het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (‘Spoedwet KEI’), *Kamerstukken II* 2018/19, 35 175, nr. 2, van 26 maart 2018.

Hoofdstuk 2

Rechtsgeschiedenis

‘The life of the law has not been logic; it has been experience... The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.’¹

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de rechtsgeschiedenis centraal. In het bijzonder wordt ingegaan op de wetsgeschiedenis. De ontwikkeling van de schadevergoeding na onterecht beslag in de jurisprudentie (met name vanaf 1965) krijgt primair gestalte in het volgende hoofdstuk, waarin specifiek de grondslag voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger wordt besproken.

2.2 Romeinse recht, tot 260 n.Chr.

Voor Nederland vangt het Romeinse tijdvak aan in 57 v.Chr., toen de Romeinen zich duurzaam in Nederland vestigden. Het eindigt rond 260 n.Chr. toen de Romeinen hun linies prijsgaven en hun vestigingen verlieten.² Het Romeinse recht had zich lang voor de komst van de Romeinen in Nederland tot een zeer hoogwaardig en doordacht rechtsstelsel ontwikkeld. Daarnaast heeft het, zoals in de hoofdstukken hierna zal blijken, lange tijd zijn geldigheid behouden, al dan niet naast andere, lokale stelsels en reikt zijn invloed tot vandaag.

Het Romeinse recht kende geen rechtsfiguur die kan worden beschouwd als rechtstreekse voorloper op ons hedendaagse conservatoire beslag. Verhaal op het vermogen van de schuldenaar vond van oudsher plaats via de *missio in bona*. Daarbij werd de schuldeiser het recht verleend om zich in het bezit van het hele vermogen van de schuldenaar te stellen. Het bijzondere daarbij was dat hij dat vermogen enkel mocht beheren (*rei servandae causa*), tot aan de algehele openbare verkoop (de *venditio bonorum*) van het vermogen van de schuldenaar. De opbrengst van die openbare verkoop kwam vervolgens aan alle crediteuren ten goede.³ Pas in een latere fase, ongeveer aan het begin van de tweede eeuw v.Chr., ontstond een regeling die executie van afzonderlijke vermogensbestanddelen van de schuldenaar mogelijk maakte. Dit geschiedde door een pandrecht dat bij rechterlijk vonnis werd gevestigd. De exsecutor, een speciale gerechtelijke functionaris en ondergeschikte van de

1. O. Wendell Holmes Jr., *The Common Law*, Boston: Little, Brown & Co 1881, p. 1.
2. De Goede 1949, p. 37.
3. Zie Van der Kwaak 1990, p. 26.

rechter, nam hierbij de goederen in pandbeslag (*pignus in causa iudicati captum*). Vervolgens werden deze door hem geveild en ontving de schuldeiser de opbrengst.⁴

Zo er al de notie van een ‘onrechtmatige executie’ heeft bestaan, rijst de vraag waarop een vordering tot schadevergoeding had kunnen worden gebaseerd.

De Lex Aquilia uit de derde eeuw v.Chr.⁵ gaf een regeling voor beschadigingen aan zaken (lees: het doden of verwonden van slaven en viervoetige dieren). Al in de Romeinse tijd is in de jurisprudentie het toepassingsbereik van deze wet uitgebreid. Die uitbreiding zag op gevallen waarin sprake was van *iniuria* in algemene zin, door culpa van een ander.⁶ Deze Lex Aquilia kan daarmee met enige goede wil worden beschouwd als een verre voorloper van de onrechtmatige daad van artikel 1401 (thans art. 6:162 BW) van ons Burgerlijk Wetboek.⁷

Bij gebrek aan bronnen die een heldere link leggen tussen (voorbereidingen voor) executie en een nadien ontstane vordering uit hoofde van ‘onrechtmatige executie’, laat ik deze fase verder onbesproken, eendachtig de woorden van Scholten:⁸

‘Waardeloos [is] ook ieder beroep op historie, waarbij uit de vele antecedenten een enkel wordt uitgelicht en aan de rechtzoeker voorgehouden. Men deed dat vroeger wel en doet het nog wel een enkele maal met Romeinse of Germaanse curiositeiten. Het is niet het antecedent, maar het is de lijn van ontwikkeling die betekenis heeft.’

2.3 Germaans en oudvaderlands recht, tot 1795

2.3.1 Inleiding

De term ‘oudvaderlands recht’ wordt in dit hoofdstuk in de gebruikelijke, ruime zin gebezigd. Dat betekent dat de relevante ontwikkelingen in het recht, dat in de verschillende delen van het huidige Nederland heeft gegolden tot aan de zogenoemde Bataafse revolutie van 1795, worden behandeld, inclusief de verdere ontwikkeling van Romeinsrechtelijke begrippen.⁹

Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat in Nederland, zowel voor het formele als het materiële recht, lange tijd een grote verscheidenheid aan zogenoemde ‘rechtskringen’ heeft bestaan. Deze rechtskringen hielden ook niet bij de toen-

4. Van der Kwaak 1990, p. 26 en Everwijn Lange 1888, p. 3 t/m 7.

5. De exacte datum is niet vastgesteld, mogelijk bestond deze al in 286 v.Chr.; in elk geval staat vast dat deze in de derde eeuw v.Chr. is geïntroduceerd. Zie Feenstra 2002, p. 7.

6. De Blécourt 1967, p. 316. NB In deze context moet culpa niet worden vertaald als ‘schuld’ maar als ‘fout’.

7. Een belangrijk en fundamenteel probleem betreft het gegeven dat de Romeinen de Lex Aquilia voor een brede reeks van handelingen gebruikten maar uiteindelijk exclusief inzetten voor opzettelijke handelingen (*dolus*). Pas vanaf de eerste eeuw v.Chr. kwam daar de culpa (in deze context het best te vertalen als ‘schuld’) bij. Zie verder Feenstra 2002, p. 9 en 10. Verder had een veroordeling formeel het karakter van een boete, al kwam het element van vergoeding van de schade in de loop der tijden steeds meer naar de voorgrond, Feenstra 2002, p. 2.

8. P. Scholten (aangevuld door G.J. Scholten), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 79.

9. Zie in dit verband De Blécourt, p. 3.

malige grenzen op.¹⁰ Pas in 1809 (zie verder par. 2.4) kwam er één Burgerlijk Wetboek voor het hele land. Tegelijkertijd moet echter ook worden vastgesteld dat er ‘bij alle locale verschillen, ten slotte meer gelijk dan eigen in het recht der verschillende landschappen (was)’.¹¹

Het executoriaal beslag is vanaf de Romeinse tijd, in een min of meer ononderbroken lijn, verder vormgegeven, tot aan de dag van vandaag. Voor het conservatoir beslag ligt dat anders. Niet alleen volgt dat beslag niet uit het Romeinse rechtssysteem, het lijkt zich ook lange tijd autonoom, parallel aan (de opvolgers van) het Romeinse executoriale beslag, te hebben ontwikkeld.

2.3.2 Panding

Naast de klassieke pandrechten (als zekerheidsrecht) kende men in het Germaanse en oud-Hollandse recht ook de zogenoemde ‘panding’. Deze panding kende twee varianten.¹² Een eerste variant was die waarbij de panding strikt diende ter executie van een vonnis. De tweede variant bestond uit een panding, waarbij de executoriale verkoop plaatsvond zonder dat hieraan een gerechtelijke procedure over de vordering was voorafgegaan. Een dergelijke panding was alleen mogelijk voor een beperkte categorie van vorderingen en slechts indien door een overheidsfunctionaris (zoals de schout of schepenen) een ‘parate executie’ was verleend.

2.3.3 Grondslagen van het conservatoire beslag

Bestudering van het oudvaderlands recht leert dat het (conservatoir) beslag zich al in de periode voor de codificatie (zie hierna par. 2.4.5) sterk manifesteerde in de Nederlanden. Zij werden in dit verband wel als ‘Patria Arresti’ bestempeld.¹³

Vanaf ongeveer het einde van de zeventiende eeuw werd in plaats van ‘panding’ (voor het ‘executoriale’ beslag) meer en meer over ‘arrest’ gesproken. Daarbij werden de begrippen panding (het ‘executoriaal beslag’) en arrest (als ‘conservatoir beslag’) door elkaar heen gebruikt.¹⁴ Mede door de verscheidenheid van de verschillende rechtskringen is het moeilijk – en ontbreekt voor dit onderzoek de noodzaak – precies vast te stellen hoe deze ontwikkeling heeft plaatsgevonden.

‘In ieder gewest, in iedere stad vond men dienaangaande in de verschillende landrechten, ordonnantiën, statuten, privilegiën, costumen, keuren en wat dies meer zij, de meest uiteenlopende bepalingen.’¹⁵

De Staten van de gewesten in de Republiek ontplooiden, met name vanaf de tweede helft van de zeventiende eeuw, steeds meer codificerende initiatieven. Desalniettemin bleef het landschap zeer divers, niet alleen door de veelheid aan

10. De Blécourt 1967, p. 5.

11. De Blécourt 1967, p. 6.

12. Van der Kwaak 1990, p. 26.

13. Van der Kwaak 1990, p. 25, Bort 1702, p. 11, Van der Linden 1829, p. 269.

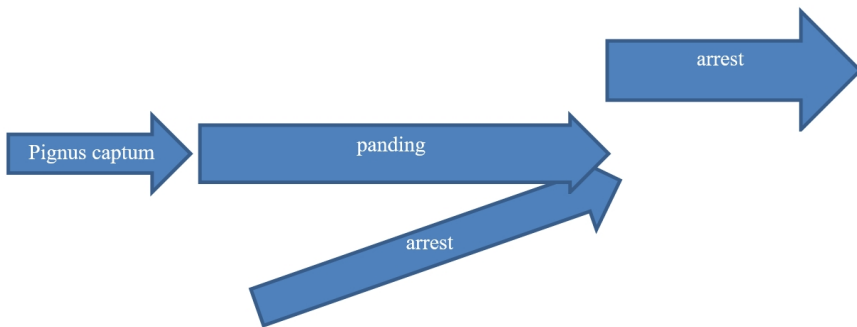
14. Van der Kwaak 1990, p. 27.

15. Vos de Wael 1856, p. 17-18.

legislatieve entiteiten (steden, hoogheemraadschappen en baljuwschappen), maar ook omdat in gebieden verschillende systemen naast elkaar bleven bestaan (door de Staten gecodificeerd landrecht naast lokaal gewoonterecht).¹⁶

Wel valt te constateren dat de arresten vanaf ongeveer 1700 als rechtstreekse voorlopers van het huidige conservatoire en executoriale beslag kunnen worden beschouwd en daarmee de basis vormen van het beslagrecht als zelfstandig rechtsgebied.¹⁷

Schematisch kan de hiervoor geschetste ontwikkeling als volgt worden weergegeven:



Hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat aanvankelijk het bewarende beslag in de praktijk met name een *vreemdelingenbeslag* was, dat pas vanaf het einde van de achttiende eeuw meer en meer werd uitgebreid naar beslag ten laste van ingezetenen. De opkomst van het arrest houdt gelijke tred met de intensivering van het (inter)nationale handelsverkeer vanaf de begintijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden. Naast het bewaren van het beslagen goed, ter verzekering van mogelijk verhaal, was een belangrijke, tweede, doelstelling van het arrest om competentie te scheppen voor de (lokale) rechter. Om in de toenmalige termen te blijven, het arrest 'fundeerde' jurisdictie. Dit speelde niet alleen op internationaal niveau, maar ook op nationaal en zelfs lokaal niveau. Binnen de provinciën bestonden verschillende rechtskringen met elk andere rechtsregels.¹⁸ Dit betekende dat het verslepen van goederen van de ene naar de andere rechtskring al genoeg kon zijn om (het veiligstellen van) verhaal te frustreren en competentie van de plaatselijke rechter te ontwijken. Daarom was het competentie scheppende arrest zo belangrijk. De term 'vreemdeling' dient ruim te worden opgevat en was niet voorbehouden aan personen die afkomstig waren uit streken buiten de Republiek.

Reeds tijdens deze periode kwam het voor dat na een naar later bleek onterecht 'arrest' schadevergoeding kon worden gevorderd.¹⁹

16. J.Ph. de Monté ver Loren & J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noorderlijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer: Kluwer 2000, p. 269-270.

17. Van der Kwaak 1990, p. 27.

18. Vergelijk De Blécourt 1967, p., 5.

19. Vergelijk onder meer Bort 1702, p. 976 en Harreman 2007, p. 178.

2.4 Een diffuus intermezzo, 1795-1838

2.4.1 Inleiding

De periode van 1795 tot 1838 kenmerkte zich door een aantal snel opeenvolgende wijzigingen in het landsbestuur en de bestuursstructuur. Deze politiek onrustige fase had ook zijn weerslag op wetgeving en rechtspraak. De Republiek der Verenigde Nederlanden was tot 1795 decentraal georganiseerd geweest. Dit had ook sterk zijn invloed gehad op de fragmentarische wijze waarop men tot codificatie was gekomen.

2.4.2 De Republiek onder Frans gezag

De Zuidelijke Nederlanden werden in 1795 door de Fransen ingelijfd. Dat gold niet voor de Noordelijke Nederlanden, die ook in 1795 door het Franse leger waren bezet. Zij werden niet door Frankrijk geannexeerd maar behielden hun onafhankelijkheid onder de nieuwe naam: Bataafse Republiek. Nederland werd daarmee een eenheidsstaat en hield in die hoedanigheid ook zeggenschap over zijn eigen wetgeving.²⁰ Na dit ontstaan van de Bataafse Republiek in 1795 streefde men, mede geïnspireerd door internationale ontwikkelingen,²¹ een meer centraal bestuursmodel na.

Aan ambities voor eenvormig materieel en formeel recht was geen gebrek.²² Aanvankelijk had de centralisatie echter maar beperkt invloed op het wetgevingsproces. In de praktijk werd lange tijd alleen op het gebied van het staatsrecht progressie geboekt. In 1806 werd de broer van de keizer, Louis Bonaparte, tot koning Lodewijk benoemd en werd de Bataafse Republiek een monarchie, het Koninkrijk Holland. In plaats van de geplande zetbaas voor zijn broer te worden ontwikkelde Louis Bonaparte zich tot een zelfstandig vorst met oog voor de eigen belangen van de Hollanders. Het opzoeken van de randen van de ruimte van zijn autonomie bleek ook uit zijn opdracht aan de Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden om tot codificering van het recht te komen. Deze was primair een deskundige in het 'vaderlandsche' recht van de Republiek.²³ Van der Linden ging vanaf begin 1807 voortvarend te werk en had op 1 april 1807 al het eerste boek voltooid. Het is interessant om te zien hoe het Hollands wetgevingsproces onderwerp wordt van de grote geschiedenis wanneer de grote keizer Napoleon zelf lucht krijgt van deze Alleingang en zijn broer bij brief van 31 oktober 1807 tot de orde roept:

'Je désirerais que vous ordonnassiez qu'à dater du 1er janvier prochain le code Napoléon sera la loi de vos peuples.'²⁴

20. Zie in dit verband ook Lokin 2004, p. 1.

21. Zo werd leentjebuurt gespeeld bij de jonge Franse Republiek; ook waren er in de Staatsregeling van 1798 elementen uit de Declaration of Rights van de eerste Amerikaanse Constitutie opgenomen. Zie verder De Blécourt 1967, p. 37 en 38.

22. In 1798 werd in de inleiding van de Staatsregeling aangekondigd dat er een burgerlijk wetboek, een strafwetboek en een wetboek 'regelende de wijze van regtsvordering' moest komen.

23. Lokin 2004, p. 3.

24. *Correspondance de Napoleon 1er, publiée par ordre de l'empereur Napoléon III*, Tome XVI, Parijs 1864, p. 131, citaat en vindplaats ontleend aan Lokin 2004, p. 4.

Lodewijk probeerde de kool en de geit te sparen en gebruikte een tamelijk on-eigenlijk argument om tijd te winnen. Hij stelde dat omdat veel particuliere vermogens door het oude Rooms-Hollandse recht werden beheerst, bruuske invoering van (een niet op Hollandse leest geschoeide) Code Civil het land in een economische crisis zou storten.²⁵ Napoleon reageerde furieus en schreef binnen vier dagen een vlammende brief terug, waar onder meer in stond dat ‘une nation de 1.800.000 âmes ne peut pas avoir une législation à part’.²⁶ Vervolgens stelde koning Lodewijk een commissie in om de Code Napoleon aan te passen aan de Hollandse context, maar vroeg hij tegelijkertijd ook Van der Linden zijn ontwerp af te maken. Daarnaast vroeg hij de leden van de commissie zich toch vooral te laten inspireren door het door Van der Linden geformuleerde ontwerp.²⁷

In 1809 werd er één Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk Holland ingevoerd. Het wetboek was op de leest van de Code Napoleon (of: Code Civil) geschoeid, die vanaf 1804 voor heel het Franse rijk was gaan gelden. Het wetboek werd (ook in officiële teksten en wetten) aangeduid als ‘*Wetboek Napoleon, ingericht voor het koninkrijk Holland*’.

Met de totstandkoming van dit Burgerlijk Wetboek werd expliciet afscheid genomen van

‘het Roomsche Regt, mitsgaders alle Wetten en Ordonnantiën tot het Burgerlijk Regt betrekking hebbende, en welke tot nu toe in het Koninkrijk, of eenig gedeelte van hetzelfde in vigeur zijn geweest, hetzij dezelve zijn bekend geweest onder de benaming van Plakkaten, Publicatiën, Ordonnantiën, Landregt, Reglementen, Keuren, Statuten, Octrooijen, Costumen, of onder welke benaming zulks zoude mogen zijn (...)’.²⁸

Met deze pennenstreek eindigde (op zijn minst formeel) het tot dan toe geldende wetten- en gewoonterecht in de verschillende rechtskringen en ook de toepassing van het Romeinse recht, dat, met name als subsidiaire rechtsbron, nog steeds aanmerkelijke invloed had. Ook kwam er, in elk geval op papier, een einde aan de diversiteit in het materiële recht dat in verschillende streken van Nederland gold.²⁹

Het was de bedoeling dat na het materiële recht ook het procesrecht (zowel voor burgerlijke als strafzaken) uitputtend zou worden geregeld in een *Wetboek op de Regterlijke instellingen en Regtspleging in het koninkrijk Holland*, vastgesteld in 1809.³⁰ De tragiek wil dat de noeste inspanningen van de schrijvers ervan (het wetboek was klaar om ingevoerd te worden) vergeefs zijn geweest. Het geduld van Napoleon met zijn broer, die zich steeds meer koning van in plaats van koning voor de Hol-

25. F. Rocquain, *Napoleon 1er et le roi Louis d'après les documents conservés aux archives nationales*, Parijs 1875, p. 143, citaat en vindplaats ontleend aan Lokin 2004, p. 4. Aardig detail is overigens dat de schrijftafel waaraan Lodewijk (wellicht) de brieven aan zijn broer schreef zich in de hal van de Universiteitsbibliotheek te Utrecht bevindt. Deze schrijftafel is in 1968 door de erfgenamen van Ina Boudier-Bakker aan de Universiteitsbibliotheek geschonken.

26. F. Rocquain, *Napoleon 1er et le roi Louis d'après les documents conservés aux archives nationales*, Parijs 1875, p. 161, citaat en vindplaats ontleend aan Lokin 2004, p. 4.

27. Lokin 2004, p. 5.

28. Art. 3 van het Besluit (lees: Wet) van 24 Sprokkelmaand (lees: februari) 1809.

29. Zie verder De Blécourt 1967, p. 41.

30. De Blécourt 1967, p. 42.

landers ging voelen en zich zelfs liet naturaliseren, was opgeraakt. Napoleon lijfde in 1810 het 'Koningrijk Holland' bij het Franse Keizerrijk in. Daardoor is het *Wetboek op de Regterlijke instellingen en Regtspleging in het koningrijk Holland* nooit ingevoerd. De inlijving door de Fransen had verder tot gevolg dat vanaf dat moment de nieuwe wetten die voor Frankrijk werden ingevoerd ook in Holland zouden gelden. Voor bestaande wetten lag dat anders: wanneer deze door de Fransen uitdrukkelijk *executoir* werden verklaard, bleven deze van toepassing. In de praktijk betekende dit dat de meeste bestaande wetten van de oude Republiek, de Bataafse Republiek en het Koningrijk bleven gelden, tot het moment dat zij expliciet werden vervangen.³¹ *Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland* was geen lang leven beschoren. Al na twee jaar, in 1811, werd het door de Fransen vervallen verklaard en vervangen door de Code Civil (of: Code Napoleon). Men moet respect hebben voor de mentale veerkracht van Van der Linden. Deze had zowel aan de wieg van het na twee jaar gesneuvelde Wetboek Napoleon als het nimmer ingevoerde *Wetboek op de Regterlijke instellingen en Regtspleging in het koningrijk Holland* gestaan. Toch maakte Van der Linden de Hollanders wegwijz in de nieuwe Franse wetgeving via een tweetalig *Algemeen Register van de codes*.³²

De Fransen bliezen eind 1813 de aftocht. Op 21 november 1813 werd een onafhankelijke regering geïnstalleerd. Kort daarna, op 2 december 1813, aanvaardde koning Willem I als soeverein vorst 'onder waarborg ener wijzer constitutie' de regering over Nederland. Die constitutie kwam er in 1814 in de vorm van Nederlands eerste Grondwet.

2.4.3 Herstel onafhankelijkheid

Na het herstel van de onafhankelijkheid in 1813 werd in 1814 de *Grondwet van 1814 voor de Verenigde Nederlanden* ingevoerd.³³ In deze grondwet is in artikel 100 de nieuwe wetgevingsstructuur en agenda opgenomen:

'Er zal worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt, lijfstraffelijk regt, van den koophandel en van den zamenstelling der registerlijke magt en den manier van procederen.'

Uiteindelijk heeft het tot 1838 geduurd voordat – naast een nieuw Burgerlijk Wetboek, Wetboek van Koophandel en Wetboek van Strafvordering – een Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering werd ingevoerd. Nog in hetzelfde jaar zag ook eindelijk de Wet op de Regterlijke Organisatie van en het beleid der Justitie, die al sinds 1827 afgerond en wel op de plank lag, het licht.

Hoezeer de periode van 1795 tot 1838 voor de juridische praktijk diffuus en verwarrend kon worden beschouwd bleek toen men in 1838 voor alle zekerheid een tweede keer de afschaffing van (sic) het Romeinse Recht vastlegde.³⁴ Wel kan worden

31. De Blécourt 1967, p. 43.

32. De Blécourt 1967, p. 44.

33. In 1815 gewijzigd en hernoemd tot: Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden.

34. Deze 'tweede afschaffing' was opgenomen in art. 1 van de Afschaffingswet: '(...) Het wettelijk gezag van het romeinse regt is en blijft afgeschaft.' Zie verder ook De Blécourt, p. 45.

vastgesteld dat, ook in deze onrustige periode, in de rechtspraktijk de aandacht voor de positie van de (aspirant-)beslagene en de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen na een ten onrechte gelegd beslag zijn blijven bestaan, op grond van de ‘algemene regtsbeginselen’. Dit betrof niet alleen de mogelijkheid om ex post schadevergoeding te vorderen.³⁵ Ook de positie van de beslagene voor of tijdens het conservatoire beslag kreeg aandacht van de rechter. Zo blijkt uit een arrest van het Hof te Brussel van 12 november 1816 dat de president van het Hof zekerheidsstelling beval nu ‘de solvabiliteit van de beslaglegger onvoldoende duidelijk was’ te bepalen ‘naar evenredigheid van de kosten, interest en schade waarin hij mogelijk zou kunnen worden veroordeeld’.³⁶

2.5 Het Wetboek van Rechtsvordering, 1838-1991

2.5.1 Introductie wettelijke basis schadeloosstelling na opheffing et alia

‘Een goed wetboek van burgerlijke rechtsvordering is van oneindig méér belang dan goede voorschriften van stellig regt.’

In 1838 zag eindelijk het Wetboek van Rechtsvordering het licht. Dit wetboek bevatte een aantal specifieke bepalingen die de positie van de beslagene kleurden en deze de mogelijkheid boden, onder bepaalde omstandigheden, na bewarend beslag schadeloosstelling te vorderen. Dat kon onder meer wanneer het beslag werd opgeheven, wanneer een derde eigenaar van beslagen goederen bleek te zijn of de ‘eisch tot van waarde verklaring’ (de eis in de hoofdzaak) niet binnen acht dagen werd ingesteld. Vergelijk artikel 732 (oud) Rv:

- ‘1. De opheffing van het beslag zal worden gelast, indien door den schuldenaar genoegzame zekerheid wordt gesteld voor de schuldvordering, waarvoor het beslag is gelegd, alsmede, indien na verhoor van partijen, summierlijk van de ondeugdelijkheid der vordering of van het onnoodige van het beslag mocht blijken.
2. Van rechtswege vervalt dit beslag, indien de eisch tot van-waarde verklaring niet is ingesteld binnen acht dagen nadat hetzelve is gelegd.
3. In alle gevallen kan de arrestant worden verwezen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden aanwezig zijn.’

Benadrukt moet worden dat schadeloosstelling *na een afgewezen vordering van de beslaglegger* (of beter, in de toenmalige bewoordingen, een beslag dat niet van waarde werd verklaard) *niet* tot deze wettelijk omschreven omstandigheden voor schadevergoeding behoorde. Daarnaast voorzagen deze wettelijke bepalingen niet in schadevergoeding bij alle vormen van beslag, maar (met name) bij derdenbeslag

35. Zie in dit verband Hooggeretshof 's-Gravenhage 18 juli 1820, gepubliceerd in Van Hamelsveld 1834, IV, p. 332-336. In dit arrest diende de beslaglegger schadevergoeding te betalen na een ten onrechte gelegd revindicatoir beslag, omdat de beslaglegger ten onrechte had geoordeeld dat deze aan de schuldenaar behoorde. Vervolgens werd een van de beslagleggers veroordeeld voor de schade die de werkelijke eigenaar door het beslag had geleden, vanwege een ‘wederregtelijk arrest’.

36. Hof te Brussel van 12 november 1816, *Journal de la Cour de Bruxelles*, Tome II, de 1816, p. 213, aangehaald door Vos de Wael 1856, p. 222. Vergelijk het huidige art. 701 Rv, zie verder par. 4.4.

en beslag op roerende zaken van de schuldenaar. Mede door deze beperkingen bleef er naast deze bepalingen in de praktijk behoefte aan toepassing van algemene rechtsbeginselen en de onrechtmatige daad, teneinde hierop de vordering van de gewezen beslagene na *onterecht beslag* te kunnen baseren. Dit wordt hierna in paragraaf 2.5.4 nader uitgewerkt.

Opvallend is dat de Regering de voor de onderhavige kwestie essentiële frase ‘zoo [of: indien] daartoe gronden [of: redenen] zijn’, die in de artikelen 456, 478, 543, 732, 739 en 770e (oud) Rv voorkomt, enkel bij artikel 478 (inzake het derdenbeslag) nader toelichtte. In dat artikel werd bepaald dat ‘de executant, indien het verzet van den geëxecuteerde bevonden wordt gegrond te zijn, en hij dienvolgens opheffing van het beslag bekomt, indien daartoe gronden zijn’ werd veroordeeld tot vergoeding van ‘kosten, schaden en interessen, ten behoeve van den geëxecuteerde’. Deze toelichting, opgenomen in de memorie van toelichting, is ook nog eens uiterst summier:³⁷

‘De schadevergoeding, waarvan hier gesproken wordt, volgt niet altijd van zelve uit het gegrond bevinden van het verzet, want de executant kan in de beste trouw het beslag hebben gedaan, in het zoo even opgegeven voorbeeld (...) kan hij zeer wel zijn onbewust geweest, dat hetgeen hij onder derden heeft beslagen, niet aan den geëxecuteerde in zijn privé toebehoorde.’³⁸

Onder meer Oudeman was kritisch over deze toelichting die hem ‘bedenklijk’ voorkwam.³⁹ Hij gaf daarbij te kennen dat hij een objectievere benadering voorstond, namelijk dat dergelijke schade (ook wanneer de executant ‘te goeder trouw is’) voor rekening van de executant behoorde te komen op basis van de toenmalige artikelen 1401 en 1402 BW die de onrechtmatige daad regelden.⁴⁰

‘De veroordeling tot schadevergoeding zal dus hier, gelijk in het algemeen, afhangen van de beslissing, of eenige bewezen schade door het arrest is veroorzaakt, en voorts of de executant tot vergoeding van dezen gehouden is, overeenkomstig de bepalingen van art. 1401 v.B.W.’

In de rechtspraak werd, onder meer in een uitspraak van het Provinciaal Gerechtshof van Holland uit 1840, in bepaalde gevallen inderdaad de schadeplichtigheid na *ten onrechte gelegd beslag* op onrechtmatige daad gebaseerd.⁴¹ Met de hiervoor aangehaalde summier toelichting in de memorie van toelichting, en in het bijzonder de frase ‘beste trouw’ wordt, zoals wij hierna gaan zien, de kiem gelegd voor de discussies over de interpretatie van deze artikelen over de schadeloosstelling en, ten

37. Vergelijk Van den Honert 1839, par. 478, p. 496 en Oudeman 1875, deel 2, p. 123 en 124.

38. *Handelingen II* 1836/37 (MvT), vel 273, p. 290.

39. Oudeman 1875, deel 2, p. 124.

40. De onrechtmatige daad in de klassieke, enge, zin dus (nog) niet op basis van de norm in HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*). Zie verder hierna par. 3.2.2.1.

41. Arrest Provinciaal Gerechtshof van Holland van 4 november 1840, Rechtspraak in Nederland III, p. 16.

principale, de noodzaak hiervan. Deze discussies hebben nog steeds grote betekenis voor de grondslag voor de vordering na onterecht gelegd beslag.

De vraag is verder of de expliciete wettelijke basis voor schadeloosstelling wel in alle gevallen zo voordelig was voor de gewezen beslagene. Het feit dat deze basis strak was ingebed in de bepalingen betreffende het conservatoir beslag (in het bijzonder de vanwaardeverklaring) zorgde ervoor dat de beslagene nogal eens over formele hobbels struikelde. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een arrest van 8 februari 1921 dat wanneer de beslaglegger had verzuimd in zijn dagvaarding het beslag ‘van waarde te laten verklaren’ en het daarmee op grond van artikel 726 lid 3 (oud) Rv was komen te vervallen, de beslagene geen vordering tot schadevergoeding meer kon instellen.⁴² De vordering was daarmee tussen wal en schip gevallen.

2.5.2 Een aanval op de wettelijke bepalingen over schadeloosstelling na beslag, 1868-1869

Op 28 februari 1868 diende de toenmalige Minister van Justitie, mr. W. Wintgens,⁴³ een wetsontwerp in waarbij een aantal bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering zouden worden geschrapt. Dit wetsontwerp droeg als titel ‘Afschaffing van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering over de justitiële boeten en schadeloosstellingen’.⁴⁴ Het betrof op zichzelf een relatief beperkte, technische wetswijziging. Het wetboek bevatte destijds nog verschillende artikelen die de strekking hadden om misbruik van het inzetten van bijzondere rechtsmiddelen af te straffen. Het ging daarbij om de mogelijkheid om wettelijke boetes op te leggen en schadeloosstellingen aan partijen te bepalen bij (achteraf onterechte) inzet van onder meer wraking, derdenverzet, request civiel (thans: herziening), rechtswijgering en cassatie. Minister Wintgens had zelf als voormalig advocaat bij de Hoge Raad ervaring met (het overbodige karakter van) deze artikelen, hetgeen hem mede tot indiening van het voorstel tot intrekking hiervan had gebracht. Een van de argumenten die de minister in zijn pleidooi voor afschaffing in stelling bracht, was dat in voorkomende gevallen altijd artikel 1401 BW als kapstok voor een vordering wegens ‘misbruik van procesrecht’ kon worden gebruikt:

‘Voorts zal het wel geen betoog behoeven, dat de bedoeling van dit ontwerp volstrekt niet is, eenigen inbreuk te maken op het gemeene regt, geldende volgens art. 1401 volg. Burgerlijk Wetboek. Het tegendeel is waar. Men wil juist het gemeene regt onverkort doen gelden ook ten aanzien van het gebruik der hier bedoelde regtsmiddelen. Verplichting tot schadevergoeding, zoo dat gebruik werkelijk blijkt onregtmatig te zijn geweest; maar geen vermoeden van onregtmatigheid, geen algemeene

42. Hof Amsterdam 8 februari 1921, NJ 1922, p. 565.

43. Mr. W. Wintgens was slechts vijf maanden Minister van Justitie, van 4 januari 1868 tot 4 juni 1868. Daar staat tegenover dat hij lang politiek actief is geweest, vanaf 1849 (toen hij als jongste lid in de Tweede Kamer kwam) tot 1885.

44. Ingediend bij Koninklijke Boodschap d.d. 25 februari 1868, *Handelingen II* 1867/68, Bijlagen, vel 41, p. 161-162. Ingevoegd is een nieuw art. 4: ‘De artt. 43, 227 tweede lid, 381, 456 derde lid, 478, 543 tweede lid, 732 derde lid, 739 en 853 van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering worden ingetrokken.’

verplichting dus tot schadevergoeding als *onrechtvaardig*, geen voorbehoud eener daartoe strekkende actie als *overbodig*.’

De Tweede Kamer reageerde wat lauw maar wel instemmend op het voorstel. Men vroeg zich onder meer af waarom de recent aangetreden minister uitgerekend deze (zeldzaam gebruikte) bepalingen op de korrel nam terwijl men een uitgebreidere herziening van het wetboek nastreefde. Het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs voor het Ontwerp van Wet tot afschaffing van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over de judiciële boeten en schadeloosstellingen merkte in dit verband onder meer op:

‘Vrij algemeen keurde men den inhoud van dit wets-ontwerp goed, dat in overeenstemming is met den geest onzer wetgeving. Daarin wordt aan hen, die van een rechtsmiddel ten onrechte gebruik hebben gemaakt, in beginsel geen straf meer opgelegd, maar worden slechts de gevallen kosten ten hunnen laste gebracht. Het is dus wenschelijk, dat de laatste overblijfselen van het vroeger gehuldigd stelsel uit ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verdwijnen.’⁴⁵

Minister van Justitie Wintgens liet er vervolgens geen gras over groeien en stuurde vier dagen na dit rapport, op 24 maart 1868, zijn memorie van beantwoording naar de Kamer. Daarin werd met name ingegaan op de opmerkingen van de Kamer over de beperkte reikwijdte van het voorstel en de wens tot een algemenere herziening.⁴⁶ Op dezelfde dag werd het eindverslag van de Commissie van Rapporteurs vastgesteld waarin werd opgemerkt dat ‘daaromtrent geene nadere overweging in de afdelingen wordt vereischt’. Om agendatechnische redenen kwam het echter niet tot een openbare beraadslaging en verviel het voorstel formeel door het sluiten van de zitting. Gelukkig maar, anders hadden wij wellicht een fundamentele discussie over (de grondslagen van) de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag in en rondom het parlement moeten missen, zoals hierna zal blijken.

Nadat minister Wintgens op 4 juni 1868 ontslag nam, diende de nieuwe minister, mr. F.G.R.H. van Lilaar, het voorstel op 7 oktober 1868 opnieuw in. Van Lilaar volstond daarbij met een korte memorie van toelichting waarin werd verwezen naar de eerdere versie van minister Wintgens en de behandeling daarvan. Wat echter bijzonder was – en waaraan wij een boeiende discussie te danken hebben die nog steeds voor deze studie relevant is – was dat hij aan het oorspronkelijke voorstel enkele bepalingen ter afschaffing toevoegde. Het ging daarbij om de artikelen 43, 227 tweede lid, 381, 456 derde lid, 478, 543 tweede lid, 732 derde lid, 739 en 853 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarmee strekte de

45. Commissie van Rapporteurs 20 maart 1868, *Handelingen II* 1867/68, Bijlagen, vel 54, p. 213.

46. ‘Te regt is in de afdelingen der Kamer de opmerking gemaakt, dat de tegenwoordige voordracht meer bestemd schijnt om den weg, welken de ondergeteekende wensch in te slaan aan te wijzen dan, om den omvang der herziening, die hij op het oog heeft, aan te geven. Volgaarne dan ook geeft hij de meerdere zekerheid, die dienaangaande werd verlangd. Zijn wensch is, het werd reeds gezegd, in afwachting eener geheel nieuwe codificatie van het procesregt, partiële maar tevens stelselmatige herziening, om aan de behoeften van het oogenblik te gemoet te komen. Dit ontwerp is daarvan een eerste proeve.’ Memorie van beantwoording; nota van verbetering, *Handelingen II* 1867/68, p. 214.

gewenste afschaffing van artikelen zich ineens ook uit tot die artikelen waarin onder meer – zakelijk weergegeven – de schadeloosstelling na een niet van waarde verklaard of opgeheven beslag, of ten onrechte uitgeoefend recht van reclame, waren geregeld. De minister had zich daarbij laten inspireren door een bijdrage van de hoogleraren De Geer en Van Boneval Faure in de *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* in 1886, waarin zij het toevoegen van juist deze bepalingen aan de (opnieuw in te dienen) afschaffingswet bepleitten, zonder hiervoor overigens een motivering te geven.⁴⁷ Daarnaast verwees de minister in zijn memorie naar de overwegingen bij het eerdere ontwerp, die hij expliciet en volledig citeerde en inlaste:

‘Voorts zal het wel geen betoog behoeven, dat de bedoeling van dit ontwerp volstrekt niet is, eenigen inbreuk te maken op het gemeene regt, geldende volgens art. 1401 volg. Burgerlijk Wetboek. Het tegendeel is waar. Men wil juist het gemeene regt onverkort doen gelden ook ten aanzien van het gebruik der hier bedoelde regtsmiddelen. Verplichting tot schadevergoeding, zoo dat gebruik werkelijk blijkt onregtmatig te zijn geweest; maar geen vermoeden van onregtmatigheid, geen algemeene verplichting dus tot schadevergoeding als *onregtvaardig*, geen voorbehoud eener daartoe strekkende actie als *overbodig*.’⁴⁸

Boeiend is wat de minister vervolgens stelde over de *noodzaak* om de betreffende artikelen te verwijderen:

‘In al deze gevallen kan de schadevergoeding slechts worden uitgesproken op de vordering van de belanghebbenden, *zoo daartoe gronden zijn*, wat de regter naar de omstandigheden van elke zaak zal hebben te beslissen. Daarin nu zal geene verandering worden gebracht door de intrekking der genoemde artikelen, want hetgeen zij in bijzondere gevallen voorbehouden volgt reeds uit den algemeenen regel van art. 1401 Burgerlijk Wetboek. Intusschen moet dit overbodige voorbehoud in het stelsel van dit ontwerp vervallen, en dit te meer omdat de handhaving daarvan bij de intrekking van alle soortgelijke bepalingen ligt zoude kunnen leiden tot de gevolgtrekking, dat daaraan meer beteekenis en waarde wordt gehecht dan het werkelijk heeft.’

Met andere woorden, de minister stelde dat handhaving van deze specifieke artikelen over schadeloosstelling na beslag – gecombineerd met de schrapping van gelijksoortige artikelen over schadeloosstelling na het vergeefs instellen van bepaalde rechtsmiddelen – de rechtspraktijk op het verkeerde been zou kunnen zetten. Daaruit zou immers kunnen worden afgeleid dat hierdoor een bijzondere lading aan deze artikelen zou worden gegeven. Lees: een algemene en ongewenste duiding van de (uitgangs)posities van de gewezen beslagene en beslaglegger bij een vordering tot schadevergoeding van de gewezen beslagene. Op 24 november 1868 volgde de

47. Baron B.J.L. de Geer & R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, 1868, p. 228-230.

48. *Handelingen II 1868/69* (MvT), 7 oktober 1868, p. 190.

reactie van de Tweede Kamer, uitgebracht door de Commissie van Rapporteurs. De Kamer toonde zich ronduit kritisch over het toevoegen van de artikelen betreffende de schadeloosstelling aan de lijst van te schrappen bepalingen uit het Wetboek:

‘De thans voor de eerste maal voorgestelde afschaffing der artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, die een regt op schadevergoeding aan verschillende door geregtelijke handelingen benadeelde belanghebbenden toekennen, vond geene algemene goedkeuring. Zeker vele leden achtten het nodeloos omslagtig, om alle op zoodanige wijze benadeelde personen naar de regtsvordering volgens art. 1401 Burgerlijk Wetboek, te verwijzen. Wel is waar kan deze in sommige gevallen als een reconventionelen eisch worden ingesteld, en dan is er minder bezwaar aan verbonden: maar in andere gevallen zal dit niet mogelijk zijn, en de benadeelde zoude door afschaffing van deze artikelen tot het aanleggen eener nieuwe en kostbare procedure worden gedwongen.’⁴⁹

In zijn memorie van beantwoording van 21 december 1868 probeerde de nieuwe minister Van Lilaar de kritiek van de Kamer te weerleggen. Hij begon met de opmerking dat de aanvulling hem zo eenvoudig voorkwam, dat hij meende te kunnen volstaan met ‘het weinige daaromtrent aangevoerd in de Memorie van Toelichting’ en herhaalde zijn argument dat artikel 1401 BW voldoende basis bood. Verder betwistte hij de processuele bedenkingen die in het zo-even weergegeven citaat door de Kamer waren geuit:⁵⁰

‘Of de schadevergoeding, die steeds haar grond heeft in art. 1401 Burgerlijk Wetboek, al of niet gelijktijdig met de hoofdvordering of met de verdediging daartegen (in reconventie) kan gevraagd worden, is niet en kan niet afhankelijk zijn van een geheel overbodig voorbehoud van het regt op schadeloosstelling in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Ten aanzien van de reconventionele vordering tot schadevergoeding, gevoegd bij de tegenspraak der reclame van in beslag genomen goed (artt 456 en 543 Burgerlijke Regtsvordering), geeft men dit toe; maar waarom zal dan de cumulatie der hoofdvordering tot opheffing van een gelegd arrest (artt. 478, 732, 739 Burgerlijke Regtsvordering) met eene accessoire vordering tot schadevergoeding ex art. 1401 Burgerlijk Wetboek ongeoorloofd zijn? Voor deze onderscheiding schijnt geen deugdelijke grond aanwezig.’

Interessant is echter vooral de volgende passage:

‘De handhaving echter van bijzondere voorschriften dienaangaande, bij afschaffing van alle overige van gelijken aard in het Wetboek van Regtsvordering voorkomende, is niet wenselijk, omdat zij alléén aanleiding

49. Voorlopig Verslag der Commissie van Rapporteurs voor het Ontwerp van Wet tot afschaffing van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering over judiciële boeten en schadeloosstellingen, *Handelingen II* 1868/69, p. 700-701.

50. Memorie van beantwoording van het Voorlopig Verslag der Commissie van Rapporteurs voor het Ontwerp van Wet tot afschaffing van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering over judiciële boeten en schadeloosstellingen, *Handelingen II* 1868/69, Bijlagen, vel 204, p. 813.

zou kunnen geven tot het verkeerde en door dit wets-ontwerp veroordeelde begrip, dat de ongunstige uitslag een vermoeden oplevert voor de onregtmaticgheid der aanwending van het regtsmiddel.’

De Tweede Kamer liet zich nog steeds niet overtuigen. Op 4 maart 1869 werd tamedijk fel over het ontwerp gedebatteerd. Het voorstel om de artikelen 456, 478, 573, 732 en 739 toe te voegen aan de lijst met te schrappen artikelen werd, zoals Van Boneval Faure het later in een artikel in het *Weekblad van het Recht* in 1869 formuleerde:

‘met eene aan hevigheid grenzende levendigheid bestreden, zodat men zeide, dat er een storm in de zitting was opgegaan..... alsof de hoogste belangen van Staat op het spel stonden.’⁵¹

Deze wat gechargeerde omschrijving van Van Boneval Faure doet niet helemaal recht aan de weloverwogen bedenkingen die verschillende parlementariërs tegen de uitbreiding van het wetsvoorstel uitten. Die bedenkingen verdienen uitgebreide bespreking, o.a. omdat zij ook vandaag nog altijd van belang zijn.

L. Oldenhuis Gratama voerde als eerste Kamerlid het woord. Hij gaf op hoofdlijnen zijn steun aan de kern van het eertijds door minister Wintgens ingediende (schrappings)voorstel. Vervolgens richtte hij echter zijn pijlen op de daarna door minister Van Lilaar, geïnspireerd door de hoogleraren De Geer en Van Boneval Faure, geformuleerde uitbreiding tot de artikelen over ten onrechte gelegd beslag en ingeroepen recht van reclame. In de kern bevatte zijn argumentatie drie pijlers.⁵² In de eerste plaats verweet hij de regering dat zij

‘den burger [noodzaak] een nieuw proces te voeren om te verkrijgen wat hij in het aanhangige geding als het ware van zelf deelachtig kon worden.’

Het feit dat de regering in dit verband wees op de mogelijkheid om – met een beroep op artikel 1401 BW – een vordering in reconventie in te stellen maakte dit voor Oldenhuis Gratama niet anders, onder meer omdat

‘volgens art. 250, 2^{de} lid, Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, reconventie in appèl niet is toegelaten wanneer zij in eerste instantie niet is gemoveerd, zoodat het door de Regering met zoo veel vertrouwen aangegeven middel niet baat, in al die gevallen waarin reconventie in eerste instantie niet is gemoveerd (...).’

Verder vreesde hij dat wanneer de ‘dadelijke toewijzing van schadevergoeding’ zou komen te vervallen dit ‘ieder chicanous pleiter’ zou uitnodigen het proces straffeloos te rekken. Ten slotte droeg hij een meer algemeen argument aan, namelijk dat wanneer niet expliciet van een nadelige werking van een wetsartikel is

51. Van Boneval Faure 1869, p. 3.

52. *Handelingen II* 1868/69, vel 261, p. 984.

gebleken, het generieke uitgangspunt zou moeten zijn dat dit artikel zou moeten worden behouden.⁵³

Het Kamerlid J.A. Kalff legde vervolgens nadruk op het principiële verschil tussen de bepalingen die betrekking hadden op 'geregelijke handelingen' en de (door Van Lilaar toegevoegde) artikelen, waarin de belangen van een procespartij materieel werden geraakt (schadeloosstelling na onterecht gelegd beslag en onbevoegde uitoefening van het recht van reclame):

'De bepalingen evenwel die de Minister er nu heeft bijgevoegd, betreffen zaken van geheel anderen aard dan die in het eerste ontwerp voorkwamen. Het geldt daarbij regtshandelingen, die dikwerf tot groote vertraging en belemmeringen in processen en groot nadeel voor belanghebbenden aanleiding geven; handelingen, waaraan de wetgever mijns inziens zeer te regt de bedreiging van schadevergoeding heeft verbonden. Dit is te meer waard, daar het grootendeels uit haren aard exceptionele maatregelen betreft, als de middelen tot bewaring van regt, waarbij aan de daarbij betrokken personen dubbele waarborgen moeten gegeven worden dat zij niet verkeerd, niet ligtvaardig tegen hen zullen aangewend worden.'⁵⁴

Vervolgens scherpte hij de bezwaren van Oldenhuis Gratama tegen artikel 1401 BW als (exclusieve) grondslag voor schadevergoeding verder aan. Hiermee raakte hij aan de fundamentele onderliggende discussie. Die discussie bestond (en bestaat in zekere zin ook nu nog) eruit, of na onterecht beslag voor een recht op schadevergoeding sprake moest zijn van *bijkomende omstandigheden*, of dat het *gegeven* dat de vordering van de beslaglegger is afgewezen in beginsel een recht op schadevergoeding in het leven riep.

'De af te schaffen artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering geven niet, zoo als de Minister laat voorkomen, een bloot voorbehoud van regt; neen, zij erkennen bepaaldelijk een regt op schadevergoeding onder zekere omstandigheden. Wanneer men uit art. 1401 BW wil handelen, moet eerst worden uitgemaakt of de daad onregtmatig is, terwijl de praesumptie van die onregtmatigheid nu al ligt in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, voor het geval dat de maatregel geoordeeld wordt ten onrechte of verkeerdelijk aangewend te zijn.'⁵⁵

In het verlengde hiervan is de argumentatie van het Kamerlid M.H. Godefroi tegen de aanvulling van het wetsvoorstel ook nog altijd relevant. Godefroi keerde zich in het bijzonder tegen de expliciete verwerping in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van het beginsel dat

53. Dit punt werkt hij verder niet uit: 'Ik heb dikwijls in de publieke bladen gelezen en in mijne buurt in de kamer ook gehoord dat men in de Kamer juridische betogen vervelend vindt. Daarom stip ik de argumenten slechts aan', *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 984.

54. *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 985.

55. *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 986.

‘de ongunstige uitslag een vermoeden oplevert voor de onrechtmatigheid der aanwending van het regtsmiddel.’

Het bracht Godefroi tot de volgende hartenkreet:

‘Ik heb mijne oogen niet kunnen gelooven, toen ik dit las! Hoe, de ongunstige uitslag van het proces bij ontzegging van eener reclame van in beslag genomen goed, bij opheffing van een gelegd beslag, zou geen vermoeden opleveren voor de onrechtmatigheid der aanwending van het regtsmiddel! Maar wat is dan noodig om van die onrechtmatigheid te doen blijken.’⁵⁶

In zijn antwoord op deze bezwaren ging minister Van Lilaar allereerst in op de opmerkingen over artikel 1401 BW als (exclusieve) grondslag voor schadevergoeding na bepaalde processuele handelingen. Hierbij nam hij het principiële standpunt in dat vorderingen vanwege schadevergoeding, ook al vinden zij hun grondslag in processuele handelingen, naar hun aard in het Burgerlijk Wetboek thuishoren en niet in het Wetboek van Regtsvordering:

‘Alle schadevergoedingen, gevorderd of toegewezen op grond der bepalingen van het Wetboek van Regtsvordering, zullen steeds moeten berusten op denzelfden grondslag, die gevorderd bij art. 1401 van het Burgerlijk Wetboek, terwijl de wijze waarop die schadevergoeding gevorderd moet worden, moet geregeld zijn in het Wetboek van Regtsvordering.’⁵⁷

Op het punt van de processuele nadelen voor de gewezen beslagene (met name de door Oldenhuis Gratama gesignaleerde problemen, wanneer in eerste aanleg in reconventie geen schade is gevorderd), ging de minister wat kort door de bocht door niet werkelijk op deze bezwaren in te gaan, doch de consequenties simpelweg bij de betreffende procespartij te leggen:

‘Op dit bezwaar past volkomen het algemeen en kort antwoord: dat hij die dat verzuim gepleegd heeft, zich dit zelf zal hebben te wijten. De kosten der tweede procedure zullen het gevolg zijn van eigen schuld.’⁵⁸

Vervolgens ging de minister in op het verwijt van diverse sprekers, dat de uitbreiding van het wetsvoorstel met name was geschied na een ‘wenk’ van de hoogleraren De Geer en Van Boneval Faure, zonder dat deze ‘wenk’ was gemotiveerd. Op dit laatste onderdeel liet de minister het wat liggen door te stellen:

‘Het is waar, voor zoo ver mij bekend is, hebben zij hunne gronden niet in de regtsgeleerde literatuur bloot gelegd; maar dit neemt niet weg, dat zij hunne gronden schriftelijk aan mij hebben medegedeeld.’⁵⁹

maar vervolgens deze gronden niet (mondeling) met de Kamer te delen.

56. *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 987.

57. *Handelingen II* 1868/69, vel 261, p. 988.

58. *Handelingen II* 1868/69, vel 261, p. 988.

59. *Handelingen II* 1868/69, vel 261, p. 988.

Uiteindelijk koos de minister aan het slot van zijn reactie eieren voor zijn geld en trok het 'nieuwe' gedeelte van het wetsontwerp in, waarna het met 30 stemmen voor en 19 tegen werd aanvaard.

Daarmee waren de bepalingen die de schadeloosstelling na (onder andere) opheffing en vervallen van bewarend beslag en het onbevoegd inroepen van het recht van reclame voorlopig gered. Onbevredigend was wel dat het fundamentele debat over de aard van de aanspraak na *onterecht* beslag (met name of sprake moest zijn van een 'praesumptie') wel werd aangeraakt, maar uiteindelijk niet verder ten principale aan de orde kwam. Een gemiste kans, nu invloedrijke leden van de Kamer en de minister, allen gevoed door hoogleraren,⁶⁰ op dit punt lijnrecht tegenover elkaar stonden.

Hoewel de uitkomst van het debat vaststond, liet Van Boneval Faure zowel de inhoud van de discussie als de wijze waarop deze werd gevoerd niet over zijn kant gaan. Wat dat laatste betreft, de Kamer schroomde niet om de discussie enigszins in het persoonlijke te trekken, door bijvoorbeeld op te merken dat sprake was van een 'blijkbaar ondoordacht denkbeeld van prof. Faure' en te argumenteren dat de uitbreiding van de in te trekken artikelen was 'geschied op een los, ongemotiveerd denkbeeld van Boneval Faure, voor wiens talent ik eerbied heb, maar die dan toch geen orakel is'.⁶¹ Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat Van Boneval Faure, maar ook zeker Van Lilaar, zichzelf en het gewijzigde voorstel geen dienst hadden bewezen, door de onderbouwing van De Geer en Van Boneval Faure enkel onderling uit te wisselen en niet voor of in het debat met de Kamer te delen.

Van Boneval Faure stelde allereerst vast dat hij de suggestie om (ook) de bepalingen 456, 478, 573, 732 en 739 te schrappen, in de *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* in 1868 inderdaad niet had voorzien van een onderbouwing. Vervolgens nam hij het voor de minister op en merkte hij op dat in het oorspronkelijke, door de Tweede Kamer omarmde, ontwerp afschaffing van

'de judiciële boeten, maar ook van uitdrukkelijke bedreigingen van schadevergoeding [was] voorgesteld. Het nadeel van het verliezen van een proces moet alleen in de betaling van alle proceskosten bestaan, geen straffen nog daarboven, als ware het voeren van een proces, dat verloren wordt, in zich zelf onrechtmatig; daarom ook geen bedreiging van schadevergoeding die of overbodig of onrechtvaardig zou zijn.'

60. Ook J. Heemskerk Az schermde in het debat met academische rugdekking: 'Daar weinige dagen geleden een van 's Konings Ministers zich ook beroepen heeft op een getuigschrift van een knap, en ik voeg er bij, een liberaal hoogleraar in de regten, die mij zeer onlangs als zijn gevoelen schriftelijk heeft kenbaar gemaakt, dat al hetgeen door de tegenwoordige Regering is toegevoegd aan het wetsontwerp er uit moest worden genomen.' Hij voegt er bij: 'Vooral na de toelichting dezer bijvoeging in de Memorie van Beantwoording, zou die bijvoeging een ware ramp worden voor de rechtspraak.' *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 988.

61. Aldus Kamerlid M.H. Godefroi, *Handelingen II* 1868/69, vel 262, p. 987.

Vervolgens stelde hij de retorische vraag of de minister niet mocht aannemen

‘dat hij aan de wenschen van de Kamer te gemoet kwam, als hij, op grond van hetzelfde beginsel de afschaffing van nog andere bepalingen voordroeg?’

Wat Van Boneval Faure betrof was deze argumentatie meer ‘hevig dan stevig’. Hij verwees naar de parlementaire geschiedenis, waarbij in de toelichting bij artikel 478 de woorden ‘zoo daartoe gronden zijn’ nader zijn toegelicht. Die verwijzing is niet sterk, nu, zoals in paragraaf 2.5.1 is besproken, de betreffende toelichting uiterst summier is.⁶² Voorts stelde hij dat de wetgever in artikel 461 (oud) BW de mogelijkheid heeft erkend ‘dat een proces kan verloren worden, terwijl niettemin de verliezende partij niet zonder redelijken grond heeft geprocedeerd’.⁶³

Deze fundamentele discussie zou uiteindelijk worden beslecht in 1965 in het arrest *Snel/Ter Steege*,⁶⁴ waarin de Hoge Raad de hiervoor besproken benadering van Godefroi volgt. Dit arrest zal in het volgende hoofdstuk uitgebreid worden geanalyseerd.

2.5.3 De ‘Lex Hartogh’, wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering in 1896

Het voorstel van het Kamerlid A.F.K. Hartogh tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, waarvan de eerste versie op 23 juni 1893 naar de Kamer werd gestuurd,⁶⁵ bevatte geen hernieuwde poging om de artikelen betreffende de schadeloosstelling na bewarend beslag te schrappen of aan te passen. De parlementaire geschiedenis geeft ook geen aanknopingspunten waaruit zou kunnen blijken dat de discussie uit de jaren 1868 en 1869, over schrapping van deze artikelen bij de behandeling van de ‘Lex Hartogh’, werd voortgezet. Integendeel, tussen de regels door blijkt dat de betreffende artikelen niet werden geraakt door de verschillende wijzigingen en nieuwe bepalingen, nu deze zich op andere terreinen van het proces-

62. ‘De schadevergoeding, waarvan hier gesproken wordt, volgt niet altijd van zelve uit het gegrond bevinden van het verzet, want de executant kan in de beste trouw het beslag hebben gedaan, in het zoo even opgegeven voorbeeld (...) kan hij zeer wel zijn onbewust geweest, dat hetgeen hij onder derden heeft beslagen, niet aan den geëxecuteerde in zijn privé toebehoorde.’ Zie verder Van den Honert 1839, par. 478, p. 496 en Oudeman 1875, deel 2, p. 123 en 124.

63. Art. 461 (oud) BW luidde in 1869 als volgt: ‘Alvorens eene regtsvordering voor den minderjarige in te stellen, of zich op eene regtsvordering, tegen denzelve ingesteld, te verdedigen, kan de voogd, te zijner verantwoording, zich daartoe doen magtigen door den kantonregter, die daarop het gevoelen der bloedverwanten of aangehuwden van den minderjarige, en van toezien voogd, inneemt. De voogd die, niet voorzien van dit verlof, eene regtsvordering heeft ingesteld, of zich daartegen verdedigt, kan door den regter tot de betaling der proces-kosten uit eigene beurs worden verwezen, indien wordt bevonden dat hij zonder redelijken grond het regtsgeding aangevangen of volgehouden heeft; onverminderd zijne gehoudenheid tot verdere vergoeding van kosten, schaden en interesten, zoo daartoe gronden zijn. Hetzelfde kan plaats hebben, indien mogt blijken dat de voogd door valsche voorgevens, of verberging der waarheid, zoodanig verlof mogt hebben gekregen.’

64. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

65. Voorstel van wet van den heer Hartogh, houdende wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, *Handelingen II* 1892/93, Bijlagen 190, 1-3. De wet werd uiteindelijk in de vergadering van de Tweede kamer van 4 april 1895 aangenomen.

en beslagrecht richtten. De bepalingen over schadeloosstelling gingen geruisloos met toevoegingen en wijzigingen mee.⁶⁶

Dat neemt niet weg dat deze wetswijzigingen wel indirect invloed hebben gehad op het leerstuk van schadeloosstelling na beslag. De mogelijkheden voor het leggen van conservatoir beslag werden verder uitgebreid en de voorwaarden werden op onderdelen versoepeld. Dit gold bijvoorbeeld voor het vereiste van vrees voor verduistering.⁶⁷ Daardoor is ook de (gepubliceerde) jurisprudentie over schadeloosstelling en schadevergoeding na beslag na 1896 toegenomen.

2.5.4 De discussie suddert voort na 1896

Hoewel de bepalingen over schadeloosstelling in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering in de beraadslagingen over de 'Lex Hartogh' de dans waren ontsprongen, bleef de discussie over interpretatie en (ten principale) noodzaak van deze bepalingen voortsudderen.

Zo schreef annotator J. Wolterbeek Muller bij het arrest *Biesing/Weissenbruch* van de Hoge Raad van 4 april 1912.⁶⁸

‘Intussen, reeds Oudeman t.a.p.⁶⁹ verwijst voor den grond der actie tot schadevergoeding naar art. 1401 BW., en het komt ook mij voor dat die aldaar, en niet in de bepalingen van het procesrecht, moet worden gezocht.’

In de praktijk bleef de onrechtmatige daad (art. 1401 BW) naast (en soms ook: in plaats van) de specifieke artikelen in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering haar rol bij onrechtmatig beslag vervullen.

Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam op 10 mei 1907⁷⁰ dat

‘waar de vordering ex art. 732 laatste lid voornoemd, berust op een recht op schadevergoeding uit onrechtmatige daad, hij die deze actie instelt, deze ook, onafhankelijk van de vordering tot opheffing van het beslag, kan instellen op het tijdstip dat hem goedgevoelt (...).’

In dit verband is ook het vonnis van de Rechtbank Alkmaar van 18 april 1918 relevant.⁷¹ De rechtbank overwoog in dit vonnis dat beslagen moeten geacht worden onrechtmatig te zijn gelegd, wanneer de beslaglegger daarna afstand heeft gedaan

66. Zie bijvoorbeeld het nieuwe art. 770a Rv (beslag op onroerend goed) waarin de art. 727, 728, 729, 731, 732, 733 en 734 expliciet van toepassing werden verklaard.

67. Zie in dit verband Van Rossem-Cleveringa 1972, aant. 1 op art. 727 Rv, p. 1477-1478.

68. J. Wolterbeek Muller in *W* 9358 (16 september 1912), p. 2, HR 4 april 1912, *W* 9358, m.nt. J. Wolterbeek Muller (*Biesing/Weissenbruch*).

69. Oudeman 1875, deel 2, p. 123-124.

70. Rb. Amsterdam 10 mei 1907, *W* 8700.

71. Rb. Alkmaar 18 april 1918, *NJ* 1918, p. 985.

van de instantie, of daarna het beslag heeft opgeheven zonder dat blijkt van zekerheidstelling of andere 'tegemoetkoming van wege den beslagene'.

Ook het arrest van de Hoge Raad van 29 oktober 1926 past in deze lijn.⁷² Daarin overwoog de Hoge Raad dat, bij een schadevergoeding uit onrechtmatige daad wegens onrechtmatig beslag, *het stellen van schadefactoren* niet is vereist. De beslaglegger had vergeefs gesteld dat, wanneer de dagvaarding die factoren niet bevat, hij zich onvoldoende kan verdedigen en dat het 'den rechter onmogelijk zou worden gemaakt om, overeenkomstig artikel 612 Rv, het beloop der schade, zoo enigszins mogelijk, reeds dadelijk te begrooten en bij zijn vonnis vast te stellen'. De rechtsvraag in cassatie had dus niet rechtstreeks betrekking op de *grondslag* van de aansprakelijkheid. Uit het arrest kan wel worden afgeleid dat het kennelijk mogelijk bleef een vordering na onrechtmatig beslag te baseren op artikel 1401 BW, met name voor die gevallen die niet door de specifieke bepalingen in het Wetboek van Rechtsvordering (zoals art. 732 (oud) Rv voor de schadevergoeding na derdenbeslag) werden gedekt.

Zo werd een jaar later door de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de ontvankelijkheid van een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig op onroerend goed gelegd beslag centraal staat. Interessant is dat het hof had geoordeeld dat het enkele feit dat de beslagene gedurende het achteraf ten onrechte gelegde conservatoire beslag

'in den voorgenomen verkoop van het goed en in het vrije beschikkingsrecht daarover was verhinderd, terwijl een verkoop van het goed op de wijze, zooals hij zelf het beste oordeelde, en wanneer hij in de gelegenheid was geweest het goed onderhands te verkoopen, een hogere opbrengst dan die van den openbaren verkoop, geschied door den 1sten hypotheekhouder, zou hebben ten gevolge gehad'

onvoldoende was voor de ontvankelijkheid van de vordering, maar dat er meer gronden hadden behoren te worden aangevoerd om tot een vordering tot schadevergoeding te kunnen komen. Het hof oordeelde dat, nu de vordering bleef steken bij een 'mogelijkheid' van schadevergoeding, deze daardoor *niet-ontvankelijk* was. De beslagene had, aldus het hof, concreet dienen te stellen dat een bepaalde verkoop (met hogere opbrengst dan de vordering met de hypotheekhouder), geen doorgang had kunnen vinden.

De Hoge Raad casseerde en overwoog dat

'immers deze eischen reeds daarom niet aan een beslagene kunnen worden gesteld omdat hij ls eigenaar van het goed, te allen tijde in de gelegenheid is en moet zijn om over een hem passenden verkoop, met derden in onderhandeling te treden en, zoo nodig, naar gegadigden te zoeken, met de zekerheid over dat goed te kunnen beschikken, en hij juist daàrin door het beslag wordt verhinderd.'

72. HR 29 oktober 1926, NJ 1929, p. 1379-1382, m.nt. E.M. Meijers.

Hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat het hier gaat om de eisen die aan *ontvankelijkheid* van een vordering worden gesteld en niet, zoals annotator Scholten in zijn annotatie bij dit arrest terecht opmerkt, de *toewijsbaarheid* ervan.⁷³

Wat betreft die toewijsbaarheid is het volgende van belang. Uit de relevante jurisprudentie blijkt dat voor de invulling van het onrechtmatigheidscriterium veelal het element van schuld aan de zijde van de beslaglegger een noodzakelijke voorwaarde leek.⁷⁴ Zo bezien volgde de rechter de lijn van Boneval Faure, zoals hiervoor in paragraaf 2.5.2 uiteengezet.

2.6 De fundamentele herziening van het beslagrecht, 1992

Bijna negentig jaar na de herziening van (met name het procesrecht in) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, vormde de naderende invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek aanleiding tot een omvangrijk wetsvoorstel, dat de voor de invoering van dat wetboek noodzakelijke aanpassingen en aanvullingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en (in mindere mate) de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet beoogde te omvatten. Dit voorstel werd op 6 augustus 1980 bij de Tweede Kamer ingediend.

Onder druk van de praktijk was daarbij de gelegenheid benut om tot een brede(re) herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te komen, die aanmerkelijk verder ging dan de benodigde aanpassingen om de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek te faciliteren.⁷⁵

Deze brede bezinning op het beslag- en executierecht heeft voor veel fundamentele onderwerpen haar sporen nagelaten.⁷⁶ Dat geldt echter niet voor (de bepalingen over) schadeloosstelling na onrechtmatig beslag. Het dogmatische debat over het al dan niet opnemen van specifieke bepalingen over schadeloosstelling na beslag, dat in 1869 nog zo hartstochtelijk werd gevoerd,⁷⁷ werd niet herhaald. Dat neemt niet weg dat in het wetsvoorstel wel werd opgenomen dat de artikelen over schadeloosstelling na beslag kwamen te vervallen. De uitgebreide wetsgeschiedenis bij dit brede wetsvoorstel bevat echter op dit punt geen rechtstreekse motivering van

73. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 23 september 1949, *NJ* 1950/717. Daarbij ging het om de schade (extra liggeld) door een ten onrechte gelegd beslag op een schip.

74. Vergelijk onder meer HR 4 april 1912, *W* 9358, m.nt. J. Wolterbeek Muller (*Biesing/Weissenbruch*) en HR 27 september 1929, *NJ* 1930/1433 (*Het Broekhuis/Broeks*).

75. Zie in dit verband de MvT bij de Invorderingswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, *Handelingen II* 1980/81, 16593, nr. 3, p. 2: 'Bij het onderhavige gedeelte van de Invoeringswetgeving is er naar gestreefd geen andere wijzigingen aan te brengen dan door de invoering van de Boeken 3-6 noodzakelijk of ten minste wenselijk worden gemaakt. Uit de hierboven bedoelde raadplegingen van de praktijk en van de subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering zijn echter zo veel wensen naar voren gekomen om verouderde gedeeltes van met name het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die toch ingrijpende aanpassing behoeften, in hun geheel te moderniseren, dat niet kon worden vermeden daaraan op een aantal plaatsen gevolg te geven. Dit geldt met name voor (...) het executie- en beslagrecht (de nieuwe artikelen 430-558 en 700-767).'

76. Zo verviel de procedurestap om het beslag 'van waarde' te doen verklaren.

77. Zie par. 2.5.2.

de Minister van Justitie. Evenmin is deze schrapping voor de Raad van State, of een der Kamers, aanleiding geweest voor opmerkingen.

Hooguit zou met enige goede wil een bedoeling van de wetgever kunnen worden afgeleid uit de volgende passage in de memorie van toelichting van 6 augustus 1980:

‘Dit kan verklaren waarom de proceskosten waarin de verliezende partij veelal wordt veroordeeld vaak geen volledige vergoeding opleveren van hetgeen de winnende partij aan het proces ten koste heeft gelegd. In verband daarmee pleegt men te zeggen dat niet alle proceskosten “liquidabel” zijn. Een volledige vergoedingsplicht is wel denkbaar, doch alleen in “buitengewone omstandigheden”, zoals Hof Amsterdam, 10 februari 1970, N.J. 1971,130 het heeft uitgedrukt. Daarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad.’⁷⁸

Hierbij dient te worden aangetekend dat deze passage uitdrukkelijk ziet op de *proceskosten* en is opgenomen ter toelichting van (uiteindelijk in de definitieve nummering) artikel 241 Rv. Daarnaast speelt hier het voorkomen van cumulatie met de kosten ex artikel 6:96 lid 2b BW jo. artikel 6:96 lid 3 BW.⁷⁹ Wat hiervan zij, het vergt een wel heel extensieve interpretatie om hier mede een verwijzing naar de onrechtmatige daad te lezen, als grondslag voor schadeloosstelling na beslag.

De passages in de memorie van toelichting die de afdelingen betreffen waarin de bepalingen over schadeloosstelling waren opgenomen, bieden evenmin houvast. De memorie bespreekt in algemene zin de verschillende onderdelen van de Vierde Titel van het wetboek (‘middelen tot bewaring van zijn recht’), doch licht daar de bepalingen over schadeloosstelling niet uit. Wellicht was het voor de wetgever na het arrest *Snel/Ter Steege* uit 1965⁸⁰ zo evident dat de bepalingen konden worden geschrapt, dat hieraan om deze reden geen overweging is gewijd.

Opvallend is verder dat een voor de hand liggende gelegenheid om hier enige gedachten aan te wijden niet wordt benut. Het gaat daarbij om het nieuwe artikel 706 Rv.⁸¹ Voorheen kwam de vraag wie met de kosten van het conservatoire beslag werd belast vanzelf aan de orde in de procedure tot vanwaardeverklaring. Werd het beslag van waarde verklaard, dan werd in de regel de beslagene tot betaling van deze kosten veroordeeld.⁸²

78. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 593, nr. 3 (MvT), p. 8.

79. Zie hierna par. 5.6.4 waarin hier nader op wordt ingegaan.

80. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*). Zie verder par. 3.2.3.

81. Art. 706 Rv: ‘De kosten van het beslag kunnen, al of niet in de hoofdzaak, van de beslagene worden teruggevorderd, tenzij het beslag nietig, onnodig of onrechtmatig was.’

82. Overigens was het ook mogelijk dat de beslagene toch de kosten van het beslag moest voldoen als het beslag *niet* van waarde werd verklaard. Bijvoorbeeld in geval van verschoonbare dwaling aan de zijde van de beslaglegger (Rb. Rotterdam 24 november 1869, W 3171) of na opheffing van het beslag die primair het gevolg was geweest van een belangenafweging (Hof Den Haag 2 november 1914, NJ 1915, p. 110).

Het parlementair debat over de voorgenomen wijzigingen van (onder meer) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd op 6 mei 1986 afgerond. Op die datum nam de Eerste Kamer het Voorstel Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet zonder aparte stemming aan. Daarmee werd ook het besluit om de bepalingen over schadeloosstelling te schrappen definitief. Dat de artikelen 732 en 739 Rv het desalniettemin nog ruim vijf jaar stilletjes uithielden, alvorens roemloos ten onder te gaan, kwam doordat de daadwerkelijke invoering van deze wet samenliep met de gehele invoering van het nieuwe Burgerlijke Wetboek, dat – zoals bekend – uiteindelijk pas op 1 januari 1992 werd ingevoerd.

2.7 Relevante verdragen, invloed op het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering 1933-heden

2.7.1 Verdrag conservatoir beslag op luchtvaartuigen, 1933

In mei 1933 werd in Rome een Diplomatieke Conferentie voor het internationaal privaatrecht gehouden. Deze resulteerde in het ‘Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige bepalingen inzake conservatoir beslag op luchtvaartuigen’. Nederland heeft dit verdrag op 30 december 1933 getekend, bij Wet van 4 november 1937 goedgekeurd en op 28 januari 1938 bekrachtigd. Hoofddoel van dit verdrag was – en is nog altijd – om de luchtvaart te beschermen tegen het ‘gevaar, verbonden aan het leggen van beslag op bepaalde, nader omschreven luchtvaartuigen’.⁸³ Het verdrag benoemde een aantal kernverplichtingen, die in nationale wetgeving zouden moeten worden opgenomen. In 1937 is daartoe een wetsontwerp ingediend met een viertal artikelen (art. 770h t/m 770i), die een nieuwe Zevende Afdeling in de Vierden Titel van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zouden moeten gaan vormen.

Voor dit onderzoek is daarbij artikel 770k van belang, dat tezamen met de overige drie artikelen inderdaad op 28 april 1938 aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is toegevoegd:

- ‘1. Wanneer in strijd met de bepalingen der vorige artikelen of zonder wettigen grond beslag op een luchtvaartuig is gelegd, wordt de arrestant veroordeeld tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.
2. De bepaling in het vorige lid gesteld, is mede van toepassing, wanneer de schuldenaar zekerheid heeft moeten stellen om een beslag te voorkomen, dat, ware het gelegd, in strijd met het bepaalde in artikel 770i of zonder wettigen grond zou zijn geoordeeld.’

In 1986 is nog een beperkte wijziging in deze Zevende Afdeling opgenomen, die verband hield met de goedkeuring van het Verdrag van Rome uit 1993 voor de Nederlandse Antillen en Aruba. Die goedkeuring was er vanwege het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog nooit gekomen.⁸⁴

83. *Handelingen II* 1936/37, 329, nr. 3 (MvT), p. 4.

84. Wet van 7 mei 1986, *Stb.* 1986, 295.

Vervolgens heeft de Afdeling bij Wet van 28 oktober 1991, *Stb.* 1991, 583, van kracht geworden op 1 januari 1991, nog een aantal beperkte wijzigingen ondergaan. Deze hielden verband met de algehele herziening van het executie- en beslagrecht die op die datum van kracht werd. Deze wijzigingen waren niet opgenomen in het algemene wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht,⁸⁵ maar in een apart voorstel geïncorporeerd, tezamen met wijzigingen van de regels betreffende beslagen op en executie van schepen.⁸⁶

Wat de bepalingen over luchtvaartuigen betreft, zijn de wijzigingen met name technisch van aard. Zij verhuisden van de Wet teboekgestelde luchtvaartuigen naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en gingen daar de artikelen 729-729d vormen. De artikelen over conservatoir beslag, geënt op het Verdrag van Rome uit 1933, ondergingen per saldo geen fundamentele wijzigingen⁸⁷ en werden ingedeeld naast de bepalingen over conservatoir beslag op schepen. Daar, in de Zesde Afdeling B (van conservatoir beslag op luchtvaartuigen) zijn zij nog altijd te vinden en vormen zij de artikelen 729 t/m 729e Rv.

Het oude artikel 770k (oud) Rv is meeverhuisd, vernummerd naar 729c Rv en luidt vanaf 1 januari 1992 als volgt:

- ‘1. Wanneer in strijd met de overige artikelen van deze afdeling of zonder goede grond beslag op een luchtvaartuig is gelegd, is de beslaglegger gehouden de daardoor ontstane schade te vergoeden.
2. Het eerste lid is mede van toepassing, wanneer de schuldenaar zekerheid heeft moeten stellen om een beslag te voorkomen dat, ware het gelegd, in strijd met de vorige artikelen of zonder goede grond zijn geweest.’

2.7.2 Implementatie Europese Richtlijn betreffende handhaving IE-rechten, 2007

In 2007 is, als onderdeel van de implementatie van de Richtlijn 2004/48 EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, artikel 1019g aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toegevoegd. Dit artikel beoogt een regeling te bieden voor – zake-lijk weergegeven – onrechtmatig gelegd (bewijs)beslag, dat op basis van een beslag ter handhaving van een (gepretendeerd) recht van intellectueel eigendom is gelegd.

85. Invoeringswet Boeken 3-6- Nieuw BW, eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, ingediend op 6 augustus 1980 onder nummer 16 593.

86. Wet van 28 oktober 1991, houdende aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet teboekgestelde luchtvaartuigen (*Stb.* 1957, 72), voor wat betreft beslag op en executie van schepen en luchtvaartuigen, aan de regels betreffende executie en beslag, in dat wetboek opgenomen bij de Wet van 7 mei 1986 (*Stb.* 295), wetsvoorstel nummer 21 961.

87. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 1990/91, 21 961, nr. 3 (MvT), p. 17 en 18. De Raad van State wijdt er eveneens geen bijzondere beschouwingen aan en plaatst enkel de opmerking dat de minister per abuis de intrekking van de oude bepalingen in het voorstel heeft weggelaten, *Kamerstukken II* 1990/91, 21 961, B, p. 2.

De parlementaire geschiedenis bevat enkel summier passages over dit artikel, die feitelijk zonder betekenis zijn voor de uitleg ervan.⁸⁸

Het uiteindelijke artikel 1019g luidt als volgt:

- ‘De rechter *kan* [curs. GM] op vordering van degene die is getroffen door
- a. een beslag dat is gelegd ingevolge artikel 28, derde lid, Auteurswet 1912, artikel 17, tweede lid, Wet op de naburige rechten, de artikelen 2.22, tweede lid, en 3.18, tweede lid, Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen, artikel 70, negende lid, Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 en artikel 13a, negende lid, Landbouwkwaliteitswet,
 - b. een maatregel als bedoeld in artikel 1019b, eerste lid,
 - c. een bevel als bedoeld in artikel 1019e, eerste lid, of
 - d. enige andere voorlopige maatregel die is opgelegd krachtens een in artikel 1019 bedoeld recht van intellectuele eigendom, tot voorkoming van een dreigende inbreuk of houdende een verbod op inbreukmakende handelingen of een verbod jegens een tussenpersoon, gelasten dat degene die om deze maatregel heeft gevraagd de door deze maatregel toegebrachte schade op passende wijze vergoedt, indien het beslag ten onrechte is gelegd of het beslag is opgeheven dan wel voor zover de maatregel niet had behoren te worden getroffen of het bevel niet had behoren te worden gegeven of indien wordt vastgesteld dat er geen inbreuk was gemaakt of dreigde.’

Opvallend is de facultatieve formulering van artikel 1019g Rv, die is ontleend aan de richtlijn. Gelet op het woord ‘*kan*’ heeft de rechter in de in het artikel aangegeven gevallen de *bevoegdheid* tot het toekennen van schadevergoeding en dus niet de verplichting. Met Tjong Tjin Tai⁸⁹ vraag ik mij af of deze formulering niet op gespannen voet staat met het geldende Nederlandse recht, in het bijzonder de door de Hoge Raad in het arrest *Snel/Ter Steege* geformuleerde risicoaansprakelijkheid.⁹⁰

In dat verband doet de tekst van de memorie van toelichting, die een sterke mate van bescherming suggereert, wat merkwaardig aan:

‘Onder het huidige recht wordt algemeen aangenomen dat een voorlopige maatregel die later blijkt ten onrechte te zijn gelegd en daarom achteraf onrechtmatig is, voor risico komt van degene die om de maatregel heeft verzocht. In artikel 9, zevende lid, van de richtlijn is nader ingevuld wanneer daarvan sprake is en is daarom geïmplementeerd (artikel 1019g). De richtlijn versterkt in het algemeen de positie van de houders van intellectuele-eigendomsrechten en maatregelen als in dit artikel zijn bedoeld om te voorkomen dat zij deze positie te zeer uitbuiten ten koste van hun

88. Vergelijk met name *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3 (MvT), p. 25.

89. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering* (online, bijgewerkt 27 mei 2018), art. 1019g Rv, aant. 1. Zie hierna ook (voor de implementatie van de richtlijn in België) par. 7.2.10.6.

90. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

concurrenten die de grenzen van de concurrentievrijheid opzoeken zonder deze te overschrijden.’

De rechtspraak waarin artikel 1019g Rv centraal staat, is uiterst summier. Ik trek hieruit de voorzichtige conclusie dat de rechter in de praktijk uitgaat van de ‘algemene’ risicoaansprakelijkheid, waardoor de betekenis van de facultatieve bevoegdheid naar de letter van artikel 1019g Rv betrekkelijk irrelevant wordt.⁹¹

2.8 Conclusies

Uit de rechtsgeschiedenis blijkt dat de figuur van de schadevergoeding na een ten onrechte gelegd bewarend beslag een lange historie heeft. Tegelijkertijd ontbreekt een stevig dogmatisch fundament en/of een helder wettelijk kader. Zowel voor de introductie van de wettelijke mogelijkheid tot het toekennen van schadeloosstelling voor aanpalende tot schadeloosstelling verplichtende omstandigheden in 1838, als bij de afschaffing daarvan in 1992, ontbreekt een solide motivering. In het bijzonder zijn er geen heldere aanknopingspunten voor de vraag hoe de schadevergoeding na *onterecht* beslag past binnen het evenwicht tussen de posities van de beslaglegger en de beslagene. Daardoor is het ook vanuit rechtspolitiek oogpunt bezien onduidelijk hoe deze posities zich binnen het verband van de schadevergoeding na een onterecht gelegd bewarend beslag tot elkaar (zouden moeten) verhouden.

De handschoen is door Van Boneval Faure bijna anderhalve eeuw geleden opgepakt. De wetgever heeft zich sindsdien niet in de ring laten zien. Dat maakt een nader onderzoek naar de principiële uitgangspunten en posities – in het bijzonder naar de grondslagen en de aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger – relevant, aangezien de wetgever dit terrein vrijwel braak heeft laten liggen. In het volgende hoofdstuk staat een onderzoek naar deze grondslagen centraal.

91. Zie Rb. Alkmaar 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5669, NJF 2009/478.

Hoofdstuk 3

Grondslagen voor aansprakelijkheid en kenmerken vordering

‘Alles overziend blijkt dat de diverse problemen niet zozeer voortkomen uit de “weerbarstige praktijk” maar juist veeleer hun oorsprong vinden in de structuur van de wet, met name het procesrecht en de keuzen die bij de inrichting daarvan zijn gemaakt. Wat verder opvalt is dat waar het geschreven procesrecht tekortschiet, de oplossingen vaak worden gezocht en gevonden in het burgerlijk recht.’¹

3.1 Prejuridische grond onder de grondslagen

Waarom dient de schade van de gewezen conservatoir beslagene na een ten onrechte gelegd beslag te worden vergoed?

Van oudsher is het leidende beginsel in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht dat ieder zijn eigen schade draagt.² Dit betekent dat voor het verplaatsen van de schade naar een ander, ‘goede gronden’ dienen te zijn. In zijn algemeenheid kunnen deze goede gronden worden gevonden in het contractenrecht, of in het buitencontractuele recht (zoals de onrechtmatige daad).³ Verder dient het woord ‘schade’, ook in dit verband, te worden gelezen als nadeel dat is veroorzaakt door externe factoren zoals het gedrag van de beslaglegger. ‘Schade’ moet worden beschouwd als een normatief begrip en niet (enkel) als een feitelijke term.⁴ Onder ‘grond’ wordt in deze inleidende paragraaf de ‘prejuridische grond’ verstaan, of, met andere woorden, de principiële noemer of rationale voor de verplaatsing van de schade van de beslagene naar de beslaglegger. In dit geval is deze noemer het ‘verkeerde gedrag’, dat tot de morele plicht leidt om de daardoor door de beslagene geleden schade te vergoeden.⁵

Door het gedrag van de beslaglegger (lees het leggen van conservatoir beslag) is de eerdere toestand, het voormalige evenwicht, tussen beslaglegger en beslagene verstoord. Zo bezien brengt vergoeding van de schade door de conservatoir beslaglegger beide partijen terug in hun oude uitgangsposities en situatie. Door het handelen van de beslaglegger is weliswaar geen te corrigeren vermogensverschuiving ontstaan, maar wel een *ongerechtaardigde verarming*. Deze verarming complementeert het stelsel van bescherming van het vermogen, door ook een grondslag voor herstel

1. Heemskerk, 1988, p. 82.

2. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, titel 3, Boek 6 BW, aant. 4.2 (bijgewerkt 15 januari 2018). Voor een principiële uiteenzetting van dit beginsel en de achtergronden wordt daar verwezen naar T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997 en overige literatuur.

3. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 1.

4. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 2.

5. Vergelijk in dit verband Meijsen 2013, p. 217 en Engelhard & Van Maanen 2008, p. 5. Uiteraard raakt deze notie de kern van het recht. Verwezen kan worden naar het fundamentele beginsel ‘alterum non laedere’, als onderdeel van de grondbeginselen van het Romeinse recht, zoals genoemd in de Digesten 1,1,10,1 (Ulpianus: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Vergelijk ook Keirse 2003, p. 15.

te bieden wanneer een persoon sine causa is verarmd, zonder dat dit tot voordeel van een ander heeft gestrekt.⁶

In dit verband spreekt ook de benadering van Fletcher van de rationale van het aansprakelijkheidsrecht mij bijzonder aan.⁷ Het leggen van conservatoir beslag is een schoolvoorbeeld van de door Fletcher bedoelde eenzijdige risicoverhoging ('non-reciprocal risk taking'),⁸ als grondslag voor de verplichting de daardoor ontstane schade te vergoeden.

Sieburgh⁹ meent dat een algemeen criterium dat ten grondslag ligt aan de wettelijke aansprakelijkheden, gevonden kan worden in de uitbreiding van het terrein waarop iemand handelt. Aansprakelijkheid bestaat indien iemand zijn actieradius vergroot; zowel schuld als de profijt- en risicogedachte zijn naar haar mening te beschouwen als uitwerkingen van dit criterium. Ook die gedachte is hier goed toepasbaar.

Daarnaast is het bevorderen van preventie een belangrijke nevenfunctie van het aansprakelijkheidsrecht. Ook deze nevenfunctie is hier nadrukkelijk aan de orde, omdat de notie van een (adequaat functionerend) stelsel, waardoor de conservatoir beslagene schadevergoeding kan vorderen na een onterecht gelegd beslag, in generieke zin van invloed kan zijn op de door beslagleggers te maken afwegingen of en, zo ja, op welke wijze zij beslag leggen.¹⁰ Een effectief aansprakelijkheidsinstrumentarium zou in deze optiek de door het leggen van conservatoire beslagen in Nederland geleden schade kunnen terugdringen.¹¹ Niet zozeer omdat beslagleggers daardoor afzien van beslagen, maar veeleer omdat zij bij het leggen en handhaven ervan weloverwogen keuzes maken, door niet onnodig de potentiële schade voor de beslagene te vergroten.

3.2 De aard van de vordering na onterecht beslag in de literatuur en jurisprudentie

3.2.1 Inleiding

In het eerste gedeelte bespreek ik de grondslagen voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger na een ten onrechte gelegd beslag. Hierin komen in essentie drie

6. Nieskens-Ispording 1991, p. 36.

7. Fletcher 1972, p. 537-573.

8. Zie in het bijzonder p. 541 van dit artikel.

9. Sieburgh 2000, p. 184.

10. Zie ook (in algemene zin) Engelhard & Van Maanen 2008, p. 13 en (toegespitst op dit onderwerp) Meijsen 2013, p. 218 en A.J. van der Meer in zijn bespreking van HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*), Van der Meer 2011, p. 40. In dit verband verdient ook het rapport *Uitgebalanceerd* vermelding. Zie Asser e.a. 2003, p. 63: 'Teneinde escalatie door dwangmaatregelen in de voorfase te verminderen, dient voortijdige conservatoire beslaglegging te leiden tot een verplichting tot vergoeding van de als gevolg daarvan door de beslagene geleden schade'. Terecht plaatst Ynzonides hierbij de kanttekening dat beslaglegging ook tot een gunstige escalatie van het geschil kan leiden, waardoor partijen snel voor de rechter staan en het geschil mogelijk snel tot een oplossing kan worden gebracht, Ynzonides 2007, p. 19. Verder slaat de Werkgroep, samengesteld om een reactie vanuit praktijk en wetenschap op het rapport *Uitgebalanceerd* te geven, aan op het begrip 'voortijdig' in het hiervoor aangehaalde citaat uit het rapport. De Werkgroep stelt terecht vast dat het te hanteren criterium behoort te zijn of de beslaglegging al dan niet onrechtmatig is. Zie Jongbloed e.a. 2007, p. 17-18.

11. Zie in dit verband ook par. 1.2.

principiële vragen aan de orde die het onderzoek naar de grondslagen nader bepalen. Deze laten zich als volgt formuleren:

1. *Blijft het beslag na het onherroepelijk afwijzen van de vordering van de beslaglegger rechtmatig, doch is er desalniettemin sprake van een 'sui generis' aansprakelijkheid na een rechtmatige daad?*
2. *Is het voor aansprakelijkheid van de beslaglegger noodzakelijk dat deze een verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld dat hij bij het leggen van conservatoir beslag niet 'te goeder trouw' of 'lichtvaardig' heeft gehandeld?*
3. *Ontstaat de onrechtmatigheid op het moment dat de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak onherroepelijk is afgewezen of staat dan vast dat door het conservatoir beslag een onrechtmatige daad is begaan op het moment dat de schade ontstond?*

De eerste twee vragen zijn in de literatuur en – met name – de jurisprudentie inmiddels ten principale beantwoord. Dat neemt niet weg dat bespreking van de hobbelige en kronkelende weg naar deze antwoorden relevant is, voor een beter begrip van het karakter van de aansprakelijkheid en de doorwerking en betekenis daarvan, voor de vragen die nog geen eenduidige beantwoording in de jurisprudentie hebben gekregen. Deze verschillende invalshoeken blijven van belang voor de beoordeling van rechtsvragen in dit en volgende hoofdstukken.

De derde vraag is – onder meer – bepalend voor het antwoord op de vraag op welk moment de verjaringstermijn ex artikel 3:301 lid 1 BW een aanvang neemt. De bespreking van de aspecten van de grondslag voor aansprakelijkheid en de verjaring grijpen in elkaar. De verjaring fungeert als het ware als scherprechter, doordat deze blootlegt hoe de kwalificatie van de vordering tot vergoeding van de schade na een onterecht gelegd beslag, zoals door de Hoge Raad bepaald, in de rechtspraktijk knelt en schuurt.

In het laatste gedeelte van dit hoofdstuk wordt ingegaan op de consequenties van de kwalificatie voor hetgeen met de vordering actief of passief in rechte kan geschieden. Het gaat hierbij onder meer over de vraag of, en in welk stadium, de vordering van de beslagene kan worden overgedragen of bezwaard.

3.2.2 Speurtocht naar de kapstok 1913-1965

De vraag wat de rechterlijke toestemming voor het leggen van conservatoir beslag betekent voor de situatie na afwijzing van de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak is complex. Ook de executie na een toewijzende uitspraak in eerste aanleg die nadien wordt vernietigd zorgt voor dogmatische hoofdbrekens.

Het is weinig verrassend (en verheugend) dat vele grootmeesters van het Nederlands recht in de loop van de twintigste eeuw zich over deze kwesties hebben gebogen, waaronder Scholten, Meijers en Van der Grinten.

3.2.2.1 (On)rechtmatig, goede trouw en schuld?

In 1913 wees de Hoge Raad het arrest in de zaak *Nicola/Maatschappij van Weldadigheid*, dat achteraf gezien als een belangrijke aanzet kan worden gezien voor de uiteindelijk door de Hoge Raad getrokken lijnen.¹² Op vordering van de Maatschappij van

12. HR 13 juni 1913, NJ 1913, p. 782 (*Nicola/Maatschappij van Weldadigheid*), tevens gepubliceerd (en voorzien van een annotatie door E.M. Meijers) in W 9531 (1913).

Weldadigheid was bij verstek de huurovereenkomst tussen de Maatschappij en de heer Nicola ontbonden, met veroordeling van Nicola tot ontruiming. Dit vonnis was uitvoerbaar bij voorraad verklaard en door de Maatschappij ten uitvoer gelegd. Daarna werd het verstekvonnis vernietigd en werd alsnog de vordering van de Maatschappij afgewezen, omdat zij niet was geslaagd in het bewijs dat sprake was van een huurovereenkomst. Nicola vorderde daarop schadevergoeding wegens de ontruiming, op grond van onrechtmatige daad. Daarnaast vorderde hij herstel in de toestand van vóór de ontruiming. De laatste vordering strandde uiteindelijk.¹³ Voor dit onderzoek is echter met name de vordering tot schadevergoeding relevant. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

‘De tenuitvoerlegging bij voorraad kan slechts geschieden onder dit voorbehoud, dat aan die tenuitvoerlegging haar grondslag ontvalt, indien het vonnis later wordt vernietigd. De ontruiming, welke eischeres krachtens het – na verzet vernietigde – verstekvonnis heeft doen bewerkstelligen was derhalve een onrechtmatige daad, waarvoor eischeres terecht aansprakelijk is gesteld.’

Interessant is dat de Hoge Raad de vordering tot schadevergoeding baseert op de onrechtmatige daad, zonder nader te motiveren *waarom* de daad onrechtmatig is. Meijers¹⁴ kwam dan ook – nu iedere nadere motivering ontbreekt en ook overigens geen wetsartikel aan te wijzen is wat zou kunnen worden ingeroepen – tot de conclusie dat de Hoge Raad in dit arrest was afgeweken van zijn toenmalige opvattingen over de reikwijdte van de onrechtmatige daad ex artikel 1401 (oud) BW.¹⁵ Heemskerk kijkt hier 75 jaar later met een genuanceerde blik op terug.¹⁶

13. Uiteindelijk was niet ondubbelzinnig komen vast te staan c.q. had Nicola onvoldoende duidelijk weten te maken krachtens welke titel Nicola het genot van het huis en toebehoren had op het moment van de ontruiming. In elk geval had Nicola zijn recht niet gekwalificeerd als een recht van bezit. Volgens het Hof Leeuwarden kon hij daardoor geen beroep doen op de relevante bepalingen waarop herstel in de oude toestand kon worden gebaseerd (met name art. 624 (oud) BW). De Hoge Raad liet dat oordeel in stand en overwoog dat Nicola zelfs niet had gesteld dat hij bezitter was van het perceel van waaruit hij was verdreven. Zie verder uitgebreid Heemskerk 1988, p. 82-84.
14. E.M. Meijers in zijn annotatie bij HR 13 juni 1913, NJ 1913, p. 782 (*Nicola/Maatschappij van Weldadigheid*) in W 9531 (1913), p. 2: ‘De Hooge Raad is m.i. met deze uitspraak afgeweken van zijn bekende opvatting omtrent de betekenis der onrechtmatige daad in art. 1401 BW. Wel ontbreekt in het arrest iedere andere motivering waarom de daad onrechtmatig is, maar ik meen te mogen aannemen dat, wanneer de Hooge Raad de daad veroordeelde omdat zij in strijd was met een *wettelijke* plicht of een *op de wet* steunend subjectief recht, ons hoogste rechtscollege toch wel even het wetsvoorschrift, dat dien plicht inhoudt of dat subjectieve recht, had genoemd.’
15. Ook in HR 4 april 1912, W 9358, m.nt. J. Wolterbeek Muller (*Biesing/Weissenbruch*) werd, in een vergelijkbaar domein (inbreuk op eigendomsrecht) de aansprakelijkheid gebaseerd op onrechtmatige daad en werd art. 739 (oud) Rv enkel als een voorschrift van formeel recht gezien. In deze zin ook nog HR 27 december 1929, NJ 1930, p. 1433, W 12090 (*Het Broekhuis/Broeks*). Overigens was in beide gevallen nadrukkelijk de aanwezigheid van een schuldcomponent noodzakelijk om tot onrechtmatigheid te concluderen.
16. Heemskerk 1988, p. 85. Ten tijde van het arrest stond de onrechtmatige daad sterk in de belangstelling. Zoals Heemskerk het treffend omschrijft ‘zat verruiming in de lucht’. In 1911 was het ontwerp-Regout gepubliceerd in W 9099, gevolgd door het ontwerp-Heemskerk van 1913, gepubliceerd in W 9459 (het laatste op 9 mei 1913, dus in de periode dat de Hoge Raad zijn arrest voorbereidde). Zo bezien, stelt Heemskerk vast, zou dit arrest een voorloper kunnen zijn van HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*). Daarbij komt ook dat het feit dat het ontwerp zo lang stil bleef liggen met name aan de Eerste Wereldoorlog was te wijten en dus niet aan weerstand tegen het ontwerp. Zie ook Verheij 2015, p. 36.

Scholten¹⁷ heeft in 1914 de worsteling, met name tussen de door de rechter gesancioneerde inbreuk, het conservatoir beslag, versus een nadien gewezen (definitief) vonnis waardoor diezelfde handeling ex post ongeoorloofd wordt (of is geweest?), als volgt beschreven:

‘Vloeit deze schadevergoedingsplicht voort uit rechtmatige of uit onrechtmatige daad? (...) Immers: het recht veroorlooft de daad uitdrukkelijk, stelt slechts de inachtneming van eenige formaliteiten als voorwaarden: hoe kan men zoo’n handeling onrechtmatig heeten? Ik meen dat het antwoord op deze vraag moet worden gezocht door te onderscheiden naar het tijdstip, naar hetwelk de handeling beoordeeld wordt. Op het oogenblik dat de handeling verricht wordt is zij geoorloofd. Het recht vereist zekere waarborgen: een summier onderzoek door den President der Rechtbank, formaliteiten, termijnen, maar worden deze in acht genomen, dan laat het de handeling toe. Zij is dus rechtmatig, verzet er tegen niet geoorloofd, onttrekking aan het beslag strafbaar.’

Vervolgens gaat Scholten in op het karakter van de rechtmatigheid die in zijn ogen ‘slechts onder voorbehoud’ wordt toegekend:

‘De wet eischt naast het voorloopige onderzoek een definitief oordeel van den rechter over de handeling. Naast de beoordeling a priori staat die a posteriori. Eerst bij de van waarde verklaring wordt definitief beslist of het beslag terecht is gelegd. En nu kan het blijken, dat de handeling dat de handeling die op het eerste gezicht geoorloofd scheen, toch eigenlijk niet rechtmatig was. Blijkt de vordering, waarvoor het beslag is gelegd, niet te bestaan, dan wordt de van waarde verklaring geweigerd.’¹⁸

Scholten trekt vervolgens uit het weigeren van de vanwaardeverklaring van het conservatoire beslag (te vergelijken met de afwijzing van de eis in de hoofdzaak heden ten dage) een belangrijke conclusie. Hij meent dat daarmee de ‘rechtmatigheid der handeling’ *vervalt*.

‘De beslaglegger maakte inbreuk op eens anders eigendom, hij onttrok diens goederen aan zijn beschikking, hij deed dat opzettelijk en met volkomen bewustzijn van de gevolgen. Blijkt de vordering waarvoor het beslag is gelegd niet te bestaan, dan wordt de van waarde verklaring geweigerd. En daarmee vervalt de rechtmatigheid der handeling. De beslaglegger maakte inbreuk op eens anders eigendom, hij onttrok diens goederen aan zijn beschikking, hij deed dat opzettelijk en met volkomen bewustzijn van de gevolgen. Op het oogenblik dat hij dat deed, mocht hij dat doen, maar achteraf beschouwd, mocht hij het toch niet — de wet draagt den rechter op de voorlopige toelating der handeling achteraf te corrigeren. Zoekt men den grond der schadevergoeding in een rechtmatige daad, dan

17. Scholten 1914, p. 165-166.

18. Scholten 1914, p. 166.

blijft moeielijk te verklaren waarom deze afhangt van de van waarde verklaring.’

Vervolgens gaat Scholten in op de vraag of aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag afhangt van goede of kwade trouw. Allereerst staat hij in dit verband stil bij de praktijk.

‘Ieder practicus kent de figuur: in conventie eisch tot veroordeling met van waarde verklaring van een beslag, in reconventie: vordering tot schadevergoeding voor het ten onrechte gelegde beslag. Partijen en rechters achten het oordeel over de reconventie afhankelijk van dat over conventie, over de reconventionele vordering wordt niet gestreden. Ieder beschouwt het als van zelf sprekend dat als de conventie wordt afgewezen, toewijzing der reconventionele vordering volgt. (...) Voorbeelden van een afwijzing van een vordering tot schadevergoeding vond ik in de jurisprudentie niet.’¹⁹

In het hiervoor besproken arrest *Nicola/Maatschappij van Weldadigheid* van de Hoge Raad²⁰ was door de gewezen executant niet aangevoerd dat hij ‘te goeder trouw’ had gehandeld op het moment dat hij het vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, executeerde. Scholten is ervan overtuigd dat een dergelijk betoog ook niets zou hebben uitgemaakt en dat ook in het domein van het ten onrechte gelegde conservatoir beslag niet zou doen. In dat verband wijst hij op het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 30 november 1898,²¹ waarin de beslaglegger een dergelijk verweer wel – en vergeefs – had gevoerd. De kernoverweging in dat vonnis luidt als volgt:

‘doch dit beweren vindt geen steun in de wet (...) er moet worden aangenomen, dat altijd en tegen ieder een onrechtmatige daad wordt gepleegd, wanneer tusschen den beslaglegger en den beslagene geenerlei rechtsbetrekking bestaat.’

Tegenover deze uitspraak staan echter ook vonnissen uit de eerste helft van de twintigste eeuw waarin wél ruimte voor de ‘goede trouw’ wordt ingeruimd.²² In de praktijk leverde dat de beslaglegger overigens niet veel op. De bewijslast werd

19. Scholten 1914, p. 166-167.

20. HR 13 juni 1913, NJ 1913, p. 782 (*Nicola/Maatschappij van Weldadigheid*), tevens gepubliceerd in (en voorzien van een annotatie door E.M. Meijers) in W 9531.

21. Rb. Middelburg 30 november 1898, W 7211.

22. Vergelijk in dit verband Rb. Amsterdam 10 mei 1907, W 8700 (kwade trouw is niet nodig voor aansprakelijkheid, wel ‘lichtvaardig gebruik’ van het rechtsmiddel) en Rb. Amsterdam 14 oktober 1908, W 8974. Zie voor een later voorbeeld dat enigszins in dezelfde richting wijst Hof Amsterdam 23 november 1949, NJ 1950/717 waarin werd geoordeeld dat de derde die ten onrechte werd geconfronteerd met een beslag ‘kon volstaan met te stellen dat op een hem in eigendom toebehorend schip ten onrechte beslag is gelegd en dat hij daardoor schade heeft geleden’. Wanneer ‘geint. ten tijde der beslaglegging niet wist of redelijkerwijze niet kon weten, dat het schip appellants eigendom was een omstandigheid zou moeten worden gezien die geint. disculpeert, het aan geint. moet worden overgelaten of hij zich bij zijn verweer op die omstandigheid wil beroepen doch aan app. niet de eis kan worden gesteld, dat hij op straffe van niet-ontvankelijkheid van zijn vordering, van het niet bestaan van deze disculperende omstandigheid melding maakt’ (volgt vernietiging van het eerdere vonnis op deze grond).

geheel bij de beslaglegger gelegd, die moest aantonen dat hij ‘te goeder trouw’ het beslag had gelegd dan wel bij het leggen daarvan ‘niet lichtvaardig’ had gehandeld. Doorgaans kon de beslaglegger dat bewijs niet leveren. Dat brengt Scholten tot de volgende opmerking en conclusie:

‘Zeide ik teveel, toen ik beweerde dat uit de vonnissen, die dezen bijzonderen eisch van schuld wel stellen, minstens evenzeer als uit die welke hem verwerpen, mag worden afgeleid, dat naar onze rechtspraak op den enkelen grond dat het beslag achteraf beschouwd ten onrechte is gelegd, schadevergoeding wordt toegekend?

We mogen alzoo concluderen: naar onze rechtspractijck geeft de opzettelijke aantasting van den eigendom door beslag recht op schadevergoeding, indien zij achteraf blijkt zonder recht te zijn geschied. Dwaling omtrent de rechtmatigheid disculpeert niet.’²³

Wat opvalt in de overwegingen van Scholten is dat hij, sprekend over het leggen van conservatoir beslag door de beslaglegger, herhaaldelijk het woord ‘opzettelijk’ gebruikt. Dat is terecht. Kern van de zaak is dat de beslaglegger willens en wetens inbreuk op de subjectieve rechten van de beslagene maakt en het risico neemt dat de inbreuk uiteindelijk als onrechtmatig wordt beschouwd.²⁴ Zo bezien is er, naar de aard van de handeling van de conservatoir beslaglegger, simpelweg geen ruimte voor begrippen als ‘lichtvaardig’ en ‘goede trouw’. In zekere zin geeft Scholten hiermee reeds de richting aan die de Hoge Raad in 1965²⁵ tot de zijne zal maken. De dominante richting in jurisprudentie en literatuur in de eerste helft van de vorige eeuw was echter een andere, omdat de aansprakelijkheid voor een ten onrechte of anderszins onrechtmatig gelegd beslag doorgaans alleen kon worden gebaseerd op onrechtmatig handelen waarvan een schuldelement nadrukkelijk deel uitmaakte.²⁶

Meijers²⁷ neemt in 1936 dan ook stelling tegen de door Scholten verdedigde lijn:

‘Niet alleen moet de schuld aldus de bijkomende voorwaarden voor onrechtmatigheid betreffen, ook het op goede gronden, d.w.z. zonder schuld, aannemen van rechtvaardigingsgronden, die achteraf blijken niet aanwezig te zijn sluit de aansprakelijkheid uit (...) Wanneer Scholten gelijk heeft, in zijn bewering dat hij die meent bevoegd te zijn om een subjectief recht van een ander aan te tasten, zich niet kan verdedigen met de bewering: “ik mocht mij op goede gronden bevoegd achten zelfs de meest voorzichtige zou niet anders gehandeld hebben” dan bewijst dit slechts, dat er in die gevallen een aansprakelijkheid buiten schuld, een zuivere toepassing van het risicobeginsel bestaat (...) zonder eenigen twijfel is schuld vereischt ten aanzien van de miskenning van het aangetaste recht. (...) Intusschen

23. Scholten 1914, p. 167.

24. Men ziet hierin de door Fletcher bedoelde notie van de *non-reciprocal risk taking* terug, zie Fletcher 1972, p. 537-573.

25. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*). Zie verder hierna par. 3.2.3.

26. Zie Harreman 2007, p. 180, Oudelaar 2003, p. 48 en HR 4 april 1912, W 9358, m.nt. J. Wolterbeek Muller (*Biesing/Weissenbruch*) en HR 27 december 1929, NJ 1930/1433 (*Het Hoekhuis/Broeks*).

27. Meijers 1936, p. 2.

de rechtspraak volgt Scholtens onderscheiding niet; ook bij aantasting van een recht, voortspruitende uit een vermeende bevoegdheid, is schuld een vereischte, wil de dader krachtens art. 1401 B.W. aansprakelijk zijn. (...) De wet kan natuurlijk in een bijzonder geval anders bepalen.²⁸

3.2.2.2 *Billijkheid, artikel 292 (oud) Rv?*

Van der Grinten²⁹ formuleert in 1940 deze dogmatische spagaat – binnen de context van aansprakelijkheid na executie van een nadien vernietigd vonnis – als volgt:

‘In het algemeen is de rechter geneigd, zulk een executie [van een later vernietigd vonnis, GM] of zelfs een dreiging met executie, als onrechtmatig aan te merken. Is dit standpunt echter op goede gronden te verdedigen? De rechter heeft den executant in het gelijk gesteld en heeft hem verlof verleend, zijn titel, ondanks hogere voorziening, ten uitvoer te leggen. Kan men het recht van den executant betwisten van deze rechterlijke machtiging gebruik te maken? De Hoge Raad leert hieromtrent in een betrekkelijk oud arrest, dat een vonnis uitvoerbaar bij voorraad beteekent, dat voortzetting der tenuitvoerlegging ondanks het bestaan van een anders schorsend rechtsmiddel mogelijk is, doch onder voorbehoud dat aan die tenuitvoerlegging haar grondslag zou ontvallen, bijaldien het vonnis werd vernietigd. Volgens deze leer, houdt dus de rechtmatigheid van een executie plotseling op, indien het vonnis vernietigd wordt, of wellicht juist, indien het tweede vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. De rechterlijke machtiging wordt derhalve geacht nooit bestaan te hebben bij vernietiging van het vonnis. *Salva reverentia* lijkt mij dit een minder gelukkige fictie. In werkelijkheid bestaat het veroordeelend vonnis, totdat het vernietigd wordt. De rechterlijke en op de wet steunende machtiging tot tenuitvoerlegging is aanwezig, al hetgeen in overeenstemming daarmee gedaan wordt, steunt op het recht en is rechtmatig.’

Van Rossum merkt op³⁰ dat Van der Grinten zich hiermee in een lastige positie manoeuvreert, aangezien de aansprakelijkheid op basis van dit citaat niet op een onrechtmatige daad kan worden gebaseerd maar tegelijkertijd (het vereiste van) schuld overbodig wordt geacht. Van der Grinten vindt de grondslag van de aansprakelijkheid in de billijkheid en formuleert deze als een risicoaansprakelijkheid.³¹ Een sterk punt van de billijkheid als bron is naar mijn oordeel dat hierin beter tot uitdrukking komt dat beslaglegger en beslagene van aanvang af en tot de eindbeslissing in de hoofdzaak in een bijzondere verhouding tot elkaar komen te staan. Zie hierna paragraaf 3.4.3.

28. Hier merkt Meijers in een voetnoot op dat het hem niet geheel duidelijk is of ‘de arresten van 4 april 1912, W 9358 en 27 december 1929, NJ 1930/1433 een zoodanige verder reikende aansprakelijkheid voor het ten onrechte gelegd conservatoir beslag erkennen’, Meijers 1936, p.2.

29. Van der Grinten 1940, p. 413-415.

30. Van Rossum 1990, p. 37.

31. Van der Grinten 1940, p. 414.

Kamphuisen meent in 1943 dat de (on)rechtmatigheid van de daad onmogelijk anders mag worden beoordeeld dan ‘vanuit het tijdstip der handeling zelf’.³² Dus: de executant of de beslaglegger kan simpelweg niet onrechtmatig handelen, want handelt op basis van een uitvoerbaar verklaard vonnis dan wel een rechterlijk verlot. Dat brengt Kamphuisen tot het oordeel dat, na vernietiging van het vonnis of afwijzing van de vordering van de conservatoir beslaglegger, de eerder verrichte handelingen niet onrechtmatig (kunnen) zijn. Dat doet er overigens niet aan af dat een executant naar zijn oordeel op een andere grondslag, namelijk artikel 292 (oud) Rv, aansprakelijk kan zijn.³³

Hoe nu verder? Advocaat-generaal G.E. Langemeijer heeft hiervoor in 1962 een mooie aanzet gegeven. ‘Het recht’, zo schreef Langemeijer in zijn conclusie voor HR 6 april 1962, NJ 1965/116, dus enkele jaren voor het arrest *Snel/Ter Steege*:

‘kan het moeilijk stellen zonder de fictie dat bij de beoordeling van handelingen ter bescherming van een gepretendeerd recht, terwijl het bestaan van dit recht in het onzekere is, het uiteindelijk oordeel over dit recht tevens over de rechtmatigheid dier handelingen beslist.’

Langemeijer stelde dat deze oplossing te verkiezen is boven de andere oplossing die dogmatisch zeker niet sterker staat, namelijk het laten blijven drukken van de schade op iemand die uiteindelijk blijkt geheel in zijn recht te staan, en die uit oogpunt van billijkheid nog minder bevredigt.

Deze door Langemeijer geduide fictie speelt bij verschillende andere situaties een rol. Ik noem in dit verband, deels uit de opsomming van Langemeijer puttend:

- De tenuitvoerlegging van vonnissen die nog niet in kracht van gewijsde zijn gegaan, maar wel uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard. Wanneer het vonnis wordt vernietigd is de executie achteraf onrechtmatig.³⁴
- Het handhaven van in kort geding gegeven bevelen door dreiging met executie. Dit is onrechtmatig, wanneer in hoger beroep of in een bodemprocedure blijkt dat het handhaven van die bevelen op een onjuist voorlopig oordeel van de rechter berustte.³⁵
- Na een beëindigingsovereenkomst van een huurovereenkomst, gesloten door de liquidateurs van een ontbonden naamloze vennootschap, is een onroerende zaak in gebruik genomen en verhuurd. Wanneer de verhuurder ermee bekend

32. Kamphuisen 1943a, p. 21.

33. Kamphuisen 1943b, p. 30. Dit art. 292 Rv luidde: ‘De beslissingen bij voorraad brengen geen nadeel toe aan de zaak ten principale.’ Het lijkt wel erg extensieve uitleg te vergen om deze bepaling als grondslag voor aansprakelijkheid te kwalificeren. Ook nu ‘deze bepaling, die in het verleden de geesten wel eens in verwarring heeft gebracht’ zich juist primair ‘tot den [rechter] richt, die over het bodemgeschil krijgt te beslissen’, aldus Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 720. Art. 292 (oud) Rv is vernummerd naar het huidige art. 257 Rv, maar is tekstueel gelijk gebleven.

34. Vergelijk HR 1 mei 1964, NJ 1965/339, m.nt. J.H. Beekhuis: ‘De stelling, dat het uitvoering geven aan een bij voorraad uitvoerbaar verklaard, later, in hoger beroep, vernietigd kort geding-vonnissen en het onttrekken ingevolge dat vonnis van het schip aan de retentor niet oplevert een onrechtmatige daad zolang dat onttrekken plaats vindt voordat het vonnis is vernietigd, is in haar algemeenheid voorzeker onjuist.’

35. Zie onder meer HR 16 november 1984, NJ 1985/547, m.nt. W.H. Heemskerk en L. Wichers Hoeth (*Ciba Geigy/Voorbaak*) en HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, NJ 2008/225.

is dat de geldigheid van het liquidatiebesluit en dus ook van de beëindigingsovereenkomst werd betwist is hij schadeplichtig.³⁶

- De zekerheidseigenaar die een zaak, onbewust van het bestaan van een hoger gerangschikt verkopersprivilege en met toestemming van de faillissementscurator verkoopt, waarna vervolgens van het bestaan van zo'n voorrecht blijkt, is verplicht de opbrengst aan de verkoper te verantwoorden, bij gebreke waarvan hij aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.³⁷
- Kosten van executie van een voor ten uitvoerlegging vatbare titel, die na gedaan verzet wordt vernietigd, kunnen, indien ze voor vernietiging van de titel zijn voldaan, later als onverschuldigd worden teruggevorderd.³⁸

In zowel de literatuur als de jurisprudentie ontstond in de loop van de eerste helft van de twintigste eeuw meer draagvlak voor het uitgangspunt dat (rechts)handelingen die op enigerlei wijze zijn gebaseerd op een voorlopig oordeel of maatregel, een verplichting tot het vergoeden van schade in het leven roepen, wanneer de basis van deze voorlopige bevoegdheid komt te vervallen. Daarbij wordt ook meer en meer geabstraheerd van de omstandigheden, wetenschap en intenties die de persoon betreffen die (achteraf ten onrechte) van dit voorlopig oordeel of deze maatregel gebruik heeft gemaakt. Dit is een geleidelijke verschuiving ten opzichte van de algemene lijn die in de negentiende eeuw werd gevolgd, waarin een grotere betekenis werd toegekend aan de bevoegdheid als zodanig en minder aan het voorlopige karakter daarvan.³⁹

3.2.3 Het arrest Snel/Ter Steege, 1965

Het standaardarrest waarmee de Hoge Raad de kaders heeft bepaald voor het karakter van de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag is het arrest *Snel/Ter Steege* uit 1965.⁴⁰

Tussen de partijen Snel en Laan aan de ene en Combinatie Kuijs en Ter Steege aan de andere kant was een geschil ontstaan over een maatschaps- en koopcontract. Snel en Laan vorderden schadevergoeding en boete en legden conservatoir beslag op onroerend goed van Ter Steege. Ter Steege vorderde in reconventie schadevergoeding als gevolg van het gelegde conservatoire beslag. In eerste en tweede aanleg werden de vorderingen van Snel en Laan afgewezen en de vorderingen van Ter Steege tot vergoeding van schade als gevolg van het beslag toegewezen.

Zowel in feitelijke instanties als in cassatie werd door Snel de stelling betrokken dat bij een conservatoir beslag dat (volgens de toenmalige procedure) niet van

36. HR 23 december 1932, NJ 1933/984. De Hoge Raad overwoog 'dat een verhuurder die aldus handelt, dit doet op eigen gevaar, maar hij dan ook niet, indien blijkt dat hij ten onrechte de huur voor ontbonden heeft gehouden, met vrucht kan beweren, dat hem voor zijn handelen in strijd met de bestaande huurovereenkomst, geenerlei schuld treft'. Dit arrest is ook door Brunner aangehaald in zijn annotatie bij HR 13 januari 1995, NJ 1997/366 (*Ontvanger/Bos*).

37. HR 18 december 1987, NJ 1988/340, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*OAR/ABN*).

38. HR 8 oktober 1976, NJ 1977/485, m.nt. W.H. Heemskerk.

39. Vergelijk Van Gilse 1868, p. 81. Van Gilse zou het 'als de grootste onregtvaardigheid beschouwen, iemand schadevergoeding op te leggen, omdat hij zijn regt, op wettige wijze verkregen, uitgeoefend heeft'. Zie ook Van Boneval Faure 1900, p. 253 en, uitvoeriger, par. 2.5.2 en 2.5.4.

40. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

waarde werd verklaard,⁴¹ de beslaglegger alleen tot vergoeding van de door de beslagene als gevolg van het beslag geleden schade gehouden zou zijn, wanneer de beslaglegger bij het leggen van dat conservatoir beslag *onzorgvuldig had gehandeld*. Daarmee werd de kern van het hiervoor besproken debat geraakt.

De Hoge Raad verwerpt het daarop gestoelde middel. De kernoverwegingen van dit arrest luiden als volgt:

‘(...) dat dit middel, mede blijkens de daarop gegeven toelichting, uitgaat van de opvatting dat, indien als gevolg van een conservatoir beslag dat niet van waarde wordt verklaard, door de beslagene schade is geleden, de beslaglegger tot de vergoeding van die schade slechts zal zijn verplicht ingeval hij bij het leggen van het beslag onzorgvuldig had gehandeld; dat die opvatting echter niet kan worden aanvaard; dat blijkens het bepaalde bij de artt. 732 en 739 Rv. de wetgever er bij de regeling van het conservatoir beslag van is uitgegaan dat bij opheffing of vervallen van zodanig beslag de beslaglegger zal worden verwezen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen “indien daartoe gronden aanwezig zijn”;

dat, indien gelijk te dezen het beslag vervalt als gevolg van de afwijzing van de vordering tot vanwaardeverklaring, zodanige gronden in het algemeen aanwezig zullen moeten worden geacht;

dat toch het inruimen van de bevoegdheid om ter verzekering van een vordering waarvan het bestaan in rechte nog niet is vastgesteld, een conservatoir beslag te leggen en daardoor aan anderen het vrije beschikkingsrecht over hun eigendommen te ontnemen, alleen dan maatschappelijk gerechtvaardigd kan worden geacht, indien de beslagene er verzekerd van kunnen zijn, dat de door de beslagene geleden schade hun zal worden vergoed, als de vordering tot vanwaardeverklaring wordt afgewezen; (...).’

Deze kernoverwegingen brengen de Hoge Raad tot de volgende slotsom:

‘dat daarom een redelijke wetstoepassing er toe leidt om aan te nemen, dat degene die een conservatoir beslag legt, voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade — bijzondere omstandigheden daargelaten — door hem moet worden vergoed, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld; (...).’

Het arrest is gewezen na het arrest *Quint/te Poel*⁴² uit 1959. Daarin had de Hoge Raad bepaald dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. De Hoge Raad lijkt deze route aanvankelijk, in het begin

41. Gelijk te stellen aan een onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger naar huidig recht.

42. HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 (*Quint/te Poel*).

van de overwegingen, ook te volgen nu hij de toenmalige artikelen 732 en 739 (oud) BW betreffende (respectievelijk) de verplichting tot schadevergoeding na *opheffing* en het *vervallen* van het beslag aanhaalt.⁴³ Zoals in het vorige hoofdstuk besproken was de betekenis van de frase ‘indien daartoe gronden aanwezig zijn’ in beide artikelen niet geheel duidelijk en voer voor discussie.⁴⁴ De Hoge Raad betreft deze frase niet in zijn slotoverwegingen en introduceert in dit arrest een aansprakelijkheid ‘zonder meer’ na een ten onrechte gelegd conservatoir beslag: degene die een beslag legt en handhaaft, handelt geheel op eigen risico en dient, bij zondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade te vergoeden.⁴⁵

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit arrest de wettelijke grondslag van de vordering van de beslagene niet expliciet benoemt.⁴⁶ Het debat over de precieze aard van deze grondslag wordt dan ook na dit arrest voortgezet.

In een annotatie bij een later gewezen arrest in 1977⁴⁷ geeft Heemskerk aan dat de Hoge Raad in het arrest *Snel/Ter Steege* een risicoaansprakelijkheid *buiten onrechtmatige daad* heeft aangenomen en wel op grond van de artikelen 732 lid 3 en 739 (oud) Rv. Hierdoor is, aldus Heemskerk, aan deze artikelen een materieelrechtelijke betekenis toegekend. De risicogedachte vervangt daarmee niet alleen het schuldvereiste, ook het onrechtmatigheidsvereiste wordt hier als het ware in geabsorbeerd. Dit brengt Heemskerk tot de conclusie dat de Hoge Raad het onrechtmatigheidsvereiste niet meer stelt, doch dat sprake is van een zuivere risico-gedachte. Van Rossum merkt in dit verband op dat een zuivere risicoaansprakelijkheid zich lastig lijkt te verenigen met het gegeven dat door de beslaglegging inbreuk is gemaakt op een *subjectief* recht, namelijk het eigendomsrecht van de beslagene.⁴⁸

Heemskerk betoogt later, in 1988,⁴⁹ dat de grondslag van de aansprakelijkheid van een executant (daaronder kan in dit verband ook de conservatoir beslaglegger worden gerekend) óf een onrechtmatige daad zou moeten zijn óf een risicoaansprakelijkheid *buiten onrechtmatige daad*. Wat dat laatste betreft, velen zien na dit arrest de risicoaansprakelijkheid na een onterecht beslag – en daarmee gelijk te

43. Beide artikelen zijn per 1 januari 1992 komen te vervallen, zie verder par. 2.6.

44. Zie in het bijzonder par. 2.5.2 en 2.5.4.

45. Hartlief 2009, p. 393.

46. Ook lagere jurisprudentie gewezen na dit arrest biedt geen concrete aanknopingspunten. Zo stelde Hof Den Bosch in zijn arrest van 28 februari 1985, voorgelegd aan de Hoge Raad en daardoor kenbaar via HR 20 december 1985, NJ 1986/231 in dit verband: ‘Wie een conservatoir beslag legt, handelt voor eigen risico. Hij moet (...) de door het beslag geleden schade vergoeden indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn. Aan de aansprakelijkheid doet niet af dat Doodkorte c.s. van het bestaan van hun vordering overtuigd, gemeend hebben bij het beslag niet lichtvaardig te hebben gehandeld.’ In cassatie stond overigens een geheel andere rechtsvraag centraal dan (de grondslag van) de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag, namelijk de vraag of bij aansprakelijkheid voor prospectussen terugwerkende kracht van art. 1416a en 1416b BW-nieuw mogelijk was. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend.

47. HR 8 oktober 1976, NJ 1977/485, m.nt. W.H. Heemskerk (OAR/ABN), hiervoor in par. 3.2.2.2 aangehaald. In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat kosten van executie van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel die na gedaan verzet wordt vernietigd, indien ze vóór vernietiging van de titel zijn voldaan, later als onverschuldigd kunnen worden teruggevorderd.

48. Van Rossum 1990, p. 69-70. Zij stelt overigens dat onder het oude recht de aansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid in enge zin is en onder het (ten tijde van haar dissertatie nog in te voeren) nieuwe recht een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, vergelijk art. 6:162 lid 3 BW. Met de risicoaansprakelijkheid in enge zin knoopt zij aan bij het onderscheid dat Slagter in zijn proefschrift heeft gemaakt. Met de ‘enge’ leer wordt de aansprakelijkheid zonder schuld bedoeld, met de ‘ruime’ leer aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid en zonder schuld. Zie ook Slagter 1952, p. 61.

49. Heemskerk 1988, p. 89.

stellen gevallen – inderdaad als een risicoansprakelijkheid voor *rechtmatig* handelen.⁵⁰

Ook Hartkamp onderschrijft het oordeel dat een partij die een later vernietigd vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, executeert of ten onrechte beslag heeft gelegd, aansprakelijk is voor de daardoor geleden schade. Wat betreft de (ir)relevantie van de wetenschap of 'schuld' ten tijde van de executie of het beslag bekent Hartkamp duidelijk kleur in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 18 december 1987, *NJ* 1988/340, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*OAR/ABN*). Daarin stelt hij (sub 5):

'Niet-voldoening aan de voormelde verplichting kan m.i. als een onrechtmatige daad van de zekerheidseigenaar jegens de verkoper worden beschouwd, en zulks, zoals gezegd, geheel los van de wetenschap die eerstgenoemde ten tijde van de uitwinning bezat. (...) Ik zie hier een zekere parallel met de gevallen waarin een schuldeiser tot executie overgaat op grond van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis. De executant is niets te verwijten, doch hij handelt op eigen risico, zodat hij, indien het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd, uit art. 1401 aansprakelijk is. Zie *Onrechtmatige Daad I* (Jansen), nr. 275 e.v. Zo handelt ook de zekerheidseigenaar die de zaak, onbewust van het bestaan van een hoger gerangschikt verkopersprivilege en met toestemming van de faillissementscurator verkoopt, volstrekt geoorloofd, maar indien vervolgens van het bestaan van zo'n voorrecht blijkt, rust op hem de verplichting de opbrengst (hetzij aan de curator, hetzij, na de opheffing van het faillissement als i.c.) aan de verkoper te verantwoorden, bij gebreke waarvan hij aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.'

Deze strijd tussen de verschillende visies op het karakter van de aansprakelijkheid, met name de vraag of sprake is van een rechtmatige of onrechtmatige daad, wordt pas na de invoering van artikel 6:162 BW (en met name het derde lid van dit artikel) in 1992 beslecht en wel in 1995.⁵¹ Zie verder hierna paragraaf 3.2.5.

50. Vergelijk Van Schaick 1987, p. 82-83. Ook P.A. Stein lijkt van een rechtmatige daad uit te gaan, Stein 1980, p. 710. Zie ook Van Rossum 1990, p. 26.

51. Art. 6:162 BW: '1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.' HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*). Zie verder hierna par. 3.2.5.

3.2.4 **Bevestiging van de gekozen koers, geen uitzondering voor curatoren, 1992**

3.2.4.1 *Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*

In 1992 bevestigt de Hoge Raad de koers die in het arrest *Snel/Ter Steege* was gekozen.⁵²

In cassatie was — zakelijk weergegeven — aangevoerd dat, gelet op de taak van curatoren om de belangen van de crediteuren te behartigen, een uitzondering moest worden aanvaard op de in het arrest *Snel/Ter Steege* geformuleerde risicoaansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag. In casu ging het om een door de latere gefailleerde gelegd beslag dat door de curatoren na het uitspreken van het faillissement was gehandhaafd.

De Hoge Raad verwierp deze opvatting:

‘3.3. (...) Deze opvatting miskent evenwel dat ook in zodanig geval het *handhaven* [curs. GM] van een conservatoir beslag ter verzekering van een vordering waarvan het bestaan in rechte nog niet is vastgesteld, maatschappelijk alleen dan gerechtvaardigd kan worden geacht, indien de beslagene ervan verzekerd kan zijn dat, bijzondere omstandigheden daargelaten, de als gevolg van het beslag geleden wordt vergoed als dat achteraf ten onrechte blijkt te zijn gelegd. In dit licht doet niet terzake of de curatoren met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar hebben gehandeld. (...)’

In een later arrest heeft de Hoge Raad, voor een executie door de curator van een later vernietigd vonnis, geoordeeld dat de omstandigheid dat de curator ‘slechts het eerder door de gefailleerde verkregen uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis ten uitvoer heeft gelegd’ onvoldoende grond is om tot een ander oordeel dan aansprakelijkheid voor de gevolgen van deze executie te komen. Ook hier vormt de risicoaansprakelijkheid het beoordelingskader voor het handelen van de curatoren.⁵³

3.2.4.2 *Q.q. en/of pro se?*

Bij het leggen of handhaven van een beslag is in beginsel uitsluitend de aansprakelijkheid van de *curator q.q.* aan de orde en, behoudens bijzondere omstandigheden, niet de aansprakelijkheid *pro se*. Indien de curator bij het leggen van conservatoir beslag heeft gehandeld in lijn met de zogenoemde *Maclou*-norm, blijft persoonlijke aansprakelijkheid buiten beeld.⁵⁴ In de praktijk komt aansprakelijkheid *q.q.* voor

52. HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*).

53. HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, NJ 2008/225, vergelijk ook Thoe Schwarzenberg & Jongbloed 2014, p. 59.

54. Zie HR 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou/Curatoren van Schuppen*), in het bijzonder r.o. 3.6 van dit arrest: ‘Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht.’ Bij deze toetsing past naar haar aard terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft

een ten onrechte gelegd beslag geregeld voor, maar pleegt persoonlijke aansprakelijkheid te worden afgewezen.⁵⁵ Voor de beoordeling of de curator (ook) persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden is mede relevant of de curator, voor het instellen van de vordering in de hoofdzaak en het leggen van het conservatoir beslag, toestemming aan de rechter-commissaris heeft verzocht en wat de beslissing van de rechter-commissaris op deze verzoeken is geweest.⁵⁶

Naar mijn mening dient de curator een ruime beslissingsruimte te worden gegund om al dan niet een conservatoir beslag te leggen, dan wel een door de latere gefailleerde eerder gelegd beslag te handhaven. Het zou in strijd zijn met het maatschappelijk doel van het faillissement en de taak van de curator, wanneer deze door dreiging van persoonlijke aansprakelijkheid bij het leggen van conservatoir beslag zich terughoudender zou opstellen dan andere beslagleggers in de gegeven situatie zouden doen.⁵⁷ Hierbij is van grote betekenis dat de curator, bij de beslissing om al dan niet conservatoir beslag te leggen dan wel een eerder door de latere failliet gelegd beslag te handhaven, niet is gebonden aan *specifieke regels*. In dit verband is de volgende overweging van de Hoge Raad uit het arrest *Prakke/Gips* uit 2011 van belang.⁵⁸

‘3.4.2. (...) De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. *Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe* [curs. GM]. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij het te gelde maken

terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien (HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*)).

55. Zie voor een uitzondering (na een onterecht gelegd executoriaal beslag) Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166, NJF 2016/336. Zie ook Jongbloed 2016, p. 745-752. In hoger beroep werd dit vonnis echter vernietigd en de veroordeling *pro se* alsnog afgewezen; deze vernietiging hield ook in cassatie stand: HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:547, RvdW 2019/463. Zie verder hierna par. 6.5.1.
56. Vergelijk Rb. Den Haag 3 april 2013, NJF 2013/200 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl) waarbij de curator wel q.q. maar niet persoonlijk aansprakelijk werd gehouden. De rechtbank achtte daarbij onder meer van belang dat telkens toestemming aan de rechter-commissaris was verzocht, niet alleen voor de procedure zelf doch ook voor het leggen van conservatoir beslag.
57. Zie in dit verband ook (voor een executoriaal beslag op basis van een nadien vernietigd vonnis) Rb. Zutphen 18 september 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX9445, JOR 2013/257. Kern van de overwegingen, die leidden tot de beslissing dat de curator in het gegeven geval niet *pro se* aansprakelijk was, was dat van een met de vereiste nauwgezetheid handelende curator mag worden verwacht dat hij, ten behoeve van de crediteuren van de failliete vennootschap, de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis voortzet om zo tot maximalisatie van de boedelopbrengst te komen. Wel was er uiteraard sprake van een concurrente boedelvordering.
58. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*).

van het actief van de boedel, waarop de verwijten zien die [verweerder] de Curator in deze zaak maakt, komt de faillissementscurator de hier bedoelde vrijheid toe.’

De door de Hoge Raad geformuleerde risicoaansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag is geen ‘regel’ in de hiervoor bedoelde zin.⁵⁹

De beslissingsruimte van de curator dient er ook te zijn wanneer de boedel, op het moment van conservatoir beslaglegging, een eventuele vergoeding van de schade als gevolg van dat beslag niet zou kunnen dragen. Het enkele ontbreken van deze middelen levert geen persoonlijk verwijt aan de curator op in het geval diens vordering, waarvoor het beslag is gelegd, mocht worden afgewezen. Steun voor deze opvatting kan worden ontleend aan het gegeven dat (voort)procederen door een curator zonder financiële dekking evenmin onrechtmatig is.⁶⁰ Zoals de Rechtbank Den Haag het in 2011 fraai formuleerde:⁶¹

‘4.10. Bij beantwoording van deze vraag [de vraag of bij onvoldoende verhaal voor proceskostenveroordeling de curator pro se aansprakelijk is, GM] stelt de rechtbank voorop dat er niet een algemene regel bestaat dat een curator zich van tevoren voorziet van voldoende fondsen ter dekking van een eventuele kostenveroordeling. Voor een behoorlijke taakvervulling door de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren is het noodzakelijk dat de curator ook in zogenaamde lege boedels de mogelijkheid heeft om rechtsvorderingen in te stellen. Het is juist dat dit ertoe leidt dat een wederpartij zich geconfronteerd kan zien met een onmogelijkheid van verhaal ter zake de proceskostenveroordeling. Dit is echter een maatschappelijk risico voor diegenen die in rechte betrokken worden dat zich niet uitsluitend in faillissementssituaties voordoet, en dat in zijn algemeenheid, naar gangbare rechtsopvatting, aanvaardbaar is.’

Dat de conservatoir beslagene zich bij een beslag, dat door een curator in faillissement wordt gelegd of gehandhaafd, geconfronteerd kan zien met de onmogelijkheid van verhaal voor beslagschade is geen reden de curator niet toe te staan conservatoir beslag te leggen, ook als de boedel ten tijde van het beslag geen verhaal biedt voor een mogelijke schadevergoedingsverplichting.

Het enkele feit dat een conservatoir beslag wordt gelegd of gehandhaafd door een curator in een faillissement, vormt mijns inziens evenmin voldoende aanleiding om, voorafgaand aan het beslag, ex artikel 701 Rv het stellen van zekerheid voor mogelijke beslagschade te bevelen. Zelfs wanneer de boedel onvoldoende middelen

59. De specifieke door de Hoge Raad bepaalde regels voor de inning van stil verpande vorderingen in faillissement zijn dat bijvoorbeeld wel, vergelijk HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), met name r.o. 3.4.3: ‘(...) In het arrest Hamm q.q./ABN AMRO zijn in de rov. 4.2.1 en 4.2.2 regels gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen. In zoverre komt de curator geen vrijheid toe. Indien hij de desbetreffende regels niet in acht neemt handelt hij niet zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en zal hij persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die de pandhouder als gevolg van die handelwijze lijdt.’

60. Vergelijk Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705, JOR 2016/138, m.nt. F.B. Bosvelt.

61. Rb. Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2516, NJF 2011/227.

heeft mogelijke beslagschade te dragen, dient deze toets naar zijn aard te worden onderscheiden van de toets bij het bepalen van de voorwaarde voor het stellen van zekerheid aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een gegeven beslissing, ex artikel 235 of 418a Rv. In een dergelijk geval kan het feit dat de boedel onvoldoende middelen heeft om de zekerheid te stellen bijdragen aan het motiveren van de noodzaak van die voorwaarde. Het is een aanwijzing voor het restitutierisico.⁶² Wat geldt voor de maatstaf voor het doen stellen van zekerheid in verband met de uitvoerbaarheid bij voorraad, geldt niet een-op-een voor de maatstaf voor het stellen van zekerheid vóór het leggen van conservatoir beslag.⁶³

3.2.4.3 Kwalificatie en rangorde schadevordering in faillissement

In dit verband acht ik ook relevant dat de Hoge Raad het criterium voor het ontstaan van boedelschulden door ‘toedoen’ van de curator aanmerkelijk heeft verengd.⁶⁴ In het verlengde hiervan meen ik dat, wanneer de curator een door hem gelegd of gehandhaafd beslag na beraad eenzijdig opheft, enkel de schade van de beslagene die aantoonbaar na het faillissement is ontstaan of opgekomen, kwalificeert als boedel-schuld. Bij een beslag dat door de gefailleerde is gelegd en na het faillissement door de curator wordt gehandhaafd, geldt dan het volgende. De schade *voorafgaand aan het faillissement* komt voor verificatie in aanmerking en resulteert, bij erkenning door de curator of toewijzing in een mogelijke renvooiprocedure, in een concurrente prefaillissementsvordering. De schade *na het faillissement* vormt een boedel-schuld. Voor de rangorde van de boedelvordering voor schade als gevolg van het beslag tijdens het faillissement geldt daarnaast het volgende. Deze boedelvordering wegens schadevergoeding gaat niet vóór de kosten van executie en vereffening, waaronder het salaris van de curator.⁶⁵ De vraag of de curator al dan niet (ook) persoonlijk aansprakelijk is voor het ten onrechte gelegde beslag is daarbij niet van belang.

3.2.5 Nogmaals bevestiging maar nu ook specificering grondslag, 1995

De vaste lijn wordt opnieuw tot uitgangspunt genomen in het arrest *Ontvanger/Bos*.⁶⁶ Daarbij ging het om een door de Ontvanger gelegd executoriaal beslag voor een

62. Vergelijk HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5892, NJ 2004/291, m.nt. H.J. Snijders. Voor een incidentele vordering tot het verbinden van de voorwaarde tot zekerheidstelling aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een in vorige instantie gegeven beslissing gelden dezelfde voorwaarden. Zie HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1115, NJ 2018/319 (*X/Gravene B.V.*).

63. Zie verder ook par. 4.4.2.

64. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman*).

65. Zie HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*). In casu ging het om door de curator ten onrechte geïnde stil verpande vorderingen. Vergelijk met name r.o. 3.3.4 van dit arrest: ‘(...) Anders dan het onderdeel betoogt, dient deze regel ook toepassing te vinden in een geval waarin het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Weliswaar kan dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd en die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, maar daarin is geen grond gelegen om het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten.’

66. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

achteraf bezien onterechte, want vernietigde, belastingaanslag. De Hoge Raad overweegt:

‘4.2. Bij de beoordeling van het middel van de Ontvanger dient te worden vooropgesteld dat het Hof in rov. 14 terecht ervan is uitgegaan dat degene die een beslag legt op eigen risico handelt en, bijzondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade dient te vergoeden, indien het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, zulks ook in het geval dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld⁶⁷ (HR 15 april 1965, NJ 1965, 331 en HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321). Bijzondere omstandigheden daargelaten, is de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, *aansprakelijk uit onrechtmatige daad* [curs. GM] jegens degeen op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt. In het voorgaande is onder “degene die een beslag legt” begrepen zowel degene die een conservatoir beslag legt op grond van een hem niet toekomende vordering, als degene die een executoriaal beslag legt op grond van een executoriale titel die na de beslaglegging wordt vernietigd, onder welke laatste categorie mede is begrepen de ontvanger der directe belastingen die executoriaal beslag legt ter tenuitvoerlegging van een dwangbevel dat is gegrond op een nadien vernietigde aanslag.’

Uit dit arrest blijkt eens te meer dat de beslaglegger op eigen risico handelt zolang nog niet definitief over zijn vordering (dat wil zeggen de vordering waarvoor het beslag wordt gelegd) is beslist. Hoewel de Hoge Raad in dit arrest de term ‘risicoaansprakelijkheid’ na onterecht beslag of executie niet expliciet noemt, doet hij dat wel later, in 2003, twee keer, zowel in het arrest van 11 april 2003 (*Hoda International/Mondi Foods*) als in zijn arrest van 5 december 2003 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*),⁶⁸ hierna te bespreken in paragraaf 3.8.2. Mijns inziens valt dat te verklaren uit het feit dat de Hoge Raad de in deze beide arresten bepaalde lijn, om bij een gedeeltelijk toegewezen vordering van de beslaglegger een eventuele vordering van de beslagene nadrukkelijk te baseren op misbruik van recht, reliëf wilde geven door deze grondslag af te zetten tegen de ‘risicoaansprakelijkheid’ na een (geheel) afgewezen vordering van de beslaglegger.

Het meest opvallende aan het arrest *Ontvanger/Bos* is dat de Hoge Raad voor de eerste maal, binnen het domein van een executie gevolgd door vernietiging van het vonnis dan wel ten onrechte gelegd verklaard conservatoir beslag, de onrechtmatige daad expliciet benoemt als grondslag voor de vordering van de geëxecuteerde/beslagene jegens de executant/beslaglegger. Deze onrechtmatige daad heeft een aparte status, anders dan andere aansprakelijkheden in het beslagrecht en ook anders dan andere onrechtmatige daden. Zo beschouwd creëert de Hoge Raad

67. Van der Kwaak 2000, p. 12 stelt zich op het standpunt dat de toerekening plaatsvindt op basis van schuld: omdat de beslaglegger zelf welbewust risico heeft genomen kan hem een verwijt worden gemaakt. Het ‘inlezen’ van schuld in het nemen van risico is niet noodzakelijk. Evenmin dat het risico *welbewust* wordt genomen. De schade wordt de beslaglegger ‘kaal’ toegerekend.

68. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440, JBPR 2004/14, m.nt. A. van Hees (*Hoda International/Mondi Foods*) en HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

hiermee een onrechtmatige daad met verankering in artikel 6:162 lid 3 BW. Deze bergt enerzijds alle gebruikelijke kenmerken en vereisten van de artikelen 6:162 e.v. BW in zich, maar kan anderzijds door het bijzondere ‘risico-element’ worden beschouwd als een ‘sui generis onrechtmatige daad’.

Zoals Brunner in zijn annotatie onder het arrest *Ontvanger/Bos*⁶⁹ opmerkt, wordt in het maatschappelijk verkeer voortdurend gehandeld op basis van rechten waarvan het bestaan niet door de rechter bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld. Dat kan ook niet anders. Wordt het recht echter betwist, dan neemt de schuldeiser bewust het risico dat later kan blijken dat het betreffende recht niet bestond. De – in de woorden van Brunner – ‘quasi-schuldeiser’ heeft dan door inbreuk te maken op het recht van de quasi-schuldenaar, onrechtmatig gehandeld.

3.2.6 Cumulatieve conservatoire beslagen

Denkbaar is dat de beslagene zich geconfronteerd ziet met conservatoire beslagen van verschillende beslagleggers. Deze beslagen dienen ieder voor zich langs de hiervoor behandelde lijnen op hun (on)rechtmatigheid te worden getoetst. Voor de vraag of deze beslagen (on)rechtmatig zijn, is het gegeven dat verschillende beslagen door verschillende beslagleggers zijn gelegd niet van invloed. Voor elk beslag apart dient te worden gezien of de vordering in de hoofdzaak al dan niet wordt toegewezen. Voor gedeeltelijk of geheel toegewezen vorderingen is, onder omstandigheden, voor de beoordeling of sprake is van misbruik van recht, (wetenschap van) andere beslagen wel van belang.⁷⁰

Ten overvloede merk ik op dat men de gezamenlijke conservatoir beslagleggers, gelet op de aard van het leggen van (conservatoir) beslag voor hun eigen vorderingen, niet kan kwalificeren als deelnemers aan een groep in de zin van artikel 6:166 BW. Er is dan ook geen sprake van groepsaansprakelijkheid.⁷¹

3.2.7 Analogieën schadevergoeding na toepassing van strafrechtelijke dwangmiddelen

3.2.7.1 *Wetboek van Strafvordering, artikel 162 BW en Staat/Bekkers*

De zoektocht naar de karakteristieken van de vordering van degene ten laste van wie onterecht beslag is gelegd en de uitdagingen om aan de redelijke gewenste uitkomst een dogmatische mouw te passen, leiden langs een kronkelige weg. Nadere beschouwing van de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij gewezen ver-

69. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

70. Zie de door de Hoge Raad geformuleerde criteria die bij de beoordeling een rol spelen: HR 24 november 1995, NJ 1996/161 (*Tromp-Franca/Regency*). Zie verder par. 3.3 en 3.8.4.

71. Wanneer meerdere (rechts)personen aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van *hetzelfde* ten onrechte gelegde conservatoir beslag kan wél sprake zijn van groepsaansprakelijkheid op de voet van art. 6:166 BW, vergelijk Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81, met name r.o. 4.11: ‘[eiseres sub 1] c.s. vordert dat de rechtbank verklaart dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] (en [gedaagde sub 3]) hoofdelijk aansprakelijk zijn. Ook deze component is toewijsbaar. [eiseres sub 1] c.s. heeft onbetwist gesteld dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] gezamenlijk beslagen hebben laten leggen en beiden staan in de later ondertekende akte van hypotheekstelling. Er is daarom sprake van gedragingen in groepsverband in de zin van artikel 6:166 BW, zodat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] (en [gedaagde sub 3]), als zij aansprakelijk blijken, hoofdelijk aansprakelijk zijn.’

dachten aanspraak maken op schadevergoeding na inzet van strafvorderlijke maatregelen, scherpt het beeld verder aan.

In een aantal limitatief omschreven gevallen voorziet het Wetboek van Strafvordering in een schadevergoedingsregeling voor gewezen verdachten.⁷² Voor de gevallen en schadecomponenten waarin dit Wetboek geen voorziening bevat, zijn de gewezen verdachten en (onterecht) veroordeelden aangewezen op een vordering bij de civiele rechter ex artikel 6:162 BW. Zij stellen zich dan op het standpunt dat sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad.⁷³ Verder is de constatering van belang dat de civiele actie niet alleen *aanvullend* kan worden ingezet, maar ook als *alternatief* voor de gevallen en schadecomponenten die wél door de relevante bepalingen van het Wetboek van Strafvordering worden gedekt.⁷⁴ Die laatste bepalingen hebben geen exclusief karakter. Zo beschouwt de Hoge Raad de procedure van artikel 89 Sv niet als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, waardoor het enkele bestaan van deze voorziening niet aan de weg staat aan een civiele procedure.⁷⁵ Daarbij is onder meer van belang dat in het civiele recht een *volledige* vergoeding van de schade uitgangspunt vormt.⁷⁶

Aan de wieg van deze jurisprudentie staat het arrest *Staat/Bekkers* uit 1990 waarin de Hoge Raad overwoog:⁷⁷

‘3.3. In ’s hofs door het middel bestreden overwegingen ligt de volgende gedachtengang besloten. Het hof is kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat de beschadiging van goederen van B door het politieoptreden een onrechtmatige daad jegens B oplevert, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Die rechtvaardigingsgrond was, naar ’s hofs oordeel, “in beginsel aanwezig” “als gevolg van het zwaarwegende opsporingsbelang” (r.o. 4.3.2.1). Daarmee bedoelt het hof blijkens zijn voorafgaande overwegingen dat zulk een rechtvaardigingsgrond ten tijde van het politieoptreden aanwezig was omdat toen ten aanzien van B een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestond als bedoeld in art. 27 Sv (r.o. 4.2.2 t/m 4.2.4), en ermee rekening moest worden gehouden dat B een of meer lieden herbergde die “nietsontziend en gevaarlijk” waren (r.o. 4.2.6).

72. Art. 89 e.v. Sv en (voor gewezen veroordeelden) art. 481 Sv. Daarnaast bevat het Wetboek van Strafvordering ook regelingen voor (proces)kosten. Zie Van Dam 2008, p. 2-3. Deze strafvorderlijke procedures zijn sneller, goedkoper en eenvoudiger. Daar staat echter tegenover dat de reikwijdte van de artikelen beperkt is. De artikelen zijn opgenomen in het Wetboek van Strafvordering dat in 1926 werd ingevoerd. Aanvankelijk werd enkel de materiële schade vergoed (en werd er niet gesproken van ‘schadevergoeding’ maar van een ‘geldelijke tegemoetkoming’). Eerst in 1975 werd de terminologie aangepast en kwam bijvoorbeeld ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Zie verder ook Van Dam 2008, p. 9.

73. De onrechtmatige overheidsdaad vindt haar basis in art. 112 lid 1 Grondwet jo. art. 6:162 BW.

74. Een vergoeding kan overigens ook worden toegekend na een sepot, en na afwijzing of niet-ontvankelijkverklaring van een klacht als bedoeld in art. 12 Sv – zelfs indien de betrokkene nooit als verdachte is aangemerkt, en er dus (vanuit gerechtelijk perspectief) geen zaak is geweest (HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5566, NJ 2013/402, m.nt. M.J. Borgers).

75. HR 7 april 1989, NJ 1989/532 en HR 12 juni 1998, NJ 1999/99, m.nt. A.R. Bloembergen. In het laatste arrest leidde een eerder toegekende (beperkte) schadevergoeding niet tot niet-ontvankelijkheid van de eiser.

76. Vergelijk in dit verband ook art. 5 lid 5 EVRM en art. 9 lid 5 IVBPR, zie ook Van Dam 2008, p. 48-49.

77. HR 26 januari 1990, NJ 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Bekkers*).

Achteraf bezien moet evenwel die ten tijde van het politieoptreden “in beginsel” aanwezige rechtvaardigingsgrond als ongenoegzaam, want ongefundeerd, worden aangemerkt omdat B later “onschuldig bleek aan de gerezen verdenking” (r.o. 4.3.1). Dat leidt het hof tot zijn oordeel dat de Staat aan de “onschuldig gebleken B” diens schade moet vergoeden (r.o. 4.3.2.1). Bij dat oordeel is het hof kennelijk ervan uitgegaan dat de Staat met de mogelijkheid dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden achteraf ongefundeerd zou blijken, rekening had te houden.

3.4. Aldus verstaan komt 's Hof's oordeel er op neer dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden dat optreden voor zover het schade toebracht onrechtmatig doet zijn, met het gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade — die als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden — te vergoeden. Dit oordeel is juist (...).'

De Hoge Raad nam met deze overwegingen de door advocaat-generaal Bloembergen in zijn conclusie verdedigde constructie, van een op algemene rechtsbeginselen berustende verbintenis tot schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad, niet over. Ik kom hierop in paragraaf 3.2.7.2 terug.

Hoewel de strekking van deze overwegingen naar hun aard relevant is voor de vordering tot schadevergoeding na onterecht beslag rijst de vraag waar de grens van de analogie ligt. Op het eerste gezicht lijkt ‘met de mogelijkheid dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden achteraf ongefundeerd zou blijken, rekening had te houden’ sterke gelijkenis te vertonen met ‘op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld’. De vraag is echter of de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond (de Hoge Raad verwijst expliciet naar art. 27 Sv⁷⁸) op één lijn kan worden gesteld met de aan het verlov van de voorzieningenrechter ontleende bevoegdheid om conservatoir beslag te leggen. Ik meen dat dit niet het geval is en verwijs in dit verband naar paragraaf 3.4.2.

Wel omarmt de Hoge Raad in dit arrest per saldo eenzelfde risicoaansprakelijkheid en past daartoe eenzelfde redenering toe als in het 25 jaar daarvoor gewezen arrest *Snel/Ter Steege*.⁷⁹ Zoals annotator Brunner het kernachtig samenvat: ‘Verschoonbare dwaling van de politie is onvoldoende rechtvaardiging voor de schadetoebrenging en komt voor risico van de Staat.’

Hieraan doet niet af dat de Hoge Raad in zijn overwegingen de term ‘schuld’ hanteert. Uit de strekking van de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat op de Staat een risicoaansprakelijkheid rust, omdat in deze overwegingen geen enkele rol voor

78. Art. 27 lid 1 Sv: ‘Als verdachte wordt vóórdat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit.’

79. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J.Veegens (*Snel/Ter Steege*). Zie verder par. 3.2.3.

enige verwijtbaarheid is weggelegd.⁸⁰ In dit verband verdient ook opmerking dat in algemene zin de term ‘schuld’ in de vorige eeuw een steeds objectiever karakter heeft gekregen en de termen ‘schuld’ en ‘risico’ steeds meer door elkaar heen zijn gaan lopen.⁸¹ Het komt daarbij dus op de uitleg van de gevolgde redenering aan om vast te stellen of er sprake is van schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid. De in de overwegingen gebezigde taalkundige termen spelen daarbij een relatief ondergeschikte rol.

3.2.7.2 *Rechtmatig of onrechtmatig?*

De uitkomst van het arrest *Staat/Bekkers* is alom positief ontvangen. Uiteraard dient het uitgangspunt te zijn dat de Staat schadevergoeding moet betalen aan een gewezen verdachte wanneer de verdenking achteraf ongefundeerd blijkt. De dogmatisch ‘elastische weg’ om tot deze uitkomst te komen is echter minder unisono gesteund. De kritiek op deze route loopt grotendeels langs dezelfde lijnen als de terzijdes die zijn geplaatst bij de door de Hoge Raad gehanteerde overwegingen om tot risicoaansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd conservatoir beslag te komen. Advocaat-generaal Bloembergen had, zoals hiervoor opgemerkt, in zijn conclusie voor dit arrest een andere route uitgestippeld. Allereerst stelde hij vast dat het redelijk vermoeden van schuld (art. 27 lid 1 Rv) en daarmee de rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden door een later gebleken onschuld, niet wordt aangetast. Daarmee blijft, aldus Bloembergen, het strafrechtelijk optreden rechtmatig. Hiermee zou de grondslag voor schadevergoeding bij een dergelijke – rechtmatige – overheidsdaad wellicht moeten worden gezocht in het in het bestuursrecht ontwikkelde leerstuk van het gelijkheidsbeginsel, ook wel de ‘égalité devant les charges publiques’ genoemd.⁸²

3.2.7.3 *Vrijspraak, verdenking, verdachte*

In een later arrest, uit 1994,⁸³ heeft de Hoge Raad de lijn van de onrechtmatige daad in dit domein verder doorgetrokken, maar hierbij ook een beperking aangebracht. De beperking houdt in dat het enkele feit dat de verdachte is vrijgesproken onvoldoende is om te concluderen dat de verdenking ‘dus’ ten onrechte heeft bestaan, maar dat er moet blijken van de *onschuld van de verdachte*.⁸⁴ Dit lijkt een verschil

80. Vergelijk De Lange 2005, p. 56. Zie ook H.A. van den Berg & K. Rozemond, ‘Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen’, *RM Themis* 1992, p. 55; ook zij zijn van oordeel dat de Hoge Raad in dit domein de risicoaansprakelijkheid heeft geïntroduceerd.

81. Zie ook Engelhard & Van Maanen 2008, p. 59.

82. De Lange, die deze redenering van Bloembergen bespreekt, staat ook een benadering voor waarbij de vordering op een rechtmatige (overheids)daad wordt gebaseerd. Zie De Lange 2005, p. 56.

83. HR 29 april 1994, *NJ* 1995/727, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema.

84. Het arrest stelt voorts dat (exclusief) uit het strafdossier moet blijken dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan, zie met name r.o. 3.5.2 van het arrest. Deze beperking heeft vele pennen in beweging gebracht maar heeft voor dit onderzoek onvoldoende betekenis om verder te bespreken. Overigens speelt dezelfde problematiek bij een sepot, ontslag van rechtsvervolging, enz. (zie ook HR 23 december 1994, *NJ* 1995/512 en de annotatie van G.J.M. Corstens bij dit arrest). Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in gevallen waarin de gewezen verdachte niet in zijn stel- en bewijsplicht slaagt, nog wel de wegen van art. 89 en 90 Sv kunnen worden bewandeld voor de in die artikelen genoemde schadecomponenten. Zie voor een casus waarin (met toepassing van art. 81 Wet RO) een vordering tot schadevergoeding door de Staat wegens strafrechtelijke vervolging gevolgd door vrijspraak sneuvelt HR 7 februari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:255*, *RvdW* 2014/290.

met de vordering na onterecht beslag, aangezien het naar huidig recht lijkt⁸⁵ dat het daarbij voldoende is dát de vordering van de beslaglegger sneuvelt en dat het niet noodzakelijk is dat de vordering *expliciet met een inhoudelijke motivering* wordt afgewezen.

Later heeft de Hoge Raad in het *Begaclaim*-arrest uit 2006⁸⁶ verder geëxpliciteerd dat een gewezen verdachte in twee gevallen, in een civiele procedure op grond van onrechtmatige overheidsdaad, schadevergoeding kan vorderen:

1. indien het strafrechtelijk optreden van politie en justitie van begin af aan onrechtmatig was, bijvoorbeeld omdat van begin af aan geen redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit heeft bestaan of het optreden van justitie van begin af aan in strijd was met regels van geschreven en ongeschreven recht. Deze grond (ook wel omschreven als *onrechtmatig overheidshandelen ab initio*) is naar zijn aard voor dit onderzoek van ondergeschikt belang;
2. indien uit de uitspraak van de strafrechter en/of uit het strafdossier van een niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak de onschuld van de verdachte blijkt.⁸⁷ Het is deze laatste grond die relevant is voor het onderwerp van dit onderzoek.

In een later arrest uit 2013, waar het in casu ging om de rechtmatigheid van de vernietiging van hennepplanten, speelde de bijzondere omstandigheid dat de benadeelde pas *na* de toepassing van de dwangmiddelen als verdachte in de zin van artikel 27 Sv was aangemerkt, met gebruikmaking van de bevindingen van dat strafvorderlijk optreden.⁸⁸ De Hoge Raad overwoog:

‘3.5. De vraag of sprake is van een gewezen verdachte op wie de maatstaven van het hiervoor in 3.4 genoemde arrest HR 13 oktober 2006 (*Begaclaim*) van toepassing zijn, dient in beginsel te worden beantwoord naar de toestand ten tijde van de toepassing van het strafvorderlijk dwangmiddel. Dit lijdt evenwel uitzondering indien, zoals in het onderhavige geval, de verdenking eerst na de toepassing van het strafvorderlijk dwangmiddel is ontstaan, maar is gebaseerd op gedragingen die de gewezen verdachte voor de toepassing van het strafvorderlijk dwangmiddel heeft verricht en die aanleiding zijn geweest tot toepassing daarvan. In die situatie behoren de gevolgen van dat strafvorderlijk optreden immers tot het normale maatschappelijke risico van de gewezen verdachte (vgl. het arrest *Begaclaim*, rov. 3.6.5). Het *égalité*beginsel biedt in dat geval geen rechtvaardiging voor aansprakelijkheid van de Staat voor die gevolgen. Het hof heeft dit miskend. Het onderdeel treft derhalve doel.’

Zowel de Hoge Raad als advocaat-generaal Langemeijer heeft in zijn overwegingen niet het toenmalige Voorontwerp Schadecompensatie na strafvorderlijk overheids-optreden betrokken. Onder het regime van dat voorontwerp had de eiser in cassatie

85. Zie hiervoor par. 3.7.

86. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432, m.nt. J.B.M. Vranken (*Begaclaim*). Een ander belangrijk arrest voor de schade na strafvorderlijk optreden betreft HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. M. Scheltema. Omdat het in dat geval ging om schade van een (nimmer als verdachte aangemerkte) derde en derhalve de perikelen rondom het ‘wegvallen’ van de rechtvaardigingsgrond niet spelen, blijft dit arrest hier verder onbesproken.

87. Zie ook Van Malssen 2014, p. 2022-2023.

88. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7397, NJ 2014/520, m.nt. J.B.M. Vranken.

waarschijnlijk wel schadevergoeding toegewezen gekregen. In de volgende paragraaf bespreek ik dit Voorontwerp en de relevantie ervan voor dit onderzoek.

3.2.7.4 *Het Voorontwerp Schadecompensatie na strafvorderlijk overheidsoptreden*

In 2007 heeft de toenmalige Minister van Justitie, E.M.H. Hirsch Ballin, het voorontwerp van de Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden gepubliceerd.⁸⁹ Met dit ontwerp werd beoogd om een integrale regeling in het leven te roepen voor de afwikkeling van schade die is veroorzaakt door strafvorderlijk overheids-handelen, in iedere mogelijke vorm en in iedere mogelijke gradatie van rechtmatigheid of onrechtmatigheid. Indien de schadeveroorzakende handeling onrechtmatig was, zou volgens dit voorstel aan de verzoeker schadecompensatie worden toegekend,⁹⁰ tenzij de schade ‘naar de maatstaven van het civiele recht redelijkerwijze voor zijn rekening behoort te blijven’ (art. 597 lid 2 Sv (ontwerp)). Onder schade was in het voorontwerp uitdrukkelijk mede begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, waarbij artikel 6:106 BW bovendien expliciet van overeenkomstige toepassing werd verklaard (art. 598 onder 1 Sv (ontwerp)). De inwerkingtreding van de Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden was oorspronkelijk gepland voor 2009. Het Voorontwerp is echter in de loop van de tijd letterlijk en figuurlijk van de wetgevingsagenda verdwenen en nu ook niet meer op overheid.nl te vinden.

In de latere wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering⁹¹ zijn elementen van het hiervoor besproken Voorontwerp opgenomen, maar tot een meer fundamentele herziening heeft dit niet geleid.⁹²

3.2.8 De beslag vervangende zekerheid, switch naar andere grondslag?

Wanneer het beslag na het stellen van zekerheid door de beslagene wordt opgeheven, hetzij door de rechter, hetzij door de beslaglegger zelf, wordt het kader van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verlaten. Dat betekent onder meer dat deze zekerheid niet komt te ‘vervallen’, wanneer de eis in de hoofdzaak niet binnen de in het eerdere beslagverlof gestelde termijn wordt ingesteld.⁹³ De vraag rijst of daarmee het causale verband wordt doorbroken en niet langer sprake is van een onrechtmatige daad als de vordering van de (voormalige) beslaglegger wordt afgewezen. Een andere vraag is of, met het stellen van de zekerheid, partijen

89. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200-VI, nr. 2, p. 201; *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200-VI, nr. 91, p. 5. Het ontwerp is via overheid.nl niet meer te vinden hetgeen illustreert hoe diep de la is waarin het ontwerp is verdwenen. Van Dam heeft het integrale voorstel als bijlage bij haar boek opgenomen (Van Dam 2008, p. 117-127).

90. Art. 594 lid 1 Sv (ontwerp) bepaalt dat ‘een gewezen verdachte die rechtstreeks schade lijdt ten gevolge van strafvorderlijk handelen van een overheidsorgaan’ een verzoek tot schadevergoeding kan indienen.

91. Zie ook de conclusie van A-G Bleichrodt sub 9 bij HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2756, NJ 2016/5, m.nt. J.M. Reijntjes, en *Kamerstukken II 2014/15*, 34 086, nr. 2.

92. Wel zijn de bepalingen logischer samengebracht, zie de opname van een nieuw hoofdstuk Titel VIA Schadevergoeding en andere bijzondere kosten in de Wet van 22 februari 2017, houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met een herziening van de wettelijke regeling van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen (Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen), *Sib.* 2017, 82.

93. Vergelijk Rb. Zwolle (vzr.) 18 september 2003, NJF 2004/99.

in een verhouding komen te staan die wordt beheerst door hun afspraken ten aanzien van die zekerheid, aangevuld met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Uit het arrest *Groskamp/Staat* uit 1997 volgt mijns inziens dat beide vragen ontkenkend moeten worden beantwoord.⁹⁴ In casu ging het om een belastingaanslag, die later ten onrechte bleek te zijn opgelegd. De Staat had uitstel van betaling verleend. Ondanks dit verleende uitstel had Groskamp een betaling verricht, ter vermindering van de aanslag. Deze handeling kan binnen het bestek van het onrechtmatig conservatoir beslag op één lijn worden gesteld met het stellen van een bankgarantie of vergelijkbare zekerheid. Nadat kwam vast te staan dat de aanslag ten onrechte was opgelegd vorderde Groskamp renteschade. De Staat verweerde zich tegen deze vordering, door te betogen dat door de betaling het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade was verbroken. De Hoge Raad overwoog:

‘3.7. (...) Indien een belastingplichtige een hem opgelegde aanslag wil bestrijden, maar daarbij in verband met de houding van de belastingdienst op een langdurige procedure voor de belastingrechter moet rekenen, ligt het binnen de grenzen van hetgeen redelijkerwijs als gevolg van het opleggen van die aanslag kan worden verwacht, dat de belastingplichtige – uit begrijpelijke vrees dat anders de door hemzelf bij verlies van die procedure te betalen wettelijke rente tot aanzienlijke hoogte zal oplopen en het verkrijgen van een vergelijkbaar rendement voor hem niet weggelegd is – in weerwil van een door hem tevoren verkregen uitstel alsnog overgaat tot betaling van die aanslagen onder voorbehoud van rechten.

Dit brengt mee dat door een dergelijke betaling het causaal verband tussen de onrechtmatige daad, bestaande in het opleggen van de te hoge aanslagen, en de renteschade die vanaf het tijdstip van die betaling door de belastingplichtige wordt geleden, niet wordt verbroken. Aangenomen moet derhalve worden dat de thans gevorderde renteschade – in de terminologie van het huidige art. 6:98 BW – als gevolg van de onrechtmatige daad aan de Staat kan worden toegerekend.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of in dit resultaat verandering wordt gebracht op de grond dat Groskamp zijn renteschade ten behoeve van de Staat had behoren te beperken op de wijze als door de Rechtbank blijkt het hiervoor in 3.2 overwogene voorgestaan, zulks met het gevolg dat, nu hij dit heeft nagelaten, die schade zou moeten worden aangemerkt – in de terminologie van het huidige art. 6:101 – als een gevolg van een aan de belastingplichtige zelf toe te rekenen omstandigheid, op grond waarvan de vergoedingsplicht wordt verminderd of geheel vervalt.

Deze vraag moet ontkenkend worden beantwoord. Van een belastingplichtige die in de hiervoor in de laatste alinea van 3.5 weergegeven positie verkeert, kan niet worden gevegd dat hij zich ten behoeve van de Staat aan het daar bedoelde gevaar blootstelt, nog daargelaten dat de in weerwil

94. HR 7 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2486, NJ 1998/364 (*Groskamp/Staat*).

van het verleende uitstel gedane betaling de Staat in staat heeft gesteld om het ontvangen bedrag binnen zijn eigen mogelijkheden – wellicht ruimer dan die van de belastingplichtige – zelf rendabel te maken en aldus zelf de schade te beperken.’

Zie verder ook de bespreking van dit arrest in paragraaf 4.9 en paragraaf 5.2.9.10.

3.3 **Afbakening: gedeeltelijk (on)terecht beslag: een onrechtmatige daad maar misbruik van recht, Hoda International/Mondi Foods, 2003**

Een beslag waarbij de vordering van de beslaglegger waarvoor beslag is gelegd *geheel* is afgewezen, dient scherp te worden onderscheiden van een beslag waarbij deze vordering slechts *gedeeltelijk* is afgewezen. In het laatste geval, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad *Hoda International/Mondi Foods* uit 2003, geldt de risicoaansprakelijkheid niet.⁹⁵

3.3.1 **Hoda International/Mondi Foods**

In casu was het uiteindelijk door de beslagene verschuldigde bedrag (DM 58.178,84 (omgerekend ongeveer € 30.000) met rente) ontegenzeggelijk veel lager dan het bedrag waarvoor de conservatoire beslagen waren gelegd (*f* 975.000 (omgerekend € 440.000)). Het toegewezen bedrag bedroeg daarmee 6% van de vordering waarvoor conservatoir beslag was gelegd. Hoda, de beslagene, stelde dan ook in cassatie dat het hof niet anders had kunnen concluderen dan dat de beslagen ten onrechte waren gelegd en gehandhaafd, althans voor het meerdere, zodat beslaglegger Mondi op grond van de door de Hoge Raad aanvaarde ‘risicoaansprakelijkheid’ schadeplichtig zou zijn.

In dit arrest overwoog de Hoge Raad echter:

‘4.5.2. (...) 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. Die situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor, nu het Hof heeft vastgesteld dat Mondi een vordering op Hoda had. Indien de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd slechts gedeeltelijk wordt toegewezen, heeft dit niet tot gevolg dat het beslag ten onrechte is gelegd. De vraag of een beslaglegger aansprakelijk is voor de gevolgen van een beslag omdat het beslag is gelegd voor een te hoog bedrag, lichtvaardig is gelegd of onnodig is gehandhaafd, moet worden beantwoord aan de hand van criteria die gelden voor misbruik van recht. Uitgaande van de concrete omstandigheden van het geval kan aldus aan de orde komen of een beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt. Het Hof mocht dan ook bij zijn beoordeling betrekken dat Mondi ten tijde van de beslaglegging niet over

95. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2002/440 (*Hoda International/Mondi Foods*). In dit arrest stond ook de vraag centraal of in het gegeven geval sprake was van berusting; deze – tweede – betekenis van dit arrest voor de rechtspraak laat ik verder onbesproken, zie hiervoor Van Mierlo 2003a, p. 775.

voldoende informatie beschikte en dat een substantieel gedeelte van het door Mondi gevorderde is toegewezen. Het onderdeel faalt derhalve.’

Wanneer de vordering van de beslaglegger gedeeltelijk wordt afgewezen, is de hiervoor beschreven risicoaansprakelijkheid dus niet aan de orde. De vraag of een beslaglegger dan (toch) aansprakelijk is voor de gevolgen van een beslag, bij voorbeeld omdat het beslag is gelegd voor een te hoog bedrag, (te) lichtvaardig is gelegd of onnodig is gelegd/gehandhaafd, moet derhalve worden beantwoord aan de hand van de criteria die gelden voor *misbruik van recht*. In dit geval volgde uit toetsing aan die criteria dat van misbruik van recht geen sprake was. Bij die gevolgtrekking lijkt een rol te hebben gespeeld dat beslaglegger Mondi, ten tijde van de beslaglegging, door toedoen van Hoda zelf over onvoldoende informatie beschikte over de exacte hoogte van de vordering.⁹⁶

Eerder, in 1995, in het arrest *Tromp-Franca/Regency*⁹⁷ heeft de Hoge Raad in dit verband het volgende criterium gehanteerd:

‘3.4. (...) dat de vraag of het leggen van een conservatoir beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt, in beginsel dient te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen. (...)’

In casu ging het om een beslag op een groot aantal onroerende zaken, terwijl aantoonbaar ook had kunnen worden volstaan met een beslag op een enkele onroerende zaak.⁹⁸

Een bijzondere vorm van misbruik van bevoegdheid betreft overigens het inzetten van eigenbeslag (art. 724 Rv (executoriaal) en art. 479h Rv (conservatoir)) om executie van toegewezen vorderingen van de wederpartij te verhinderen.⁹⁹

3.3.2 Misbruik = schuld?

Het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid tussen een ‘zuiver’ ten onrechte gelegd beslag en beslagen waarbij mogelijk misbruik van bevoegdheid is gemaakt, is zowel dogmatisch als voor de beantwoording van talloze praktijkvragen van groot belang. Bij zowel gehele als gedeeltelijke toewijzing van de vordering van de beslaglegger blijft de bevoegdheid tot het leggen van beslag bestaan en is deze

96. Aldus Van Mierlo 2003a, p. 777. Was het beoordelingskader overigens wel dat van de onrechtmatige daad geweest dan had evengoed via de eigen schuld ex art. 6:101 BW de vergoeding tot nihil kunnen worden bijgesteld.

97. HR 24 november 1995, NJ 1996/161 (*Tromp-Franca/Regency*).

98. Zie in dit verband ook Meijsen & Jongbloed 2010, p. 91.

99. Zie Van Zanten 2011, p. 22 en Hof Den Bosch 11 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5998, JIN 2009/297 en HR 22 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8836, NJ 2009/597 en JBPR 2010/5, m.nt. M.R. van Zanten.

daarmee een gegeven, doch kan er mogelijk wel misbruik van deze bevoegdheid zijn gemaakt.¹⁰⁰

Op zichzelf is artikel 3:13 BW in dit domein goed en adequaat in te zetten. Wat pleit voor dit beoordelingskader in plaats van de (risicoaansprakelijkheid door) onrechtmatige daad is dat een risicoaansprakelijkheid bij een gedeeltelijk afwezen vordering tot onaanvaardbare risico's van beslagleggers zou leiden.¹⁰¹ Deze zouden daardoor (te vaak en te veel) terugdeinzen voor een conservatoir beslag.

Door het recht toegekende bevoegdheden, inclusief aan partijen via het procesrecht gegeven rechten, zijn aan zekere grenzen gebonden en niet absoluut.¹⁰² Hierbij is ook de constatering van belang dat aanwezigheid van schuld aan de zijde van de beslaglegger geen vereiste is om tot een verplichting tot vergoeding van de door het misbruik van bevoegdheid ontstane schade te kunnen komen.¹⁰³ Dat een schuldelement als (extra) bouwsteen voor schadeplichtigheid na geconstateerd misbruik van recht ontbreekt, kan overigens op verschillende manieren worden onderbouwd. Hartlief stelt dat, wanneer de kwalificatie 'misbruik' valt, daarmee steeds ook van schuld sprake is. Niet verwijtbaar misbruik van recht lijkt hem geen reële categorie, eerder een *contradictio in terminis*.¹⁰⁴ In dit verband is ook relevant dat uit het arrest *Tromp-Franca/Regency*¹⁰⁵ volgt dat een vordering tot vergoeding van schade na een vexatoir beslag kan worden toegewezen zonder dat daarbij de *schuldvraag* wordt betrokken.¹⁰⁶

Dat neemt niet weg dat de lat om tot misbruik van bevoegdheid te komen hoog ligt. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie over de ruimte die de feitenrechter in een aanpalend terrein wordt geboden, namelijk de beantwoording van de vraag of

100. Ik merk voor de goede orde op dat de inbreuk op de (goederen van de) beslagene bij een onrechtmatig beslag geen *strafbaar feit* oplevert, behoudens uiteraard bijzondere bijkomende omstandigheden. Zie in dit verband Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2000, waarin vergeefs werd getracht uitkering op basis van een verzekeringsovereenkomst te verkrijgen door aan een (naar later bleek onrechtmatig) beslag de kwalificatie 'strafbaar feit' toe te kennen. Zie in dit verband ook Molkenboer 2012, p. 17.

101. In deze zin ook van Van Mierlo 2003a, p. 776.

102. Vergelijk Lindijer 2006, p. 555: 'Kenmerkend voor de misbruikfiguur is dat een gedraging die bestaat in de uitoefening van een door het recht *in abstracto* verleende bevoegdheid, in het concrete geval, gelet op de belangen van anderen die bij de uitoefening zijn betrokken, niet door het recht wordt gelegitimeerd.' Overigens kan de beslaglegger zichzelf ook expliciet aan bepaalde normen hebben geëmitteerd. Zie voor een voorbeeld de Leidraad Invordering Gemeente Amsterdam die onder meer bepaalt dat geen dwanginvorderingsmaatregelen plaatsvinden hangende een verzoek om kwijtschelding of een betalingsregeling. Schending van zo'n eigen norm kan door de rechter worden meegewogen bij de vraag of bij het leggen van beslag zorgvuldig is gehandeld. Zie in dit verband Rb. Amsterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ6723.

103. Anders Van der Kwaak 1990, p. 153 en Van der Kwaak 1996, p. 1897 waar deze betoogt dat in dit verband met het vaststellen van onrechtmatigheid nog niet vaststaat of de beslaglegger daarmee ook schadeplichtig is ten opzichte van de beslagene. Dit zou afhankelijk zijn van de vraag of de beslaglegger wist dan wel kon of behoorde te weten dat hij niet binnen de grens van zijn bevoegdheid handelde. Hiermee wordt een schuld criterium geïntroduceerd. Zie ook Van der Kwaak 2000, p. 12 waarin zou kunnen worden gelezen dat er sprake moet zijn van bewustzijn ten aanzien van het misbruik.

104. Hartlief 2009, p. 404.

105. HR 24 november 1995, NJ 1996/161 (*Tromp-Franca/Regency*). Zie in dit verband met name r.o. 3.4 van dit arrest.

106. Zie ook Meijnsen 2013, p. 217 en de conclusie van A-G Verkade sub 5.6 vóór het arrest HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2637, RvdW 2006/424 (*Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger*), waarin deze stelt dat een beslaglegger niet aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door te betogen dat hem geen schuld treft.

tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis dient te worden *gestaakt*. De Hoge Raad heeft bepaald¹⁰⁷ dat de rechter staking enkel kan bevelen

‘3.2. (...) indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. (...)’

Op dit onderscheid in beoordelingskader is veel kritiek gekomen. Omdat deze kritiek nauw samenhangt met het vijfde knelpunt (de irrelevantie van de processuele tussenstand, moment(en) beoordeling en splitsing beoordelingskaders) zal ik deze kritiek hierna in paragraaf 3.8 behandelen.

3.4 Eerste knelpunt, de onrechtmatige daad als grondslag

3.4.1 Rechtmatig of onrechtmatig

De Wijkerslooth heeft een belangrijk dogmatisch bezwaar naar voren gebracht tegen de plaatsing van de vordering tot schadevergoeding in de sleutel van de onrechtmatige daad. Dit bezwaar houdt in dat een van de toetsstenen om een daad als onrechtmatig te definiëren is dat deze daad *zonder meer achterwege had dienen te blijven*.¹⁰⁸ Dit wringt met name in gevallen waarin de onrechtmatige daad wordt ‘ingezet’ om schadevergoeding aan een gewezen verdachte toe te kennen vanwege de inzet van strafvorderlijke dwangmiddelen, terwijl achteraf bezien de verdachte onschuldig is. Men kan, zoals De Wijkerslooth vaststelt, de Staat moeilijk verwijten dat bij een redelijke verdenking strafvorderlijk moest worden opgetreden.¹⁰⁹ Bij civiel conservatoir beslag ligt dit anders. De beslaglegger heeft de vrije keuze of en, zo ja, op welke wijze hij beslag legt. Huydecoper merkt in dit verband in zijn conclusie voor het kort na *Ontvanger/Bos* gewezen arrest *Tromp-Franca/Regency* op:

‘Het aanspraak maken op provisionele voorzieningen onderscheidt zich van de uitoefening van (de meeste) andere processuele bevoegdheden, doordat men aan nog niet (onherroepelijk) ten gronde beoordeelde aanspraken reeds daadwerkelijk uitvoerbare (rechts)gevolgen verbonden wil zien. Dat ligt bijvoorbeeld anders bij de uitoefening van de bevoegdheid om zijn vordering in rechte aanhangig te maken, om van een negatieve beslissing te appelleren, om bewijsincidenten uit te lokken e.t.q. Ofschoon ook dergelijke stappen voor de wederpartij belangrijke, en vaak onaangename gevolgen hebben, leveren zij niet op dat al op de voorhand gevolgen aan een nog te beoordelen rechtspretentie worden verbonden – wat

107. HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ritzen/Hoekstra*). Hoe strikt de ‘afstemmingsregel’ wordt nageleefd blijkt uit de uitspraak van de Rb. Den Haag 10 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:13481* waarin die afstemmingsregel zelfs prevaleert na een conclusie van de A-G tot vernietiging van een arrest wegens – zakelijk weergeven – schending van elementaire processuele bevoegdheden (in het geding brengen onjuiste stukken).

108. De Wijkerslooth 1993, p. 319.

109. Zie verder ook par. 3.2.7.

volgens mij rechtvaardigt dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitoefening van deze bevoegdheden een andere maatstaf wordt aangelegd (waarbij, met name, minder gewicht toekomt aan de vraag of het recht waarop de betreffende bevoegdheid gericht was, uiteindelijk als deugdelijk wordt beoordeeld of niet).¹¹⁰

Dat ook de Hoge Raad zelf enigszins worstelt met het dogmatisch zuivere fundament onder de ‘ex post’ onrechtmatige rechtshandelingen, blijkt volgens Spier¹¹¹ ook uit de overwegingen bij het arrest *Ciba Geigy/Voorbaak* uit 1984.¹¹²

‘3.4. (...) Dat de executant uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, is maatschappelijk méér gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die dáárop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in k.g. gepretendeerde recht niet te bestaan.’

Spier komt mede op basis van deze overweging tot de conclusie dat het in deze gevallen gaat — of zou moeten gaan — om aansprakelijkheid voor een *rechtmatige daad*.

Ook Van Dam blijft na het arrest *Ontvanger/Bos*¹¹³ kritisch. Hij acht het gekunsteld om het leggen van beslag te zien als een inbreuk op een recht, omdat pas achteraf blijkt of hiervan sprake is. Verder levert deze constructie de beslagene weinig op, omdat hij zich toch niet kan verzetten tegen een rechtmatig gelegd beslag en weinig andere keus heeft dan te wachten, totdat de vordering van de beslaglegger wordt afgewezen. Daarmee is, aldus Van Dam, de term onrechtmatige daad ‘pour besoin de la cause’, het gaat in feite om een verkapte aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, waarvoor elders geen wettelijke grondslag is te vinden en die daarom op de leest van artikel 6:162 lid 3 BW wordt geschoeid.¹¹⁴

3.4.2 Verlof van de voorzieningenrechter, een (tijdelijke) rechtvaardigingsgrond?

Uit het slot van het tweede lid van artikel 6:162 BW volgt dat de regel dat rechtsinbreuken en gedragingen in strijd met de wet of met normen van het ongeschreven recht onrechtmatig zijn, toepassing mist, wanneer er sprake is van een ‘rechtvaardigingsgrond’. Rechtvaardigingsgronden zijn, door hun opname in het tweede lid van dit artikel, rechtstreeks gekoppeld aan de onrechtmatigheid, in tegenstelling tot schulduitsluitingsgronden, die betrekking hebben op de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad. Samengevat: een rechtvaardigingsgrond kan het *onrechtmatige karakter* van de daad wegnemen, een schulduitsluitingsgrond de *toerekenbaarheid* hiervan.¹¹⁵ De schulduitsluitingsgronden zijn, gelet op het door de Hoge Raad ge-

110. In zijn conclusie sub 13, voetnoot 10 voor HR 24 november 1995, NJ 1996/161 (*Tromp-Franca/Regency*).

111. Bolt & Spier 1996, p. 290.

112. HR 16 november 1984, NJ 1985/547, m.nt. W.H. Heemskerck en L. Wichers Hoeth (*Ciba Geigy/Voorbaak*).

113. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

114. Van Dam 2000, p. 241. Zie ook Meijssen & Jongbloed 2010, p. 88 en Schut 1997, p. 20-21.

115. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162 BW, aant. 7.1.12 (bijgewerkt 15 januari 2018).

formuleerde karakter van de aansprakelijkheid van de beslaglegger, thans niet relevant.

Van der Kwaak¹¹⁶ stelt dat het leggen van beslag in beginsel inbreuk maakt op de rechten van de beslagene en daarmee een onrechtmatige daad oplevert. Van der Kwaak beschouwt in dit verband echter de bevoegdheid tot beslaglegging, ontleend aan het verlov van de voorzieningenrechter, als rechtvaardigingsgrond. Deze grond is op zijn beurt afhankelijk van een subjectief recht, namelijk de onderliggende vordering van de beslaglegger waarvoor beslag is gelegd. Wordt die vordering afgewezen, dan volgt uit deze redenering dat deze ‘tweetrapsraket’ instort. Een lastig punt bij deze constructie acht ik het gegeven dat uit het systeem van de wet lijkt te volgen dat een onrechtmatige daad haar onrechtmatige karakter onmiddellijk en definitief verliest, wanneer een rechtvaardigingsgrond ex artikel 162 lid 2 BW aanwezig is. Het is twijfelachtig of wetsgeschiedenis en jurisprudentie in generieke zin aanknopingspunten bieden voor de mogelijkheid van een temporele rechtvaardigingsgrond die kan komen te vervallen. Uit de tekst van artikel 6:162 lid 2 BW lijkt te volgen dat juist de onrechtmatigheid zélf – in algemene zin – voorlopig is ‘in die zin dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond alsnog tot het oordeel kan leiden dat geen sprake is van onrechtmatigheid’.¹¹⁷

Samengevat, de rechtvaardigingsgrond is er of is er niet. Of beter, zo kan de jurisprudentie van de Hoge Raad worden geduid, wordt geacht van aanvang af niet te hebben bestaan. Er is dus mijns inziens met het afwijzen van de vordering van de beslaglegger geen sprake van het vervallen van een (temporele) rechtvaardigingsgrond (het verlov van de voorzieningenrechter en/of de gepretendeerde vordering van de beslaglegger), maar van de fictie dat deze rechtvaardigingsgrond nooit heeft bestaan.

3.4.3 De ‘waarborgverbintenis’, artikel 6:2, 3:12 BW en de echo van Baris/Riezenkamp

Van Dunné heeft in zijn dissertatie uit 1972, op basis van een toenmalige analyse van de jurisprudentie, in dit verband de volgende omschrijving gegeven van het begrip *rechtshandeling*, namelijk:

‘een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldende recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende worden toegerekend.’¹¹⁸

Met deze definitie worden dogmatische problemen bij de vraag wanneer een verbintenis ontstaat wellicht niet zozeer opgelost als wel verplaatst,¹¹⁹ maar deze definitie helpt wel de ambivalentie (en wellicht indifferentie?) bij het rangschikken van handelingen naar voren te brengen. Van Dunné was het er met name om te doen om de oude wilsleer te vervangen door zijn toerekeningsleer: niet de autonome

116. Van der Kwaak 2000, p. 11.

117. Aldus Verheij 2015, p. 30.

118. Van Dunné 1972, p. 12.

119. Vergelijk Nieskens-Ishording 1991, p. 8.

persoon van de handelende is bij de rechtsvinding (de vraag of verbintenissen ontstaan zijn en wat de inhoud is) het middelpunt, maar de *rechtsorde*; de grondslag voor gebondenheid in rechte blijkt niet in het willen van de handelende gelegen te zijn, maar in zijn *handelen opgevat in zijn maatschappelijke betekenis*.¹²⁰

De vraag is of er naast de verbintenis uit hoofde van onrechtmatige daad geen andere bronnen van verbintenissen kunnen zijn die, alleen of in samenhang, de verplichting tot het vergoeden van schade kunnen dragen. Complicerende factor daarbij is het geval dat door het handelen van de beslaglegger geen te corrigeren vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Daardoor dient de *ongerechtvaardigde verarming* van stal te worden gehaald. Deze complementeert het stelsel van bescherming van het vermogen, door ook herstel te bieden wanneer een persoon sine causa is verarmd, zonder dat dit tot voordeel van een ander heeft gestrekt.¹²¹ En dan komt men nu eenmaal al snel uit bij de onrechtmatige daad.

Een consequentie van de benadering over de as van de onrechtmatige daad is dat het feit dat de partijen direct na het beslag in een bijzondere verhouding tot elkaar komen te staan *en dat vervolgens gedurende een lange periode blijven*, onderbelicht raakt. De aansprakelijkheid van de beslaglegger wordt hierdoor als het ware geparkeerd, om pas weer op te duiken als de vordering van de beslaglegger waarvoor het beslag is gelegd wordt afgewezen. Hierdoor raakt ondergesneeuwd dat partijen zich ook buiten overeenkomst gedurende een vaak langere periode rekenschap dienen te geven van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Zo komen partijen die met elkaar in onderhandeling zijn getreden

‘17. (...) tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrennende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.’¹²²

Dit uitgangspunt geldt evenzeer voor de beslaglegger en de beslagene. Hun bijzondere verhouding zou kunnen worden gekenschetst als een ‘waarborgverbintenis’.¹²³ Hierbij neemt de beslaglegger het op zich schade te vergoeden wanneer zijn vordering wordt afgewezen. De beslaglegger zou zijn gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de beslagene. Artikel 6:2 lid 1 BW bepaalt dat schuldeiser (in dit geval de beslagene) en schuldenaar (de beslaglegger) verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Artikel 3:12 BW vult deze eisen nader in door te bepalen dat, bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Tegen de billijkheid als grondslag kan als bezwaar worden aangevoerd dat deze te algemeen en te weinig onderscheidend is om als zodanig te dienen. Dergelijke bezwaren zijn in de literatuur gemotiveerd uiteengezet, maar meer in het kader van de redelijkheid en billijkheid als *algemeen dragend*

120. Kernachtige samenvatting en cursieven ontleend aan Nieskens-Isphording 1991, p. 8. Zie Van Dunné 1972, p. 440.

121. Nieskens-Isphording 1991, p. 36.

122. HR 15 november 1957, NJ 1957/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

123. Zie ook par. 7.2.9.1.

*principe en grondslag voor aansprakelijkheid.*¹²⁴ Dit verwijt gaat echter, zoals Hartkamp en Sieburgh het formuleren, niet op voor een beroep op de billijkheid dat *gemotiveerd* wordt; bij deze motivering dient rekening gehouden te worden met de omstandigheden van het geval, de belangen van partijen en algemene belangen.¹²⁵ In dit verband is overigens ook interessant dat, bij gelegenheid van de uitbreiding van de risicoaansprakelijkheden in afdeling 6.3.2 BW, de redelijkheid als basis wordt genoemd om bij verwezenlijking van risico's die aan het handelen van een partij zijn gebonden door die partij ook de daardoor ontstane schade wordt gedragen.¹²⁶ Doordat de aansprakelijkheid na onrecht beslag door de onrechtmatige daad wordt beheerst, beperkt ook het handelen dat wordt getoetst zich tot één moment, het moment dat er beslag wordt gelegd en er daardoor schade ontstaat c.q. begint te ontstaan. De grondslag en een daaruit volgende singuliere beoordeling vormen voor de aansprakelijkheid na een ten onrechte uitgevoerde executie, na een later vernietigd vonnis of arrest, geen bezwaar. Er wordt geëxecuteerd en dat was onrecht. Bij de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag en vooral bij een grotendeels afgewezen vordering is dit problematischer. Daarin kan de beslagene niet alleen gedurende lange tijd feitelijk niet beschikken over zijn eigendom, ook doen zich gedurende die periode gebeurtenissen voor die de aansprakelijkheid van de beslaglegger nader (zouden moeten) kleuren. Met een ander verbintenisrechtelijk anker dan de onrechtmatige daad voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger zou met name meer recht kunnen worden gedaan aan het gegeven dat beslaglegger en beslagene, na het leggen van beslag en het ontstaan van schade gedurende een lange periode, in een specifieke verhouding tot elkaar staan.¹²⁷

3.5 Tweede knelpunt, de aard van de risicoaansprakelijkheid

De term risicoaansprakelijkheid kan verwarring scheppen nu deze in twee goed van elkaar te onderscheiden categorieën uiteenvalt.

De eerste categorie betreft de in afdeling 6.3.2 opgenomen gevallen van risicoaansprakelijkheid voor *onrechtmatige daden van anderen* en voor schade door zaken. Voorbeelden van aansprakelijkheid voor handelen door anderen zijn de aansprakelijkheid voor daden van kinderen (art. 6:169 BW), ondergeschikten en opdrachtnemers (art. 6:170 BW respectievelijk 6:171 BW) en vertegenwoordigers krachtens wet of volmacht (art. 6:172 BW). Aansprakelijkheid voor zaken betreft onder meer gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW) en gebrekkige producten (art. 6:185 BW). Zoals blijkt uit de toelichting op deze afdeling heeft de wetgever bewust geen open norm opgenomen, zoals dat wel voor de schuldaansprakelijkheid (art. 6:162 lid 3 BW) is gebeurd.¹²⁸ Dit betekent dat bij de wettelijke risicoaansprakelijkheden, anders dan

124. Zie Nieskens-Ispording 1991, p. 50.

125. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 27. Zie ook Sieburgh 2000, p. 184.

126. Het ging daarbij om de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3 (MvT), p. 6 en 7.

127. Zie in dit verband Pres. Rb. Zwolle 2 december 1999, *KG* 2000/39 die in r.o. 3.4 als volgt overweegt: 'Bij de beoordeling van de onderhavige vordering dient voorop te worden gesteld dat partijen bij het overeenkomen van een bankgarantie als de onderhavige tot elkaar zijn komen te staan in een verhouding die wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid.' In casu was om teruggave van de beslag vervangende garantie verzocht. Zie verder ook par. 4.8.4.

128. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 627 (MvA II) waarin van regeringszijde nog eens expliciet wordt gemaakt dat de onrechtmatige daad, als bedoeld in het derde lid, enkel kan worden toegerekend aan

bij de schuldaansprakelijkheid, zonder tussenkomst van de wetgever het speelveld niet kan worden uitgebreid. De vordering uit onrechtmatige daad na een ten onrechte gelegd beslag kan dan ook niet rechtstreeks tot deze categorie worden gerekend, om de simpele reden dat deze niet in een van deze specifiek omschreven artikelen kan worden ondergebracht. De vordering kan evenmin door analoge toepassing van de karakteristieken van deze bepalingen materieel in deze categorie worden ondergebracht, omdat daartoe het specifieke element van handelen door een derde ontbreekt. De beslaglegger legt immers zelf beslag.

De tweede categorie risicoaansprakelijkheden in het verbintenissenrecht betreft de *eigen gedragingen* die onder omstandigheden tot 'risicoaansprakelijkheid' leiden doordat de daad, hoewel het schuldelement ontbreekt, aan de dader kan worden toegerekend. De grondslag voor deze toerekening is het derde lid van artikel 6:162 BW waarin is bepaald dat een onrechtmatige daad die niet aan schuld van de dader is te wijten, toch nog aan hem kan worden toegerekend indien zij ofwel krachtens de wet¹²⁹ ofwel krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn risico komt.¹³⁰ Het is de laatste subcategorie die voor de Hoge Raad de bron voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger na een ten onrechte gelegd beslag vormt. De risicoaansprakelijkheid van de conservatoir beslaglegger is daarmee een invulling van de open norm van artikel 6:162 lid 3 BW.¹³¹

Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige artikel 162 lid 3 BW (art. 6.3.1.1 in de voorlopige nummering in het voorontwerp BW) zijn kritische noten gekraakt over de reikwijdte van 'de in het verkeer geldende opvattingen' waardoor de daad, buiten schuld van de dader, toch aan hem kon worden toegerekend. Deze opmerkingen waren met name ingegeven door het toentertijd gewezen arrest *Hoffman-La Roche* uit 1986.¹³² Dit arrest was voor enkele leden van de Kamer al eerder aanleiding geweest voor Kamervragen, uit vrees dat door de aansprakelijkheid van de overheid, na vernietiging van beschikkingen of onrechtmatige wetgeving, de toenmalige financiële tekorten verder zouden oplopen. In de daaropvolgende vergadering van de Vaste Commissie voor Justitie op 1 juni 1987 stelde minister

diegene die daarvan ook de dader is. Vergelijk ook Jansen die vaststelt dat het terrein van de risicoaansprakelijkheid hiermee gesloten is; Jansen 2009, p. 9.

129. Jansen 2009, p. 41, die als voorbeeld van de wet als bron voor deze categorie art. 6:165 lid 1 BW noemt, waarin is bepaald dat geestelijke en lichamelijke tekortkomingen als oorzaken van onrechtmatige daden die als een 'doen' moeten worden aangemerkt, voor risico van de dader worden gebracht indien deze dader veertien jaar of ouder is.
130. Voor de goede orde zij vermeld dat het vereiste van causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de beslaglegger en de (door de beslagdebiteur) gestelde schade (zowel het *condicio sine qua non*-verband als het causaal verband in de zin van art. 6:98 BW (toerekening van de schade)) niet automatisch door deze risicoaansprakelijkheid wordt ingevuld. Dat betekent dat aan deze en overige vereisten ook nog moet worden voldaan om uiteindelijk tot schadeplichtigheid te komen. Dit alles wordt hierna nader uitgewerkt in Hoofdstuk 5.
131. Strikt genomen is dit dus geen wettelijke risicoaansprakelijkheid, ondanks het 'zweempje risico' dat eraan kleeft, zie Jansen 2009, p. 9. Uit de woorden van Jansen lijkt te kunnen worden afgeleid dat ook deze een benadering voorstaat waarbij bij een ten onrechte gelegd conservatoir beslag achteraf vast komt te staan dat een onrechtmatige daad is gepleegd. Zie Jansen 2009, p. 42, waarin hij de gevallen van ten onrechte gelegde beslagen en ten onrechte gelegde geëxecuteerde vonnissen noemt 'in al welke gevallen, achteraf gezien, een onrechtmatige daad is gepleegd die geacht moet worden voor risico van de dader te zijn'.
132. HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253 (*Hoffman-La Roche*) waarin de eerder ingezette lijn vasthield dat na vernietiging door de administratieve rechter van beschikkingen wegens strijd met de wet, de Staat in beginsel verplicht is de door degenen tot wie de beschikkingen zijn gericht geleden schade te vergoeden.

Korthals Altes vast, naar aanleiding van een vraag van Kamerlid Korthals, dat deze rechtspraak niet berustte op anticipatie, maar op een zelfstandige ontwikkeling op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad, ter bescherming van de burger. De vraag van Korthals ontlokte de volgende opmerking van de minister over de reikwijdte van de risicoansprakelijkheid ex (thans) artikel 6:162 lid 3 slot BW:

‘Overigens kan de wenselijkheid van terughoudendheid bij de toepassing van het slot van artikel 6.3.1.1. lid 3, in het algemeen worden onderschreven. Het gaat hier om uitzonderingsgevallen, zoals ook uit de toelichting blijkt.’¹³³

Hartlief¹³⁴ is van oordeel dat de term ‘risicoansprakelijkheid’ hier niet moet worden beschouwd als een ‘zuivere’ risicoansprakelijkheid.¹³⁵ Waar de zuivere risicoansprakelijkheid verschilt van de ‘enge’, doordat bij de eerste naast het schuldelement ook de onrechtmatigheid als vereiste komt te vervallen, acht ik deze constatering juist.

3.6 Derde knelpunt, de ‘bijzondere omstandigheden’ als pseudorechtvaardigingsgrond?

3.6.1 De bijzondere omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad

Reeds in het arrest *Snel/Ter Steege*¹³⁶ bood de Hoge Raad ruimte aan ‘bijzondere omstandigheden’, waardoor de schadevergoedingsplicht na onterecht gelegd conservatoir beslag komt te vervallen:

‘(...) dat daarom een redelijke wetstoepassing er toe leidt om aan te nemen, dat degene die een conservatoir beslag legt, voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade – bijzondere omstandigheden daargelaten – door hem moet worden vergoed, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld (...).’

Deze ‘bijzondere omstandigheden’ worden in de opvolgende arresten van de Hoge Raad telkens herhaald.¹³⁷ Hierbij dient allereerst te worden opgemerkt dat het opnemen van deze ‘bijzondere omstandigheden’, gelet op de positie van de Hoge

133. *Kamerstukken II* 1986/87, 17 496 en 17 541, nr. 76 (Verslag Vaste commissie voor Justitie) p. 38.

134. Hartlief 2009, p. 395 die er dan ook voor kiest de term ‘risicoansprakelijkheid’ bewust tussen aanhalingstekens te plaatsten. Hoewel ik de conclusie van Hartlief, zoals ook blijkt uit deze paragraaf, onderschrijf, zie ik daar omwille van de leesbaarheid van af.

135. In deze zin ook Van Rossum 1990, p. 69, zie par. 3.2.3. W.H. Heemskerck komt als vermeld in zijn annotatie bij HR 8 oktober 1976, *NJ* 1977/485 tot een andere conclusie, waarbij uiteraard moet worden aangetekend dat dit ruim voor de hier besproken arresten van de Hoge Raad geschiedde.

136. HR 15 april 1965, *NJ* 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

137. Vergelijk bijvoorbeeld HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*): r.o. 4.2: ‘Bijzondere omstandigheden daargelaten, is de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk uit onrechtmatige daad (...).’

Raad als cassatierechter, verklaarbaar is. Dat geldt eens te meer voor de motivering en beantwoording van rechtsvragen zoals deze, waarin de Hoge Raad enerzijds een scherpe lijn trekt in het rechtssysteem en anderzijds sprake is van een breed praktisch terrein waarbij zich talloze en van tevoren niet goed voorzienbare bijzondere varianten kunnen voordoen.¹³⁸

Het is de vraag hoe in dit geval de frase zich tot het systeem van het aansprakelijkheidsrecht verhoudt. Het is lastig de 'bijzondere omstandigheden' te beschouwen als een bijzondere rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW *waardoor er niet langer sprake is van aansprakelijkheid*. Daarnaast dienen zij te worden onderscheiden van gedragingen die kunnen worden gekwalificeerd als 'eigen schuld' als bedoeld in artikel 6:101:BW. Kern van deze laatste bepaling is dat *hoewel sprake is van aansprakelijkheid*, de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de gelaedeerde komt, als gevolg van hem aan te rekenen gedragingen.¹³⁹ Het is in algemene zin lastig deze twee grondslagen in een concrete casus uiteen te houden, aangezien het niet geheel duidelijk is wanneer bepaalde gedragingen of omstandigheden eigen schuld opleveren en wanneer deze onder een rechtvaardigingsgrond dienen te worden gerangschikt. Datzelfde geldt voor de 'bijzondere omstandigheden'. De beslaglegger kan dezelfde feiten en omstandigheden primair gieten in een verweer inhoudende dat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid, omdat deze (bijzondere) omstandigheden aan aansprakelijkheid in de weg staan, en, subsidiair, dat deze omstandigheden toepassing van artikel 6:101 BW (eigen schuld) rechtvaardigen, zodat de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de beslagene blijft.

In paragraaf 3.2.4.1 zagen wij reeds dat deze 'bijzondere omstandigheden' onder meer (vergeefs) in stelling zijn gebracht om curatoren, na een ten onrechte in het faillissement gecontinueerd beslag, te verschonen.¹⁴⁰

In een handvol gevallen is door beslagleggers met succes een beroep op deze 'bijzondere omstandigheden' gedaan.¹⁴¹ In dit verband verdient het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Bruns c.s./Golden Anchor* uit 2008 bespreking.¹⁴² Hierin stond een door de beslagenen zelfgecreëerde onduidelijkheid omtrent de vordering en de

138. Vergelijk G. de Groot, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: D.J.C. Aben, G.J.M. Corstens, G. de Groot, J.W. Fokkens, J. Mance & C.W.A. Timmermans (red.), *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, p. 166: 'De Hoge Raad opereert in een krachtenveld. In de beslissing en de motivering van zijn uitspraken laat hij aan partijen en derden in de samenleving zien welke richting hij kiest en waarom. Hij bevindt zich als tijdgenoot echter zelf ook in dat krachtenveld. Alleen al daarom is hij lang niet altijd in staat het hele veld zo te overzien als degene die er met wijsheid achteraf naar kan kijken.'

139. Zie voor een uitgebreide bespreking van eigen schuld par. 5.2.9.

140. HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*). A-G Asser legt in zijn conclusie voor dit arrest in zijn motivering onder 2.8 en 2.9 nadrukkelijker dan de Hoge Raad de koppeling met de 'bijzondere omstandigheden': de omstandigheid dat de curatoren tot taak hebben te waken voor de belangen van de crediteuren, brengt niet mee dat aan een onrechtmatig gehandhaafd beslag de onrechtmatigheid komt te ontvallen, dan wel dat dit beslag hun niet kan worden toegerekend. Zie Hartlief 2009, p. 396.

141. Zie Molkenboer 2013, p. 19 waarbij als voorbeeld Rb. Rotterdam 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008BF2216 wordt aangehaald. In deze uitspraak wordt overwogen dat in casu 'de grond voor de stelling dat het beslag onrechtmatig is gelegd [is] ontvallen' doordat door de beslagene geen beroep op een opschortingsrecht was gedaan, zie in het bijzonder r.o. 6.12 van dit vonnis. Verder kan in dit verband worden gewezen op Rb. Dordrecht 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB7171.

142. HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*).

daaraan ten grondslag liggende feiten aan aansprakelijkheid na het ten onrechte gelegd beslag in de weg.

Een aantal eigenaren van appartementsrechten in Harbour Village op Bonaire stelde zich op het standpunt dat de projectontwikkelaars van het recreatiegebied Harbour Village tekortschoten in hun verplichtingen door – zakelijk weergegeven – de recreatiefaciliteiten en het vijfsterrenhotel te sluiten, met verloedering en waardevermindering van de appartementsrechten tot gevolg. Daarnaast zou er schade door gederfde huurinkomsten zijn geleden, doordat het terrein niet langer als een luxe resort kon worden beschouwd. Na sluiting van het hotel en de recreatiefaciliteiten in oktober 2001 hebben zij in juni 2002 conservatoir beslag op een aantal percelen grond van de desbetreffende projectontwikkelaars gelegd. Het Gerecht in eerste aanleg en vervolgens het Hof van de Nederlandse Antillen hebben de vorderingen tot schadevergoeding van de eigenaren afgewezen en de reconventionele vordering van de projectontwikkelaars, tot vergoeding van de door het ten onrechte gelegde beslag geleden schade, toegewezen. Het Hof overweegt:¹⁴³

'4.14.-4.21. In deze procedure is genoegzaam komen vast te staan dat Harbour Village Beach Resort altijd is aangeprezen als een luxe exclusief ressort, waarbij van verschillende faciliteiten genoten kan worden (...) Op grond van het voorgaande mochten de eigenaren erop vertrouwen dat de appartementen in een luxe ressort gelegen zouden zijn. (...) Het Hof begrijpt het standpunt van de eigenaren aldus dat zij van mening zijn dat in ieder geval in de periode van oktober 2001 tot medio 2003 Harbour Village niet als een luxe ressort bestempeld kon worden. (...) Het hof [houdt] het ervoor dat in oktober 2001 de volgende faciliteiten zijn gesloten: het hotel, de spa en het fitnesscentrum, de duikschool, La Balandra Beach Bar & Grill, Kasa Coral restaurant, Admiral's Tavern Restaurant, diverse winkeltjes, en de residents pool. (...) Volgens de ontwikkelaars c.s. zijn de faciliteiten, op de spa enkele winkeltjes, en de residents pool na, in het voorjaar van 2002 weer geopend. (...) Daarmee staat tussen partijen vast dat ergens in de periode van het voorjaar tot het najaar 2002 de meeste faciliteiten heropend zijn.¹⁴⁴ (...) Dat er nadien nog enkele recreatiefaciliteiten niet operationeel waren, is onvoldoende om tot het oordeel te komen dat Harbour Village vanaf medio augustus 2002 niet voldoet aan hetgeen appellanten van het luxe ressort mochten verwachten. (...) Wat resteert is de periode oktober 2001 tot medio augustus 2002. Vast staat dat in die periode een niet onaanzienlijk deel van de recreatiefaciliteiten (...) gesloten was. Terecht stellen de eigenaren zich op het standpunt dat het niet functioneren van recreatiefaciliteiten en leegstand van een aantal restaurants in een dergelijk ressort afbreuk doet aan de luxe sfeer van het ressort.

De ontwikkelaars c.s. hebben ten aanzien van de sluiting van de faciliteiten aangevoerd dat de ontwikkelaars zich, door een aantal negatieve ontwik-

143. Sub 4.14-4.30, zoals weergegeven in het arrest van de Hoge Raad.

144. Vermeldenswaard is dat het Hof in dit kader bijzondere betekenis toekent aan het bezoek van kroonprins Willem-Alexander en prinses Máxima op 20 augustus 2002 als bewijs dat op dat moment het resort weer tiptop was, in elk geval in zodanige staat als de eigenaren voor hun aankoop mochten verwachten.

kelingen in de toeristenbranche en de continu slechte bezetting van de hotelkamers, genoodzaakt zagen tot een renovatie (die vele miljoenen heeft gekost) en tot een reorganisatie met betrekking tot de hotelexploitatie.

De slechte bezetting van het hotel (die niet wordt betwist) kan ter rechtvaardiging dienen van de sluiting en reorganisatie van het hotel en bij het hotel horende faciliteiten. (...)

4.22. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door de eigenaren onder a. tot en met c. gevorderde verklaringen voor recht niet zullen worden gegeven. (...)

4.28. Ter beoordeling resteert dan nog de reconventionele vordering van de ontwikkelaars c.s. om voor recht te verklaren dat het door de eigenaren gelegde beslag jegens hen onrechtmatig is, met hoofdelijke veroordeling van de eigenaren tot het betalen van een vergoeding aan hen voor de als gevolg van het beslag geleden schade (...).

4.30. Zoals reeds is overwogen kan niet worden geoordeeld dat de ontwikkelaars in strijd met hun verplichtingen hebben gehandeld door het hotel en een aantal (hiervoor genoemde) faciliteiten te sluiten. De eigenaren komt terzake geen vorderingsrecht toe, zodat thans moet worden vastgesteld dat de conservatoire beslagen ten onrechte zijn gelegd. (...)

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

'5.4.3. Terecht heeft het hof als maatstaf aangelegd dat degene die een beslag legt op eigen risico handelt en dat, bijzondere omstandigheden daargelaten, de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk is uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt. (HR 13 januari 1995, nr. 15558, NJ 1997, 366). Het hof, dat het onrechtmatige karakter van de beslaglegging uitsluitend heeft gezocht in de omstandigheid dat de ontwikkelaars c.s. niet in strijd met hun verplichtingen hebben gehandeld, en dat oordeel heeft gebaseerd op de duur die de sluiting van de faciliteiten uiteindelijk heeft gekend, heeft geen kenbare aandacht besteed aan de in deze klacht bedoelde stelling van de eigenaren, kort gezegd inhoudend dat de ontwikkelaars c.s. de sluiting van de faciliteiten aanvankelijk als blijvend hebben gepresenteerd — dus niet als de tijdelijke maatregel die het hof toelaatbaar oordeelde — en dat het beslag, gelegd ter zake van de uit die wanprestatie voortvloeiende schade, dateert van voor de heropening van die faciliteiten. Aldus heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake, indien het hof heeft miskend dat feiten als vermeld in de evenbedoelde stelling van de eigenaren bijzondere omstandigheden kunnen opleveren als in het arrest van 1995 bedoeld, in welk geval aan de beslaglegging het karakter van onrechtmatige daad dus komt te ontvalen. Indien het hof dat niet heeft miskend, is zonder nadere motivering,

die ontbreekt, zijn oordeel dat de gestelde feiten niet zijn aan te merken als zodanige bijzondere omstandigheden, in het licht van de stukken van het geding onbegrijpelijk. In zoverre slaagt ook deze klacht.’

3.6.2 De ‘bijzondere omstandigheden’ lijken een overbodig ontsnappingsluik en kunnen verwarring scheppen

De vraag is in welke behoefte de ‘bijzondere omstandigheden’ voorzien nu het aansprakelijkheidsrecht over een breed instrumentarium beschikt om, niettegenstaande de onrechtmatigheid van de gedraging, de door de gelaedeerde geleden schade uiteindelijk toch voor diens rekening te laten. Dat instrumentarium past bovendien naar zijn aard bijzonder goed bij het domein van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag en is daarin dan ook eenvoudig in te zetten. Zo rijst in de casus die aan het arrest *Bruns c.s./Golden Anchor* ten grondslag ligt de vraag wat het verschil is tussen eigen schuld aan het ontstaan van de schade ex artikel 6:101 BW¹⁴⁵ (door de suggestie te wekken dat sluiting van de faciliteiten definitief was) en de ‘bijzondere omstandigheden’, zoals hier door de Hoge Raad aangehaald. Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat er ook situaties denkbaar zijn die niet via artikel 6:101 BW kunnen worden geadresseerd. Voor die gevallen kan echter de toerekening naar redelijkheid ex artikel 6:98 BW als correctiemechanisme uitkomst bieden. Ten slotte is er ook nog altijd artikel 6:109 lid 1 BW als middel tot ad-hocbijstelling, dat de rechter de bevoegdheid geeft om bij wijze van uitzondering af te zien van toekenning van volledige schadevergoeding.¹⁴⁶ Literatuur en jurisprudentie over dit laatste artikel zijn schaars, maar nergens blijkt dat de rechter niet de bevoegdheid zou hebben om te matigen tot nihil. De beperking in lid 2 van artikel 6:109 BW (‘De matiging mag niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken.’), is hier naar zijn aard niet aan de orde. Samengevat, het is de vraag of de ‘bijzondere omstandigheden’ in de praktijk uiteindelijk zelfstandige betekenis (zouden moeten) hebben. De strekking van deze ‘bijzondere omstandigheden’ is niet duidelijk, hetgeen de inkadering van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag onnodig kan compliceren. Wat hier van zij, vaststaat dat deze ‘bijzondere omstandigheden’ in de praktijk nauwelijks een rol hebben gespeeld in de ruim vijftig jaar die na *Snel/Ter Steege* zijn verstreken.

3.7 Vierde knelpunt, ontbreken van een inhoudelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger

Wanneer de vordering van de beslaglegger waarvoor beslag is gelegd geheel wordt afgewezen is de beslaglegger, zoals hiervoor besproken, in beginsel gehouden de

145. Zie hierna uitgebreid par. 5.2.9.

146. Art. 109 lid 1 BW: ‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.’ De omstandigheden die in aanmerking komen, zijn niet-limitatief, de bevoegdheid van de rechter is daarmee volledig discretionair, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 449 t/m 452 (MvA II, 6.1.9.12a).

door de beslagene door het beslag geleden schade te vergoeden. Strikt genomen is de vorige zin iets te beperkt geformuleerd, omdat ook in situaties waarin de beslaglegger op het moment van beslaglegging *per saldo* niets te vorderen had, sprake is van risicoaansprakelijkheid.¹⁴⁷

Het is denkbaar dat op de vordering van de beslaglegger geen materiële rechterlijke beslissing volgt, maar dat deze vordering om feitelijke of processuele redenen sneuvelt. Voorbeelden hiervan zijn rechtsverwerking, verjaring, verval van instantie,¹⁴⁸ gebrek aan spoedeisendheid in een kort geding, relatieve of absolute onbevoegdheid van de rechter en overschrijding van termijnen. Kan dan de beslagene geen vordering instellen, nu van de onrechtmatigheid van het beslag niet is gebleken? Of schept het gegeven dat de vordering van de beslaglegger niet is toegewezen – ongeacht de reden waarom zulks is geschied – *altijd* de aansprakelijkheid van de conservatoir beslaglegger, simpelweg omdat deze het risico neemt dat het niet tot een (gedeeltelijke) toewijzing komt? Of hangt dit af van de vraag onder welke feitelijke of processuele omstandigheden (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering is uitgebleven?

3.7.1 Ten principale ruimte voor ‘materiële beoordeling’ ter afwering van aansprakelijkheid?

Mijns inziens volgt uit de benadering van de Hoge Raad in de arresten, waarin de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger is vormgegeven, dat naar huidig recht het uitblijven van een ‘inhoudelijk’ oordeel in beginsel voor rekening en risico van de beslaglegger behoort te komen.¹⁴⁹ Waar het om gaat, is dat de beslaglegger geen (definitieve) voor tenuitvoerlegging vatbare titel behaalt, waarmee het conservatoir beslag rechtens wordt omgezet in een executoriaal beslag. En daar is het nu juist bij het leggen van het conservatoir beslag allemaal om begonnen.

In dit verband bieden ook de door het Hof van Justitie EU en de Hoge Raad geformuleerde kaders voor toepasselijkheid van de bijzondere regeling van artikel 1019h Rv voor de vergoeding van proceskosten, een belangrijk houvast. In een zaak waarin bewijsbeslag was gelegd en in de daaropvolgende procedure het verweer was gevoerd dat de verzochte erkenning van een buitenlandse uitspraak in strijd was met de openbare orde overwoog het Hof van Justitie:¹⁵⁰

‘77. Aangaande artikel 14 van richtlijn 2004/48 heeft het Hof reeds geoordeeld dat deze bepaling beoogt het niveau van de bescherming van de intellectuele eigendom te versterken door te voorkomen dat een benadeel-

147. Vergelijk Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3315, in het bijzonder r.o. 4.2, waarin het vonnis van de procedure in de hoofdzaak wordt geciteerd waarin als volgt werd overwogen: achteraf bezien had AFS *per saldo* geen vordering op TPO (het bedrag dat zij aan TPO moest betalen overtrof immers verre het bedrag dat TPO aan haar moest betalen) en waren de beslagen dus onrechtmatig. In een vergelijkbaar geval oordeelde het Hof Den Haag in dezelfde zin, zie Hof Den Haag 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1565, r.o. 3.15.

148. Voor deze categorie is art. 253 Rv interessant waarin in het eerste lid is bepaald: ‘Door verval van instantie worden partijen van rechtswege hersteld in de toestand als ware het geding niet in deze instantie aanhangig geweest, onverminderd het bepaalde in artikel 316, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.’ Dit zou als een extra grondslag kunnen worden beschouwd om de schade als gevolg van ten onrechte gelegd beslag te vorderen.

149. Zie par. 3.2.3, 3.2.4 en 3.2.5.

150. HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:471, NJ 2017/32, m.nt. L. Strikwerda (*Diageo/Simiramida*).

de partij ervan zou worden weerhouden om ter waarborging van zijn rechten een gerechtelijke procedure in te stellen (zie arrest Realchemie Nederland, C-406/09, EU:C:2011:668, punt 48).

78. Gelet op deze doelstelling alsmede de ruime en algemene bewoordingen van artikel 14 van richtlijn 2004/48, waarin wordt verwezen naar de “in het gelijk gestelde partij” en de “verliezende partij” zonder nadere verduidelijking of beperking van de aard van de procedure waarop de daarbij vastgestelde regel toepassing moet vinden, dient te worden aangenomen dat deze bepaling van toepassing is op de gerechtskosten die zijn gemaakt in elke procedure die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

79. In dit verband is de omstandigheid dat in het hoofdgeding de beoordeling van de rechtmatigheid van het betrokken beslag de vraag naar erkenning of weigering van erkenning van een in een andere lidstaat gegeven beslissing doet rijzen, van geen belang. Een dergelijke vraag is immers bijkomstig en wijzigt niet het voorwerp van het geding.’

De kosten voor dit verweer kwamen dus met toepassing van artikel 1019h Rv voor vergoeding in aanmerking.

De Hoge Raad oordeelde in 2018,¹⁵¹ voor een situatie waarin de kosten verband hielden met de beoordeling van de vraag of de appeldagvaarding binnen de termijn van artikel 339 lid 2 Rv was uitgebracht, in dezelfde zin en overwoog daarbij:

‘3.3.8. Voor toepasselijkheid van art. 14 Handhavingsrichtlijn op (ook) de werkzaamheden na het verstrijken van de appeltermijn, pleit evenwel dat die bepaling volgens het HvJEU een ruim toepassingsbereik heeft en dat uit de hiervoor in 3.3.5 aangehaalde overwegingen van het HvJEU in de zaak Diageo/Simiramida lijkt te volgen dat deze bepaling van toepassing is op alle — “de” — gerechtskosten die zijn gemaakt in een procedure die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, ook voor zover het gaat om kosten die verband houden met een bijkomstige vraag. In verband met het ruime toepassingsbereik is van belang dat de niet-ontvankelijkverklaring van een appellerende partij ertoe leidt *dat de geïntimeerde de zaak wint en heeft te gelden als de “in het gelijk gestelde partij”* [curs. GM] als bedoeld in art. 14 Handhavingsrichtlijn. Om dezelfde reden valt, hoewel de appelrechter ambtshalve dient te beoordelen of het hoger beroep tijdig is ingesteld, in het algemeen te billijken dat de geïntimeerde kosten maakt om een daarop gericht verweer te voeren.’

In dit verband rijst ook de vraag of de frase ‘bijzondere omstandigheden’¹⁵² die met zich brengen dat het beginsel van de verplichting van de gewezen conservatoir beslaglegger om de schade te vergoeden toepassing mist, hier een rol speelt. Ik

151. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721, NJ 2018/428, m.nt. D.W.F. Verkade (Becton/Braun).

152. Zie HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (Snel/Ter Steege), HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (Ontvanger/Bos).

meen dat dat niet het geval is. Hoewel de jurisprudentie zoals hiervoor uiteengezet weinig houvast biedt omdat deze afwijzingsgrond uiterst zeldzaam wordt toegepast,¹⁵³ leid ik uit het arrest *Bruns c.s./Golden Anchor* af dat die bijzondere omstandigheden in beginsel hun oorsprong dienen te hebben in *gedragingen van de beslagene*.¹⁵⁴ Dat betekent dat het niet verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel, anders dan door een inhoudelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger, nog steeds voor rekening en risico van de beslaglegger behoort te komen. Dit niet verkrijgen van een beslissing om processuele redenen kan niet worden gerangschikt onder de ‘bijzondere omstandigheden’, die de aansprakelijkheid van de beslaglegger tenietdoen.

Ten slotte is in dit verband de jurisprudentie van de Hoge Raad na strafrechtelijk optreden, dat niet tot een inhoudelijke eindbeslissing in een strafproces heeft geleid, relevant.¹⁵⁵ Ook hieruit valt af te leiden dat de afwezigheid van een inhoudelijk oordeel over de vordering van de beslaglegger niets afdoet aan de risicoaansprakelijkheid.

Samengevat, het lijkt naar huidig recht irrelevant of er expliciet inhoudelijk wordt beslist over de vordering waarop beslag wordt gelegd. Voor het ontstaan van de aansprakelijkheid van de beslaglegger is voldoende dat zijn vordering sneuvelt, om welke reden dan ook.¹⁵⁶ Dat maakt het niet minder belangrijk verschillende categorieën omstandigheden nader onder de loep te nemen, ook omdat in bepaalde gevallen twijfel kan bestaan aan de huidige koers die in feitelijke instanties wordt gevolgd.

3.7.2 Intrekking van de vordering door de beslaglegger

Wanneer de beslaglegger zijn vordering intrekt, ligt het feit dat geen inhoudelijke beoordeling van zijn vordering plaatsvindt geheel in zijn invloedssfeer. De risicoaansprakelijkheid is onverkort van toepassing en er is geen ruimte voor beoordeling van (de proceskansen gerelateerd aan) de vordering in het kader van de vordering in reconventie, dan wel de zelfstandige procedure tot vergoeding van de schade. Het moment van intrekking is bepalend voor de vraag op welke (processuele) wijze de beslagene zijn schadevordering geldend kan maken. Wanneer de vordering voor de dienende dag wordt ingetrokken, kan een verweerder vorderen dat een rechterlijke beslissing op de (tot dat moment door hem gemaakte) *proceskosten* wordt genomen. Hoewel alsdan een materiële beoordeling uitblijft, zijn op deze proceskosten de relevante bijzondere regels van toepassing, zoals, bij inbreukzaken, artikel 1019h Rv.¹⁵⁷ Hiermee is niet gezegd dat na intrekking ook direct een beslissing over de

153. Zie verder par. 3.6.

154. HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*).

155. Zie HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5622, NJ 2011/254, waarin in een Antilliaanse zaak voor de strafvorderlijke route het vorderen voor schade als gevolg van vuurwapengebruik door de politie irrelevant werd geacht of er ook daadwerkelijk strafvervolging was ingesteld of een strafzaak was gevolgd (Antillenzaak). Zie in dit verband ook HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5566, NJ 2013/402, m.nt. M.J. Borgers waarin werd geoordeeld dat een vergoeding ex art. 591a lid 1 Sv (kosten raadsman) ook aan de orde kan zijn wanneer de zaak is geseponeerd of indien een beklag ex art. 12 Sv niet gegronnd is verklaard.

156. Molkenboer 2012, p. 17.

157. Zo volgt uit HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, NJ 2016/56, m.nt. H.J. Sniijders. Zie met name r.o. 3.6 van dit arrest. Daarin overweegt de Hoge Raad dat, hoewel de eiser die het geding heeft ingetrokken, strikt genomen niet de ‘in het ongelijk gestelde partij is’ zoals in artikel 1019h om-

beslagschade kan worden gevraagd. Dat is niet het geval. Voor de beslagschade dient een eigen vordering door de gedaagde te worden ingesteld, hetzij in reconventie, hetzij in een separate procedure. De beslissing over de proceskosten na intrekking houdt (enkel) verband met de (ingetrokken) vordering van de beslaglegger zelf.

3.7.3 Vordering van de beslaglegger blijkt verjaard

Indien een vordering is verjaard resteert een natuurlijke verbintenis. Nakoming van die verbintenis kan niet langer worden afgedwongen, maar de vordering komt wel in aanmerking voor verrekening.¹⁵⁸ Wanneer de rechter in de hoofdzaak door een geslaagd beroep op verjaring niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering, zou het mogelijk redelijk voorkomen dat de beslaglegger alsnog in de gelegenheid wordt gesteld om zich, in het kader van de schadevergoedingsprocedure, via een ‘trial within a trial’, te verweren door te stellen en te bewijzen dat zijn vordering materieel bestaat. Die redenering gaat mijns inziens niet op. Het leggen van (conservatoir) beslag is bij uitstek een handeling tot het afdwingen van nakoming. In rechte is komen vast te staan dat hiertoe de bevoegdheid ontbrak. Elk betoog dat de beslagene de mogelijkheid zou moeten hebben om alsnog op enige wijze zijn vorderingsrecht materieel te doen beoordelen in het kader van zijn verweer in de procedure tot schadevergoeding stuit daarop af.¹⁵⁹

3.7.4 Overige omstandigheden in risicosfeer beslaglegger

Er kunnen diverse processuele complicaties optreden waardoor de vordering van de beslaglegger op procedurele gronden sneuvelt en een materiële beoordeling uitblijft. Deze kunnen bijvoorbeeld de formele hoedanigheid van de procespartijen betreffen. In een dergelijk geval oordeelde de Rechtbank Dordrecht als volgt:¹⁶⁰

‘4.2. Het hof heeft OTC Pharma in zijn arrest van 17 juni 2008 niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen. Hieruit vloeit voort dat het door OTC Pharma gelegde beslag op de woning van [eiser] zonder rechtsgrond en daarmee ten onrechte is gelegd. Het feit dat OTC Pharma door het hof niet-ontvankelijk is verklaard op de grond dat het hoger beroep is ingesteld door een niet meer bestaande rechtspersoon en dat de vorderingen niet op inhoudelijke gronden zijn afgewezen, doet hier niet aan af. Nu ook geen gedeelte van de vordering waarvoor beslag is gelegd, is toegewezen, is voor een beoordeling aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht, zoals OTC Pharma heeft betoogd, geen plaats.’

schreven, dit geval (intrekking) voor de toepassing van deze bepaling daarmee echter op één lijn moet worden gesteld.

158. Zie art. 6:131 lid 1 BW: ‘De bevoegdheid tot verrekening eindigt niet door verjaring van de rechtsvordering.’

159. Zie voor een voorbeeld van een verjaarde vordering van de beslaglegger Hof Amsterdam 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3247, *NJF* 2016/515. De vordering van de beslagene strandde overigens toch, wegens schending van de schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 lid 1 BW, zie verder par. 5.2.9.4. Tegen dit arrest is vergeefs beroep in cassatie ingesteld; dit is met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen, HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2898, *RvdW* 2017/1211.

160. Rb. Dordrecht 5 januari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP0594.

3.7.5 Vordering beslaglegger in kort geding afgewezen

Een situatie waarbij geen inhoudelijk oordeel volgt over de vordering waarvoor beslag is gelegd komt veelvuldig voor in een kortgedingprocedure. In kort geding kan de voorzieningenrechter onder meer tot het oordeel komen dat geen sprake is van de vereiste spoedeisendheid, dan wel dat de vordering zich niet leent voor beoordeling in kort geding. Wanneer de beslaglegger om pragmatische redenen niet in hoger beroep gaat en evenmin een bodemprocedure start, ontstaat een interessante situatie. Een dergelijke situatie deed zich voor in de casus die heeft geleid tot het arrest van het Hof Den Haag van 30 augustus 2016.¹⁶¹ Het hof overwoog:

‘4. Op de beslaglegger rust in beginsel een risicoaansprakelijkheid voor de gevolgen van een door hem gelegd conservatoir beslag als de eis in de hoofdzaak niet tijdig is ingesteld of als deze eis door de rechter waarbij deze is ingesteld geheel wordt afgewezen en deze afwijzing in kracht van gewijsde is gegaan. Sensor heeft ervoor gekozen de eis in de hoofdzaak (uitsluitend) in te stellen bij de voorzieningenrechter in de rechtbank Limburg. Deze heeft de vorderingen waarvoor de beslagen waren gelegd afgewezen. Sensor heeft tegen het vonnis van de voorzieningenrechter geen hoger beroep ingesteld, zodat de afwijzing van de eis in de hoofdzaak inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan. Een en ander brengt naar het oordeel van het hof mee dat aangenomen moet worden dat Sensor door het leggen van de beslagen onrechtmatig gehandeld heeft en aansprakelijk is voor de daardoor door HGS geleden schade. Voor zover Sensor erover klaagt dat de voorzieningenrechter de vorderingen waarvoor beslag was gelegd niet (inhoudelijk) heeft beoordeeld, merkt het hof op dat de grond waarop de eis in de hoofdzaak is afgewezen in beginsel niet beslissend is voor de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het beslag en dat, hoewel de voorzieningenrechter de eis niet heeft afgewezen op basis van een inhoudelijke beoordeling van de grondslag van die eis, hij in het vonnis wel heeft geoordeeld dat het (ook) ter onderbouwing van de eis in de hoofdzaak aangevoerde onrechtmatig handelen van HGS, bestaande uit gesteld afschuimen van het klantenbestand van Sensor, doen van onjuiste mededelingen aan klanten van Sensor en verkopen van producten van Sensor onder haar eigen (merk)naam, niet voldoende aannemelijk is geworden (...).’

3.7.6 Afwezigheid inhoudelijk oordeel in bodemprocedure buiten risicosfeer beslaglegger?

Een belangrijke variant op de hiervoor besproken situatie doet zich voor wanneer het ontbreken van een inhoudelijk oordeel niet (enkel) aan de beslaglegger is toe te rekenen. In dit verband verdient het arrest van het Hof Leeuwarden van 10 februari 2009 nadere beschouwing.¹⁶²

161. Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2616.

162. Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls.

De casus die aanleiding was voor dit arrest was als volgt. Partijen Tepper (verkoper) en Vriesbouw BV (koper) hadden een geschil over de (niet-)nakoming van een koopovereenkomst betreffende een stuk landbouwgrond. Tepper beriep zich in dit verband op een in de overeenkomst opgenomen boeteclausule, waardoor Vriesbouw BV € 400.000 aan hem verschuldigd zou zijn. Voor deze (gepretendeerde) vordering heeft Tepper vervolgens conservatoir beslag gelegd op de bankrekeningen van Vriesbouw BV, waarna Vriesbouw BV vervolgens door de voorzieningenrechter werd veroordeeld (uitvoerbaar bij voorraad) om het integrale boetebedrag te voldoen. Als gevolg hiervan heeft de huisbankier van Vriesbouw BV te kennen gegeven dat de situatie dermate zorgelijk was dat zij hierdoor genoodzaakt zou kunnen worden het krediet op te zeggen. Vriesbouw BV besloot hierop om haar activa over te dragen aan Zegeltet BV. Daarna heeft Tepper executoriaal beslag gelegd op de bankrekeningen van Vriesbouw BV, waarna inderdaad door de bank het krediet van Vriesbouw werd opgezegd. Vriesbouw BV stelde met succes spoedappel in tegen het vonnis van de voorzieningenrechter. De grond voor vernietiging was enerzijds dat de gepretendeerde vordering onvoldoende vaststond en anderzijds dat het spoedeisend belang aan de zijde van Tepper niet aannemelijk was geworden. Voor Vriesbouw BV kwam dit arrest te laat, zij werd failliet verklaard. De curator heeft vervolgens de bestuurders van Vriesbouw aangesproken vanwege paulianeus handelen (de activatransactie met Zegeltet BV); dit geschil werd uiteindelijk geschikt. Het arrest van het Hof Leeuwarden dat hier centraal staat, betreft de aansprakelijkheidsprocedure die de curator van Vriesbouw BV tegen Tepper heeft ingesteld vanwege het leggen van het onrechtmatig beslag c.q. de onrechtmatige executie. Het arrest zal ook in paragraaf 5.3.3.4 uitgebreid aan de orde komen, vanwege de relevantie ervan voor vraagstukken over causaal verband na een ten onrechte gelegd beslag. Volgens de curator hadden de beslagen namelijk het faillissement van Vriesbouw veroorzaakt.

Hier gaat het echter om een ander aspect van het arrest. Dit betreft de bespreking van het (primaire) verweer van Tepper dat in de procedure in kort geding niet was komen vast te staan dat Verkoper *geen vordering had op Vriesbouw*. Zoals Pijls in zijn annotatie sub 3 bij dit arrest aangeeft, heeft het hof dat in spoedappel het kortgedingvonnis vernietigde slechts overwogen dat de gepretendeerde vordering onvoldoende vaststond (nadere bewijsvoering was vereist) en dat spoedeisend belang ontbrak. Hierdoor kon de vordering niet in kort geding worden toegewezen. Dat is een belangrijk verschil met de arresten van de Hoge Raad waarin de risicoaansprakelijkheid is bepaald en nader ingevuld.¹⁶³ Zoals ook Pijls opmerkt, was daarbij in alle gevallen over de vordering van de beslaglegger *inhoudelijk* en in een bodemprocedure in het nadeel van de beslaglegger beslist.

Partijen hebben in de schadevergoedingsprocedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, uitgebreid gedebatteerd over de vraag of in het kader van de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de beslagen de omstandigheid dat nog niet in een bodemprocedure inhoudelijk over de vordering is beslist, relevant is. Het hof overweegt in dit verband als volgt:

163. In het bijzonder HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*), HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*) en HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*), zie verder par. 3.2.3, 3.2.4 en 3.2.5.

‘9. Hieraan doet naar ’s hofs oordeel niet af dat tot op heden niet in rechte is komen vast te staan of Tepper wel of niet een vordering had op Vriesbouw. Ook als dat wel het geval zou zijn, heeft immers te gelden dat het conservatoire beslag tot een executoriaal beslag is geworden, dat achteraf ten onrechte is gelegd omdat de executoriale titel is vernietigd.’

Samengevat komt de benadering van het hof erop neer dat door het (formeel) ontvallen van de titel, in het licht van de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad, vaststaat dat het beslag ten onrechte is gelegd. Daaraan doet niet af dat er geen inhoudelijk oordeel in een bodemprocedure over de vordering van de beslaglegger is gegeven. Deze overwegingen zijn beperkt geformuleerd, omdat het hof de facto niet ingaat op de bijzondere omstandigheid dat na het beslag de beslagene is gefailleerd.

De Rechtbank Groningen had over die omstandigheid in een tussenvonnis overwogen:¹⁶⁴

‘Nu door het arrest van het gerechtshof de titel is komen te ontvallen aan zowel de gelegde conservatoire beslagen als aan de executie van het in eerste aanleg, in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter, dient naar het oordeel van de rechtbank dan ook in beginsel te worden aangenomen dat Tepper onrechtmatig jegens Vriesbouw heeft gehandeld.

Nu Tepper echter het verweer heeft gevoerd dat hij gerechtigd was om beslag te leggen, omdat hij een vordering van minimaal € 399.430,42 op Vriesbouw heeft en dat hij onder normale omstandigheden een bodemprocedure zou zijn gestart – hetgeen nu niet mogelijk is vanwege het faillissement van Vriesbouw – komt de rechtbank tot het oordeel dat tussen partijen nog niet in rechte vaststaat dat het beslag ten onrechte is gelegd en dat de executie ten onrechte is geschied. Hiervan is naar het oordeel van de rechtbank eerst dan sprake indien als vaststaand kan worden aangenomen dat de vordering waarvoor beslag is gelegd en die heeft geleid tot executie van het veroordelend vonnis van de voorzieningenrechter in eerste aanleg, ongegrond is.’

De rechtbank heeft vervolgens Tepper in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden van onrechtmatigheid, door alsnog te bewijzen dat hij een vordering van € 399.430,42 op Vriesbouw had. Daarmee heeft de rechtbank voor een fundamenteel andere benadering gekozen dan het hof later deed. De gewezen beslaglegger wordt alsnog in de gelegenheid gesteld om de vordering ‘toegevozen’ te krijgen, waardoor het beslag niet (langer) ten onrechte is gelegd.

In het hier berechte geval ging om een door de beslaglegger gevoerd kort geding, dat strekte tot betaling van een contractuele boete. Een kort geding kan, mits de vordering in kort geding strekt tot verkrijging van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering tot verzekering waarvan het

164. Er zijn vier (tussen)vonnissen gewezen doch deze zijn niet gepubliceerd; het eindvonnis van de Rechtbank Groningen dateert van 19 september 2007. De aangehaalde passage wordt door het hof in r.o. 8 van zijn arrest geciteerd.

conservatoir beslag is gelegd, gelden als hoofdzaak in de zin van artikel 700 lid 3 Rv.¹⁶⁵ Het hof benadrukt dat de beslaglegger ‘bewust’ voor deze route heeft gekozen en ook niet parallel een bodemprocedure is gestart. Daarbij wordt mijns inziens voorbijgegaan aan de omstandigheid dat de beslaglegger, doordat de beslagene failleerde, ook niet aan een bodemprocedure *kon* toekomen. Men zou zich kunnen afvragen of in een geval als dit niet (alsnog) een inhoudelijk oordeel in een bodemprocedure zou kunnen worden bereikt door het indienen van de vordering ter verificatie, betwisting ervan door de curator bij gelegenheid van de verificatievergadering en vervolgens eventueel verwijzing naar een renvooiprocedure als bedoeld in artikel 117 e.v. Fw. Deze route heeft echter weinig praktische betekenis nu verificatievergaderingen (lees: (gedeeltelijke) uitkeringen aan de concurrente crediteuren) zeldzaam zijn. In casu zal dit waarschijnlijk geen reële optie zijn geweest. In een situatie waarin de beslaglegger *door omstandigheden die de beslagene betreffen* niet in staat is een inhoudelijk oordeel over zijn vordering te verkrijgen, vraag ik mij af of hij niet binnen het kader van de aansprakelijkheidsprocedure de gelegenheid zou moeten krijgen zich door een oordeel over die vordering tegen aansprakelijkheid te verweren.¹⁶⁶

3.7.7 Procedure in de schadevergoedingsprocedure?

Hierbij lijkt zich een analogie voor te doen met procedures na beroepsfouten van advocaten, waarin binnen de schadevergoedingsprocedure een materieel oordeel wordt geveld over (de proceskansen gerelateerd aan) de vordering van de cliënt.¹⁶⁷ Lijkt, want een belangrijk complicerend element ontbreekt. Dat is het gegeven dat in een procedure wegens een gestelde beroepsfout het ‘trial within the trial’ plaatsvindt tussen andere partijen dan de oorspronkelijke procespartijen, namelijk tussen de advocaat en zijn (voormalige) cliënt. In een situatie waarin de beslaglegger zich in de schadevergoedingsprocedure verweert door middel van een ‘trial within a trial’ zijn de procespartijen juist dezelfde als in de procedure zelf. Wanneer het feit dat een materiële beoordeling ontbreekt de beslaglegger niet aangerekend kan worden,¹⁶⁸ zou het mijns inziens mogelijk dienen te zijn dat de beslaglegger zich verweert in de schadeprocedure, door (alsnog) een materieel oordeel te vragen over de toewijsbaarheid (in abstracto) van zijn vordering. De rechter die over de schadevergoeding oordeelt, zal dan als pseudofeitenrechter over de toewijzing van de vordering van de beslaglegger dienen te oordelen. In de jurisprudentie over beroepsfouten lopen in dit verband de benaderingen via een kansbeoordeling en een alles-of-niets-stramen door elkaar heen. Gelet op de grondslag van de aansprakelijkheid en het feit dat de beoordeling plaatsvindt in een procedure waarin de beide partijen zijn betrokken die ook betrokken zouden zijn in de reguliere procedure over de

165. HR 26 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2861, NJ 1999/717, m.nt. H.J. Snijders (*Ajax/Reule*).

166. Zie in dit verband hierna de Duitse benadering van dergelijke casuïstiek, par. 7.3.9.2.

167. Vergelijk in dit verband onder meer HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63.

168. Ik meen dat dit in de casus die heeft geleid tot Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls, het geval zou kunnen zijn. De slang bijt daarin echter ook weer in haar staart nu ook gesteld kan worden dat het faillissement van de beslagene waardoor de zaak niet werd uitgeprocedeerd juist ook weer een gevolg was van de acute liquiditeitsproblemen door het gelege beslag.

vordering van de beslaglegger, meen ik dat enkel de alles-of-niets-methode van toepassing kan zijn.¹⁶⁹

3.7.8 Schikking

Uiteraard verdient het de voorkeur om gepretendeerde vorderingen wegens ten onrechte gelegde beslagen onderdeel van een schikking te laten zijn, bijvoorbeeld door in generieke zin finale kwijting overeen te komen. Maar ook wanneer dit niet mocht zijn gebeurd zal naar mijn mening het enkele feit dát de beslagene een schikking is aangegaan aan *risicoaansprakelijkheid* van de beslaglegger in de weg staan. De beslagene ziet door het aangaan van de schikking bewust af van een rechterlijk oordeel over de vordering waarvoor beslag is gelegd. Naar mijn mening vormt het (onherroepelijke) rechterlijk oordeel waarmee de rechter de vordering waarvoor beslag is gelegd afwijst de legitimatie van de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger. Enige denkbare uitzondering zou zijn dat de schikking een erkenning inhoudt dat de vordering van de beslaglegger geheel ongegrond is, hetgeen praktisch niet goed voorstelbaar is.

Mede afhankelijk van de uitleg van de schikkings- of vaststellingsovereenkomst kan er in voorkomend geval nog wel ruimte zijn voor een vordering van de beslagene gebaseerd op *misbruik van recht*.¹⁷⁰

3.8 Vijfde knelpunt, de irrelevantie van de processuele tussenstand, moment(en) beoordeling en splitsing beoordelingskaders?

3.8.1 Moment van beoordeling, algemeen

Voor de vraag of het beslag *onrechtmatig is gelegd* is het *moment waarop het beslag is gelegd* niet zonder meer bepalend.¹⁷¹

3.8.2 Kranenburg/Kranenburg c.s.

Voor de behandeling van de in deze paragraaf op te werpen en te onderzoeken vragen is het arrest *Kranenburg/Kranenburg c.s.* het centrale vertrekpunt.¹⁷²

De casus was als volgt. Twee broers hadden met een andere broer een geschil over de wijze waarop deze het beheer had gevoerd over het vermogen van hun inmiddels overleden moeder. De twee broers hadden conservatoir beslag op twee onroerende zaken van de 'beherende' broer gelegd. Nadat laatstgenoemde door de rechtbank was veroordeeld tot betaling van een bedrag aan de beide broers, had hij hun aangeboden aan het vonnis te voldoen mits de conservatoire beslagen zouden worden opgeheven. De beide broers stelden echter als voorwaarde voor de opheffing van het beslag dat de beherende broer zekerheid zou stellen voor een door de broers

169. Zie voor de toepassing hiervan HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, NJ 2001/431, m.nt. J.B.M. Vranken en Th.M. de Boer (*Advocatenmaatschap X/Mr. Overes q.q.*).

170. Zie Hof Amsterdam 15 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2782; het cassatieberoep werd verworpen met toepassing van art. 81 Wet RO in HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3308, RvdW 2015/1238.

171. HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*); zie in het bijzonder r.o. 5.4.1 van dit arrest. Vergelijk ook Klaassen, Meijer & Sniijders 2017, p. 561 (rn. 405).

172. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

nog gepretendeerde rentevordering, door het stellen van een bankgarantie. Het beslag werd niet opgeheven en de beherende broer ging failliet. Uiteindelijk werd in hoger beroep slechts een deel van de oorspronkelijk door de rechtbank toegewezen vordering toegewezen. De beherende broer stelde vervolgens de beide broers aansprakelijk uit onrechtmatige daad.

De vordering van de 'beherende broer' viel in twee delen uiteen. In de eerste plaats zouden de beide andere broers onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld door conservatoire beslagen te leggen voor een (veel) hoger bedrag dan uiteindelijk toegewezen (ongeveer f 50.000 in plaats van de voor de beslaglegging begrote f 200.000). Ik duid deze gemakshalve aan als de 'algemene grond'. Deze vordering liep, gelet op de duidelijke lijn die inmiddels (na het formuleren van de cassatiemiddelen) een half jaar eerder door de Hoge Raad in het arrest *Hoda International/Mondi Foods* was getrokken, op niets uit. De Hoge Raad herhaalt allereerst zijn overwegingen van een jaar eerder:

'3.4.2. (...) 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. Deze situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor, nu het hof heeft vastgesteld dat K. c.s. een vordering op K. hadden. Indien de vordering of de vorderingen ter verzekering waarvan het beslag is gelegd slechts gedeeltelijk wordt of worden toegewezen, heeft dit niet tot gevolg dat het beslag ten onrechte is gelegd. De vraag of een beslaglegger aansprakelijk is voor de gevolgen van een beslag omdat het is gelegd voor een te hoog bedrag,¹⁷³ lichtvaardig is gelegd of onnodig is gehandhaafd, moet worden beantwoord aan de hand van criteria die gelden voor misbruik van recht. Uitgaande van de concrete omstandigheden van het geval kan aldus aan de orde komen of een beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt (vgl. HR 11 april 2003, nr. C01/218, NJ 2003, 440). Het onderdeel gaat uit van een andere rechtsopvatting en faalt derhalve.'

Bijzondere bespreking verdient het tweede cassatiemiddel dat met de conservatoire beslagen verband houdt. De beslagene (dat wil zeggen de beherende broer) had aangevoerd dat de twee broers ook onrechtmatig hadden gehandeld doordat zij tijdens de onderhandelingen die na de uitspraak in eerste instantie tussen partijen hadden plaatsgevonden, steeds de eis hadden gesteld dat de beslagene niet alleen zou moeten voldoen aan het vonnis (daartoe had hij zich bereid verklaard) maar ook een bankgarantie moest verstrekken voor een bedrag van f 75.000 in verband met een (door de rechtbank in eerste aanleg afgewezen) rentevordering. De onderhandelingen liepen hierdoor op niets uit, ook al omdat uit het feitencomplex valt

173. De frase 'voor een te hoog bedrag' scheidt verwarring. Het lijkt alsof de Hoge Raad hierbij ten onrechte de begroting door de voorzieningenrechter bepalend laat zijn voor de vraag voor welke vordering beslag wordt gelegd. Dit begrote bedrag heeft echter beperkte betekenis en is in beginsel enkel relevant als aanknopingspunt om het beslag te doen opheffen door zekerheidstelling (een van de imperatieve gronden van art. 705 lid 2 Rv bij aanwezigheid waarvan het conservatoir beslag moet worden opgeheven). Zie ook Van Zanten 2011, p. 21-22. In de praktijk zijn het veeler de *aard en de waarde van de goederen die door het beslag zijn getroffen* die bepalend zijn voor het nadeel dat de beslagene ondervindt, bijvoorbeeld wanneer voor een begrote vordering van € 10.000 beslag wordt gelegd op liquiditeit van € 100.000.

af te leiden dat de beslagene simpelweg niet in staat was die bankgarantie te doen stellen. Uiteindelijk werd door het Hof Amsterdam deze rentevordering *integraal afgewezen*. Sterker nog, daarnaast ondergingen de overige vorderingen die eerder door de rechtbank waren toegewezen in hoger beroep een substantiële afslag. Het feit dat de beslagleggende broers hun conservatoire beslagen niet eerder wensten op te heffen dan nadat een bankgarantie voor de rentevordering was gelegd zou dan ook – gegeven het feit dat deze vordering nadien geheel is afgewezen – volgens de beslagene zonder meer als misbruik van bevoegdheid moeten worden aangemerkt.

3.8.3 Huydecoper legt vinger op de zere plek

De cassatiemiddelen waren ingediend vóór het arrest *Hoda International/Mondi Foods*.¹⁷⁴ Advocaat-generaal Huydecoper doet in zijn conclusie, die dateert van na dat laatste arrest, een dappere poging om de Hoge Raad in deze procedure een andere richting te wijzen.¹⁷⁵ In zijn conclusie pleit hij voor een onderscheid in drieën. De rechtmatigheid van vooruitlopend op de (goede) afloop geëffectueerde provisionele maatregelen (zoals beslag) wordt in deze driedeling verschillend beoordeeld, al naar gelang het betreft (a) de gegrondheid van de vordering waarop de maatregel (voorlopig) wordt gebaseerd; (b) de aanwezigheid van het bijzondere belang dat het vooruitlopen op de ‘gewone’ rechtsgang moet rechtvaardigen, en (c) de gerechtvaardigdheid van de gekozen maatregel overigens.¹⁷⁶

Vervolgens wijst Huydecoper op een belangrijke complicatie die ook in het onderhavige arrest een rol speelt. Mijs inziens is deze complicatie de bron van de kritiek die men kan formuleren op de door de Hoge Raad in dit arrest gekozen koers. Die complicatie bestaat eruit dat *na het leggen van beslag* zich nieuwe ontwikkelingen kunnen voordoen, waardoor de rechtmatigheid van de betreffende maatregel in een nieuw daglicht kan komen te staan:

‘Bijvoorbeeld kan, (enige tijd) nadat beslag is gelegd, (alsnog) de dringende behoefte ontstaan om het beslagobject te vervreemden – of kan het (anderszins) zo zijn dat de beslaglegger (pas) na de beslaglegging geconfronteerd wordt met “de ... onevenredig zware wijze waardoor de schuldenaar door het beslag ... wordt getroffen”. In de context van de onderhavige zaak: pas door de toewijzing van een vordering van ruim f 117 000, – in de eerste aanleg, en de wens van K. c.s. dat aan deze (bij voorraad uitvoerbare) veroordeling zou worden voldaan, ontstond voor K. een penibele situatie, waarin hij kon stellen dat hij door het beslag (in combinatie met de noodzaak om aan het in eerste aanleg verkregen vonnis te voldoen) zwaar werd getroffen; zie nader alinea’s 30–32 hierna.’¹⁷⁷

174. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440, JBPR 2004/14, m.nt. A. van Hees (*Hoda International/Mondi Foods*).

175. Huydecoper is zich terdege van zijn lastige missie bewust en vangt de bespreking van de cassatiemiddelen aan met de constatering dat het arrest *Hoda International/Mondi Foods* een duidelijk rechtsoordeel geeft, dat onmiskenbaar ook in de onderhavige zaak richtinggevend is, doch hij zich een paar opmerkingen in de marge veroorlooft, sub 13 van zijn conclusie.

176. Conclusie sub 20.

177. Conclusie sub 25.1.

Vervolgens komt Huydecoper tot de kern van zijn betoog:

‘Ik zou menen dat dergelijke ontwikkelingen meebrengen dat degene die een provisionele voorziening heeft bewerkstelligd dan aan de hand van de nieuwe omstandigheden (opnieuw) moet overwegen of de door hem verkregen voorziening (nog) gerechtvaardigd is — m.a.w. dat de rechtmatigheid dan niet moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, maar aan de hand van de omstandigheden zoals die zich inmiddels hebben gewijzigd. De overwegingen over de handhaving van een eenmaal gelegd beslag (in dat geval: door de nadien benoemde faillissementscurator) in HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321, ondersteunen deze zienswijze.¹⁷⁸

Ik heb enige aarzeling of inderdaad voor de opvatting van Huydecoper steun kan worden gevonden in het door hem genoemde arrest uit 1992. Ik meen dat dit arrest in deze context genuanceerd moet worden gezien. Mijn aarzeling bestaat eruit dat de term ‘handhaving’ in dat arrest primair lijkt te zien op het element opvolging. In algemene zin volgen curatoren de gefailleerde op als beslaglegger, en erven als het ware in hun hoedanigheid het door de gefailleerde gelegde conservatoir beslag. Hier dringt een analogie op met doorlopende (huur)overeenkomsten. Er is dus — zeker in aanvang — geen sprake van een bewuste keuze die door de curatoren wordt gemaakt. Juist die bewuste keuze, om niettegenstaande nieuwe omstandigheden een conservatoir beslag te handhaven, rechtvaardigt mijns inziens het bepalen van een nieuw momentum waarop de rechtmatigheid van het gelegde beslag moet worden getoetst.

Dat neem niet weg dat ik het principiële punt dat Huydecoper hier maakt, onderschrijf. Het is daarbij van belang te constateren dat er geen wezenlijk onderscheid lijkt te zijn tussen het leggen van beslag en het handhaven daarvan.¹⁷⁹ Kortom, ik pleit voor de mogelijkheid van een tweede¹⁸⁰ beoordeling in die gevallen waarin de beslaglegger geacht moet worden een hernieuwde afweging te hebben gemaakt of hij het beslag (niettegenstaande processuele ontwikkelingen, het aanbieden van zekerheid en dergelijke) zou handhaven. Wanneer (zoals in het geval *Kranenburg/Kranenburg c.s.*) gelet op het initiële beslag, de opstelling van de beslaglegger en de (aangeboden) zekerheid uiteindelijk na de finale beoordeling van de vordering van de beslaglegger een splitsing in een ‘mogelijk misbruik van recht-gedeelte’ en een ‘risicoansprakelijkheidsgedeelte’ kan worden gemaakt, dan dienen naar mijn mening ook dienovereenkomstig de beoordelingskaders te verschillen in de tijdvakken die op basis van die omstandigheden kunnen worden afgebakend.

Huydecoper werkt het door hem voorgestane beoordelingskader als volgt verder uit.¹⁸¹

‘In het verlengde van mijn beschouwingen in de alinea’s 13-26 hiervóór wijs ik er intussen op dat men onderscheid kan maken tussen de situatie

178. Conclusie sub 25.1. Verwezen wordt naar HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*), zie par. 3.2.4.2 voor de bespreking van dit arrest.

179. A. van Hees in zijn annotatie van dit arrest, *JBPR* 2004/14, sub 7. Zie ook Klaassen 2009, p. 346.

180. Of derde of vierde, naar gelang er zich in de procedure betekenisvolle momenta voordoen.

181. Conclusie sub 30 t/m 32.

ten tijde van het leggen van een beslag (waarvan, zo lang het daaraan ten grondslag gelegde vorderingsrecht nog onzeker is, de rechtmatigheid moet worden beoordeeld aan de hand van de op dat ogenblik aanwezige omstandigheden, zie de in alinea 24 aangehaalde vindplaats), en de situatie die zich in een later stadium voordoet, als de beslaglegger geconfronteerd wordt met de vraag of hij zijn beslag zal handhaven én de vraag (betrokken op de omstandigheden van het onderhavige geval) of hij tot invordering op de voet van een inmiddels verkregen voorlopig uitvoerbare titel (en het inmiddels in zoverre executoriaal geworden beslag) zal overgaan.

Zoals in alinea's 16 en alinea 19 (tweede "gedachtstreepje") gezegd, geldt dat wanneer de beslaglegger (of de houder van een voorlopige titel overigens) voor invordering kiest, hij aansprakelijk is voor de daardoor ontstane nadelen, in de mate dat later blijkt dat de vordering waarvan betaling werd verlangd, niet bestaat. Hetzelfde geldt, denk ik, als de beslagene, geconfronteerd met de eis dat aan een (combinatie van) voorlopige voorziening(en) wordt voldaan, (nood)maatregelen treft daar inderdaad aan te voldoen. Ik zie onvoldoende reden om onderscheid te maken tussen het geval waarin daadwerkelijk geëxecuteerd wordt, en dat van een partij die met een zodanige combinatie van maatregelen geconfronteerd wordt, dat dat hem noodzaakt tot stappen om aan die maatregelen te voldoen.

Die keuze noodzaakt er echter toe, hetzelfde aan te nemen voor de variant die wij hier voorgelegd krijgen (ik omschrijf die als: omdat de beslaglegger (tevens houder van een voorlopig uitvoerbare titel) zowel voldoening aan die titel (die in het onderhavige geval later voor een belangrijk deel als ondeugdelijk zou worden beoordeeld) wenst, alsook handhaving van zijn conservatoire beslag voor de resterende vordering (die later geheel ongegrond zou worden bevonden), heeft de partij tegen wie de betreffende voorlopige maatregelen golden haar plannen voor een noodvoorziening niet kunnen realiseren (en dat heeft, stelt zij, uiteindelijk aanzienlijke schade voor haar opgeleverd)).

In de lijn van mijn eerdere betoog zal duidelijk zijn dat ik het bepaald onbevredigend, en ook logisch moeilijk verklaarbaar zou vinden wanneer dit geval anders zou worden beoordeeld dan het geval van de partij die schade lijdt doordat zij wel aan (executie van) de betreffende, achteraf ongegrond gebleken, voorlopige maatregelen tegemoet blijkt te kunnen komen.

(...) Na mijn eerdere beschouwingen zal het niet verbazen, dat ik verdedig dat althans in een geval dat deze kenmerken vertoont, toetsing van de opstelling van de beslaglegger aan de maatstaf van misbruik van recht onvoldoende is. Ook wie aanvaardt — en zoals eerder bleek, aanvaard ik dat niet zonder bedenkingen — dat het leggen van beslag voor een achteraf gedeeltelijk niet gegrond bevonden vordering (alleen) naar die maatstaf moet worden beoordeeld, zou er toch mee moeten instemmen dat bij de combinatie met het aangeduide tweede element (dat inhoudelijk

vergelijkbaar is met het vooruitlopen – op eigen risico – op de executie van een voorlopige executorialie titel), de zwaardere maatstaf van het “handelen op eigen risico” de voorrang krijgt.’

Samengevat: het lijkt verdedigbaar dat bij een kruispunt in de procedure waarbij de toegewezen en (later) afgewezen vordering helder van elkaar zijn gesplitst, ruimte bestaat voor een andere beoordelingswijze dan door de Hoge Raad bepaald, namelijk een (gesplitst) oordeel over de rechtmatigheid van het handhaven van het beslag, gebaseerd op de feiten en omstandigheden ten tijde van een relevant moment ten tijde van het (bewust) handhaven van het beslag. Wat deze feiten en bijzonderheden betreft, moet in dit specifieke geval bijzondere betekenis worden toegekend aan het feit dat integrale betaling van een nota bene in appel nog verlaagde vordering, in ruil voor opheffing van het beslag, door de beslagleggers welbewust is geweigerd. Met Van Hees¹⁸² ben ik van oordeel dat wanneer (zoals in casu) integrale betaling is aangeboden voor een (achteraf nog verlaagde) vordering het niet begrijpelijk is waarom de Hoge Raad de beslaglegger niet zonder meer aansprakelijk houdt voor de schade van de beslagdebiteur als gevolg van de handhaving van het beslag.¹⁸³

De Hoge Raad houdt echter in het arrest *Kranenburg/Kranenburg c.s.* onverkort vast aan de eerder uitgezette koers en overweegt specifiek ten aanzien van de beoordeling van de vraag in hoeverre de eis voor het doen stellen van een bankgarantie (voor een achteraf bezien geheel afgewezen deelvordering!) in ruil voor opheffing van het beslag als volgt:

‘3.6.1 (...) Volgens het hof geldt als uitgangspunt dat het de beslaglegger is toegestaan zekerheid te bedingen bij de beslagene alvorens in te stemmen met opheffing van het door hem gelegde conservatoire beslag, tenzij de beslaglegger, door in de omstandigheden van dat geval die eis te stellen, misbruik van bevoegdheid maakt of reeds op het eerste gezicht duidelijk is dat de beslaglegger geen vordering op de beslagene heeft. Naar het oordeel van het hof heeft K. dat laatste niet gesteld en het eerste onvoldoende toegelicht.

3.6.2. Onderdeel 1.3 neemt tot uitgangspunt dat, hangende het hoger beroep, het weigeren van een aanbod tot betaling als genoemd in een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, althans aan het accepteren van die betaling nadere voorwaarden te verbinden, in het algemeen reeds misbruik van bevoegdheid oplevert. Dat uitgangspunt is niet juist, zodat het onderdeel in zoverre faalt. In gevallen waarin het conservatoir 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, anders dan on-

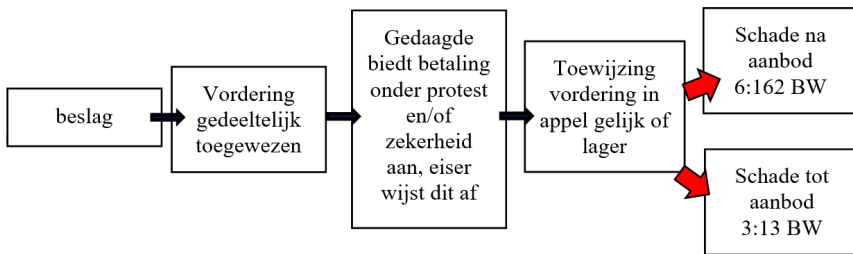
182. In zijn annotatie van dit arrest, *JBPR* 2004/14, sub 7.

183. Asser e.a. 2003, p. 64, waar zij pleiten voor een ‘minder terughoudende benadering van de aansprakelijkheid wegens excessief beslag’.

derdeel 1.5 betoogt, het enkele feit dat andere voorwaarden worden gesteld voor de opheffing van het gelegde beslag dan die welke voortvloeien uit de door de schuldeiser verkregen executorialie titel, op zichzelf nog geen misbruik van bevoegdheid op.’

In deze overwegingen klinkt ook de echo van het arrest *Bijl/Van Baalen*¹⁸⁴ door, waarin in het kader van (de stel- en bewijsposities in) de procedure tot opheffing van een gelegd beslag geen bijzondere betekenis wordt toegekend aan het gegeven dat de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg is afgewezen. Zie verder in dit verband ook paragraaf 4.5.

3.8.4 Pleidooi voor momenta en splitsing van beoordelingskaders



De afbakening tussen de leerstukken onrechtmatige daad en misbruik van recht, als verschillende grondslagen voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger, lijkt op het eerste gezicht in de in deze paragrafen besproken jurisprudentie een gegeven. Hierbij valt niet te negeren dat dit onderscheid leidt tot fundamentele verschillen in uitkomsten, terwijl deze verschillen zich, in goed af te bakenen situaties, in redelijkheid moeilijk laten rechtvaardigen. Daarbij komt ook nog dat het verschil tussen beide beoordelingskaders groot is. Het is in algemene zin tamelijk uitzonderlijk dat aan de vereisten van misbruik van recht wordt voldaan. Aansprakelijkheid wegens misbruik van recht moet terughoudend worden toegepast. Het uitgangspunt is nu juist dat er *geen* aansprakelijkheid is.¹⁸⁵ Afgezet tegen de risicoaansprakelijkheid na een geheel afgewezen vordering van de beslaglegger is dit een wel erg groot en moeilijk te rijmen verschil.

Dit verschil wringt in drie situaties. De *eerste* situatie is aan de orde wanneer een te verwaarlozen gedeelte van de vordering van de beslaglegger wordt toegewezen. Daarbij kan echter de kanttekening worden geplaatst dat, wanneer geen sprake is van specifieke ‘beoordelingsmomenta’ gedurende het beslag, beoordeling via de risicoaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, bij ‘kleine toegewezen gedeelten van vorderingen’, tot ‘onaanvaardbare risico’s voor conservatoir beslagleggers

184. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (Bijl/Van Balen).

185. Vergelijk Hartlief 2009, p. 403 en 404. Zie ook Huydecoper 2006, p. 28 die de consequenties van een dergelijke benadering anders waardeert en zich afvraagt of men rouwig zou moeten zijn om de (grotere) behoedzaamheid bij de beslaglegger in spe die van dit beoordelingskader bij toewijzing van een klein gedeelte van de vordering uit zou gaan.

leidt'.¹⁸⁶ De tweede situatie is die waarin zich in de procedure in de hoofdzaak een duidelijk 'momentum' voordoet, waarbij de beslaglegger zich in redelijkheid opnieuw zou dienen te beraden over (onverkorte) handhaving van het beslag. Daarbij kan de vraag worden gesteld of dit momentum geen (extra) beoordelingsmoment zou dienen te zijn voor de vraag of de beslaglegger misbruik van zijn bevoegdheid heeft gemaakt. De derde situatie is die waarin, niet zozeer in materiële zin¹⁸⁷ als wel vanuit het perspectief van het conservatoir beslag zelf, een helder onderscheid zou kunnen worden gemaakt in twee delen van de vordering van de beslaglegger. Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer voor een later (deels) afgewezen vordering door de beslagene *zekerheid wordt aangeboden* en de andere vorderingen integraal worden afgewezen. Of, een stap verder, *aan een vonnis wordt voldaan* en vervolgens uiteindelijk in hoger beroep de vordering (nog) lager wordt vastgesteld en de beslaglegger een gedeelte dient te restitueren. Hoewel geheel in lijn met de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad, komt het onbevredigend voor dat alsdan het (onnodig) stellen van zekerheid, ter opheffing van een conservatoir beslag voor het meerdere dan het in eerste aanleg toegewezen bedrag wordt beoordeeld aan de hand van de criteria voor misbruik van recht.¹⁸⁸

De vraag is of er geen ruimte zou kunnen of moeten zijn voor een beoordeling van (de consequenties van) het *handhaven* van het beslag op de grondslag van de onrechtmatige daad, in plaats van misbruik van recht. Vanzelfsprekend komt aan deze vragen extra gewicht toe wanneer deze situaties elkaar ook nog overlappen, zoals in het arrest *Kranenburg/Kranenburg c.s.*¹⁸⁹ het geval is.

Deze benadering sluit ook aan bij de constatering in paragraaf 3.4.3, dat de benadering van de aansprakelijkheid via de onrechtmatige daad miskent dat de beslaglegger en de beslagene, na het beslag tot aan de finale beoordeling van de vordering van de beslaglegger, voortdurend in een bijzondere rechtsverhouding staan waarin de beslaglegger zich rekenschap heeft te geven van de belangen van de beslagene. Beoordeling van zowel voortdurende schade als eenmalige schadeposten via verschillende stelsels is geen bezwaar, integendeel. Het kan ertoe leiden dat de schade die in een (eerste) fase is geleden niet aan de beslaglegger wordt toegerekend (omdat zijn handelswijze niet als misbruik van bevoegdheid wordt gekwalificeerd) en schade in een volgende fase wél (omdat deze hem op grond van art. 6:162 lid 3 BW dient te worden toegerekend).

Hier past ook een vooruitwijzing naar de bespreking van het Duitse recht. Hierin vindt geen verschuiving in beoordelingskader plaats wanneer een vordering van een executant in hoger beroep deels wordt afgewezen, maar een verandering in voor vergoeding in aanmerking komende schade die door de tenuitvoerlegging van het opgeheven of veranderde gedeelte van de oorspronkelijke uitspraak is geleden. Zie verder hierna paragraaf 7.3.7.1.

186. Zie hiervoor par. 3.3.1 en Van Mierlo 2003b, p. 776.

187. Voor de vraag of het beslag ten onrechte is gelegd (vordering geheel afgewezen) dan wel de vordering gedeeltelijk is afgewezen is immers een eventuele splitsing van de vorderingen van de beslaglegger irrelevant. Hoe vorderingen worden gepresenteerd is doorgaans een kwestie van presentatie (waarmee de eiser de duidelijkheid probeert te bevorderen) en niet van substantie, aldus Huydecoper in zijn conclusie voor HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*), sub 12.

188. Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7950 voor een casus die hiermee exact overeenkomt.

189. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

3.9 Zesde knelpunt, verjaring van de vordering van de beslagene

In deze paragraaf wordt de verjaring van de vordering tot vergoeding van de door een onrecht beslagene geleden schade besproken. In de eerste plaats omdat de verjaring, gelet ook op de vaak lange tijd dat de beslagene in afwachting is van het onherroepelijke oordeel over de vordering van de beslaglegger, een belangrijk onderwerp is. In de tweede plaats omdat de verjaring als vermeld fungeert als dogmatische scherprechter, en knelpunten die voortvloeien uit de aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger blootlegt.

3.9.1 Verjaring algemeen

Een algemeen rechtsbeginsel is dat vorderingen niet tot in de eeuwigheid moeten kunnen worden ingesteld. Het middel om dit te voorkomen is de verjaring. De vordering is dan niet langer afdwingbaar. Wat na verjaring resteert, is een natuurlijke verbintenis ex artikel 6:3 lid 2 sub a BW. Die laatste constatering is van belang, omdat een verjaarde vordering nog wel voor verrekening en opschorting in aanmerking kan komen.¹⁹⁰ Een rechter mag een verjaringstermijn niet ambtshalve toepassen, partijen dienen in rechte een beroep hierop te doen (art. 3:222 lid 1 BW).¹⁹¹

De aansprakelijkheid na onrecht gelegd beslag valt niet onder de specifieke vormen van een onrechtmatige daad, waarbij de verjaringstermijn van rechtswege wordt verlengd.¹⁹² Dit betekent dat op de vordering van de beslagene de gebruikelijke verjaringstermijnen van toepassing zijn. Artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Deze subjectieve termijn van vijf jaar dient te worden onderscheiden van de objectieve termijn van twintig jaar nadat de vordering is ontstaan. Deze laatste termijn knoopt enkel aan bij het tijdstip waarop de gebeurtenis plaatsvond.¹⁹³ Naar zijn aard heeft deze objectieve termijn voor de vordering van de beslagene weinig praktische betekenis, nu hij steeds bekend is met de aansprakelijke persoon, namelijk de beslaglegger, en vrijwel altijd ook direct met de schade zelf.¹⁹⁴

De algemene vereisten voor het aanvangen van de korte, subjectieve verjaringstermijn van vijf jaar ex artikel 3:310 lid 1 BW zijn:

1. dat bij de benadeelde sprake is van daadwerkelijke bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon;

190. Zie art. 6:4 BW, 6:65 BW en 6:131 BW.

191. Zie ook Verheij 2015, p. 17.

192. Vergelijk Verheij 2015, p. 17 en art. 3:320 BW en 3:321 BW.

193. Art. 3:310 lid 1 BW: 'en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'. Volledigheidshalve merk ik op dat voor milieuschade en schade door gevaarlijke stoffen een langere objectieve termijn van dertig jaar geldt.

194. Hetzelfde geldt voor de uitzonderingsgevallen waarin de objectieve termijn is verlengd, met name voor die gevallen waarin de schade eerst na verloop van de lange verjaringstermijn ontstond, zoals de asbestziekte mesothelioom (vergelijk HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*). Het is niet goed voorstelbaar dat bij schade wegens ten onrechte gelegd beslag eenzelfde casus zich kan voordoen.

2. dat de benadeelde voldoende zekerheid – die geen absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft dat de schade is veroorzaakt door handelen van de betrokken persoon. Dit laatste betekent overigens niet dat de benadeelde ook bekend moet zijn met (en een gevolgtrekking heeft getrokken uit) de juridische beoordeling van de relevante feiten en omstandigheden.¹⁹⁵

Deze subjectieve termijn werpt lastige vragen op. Die betreffen niet de ‘schuldenaar’ als zodanig want dat is uiteraard de beslaglegger.

De moeilijkheid doet zich onder meer voor bij de vraag wanneer de beslagene daadwerkelijk bekend was met de schade. Is van ‘daadwerkelijke bekendheid’ pas sprake nadat de vordering van de beslaglegger (onherroepelijk) is afgewezen? Of is die (juridische) beoordeling van de vordering van de beslaglegger voor de verjaring irrelevant en markeert het feitelijk ontstaan van de schade, door het leggen van beslag, *direct* de aanvang van de verjaringstermijn?¹⁹⁶

3.9.2 Jurisprudentie over de verjaring van de vordering van de beslagene na een ten onrechte gelegd beslag

Zoals eerder in dit hoofdstuk is vastgesteld is het een lastige vraag of de inbreuk op het vermogensrecht van de beslagene van aanvang af onrechtmatig is, of dat deze inbreuk pas onrechtmatig wordt wanneer de vordering van de beslaglegger onherroepelijk wordt afgewezen. Het antwoord op deze vraag is medebepalend voor de aanvang van de verjaringstermijn.

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich niet expliciet over het aanvangsmoment van de vordering van de beslagene na een ten onrechte gelegd conservatoir beslag uitgelaten. Rode draad in de jurisprudentie in feitelijke instanties is dat de verjaringstermijn van vijf jaar ex artikel 3:310 BW *direct aanvangt* vanaf het moment dat de beslagene bekend is geworden met de schade (en de persoon van de beslaglegger, maar dat is een open deur). De verjaring neemt dus in deze uitspraken uitdrukkelijk niet pas een aanvang wanneer de vordering van de beslaglegger (onherroepelijk) is afgewezen.

De Rechtbank Rotterdam¹⁹⁷ overweegt in 2011 in dit verband:

‘3.13 Anders dan *Blasco* betoogt, is het voor het aanvangen van de verjaringstermijn niet vereist dat (in een al dan niet onherroepelijke rechterlijke of arbitrale beslissing) is vastgesteld dat de gedaagden als beslagleggers niets van *Blasco* te vorderen hebben, dan wel dat om andere reden hun eis in de hoofdzaak (tot vergoeding van ladingschade) niet dient te worden

195. Vergelijk de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5638, *RvdW* 2012/1287, sub 2.2 en het door deze in dit kader aangehaalde arrest HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron, JA 2005/4, m.nt. J.L. Smeehuijzen. Overigens doet zich in het geval van de vordering van de beslagene de bijzondere omstandigheid voor dat deze wanneer hij zich in rechte verweert tegen de vordering van de beslaglegger in de meeste gevallen zal hebben voorzien van rechtsbijstand. In dat verband verdient nog opmerking dat een onjuiste juridische beoordeling van feiten en omstandigheden niet aan de aanvang van de subjectieve, korte verjaringstermijn in de weg staat, aldus de Hoge Raad in dit arrest. Zie in dit verband ook De Jong 2011, p. 128.

196. Zie voor eenzelfde vergelijking na strafvorderlijk optreden A-G Langemeijer in diens conclusie voor HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5638, *RvdW* 2012/1287, sub 2.6.

197. Rb. Rotterdam 9 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9785, JA 2011/90.

toegewezen. Blasco heeft van meet af aan zelf kunnen beoordelen of de beslaglegging op de “Rosa Luxemburg” terecht was, zodat zij toen reeds de vordering tot opheffing daarvan, tot teruggave van de Clubgarantie of tot schadevergoeding kon instellen (vgl.: HR 9 april 2010, LJN BL1118; NJ 2010, 215).’

In een latere uitspraak uit 2018 overweegt de Rechtbank Oost-Brabant:¹⁹⁸

‘4.8. Ingevolge het bepaalde in artikel 3:310 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. Daarbij is het niet voldoende dat de benadeelde bekend is met het enkele vermoeden van schade, maar is vereist dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen (zie HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112).’

En, vervolgens:

‘(...) 4.10. Anders dan [eiser] stelt, is het voor het aanvangen van de verjaringstermijn niet vereist dat in een (onherroepelijke) rechterlijke beslissing zou zijn vastgesteld dat Kong Hing als beslaglegger niets van [eiser] te vorderen zou hebben, dan wel dat om andere redenen de eis in de hoofdzaak niet zou worden toegewezen. Voor het aanvangen van een verjaringstermijn is niet van belang of een benadeelde zekerheid heeft over de vraag of de rechter een tegen hem ingestelde vordering al dan niet zal afwijzen (zie HR 9 juli 2010, LJN BM1688).

4.11. De rechtbank voegt daar nog aan toe dat op de beslaglegger een risicoaansprakelijkheid rust voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering waarvoor beslag is gelegd geheel ongegrond is (zie HR 13 april 2003, LJN AF2841; NJ 2003, 440). Degene die beslag legt handelt op eigen risico en dient, bijzondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade te vergoeden indien het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd. De beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd is aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degenen op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt (zie HR 13 januari 1995, LJN ZC1608, NJ 1997, 366). Derhalve verandert het beslag niet van een rechtmatige daad in een onrechtmatige daad door de beslissing van de rechter over de eis in de hoofdzaak, dan wel over de beslaglegging, maar wordt het geacht van meet af aan onrechtmatig te zijn indien het achteraf blijkt ten onrechte te zijn gelegd. De beslissing over de eis in de hoofdzaak heeft daarom geen werking ten aanzien van de aanvang van de verjaringstermijn. De verwijzing van [eiser] naar het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 (NJ 2012, 193) leidt niet tot een ander oordeel nu dit een hele andere situatie betreft.

198. Rb. Oost-Brabant 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:724.

4.12. Voor zover [eiser] heeft bedoeld aan te voeren dat telkens een nieuwe rechtsvordering tot schadevergoeding ontstaat wanneer hij nieuwe kosten heeft moeten maken, ziet hij eraan voorbij dat in dit geval sprake is van voortdurende schade veroorzaakt door één gebeurtenis, te weten het beslag op de woning en niet van zelfstandige schadeposten of van een periodieke vordering in de zin van artikel 3:308 BW.’

In beide vonnissen wordt verwezen naar een arrest van de Hoge Raad uit 2010.¹⁹⁹ In dit arrest ging het om een (achteraf onterechte) vervolging wegens valsheid in geschrifte van twee medewerkers van een bank. Omdat in feitelijke instanties niet was bestreden dat de verdachten bij de toepassing *wisten dat de verdenking niet terecht* was gold dit gegeven in cassatie als uitgangspunt. Dit is een belangrijk én atypisch element. De Hoge Raad overwoog:

‘4.1.5. (...) Uitgangspunt van de gedachtegang van het hof inzake de aanvang van de verjaringstermijn is geweest dat X. en Y. van meet af aan zelf hebben kunnen beoordelen of de verdenking waarop de strafvervolging was gebaseerd terecht was. Bij dat in cassatie niet bestreden uitgangspunt, dat impliceert dat X. en Y. zelf vanaf het begin hebben kunnen weten dat die verdenking niet terecht was, geeft het oordeel van het hof dat zij toen ook al daadwerkelijk in staat waren een vordering tot schadevergoeding tegen de Staat geldend te maken niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onbegrijpelijk is dat oordeel, waarbij het hof – anders dan namens [eisers] werd bepleit – terecht niet heeft willen vooruitlopen op de mogelijke invoering van een wettelijke regeling zoals voorgesteld in het conceptwetsvoorstel Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsop treden, evenmin.’²⁰⁰

De Jong stelt in dit verband dat de aard van de rechtsverhouding (overheid-burger) en het gegeven van de bijzondere positie van een burger die ten onrechte in een strafproces is betrokken, redenen zouden kunnen zijn de balans in de andere richting te laten uitslaan.²⁰¹ In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat de aard van de rechtsverhouding (zie de risicoaansprakelijkheid voor de beslaglegger) tussen beslaglegger en beslagene eveneens met zich brengt het moment waarop de verjaring aanvangt op een ander moment te bepalen. Ook de Rechtbank Den Haag²⁰² komt tot de benadering dat de verjaringstermijn onmiddellijk aanvangt:

‘4.3. De rechtbank verwerpt de stelling van [eiser] dat pas met het arrest van het gerechtshof Arnhem van 7 juni 2005 de verjaringstermijn is aangevangen. Zoals de Staat terecht opmerkt, vangt de verjaringstermijn

199. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1118, NJ 2010/215.

200. Zie par. 3.2.7.4.

201. De Jong 2011, p. 130.

202. Rb. Den Haag 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1270. Eenzelfde lijn wordt, na een onterecht strafrechtelijk beslag, gehanteerd in Rb. Den Haag 30 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3399, vergelijk met name r.o. 4.7 in dit vonnis. Zie verder ook (impliciet) Hof Den Bosch 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ2702.

van artikel 3:310 BW aan wanneer de benadeelde daadwerkelijk bekend is met zowel de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon. Daarbij is niet voldoende dat de benadeelde bekend is met het enkele vermoeden van schade (vergelijk HR 9 oktober 2009, RvdW 2009, 1153) maar is vereist dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Ten tijde van de beslaglegging in 1998 was [eiser] bekend met de schade die daardoor (volgens hem) werd veroorzaakt en de daarvoor aansprakelijke persoon, te weten de Staat (in de hoedanigheid van de Ontvanger). Dat hij met het arrest van het gerechtshof Arnhem van 7 juni 2005 de zekerheid heeft verkregen dat de (gestelde) schade verhaalbaar zou zijn omdat het gerechtshof de vordering van de Ontvanger heeft afgewezen, doet niets af aan het feit dat er sprake was van onrechtmatig handelen van de Staat vanaf het moment van inbeslagname noch aan het feit dat [eiser] vanaf die datum bekend was met de (gestelde) schade en de aansprakelijke persoon. Dat betekent dat de verjaringstermijn in 1998 is aangevangen en is geëindigd in 2003.'

De benadering in de jurisprudentie komt mij onjuist voor. Ik zal dit in de hiernavolgende paragrafen nader onderbouwen.

3.9.3 De verjaringstermijn van de vordering van de beslagene en artikel 6 EVRM

Het conservatoir beslag raakt de eigendomsrechten van de beslagene. De vraag is of na een onterecht gelegd conservatoir beslag het vasthouden van de reguliere verjaringstermijn van artikel 3:310 BW en in het bijzonder de daarin opgenomen 'bekendheid', schending van artikel 6 EVRM²⁰³ oplevert.

In dit verband is allereerst van belang te constateren dat het enkele bestaan van verjaringstermijnen in beginsel een gerechtvaardigd doel dient, zoals de rechtszekerheid van de aangesproken wederpartij. Een termijn van vijf jaar voor het instellen van een vordering wordt in zijn algemeenheid niet als een onevenredige inbreuk op het recht van toegang tot de rechter beschouwd. Daarbij is voor Nederland nog relevant dat vorderingen op eenvoudige wijze kunnen worden gestuit.²⁰⁴ Het is niet waarschijnlijk dat de beslagene met succes een beroep op artikel 6 EVRM kan doen om zich tegen een beroep op verjaring van zijn vordering op de beslaglegger te verweren.

203. Art. 6 lid 1 EVRM bepaalt, voor zover hier relevant: 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. (...)'

204. Vergelijk A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5638, RvdW 2012/1287, sub 2.29.

3.9.4 Opeisbaarheid en geldend maken, ASR/Achmea als richtpunt?

Het arrest *ASR/Achmea* uit 2012,²⁰⁵ waarin de Hoge Raad het ontstaansmoment van de regresvordering ex artikel 6:10 BW heeft vastgesteld, lijkt in een andere richting te wijzen dan het hiervoor besproken arrest uit 2010.²⁰⁶ De kernoverweging – voor zover hier relevant – in dit arrest luidt als volgt:

‘3.7.2. Het voorgaande kan echter niet meebrengen dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 reeds gaat lopen voordat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is geworden. Weliswaar wordt in art. 3:310 lid 1 de opeisbaarheid van de vordering niet uitdrukkelijk als voorwaarde voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn genoemd (anders dan bijvoorbeeld in de art. 3:307 lid 1 en 3:308 lid 1), maar zulks ligt wel besloten in de eis van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, en in de genoemde eis dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. De bepaling van art. 3:310 lid 1 is kennelijk gebaseerd op het normale geval dat bekendheid met de schade bestaat omdat die schade er al is. Dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou kunnen gaan lopen (en eventueel voltooid zou kunnen worden) voordat de schadevordering opeisbaar is geworden, is ook in strijd met het rechtskarakter van deze verjaring, welke immers het rechtsgevolg van het tenietgaan van de rechtsvordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan. Daarvoor is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW. Daarom kan de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 niet eerder een aanvang nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is (vgl. HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003/680). Dat onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van toekomstige schade kan worden ingesteld (art. 6:105 BW), maakt dat niet anders.’

Op het eerste gezicht lijkt de benadering in dit arrest haaks te staan op die van het in de vorige paragraaf besproken arrest van 9 april 2010. Toepassing van de geciteerde overweging zou tot de conclusie kunnen leiden dat, naast bekendheid met de beslaglegger en de schade als gevolg van het beslag, ook de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger een vereiste is voor de aanvang van de verjaringstermijn. Pas daarna is de vordering van de beslagene opeisbaar. De vraag is echter of dit arrest voor deze gevolgtrekking voldoende houvast biedt. Dat komt met name doordat de (onherroepelijke) afwijzing van de vordering van de beslaglegger niet op één lijn kan worden gesteld met de *wettelijke* voorwaarde die nog moet worden vervuld voordat de regresvordering als bedoeld in het hier be-

205. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196, m.nt. C.E. du Perron (*ASR/Achmea*). Zie ook Molkenboer 2012, p. 18-19 die daar echter op basis van dit arrest tot een andere conclusie komt dan in dit onderzoek.

206. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1118, NJ 2010/215.

sproken arrest opeisbaar wordt. De Hoge Raad constateert in het arrest dat de betaling door de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar vervulling van deze wettelijke voorwaarde is:

‘3.6 Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 ontstaat, wordt het volgende overwogen. De tekst van art. 6:10 lid 2 (“De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten”) en van art. 6:11 lid 1 en 3 (“op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen”) wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering.’

De jurisprudentie die specifiek de verjaring van de vordering van de beslagene regardeert, wijst eenduidig de kant op dat de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger geen vereiste is voor het aanvangen van de verjaringstermijn. Het arrest van de Hoge Raad in het kader van strafrechtelijke maatregelen uit 2010²⁰⁷ lijkt dat ook te doen. In de navolgende subparagrafen zal worden onderzocht of er argumenten kunnen worden ontleend aan andere uitspraken van de Hoge Raad over verjaring. Mede op basis van deze uitspraken worden argumenten onderzocht die ervoor pleiten dat de verjaringstermijn eerst ná onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger aanvangt.

3.9.5 Daadwerkelijk in staat zijn: overmacht en belemmering

Wanneer aan de vereisten voor het van toepassing zijn van de verjaringstermijn is voldaan, maar de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldeiser kunnen worden toegerekend, kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht dat de schuldenaar zich op het verstreken zijn van de verjaringstermijn kan beroepen. In het *Seksueel misbruik*-arrest uit 1998²⁰⁸ oordeelde de Hoge Raad dat, wanneer de benadeelde zijn vordering niet geldend heeft kunnen maken *door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend*, de aanvang van de relatieve verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW wordt opgeschort. Daarbij overwoog de Hoge Raad het volgende:

‘3.3.1. (...) Ook wat het beroep op de eerstbedoelde verjaringstermijn betreft, eist de rechtszekerheid – welke het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen (...) – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 BW vermelde aanvangstijdstip van die termijn. Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken – een

207. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1118, NJ 2010/215, zie par. 3.9.3.

208. HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2748, NJ 2000/15, m.nt. A.R. Bloembergen (*Seksueel misbruik*).

geval dat art. 3:310 lid 1 BW blijktens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren. Daarom is, wanneer zulk een niet geldend kunnen maken voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat deze zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 BW omschreven aanvangstijdstip daarvan. In zodanig geval moet dan ook worden aangenomen dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen.’

In dit verband verdient ook het *Saelman*-arrest uit 2003²⁰⁹ nadere beschouwing. In dit arrest kwam de vraag aan de orde of het (te) laat aanspreken van een ziekenhuis gesauveerd moest worden. De Hoge Raad overwoog in dit verband:

‘3.4. Art. 3:310 lid 1 BW bevat twee verjaringstermijnen: een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Aan deze lange termijn ligt blijktens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15.801, NJ 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van art. 321 lid 1, aanhef en onder f, BW). De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De voormelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid (HR 6 april 2001, nr. C99/158, NJ 2002, 383; vgl. ook HR 20 april 2001, nr. C99/293, NJ 2002, 384), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (HR 24 januari 2003, nr. C02/011, NJ 2003, 300). Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld (HR 23 oktober 1998, nr. 16.567, C97/037, NJ 2000, 15 en HR 25 juni 1999, nr. 16.841, C97/320, NJ 2000, 16). Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede

209. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman*).

naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde *daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen* [curs. GM].²¹⁰

De vraag is of voor de verjaring van de vordering van de beslagene bij deze jurisprudentie aansluiting kan worden gezocht. Kan op basis van deze jurisprudentie gesteld worden dat de gewezen beslagene ‘pas nadat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen’? Naar mijn mening is dat niet het geval. Er dient niet uit het oog te worden verloren dat deze uitzonderingen betrekking hebben op:

- specifieke vormen van aansprakelijkheid;
- omstandigheden en hoedanigheden die nadrukkelijk de persoon van de benadeelde én de pleger van de onrechtmatige daad betreffen; en
- een bijzondere relatie tussen gelaedeerde en laedens, zoals misbruiker-slachtoffer en ziekenhuis-patiënt.

In die specifieke gevallen is er volgens de Hoge Raad een rechtens te respecteren belemmering, waardoor de verjaring pas later een aanvang neemt.²¹⁰ Weliswaar heeft de verhouding conservatoir beslaglegger/beslagene eveneens bijzondere kenmerken,²¹¹ maar deze zijn niet van dien aard dat opschorting van de subjectieve verjaringstermijn op deze door de Hoge Raad geformuleerde gronden aan de orde kan zijn. Het feit dat nog niet (onherroepelijk) over de vordering van de beslaglegger is beslist, vormt naar mijn mening dan ook geen ‘belemmering’ in de in deze arresten bedoelde zin.

Samengevat, de Hoge Raad reserveert ‘overmacht’ aan de zijde van de benadeelde waardoor deze niet in staat was de vordering tijdig in te stellen uitdrukkelijk voor specifieke situaties, waarmee de positie van de beslagene na een onterecht beslag zich niet laat vereenzelvigen.²¹² De zoektocht naar andere argumenten moet dus worden voortgezet.

210. Zie ook Jansen 2009, p. 18.

211. Vergelijk in dit verband hetgeen hiervoor is opgemerkt in par. 3.1 en in het bijzonder de overwegingen van Fletcher betreffende de ‘non-reciprocal risk taking’, Fletcher 1972, p. 451.

212. Zie het hiervoor besproken *Saelman*-arrest (HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron). De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.5: ‘Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.’ Van belang is ook dat de Hoge Raad hiermee terugkwam op HR 23 oktober 1998, NJ 2000/15, m.nt. A.R. Bloembergen (*Seksueel misbruik*) en HR 25 juni 1999, NJ 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen waarin hij een stringentere – en in de literatuur bekritiseerde – lijn had gehanteerd. In dat licht lijkt het niet waarschijnlijk dat deze verschoning van het overschrijden van de subjectieve verjaringstermijn breed zou kunnen worden toegepast.

3.9.6 Is pas na een (onherroepelijke) uitspraak, waarin de vordering van de beslaglegger is afgewezen, sprake van ‘bekendheid met de schade’?

Een van de moeilijkheden bij het nader duiden van de vordering tot schadevergoeding na onterecht beslag is, zoals eerder betoogd, enerzijds dat het standpunt kan worden verdedigd dat van subjectieve bekendheid als bedoeld in artikel 3:301 lid 1 BW pas sprake kan zijn *nadat* de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen, maar dat daar tegenover kan worden gesteld dat het bij de maatstaf van bekendheid gaat om een ‘juridische beoordeling achteraf’²¹³ van de rechtmatigheid van het beslag. Uit die laatste opvatting volgt dat van ‘bekendheid’ van de beslagene met de schade als gevolg van het beslag en de daarvoor (evident) verantwoordelijke persoon (de beslaglegger) sprake is, *voordat* de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen.

Ook hier is de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij gewezen verdachten aanspraak maken op een door de Staat te betalen (civiele) schadevergoeding vanwege de inzet van strafvorderlijke maatregelen, relevant.²¹⁴ Daar doen zich evenzeer – en feitelijk dezelfde – moeilijkheden voor bij het bepalen van het tijdstip waarop de eiser bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.²¹⁵ Hier kan, naar analogie met de situatie bij het conservatoir beslag, enerzijds worden verdedigd dat eerst na een (onherroepelijke) uitspraak van de strafrechter, of het op een vergelijkbare wijze eindigen of ongefundeerd blijken van de verdenking, de verjaringstermijn aanvangt. Daar kan vervolgens tegen in worden gebracht dat het bij de vraag wanneer de verjaringstermijn aanvangt slechts gaat om een (juridische) beoordeling achteraf van de rechtmatigheid van de strafvorderlijke maatregelen, die op een (veel) eerder moment hebben plaatsgevonden. Dus niet de beoordeling over de inzet van strafvorderlijke maatregelen is bepalend, maar de inzet zelf.

De eerste keer dat de Hoge Raad zich specifiek over deze vraag heeft uitgelaten²¹⁶ kende de casus, zoals ook in paragraaf 3.9.2 is vermeld, een atypisch element. In casu ging het om een (achteraf onterechte) vervolging wegens valsheid in geschrifte van twee medewerkers van een bank. Omdat in feitelijke instanties niet was bestreden dat de verdachten bij de toepassing wisten dat de verdenking niet terecht was, gold dit gegeven in cassatie als uitgangspunt. De Hoge Raad overwoog:

‘4.1.5. (...) Uitgangspunt van de gedachtegang van het hof inzake de aanvang van de verjaringstermijn is geweest dat X. en Y. van meet af aan zelf hebben kunnen beoordelen of de verdenking waarop de strafvervolging was gebaseerd terecht was. Bij dat in cassatie niet bestreden uitgangspunt, dat impliceert dat X. en Y. zelf vanaf het begin hebben kunnen weten dat die verdenking niet terecht was, geeft het oordeel van het hof dat zij toen ook al daadwerkelijk in staat waren een vordering tot schadevergoeding tegen de Staat geldend te maken niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onbegrijpelijk is dat oordeel, waarbij het hof – anders dan namens [eisers] werd bepleit – terecht niet heeft willen vooruitlopen

213. A posteriori, zoals ook door Scholten 1914, p. 7, beoogd.

214. Verwezen wordt naar par. 3.2.7.

215. Hier zal evenmin de persoon geen moeilijkheden opleveren omdat dit de Staat zal zijn.

216. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1118, NJ 2010/215.

op de mogelijke invoering van een wettelijke regeling zoals voorgesteld in het conceptwetsvoorstel Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden, evenmin.²¹⁷

Kort na dit arrest uit 2010 is in 2012 door de Hoge Raad opnieuw een arrest gewezen dat eveneens handelt over verjaring van vorderingen gebaseerd op een onrechtmatige daad na strafvorderlijk optreden. Het Hof Den Haag had in het arrest a quo het volgende overwogen.²¹⁸

‘5.2. Op grond van de wet en vaste jurisprudentie is het onder het huidige recht niet zo dat een benadeelde tot het einde van de strafzaak moet wachten wanneer hij aan een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat ten grondslag legt dat er dwangmiddelen in strijd met de wet, dan wel met omissies, dan wel met veronachtzaming van fundamentele rechten zijn toegepast. De onrechtmatigheid van het gebruik van dwangmiddelen, daaruit voortvloeiende schade en de aansprakelijke persoon blijken immers niet door de afloop van de strafzaak. Wel is juist dat de rechter slechts mag aannemen dat een verdenking ten onrechte heeft bestaan, indien zulks blijkt uit het strafvorderlijk onderzoek. De benadeelde kan de vordering op grond van een onterechte daad van strafvervolgving echter direct bij het bekend worden van de daad en de schade instellen of ter stuiting meedelen, dus al tijdens het strafvorderlijk onderzoek. Hierbij geldt dat de verdachte zelf kan beoordelen of hij het feit waarvan hij wordt verdacht heeft begaan of niet en op basis van die wetenschap besluiten een vordering in te stellen of tot behoud van het recht daartoe de verjaring te stuiten. In de onderhavige strafzaak kon [lees: eiser] vóór 21 februari 2002, en ook vóór 1 augustus 2000, bepalen of hij onschuldig was. Zijn onschuld is niet pas door het strafvonnis van 7 februari 2002 bepaald.’

Deze overweging werd in cassatie niet bestreden. De middelen richtten zich op een aantal met de verjaring samenhangende onderwerpen, zoals vragen over stuiting, doorlopende en verschillende schadeposten en de vraag of artikel 6 EVRM met zich brengt dat in dit specifieke geval (stringente) toepassing van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW achterwege zou dienen te blijven. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO.²¹⁹ De reden dat de benadering in het strafrecht in dit verband ook bespreking verdient, is dat (ontwerp) artikel 598 lid 7 Sv van het hiervoor in paragraaf 3.2.7.4 besproken Voorontwerp Schadecompensatie strafvorderlijk optreden luidde:

‘Artikel 310, 313 en 316 tot en met 321 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de termijn van verjaring van een rechtsvordering van een gewezen ver-

217. Zie par. 3.2.7.4 voor de bespreking van dit voorstel.

218. Hof Den Haag 22 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8234, VR 2011/90.

219. HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5638, RvdW 2012/1287.

dachte of diens erfgenaam eerst aanvangt op de dag, volgende op die waarop de strafzaak tegen de gewezen verdachte beëindigd is.’

Deze bepaling, die de opvatting van de (toenmalige) minister reflecteert, is interessant omdat er argumenten aan zouden kunnen worden ontleend die ervoor pleiten om, bij een eventuele wettelijke verankering van de schadevergoeding na onterecht beslag, een vergelijkbare bepaling op te nemen.²²⁰

3.9.7 Is pas na de afwijzing van de vordering van de beslaglegger sprake van ‘voldoende zekerheid’?

In de jurisprudentie over verjaring van een vordering tot schadevergoeding is de frase ‘bekend is geworden’ nader gepreciseerd. Het moet daarbij gaan om *daadwerkelijke* bekendheid bij de benadeelde. Een enkel vermoeden dat mogelijk sprake is van schade volstaat dus niet.²²¹ Het enkele feit dát conservatoir beslag is gelegd is dus onvoldoende om de verjaringstermijn een aanvang te laten nemen. Het moment van de beslaglegging is dus in dit verband geen vast aanknopingspunt.

In veel gevallen zal de schade niet onmiddellijk na de beslaglegging ontstaan. Denkbaar is zelfs dat, ook op het moment dat de vordering van de beslaglegger is afgewezen, nog niet duidelijk is of de beslagene schade heeft geleden als gevolg van het ten onrechte gelegde beslag. De gewezen beslagene zou dan kunnen betogen dat de verjaringstermijn pas is aangevangen zodra hij voldoende zekerheid had gekregen dat de schade zich inderdaad had voorgedaan. Uit het arrest *BASF/Rensink*²²² uit 2003 volgt dat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet voldoende is voor het aannemen van daadwerkelijke bekendheid met de schade. In dit verband is verder van belang dat de Hoge Raad in het arrest *S./Van Gerven*,²²³ eveneens uit 2003, heeft geoordeeld dat voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW in elk geval is vereist *dat* daadwerkelijk schade is ontstaan. Uit dat arrest blijkt dat, indien er sprake is van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, van daadwerkelijke bekendheid met de schade pas kan worden gesproken wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld waardoor de klachten zijn ontstaan, waarbij deze vereiste mate van zekerheid – die geen absolute zekerheid behoeft te zijn – in het algemeen pas aanwezig zal zijn wanneer deze oorzaak door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.²²⁴

Bij disputen over de vraag wanneer de verjaring een aanvang heeft genomen, zal nader moeten worden onderzocht (en bewezen) wat precies het moment was waarop de beslagene die zekerheid heeft verkregen.²²⁵ Voor de beoordeling en de bewijslast is relevant dat (ook hier) de zekerheid is gesubjectiveerd, van absolute zekerheid hoeft geen sprake te zijn. Belangrijker nog is dat dit aspect geheel los

220. Zie par. 8.8.

221. Vergelijk ook HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7492, NJ 2007/377, m.nt. C.J.H. Brunner (*Geldermalsen/Plamenco*).

222. HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (*BASF/Rensink*).

223. HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9416, NJ 2003/680 (*S./Van Gerven*), zie in het bijzonder r.o. 3.4.1.

224. Zie r.o. 3.4.2 van HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (*BASF/Rensink*).

225. Vergelijk ook HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7492, NJ 2007/377, m.nt. C.J.H. Brunner (*Geldermalsen/Plamenco*).

staat van de meer principiële discussies over het ontstaansmoment van de vordering. Het is niet zo dat eerst voldoende zekerheid kan bestaan wanneer de vordering van de beslaglegger is afgewezen.

In dit verband speelt ook de notie een rol dat, om te voldoen aan het vereiste van daadwerkelijke bekendheid, niet noodzakelijk is dat de benadeelde – behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het handelen van de beslaglegger en de daaruit voortvloeiende schade – subjectief bekend is met de *juridische beoordeling* van die feiten en omstandigheden.²²⁶ Welnu, gesteld zou kunnen worden dat in dit verband het oordeel over de vordering van de beslaglegger het juridische oordeel van de ‘feiten en omstandigheden’ behelst en dus de verjaring direct een aanvang neemt. Deze redenering is echter weinig overtuigend. Bij een conservatoir beslag is er geen vermoeden van schade aan de zijde van de beslagene in de zin van de hier besproken jurisprudentie. De schade is er of is er niet. De onzekerheid betreft de vraag of hij wel aanspraak kan (gaan) maken op vergoeding van die schade. Samengevat, ook de in deze paragraaf besproken jurisprudentie biedt de beslagene weinig soelaas om te betogen dat de verjaringstermijn later is aangevangen.

3.9.8 Parallel met onverschuldigde betaling, daadwerkelijk in staat zijn, doorslaggevend?

Een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan (art. 3:309 BW). Met de regeling in artikel 3:309 BW heeft de wetgever ernaar gestreefd willekeurige verschillen ten aanzien van het intreden van de verjaring van een vordering uit onverschuldigde betaling enerzijds, en een vordering tot schadevergoeding anderzijds, te vermijden.²²⁷ Wanneer de beslagene onder protest betaalt, *ontstaat* op dat moment de vordering tot onverschuldigde betaling; of dat nu geschiedt ter uitvoering van een (later vernietigde) uitspraak maakt daarbij geen verschil. Maar daarmee is nog niet gezegd dat dan ook direct *de verjaringstermijn een aanvang neemt*. In dit verband zijn twee arresten van de Hoge Raad relevant.

In het arrest *K/Benedictus q.q.*²²⁸ uit 2014 komt het moment van ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling ter zake van betalingen, die door de (latere) saniet zijn verricht ter uitvoering van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, dat in hoger beroep onherroepelijk is vernietigd, aan de orde.²²⁹

De Hoge Raad overweegt:

‘3.4.3 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt een onherroepelijk geworden vernietiging door de appelrechter van een rechterlijke

226. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron, en A-G Lange-meijer in zijn conclusie voor HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1118, NJ 2010/215, sub 2.16.

227. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 410 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 922 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1407-1408.

228. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678, NJ 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*K/Benedictus q.q.*).

229. Een andere rechtsvraag was of die vordering kan worden aangemerkt als een bate die ten tijde van de vereffening ‘niet bekend’ was als bedoeld in art. 194 Fw. Die laat ik verder rusten.

uitspraak in eerste aanleg mee dat de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen reeds ter uitvoering van die uitspraak is verricht, en dat op de voet van art. 6:203 BW een vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie ontstaat (HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, NJ 1999/367; HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246; HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4039, NJ 2007/140). In deze rechtspraak ligt besloten dat de vernietiging van een rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft, en dat de vordering strekkende tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie op de voet van art. 6:203 BW ontstaat op het moment waarop ter uitvoering van die uitspraak is gepresteerd, ongeacht of daarbij sprake is van een prestatie als bedoeld in lid 1, lid 2, dan wel lid 3.

Aan het vorenstaande doet niet af dat in rov. 3.3 van het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2004 op de overweging dat “in geval van vernietiging in hoger beroep van een vonnis de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen reeds ter uitvoering van dit vonnis is verricht”, de toevoeging volgt “en dat dan op de voet van art. 6:203 BW een vordering tot ongedaanmaking van deze prestatie ontstaat”. Die toevoeging beoogt slechts te verduidelijken dat de vordering op de voet van art. 6:203 BW haar grondslag vindt in de vernietiging door de appelrechter van de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg, maar behelst geen regel met betrekking tot het tijdstip waarop deze vordering ontstaat.’

Kort daarna, in 2016, overweegt de Hoge Raad in het arrest *De Leeuw/Pinoccio*:²³⁰

‘3.3.5 In een geval als het onderhavige, waarin een partij bij vonnis is veroordeeld tot betaling, tegen welk vonnis hij hoger beroep heeft ingesteld, is, hangende het appel, de vordering tot terugbetaling van hetgeen op grond van het vonnis in eerste aanleg is voldaan, niet toewijsbaar, aangezien toewijzing onverenigbaar zou zijn met de rechtskracht van dat vonnis, terwijl het hoger beroep juist de strekking heeft dat dit vonnis wordt vernietigd en daardoor de vordering tot terugbetaling ontstaat. *Die partij is derhalve niet daadwerkelijk in staat haar (op dat moment nog toekomstige) aanspraak geldend te maken.* [curs. GM] De terugwerkende kracht die toekomt aan de uitspraak waarbij de veroordeling wordt vernietigd, gaat niet zo ver dat die partij, achteraf bezien, wel geacht moet worden daartoe in staat te zijn geweest. De andersluidende opvatting zou niet in overeenstemming zijn met de hiervoor in 3.3.4 vermelde strekking van de regels met betrekking tot de korte verjaringstermijnen. Dat de vordering tot terugbetaling hangende het hoger beroep voorwaardelijk ingesteld kan worden bij de rechtbank en dat de veroordeelde partij in hoger beroep

230. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Leeuw/Pinoccio*). Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor dit arrest, sub 3.5: ‘Het moment van bekendheid met het bestaan van de vordering moet worden onderscheiden van het moment waarop de vordering uit onverschuldigde betaling ontstaat. Dit blijkt reeds uit de verschillende aanvangsmomenten van de in art. 3:309 BW genoemde korte en lange verjaringstermijnen en uit het in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeeld van de nietige overeenkomst. Het gaat om verschillende momenten, omdat voor de bepaling van elk moment een andere toets geldt. Toepassing van beide toetsen kan er in concreto op neer komen dat beide momenten (ongeveer) samenvallen, maar dat hoeft niet het geval te zijn.’

terugbetaling kan vorderen van hetgeen zij ingevolge het vonnis in eerste aanleg mocht hebben voldaan, maakt dat niet anders (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (rov. 3.7.2)).

3.3.6 Het vorenstaande brengt mee dat het oordeel van het hof dat de verjaring van de vordering van Pinoccio op De Leeuw c.s. uit hoofde van onverschuldigde betaling niet eerder is gaan lopen dan op 19 februari 2014, juist is, (...).⁷

Wanneer de rationale van beide in deze paragraaf besproken arresten op het vraagstuk van de aanvang van de verjaringstermijn van de vordering wegens ten onrechte gelegd conservatoir beslag wordt losgelaten, lijkt het waarschijnlijk dat de verjaring van die vordering eerst *na de afwijzing van de vordering van de beslaglegger aanvangt*. In de volgende paragraaf wordt dit nader uitgewerkt en worden ook argumenten naast de in deze paragraaf besproken overwegingen in de twee arresten van de Hoge Raad aangevoerd.

3.9.9 Daadwerkelijk in staat zijn als ruim begrip, logisch en evenwichtig, pleidooi voor verjaring vanaf afwijzing

Verjaring die een aanvang neemt voordat de gelaedeerde in staat is een vordering geldend te maken, dat kan toch de bedoeling niet zijn? Het recht lijkt soms op een schaaakprobleem, waarbij de uitkomst vooraf gegeven is en de vraag alleen is langs welke weg men haar kan bereiken.²³¹

Uit de overwegingen in het arrest *De Leeuw/Pinoccio* kan mijns ziens worden afgeleid dat de Hoge Raad wanneer hij mogelijk voor eenzelfde verjaringsvraag voor de vordering van de beslagene gesteld wordt tot eenzelfde benadering zal komen. Het gaat ook dan om een situatie waarin een partij niet daadwerkelijk in staat is om een aanspraak geldend te maken.²³²

Ook overigens kunnen krachtige argumenten in stelling worden gebracht tegen de thans in feitelijke instanties gevolgde lijn.

Smeehuijzen²³³ verdedigt, voor de schadevergoeding na (onrechtmatige) inzet van strafvorderlijke dwangmiddelen, een benadering die erop neerkomt dat pas als een eenduidige rechtshandeling opkomt, waardoor benadeelden *daadwerkelijk in staat zijn* om te reageren (bijvoorbeeld het intrekken van hoger beroep door de officier

231. T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358 (*De Leeuw/Pinoccio*), sub 1.

232. Zie in dit verband ook HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, JA 2019/13, met name r.o. 3.3.3: 'Een beroep op verjaring, waaronder begrepen een beroep op het niet stuiten van de verjaring, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn mede door de billijkheid wordt bepaald (HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168 ([...]), rov. 3.4), staat, anders dan onderdeel 1.1 betoogt, niet eraan in de weg dat de omstandigheden die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Onderdeel 1.1 mist dus in zoverre doel. De klacht van onderdeel 1.1 dat het oordeel van het hof niet strookt met het strenge en tot terughoudende toepassing nopende karakter van de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, kan ook niet tot cassatie leiden. Het hof heeft dit karakter niet miskend. Het heeft immers in rov. 6.30 gewezen op de uitzonderlijkheid van dit geval, vervolgens de in rov. 6.30-6.32 vermelde omstandigheden in aanmerking genomen en bij zijn oordeel in rov. 6.33 de juiste maatstaf aangelegd.'

233. Smeehuijzen 2011, p. 84 en 85. Zie ook Smeehuijzen 2008, p. 152.

van justitie), de verjaringstermijn zou behoren aan te vangen. Wat volgens Smeehuijzen wringt, is dat men zich kan afvragen hoe zinvol een civiele procedure tot schadevergoeding is, wanneer de strafrechter zich nog niet (onherroepelijk) heeft uitgesproken. Terecht stelt hij zich op het standpunt dat hangende de strafvervolgning de kans dat benadeelden kunnen bewijzen dat de inzet van dwangmiddelen onrechtmatig was vrijwel nihil zal zijn en dat het maatschappelijk ongewenst is dat verdachten civiele procedures (moeten) beginnen voordat de strafrechter uitspraak heeft gedaan.

De belangrijkste generieke doelen van het verjaringsrecht zijn gelegen in het beschermen van de debiteur tegen (1) ongegronde vorderingen waartegen hij zich wegens de teloorgang van bewijsmiddelen niet meer adequaat kan verweren en (2) gegronde vorderingen die hij wegens tijdsverloop niet meer verwacht.²³⁴ Voor beide doelen vallen binnen het domein van de schadevergoeding na onterecht beslag belangrijke ‘terzijdes’ te plaatsen die de rationale van het verjaringsrecht en in het bijzonder de hiervoor aangeduide bescherming van de debiteur (de beslaglegger) een andere betekenis en lading geven. Daarbij is ook van belang dat de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 BW haar ‘raison d’être’ ook nadrukkelijk ontleent aan de *billijkheidsgedachte*. Bezien vanuit deze billijkheidsgedachte doet zich hier de bijzonderheid voor dat de mogelijke vordering van de conservatoir beslagene *welbewust in het leven wordt geroepen* door de beslaglegger. Wat vanuit de billijkheidsgedachte ook wringt, is dat de beslagene vaak jarenlang niet daadwerkelijk in staat is om zijn vordering geldend te maken, bij gebreke van een onherroepelijk einde aan de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger wordt geoordeeld.²³⁵ Het is bepaald niet uitgesloten dat vijf jaren verstrijken voordat de vordering in de hoofdzaak onherroepelijk is afgewezen. Dat zou betekenen dat, alvorens de vordering daadwerkelijk in rechte kan worden afgedwongen, de vordering reeds verjaard zou kunnen zijn.

Met Smeehuijzen²³⁶ ben ik – in algemene zin – van mening dat fundamentele betekenis toekomt aan het onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin van de benadeelde redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde en anderzijds de situatie waarin dat niet het geval is. Er is veel voor te zeggen dat in geval van onterecht gelegd beslag de tweede situatie aan de orde zou moeten zijn. Daarbij speelt een aantal omstandigheden een rol:

- de aard van de aansprakelijkheid (risicoaansprakelijkheid);
- het feit dat de vordering tot schadevergoeding welbewust door de beslaglegger in het leven wordt geroepen en deze ook, gedurende de procedure in de hoofdzaak, nadrukkelijk voor de beslaglegger in beeld blijft;²³⁷
- de rationale van het verjaringsrecht (bescherming debiteur) die hier in een bijzondere, sterk gerelativeerde, context moet worden gezien;

234. Zie in dit verband ook r.o. 3.4 in HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman*) en Smeehuijzen 2008, p. 209.

235. Vergelijk Meijsen & Jongbloed 2010, p. 89. Uiteraard blijft de beslagene al die tijd ook nog hinder houden van het beslag dan wel een ter vervanging van dat beslag gestelde bankgarantie. Zie ook Thoe Schwartzberg 2007, p. 134, Tjittes 2002, p. 65 en Molkenboer 2013, p. 23.

236. Smeehuijzen 2008, p. 55.

237. Zie in dit verband ook Smeehuijzen 2008, p. 235. De rechtvaardiging van verjaring wordt in zijn optiek direct ingrijpend verzwakt als vaststaat dat er een vordering is.

- het feit dat kan worden getwijfeld of de gegeven vordering van de beslagene bij gebreke van een onherroepelijk en afwijzend oordeel in de hoofdzaak wel als opeisbaar kan worden beschouwd, althans aan de betekenis van die term binnen de verjaring. Weliswaar kan door de beslagene een vordering worden *ingesteld*, maar deze kan pas worden toegewezen nadat in de hoofdzaak (onherroepelijk) is beslist. De beslagene kan tot die tijd geen vordering *geldend maken*;
- het gegeven dat de grondslag van de vordering dogmatische uitdagingen in het leven roept, die ook consequenties hebben voor het verjaringsrecht; per saldo volgt uit de ‘fictie van onrechtmatigheid bij aanvang’ dat ‘de verjaringsklok wordt teruggezet’;
- het feit dat de Hoge Raad in *ASR/Achmea* tot het oordeel komt dat het voldoen aan een wettelijke voorwaarde om de vordering te doen ontstaan, impliceert dat de verjaringstermijn ook dan pas een aanvang kan nemen. Voor de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag is er geen specifieke wettelijke voorziening, maar een kader dat door de Hoge Raad is gebaseerd op artikel 6:162 lid 3 BW. Omdat er enige analogie bestaat met de regresvordering ex artikel 6:10 BW kan hieraan een argument worden ontleend dat ook voor de vordering van de beslagene eerst na onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger de verjaringstermijn aanvangt;
- het gegeven dat de regering binnen een domein dat rechtstreeks op de vordering van de conservatoir beslagene kan worden toegepast (de vordering van de ten onrechte vervolgte of veroordeelde) de onwenselijke consequenties van de onverkorte toepassing van artikel 3:310 lid 1 BW onder ogen heeft gezien en hiervoor een aan dit artikel derogerende conceptverjaringsbepaling heeft voorgesteld.²³⁸

Samengevat: naar de stand van de jurisprudentie in feitelijke instanties lijkt de vordering van de beslagene na een onrecht gelegd beslag onverkort onderworpen aan de verjaringsregels van artikel 3:310 BW. De specifieke aard van deze vordering rechtvaardigt echter een andere behandeling. Hierbij moet bijzondere betekenis worden toegekend aan het gegeven dat de beslagene, bij gebreke van een onherroepelijke uitspraak in de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger waarvoor beslag is gelegd wordt beslist, niet in staat is zijn vordering in rechte af te dwingen.

De onrecht beslagene dient zich er, op basis van de huidige stand van de jurisprudentie, terdege van bewust te zijn dat de verjaringstermijn van de vordering tot schadevergoeding aanvangt wanneer hij schade als gevolg van het beslag begint te lijden. Wanneer hij vervolgens de (onherroepelijke) uitspraak in de hoofdzaak afwacht, kan hij weleens te laat zijn om nog een vordering tot vergoeding van de schade geldend te maken. Dit betekent dat de beslagene er hoe dan ook goed aan doet nog tijdens de procedure in de hoofdzaak de verjaring van zijn vordering wegens onrecht beslag te stuiten.²³⁹

238. Zie hiervoor par. 3.2.7.4.

239. Zie ook Molkenboer 2012, p. 19.

3.9.10 Overige aspecten verjaring en opeisbaarheid

3.9.10.1 *Dient de omvang van de schade vast te staan?*

Aan opeisbaarheid van de vordering tot schadevergoeding staat niet in de weg dat de hoogte ervan (nog) niet vaststaat of nog door een deskundige moet worden vastgesteld.²⁴⁰

3.9.10.2 *Verjaring en voortdurende schade*

Veelal zal bij ten onrechte gelegd beslag sprake zijn van voortdurende (doorlopende) schade, doordat de beslagene langdurig niet vrij over bepaalde goederen heeft kunnen beschikken. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad²⁴¹ wordt de aanvang van de verjaringstermijn dan gerekend vanaf het moment van het ontstaan van de doorlopende schadeposten en dus niet telkens vanaf de momenten waarop de beslagene bepaalde inkomsten of rendementen mist of niet over de beslagen goederen kan beschikken.

3.9.10.3 *Verjaring en verschillende schadeposten*

Denkbaar is dat het beslag afzonderlijk van elkaar te onderscheiden schadeposten tot gevolg heeft die op verschillende tijdstippen zijn ontstaan. Wanneer een ten onrechte gelegd conservatoir beslag afzonderlijke schadeposten tot gevolg heeft die op verschillende tijdstippen ontstaan, zal op grond van artikel 3:310 BW de verjaring van elke post afzonderlijk aanvangen, telkens bij het ontstaan van de desbetreffende schadepost.²⁴²

3.9.10.4 *Verschillende regimes, betaling onder protest?*

Een betaling 'onder protest' dient als een onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW te worden beschouwd.²⁴³ Ook degene die bewust (onder protest) onverschuldigd betaalt, kan de daarop gegronde terugvorderingsactie instellen.²⁴⁴ Van belang is verder dat in dat geval het bepaalde in artikel 6:83 aanhef en sub b BW meebrengt dat de beslaglegger zonder ingebrekestelling in verzuim is en dus wettelijke rente is verschuldigd vanaf het tijdstip *dat aan hem is betaald*.²⁴⁵

3.9.10.5 *Stuiting van de verjaring*

Verjaring van de vordering kan worden gestuit door een daad van rechtsvervolgning (art. 3:316 BW),²⁴⁶ door een schriftelijke aanmaning of mededeling waarin de be-

240. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 928 en Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 395 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 39 en 411.

241. Vergelijk in dit verband HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9600, NJ 2003/268, m.nt. T. Koopmans.

242. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 411. en Parl. Gesch. Boek 3, p. 928.

243. Zie in dit verband par. 3.9.8 en 4.8.5.

244. Parl. Gesch. Boek 6, p. 806.

245. Zie par. 5.9 en HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Sniijders.

246. Bijvoorbeeld het indienen van een eis in reconventie waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd dat het beslag onrechtmatig is en schadevergoeding wordt gevorderd, zie verder par. 5.7.

slagene zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW), of door erkenning van de vordering door de beslaglegger (art. 3:318 BW).

Bij stuiting door een daad van rechtsvervolgving of erkenning doen zich in de praktijk vrijwel geen onduidelijkheden voor. Bijzondere bespreking verdient wel de ‘schriftelijke aanmaning’ ex artikel 3:316 BW. De woorden ‘een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt’ uit dit artikel moeten worden gelezen in het licht van de strekking van de stuitingsmededeling per brief. Die strekking komt erop neer dat de schuldeiser een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar geeft dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, zodat hij zich tegen een dan alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren.²⁴⁷ Bij de uitleg van de schriftelijke stuitingsmededeling is niet alleen de letterlijke tekst bepalend, maar moet ook worden gelet op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval; het komt mede aan op de betekenis die partijen over en weer in de gegeven omstandigheden van het geval aan de mededeling mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁴⁸ Een belangrijke rechtvaardiging voor de (korte) subjectieve verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW is dat een schuldenaar na vele jaren kan worden geconfronteerd met een vordering waartegen hij zich niet meer deugdelijk kan verweren, omdat hij niet langer beschikt over relevant bewijsmateriaal. Er mag geen misverstand bestaan over de vraag of de schuldeiser, in dit geval de beslagene, zijn rechten voorbehoudt.

Voor vragen rondom de stuiting door de beslagene op basis van een schriftelijke aanmaning, of mededeling waarin de beslagene zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW), zal vaak bestudering van de relevante correspondentie uitsluitel moeten bieden. Deze kan bijvoorbeeld in het kader van het stellen van een bankgarantie door beslaglegger en beslagene zijn gewisseld. In dat verband is relevant dat de Hoge Raad in zijn arrest *Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland* uit 2015 uitdrukkelijk ruimte biedt voor het betrekken van *omstandigheden rondom de mededeling*.²⁴⁹

‘3.3. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis kan onder meer worden gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 lid 1 BW). Deze schriftelijke mededeling moet een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhouden dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (vgl. HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0418, NJ 2006/642). Bij de beoordeling of de mededeling aan de in art. 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook

247. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1408 en HR 14 februari 1997, NJ 1997/244.

248. Vergelijk A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5638, RvdW 2012/1287, sub 2.25.

249. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:274, NJ 2015/382 (*Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*).

op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval (vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502, NJ 2009/439). Bij deze beoordeling kan onder omstandigheden mede betekenis toekomen aan de verdere correspondentie tussen partijen (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7063, NJ 2011/503).’

In deze overwegingen trekt de Hoge Raad dus de bestaande lijn door dat (ook) bij stuitingsmededelingen betekenis dient toe te komen aan ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ (*Haviltex*).²⁵⁰

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

‘3.5. (...) Opmerking verdient echter nog dat, anders dan in het oordeel van het hof ligt besloten (rov. 3.16), in het algemeen ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden *nadat een rechtshandeling is verricht* [curs. GM], medebepalend kunnen zijn voor de uitleg daarvan. Er is geen aanleiding hierover anders te oordelen bij de beantwoording van de vraag of een mededeling als bedoeld in art. 3:317 BW, stuitende werking heeft.’

Bezien vanuit het onderwerp van dit onderzoek dient vooral betekenis te worden toegekend aan de frase ‘context waarin de mededeling wordt gedaan’. Wanneer er conservatoir beslag is gelegd dient de beslaglegger zich, vanaf het moment van het leggen van het beslag, te realiseren dat dit beslag schade voor de beslagene tot gevolg kan hebben die hij dient te vergoeden als zijn vordering wordt afgewezen. Maar dat bewustzijn schort de (mogelijke) verjaring niet op. In de praktijk kunnen zich allerlei ‘communicatiemomenten’ voordoen die in het licht van het voorgaande relevant zijn, zoals de wijze waarop verzoeken voor het verlagen van een beslag vervangende bankgarantie, al dan niet na ontwikkelingen in de procedure in de hoofdzaak, zijn verwoord. In dit verband is een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2016 relevant.²⁵¹ In casu was – kort samengevat – door de Ontvanger op 27 november 2003 beslag gelegd. In de fiscale procedure zijn de aanslagen die aan het beslag van de Ontvanger ten grondslag lagen door de belastingkamer van het Hof Arnhem-Leeuwarden bij arrest van 9 november 2010 vernietigd, c.q. verminderd tot nihil. Eerst op 11 maart 2011 werd aan de Ontvanger een formele stuitingsbrief verzonden voor de vordering tot vergoeding van de door het beslag geleden schade. In de tussenliggende jaren was er tussen partijen echter veelvuldig gecorrespondeerd waarbij ook, in 2005 en 2006, schadeclaims in het vooruitzicht werden gesteld. Verder was op 23 maart 2006 een brief aan de Ontvanger gezonden met daarin de volgende passage:

‘Anderszins loopt de Belastingdienst het risico dat als blijkt dat de Inspecteur ten aanzien van de navorderingsaanslagen (...) het ongelijk aan zijn zijde krijgt, daarmee vaststaat dat alle getroffen maatregelen door

250. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

251. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10098, AR 2016/3857.

De Ontvanger (...) onrechtmatig waren. Immers De Ontvanger is risico-ansprakelijk voor al zijn maatregelen die hij treft.’

Onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad²⁵² komt het hof tot het oordeel dat de Ontvanger in dit licht uit de brief van 23 maart 2006

‘5.5. (...) een voldoende duidelijke waarschuwing aan hem moest opmaken dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moest houden dat hij de beschikking hield over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door de schuldeisers ingestelde vordering behoorlijk kon verweren. Daaraan doet niet af dat de advocaat in deze brief ook vroeg of de Ontvanger bereid was een regeling te treffen met [appellant2] zodat de executie van de woning te [plaats3] kon worden uitgesteld en evenmin dat de brief overigens een onderhandelingsituatie beoogde te openen aangezien een en ander, naar de Ontvanger redelijkerwijs behoorde te begrijpen, geenszins de waarschuwing, die de brief tevens bevat, ontkrachtte. De rechtbank heeft het beroep van de Ontvanger op verjaring derhalve terecht verworpen.’

De verjaring wordt ook gestuit wanneer de beslagene in de procedure waarin wordt geoordeeld over de vordering van de beslaglegger een reconventionele vordering tot schadevergoeding instelt, zo volgt uit artikel 3:316 lid 1 BW. Wanneer de vordering van de beslaglegger wordt afgewezen, maar in hetzelfde vonnis niet (geheel) op die reconventionele vordering van de beslagene wordt beslist, deze wordt afgewezen, of de eis in reconventie niet-ontvankelijk wordt verklaard, dient de beslagene tijdig op de voet van artikel 316 lid 2 BW een nieuwe eis in te stellen.²⁵³

3.10 Toepasselijk recht op de vordering tot vergoeding van schade

Het is mogelijk dat de procedure over de vordering van de beslaglegger niet in Nederland maar in het buitenland wordt gevoerd en/of op die vordering buitenlands recht van toepassing is. Dat neemt niet weg dat, omdat de schade zich in Nederland voor zal doen, op de vordering tot schadevergoeding na onterecht beslag in beginsel Nederlands recht van toepassing is. Dit volgt voor procedures tussen partijen die in de Europese Unie zijn gevestigd uit artikel 4 lid 1 Rome II-Verordening.²⁵⁴ Een

252. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:274, NJ 2015/382 (*Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*).

253. Zie voor een praktijkvoorbeeld Rb. Middelburg 20 december 2006, ECLI:NL:RBMD:2006:BX9914.

254. Art. 4 lid 1 Verordening (EU) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-Verordening): ‘Tenzij in deze verordening anders bepaald, is het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen.’ Zie voor praktische toepassingen van deze regel na onterecht beslag Hof Amsterdam 15 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2782, bekrachtigd via art. 81 Wet RO in HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3308, RvdW 2015/1238 en Rb. Rotterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4483. Voor schade die is ontstaan vóór 11 januari 2009, de inwerkingtreding van de Rome II-Verordening, is de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad van toepassing (vervallen per 1 januari 2012). In beginsel zal dan op basis van art. 3 lid 1 van deze wet Nederlands recht van toepassing zijn op de vordering tot schadevergoeding. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81.

uitzondering op dit uitgangspunt is in dit kader enkel denkbaar wanneer beide EU-procespartijen hun zetel hebben in een ander (en hetzelfde) land binnen de Europese Unie.²⁵⁵ Voor procedures met (een) partij(en) buiten de Europese Unie zal eveneens Nederlands recht van toepassing zijn, nu artikel 10:159 BW voor verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst Rome II-Verordening van overeenkomstige toepassing verklaart.²⁵⁶

Wanneer ter opheffing van een conservatoir beslag een bankgarantie is gesteld waarop buitenlands recht van toepassing is verklaard, kunnen zich complicaties voordoen. Doorgaans zal de garantie enkel de condities bevatten waaronder tot uitbetaling dient te worden overgegaan. De vraag is of op de vordering tot vergoeding van de schade Nederlands recht van toepassing is, dan wel het recht dat op de bankgarantie van toepassing is verklaard. Ik meen dat in beginsel het eerste het geval zal zijn, vanwege de ruime redactie van zowel artikel 4 lid 1 Rome II-Verordening als artikel 10:159 BW. De schade zal zich in principe in Nederland hebben voorgedaan. Bovendien is de garantie met de onherroepelijke afwijzing van de vordering uitgewerkt. Deze laatste complicatie zal zich overigens in de praktijk weinig voordoen. Nederlandse banken geven in de regel enkel een beslaggarantie af die door Nederlands recht wordt beheerst. Daarbij komt dat een door een buitenlandse bank afgegeven garantie in beginsel niet voldoet aan de in artikel 705 Rv bedoelde zekerheid.²⁵⁷

3.11 Wettelijke basis?

Zoals besproken in paragraaf 2.7 kent het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering twee wettelijke grondslagen voor schadevergoeding na specifieke vormen van conservatoire beslagen. Dit betreft beslagen die betrekking hebben op handhaving van rechten van intellectuele eigendom en beslagen op luchtvaartuigen.

3.11.1 Ten onrechte gelegde beslagen die IE-rechten betreffen

In 2007 is, als onderdeel van de implementatie van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, artikel 1019g aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toegevoegd.²⁵⁸ Dit artikel beoogt een expliciete regeling te bieden voor – zakelijk weergegeven – onrechtmatig gelegd (bewijs)beslag dat op basis van een beslag ter handhaving van een (gepretendeerd) recht van intellectueel eigendom is gelegd.

Artikel 1019g Rv luidt als volgt:

‘De rechter *kan* [curs. GM] op vordering van degene die is getroffen door

255. Art. 4 lid 2 Rome II-Verordening.

256. Zie voor een praktische toepassing voor een partij buiten de Europese Unie Rb. Middelburg 20 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BX9914. Destijds was Nederlands recht nog van toepassing op grond van de bij gelegenheid van de invoering van Boek 10 BW per 1 januari 2012 ingetrokken Wet conflictenrecht onrechtmatige daad.

257. Vergelijk Pres. Rb. Haarlem 19 december 1997, KG 1998/36.

258. Zie par. 2.7.2.

- a. een beslag dat is gelegd ingevolge artikel 28, derde lid, Auteurswet 1912, artikel 17, tweede lid, Wet op de naburige rechten, de artikelen 2.22, tweede lid, en 3.18, tweede lid, Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen, artikel 70, negende lid, Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 en artikel 13a, negende lid, Landbouwkwaliteitswet,
- b. een maatregel als bedoeld in artikel 1019b, eerste lid,
- c. een bevel als bedoeld in artikel 1019e, eerste lid, of
- d. enige andere voorlopige maatregel die is opgelegd krachtens een in artikel 1019 bedoeld recht van intellectuele eigendom, tot voorkoming van een dreigende inbreuk of houdende een verbod op inbreukmakende handelingen of een verbod jegens een tussenpersoon,

gelasten dat degene die om deze maatregel heeft gevraagd de door deze maatregel toegebrachte schade op passende wijze vergoedt, indien het beslag ten onrechte is gelegd of het beslag is opgeheven dan wel voor zover de maatregel niet had behoren te worden getroffen of het bevel niet had behoren te worden gegeven of indien wordt vastgesteld dat er geen inbreuk was gemaakt of dreigde.’

Zoals eerder opgemerkt is de facultatieve formulering van artikel 1019g Rv, die is ontleend aan de richtlijn, opvallend. Gelet op het woord ‘kan’ heeft de rechter in de in het artikel aangegeven gevallen de *bevoegdheid* tot het toekennen van schadevergoeding en dus niet de verplichting. Met Tjong Tjin Tai²⁵⁹ vraag ik mij af of deze formulering niet op gespannen voet staat met het geldende Nederlandse recht, in het bijzonder de door de Hoge Raad in het arrest *Snel/Ter Steege* geformuleerde risicoaansprakelijkheid.²⁶⁰ Voor een verdere bespreking van dit onderwerp verwijst ik naar paragraaf 2.7.2 en (voor eenzelfde discussie in België) 7.2.10.6.

3.11.2 Ten onrechte gelegde beslagen op luchtvaartuigen

Verder bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering eveneens een expliciete wettelijke grondslag voor ten onrechte gelegde beslagen op luchtvaartuigen. De basis daarvoor vormt het Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige bepalingen inzake conservatoir beslag op luchtvaartuigen. Dit verdrag is door Nederland in 1938 bekrachtigd.

De desbetreffende bepaling, (thans) artikel 729c, luidt per 1 januari 1992 als volgt:

‘1. Wanneer in strijd met de overige artikelen van deze afdeling of zonder goede grond beslag op een luchtvaartuig is gelegd, is de beslaglegger gehouden de daardoor ontstane schade te vergoeden.

2. Het eerste lid is mede van toepassing, wanneer de schuldenaar zekerheid heeft moeten stellen om een beslag te voorkomen dat, ware het gelegd, in strijd met de vorige artikelen of zonder goede grond zijn geweest.’

259. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019g Rv aant. 1 (bijgewerkt 20 maart 2019).

260. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

Voor de geschiedenis en achtergrond van deze bepaling wordt verwezen naar paragraaf 2.7.1.

3.11.3 Geen aanleiding tot breder debat

De twee bijzondere wettelijke regelingen voor schadevergoeding na onterecht gelegd beslag zijn opgenomen doordat Nederland zich hiertoe internationaal had verplicht, hetzij door ondertekening van een specifiek verdrag, hetzij via zijn lidmaatschap van de Europese Unie. De implementatie van deze twee regelingen heeft in beide gevallen niet geleid tot een breder debat over de vraag of, in generieke zin, een gelijklopende voorziening in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou moeten worden opgenomen. Zoals in paragraaf 2.6 besproken, zijn daarnaast de bepalingen 732 en 739 (oud) Rv, voor dicht tegen de aansprakelijkheid na onterecht beslag liggende situaties, in 1992 geruisloos uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verdwenen.²⁶¹ Tijdens de fundamentele herbezinning op het Nederlands procesrecht is de schadevergoeding na onterecht gelegd beslag vervolgens slechts summier²⁶² aan de orde geweest. Ook toen is geen fundamenteel debat gevoerd over de grondslagen en aard van de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag, of, in dat verband, over de (on)wenselijkheid van het introduceren van een wettelijke basis voor deze aansprakelijkheid.

3.12 Vordering overdraagbaar en vatbaar voor overdracht?

Een vordering tot schadevergoeding wordt in het algemeen vatbaar geacht voor overdracht.²⁶³ Er is geen reden waarom dit niet zou gelden voor de vordering tot vergoeding van schade na onterecht beslag.

3.12.1 Bestaande of toekomstige vordering?

Wanneer de schade zich heeft voorgedaan beschikt de beslagene over een *bestaande vordering* tot verhaal van schade als gevolg van een ten onrechte gelegd beslag. Dat is echter wel een bijzondere bestaande vordering, omdat zij eerst in rechte kan worden afgedwongen wanneer de vordering van de beslaglegger (onherroepelijk) is afgewezen en daarmee vast komt te staan dat het beslag inderdaad onterecht is

261. Deze artikelen bepaalden dat bij opheffing respectievelijk vervallen van een conservatoir beslag de beslaglegger zou worden verwezen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen 'indien daartoe gronden aanwezig zijn'. Deze artikelen vormden voor de Hoge Raad een belangrijk ijkpunt in de overwegingen in het arrest *Snel/Ter Steege*, zie verder par. 3.2.3.

262. Asser e.a. 2003, p. 62-64. Opmerking verdient met name de frase op p. 63 van dit rapport: 'Teneinde escalatie door dwangmaatregelen in de voorfase te verminderen, dient voortijdige conservatoire beslaglegging te leiden tot een verplichting tot vergoeding van de als gevolg daarvan door de beslagene geleden schade'. Zoals ook in par. 3.1 vermeld plaatst Ynzonides hierbij terecht de kanteekening dat beslaglegging ook tot een gunstige escalatie van het geschil kan leiden, waardoor partijen snel voor de rechter staan en het geschil mogelijk snel tot een oplossing kan worden gebracht, Ynzonides 2007, p. 19. Verder slaat de Werkgroep, samengesteld om een reactie vanuit praktijk en wetenschap op het rapport te geven, aan op het begrip 'voortijdig' in het hiervoor geciteerde citaat uit het rapport Uitgebalanceerd. De Werkgroep stelt terecht vast dat het te hanteren criterium behoort te zijn of de beslaglegging al dan niet *onrechtmatig* is. Zie Jongbloed e.a. 2007, p. 17-18.

263. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, 4.7. Cessie bij BW Boek 6 (bijgewerkt tot 15 augustus 2018).

gelegd.²⁶⁴ De door de Hoge Raad in het arrest *De Leeuw/Pinoccio*²⁶⁵ gebezigde term in r.o. 3.3.5 zou op dit punt tot verwarring kunnen leiden:

‘3.3.5. (...) Die partij is derhalve niet daadwerkelijk in staat haar (op dat moment nog toekomstige) aanspraak geldend te maken. (...)’

De toekomstige *aanspraak* dient hier mijns inziens te worden gelezen als het toekomstig geldend kunnen maken van de (bestaande) *vordering*. Steun voor die opvatting valt te ontleen aan een ander arrest van de Hoge Raad uit 2010.²⁶⁶

‘3.4. (...) In beginsel moet worden aangenomen dat de partij die door dreiging met executie van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis de veroordeelde heeft gedwongen tot betaling van het bij dat vonnis toegewezen bedrag, voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, onrechtmatig heeft gehandeld en deswege schadeplichtig is, wanneer dit vonnis met de daarin begrepen veroordeling wordt vernietigd (vgl. HR 19 februari 1999, nr. C97/143, NJ 1999, 367). In een zodanig geval brengt het bepaalde in art. 6:83, aanhef en onder b, BW mee dat degene aan wie onverschuldigd is betaald, zonder ingebrekestelling in verzuim is en derhalve wettelijke rente is verschuldigd vanaf het tijdstip dat aan hem is betaald. Van dit geval is te onderscheiden het geval dat de veroordeelde vrijwillig aan een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis voldoet. Maar evenals in het eerder bedoelde geval van dreiging met executie weet ook degene aan wie aldus vrijwillig betaald wordt, dat de veroordeling waarop de betaling berust nog aan vernietiging blootstaat, en moet hij derhalve vanaf het tijdstip dat aan hem is betaald ermee rekening houden dat hij het betaalde na vernietiging van het vonnis als onverschuldigd zal moeten terugbetalen. Hiermee strookt het om ook in geval van vernietiging van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis waaraan vrijwillig is voldaan, aan te nemen dat degene aan wie onverschuldigd is betaald, zonder ingebrekestelling in verzuim is en derhalve wettelijke rente is verschuldigd vanaf het tijdstip dat aan hem vrijwillig is betaald. Ook het bepaalde in de art. 6:82 en 83 verzet zich niet daartegen, nu de uitzonderingen van art. 6:83 niet zonder meer als limitatief dienen te worden opgevat (zie ook Parl. Gesch. Boek 6, blz. 294 en 296).’

Wat geldt voor de betaling ‘onder protest’ geldt evenzeer voor de vordering tot vergoeding van schade. Hierbij is ook nog van belang dat de vordering door de Hoge Raad is gekwalificeerd als onrechtmatige daad.²⁶⁷ Nu het gaat om een verplicht-

264. De door de Hoge Raad in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Leeuw/Pinoccio*) gebezigde term in r.o. 3.3.5 zou tot verwarring kunnen leiden: ‘(...) Die partij is derhalve niet daadwerkelijk in staat haar (op dat moment nog toekomstige) aanspraak geldend te maken. (...)’.

265. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Leeuw/Pinoccio*).

266. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Snijders. Voor de ‘dreiging’ en de daaruit voortvloeiende verplichting de schade te vergoeden is ook betekening van het vonnis afdoende, zo volgt uit HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189 (*Duck/Hager*).

267. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*); zie verder ook par. 3.2.5.

ting tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, treedt het verzuim ingevolge artikel 6:83 aanhef en sub b BW zonder ingebrekestelling in.

Het gegeven dat de vordering tot aan de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger nog niet *daadwerkelijk geldend kan worden gemaakt* maakt de vordering geen voorwaardelijke verbintenis als bedoeld in artikel 6:21 BW. In dat artikel gaat het immers om vorderingen die *bij rechtshandeling* van een toekomstige gebeurtenis afhankelijk zijn gemaakt.²⁶⁸

Uit de aard van de vordering van de beslagene volgt dat hij in alle stadia van de procedure in de hoofdzaak (zelfs *voordat deze is begonnen* en hij reeds schade lijdt) rechtsgeldig zijn vordering kan overdragen. Uiteraard behoudt de beslaglegger in een dergelijk geval alle rechten en wesen om zich tegen de vordering te verweren.²⁶⁹

Dit vloeit ook voort uit het beginsel dat een schuldeiser, in dit geval de beslagene, niet meer rechten kan overdragen dan waarover hij zelf beschikt.²⁷⁰

Dat de beslagene zijn vordering kan overdragen of bezwaren — en met name ook dat hij dat direct na het beslag en ontstaan van schade kan doen — is van substantieel praktisch belang. De beslagene kan hiermee zijn proces om schadevergoeding te verkrijgen en/of zich tegen de vordering van de beslaglegger te verweren financieren. Ook is denkbaar dat hij de vordering kan vervreemden of bezwaren om liquiditeitsproblemen na de beslaglegging te verminderen.

De procedure tot vergoeding van schade na onterecht beslag vergt in veel gevallen een lange adem, eist substantiële inspanningen en kent een onzekere uitkomst. Ze is daarmee mogelijk een aantrekkelijk doelwit voor partijen die zich toelagen op het verwerven en 'uitprocederen' van vorderingen, met grote onzekerheidsmarge maar dito potentiële winstmarge.

3.12.2 Cessie

De akte van cessie (zoals bedoeld in art. 3:94 lid 1 BW) moet ten minste voldoende gegevens bevatten om het de cessionaris mogelijk te maken te kunnen vaststellen welke vordering wordt gecedeerd. Het lijkt in dit geval niet zo moeilijk om aan dit vereiste te voldoen. De vordering tot vergoeding van schade na onterecht beslag kan eenvoudig worden gecedeerd.

Voor eventuele immateriële schadevergoeding past hier een voorbehoud, dat weinig betekenis heeft voor de praktijk, maar waarover ik mij een korte nadere beschouwing veroorloof. Het recht om aanspraak te maken op vergoeding van immateriële schade wordt door de Hoge Raad beschouwd als een hoogstpersoonlijk recht van de benadeelde zelf. Dit recht kan bijvoorbeeld niet worden uitgeoefend door de curator van de benadeelde. Dat wordt anders wanneer de vordering tot vergoeding van immateriële schade daadwerkelijk door de beslagene wordt ingesteld. Bijvoorbeeld door het versturen van een brief aan de beslaglegger, het instellen van een daartoe strekkende eis in reconventie in de hoofdzaak dan wel het voeren van een zelfstandige schadevergoedingsprocedure. Deze situatie is analoog aan de vordering wegens immateriële schade die al dan niet door een benadeelde is ingesteld die in staat van faillissement komt te verkeren. Een 'ingestelde' aanspraak op de vergoe-

268. Zie ook Molkenboer 2012, p. 18. Zie overigens voor situaties waarin (nog) geen schade is ontstaan par. 4.9.2.

269. Zie hierna par. 5.2.

270. HR 2 november 1933, NJ 1934/302.

ding tot smartengeld valt in de faillissementsboedel, de mogelijkheid om deze in te stellen niet. Met andere woorden, de *bevoegdheid* van de beslagene om een vordering wegens immateriële schade in te stellen kan niet worden overgedragen.²⁷¹ Pas als de vordering is gematerialiseerd gaat deze onderdeel uitmaken van het voor verhaal vatbare vermogen. De Hoge Raad kent in dit verband groot gewicht toe aan het hoogstpersoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van immateriële schade (smartengeld).

Artikel 6:106 lid 2 BW bepaalt uitdrukkelijk dat slechts indien een vordering in rechte wordt ingesteld of het recht op vergoeding van immateriële schade in een overeenkomst is vastgelegd de vordering vatbaar is voor (faillissements)beslag. Een calculerende of opportunistische beslagene/failliet zou er dan ook mogelijk voor kunnen kiezen om, gedurende het faillissement, bewust geen aanbod tot schadevergoeding te aanvaarden of een procedure te beginnen, doch eerst na faillissement zijn vordering wegens immateriële schade te concretiseren.²⁷² Wel loopt hij dan uiteraard het risico dat zijn vordering tijdens het faillissement verjaart, nu de verjaringstermijn van deze vordering niet door het faillissement wordt verlengd. De vraag rijst dan of de failliete beslagene deze verjaring tijdens het faillissement kan en mag stuiten. Mijns inziens blijft de beslagene/failliet hiertoe bevoegd op grond van het bepaalde in artikel 3:317 BW.²⁷³

Voor de goede orde merk ik in dit verband op dat de mogelijkheden voor de beslagene om een vordering wegens immateriële schade na een onterecht beslag geldend te maken, in algemene zin overzichtelijk zijn. Dit zal verder aan de orde komen in paragraaf 5.6.15.

271. Zie art. 6:106 lid 2 BW en HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Oberdorff/Linssen q.q.*) en Molkenboer 2003, p. 17-19.

272. Zie in dit verband Molkenboer 2003, p. 18.

273. In de praktijk bestaat geregeld verarring over het eerste lid van dit artikel omdat het spreekt over 'nakoming van een verbintenis', waardoor partijen zich dikwijls op het standpunt stellen dat een vordering tot schadevergoeding tot de in het tweede lid van dit artikel bedoelde vorderingen behoort: lid 2: 'De verjaring van andere rechtsoverdrachten wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning, indien deze binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als in het vorige lid omschreven.' De verplichting tot het betalen van schadevergoeding is echter een verbintenis uit de wet en behoort derhalve wel degelijk tot de in het eerste lid bedoelde vorderingen, waardoor een gelaedeerde de verjaring van een vordering tot vergoeding van (immateriële) schadevergoeding kan stuiten door 'een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt'. Nu deze stuitingshandeling niet verder gaat dan het 'warm houden' van de aanspraak van de gefailleerde op smartengeld valt deze mijns inziens niet onder het bereik van art. 23 Fw. De aanspraak behoort immers (vergelijk art. 6:106 lid 2 BW en de uitleg daarvan door de Hoge Raad in dit arrest) niet tot het in het faillissement behorende vermogen. Evenmin kan het stuiten worden beschouwd als het instellen van een vordering in rechte. De consequentie van de keuze van de wetgever is naar mijn mening dan ook dat de failliet tijdens faillissement (zo nodig meermalen) tot stuiting kan overgaan om zodoende eerst na faillissement een overeenkomst aan te gaan of een vordering in rechte in te stellen. Gaat de gewezen failliet inderdaad over tot concretisering van zijn vordering als bedoeld in art. 6:106 lid 2 BW, dan ontstaan er overigens weer nieuwe vragen, bijvoorbeeld de vraag of het smartengeld een nagekomen bate als bedoeld in art. 194 Fw kan zijn. Naar mijn mening kan worden verdedigd dat het smartengeld géén nagekomen bate is, omdat dit artikel spreekt over 'baten van den boedel, (...) welke ten tijde der vereffening niet bekend waren'. Wel kunnen de (faillissements)crediteuren na beëindiging van het faillissement beslag leggen op de geconcretiseerde vordering of de door de voormalige failliet ontvangen uitkering. Ook kunnen zij (opnieuw) het faillissement aanvragen, waarbij de vordering of uitkering behoort tot het te verdelen actief. Zie Molkenboer 2003, p. 18-19.

3.12.3 Vatbaar voor beslag?

De opmerkingen die hiervoor over de (on)mogelijkheden voor cessie zijn gemaakt gelden mutatis mutandis ook voor de vraag of de vordering vatbaar is voor conservatoir of executoriaal beslag. Dat kan uiteraard een beslag zijn dat door een derde, (gepretendeerd) schuldeiser van de beslagene, wordt gelegd. Ik acht het echter ook mogelijk dat de gewezen beslaglegger na een ten onrechte gelegd beslag zelf (eigen)beslag legt op hetgeen hij vanwege het onrechtmatige beslag aan de gewezen beslagene verschuldigd is. Dat moet dan uiteraard wel voor een andere vordering zijn dan voor de (onherroepelijk) afgewezen vordering waarvoor hij het beslag had gelegd.

3.12.4 Faillissement van de beslagene en de vordering wegens ten onrechte gelegd beslag

In geval van faillissement van de beslagene valt een eventuele vordering in de faillissementsboedel en kan de curator trachten deze geldend te maken.²⁷⁴ Met dien verstande dat ten aanzien van een eventuele vordering vanwege immateriële schade dezelfde beperkingen gelden als ten aanzien van een mogelijk beslag op deze vordering, zie hiervoor paragraaf 3.12.2.

3.13 Conclusies

De grondslag voor de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd conservatoir beslag is al meer dan honderd jaar onderwerp van wetenschappelijk debat. Op het eerste gezicht lijkt dat debat zijn relevantie te hebben verloren nadat de Hoge Raad in een aantal opeenvolgende arresten sinds 1965 de grondslag heeft vastgesteld. Het ten onrechte gelegde beslag vormt volgens de Hoge Raad een daad die, krachtens de in het verkeer geldende opvattingen als bedoeld in artikel 6:162 lid 3 BW, voor risico van de beslaglegger komt. De Hoge Raad spreekt in dit verband ook expliciet van een 'risicoaansprakelijkheid'. Voor een ten onrechte gelegd beslag gaat het dus niet om 'schuld' maar om een daad die voor rekening van de beslaglegger behoort te komen.²⁷⁵ De conservatoir beslaglegger handelt 'suo periculo', 'à ses risques et périls', 'auf seine Gefahr', op eigen risico.²⁷⁶ De term 'risicoaansprakelijkheid' moet hier niet worden beschouwd als een 'zuivere' risicoaansprakelijkheid, omdat dan naast het schuldelement ook de onrechtmatigheid als vereiste komt te vervallen.²⁷⁷

Nadere beschouwing leert dat zowel de kwalificatie onrechtmatige daad als de karakterisering 'risicoaansprakelijkheid' schuurt en knelt. Zo is een van de toetsstenen om een daad als onrechtmatig te definiëren dat deze daad zonder meer achterwege

274. Vergelijk bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls; zie verder par. 3.2.10.

275. Zie ook Hartlief 2009, p. 395.

276. Heemskerk 1988, p. 89.

277. Hartlief 2009, p. 395 die er dan ook voor kiest de term 'risicoaansprakelijkheid' bewust tussen aanhalingstekens te plaatsten. Hoewel ik de conclusie van Hartlief, zoals ook blijkt uit deze paragraaf, onderschrijf zie ik daar, zoals eerder vermeld, omwille van de leesbaarheid vanaf.

had dienen te blijven. De status van het verlov van de voorzieningenrechter is onduidelijk in dit stelsel, zowel in aanvang als nadat de vordering van de beslaglegger, waarvoor beslag is gelegd, onherroepelijk is afgewezen. Wel lijkt zeker dat het verlov van de voorzieningenrechter niet als een (tijdelijke) rechtvaardigingsgrond ex artikel 6:162 lid 2 BW mag worden beschouwd.

Een consequentie van de benadering over de as van de onrechtmatige daad is ook dat het feit dat de partijen direct na het beslag in een bijzondere verhouding tot elkaar komen te staan *en dat vervolgens gedurende een lange periode blijven*, niet tot zijn recht komt. De aansprakelijkheid van de beslaglegger wordt hierdoor als het ware geparkeerd, om pas weer op te duiken als de vordering van de beslaglegger, waarvoor beslag is gelegd, wordt afgewezen. Hierdoor blijft uit beeld dat de beslaglegger zich ervan bewust is (of in elk geval zou moeten zijn) dat hij *voortdurend* potentieel onrechtmatig handelt en zijn gedrag mede zou moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de beslagene. Dit volgt uit artikel 6:2 lid 1 BW dat bepaalt dat schuldeiser (in dit geval de beslagene) en schuldenaar (de beslaglegger) verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en de nadere invulling daarvan in artikel 3:12 BW.

De frase ‘behoudens bijzondere omstandigheden’ in de overwegingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad is begrijpelijk. In de schaarse gevallen dat deze bijzondere omstandigheden aanwezig werden geacht, had echter evengoed naar de generieke correctiemechanismen van artikel 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid), de eigen schuld van de beslagene ex artikel 6:101 BW of de ad-hocbijstelling door de rechter ex artikel 6:109 lid 1 BW kunnen worden gegrepen. Het is de vraag of de ‘bijzondere omstandigheden’ in de praktijk uiteindelijk zelfstandige betekenis (zouden moeten) hebben. De strekking van deze ‘bijzondere omstandigheden’ is niet duidelijk, hetgeen de inkadering van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag onnodig kan compliceren. Wat hier van zij, vaststaat dat deze ‘bijzondere omstandigheden’ in de praktijk nauwelijks een rol hebben gespeeld in de ruim vijftig jaar die na *Snel/Ter Steege* zijn verstreken.

De Hoge Raad is helder over de afbakening tussen de route van de onrechtmatige daad enerzijds en misbruik van recht anderzijds voor geheel respectievelijk gedeeltelijk afgewezen vorderingen. Daarbij valt echter niet te negeren dat dit dogmatisch onderscheid leidt tot fundamentele verschillen in uitkomsten, terwijl deze verschillen zich, in goed af te bakenen situaties, in redelijkheid moeilijk laten rechtvaardigen. Dit verschil wringt met name wanneer zich in de procedure in de hoofdzaak een duidelijk ‘momentum’ voordoet, waarbij de beslaglegger zich in redelijkheid opnieuw zou dienen te beraden over (onverkorte) handhaving van het beslag en de situatie waarin (en waarna) twee delen van de vordering van de beslaglegger kunnen worden onderscheiden. Die laatste situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer voor een later (deels) afgewezen vordering door de beslagene zekerheid wordt aangeboden en de andere vordering(en) integraal worden afgewezen, zoals in het arrest *Kranenburg/Kranenburg c.s.*²⁷⁸ het geval is.

278. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

Wanneer de vordering van de beslaglegger om processuele redenen sneuvelt en geen materiële beoordeling van zijn vordering heeft plaatsgevonden, staat dit doorgaans niet aan risicoaansprakelijkheid in de weg. Dit geldt onder meer bij verval van instantie en verjaring. Wanneer echter het feit dat een inhoudelijke behandeling niet heeft plaatsgevonden in de risicosfeer van de beslagene zelf ligt, zou er ruimte moeten zijn voor een 'trial within a trial' waarin de beslaglegger de kans krijgt alsnog vast te laten stellen dat hij wel degelijk een vordering heeft, of beter gezegd, gehad had.

De jurisprudentie en wetgevingsinitiatieven die betrekking hebben op schadevergoeding na (achteraf bezien onterecht) strafvorderlijk optreden hebben betekenis voor de vraagstukken rondom schadevergoeding na onterecht civiel conservatoir beslag. Er wordt met dezelfde fictie gewerkt, namelijk dat de inzet van de strafvorderlijke dwangmiddelen van aanvang af onrechtmatig was.

Naar de stand van de jurisprudentie in feitelijke instanties lijkt de vordering van de beslagene na een onterecht gelegd beslag onverkort onderworpen aan de verjarringsregels van artikel 3:310 BW. De specifieke aard van deze vordering rechtvaardigt echter een andere behandeling. Hierbij moet bijzondere betekenis worden toegekend aan het gegeven dat de beslagene, bij gebreke van een onherroepelijke uitspraak in de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger wordt beslist, niet daadwerkelijk in staat is zijn vordering in rechte af te dwingen.

Het gegeven dat de vordering tot aan de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger nog niet daadwerkelijk geldend kan worden gemaakt, maakt de vordering geen voorwaardelijke verbintenis als bedoeld in artikel 6:21 BW. In dat artikel gaat het immers om vorderingen die bij rechtshandeling van een toekomstige gebeurtenis afhankelijk zijn gemaakt.

Uit de aard van de vordering van de beslagene volgt dat hij, in alle stadia van de procedure in de hoofdzaak (zelfs voordat deze is begonnen en hij reeds schade lijdt), rechtsgeldig zijn vordering kan overdragen en bezwaren.

Omdat de schade na onterecht beslag zich in Nederland zal voordoen is vrijwel steeds Nederlands recht op de vordering tot schadevergoeding van toepassing. Wanneer ter opheffing van een conservatoir beslag een bankgarantie is gesteld waarop buitenlands recht van toepassing is verklaard, kunnen zich complicaties voordoen. Deze complicaties zullen zich weinig voordoen nu Nederlandse banken doorgaans enkel beslaggaranties willen afgeven die door Nederlands recht worden beheerst. Daarbij komt dat een door een buitenlandse bank afgegeven garantie in beginsel niet voldoet aan de in artikel 705 Rv bedoelde zekerheid.

De twee bijzondere wettelijke regelingen voor schadevergoeding na onterecht gelegd beslag, ter handhaving van rechten van intellectuele eigendom en beslag op luchtvaartuigen, zijn opgenomen omdat Nederland zich hiertoe internationaal had verplicht. De implementatie van deze twee regelingen heeft in beide gevallen niet geleid tot een breder debat over de vraag of, in generieke zin, een gelijklopende

voorziening in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou moeten worden opgenomen.

De constructie die wordt gebruikt om tot een begrijpelijke en maatschappelijk gewenste uitkomst te kunnen komen, in het bijzonder de fictie dat met terugwerkende kracht het leggen van beslag altijd onrechtmatig is geweest, wringt. De beslagene betaalt voor het overgrote deel de rekening voor deze dogmatische spagaat, zo zullen wij verder zien in de volgende hoofdstukken.

Hoofdstuk 4

De positie van de beslagene tot de definitieve uitspraak in de hoofdzaak

4.1 Inleiding

De mogelijkheden voor de schuldenaar om het conservatoir beslag te voorkomen of daartegen te ageren zijn beperkt.

De onterecht beslagene kan zijn vordering wegens schade als gevolg van onterecht gelegd beslag pas daadwerkelijk geldend maken op het moment dat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen en pas opeisen als de schadevergoeding is toegewezen.¹ Gedurende deze periode — die zich over vele jaren kan uitstrekken — loopt hij voor zijn schadevordering een verhaalsrisico op de (gewezen) beslaglegger.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de positie van de beslagene tot aan de uitspraak in de hoofdzaak. Daarbij komen met name de verschillende mogelijkheden van de (aspirant-)conservatoir beslagene om schade te voorkomen, of op zijn minst verhaal voor deze schade veilig te stellen, aan de orde.

4.2 Contractueel uitsluiten van conservatoir beslag?

Een contractueel beding tussen beslaglegger en beslagene waarbij afstand van bevoegdheid wordt gedaan om conservatoir beslag te leggen, staat in beginsel aan beslag in de weg. Dat kan een expliciete uitsluiting zijn, of een uitsluiting die impliciet volgt uit een meer generieke afspraak, zoals eigenbeslag kan afstuiten op een contractuele uitsluiting van verrekening.² De mogelijkheid om conservatoir beslag im- of expliciet uit te sluiten heeft echter weinig praktische betekenis. In de eerste plaats is deze mogelijkheid naar haar aard beperkt tot contractuele verhoudingen. Daarnaast dient de beslagene zich, nog voordat sprake is van enig dispuut, het risico van een conservatoir beslag te realiseren én de wederpartij zover te krijgen een dergelijke clauseule te accepteren. *Last but not least* is de beslagene, voor de uiteindelijke werking ervan, afhankelijk van de informatie die de beslaglegger over (het bestaan van) de clauseule in zijn verzoekschrift tot het leggen van conservatoir beslag vermeldt. Het is niet uitgesloten dat deze informatie achterwege blijft, of enkel is opgenomen in een productie zonder specifieke verwijzing in het verzoekschrift zelf, waardoor de bepaling effectief geen rol speelt in de beoordeling

1. Op zijn vroegst wanneer de beslagene zijn vordering als reconventionele vordering heeft ingesteld en deze direct met het afwijzen van de vordering in de hoofdzaak wordt toegewezen, zonder verwijzing naar een schadestaatprocedure. Zie verder par. 5.7.

2. HR 21 februari 1997, NJ 1997/347.

van de voorzieningenrechter. De contractuele bepaling komt dan pas in een eventueel kort geding tot opheffing daadwerkelijk naar voren.³

4.3 Zevende knelpunt, de beperkte invloed van de (aspirant-)beslagene op de verzoekschriftprocedure

4.3.1 Zwart of grijs maken van beslag

4.3.1.1 Algemeen

Tot voor enige jaren bestond bij bepaalde rechtbanken de mogelijkheid dat de procureur van de potentiële beslagene de rechtbank op voorhand verzocht te worden gehoord, indien een beslagrekest werd ingediend en de voorzieningenrechter zich hierover zou buigen. Deze variant, het zogenoemde ‘zwartmaken’ van beslag, wordt in de praktijk vrijwel niet meer toegepast.⁴

‘Grijsmaking’ van beslag houdt in dat een debiteur die een beslaglegging verwacht en daarover wil worden gehoord dat van tevoren aan de rechter kenbaar maakt. De voorzieningenrechter is niet verplicht de debiteur ook daadwerkelijk te horen. De beoordeling van de voorzieningenrechter, wanneer hij beide partijen hoort en daarna dient te beslissen of het verlot dient te worden verleend, is in feite dezelfde als de vraag die in een kort geding tot opheffing van een reeds gelegd beslag voorligt. Dit betekent dat het in de eerste plaats aan de gerkwestreerde is om, met inachtneming van de beperkingen van de verlotprocedure en het horen door de voorzieningenrechter, aannemelijk te maken dat de door de verzoeker gepretendeerde vordering ondeugdelijk is en beslag achterwege zou dienen te blijven.⁵ Het zwart of grijs maken van beslag vormt een goed middel om de belangen van de (potentiële) beslagene, met name ook (het voorkomen van) beslagschade, in een tijdig stadium aan de voorzieningenrechter kenbaar te maken.⁶

De Beslagsyllabus vermeldde in de versie van 2016:⁷

3. Het onvermeld laten of niet expliciet genoeg wijzen op een contractuele bepaling die conservatoir beslag beperkt of verbiedt, kan schending van art. 21 Rv opleveren. Zie over dit artikel – en de vraag of en, zo ja, welke consequenties hieraan zijn verbonden – hierna par. 6.2.3.
4. Dit terwijl het een uitstekend middel blijft om chicaneuze en sterk benadelende beslagen te voorkomen. Zie ook Stelling 1 bij de dissertatie van A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht, beschouwingen over reële executie naar geldend en wordend recht*, Deventer: Kluwer 1987, waarbij reeds gepleit wordt voor een wettelijke basis voor deze mogelijkheid. Mede gelet op de naderende invoering van een centraal beslagregister en de afgeronde herindeling van de arrondissementen verdienen de voor- en nadelen van een (her)introductie van deze mogelijkheid tot zwart maken nadere beschouwing. Zie verder ook Jongbloed 2011, p. 224 en de aanbeveling van Meijssen & Jongbloed 2010, p. 104. Zie ook A.H. Schotman & A.W. Jongbloed, ‘Hoe grijzer hoe wijzer? Discussiepunten: de grijze lijst’, *BER* 2013/5, p. 18-23. Vergelijk op dit punt ook het Duitse recht, par. 7.3.3 en 7.3.5.3.
5. In deze zin onder meer Rb. Haarlem (vzr.) 25 augustus 2011, ECLI:RBHAA:2011:BT2471.
6. In Duitsland kan sinds 1 januari 2016 een aspirant-beslagene die vreest dat om een *Arrest* (vergelijkbaar met conservatoir beslag) zal worden gevraagd een zogenoemd *Schutzschrift* laten registreren waarin hij op voorhand zijn verweren tegen *Arrest* en vordering van de verzoeker daartoe kenbaar maakt. Zie verder par. 7.3.3. Daar wordt dus de tegenovergestelde beweging gemaakt.
7. Beslagsyllabus versie augustus 2016, onderdeel A 22.

‘In de komende tijd zal worden onderzocht of het mogelijk en wenselijk is een vorm van “grijsmaking” landelijk in te voeren. Blijkt dat niet het geval, dan zal de mogelijkheid van “grijsmaking” bij alle rechtbanken verdwijnen.’

De Rechtbank Amsterdam heeft per 1 juni 2016 haar eigen grijze lijst afgeschaft.⁸ Ynzonides en De Boer spraken in dit verband de hoop uit dat dit is gedaan in aanloop naar de landelijke invoering van de mogelijkheid tot ‘grijs maken’.⁹ Inmiddels vermeldt de Beslagsyllabus (versie 2018) echter dat de mogelijkheid tot grijs maken enkel nog bestaat voor octrooi- en kwekersrechten.¹⁰ De Rechtbank Den Haag hanteert daartoe een Reglement Grijsmaken.¹¹

4.3.1.2 *Grijs maken en relatieve bevoegdheid*

De mogelijkheid om een beslag ‘grijs’ te maken kan in de praktijk alleen effectief haar werking hebben wanneer ook de relatieve bevoegdheid van de voorzieningenrechter, die bevoegd is over het beslagrekest te oordelen, wordt herzien. De huidige regeling in artikel 700 lid 1 Rv is niet alleen complex, maar geeft de beslaglegger in de praktijk een breed palet aan mogelijkheden een bepaald arrondissement op te zoeken of juist te vermijden:

‘Voor het leggen van conservatoir beslag is verlof vereist van de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker rechtsgebied zich een of meer van de betrokken zaken bevinden, dan wel, indien het beslag niet op zaken betrekking heeft, de schuldenaar of degene of een dergenen onder wie het beslag gelegd wordt, woonplaats heeft.’

De mogelijkheden om het ‘grijs maken’ in een bepaald arrondissement te ontwijken worden verder vergroot door een arrest van het Hof Amsterdam van 23 januari 2003.¹² Hieruit volgt dat de voorzieningenrechter die ten aanzien van één beslag bevoegd is, ook bevoegd is ter zake van alle andere beslagen die onderdeel van het verzoek uitmaken.¹³

8. Zie <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Over-de-rechtbank/Rechtsgebieden/Civiel-recht/Paginas/Team-Kort-Geding.aspx>.
9. Ynzonides & De Boer 2016, p. 2558. Zij merken daarbij op dat het nog steeds voorkomt dat schuldeisers misbruik maken van de mogelijkheid van (met name conservatoire) beslaglegging. Zij stellen dat het tegen deze achtergrond zeker geen kwaad kan dat schuldenaren de mogelijkheid hebben om zich daar op voorhand tegen te verzetten, althans een poging daartoe te doen. Zie ook Meijsen 2012, p. 16 en 2014, p. 23 die pleit voor een landelijke registratie van het grijs maken van beslagen, dat ook de kwaliteit van het weergeven van het verweer van de beslagene in het beslagrekest zal bevorderen. Zie verder ook Jongbloed 2011, p. 224 en de aanbeveling van Meijsen & Jongbloed 2010, p. 104. Zie in dit verband ook (voor het Duitse recht) par. 7.3.3.
10. Beslagsyllabus, versie augustus 2018, p. 13 en 14.
11. Reglement Grijsmaken, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag/Over-de-rechtbank/Rechtsgebieden-en-teams/Paginas/Intellectuele-Eigendom.aspx>.
12. Hof Amsterdam 23 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AV7627, JBPR 2003/29, m.nt. A.W. Jongbloed (*Moët/L'Invité*) (niet gepubliceerd op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl)).
13. Zie voor een concreet voorbeeld waarin de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam werd ontweken vanwege de (terechte) vrees dat dit beslag aldaar grijs was gemaakt, terwijl daar wel de vordering in de hoofdzaak ex art. 431 lid 2 Rv aanhangig was gemaakt, Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

Het zou eenvoudiger zijn¹⁴ – en voor een goed werkend systeem van ‘grijs maken’ te prefereren – om voor alle soorten beslagen de voorzieningenrechter van de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar bevoegd te maken (en als de schuldenaar geen woonplaats in Nederland heeft die van de woonplaats van de verzoeker).¹⁵

4.3.2 Het horen van de schuldenaar

4.3.2.1 Algemeen

In beginsel vindt de behandeling van het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag ex parte plaats, de schuldenaar wordt niet gehoord. Deze inbreuk op het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor wordt gerechtvaardigd geacht tegen de achtergrond van de ‘effective access to the courts’ voor de beslaglegger ex artikel 6 EVRM, in combinatie met de mogelijkheid van de beslagene om in kort geding ex artikel 705 Rv tegen het beslag op te komen.¹⁶ Wettelijke uitzonderingen, waarbij de aspirant-beslagene wel wordt gehoord, vormen het loonbeslag (art. 720 Rv) en beslag ten laste van een financiële instelling (art. 700 lid 4 Rv).¹⁷ Daarnaast kan de voorzieningenrechter zelf besluiten om partijen voorafgaand aan de beoordeling van het verzoek te horen.¹⁸ De basis voor het laatstgenoemde uitzonderingsgeval wordt gevormd door artikel 279 lid 2 Rv, dat de rechter in algemene zin de bevoegdheid geeft in het kader van de behandeling van een verzoekschrift partijen te horen.

4.3.2.2 Hoger beroep beslagene na horen?

Artikel 700 lid 2 Rv bevat een zogenoemd ‘asymmetrisch’ rechtsmiddelenverbod. Dit betekent dat de beslaglegger wel van een *afwijzende* beschikking in hoger beroep¹⁹ en cassatie kan gaan, doch de aspirant-beslagene niet van een *toewijzende* beschik-

14. De suggestie is ontleend aan Van der Meer 2013, p. 31.

15. Vergelijk in dit verband de (Uitvoeringswet van de) Verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken. Wanneer nog geen titel bestaat, is de voorzieningenrechter die bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen bevoegd het Europees Bevel tot Conservatoir Bankbeslag uit te vaardigen (art. 3 lid 1 Uitvoeringswet Verordening Europees bevel tot conservatoir op bankrekeningen). Wanneer de schuldenaar een consument is die een consumentenovereenkomst met de schuldeiser heeft gesloten is de voorzieningenrechter bevoegd waar de schuldenaar woonplaats heeft (art. 6 lid 2 Verordening jo. art. 3 lid 1 Uitvoeringswet).

16. Klaassen 2009, p. 315-316. Daarnaast speelt ook een rol dat het beslag binnen korte tijd moet worden gevolgd door een eis in de hoofdzaak, waarmee de procedure op tegenspraak een aanvang neemt waarin vordering en rechtsgeldigheid van het gelegde beslag worden getoetst.

17. De hoorplicht van art. 700 lid 4 Rv is ingegeven ten behoeve van de bescherming van de stabiliteit van het financiële stelsel. Mocht dit gelet op de aard van het beslag en de betrokken instelling niet aan de orde zijn, dan vormt het afzien door de voorzieningenrechter van het horen van de aspirant-beslagene geen grond voor nietigheid van het beslag, zo volgt uit Rb. Amsterdam (vzr.) 16 oktober 2009, JOR 2009/50, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

18. Deze situatie dient scherp te worden onderscheiden van het ‘voorlopig beslag’, zie hierna par. 4.4.11.

19. Vergelijk Rb. Noord-Holland (vzr.) 7 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:910.

king. Het wordt vanwege de rechtszekerheid niet wenselijk geacht om de geldigheid van het beslag van een hogere voorziening te laten afhangen.²⁰

In een onder (oud) Arubaans recht gewezen arrest oordeelde de Hoge Raad in 2002,²¹ in een casus waarbij de beslagene voorafgaand aan het (uiteindelijke verleende) hoger beroep was gehoord, als volgt:

‘3.4.2. (...) Het inleidend verzoek van S. berust op art. 599 Rv. Aruba. Uit het stelsel van de wet vloeit voort dat voor de schuldenaar ten laste van wie het beslagverlof is verleend, in beginsel tegen de desbetreffende beschikking geen hoger beroep openstaat. In art. 602 Rv. Aruba is immers voorzien dat de schuldenaar bij de bevoegde rechter een eis tot opheffing van het beslag kan indienen. De eis tot opheffing van een beslag is echter, mede gelet op de eisen van een behoorlijke rechtspleging, niet een passende voorziening wanneer de schuldenaar ter zake van het verzoek tot het verlenen van het beslagverlof reeds is gehoord en de gelegenheid heeft gehad zijn bezwaren tegen het verlenen van het verlof naar voren te brengen. In een dergelijk geval, waarin sprake is van een (...) op tegenspraak gegeven beschikking, is er geen reden om een uitzondering te maken op de hoofdregel van art. 260 in verbinding met art. 270 Rv. Aruba dat van beschikkingen hoger beroep openstaat. Voor de mogelijkheid van cassatieberoep tegen de in hoger beroep gegeven beschikking geldt hetzelfde, zoals het Hof in het onderhavige geval klaarblijkelijk ook heeft geoordeeld. Het Hof heeft zijn beschikking immers uitvoerbaar bij voorraad verklaard.’

Uit deze overwegingen leek te volgen dat de Hoge Raad, uit het feit dat de schuldenaar werd gehoord, een omstandigheid zag om hoger beroep voor de beslagene (niettegenstaande de mogelijkheid van het kort geding tot opheffing) open te stellen.²²

In het *Hagemeyer/Ceteco*-arrest²³ overwoog de Hoge Raad in 2009 echter het volgende:

‘3.4. Het door de Hoge Raad in zijn beschikking van 1970 uit de wettelijke regeling van het conservatoire beslag en de aard van de verlofbeschikking afgeleide rechtsmiddelenverbod is inmiddels gecodificeerd in het voornoemde art. 700 lid 2 Rv. De tekst van deze bepaling bevat geen uitzondering voor het door het middel bedoelde geval. Mede in het licht van (a) de omstandigheid dat art. 705 Rv een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang biedt om tegen het beslag op te komen, (b) de omstandigheid dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid niet wenselijk is de geldigheid van het verlof, waarop moet kunnen worden voortgebouwd, afhankelijk

20. Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 700, aant. 9 (online, bijgewerkt 15 mei 2014) en Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 68.

21. HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4004, NJ 2002/197; zie ook de bespreking door Van Mierlo 2003a, p. 184-190.

22. Zie ook Van Mierlo 2003a, p. 190.

23. HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8517, NJ 2009/460 (*Hagemeyer/Ceteco*).

te laten zijn van een hogere voorziening (vgl. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 67), en ten slotte (c) art. 720 Rv, waarin – zij het in ander verband – uitdrukkelijk het geval is vermeld dat de schuldenaar is gehoord, of in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, voordat verlof tot het leggen van beslag wordt verleend, zodat niet kan worden aangenomen dat dit geval in de context van art. 700 lid 2 Rv aan de aandacht van de wetgever is ontsnapt, moet daarom worden geoordeeld dat de wetgever geen uitzondering op het rechtsmiddelenverbod van art. 700 lid 2 Rv heeft willen maken voor het geval de schuldenaar ter zake van het verzoek tot het verlenen van beslagverlof als bedoeld in art. 700 lid 1 Rv reeds is gehoord.

3.5. Het middel, dat – terecht – niet aanvoert dat in het onderhavige geval aanleiding bestaat tot doorbreking van dit rechtsmiddelenverbod, faalt dus.’

Kortom, de beslagene moet het doen met het kort geding tot opheffing, ook wanneer de beslissing op het verzoek ‘feitelijk op tegenspraak’ is genomen, omdat de schuldenaar door de voorzieningenrechter is gehoord en ongeacht of dat horen heeft plaatsgevonden voordat het verlof is verleend of nadat dit ‘voorlopig’ is verleend (zie ook hierna par. 4.4.11). Het feit dat de beslagene is gehoord zal een kort geding tot opheffing nadat het beslag is gelegd, in beginsel bij de voorzieningenrechter die partijen heeft gehoord, tamelijk kansloos doen zijn, als nieuwe omstandigheden ontbreken. Aangenomen moet worden dat sprake moet zijn van gewijzigde omstandigheden wil een kort geding tot opheffing in zo een geval enige kans van slagen hebben.

4.4 **Achtste knelpunt, artikel 701 Rv wordt te beperkt gebruikt en erodeert bovendien**

4.4.1 **Artikel 701 Rv algemeen**

In artikel 701 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter ambtshalve zekerheidstelling door de beslaglegger – voor eventuele schade als gevolg van het beslag – als voorwaarde aan het verlenen van verlof voor het beslag *kan* verbinden. Nederland neemt daarmee in de Europese Unie een minderheidspositie in. In veel jurisdicties *moet* zekerheid voor mogelijke beslagschade worden verstrekt.²⁴

Artikel 701 Rv is per 1 januari 2002 in de plaats gekomen van artikel 729 Rv (oud) doch heeft behoudens enkele tekstuele aanpassingen daarbij geen materiële wijzigingen ondergaan.²⁵

24. Zoals in Engeland, Ierland, Wales, Oostenrijk, Frankrijk, Griekenland en Zweden. Zie B. Hess, *Study No. JA1/A3/2002/02: on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective Measures*, versie 18 februari 2004, p. 130-131.

25. Deze omzetting is in de memorie van toelichting behorende bij wetsvoorstel 27 824, Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, ook verder onbesproken gebleven. Art. 729 (oud) Rv luidde als volgt: ‘De president kan, dit verlof verleende, tevens gelasten, dat het beslag niet zal mogen geschieden dan onder het instellen

- ‘1. De voorzieningenrechter kan het verlov verlenen onder voorwaarde dat tot een door hem te bepalen zekerheid wordt gesteld voor schade die door het beslag kan worden veroorzaakt.
2. De zekerheid moet voor of bij de betekening van het beslagexploot aan de beslagene worden aangeboden.’

In de Beslagsyllabus versie juni 2011 is in dit verband als ‘best practice’ de volgende aanbeveling opgenomen, die in de versies erna is gehandhaafd.²⁶

‘Alvorens de voorzieningenrechter overgaat tot het ambtshalve stellen van de voorwaarde van zekerheidsstelling,²⁷ ligt het in de rede dat de verzoeker daarover wordt geïnformeerd en de gelegenheid wordt geboden zich daarover uit te laten.’

Ook in geval van gerechtelijke bewaring heeft de voorzieningenrechter de mogelijkheid zekerheidsstelling als voorwaarde aan het beslag te verbinden. Ook voor een vordering in reconventie en daarop gebaseerd eigenbeslag kan artikel 701 Rv toepassing vinden. In de casus die aan de basis stond van het vonnis van de voorzieningenrechter te Haarlem van 27 augustus 2010 werd de beslagschade in een dergelijk geval begroot op hetgeen de eiser in reconventie op basis van het (in kracht van gewijsde gegane) vonnis in conventie verschuldigd was, verminderd met hetgeen reeds voldaan was én verminderd met dat gedeelte van de reconventionele vordering dat als onweersproken vaststond.²⁸

Wanneer de voorzieningenrechter ambtshalve aan de verlovverlening de voorwaarde tot het doen stellen van zekerheid door de beslaglegger verbindt, behoeft hij dit niet nader te motiveren.²⁹ De grond voor het stellen van de zekerheid kan in verschillende omstandigheden zijn gelegen, zoals benadeling van de kredietwaardigheid van de beslagene, maar ook twijfel aan de gegrondheid van de vordering.³⁰

De toets van de voorzieningenrechter of het stellen van zekerheid al dan niet op zijn plaats is, dient naar zijn aard te worden onderscheiden van de toets bij het bepalen van de voorwaarde voor het stellen van zekerheid aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een gegeven beslissing, op de voet van artikel 235 of 418a Rv.³¹

van zekerheid voor de kosten, schaden in interessen, welke door het beslag zouden kunnen worden veroorzaakt. In dat geval moet de zekerheid worden aangeboden bij het exploit van inbeslagneming, en zal het den gearresteerde vrijstaan om, de aangeboden zekerheid niet voldoende achtende, zich deswege voor den president in kort geding te voorzien. Desalniettemin zal alsdan het beslag voorloopig kunnen worden gelegd.’

26. Thans sub D, p. 23 van de Beslagsyllabus, versie augustus 2018.

27. De passage is letterlijk geciteerd, verder spreekt de Beslagsyllabus van zekerheidsstelling.

28. Rb. Haarlem (vzr.) 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN8276.

29. Zie ook Gerretsen 2013, p. 95.

30. Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 701 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt 15 mei 2014).

31. Vergelijk HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5892, NJ 2004/291, m.nt. H.J. Snijders. Voor een incidentele vordering tot het verbinden van de voorwaarde tot zekerheidsstelling aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een in vorige instantie gegeven beslissing gelden dezelfde voorwaarden. Zie HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1115, NJ 2018/319 (*X/Gravene B.V.*).

Wat geldt voor de maatstaf voor het doen stellen van zekerheid in verband met de uitvoerbaarheid bij voorraad, geldt niet een-op-een voor de maatstaf voor het stellen van zekerheid vóór het leggen van conservatoir beslag.³² Biedt de beslaglegger vooraf, of uiterlijk bij betekening van het beslag de door de voorzieningenrechter bepaalde zekerheid, dan kan hij het beslag doorzetten.

4.4.2 Maatstaf voor de omvang van de zekerheid

Welke zekerheid³³ voldoende is, moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:51 lid 2 BW. Het is niet eenvoudig om de mogelijke schade als gevolg van een conservatoir beslag te begroten. De Beslagsyllabus merkt in dit verband het volgende op:³⁴

‘Het probleem in dat verband is dat het lastig is de mogelijke beslag schade te begroten en daarmee het bedrag van de zekerheidstelling vast te stellen. Indien het beoogde beslagobject op een geldbedrag waardeerbaar is, zou de hoogte van de zekerheid bepaald kunnen worden op de wettelijke rente over dat bedrag gedurende de looptijd van het beslag (zie voor de praktische uitwerking, maar dan in een opheffingskortgeding: voorzieningenrechter Amsterdam 31 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704 en in een gewoon beslagrekest: voorzieningenrechter Amsterdam 12 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1030). In laatstgenoemde uitspraak werd als maatstaf gebruikt: de te verwachten kosten van vervangende zekerheid over de te verwachten looptijd van het beslag. Een bankgarantie kost in de regel circa 1% van het gegarandeerde bedrag per jaar. De suggestie van Gerretsen om een zelfde opslag toe te passen als die voor rente en kosten (degressief tarief, over de eerste € 300.000: 30%) is grofmazig en het is de vraag of deze maatstaf een goede benadering van de te verwachten schade biedt.’

De laatste opmerking is interessant. Geldt die ‘grofmazigheid’ niet evenzeer voor de begroting van de vordering waarvoor beslag wordt gelegd, inclusief rente en kosten?³⁵ Aansluiten bij de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW³⁶ is ook van beperkte praktische toepasbaarheid. Vooruitlopen op de regel uit het arrest *Forward/Huber*,³⁷ dat schadevergoeding in geval van onrechtmatige beslaglegging moet worden berekend door vergelijking van de situatie waarin de beslagene daadwerkelijk verkeert, met de hypothetische situatie waarin hij zou hebben verkeerd als het beslag niet

32. Zie verder ook par. 3.2.4.3.

33. NB Geen zekerheidstelling kan worden voorgeschreven aan de houder van een wisselbrief, orderbiljet of cheque, voor een beslag op roerende zaken (art. 711 lid 2 Rv), aandelen en effecten (art. 714 Rv) of onroerende zaken (art. 725 Rv); zie ook Gieske, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2018, art. 701 Rv, aant. 1.

34. Beslagsyllabus, versie augustus 2018, p. 23.

35. De begroting van de werkzaamheden in het kader van de beoordeling van een beslagrekest is voor de voorzieningenrechter op zes à zeven minuten gesteld, zie ook Meijsen 2012, p. 19. Daarbij dient te worden aangetekend dat voorafgaand aan deze beoordeling doorgaans al veel geanalyseerd en signaleerd is door griffie en gerechtssecretarissen.

36. Vergelijk Rb. Amsterdam (vzr.) 31 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704.

37. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBP 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*). Zie verder par. 5.5.1.

zou zijn gelegd, is evenmin een begaanbare route. Hetzelfde geldt voor het aansluiten bij de (jaarlijkse) kosten verbonden aan het stellen van een bankgarantie.³⁸ Wettelijke rente en kosten van de garantie zijn doorgaans te beschouwen als de bodem van de mogelijk te vorderen schadevergoeding en daarmee niet bepaald offensieve forfaitaire aanknopingspunten. Wanneer de duur van de bodemprocedure ongewis is en de bankgarantie hoog, kan een ‘meegroeiende’ zekerheid worden bepaald, die per jaar dat de procedure duurt met stapjes wordt verhoogd, gerelateerd aan (bijvoorbeeld) de jaarlijkse kosten van de bankgarantie ter opheffing van het gelegde beslag.³⁹

De problemen bij het begroten van de mogelijke schade vinden hun oorsprong in de (te) geringe eisen, die aan verzoekers tot het leggen van conservatoir worden gesteld, om de voorzieningenrechter op dit punt te informeren. Deze omstandigheid lijkt een van de oorzaken te zijn van de sporadische toepassing van artikel 701 Rv in de rechtspraak, maar vormt geen valide reden.⁴⁰ Opvallend is dat de Beslagsyllabus, vanaf de versie van augustus 2016 onder de kop ‘Rechtsontwikkeling’ (sub D), de volgende aanbeveling bevat:⁴¹

‘Omdat het doen stellen van zekerheid een nog tamelijk onontgonnen gebied is [sic GM], verdient het aanbeveling verlopen waarin zekerheidstelling is bevolen zo veel mogelijk op rechtspraak.nl te publiceren.’

Op basis van een inventarisatie via www.rechtspraak.nl lijkt het erop dat het bepaalde in artikel 701 Rv slechts zelden wordt toegepast.⁴² Ondanks de hierboven geciteerde aanbeveling is het aantal op rechtspraak.nl gepubliceerde beschikkingen waarin artikel 701 Rv is toegepast, verwaarloosbaar. In feite is het artikel min of meer verworpen tot een ‘vreemdelingengarantie’, nu uit de jurisprudentie blijkt dat doorgaans sprake is (ergo: dient te zijn) van extra moeilijkheden voor de beslagene voor verhaal voor zijn mogelijke vordering. Vrijwel steeds bestaan deze moeilijkheden hierin dat de beslaglegger buiten de Europese Unie is gevestigd, in een land waarmee Nederland geen executieverdrag heeft gesloten.⁴³ Zie in dit verband hierna ook paragraaf 4.4.10.

38. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1030. Specifieke omstandigheid is dat het in casu ging om een beslag op een onroerende zaak. Het ligt dan in de rede dat de schade waarschijnlijk beperkt zal zijn, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Van dergelijke omstandigheden, zoals een overeengekomen levering aan een derde die door het beslag geen doorgang kan vinden, was in het aan de voorzieningenrechter voorgelegde geval geen sprake.

39. Zie in dit verband de conclusie van A-G Vlas voor HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725, sub 2.74 t/m 2.78.

40. Zoals Den Oudelaar het (weliswaar voor aanpassing van de Beslagsyllabus in 2011) formuleert: ‘de eenzijdige informatie die ter beschikking van de voorzieningenrechter staat, zal zelden aanleiding vormen om ambtshalve het stellen van zekerheid door de beslaglegger te eisen’, Den Oudelaar 2000, p. 133.

41. Zie in de versie van de Beslagsyllabus van augustus 2018, p. 24.

42. Zie in dit verband Molkenboer 2012, p. 19. Voorbeelden van gepubliceerde beschikkingen waarbij het artikel wel werd toegepast zijn Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1030, Hof Arnhem 18 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD2713, Rb. Haarlem (vzr.) 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN8276.

43. Vergelijk Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo en de conclusie van A-G Vlas voor het arrest waarbij voornoemde uitspraak van het hof met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gebleven: HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW

De voorzieningenrechter beschikt in de regel over onvoldoende informatie om het risico op schade adequaat in te schatten. Hieraan worden in de Beslagsyllabus ook (nog) geen bijzondere eisen gesteld. Het is evident dat, bij gebreke van relevante informatie, begroting van (mogelijke) schade in dit stadium lastig is. Het aanhouden van een percentage van de vordering waarvoor verlof wordt gevraagd, zoals door Gerretsen bepleit, zou een oplossing kunnen bieden.⁴⁴ Dat is overigens ook de voor Europese bankbeslagen gehanteerde begrotingswijze, zie hierna paragraaf 4.4.7. Nadeel hiervan is dat dit aanknopingspunt geen direct verband heeft met de (mogelijke) schade en een dergelijke wijze van begroting onnodig belastend voor de beslaglegger kan zijn. De beslaglegger kan een verslechterde liquiditeitspositie hebben, die op haar beurt veroorzaakt kan zijn doordat de schuldenaar niet aan de op hem rustende betalingsverplichtingen voldoet voor welke verplichtingen nu juist verlof tot beslaglegging wordt gevraagd. Als gevolg daarvan kan hij dan mogelijk niet aan de voorwaarde ex artikel 701 Rv voldoen. Bij een te verstrekkend forfaitair systeem kan het in (te) veel gevallen praktisch onmogelijk worden om beslag te leggen. Hier kan vervolgens tegenin worden gebracht dat, wanneer de beslaglegger informatie over mogelijke en voor de hand liggende beslagschade waarvan hij wetenschap heeft in het verlof onvermeld laat, het niet onbillijk schijnt als hij daardoor een substantiële ‘forfaitaire zekerheidstelling’ om de oren krijgt.

Duurzame oplossingen lijken dan ook eerder te moeten worden gezocht in het verbeteren van de aan de voorzieningenrechter aangereikte informatie over (mogelijke) beslagschade, zodat deze een afgewogen beslissing kan nemen om artikel 701 Rv al dan niet in te zetten. Meijssen en Jongbloed hebben in dit verband als onderdeel van het Full Disclosure-beginsel de aanbeveling gedaan dat verzoekers dienen te vermelden in hoeverre zij bereid zijn om zekerheid te stellen voor eventuele schade als gevolg van onrechtmatig beslag.⁴⁵ Indien de beslaglegger hiertoe niet bereid is, moet dit in hun optiek gevolgen hebben voor het te verlenen verlof. Die gevolgen zijn mede afhankelijk van de omvang van het gevraagde verlof in verhouding tot de vordering en het verweer van de aspirant-beslagene.

Overigens kan de voorzieningenrechter ook, buiten artikel 701 Rv, in algemene zin beperkingen aan het te leggen beslag stellen en op deze wijze (in)direct bijdragen aan het voorkomen van schade voor de beslagene. Te denken valt bijvoorbeeld aan het beperken van het aantal goederen waarop beslag mag worden gelegd en/of het uitsluiten van bepaalde categorieën van goederen, zoals voorraden. Artikel 701 Rv sluit het opnemen van dergelijke beperkingen niet uit, omdat het geen uitputtende werking heeft.⁴⁶

2017/725, sub 2.5. Zie verder ook Hof Amsterdam 28 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU5257, JBPR 2005/70, m.nt. M. Freudenthal.

44. Vergelijk Gerretsen 2013, p. 106.

45. Meijssen & Jongbloed 2010, p. 103.

46. Zie verder ook Hof Den Bosch 7 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA1868, r.o. 5.1.3 en 5.1.4: ‘Voor zover erover wordt geklaagd dat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied is getreden door beperkingen en modaliteiten aan het verlof te stellen omdat hij daartoe niet bevoegd zou zijn, faalt de klacht eveneens. De voorzieningenrechter is bevoegd de door hem gestelde beperkingen en modaliteiten aan te brengen. Ten slotte wordt aangevoerd dat de voorzieningenrechter artikel 701 Rv (zekerheidstelling) had kunnen toepassen en daarom geen beperkingen of modaliteiten had mogen geven. Ook deze klacht faalt. Artikel 701 Rv geeft de voorzieningenrechter een

4.4.3 Hoger beroep beslaglegger na toepassing artikel 701 Rv?

De jurisprudentie laat een wisselend beeld zien over de (on)mogelijkheden voor de beslaglegger om hoger beroep in te stellen als deze – kort gezegd – niet geheel krijgt wat hij in het beslagrekest heeft verzocht.⁴⁷ Hoger beroep en cassatie zijn wél toegelaten tegen de *afwijzing* van een beslagrekest, nu de verzoeker bij de verkrijging van het verlof een groot belang kan hebben.⁴⁸ In het algemeen geldt dat appel en cassatie bij een *toewijzende* beschikking van de voorzieningenrechter zijn uitgesloten. Denkbaar is dat de beslaglegger, onder bijzondere omstandigheden, een beroep toekomt op de zogenoemde doorbrekingsjurisprudentie.⁴⁹ In het bijzonder is het verdedigbaar dat toepassing van artikel 701 Rv door de voorzieningenrechter en het opnemen van een verplichting tot het stellen van zekerheid in diens beschikking, een doorbreking van het appolverbod rechtvaardigen. Zeker wanneer de beslaglegger niet in staat is om aan de voorwaarde tot zekerheid te voldoen, valt niet goed in te zien waarom hem de mogelijkheid van een hoger beroep moet worden ontzegd, aangezien het stellen van de voorwaarde, waaraan de beslaglegger moet voldoen, per saldo neerkomt op een weigering van het gevraagde verlof. In deze zin oordeelde Hof Den Haag in zijn beschikking van 15 december 2017.⁵⁰

‘5. Het hof neemt het bepaalde in artikel 700 lid 2 Rv tot uitgangspunt: hoger beroep tegen de beschikking waarbij verlof tot het leggen van conservatoir beslag is verleend, heeft de wetgever uitgesloten. De belangrijkste reden voor deze uitsluiting is dat de verzoeker/beslaglegger op het verkregen beslagverlof moet kunnen voortbouwen en de wetgever het uit een oogpunt van rechtszekerheid niet wenselijk achtte de geldigheid van de voortbouwende maatregelen van een nog lopende hogere voorziening afhankelijk te doen zijn (...). Op basis van de wettekst en de wetsgeschiedenis van de artikelen 700 en 701 Rv valt echter niet duidelijk vast te stellen of – en zo ja: waarom – de wetgever hoger beroep ook heeft willen blokkeren in het geval de voorzieningenrechter het verlof tot conservatoire beslaglegging voorwaardelijk heeft verleend op de voet van het bepaalde in artikel 701 Rv. De verlening van het verlof is in dat geval afhankelijk gemaakt van het stellen van zekerheid door de verzoeker/beslaglegger ten behoeve van de beslagene, om verhaal van schade die door het beslag kan worden veroorzaakt veilig te stellen. Artikel 701 Rv rept niet over het al dan niet openstaan van hoger beroep.

discretionaire bevoegdheid die geheel binnen het toepassingsgebied van artikel 700 Rv is gelegen en de voorzieningenrechter niet beperkt in de uitoefening van zijn bevoegdheden uit artikel 700 Rv.’

47. Zo oordeelde Hof Arnhem dat wanneer de vordering op een lager bedrag wordt begroot dan verzocht er geen sprake is van een (gedeeltelijke) weigering zodat hoger beroep niet-ontvankelijk is. Zie Hof Arnhem 7 december 1993, NJ 1995/737. In een vergelijkbare casus kwam het Hof Amsterdam tot een ander oordeel, zie Hof Amsterdam 10 augustus 2006, JBPR 2007/9, m.nt. F.J.H. Hovens. Zie verder ook Hof Den Bosch 7 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA1868.
48. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 68 en Gieske, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2018, art. 700 Rv, aant. 6.
49. Aldus Hovens in zijn annotatie bij Hof Amsterdam 10 augustus 2006, JBPR 2007/9, sub 5. Hij geeft daarbij aan dat zulks ook wordt benadrukt door A-G Strikwerda in diens conclusie onder 8 voor HR 15 februari 2002, NJ 2002/197.
50. Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

6. Het hof is van oordeel dat hoger beroep in een dergelijk geval, een situatie die zich hier voordoet, wel open staat en motiveert dat als volgt. De wetgever heeft ten aanzien van de uitsluiting van een hogere voorziening tegen de verlening van het conservatoir beslagverlof overwogen dat de wet een “afzonderlijke weg” aanwijst voor de beslagene om tegen verlotverlening op te komen, namelijk het kort geding, zie artikel 705 Rv. Dat kort geding zou, zo overwoog de wetgever, een grondiger onderzoek mogelijk maken dan in het kader van bij de beschikking op het verzoekschrift dat “meestal wordt gegeven zonder dat de wederpartij is gehoord”. Tegen de afwijzing van het verzoek tot verlening van dat verlof is wel hoger beroep door de verzoeker/beslaglegger opengesteld. De wetgever motiveerde die openstelling van hoger beroep zo: “Anderzijds is evenzeer onwenselijk dat de verzoeker niet tegen een weigering van het verlof (...) zou kunnen opkomen, nu hij bij het verkrijgen daarvan groot belang kan hebben.” Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 68. De wet biedt de verzoeker/beslaglegger niet een afzonderlijke (en met voldoende waarborgen omklede) rechtsgang om tegen een voorwaarde waaronder het verlof is verleend, op te komen.

Het hof neemt in aanmerking dat een voorwaarde tot het stellen van zekerheid het leggen van het beslag illusoir kan maken; dat zal zich voordoen als de verzoeker/beslaglegger eenvoudigweg niet in staat is die zekerheid te stellen. Hij heeft dan wel het verzochte verlof maar de daaraan door de voorzieningenrechter verbonden voorwaarde maakt het in feite onmogelijk van het verlof gebruik te maken. En dat is exact wat S’Energy betoogt: zij heeft niet de middelen om zekerheid te verstrekken voor het bedrag dat de voorzieningenrechter in dit geval heeft bepaald. Voor S’Energy betekent het dat de voorwaardelijke verlotverlening in feite gelijk is te stellen met een weigering van het verzochte (immers onvoorwaardelijk te verlenen) verlof. De voorzieningenrechter die van de hem in artikel 701 Rv gegeven discretionaire bevoegdheid gebruik [...] maakt, zal een afweging hebben gemaakt van alle relevante omstandigheden, waaronder de kans dat de door de verzoeker/beslaglegger gepretendeerde vordering geen standhoudt. Naar het oordeel van het hof ligt het – gezien het voorgaande – meer voor de hand de verzoeker/beslaglegger de bevoegdheid toe te kennen tegen deze afweging door de voorzieningenrechter op te komen en derhalve tegen (het stellen van) die voorwaarde tot het verschaffen van zekerheid in hoger beroep te komen. Dat is dan ook de conclusie waartoe het hof komt: S’Energy is ontvankelijk in haar hoger beroep.’

Eerder, in 2016, werd een beslaglegger, weliswaar niet met een expliciete motivering, ontvankelijk geacht in zijn bezwaren tegen een (op art. 701 Rv gebaseerde) ‘contragantie’ na kort geding tot opheffing, maar maakte die (nadere) voorwaarde wel onderdeel uit van de beslissing van het Hof Den Haag.⁵¹

51. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo. Zie ook het arrest waarbij voornoemde uitspraak van het hof met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gebleven: HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725.

4.4.4 Tijdstip aanbieder zekerheid, niet voldoen aan voorwaarde

Uit het tweede lid van artikel 701 Rv volgt dat het aanbieden van de zekerheid vóór of bij de betekening van het beslagexploot aan de beslagene moet plaatsvinden. De vraag rijst of een beslag rechtsgeldig is gelegd, wanneer de zekerheid, die als voorwaarde in het verlof is opgenomen, niet wordt aangeboden en toch beslag wordt gelegd. De wet vermeldt niet de sanctie op het niet of niet volledig nakomen van de verplichting tot het stellen van zekerheid.⁵² Een dergelijk beslag moet als niet rechtsgeldig worden beschouwd, om de eenvoudige reden dat het zonder voldoende basis in het verlof is gelegd.⁵³ De zekerheid was immers een door de voorzieningenrechter in de beschikking opgenomen voorwaarde om beslag te mogen leggen. Van den Heuvel stelt dat het uit een oogpunt van bescherming van de beslagdebiteur niet vanzelfsprekend is – en ook minder gewenst – indien de beslaglegger nog de mogelijkheid zou hebben om zijn verzuim tot het stellen van zekerheid te herstellen, waarmee het ongeldige beslag (met terugwerkende kracht) wordt geconverteerd in een geldig beslag.⁵⁴ Ik deel deze visie. Naar mijn mening past een andere benadering, die erop neer zou komen dat het verzuim een (tijdelijke) grond voor opheffing vormt die weer verdwijnt zodra zekerheid wordt gesteld, niet bij het karakter van de ambtshalve gegeven voorwaarde en het karakter van de bescherming die beoogd wordt aan de beslagene te worden gegeven. Het beslag zal opnieuw moeten worden gelegd, nu met tijdige zekerheidstelling, hetgeen impliceert dat er in de tussengelegen periode geen geldig beslag is geweest. Gebeurtenissen die zich dan mogelijk hebben voorgedaan zijn dan voor rekening en risico van de beslaglegger. Dat lijkt mij ook passend in het licht van het negeren van een in een rechterlijke beschikking opgenomen voorwaarde, om inbreuk te mogen maken op het gebruik van een aan een ander toekomend vermogensrecht.

4.4.5 Rechtsmiddelen beslagene na toepassing artikel 701 Rv

Artikel 729 lid 2 (oud) Rv bood de beslagene de gelegenheid om, in kort geding, op te komen tegen een in zijn ogen te lage zekerheid. Hoewel dit artikel per 1 januari 1992 is komen te vervallen is dit ook onder huidig recht de praktijk.⁵⁵ Aangenomen moet worden dat in een kort geding ex artikel 705 Rv, na het leggen van het beslag door de beslagene, naast opheffing (subsidiair) om verhoging van de door de voorzieningenrechter opgelegde zekerheid kan worden verzocht.

Een bij aanvang ‘genoegzame’ zekerheid kan later alsnog onvoldoende worden. In de vaak lange periode dat de procedure in de hoofdzaak loopt, kunnen zich omstandigheden voordoen waardoor verhoging van de zekerheid voor mogelijke schade als gevolg van het gelegde beslag, in de rede ligt. Het enkele gegeven dat de zekerheid op enig moment onvoldoende is geworden maakt het beslag niet alsnog nietig en laat het evenmin vervallen. Aangenomen kan worden dat de be-

52. Oudelaar 2000, p. 133.

53. Zie in deze zin Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 701 Rv, aant. 4 (online, bijgewerkt 15 mei 2014). Vergelijk ook Jansen 1990, p. 306 die dezelfde mening lijkt te zijn toegegaan.

54. Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 701, Rv aant. 4 (online, bijgewerkt 15 mei 2014).

55. Zie Gerretsen 2013, p. 96 en Boersen 2012, p. 11.

slagene, wanneer de beslaglegger weigert de zekerheid te vervangen of te verhogen, een dergelijke vervanging of verhoging in kort geding kan vorderen. Als nadere grondslag voor een dergelijke vordering kan hiervoor ook worden teruggevallen op artikel 6:51 lid 3 BW.⁵⁶ Zie in dit verband ook hierna paragraaf 4.6, waar nader wordt ingegaan op de vragen rondom de grondslagen voor de in deze paragraaf besproken vorderingen.

4.4.6 Bewijsbeslag en zekerheid voor schade

In 2013 heeft de Hoge Raad de prejudiciële vraag of generiek conservatoir bewijsbeslag (buiten IE-zaken ex art. 1019a-c Rv) mogelijk is, bevestigend beantwoord.⁵⁷ De Hoge Raad oordeelde — zakelijk weergegeven — dat de artikelen 730 en 843a Rv daartoe voldoende grondslag bieden. Daarbij zijn, aldus de Hoge Raad, de artikelen 1019a lid 1 en 3, 1019b lid 3 en 4 en 1019c Rv, voor zover nodig, van overeenkomstige toepassing. In dit verband overwoog de Hoge Raad verder:⁵⁸

‘Een bewijsbeslag is een ingrijpend dwangmiddel waardoor onder omstandigheden aan de wederpartij of de derde onder wie het beslag wordt gelegd, aanzienlijke hinder of schade kan worden toegebracht.’

Van Nispen stelt in dit verband overigens vast dat het conservatoir bewijsbeslag geen fysieke inbeslagneming van zaken en productiemiddelen betreft, maar slechts een conservatoir beslag op (afschriften van) bescheiden. Van Nispen merkt in dit verband op dat het bewijsbeslag wel (gedurende korte tijd) hinderlijk kan zijn, maar in de regel geen (aanzienlijke) schade zal veroorzaken.⁵⁹

Bij de beoordeling van een verzoek om verlof tot het leggen van bewijsbeslag, zal dan ook volgens de Hoge Raad moeten worden getoetst of niet op andere wijze tegemoet kan worden gekomen aan de belangen van de verzoeker (subsidiariteit) en of de in het verzoekschrift gestelde omstandigheden de inzet van een zo ingrijpend dwangmiddel rechtvaardigen (proportionaliteit). Voor IE-beslagen, waarbij alternatieven voor het conservatoire beslag als monsterneming en beschrijving voorhanden zijn, blijkt het belang van een adequate mogelijkheid de proportionaliteit te toetsen ook uitdrukkelijk uit de wetsgeschiedenis.⁶⁰

De Hoge Raad overwoog voorts dat, indien de voorzieningenrechter het verlof verleent, hij zodanige beperkingen zal moeten aanbrengen dat willekeurige inmen-

56. Art. 6:51 lid 3 BW: ‘Is de gestelde zekerheid door een niet aan de schuldeiser toe te rekenen oorzaak onvoldoende geworden, dan is de schuldenaar verplicht haar aan te vullen of te vervangen.’ Vergelijk Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 701 Rv, aant. 5 (online, bijgewerkt 15 mei 2014).

57. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer*).

58. R.o. 3.3.2.

59. Van Nispen 2015, p. 219.

60. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 392, nr. 3 (MvT), p. 21: ‘Met beschrijving en monsterneming kan eveneens bewijsmateriaal verzameld worden zonder dat de onderneming wordt stilgelegd. De eiser loopt bij het leggen van bewijsbeslag meer risico schadevergoeding te moeten betalen dan bij beschrijving en monsterneming, indien in de daarop volgende inbreukprocedure mocht blijken dat er geen sprake is van inbreuk en het beslag ten onrechte is gelegd (aldus artikel 7, vierde lid, van de richtlijn en artikel 1019g, onder b).’

ging en misbruik wordt voorkomen en schadelijke gevolgen voor de wederpartij of derden binnen redelijke grenzen blijven. In het arrest ging de Hoge Raad daarnaast ook expliciet in op de mogelijke schade die de beslagene door het bewijsbeslag kan lijden:

‘3.7.3 (...) Verder kan de voorzieningenrechter, met name indien hij het verlof verleent zonder dat de wederpartij wordt gehoord, aan het verlof – met overeenkomstige toepassing van art. 701 Rv – de voorwaarde verbinden dat de beslaglegger zekerheid stelt ter zake van de schade die hij heeft te vergoeden indien het beslag onrechtmatig blijkt te zijn.’

In de Beslagsyllabus, versie 2016, werd hierover het volgende opgemerkt:

‘Zoals hiervoor besproken zal vrijwel nooit worden gehoord op het bewijsbeslag. Dat betekent niet dat dan altijd zekerheidstelling geboden is. De voorzieningenrechter zal dat af laten hangen van zijn inschatting van de kans dat het beslag achteraf onrechtmatig blijkt te zijn en van de te verwachten schade.

Mogelijke schadeposten die het typisch gevolg zijn van bewijsbeslag zijn onder andere:

- schade doordat een natuurlijk persoon niet kan werken of doordat een bedrijf geheel of gedeeltelijk stilligt als gevolg van het bewijsbeslag;
- de kosten van een bij het bewijsbeslag door de beslagene ingeschakelde advocaat;

Schadeposten waarbij een schade op voorhand moeilijk te begroten is (zodat zekerheidstelling minder voor de hand ligt) zijn bijvoorbeeld: reputatieschade en immateriële schade. Als hiervoor geen zekerheid wordt gesteld sluit dat uiteraard niet uit dat daarvoor later wel een schadevergoeding kan worden gevorderd.’

De modelbeschikking voor voorzieningenrechters waar in deze Beslagsyllabus van 2016 naar wordt verwezen, kende voor verschillende situaties richtbedragen, hetgeen natuurlijk interessant is voor dit onderzoek en, meer specifiek, gedachten over een min of meer generiek forfaitair systeem ter begroting van beslagschade.⁶¹

Deze modelbeschikking was echter, in tegenstelling tot de Beslagsyllabus zelf, niet openbaar.⁶²

In de versie van augustus 2018 is de betreffende paragraaf afgezwakt en ingekort.⁶³ Mogelijke schadeposten blijven onbenoemd:

61. Zie overigens Rb. Amsterdam (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4806 voor een voorbeeld waarbij bij een bewijsbeslag dat geen betrekking heeft op rechten van intellectuele eigendom ex art. 701 Rv de voorwaarde van zekerheidstelling is gesteld.

62. Meijsen 2014, p. 24, is hier terecht kritisch over en pleitte voor publicatie dan wel intrekking van deze modelbeschikking.

63. Beslagsyllabus versie augustus 2018, p. 60.

‘Zie over zekerheidstelling in het algemeen hiervoor (blz. 23 onder D). Zoals hiervoor besproken zal vrijwel nooit worden gehoord op het bewijsbeslag. Dat betekent niet dat dan altijd zekerheidstelling geboden is. De voorzieningenrechter zal dat af laten hangen van zijn beoordeling van de kans dat het beslag achteraf onrechtmatig blijkt te zijn en van de te verwachten schade.

Indien beslag bij derden wordt toegestaan is zekerheidstelling aan te bevelen, teneinde te waarborgen dat de derde, die met de rechtstrijd tussen partijen niets te maken heeft daarvan niet de nadelige gevolgen draagt.’

Zoals hiervoor in deze paragraaf is besproken heeft de Hoge Raad in het arrest *Molenbeek Invest/Begeer*⁶⁴ een vingerwijzing gegeven naar beslagschade en de inzet van artikel 701 Rv.⁶⁵ Mede in dat licht bezien is het teleurstellend dat de Beslagsyllabus van augustus 2018, in de opsomming van eisen die aan het verzoekschrift voor bewijsbeslag worden gesteld, niets vermeldt over informatie die de voorzieningenrechter op dit onderdeel in zijn beoordeling faciliteert.

4.4.7 Europees bankbeslag en zekerheid voor beslagschade

Opvallend is dat de Europese Verordening tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen⁶⁶ (EAPO-Verordening) op dit punt anders is ingericht dan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 12 lid 1 EAPO-Verordening bepaalt dat aan de schuldeiser de eis wordt gesteld dat hij zekerheid *moet* stellen, indien hij nog geen rechterlijke beslissing over zijn vordering heeft verkregen.⁶⁷ Deze zekerheid moet voldoende hoog zijn om misbruik te voorkomen en vergoeding van mogelijke schade van de schuldenaar te garanderen.⁶⁸ De rechter kan, als hij dit passend acht, *bij wijze van uitzondering* afzien van het doen stellen van zekerheid. Zelfs wanneer de schuldeiser al een rechterlijke beslissing heeft verkregen kan, als dit noodzakelijk en passend

64. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer*).

65. R.o. 3.7.3: ‘(...) Verder kan de voorzieningenrechter, met name indien hij het verlof verleent zonder dat de wederpartij wordt gehoord, aan het verlof – met overeenkomstige toepassing van art. 701 Rv – de voorwaarde verbinden dat de beslaglegger zekerheid stelt ter zake van de schade die hij heeft te vergoeden indien het beslag onrechtmatig blijkt te zijn.’

66. Voluit: Verordening (EU) nr. 655/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken. Kenbaar via eur-lex.europa.eu.

67. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 462, nr. 3 (MvT behorende bij de Uitvoeringswet verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen), p. 4. Vergelijk voorts overweging 18 van de considerans bij de EOPA-Verordening: ‘(...) In gevallen waarin de schuldeiser nog geen rechterlijke beslissing, gerechtelijke schikking of authentieke akte heeft verkregen die de schuldenaar ertoe verplicht de vordering van de schuldeiser te voldoen, moet het stellen van een zekerheid de regel zijn, waarbij het gerecht slechts bij uitzondering, indien het zekerheidstelling in het licht van de omstandigheden ongepast, overbodig of onevenredig acht, mag afwijken van deze regel of een lager bedrag mag eisen. Zulke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de schuldeiser bijzonder overtuigend bewijs levert maar te weinig middelen heeft om een zekerheid te stellen, dat de vordering betrekking heeft op onderhoudsgeld of op uitbetaling van loon, of dat de vordering van een zodanige omvang – bijvoorbeeld een geringe bedrijfsschuld – is, dat de schuldenaar waarschijnlijk geen schade ondervindt van het bevel. (...)’

68. Vergelijk Van der Plas & Beunk 2018, p. 36 en overweging 18 van de considerans bij de EOPA-Verordening.

wordt geacht, het gerecht zekerheid verlangen (art. 12 lid 2 EAPO-Verordening).⁶⁹ Gepubliceerde jurisprudentie over de toepassing van het Europees bankbeslag was ten tijde van de afronding van dit onderzoek nog schaars.⁷⁰ Onder de gepubliceerde uitspraken waren er tijdens de afronding van dit onderzoek twee waarbij de afwijzing van het verzoek tot het leggen van Europees bankbeslag was gebaseerd op het ontbreken van de door de voorzieningenrechter bepaalde zekerheid. Dit betreft een beschikking van de Rechtbank Gelderland van 1 maart 2018 en een beschikking van de Rechtbank Rotterdam van 27 november 2018.⁷¹ Een rondgang van Van der Plas en Beunk langs enkele gerechten leert dat in voorkomend geval zekerheidsstellingen worden gevraagd van rond de 10 tot 30% van de hoofdvordering, in een enkel geval ten belope van de hele vordering.⁷² De door onder meer Van Karsbergen voorspelde remmende werking van dit ‘minpunt’ van het Europees bankbeslag ten opzichte van het reguliere conservatoire beslag lijkt daarmee bewaarheid te worden.⁷³

4.4.8 Duur van de zekerheid

Het ligt in de rede dat de voorwaarde van de voorzieningenrechter in de beschikking dat zekerheid dient te worden gesteld, impliceert dat deze zekerheid ten minste gehandhaafd blijft totdat, bij vonnis of arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan, op de vordering van de beslagene wegens onrechtmatig beslag is beslist. Wanneer de vordering van de beslaglegger wordt toegewezen en deze uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan dient de gestelde zekerheid te worden vrijgegeven.

Om te voorkomen dat, na een afwijzend vonnis of arrest de gewezen beslaglegger (te) lange tijd in onzekerheid komt te verkeren of jegens hem een vordering wegens

69. Zie verder hierna uitgebreider par. 4.6 over de (te) beperkte mogelijkheden hiervoor bij conservatoir beslag. Vergelijk ook overweging 18 van de considerans bij de EOPA-Verordening: ‘(...) In zaken waarin de schuldeiser reeds een rechterlijke beslissing, gerechtelijke schikking of authentieke akte heeft verkregen, is het aan het gerecht te bepalen of er zekerheid dient te worden gesteld. Het stellen van een zekerheid kan, behalve in de genoemde uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld passend zijn indien de rechterlijke beslissing waarvan de tenuitvoerlegging door het bevel tot conservatoir beslag moet worden gewaarborgd, nog niet uitvoerbaar is of alleen voorlopig uitvoerbaar is hangende een hoger beroep. (...)’

70. Vergelijk ook Van der Plas & Beunk 2018, p. 30.

71. Rb. Gelderland (vzr.) 1 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1217 en Rb. Rotterdam (vzr.) 27 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9770. In de eerste beschikking werd door verzoekster vergeefs een beroep gedaan op onderdeel 18 van de considerans van de verordening, meer specifiek het daar genoemde geval waarin de schuldeiser bijzonder overtuigend bewijs levert dat deze te weinig middelen heeft om zekerheid te stellen. De door de voorzieningenrechter passend geachte zekerheid blijkt niet uit de gepubliceerde beschikking. Dat is wel het geval bij de tweede beschikking, van de Rechtbank Rotterdam. Daar bedroeg de door de voorzieningenrechter bepaalde zekerheid 30% van de hoofdvordering van de verzoeker.

72. Vergelijk Van der Plas & Beunk 2018, p. 36. Zie ook Rb. Rotterdam (vzr.) 27 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9770. Deze wijze van begroting is overigens geheel in lijn met overweging 18 van de considerans van de EOPA-Verordening: ‘Het gerecht moet de vrijheid hebben om het bedrag van de zekerheid te bepalen dat toereikend is om misbruik van het bevel te voorkomen en vergoeding van de schuldenaar te garanderen en het gerecht moet, indien het bedrag van de mogelijke schade niet duidelijk vaststaat, het bedrag waarvoor het bevel tot conservatoir beslag zal worden uitgevaardigd, kunnen gebruiken als richtsnoer voor het bepalen van het bedrag van de zekerheid.’

73. Van Kasbergen 2016, p. 973.

beslagschade zal worden ingesteld en de zekerheid (te) lang wordt gehandhaafd⁷⁴ kan het raadzaam zijn een termijn te bepalen waarbinnen de beslagene na onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger hom of kuit moet geven.⁷⁵

4.4.9 Schadevergoeding omdat er geen schade te vergoeden valt?

Denkbaar is dat de vordering van de beslaglegger wordt afgewezen, maar de beslagene geen nadeel van het beslag heeft ondervonden dan wel diens vordering tot vergoeding van schade wordt afgewezen. Kan de beslaglegger dan op zijn beurt schade vorderen wegens het (achteraf bezien) onnodig stellen van de zekerheid en het daardoor door hem geleden nadeel? Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang dat de zekerheid ex artikel 701 Rv niet wordt afgegeven op vordering van de beslagene. Het betreft een eenzijdige, ambtshalve door de voorzieningenrechter gestelde voorwaarde. Hierbij speelt ook een rol dat deze voorwaarde is verbonden aan het verlot en de beslaglegger dus een keuze heeft om – gelet op de (omvang van de) opgelegde zekerheid – alsnog van het leggen van beslag af te zien.

Dit wordt anders wanneer de beslagene in kort geding de hoogte van de zekerheid heeft betwist. Daarmee heeft hij zijn schade immers concreet gesteld, een stelling die uiteindelijk onjuist bleek te zijn. In dat geval acht ik verdedigbaar dat de beslaglegger de kosten voor het onnodig (langer) stellen van de zekerheid van de beslagene kan vorderen.⁷⁶

4.4.10 Samenloop met artikel 224 Rv, *cautio judicatum solvi*

Artikel 224 lid 1 Rv bepaalt dat partijen die geen woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland hebben en die bij een Nederlandse rechter een vordering instellen of zich voegen of tussenkomen in een Nederlandse procedure, verplicht zijn om op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten en de schadevergoeding, tot betaling waarvan zij veroordeeld zouden kunnen worden.⁷⁷

74. Niet onvoorstelbaar is een vordering wegens schadevergoeding van de gewezen beslaglegger wiens vordering is afgewezen op de beslagene wanneer deze laatste uiteindelijk geen schade heeft geleden en na de afwijzing de beslaglegger hiervan (te) lange tijd onwetend heeft gelaten.

75. Vergelijk Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1030 waarbij de voorzieningenrechter naast de gebruikelijke wijzen van beëindiging de volgende bepaling opnam: 'de vordering van [verzoeker] is afgewezen bij vonnis/arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan en [gedaagde] verklaart schriftelijk door het beslag geen schade te hebben geleden, dan wel stelt niet binnen drie maanden na de datum van dat vonnis/arrest een vordering tot vergoeding van zijn door het beslag geleden schade in (...)'.
76. Een lastige vraag is of de beslagene de plicht heeft om de beslaglegger die zekerheid voor beslagschade heeft gesteld te informeren over het feit dat op enig moment duidelijk wordt dat geen schade zal worden geleden. Ik acht het (in 'sprekende gevallen') verdedigbaar dat een dergelijke plicht kan worden gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Schending ervan zou dan een aanspraak van de gewezen beslaglegger op de 'beslagene zonder schade' opleveren voor de consequenties van het (langer dan noodzakelijk) stellen van zekerheid.

77. Uiteraard bestaat hierop een aantal belangrijke uitzonderingen, met name voortvloeiend uit het recht van de Europese unie en internationale verdragen, zie verder art. 224 lid 2 Rv. Vooral in procedures die door (rechts)personen uit de EU tegen Nederlandse partijen worden aangespannen heeft het artikel feitelijk zijn betekenis verloren.

De verplichting tot het stellen van deze zekerheid berust op de gedachte dat een buitenlandse eiser, wanneer deze in het ongelijk gesteld wordt, in beginsel niet hetzelfde verhaal biedt voor de proceskosten van de gedaagde als degene die zijn gewone verblijfplaats in de forumstaat heeft. Door de zekerheidstelling ex artikel 224 lid 1 Rv wordt de wederpartij van de buitenlandse eiser beschermd tegen de moeilijkheden en de risico's die het verhalen van deze kosten in het buitenland meebrengt.⁷⁸

De vraag is of dit artikel mede een grondslag kan vormen voor het bepalen van zekerheid voor de mogelijk te lijden schade door de conservatoir beslagene die procedeert tegen een buitenlandse partij. Deze vraag is door het Hof Den Haag in 2011 ontkennend beantwoord.⁷⁹ Het hof overwoog daarbij onder meer dat naar Nederlands recht het verlot tot conservatoire beslaglegging kan worden verleend onder voorwaarde van zekerheidstelling en dat daarvan kennelijk in het gegeven geval was afgezien.

'7. De beslagene kan vervolgens opheffing van het zonder zekerheidstelling gelegde conservatoir beslag vorderen en naar moet worden aangenomen, subsidiair, ook het stellen van tegenzekerheid, maar dat laatste dan niet op basis van het formele, imperatieve voorschrift van art. 224 lid 1 Rv maar op gronden als bedoeld in de art. 701 en 705 Rv, hetgeen hier niet, althans met onvoldoende bepaaldheid is geschied.'

De Rechtbank Utrecht kwam in een andere casus in 2009 tot een vergelijkbaar oordeel.⁸⁰ Hierbij werd, in tegenstelling tot de overwegingen in het arrest van het Hof Den Haag, niet zozeer de nadruk gelegd op de 'generieke' middelen die de voorzieningenrechter en beslagene ten dienste staan. De overwegingen in dit vonnis hebben als vertrekpunt dat per saldo de zekerheid wordt verlangd in verband met een reconventionele vordering van de beslagene tot vergoeding van diens schade:

'3.9. De rechtbank is van oordeel dat onder de schade als bedoeld in artikel 224 Rv niet kan worden begrepen de schade die Ballast Nedam Ghana lijdt als gevolg van het door Taysec gelegde conservatoir beslag. De schade die Ballast Nedam Ghana mogelijk lijdt als gevolg van het door Taysec – beweerdelijk onrechtmatig – gelegde beslag, is niet het rechtstreekse gevolg van de thans door Taysec ingestelde vordering. Volgens een onder het oude recht (artikel 152 Rv oud) gewezen arrest (HR 30 april 1925 *NJ* 1925, p.665), kan de ingevolge dat artikel te stellen zekerheid geen betrekking hebben op de schadevergoeding waartoe de eiser (in conventie) veroordeeld kan worden in het kader van een reconventionele vordering. In

78. Zie M. Freudenthal in haar annotatie bij Hof Amsterdam 28 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU5257, *JBPR* 2005/70, sub 2.

79. Hof Den Haag 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU3371, *NJF* 2011/498. Dit betrof een overweging ten overvloede, nu het hof op procedurele gronden oordeelde dat de vordering van de conservatoir beslagene niet-ontvankelijk was. De beslissing van de rechtbank om de incidentele vordering ex art. 224 Rv af te wijzen kwalificeert volgens het hof als een beslissing in het kader van de voortgang en instructie van de zaak. Uit HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1639, *NJ* 2011/269 volgt dan dat van zo een beslissing geen tussentijds appel mogelijk is.

80. Rb. Utrecht 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3179.

de procedure tussen Ballast Nedam Ghana en Taysec is Ballast Nedam Ghana voornemens de schadevergoeding in verband met het beweederlijk onrechtmatig gelegde beslag in reconventie of in een aparte procedure van Taysec te vorderen. De rechtbank ziet geen aanknopingspunt voor het oordeel dat de hiervoor genoemde rechtspraak voor het thans geldende artikel 224 Rv zijn geldigheid heeft verloren, nu de tekst van artikel 224 Rv voor wat betreft de te stellen zekerheid voor de ‘proceskosten en de schadevergoeding tot betaling waarvan zij veroordeeld zouden kunnen worden’ ongewijzigd is ten opzichte van de oude tekst en in de wetsgeschiedenis geen aanwijzing is te vinden dat een wijziging ten opzichte van de in het verleden gegeven uitleg van dit artikel zou zijn beoogd. Het conservatoir beslag kent in artikel 701 Rv een eigen regeling ter bescherming van de beslagene in de vorm van zekerheidstelling voor schade die door het beslag kan ontstaan. (...) Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er dan ook onvoldoende grond voor de uitleg van artikel 224 Rv dat ook zekerheidstelling gevorderd kan worden voor de in reconventie te vorderen schadevergoeding vanwege een onrechtmatig beslag dat voorafgaand aan de procedure is gelegd.’

In dit verband is ook van belang dat in de rechtspraak het conservatoir beslag zelf niet wordt beschouwd als ‘geding’ als bedoeld in artikel 224 lid 1 Rv.⁸¹

Men kan zich afvragen hoe de ambtshalve bevoegdheid van de voorzieningenrechter ex artikel 701 Rv en de mogelijkheid voor de beslagene om ex artikel 705 Rv in kort geding opheffing van het beslag te verzoeken zich verhouden tot de belangen die artikel 224 Rv, met zijn imperatieve karakter, beoogt te beschermen. Het gaat in het laatste artikel om het belang van een Nederlandse partij die wordt geconfronteerd met door een buitenlandse partij gelegd conservatoir beslag en de als gevolg hiervan door haar te lijden schade. Internationale verdragen ontberen doorgaans een regeling voor de kostenvergoedingen voor de gevolgen van conservatoir maatregelen en uit het bovenstaande volgt dat ook artikel 224 Rv hiertoe geen grondslag biedt.

Freudenthal doet de suggestie om artikel 701 Rv aan te vullen met een bepaling die de potentiële beslagene de mogelijkheid geeft om, voorafgaande aan het verlot, zekerheidstelling te verzoeken van een buitenlandse beslaglegger.⁸² Een andere stap lijkt ook verdedigbaar, namelijk een uitbreiding van de imperatieve zekerheid van artikel 224 Rv met een facultatieve zekerheid voor schade als gevolg van conservatoir beslag. Ophanging in dit artikel vergroot wellicht de kans dat hiervan in

81. Vergelijk Hof Amsterdam 28 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU5257, JBPR 2005/70, m.nt. M. Freudenthal, nadien bevestigd in HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351, NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*). In cassatie stond overigens een geheel andere (belangrijke) rechtsvraag centraal, namelijk die betreffende de gevolgen van een tussentijdse overdracht van een beslagen goed aan een derde in geval van herleving van het beslag na vernietiging van het opheffingsvonnis.

82. Hof Amsterdam 28 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU5257, JBPR 2005/70, m.nt. M. Freudenthal, annotatie sub 11.

de praktijk ook daadwerkelijk gebruik zal worden gemaakt.⁸³ De beslagene, ten laste van wie door een buitenlandse partij in Nederland conservatoir beslag wordt gelegd, komt er anders ook wel bekaaid van af. Wanneer deze de procedure en het beslag overleeft en erin slaagt aan de stel- en bewijsplicht te voldoen, staat hij na deze lange reis voor de lastige taak in het buitenland verhaal te zoeken.⁸⁴

In dit verband verdient ook een arrest van het Hof Den Haag van 9 februari 2016 nadere bespreking.⁸⁵ Daarbij ging het om een procedure tussen Italiaanse en Albanese partijen, waarbij de Albanese partijen voor een vordering van ongeveer € 440.000.000 conservatoir beslag hadden laten leggen op goederen van de Italiaanse partijen die gezamenlijk een waarde van vele miljarden euro's vertegenwoordigden. Aan het verzoek tot het leggen van de conservatoire beslagen lag een vonnis van de Albanese rechter ten grondslag, voor welk vonnis beslagleggers bij de Rechtbank Amsterdam een exequaturprocedure ex artikel 431 lid 2 Rv aanhangig hadden gemaakt. Vermeldenswaard is dat het verlot tot het leggen van beslag niet bij die rechtbank werd ingediend (alwaar de advocaten van de Italiaanse partijen gebruik hadden gemaakt van de mogelijkheid om dit mogelijke verlot op de daar toen nog vigerende grijze lijst te doen plaatsen), maar bij de Rechtbank Den Haag (die geen 'grijze lijst' kent).⁸⁶

De Brussel I-Verordening⁸⁷ mist in casu toepassing omdat Albanië hierbij geen partij is. Toch bespreekt het hof bewust het in die verordening tot uitdrukking gebrachte evenwicht tussen de belangen van de partij die om exequatur verzoekt en de partij die zich hiertegen verzet:

'10.2. (...) Art. 47 Brussel I-Verordening is ontleend aan art. 39 EEX-Verdrag, waarvan het doel was "om in het stadium van het exequatur een evenwicht te waarborgen tussen de rechten en de belangen van partijen, alsmede te voorkomen dat een van beide door de werking van de procesuele voorschriften aan enig nadeel wordt blootgesteld" (Rapport-Jenard op het oorspronkelijke EEX-Verdrag 1968 ad art. 39). Dit evenwicht was er doordat aan de ene kant de verklaring uitvoerbaarheid tevens het verlot tot het leggen van bewarend beslag inhield, terwijl aan de andere kant

83. Hierbij moet ook nog aandacht worden besteed aan het voorkomen van verlies van rechtsmacht bij een door de beslagene met een buitenlandse wederpartij 'vrijwillig gestelde' bankgarantie. In situaties waarbij de Nederlandse rechter nog wel bevoegd is om te beslissen over opheffing van een gelegd beslag kan deze bevoegdheid mogelijk niet gelden voor de vervolgvraag of een ter opheffing van dat beslag gestelde bankgarantie wegens (positieve) ontwikkelingen in de (buitenlandse) hoofdzaak dient te worden 'teruggegeven' of verlaagd. Zo is het intrekken of verlagen van een bankgarantie geen bewarende maatregel in de zin van art. 35 EEX II-Verordening en is er daardoor in beginsel geen rechtsmacht voor de Nederlandse rechter ten aanzien van dergelijke gevraagde voorzieningen. Zie in dit verband Rb. Rotterdam (vzr.) 10 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8083, NJF 2016/495.

84. Zie Gerretsen 2013, p. 94.

85. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

86. Zie voor dit aspect en de sanctiëring van deze schending van art. 21 Rv hierna de bespreking van dit arrest in par. 6.2.3.4.

87. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG 2001, L 12/1, doorgaans aangeduid als Brussel I- of EEX-Verordening.

gedurende de verzettermijn en de verzetprocedure verdergaande maatregelen waren uitgesloten (art. 47 lid 3 Brussel I-Verordening).’

Vervolgens overweegt het hof:

‘10.3. Nu is de Brussel I-Verordening hier niet van toepassing en zijn de conservatoire beslagen niet uit hoofde van de daarin bedoelde ‘verklaring uitvoerbaarheid’, maar na verleend verlof ex art. 700 Rv e.v. gelegd — tot welke verlofverlening de Nederlandse rechter internationaal bevoegd was (art. 31 Brussel I-Verordening) —, dat neemt niet weg dat ook in het kader van een procedure ex art. 431 lid 2 Rv een evenwicht als hiervoor bedoeld nastrevenswaardig kan zijn en dat om die reden aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de regeling uit bedoelde verordening, in die zin dat (i) hangende die procedure in beginsel geen opheffing van de getroffen bewarende maatregelen plaatsvindt (om te voorkomen dat de partij tegen wie die procedure loopt in de tussentijd over zijn goederen beschikt, waardoor de beoogde tenuitvoerlegging illusoir zou worden) en dat (ii) anderzijds niet tot liquidatie van de goederen van de schuldenaar wordt overgegaan zolang nog niet onherroepelijk op de vordering ex art. 431 lid 2 Rv is beslist. Bij dat laatste uitgangspunt (ii) past niet of minder goed dat, zoals in het kortgedingvonnis van 18 september 2014 is bepaald, een gestelde bankgarantie, in afwijking van het standaardmodel van de NVB-bankgarantie, reeds mag worden ingeroepen op basis van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis.

10.4. Door een opheffing van de (in het kader van een procedure ex art. 431 lid 2 Rv gelegde) conservatoire beslagen tegen het stellen van voldoende zekerheid treedt geen verstoring op van het evenwicht als hiervoor bedoeld. Bezwarend voor de beslaglegger is uiteraard wel een voorwaarde die noopt tot het stellen van tegenzekerheid, doch behalve dat daarvoor een wettelijke basis bestaat (art. 701 Rv) kan zodanige voorwaarde ook overigens gerechtvaardigd zijn, in het bijzonder in die gevallen waarin (i) de uitkomst van de procedure ex art. 431 lid 2 Rv ongewis is, er (ii) forse beslagschade dreigt, terwijl (iii) geen reële mogelijkheid bestaat om die schade bij afwijzing van de vordering te verhalen op de beslaglegger die gevestigd is in een land waarmee geen executieverdrag bestaat.’

Vervolgens worden door het hof de gelegde conservatoire beslagen opgeheven, tegen door de Italiaanse partijen te stellen bankgaranties van in totaal ongeveer € 465.000.000, onder de voorwaarde dat de Albanese partijen een tegengarantie stellen voor een bedrag van ongeveer € 50.000.000.⁸⁸

88. Deze uitspraak is overigens kort nadien feitelijk achterhaald door het vonnis van Rb. Amsterdam (vzr.) 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7399, zie hierna par. 4.6.1.

4.4.11 Het ‘voorlopig beslag’, verdere erosie van artikel 701 Rv?

Er kunnen zich situaties voordoen dat de voorzieningenrechter op basis van het verlot constateert dat enerzijds de kans op schade als gevolg van het conservatoir beslag reëel lijkt, doch anderzijds het risico bestaat dat de uitnodiging tot het horen van de schuldenaar, om deze in staat te stellen zich over zowel deze schade als de vordering van de beslaglegger uit te laten, kan leiden tot handelingen waardoor de goederen niet langer meer (effectief) kunnen worden beslagen. In zo een situatie is het voorstelbaar dat het ‘voorlopig beslag’ wordt ingezet. Dit ‘voorlopig beslag’ houdt in dat de voorzieningenrechter het verlot tot het leggen van conservatoir beslag voorlopig verleent en op korte termijn een zitting gelast om partijen, inclusief de beslagene, te horen, alvorens ‘definitief uitsluitel’ te geven over het gevraagde verlot.

Deze mogelijkheid is in 2010 door het Hof Den Haag min of meer geïntroduceerd.⁸⁹

Het bedrijf CLC had bij verzoekschrift van 15 september 2010 de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg gevraagd verlot tot het leggen van conservatoir beslag op een partij houten vloerdelen te verlenen. Diezelfde dag heeft de voorzieningenrechter *voorlopig* verlot tot het leggen van het verzochte beslag verleend, met dien verstande dat de voorzieningenrechter ten aanzien van het verzochte beslag, alvorens definitief te beslissen, partijen zou horen. Na het horen van verweerster is het verzoek van CLC afgewezen, waarbij de voorzieningenrechter onder meer overwoog:

‘(...) dat verzoekster, in het licht van het ter zitting door verweerster gevoerde verweer, in onvoldoende mate aannemelijk heeft gemaakt dat zij een opeisbare vordering heeft op verweerster en dat zij evenmin aannemelijk heeft gemaakt dat de onderhavige partij hout niet tot de handelsvoorraad van verweerster zou behoeven te worden gerekend (...).’⁹⁰

CLC is vervolgens van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het Hof Den Haag en heeft daarbij aangevoerd dat zij gegronde vrees had dat de vloerdelen zouden worden weggehaald.

Het hof overweegt als volgt:

‘2.2. (...) De artikel[en] 700 e.v. Rv geven geen uitsluitel over de vraag of het verlangde verlot voorlopig kan worden gegeven. Artikel 223 Rv (voorlopige voorziening binnen een aanhangig geding) leent zich voor analoge toepassing in de verzoekschriftprocedure. In het algemeen zal er geen noodzaak bestaan voor toepassing in zaken als de onderhavige (verlot conservatoir beslag) omdat de wederpartij noch wordt opgeroepen, noch gehoord. In het onderhavige geval, waarin de wederpartij op de

89. Hof Den Haag 7 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9816, JBPR 2010/52.

90. Geciteerd in r.o. 1.2 van het arrest.

hoogte is van de behandeling van het verlov in eerste aanleg en op de hoogte zal geraken van de verlofaanvrae in hoger beroep, kan het praktisch en zinvol zijn om het verlov voorlopig te verlenen zonder de wederpartij te horen, zoals de voorzieningenrechter deed, en kan verzoekster daarbij ook aanmerkelijk belang hebben.

Naar het oordeel van het hof staat het stelsel van het verlenen van beslagverlov niet aan toewijzing in de weg. Weliswaar bepaalt lid 3 van artikel 700 Rv dat verlov verleend wordt onder voorwaarde dat een eis in de hoofdzaak binnen een bepaalde termijn moet worden ingesteld, maar dat die termijn bij een voorlopig verlov niet wordt bepaald, staat aan die toewijzing niet in de weg. Bepaling van de termijn geschiedt indien en zodra definitief verlov is verleend.’

In casu werd in hoger beroep opnieuw ‘voorlopig’ verlov tot het leggen van conservatoir beslag verleend, totdat het hof na het horen van de beslagene een definitieve beslissing zou nemen.

Het ‘voorlopig verlov’ is vervolgens onderdeel gaan uitmaken van de gereedschapskist van de voorzieningenrechter en heeft ook de weg naar de Beslagsyllabus gevonden.⁹¹

De Beslagsyllabus merkt hierover het volgende op:⁹²

‘Indien er gereede twijfels bestaan over de gegrondheid van de vordering of de noodzaak van het verlangde beslagverlov, maar de vrees gerechtvaardigd is dat, als partijen worden gehoord alvorens op het beslagrekest wordt beslist, het beslagobject zal worden onttrokken aan het zicht van de beslagcrediteur, kan ook voorlopig verlov worden verleend, waarbij wordt bepaald dat de voorzieningenrechter, alvorens definitief te beslissen, partijen op een in het verlov te noemen dag en uur zal horen, met bepaling dat het voorlopig verlov alleen mag worden gebruikt als het beslag ten minste drie dagen voor die datum wordt gelegd (en – voor zover van toepassing – aan de beslagene is overbetekend). Met deze termijn wordt beoogd te voorkomen dat de beslaglegger eerst heel kort voor de dag van het horen het beslag legt, waardoor de beslagene onvoldoende gelegenheid heeft zich op dat horen voor te bereiden; vergelijk gerechtshof ’s-Hertogenbosch⁹³ 7 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9816.

Hoewel in HR 13 september 2013, ECLI:HR:2013:BZ9958 (prejudiciële vragen over bewijsbeslag in niet-IE-zaken) ook een vraag was gesteld over het voorlopig beslag, heeft de Hoge Raad die vraag alleen beantwoord met het oog op de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen. In ieder

91. Het laat zich vergelijken met de *Widerspruch*-procedure op de voet van § 924 ZPO in Duitsland. In dat artikel is bepaald dat de beslagene na een *Arrestbeschluss* (de uitspraak in een verzoekprocedure waarbij de aspirant-beslagene niet is gehoord) tegen het *Arrest* kan opkomen via een *Widerspruch*, waarbij de beslagene wordt gehoord. Zie verder hierna par. 7.3.6.2.

92. Beslagsyllabus versie augustus 2018, sub B, p. 16.

93. Deze citeerwijze schept nogal eens verwarring. Hof Den Haag heeft het arrest gewezen, met als zittingsplaats Den Bosch.

geval is een voorlopig beslag met dat doel mogelijk. Daaruit kan niet zonder meer worden afgeleid dat een voorlopig beslag altijd mogelijk is, maar in ieder geval ook niet dat deze vorm van “in plaats van het meerdere het mindere” bij beslagen niet gepast zou zijn. De ervaringen met een voorlopig beslag zijn dat dit in wezen leidt tot een opheffingskort geding, maar dan zonder verplichte procesvertegenwoordiging voor de beslagen debiteur en zonder omkering van de bewijslast. Daardoor zijn in zaken waarin de vordering onzeker is de belangen van partijen beter in evenwicht.’

De Hoge Raad heeft zich inderdaad niet expliciet uitgelaten over de vraag of de constructie ‘voorlopig verlof’ in algemene zin toelaatbaar is. Maar in de procedure die heeft geleid tot de prejudiciële vragen over generiek bewijsbeslag werd op de voet van artikel 392 lid 5 Rv voorlopig verlof verleend, in afwachting van de beantwoording van die vragen. De Hoge Raad heeft daaromtrent overwogen dat die gevolgde procedure verenigbaar is met deze wetsbepaling.⁹⁴ Met Meijssen kan worden vastgesteld dat de hierboven weergegeven ambivalentie van de Redactieraad van de Beslagsyllabus wat overbodig lijkt en het middel (wat men er ook van vindt) zonder meer ook buiten het kader van een prejudiciële vraag kan worden ingezet.⁹⁵

De vraag is of de (aspirant-)beslagene met dit alles veel opschiet. Het beslag zelf is niet voorlopig, enkel het verlof. Als het beslag wordt gelegd, dan ligt het er, ook al is dat op basis van een voorlopig verlof. Dat betekent ook dat de beslagene dusdanige hinder van het beslag kan ondervinden dat hij zich gedwongen voelt direct zekerheid te stellen, omdat hij niet kan wachten op de voor het ‘horen’ vastgestelde datum.⁹⁶ Het horen van de beslagene geschiedt binnen het kader van de vraag of het verlof definitief moet worden verleend. Dit staat op gespannen voet met de systematiek van het beslagrecht, waarbinnen mijns inziens dit horen kwalificeert als het voeren van een opheffingsgeding, zij het dat hierbij geen verplichte procesvertegenwoordiging is vereist en, aldus de Beslagsyllabus ‘zonder omkering van de bewijslast’. Dat laatste is intrigerend. Het betekent dat de beslagene hetgeen hij naar voren brengt over de gepretendeerde vordering van de beslaglegger niet stelt binnen het kader van ‘het summierlijk aantonen van de ondeugdelijkheid’ doch binnen het beoordelingskader van de voorzieningenrechter als ware er (nog) geen beslag gelegd.⁹⁷ Los van het feit dat dit wat mentale lenigheid van betrokkenen vergt, is het de vraag hoe dit in de praktijk wordt vormgegeven. Wanneer dus kennelijk ‘ex post’ een toetsing van het voorlopig verlof plaatsvindt, zou dit dan impliceren dat de voorzieningenrechter, bij de vraag of het verlof definitief wordt

94. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer*), met name r.o. 3.9.6.

95. Meijssen 2014, p. 24.

96. Vergelijk Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

97. De beslagene kan in de praktijk een verweerschrift indienen voorafgaand aan of tijdens de mondelinge behandeling na het voorlopige beslag. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, NJF 2018/184 en JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen. Zie voor een zorgvuldige beoordeling ‘binnen het kader van de verlofprocedure’ Vzf. Rb. Noord-Holland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2526. Hierbij werd op basis van hetgeen tijdens de hoorzitting werd aangevoerd de begroting van de vordering van de beslaglegger teruggebracht. Daarnaast werden op basis van een belangenafweging de goederen waarop beslag kon worden gelegd beperkt.

verleend of ‘ingetrokken’, afgaat *op het verlot* en hetgeen de beslagene daarover in de hoorzitting heeft gemeld? Blijven dan bijvoorbeeld nadere gronden die de beslaglegger in de drie dagen na het beslag formuleert buiten beschouwing? Deze vraag is niet zonder betekenis aangezien de Hoge Raad in 2015 in het arrest *Hwang/Nidera*⁹⁸ heeft bepaald dat bij de behandeling van dat kort geding tot opheffing van het beslag door de beslagleggers nog een extra grondslag (Pauliana) kon worden toegevoegd, die niet in het verzoekschrift was opgenomen.⁹⁹ De redenering van de Beslagsyllabus volgend zou dit bij het horen in het kader van een ‘voorlopig beslag’ niet mogelijk moeten zijn. Dat is mijns inziens niet houdbaar.

De vraag is voorts waarop een voorwaarde tot het stellen van zekerheid voor de door de beslagene mogelijk te lijden schade kan worden gebaseerd. Wanneer de redenering van de opstellers van de Beslagsyllabus zou worden gevolgd en bij het horen wordt geabstraheerd van het feit dat het beslag er ligt, zou de grondslag daarvoor (doorwerking) van artikel 701 Rv zijn.¹⁰⁰ Een element dat hierbij ook een rol speelt, is dat de beslagene die geen advocaat heeft geen vordering tot het stellen van zekerheid kan instellen en dus, binnen het stelsel van het ‘voorlopig beslag’, dan als het ware tijdens het horen kan ‘vragen’ om ambtshalve toepassing van artikel 701 Rv.¹⁰¹ De beslagene die zonder advocaat wordt gehoord is daarmee afhankelijk van de vraag of de voorzieningenrechter uit hetgeen hij over zijn belangen aanvoert, deduceert dat het stellen van zekerheid ex artikel 701 Rv (alsnog) geïndiceerd is.¹⁰² Mijns inziens staat een dergelijke benadering en met name de doorwerking van artikel 701 Rv na het leggen van beslag, op gespannen voet met het systeem van de wet, zie hierna paragraaf 4.6.2.

Gelet op de wijze waarop voorzieningenrechters het *voorlopig beslag* positioneren en het beoordelingskader voor het horen daarna formuleren mag echter aangenomen worden dat na het ‘definitieve’ beslag nog steeds een kort geding tot opheffing kan plaatsvinden.¹⁰³ Hierbij speelt ook een rol dat wanneer de beslagene zonder advocaat voor de voorzieningenrechter verschijnt – hetgeen volgens de Beslagsyllabus uitdrukkelijk wordt toegestaan om voor dit horen geen hoge drempel op te werpen – deze veelal niet in staat is zelf een vordering in te stellen.

98. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, NJ 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JOR 2015/220, m.nt. A. Steneker, AA 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, JBPR 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten (*Hwang/Nidera*), zie ook hierna par. 4.5.

99. Overigens werd het beslag opgeheven, het belang in cassatie was beperkt tot de proceskostenveroordeling.

100. In deze zin Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

101. De voorzieningenrechter heeft hier ook een actieve taak, vergelijk art. 22 lid 1 Rv: ‘De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.’

102. Van de voorzieningenrechter mag mijns inziens méér worden gevergd om belangen en standpunten van de beslagene te ‘achterhalen’, wanneer deze zonder advocaat verschijnt. Zie in dit verband H.J.W. Alt, ‘Na een reset van KEI ook een reset voor het burgerlijk procesrecht in vorderingszaken?’, *NJB* 2018, afl. 33, p. 2451-2452.

103. HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8517, NJ 2009/460 (*Hagemeyer/Ceteco*), zie in het bijzonder r.o. 3.4.

De kans dat de voorzieningenrechter het beslag zal opheffen wegens ‘summierlijke ondeugdelijkheid’ van de vordering van de beslaglegger lijkt dan bijzonder klein. Dat is mogelijk anders wanneer sprake is van nieuwe feiten.¹⁰⁴

Los van de dogmatische bezwaren die tegen een ‘voorlopig verlot’ zouden kunnen worden aangevoerd, rijst de vraag of met de introductie hiervan het toch al weinig benutte artikel 701 Rv verder zal eroderen.¹⁰⁵ De kans lijkt aanwezig dat in gevallen waarin vóór ‘introductie’ van het voorlopig beslag de voorzieningenrechter voor de weg van artikel 701 Rv zou hebben gekozen, nu (eerst) gebruik zal worden gemaakt van het voorlopig verlot. Kortom: een defensieve inzet van deze mogelijkheid leidt mogelijk tot onderbenutting van artikel 701 Rv. Daarbij lijkt het feit dat de Beslagsyllabus vermeldt dat het middel van voorlopig beslag wordt ingezet als er ‘gerede twijfels bestaan over de gegrondheid van de vordering of de noodzaak van het verlangde beslagverlot’¹⁰⁶ van weinig praktische betekenis.

Een gedachte zou kunnen zijn om het middel van ‘voorlopig verlot’ juist offensief in te zetten, namelijk in die situaties die ‘te dun’ zijn voor toepassing van artikel 701 Rv en de voorzieningenrechter op basis van de beschikbare informatie beslagene hieromtrent nader wenst te horen. Een andere mogelijkheid zou zijn om het ‘voorlopig verlot’ te gebruiken als *standaardwerkwijze in geval van betwiste vorderingen*. Reageert de beslagene niet op de oproep, of handhaaft de voorzieningenrechter het beslag, dan wordt het beslag vervolgens gecontinueerd.¹⁰⁷

Tijdens de ‘definitieve’ behandeling van dat verlot zou dan een mogelijke zekerheidstelling door de beslaglegger aan de orde kunnen komen. Is de beslagene daarmee beter af? Dat valt zeer te bezien, al was het maar omdat in bepaalde gevallen direct schade zal ontstaan door het ‘voorlopig beslag’.¹⁰⁸ De beslaglegger heeft dan nog geen zekerheid voor die schade verstrekt. Mogelijk blijkt tijdens de behandeling van het ‘definitieve verlot’ dat hij daartoe ook niet in staat is. In de ten minste drie dagen dat het beslag ligt op de goederen van de beslagene kan er veel gebeuren en kan aanzienlijke schade zijn ontstaan. Wanneer het stellen van zekerheid ex artikel 701 Rv als voorwaarde aan het verlot zou zijn verbonden, was wellicht afgezien van het leggen van beslag en mogelijk deze (niet verhaalbare) schade voorkomen. Het zijn deze noties die vragen oproepen over de beperkte inzet van artikel 701 Rv in de praktijk.

104. Zie ook Gerretsen 2013, p. 93.

105. Molkenboer 2012, p. 20.

106. Beslagsyllabus, versie 2018, p. 16.

107. Vergelijk Meijnsen 2014, p. 24.

108. Het Hof Arnhem is zich hiervan goed bewust in de beoordeling van de casus die leidde tot zijn arrest van 18 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD2713, r.o. 3.4: ‘In geval van een verzoek om verlot voor beslag op de handelsvoorraad, past bijzondere terughoudendheid in verband met de verstrekkende gevolgen voor de beslagene. Niettemin kunnen er omstandigheden zijn waaronder een dergelijk verzoek moet worden toegestaan en – in verband met de door de verzoeker aannemelijk gemaakte vrees voor verduistering – ook zonder dat de beslagene vooraf is gehoord. In een zodanig geval zal de beslagene weliswaar zo nodig op zeer korte termijn een voorziening tot opheffing van het beslag kunnen verkrijgen, maar in de korte periode gedurende welke het beslag ligt, kan reeds aanzienlijke schade ontstaan. Met het oog op deze mogelijke schade is het aangewezen dat in bedoeld geval aan het verlot tot het leggen van het beslag de voorwaarde van zekerheidstelling wordt verbonden.’

4.5 **Negende knelpunt, de beperkte mogelijkheden tot opheffing van het beslag**

De (on)mogelijkheden voor een beslagene om een te zijne laste gelegd conservatoir beslag in een opheffingskortgeding¹⁰⁹ opgeheven te krijgen zijn onderwerp van uitvoerig debat in de literatuur.¹¹⁰ Daarnaast geeft een lange reeks van uitspraken, zowel van de Hoge Raad als van 'lagere' gerechten, nadere inhoud aan dit domein. In deze paragraaf wordt volstaan met een korte weergave van de hoofdlijnen van de verschillende posities. Daarna zal primair worden ingegaan op de mogelijkheden om schade te voorkomen dan wel te beperken. Daarbij speelt ook een rol dat het debat over de posities in het kort geding tot opheffing zich met name concentreert rondom de vraag wat dient te worden verstaan onder 'summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht'. Deze discussie is wel indirect, op macroniveau, relevant voor dit onderzoek (hoe moeilijker het de beslagene wordt gemaakt het conservatoir beslag op te heffen, des te meer schade als gevolg van conservatoire beslagen) maar zij heeft beperkte directe betekenis.

De hoofdlijnen worden hier besproken. Voor de opheffing in kort geding noemt artikel 705 Rv vier redenen op grond waarvan het beslag door de voorzieningenrechter moet¹¹¹ worden opgeheven, namelijk wanneer:

- voorgeschreven normen niet zijn nageleefd;
- summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht op grond waarvan het beslag is gelegd;
- het beslag onnodig is;
- door de beslagene voldoende zekerheid is gesteld.¹¹²

Deze vier gronden zijn niet-limitatief, de voorzieningenrechter kan ook andere gronden aanhalen om de opheffing van het beslag op te baseren.

De tweede opheffingsgrond 'indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht' heeft in een aantal belangrijke ar-

109. Uiteraard kan opheffing ook worden bepaald door de 'gewone rechter', al dan niet op basis van een vordering in reconventie of een voorlopige voorziening ex art. 223 Rv. Zie ook art. 705 lid 1 Rv. In het vervolg neem ik het kort geding tot uitgangspunt, omdat deze weg de meest relevante voor de praktijk is.

110. Zie met name Meijsen 2013, p. 155-198 en Klaassen 2009, p. 313-349. Het debat kent een lange geschiedenis, zie in dit verband ook Cremers 1983, p. 692-696 die als toenmalige president van de Rechtbank Den Bosch stelde dat de beslaglegger de bewijslast zou moeten dragen van de deugdelijkheid van het ingeroepen recht en niet de beslagene van de ondeugdelijkheid daarvan. Zie verder ook Meijsen & Jongbloed 2010, p. 61 en 62 en de aldaar geciteerde literatuur.

111. De gronden zijn voor de opheffing van een conservatoir beslag imperatief, in tegenstelling tot bij een kort geding tot opheffing van een executoriaal beslag; daarbij kan de voorzieningenrechter het beslag opheffen als aan één of meer van de gronden is voldaan.

112. Die laatste mogelijkheid geldt alleen bij beslag voor een vordering die in geld is uitgedrukt.

resten van de Hoge Raad uit 1959,¹¹³ 1996,¹¹⁴ 2005,¹¹⁵ 2006¹¹⁶ en 2015¹¹⁷ nadere vorm en kleuring gekregen.

In 1959 werd hiervoor de basis gelegd in het arrest *Smits/Heyman q.q.*, waarin de Hoge Raad overwoog dat de enkele omstandigheid dat de beslaglegger zijn vordering nog niet aannemelijk heeft kunnen maken, niet noodzakelijk tot opheffing van het ter verzekering van die vordering gelegde conservatoire beslag behoeft te leiden.¹¹⁸

In het arrest *De Ruitertij/MBO-Ruiters* uit 1996 is de Hoge Raad dieper ingegaan op de basis van de processuele posities van beslaglegger en beslagene in het kort geding tot opheffing van een gelegd conservatoir beslag:

‘3.3. (...) Volgens art. 705 lid 2 Rv (...) [dient] een conservatoir beslag te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt. Dit brengt mee dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kortgedingprocedure aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is. 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. Die beoordeling kan niet geschieden los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen. (...)’

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit arrest de omstandigheid dat de gewezen beslagene schadevergoeding kan vorderen wanneer het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, expliciet bij de motivering van de verdeling van de stel- en bewijsposities betreft, nu:

‘3.3. (...) in aanmerking dient te worden genomen dat een conservatoir beslag naar zijn aard ertoe strekt om te waarborgen dat, zo een voornamelijk 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. (...)’

Dit argument, dat als een boemerang de beslagene treft, is door diverse schrijvers terecht in kritisch perspectief geplaatst. Meijsen oordeelt op basis van het door haar verrichte onderzoek dat dit een theoretische aanname betreft die in de praktijk

113. HR 20 maart 1959, NJ 1959/246 (*Smits/Heyman q.q.*).

114. HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruitertij/MBO-Ruiters*) (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

115. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*).

116. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

117. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, NJ 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JOR 2015/220, m.nt. A. Steneker, AA 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, JBPR 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten (*Hwang/Nidera*).

118. HR 20 maart 1959, NJ 1959/246 (*Smits/Heyman q.q.*).

weinig praktische betekenis heeft.¹¹⁹ Door de bewijsperikelen, het onderscheid tussen geheel en gedeeltelijk afgewezen vorderingen van de beslaglegger en – in het algemeen – de moeizame procedure om daadwerkelijk schadevergoeding af te dwingen, acht zij het onwenselijk dat de beslagene ook nog eens een additionele last krijgt toebedeeld in de vorm van het dragen van de ‘aannemelijkheidslast’ in het opheffingskortgeding. Ook Klaassen betoont zich kritisch, wijst op de haken en ogen verbonden aan de aansprakelijkheid van de beslaglegger en op de verhaalsrisico’s verbonden aan de claims van beslagenen.¹²⁰

Kort na dit arrest, in 2000,¹²¹ oordeelde de Hoge Raad, in een casus die zich buiten het beslagrecht afspeelde, dat

‘3.2. (...) indien de voorzieningenrechter moet beslissen op een vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening nadat de bodemrechter reeds vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, hij zijn vonnis in beginsel dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het vonnis, en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Onder omstandigheden kan er plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op deze regel, hetgeen het geval zal kunnen zijn 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. (...)’

Dit arrest leek op het eerste gezicht enig perspectief te bieden voor een verbetering van de processuele positie van de beslagene wanneer de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg was afgewezen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat later de Hoge Raad de vraag werd voorgelegd of deze regel impliceerde dat de ‘bewijslast’ ten nadele van de beslaglegger zou wijzigen en daarmee het uitgangspunt ‘opheffing van het beslag tenzij’ zou dienen te zijn; beter gezegd, zou gaan worden.

In het arrest *Rhode Nielsen/De Donge*¹²² heeft de Hoge Raad de ‘bewijsregel’ nog eens herhaald, in een casus waarbij geen sprake was van een afwijzend vonnis in eerste aanleg maar de vordering van de beslaglegger wel een flinke afslag onderging. De voorzieningenrechter had in casu de bankgarantie die door De Donge ter opheffing van het door Rhode Nielsen gelegde beslag aanmerkelijk verlaagd, van € 1.532.000 naar € 577.000, juist ook door een afweging van de wederzijdse belangen en gelet op de gemotiveerde betwisting door De Donge voor het gedeelte van de gepretendeerde vordering dat de € 577.000 te boven ging. De beslissing tot verlaging van

119. Meijssen 2013, p. 163.

120. Klaassen 2009, p. 323.

121. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, NJ 2001/407, m.nt. H.J. Snijders. In casu ging het om een vordering van varkenshouders tegen de Staat om de toenmalige Wet herstructurering varkenshouderij (en de daarop gebaseerde nadere regels buiten werking te (doen) stellen) wegens strijdigheid met hogere regels.

122. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rhode Nielsen/De Donge*).

de bankgarantie en de daarbij gehanteerde overwegingen bleven in hoger beroep en in cassatie in stand.

De Hoge Raad overwoog:

‘3.8. Het door het onderdeel verdedigde standpunt is in zoverre juist, dat volgens art. 705 lid 2 Rv. een conservatoir beslag dient te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt. Dit brengt mee dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kortgedingprocedure aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is. (...)’

Hieruit volgt dat om het beslag opgeheven te krijgen het voldoende is om ‘aannemelijk te maken’ dat de vordering ondeugdelijk is, de beslagene hoeft dit niet te ‘bewijzen’. De Hoge Raad voegt hieraan toe:

‘3.8. (...) 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. Die beoordeling kan niet geschieden los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen (zie HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481). (...)’

En, op basis van met name de wetsgeschiedenis van artikel 705 lid 2 Rv.¹²³

‘3.9. (...) In dit licht kan het onderdeel geen doel treffen voor zover het ertoe strekt dat de kortgedingrechter een conservatoir beslag ingeval van een vooralsnog geheel onbewezen vordering zou moeten handhaven: de kortgedingrechter is daartoe onder de genoemde omstandigheden immers niet gehouden, maar – na belangenafweging – (slechts) bevoegd. Voor zover het onderdeel het onbegrijpelijk acht dat de kortgedingrechter in de gegeven omstandigheden niet van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, faalt het eveneens omdat het bestreden oordeel wel degelijk begrijpelijk is, nu het hof voorshands geen rechtsgrond aanwezig achtte voor de door Rohde Nielsen gestelde vordering.’

Kort na dit arrest, in 2006, wees de Hoge Raad het arrest *Bijl/Van Baalen*. In dit arrest werd in de kern de vraag beantwoord of een afwijzend vonnis in eerste aanleg niet zou moeten leiden tot een omdraaiing van de aannemelijkheidslast, namelijk van de beslagene naar de beslaglegger.¹²⁴

123. MvA I Inv. bij art. 705 Rv, Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 314.

124. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Sniijders (*Bijl/Van Baalen*). De Hoge Raad verwees hierbij uitdrukkelijk naar zijn eerdere arrest HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, NJ 2001/407, m.nt. H.J. Sniijders, gewezen buiten het beslagrecht, om duidelijk te maken dat de uitgangspunten bij het (conservatoir) beslag wezenlijk verschillen en een andere benadering rechtvaardigen.

Met een beroep op wetssystematiek, wetsgeschiedenis en zijn eerdere jurisprudentie komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de omstandigheid dat in eerste aanleg de vordering van de beslaglegger is afgewezen de ‘stel- en bewijsposities’ intact laat. De Hoge Raad overweegt:

‘3.6. (...) 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 wél 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.

3.7. (...) Ook in een geval als het onderhavige ligt het in de eerste plaats op de weg van degene die opheffing van het conservatoire beslag vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kort geding procedure aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is, – waarvoor het afwijzende vonnis in de bodemprocedure, gelet op hetgeen hiervoor in 3.6 is overwogen, dus niet zonder meer beslissend is – of dat het voortduren van het beslag om andere redenen niet kan worden gerechtvaardigd.’

De beslagene wordt hiermee in de praktijk op achterstand gezet en wel, zoals Klaassen opmerkt, meer dan op zijn plaats lijkt om de balans tussen de beslagene en beslaglegger in evenwicht te houden.¹²⁵

Daarbij komt ook nog dat de rechter in het (kort) geding tot opheffing niet gebonden is aan de grondslagen die de beslaglegger in zijn beslagrekest heeft vermeld. Het staat de rechter in beginsel vrij zijn beslissing om het beslag niet op te heffen, (mede) te baseren op feiten en omstandigheden die niet in dat beslagrekest zijn vermeld, maar in het opheffingsgeding nader door de beslaglegger ten grondslag zijn gelegd aan de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd. Dit heeft de Hoge Raad in 2015 bepaald in het arrest *Hwang/Nidera*.¹²⁶ Daags voor de behandeling van het kort geding tot opheffing werd door de beslagleggers nog een paulianagrondslag aan de onrechtmatige daad-grondslag toegevoegd.¹²⁷ In de ex-parte-fase is de voorzieningenrechter afhankelijk van de informatie uit het beslagrekest

125. Klaassen 2009, p. 323.

126. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, NJ 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JOR 2015/220, m.nt. A. Steneker, AA 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, JBPR 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten (*Hwang/Nidera*).

127. Overigens werd het beslag opgeheven, het belang in cassatie was beperkt tot de proceskostenveroordeling.

en vormt deze de basis voor de beoordeling door de voorzieningenrechter. Zodra een kort geding tot opheffing wordt geëntameerd 'verschieft de procedure van kleur'¹²⁸ en wordt het dus een procedure op tegenspraak.

Het arrest van de Hoge Raad bevat, naast deze sanctionering van het aanvullen van de grondslagen van het beslag, nog andere relevante overwegingen:

'3.8. (...) 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.¹²⁹ 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).'

Uit deze overwegingen blijkt dat de Hoge Raad onverkort vasthoudt aan de lijn die met *Bijl/Van Baalen* is ingezet. Daarnaast wordt expliciet bevestigd dat het enkele feit van opheffing door de beslaglegger niet het oordeel inhoudt 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.

Het is belangrijk goed in het oog te houden dat de voorzieningenrechter uiteindelijk altijd een belangenafweging maakt, de voorzieningenrechter vinkt als het ware de opheffingsgronden niet af. Deze belangenafweging kan ertoe leiden dat bij een vordering die niet-aannemelijk wordt geacht het beslag toch gehandhaafd blijft.

128. Vergelijk M.R van Zanten in diens annotatie van dit arrest, *JBPR* 2015/50 sub 6.

129. Gelijk een afwijzing in eerste aanleg dient te worden meegewogen geldt zulks vanzelfsprekend ook voor een toewijzing van de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg, zie in dit verband Rb. Amsterdam (vzr.) 26 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6649. Overigens werd in dit geval een tegengarantie als voorwaarde gesteld voor het handhaven van het beslag.

Andersom is het ook denkbaar dat bij een op het eerste gezicht overtuigende vordering van de beslaglegger vanwege zwaarwegende belangen het beslag juist wel wordt opgeheven.¹³⁰ Het gaat er niet om wie ‘gelijk heeft’, de beslaglegger of de beslagene, maar welk belang zwaarder weegt, het belang van zekerheid van verhaal voor de vordering of het beschikkingsrecht over het eigen vermogen.¹³¹ De deugdelijkheid is een belangrijk element in de beoordeling, maar geeft niet zonder meer de doorslag.

Uit het arrest *Smokehouse/Culimer* dat de Hoge Raad in 1995 wees, volgt dat de opheffing van het beslag eerst een feit is zodra het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan. Dat betekent dat de beslagene nog tot die datum het beslag moet dulden en zijn eventuele schade voortduurt. In de praktijk worden echter uitspraken waarin opheffing wordt bevolen uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad vindt in een dergelijk geval de opheffing plaats met en door het uitspreken van het vonnis.¹³²

4.6 **Tiende knelpunt, beperkte mogelijkheden om ná het leggen van beslag zekerheid voor mogelijke beslagschade af te dwingen**

4.6.1 **Algemeen**

De beslagene kan een ‘tegengarantie’ vorderen voor de mogelijk door hem te lijden schade. Doorgaans wordt deze ‘tegengarantie’ direct na het beslag of het stellen van de bankgarantie ter opheffing van dat beslag gevraagd. Het afgeven van de tegengarantie kan in kort geding tot opheffing (dan wel tot ‘teruggave’ van de gestelde bankgarantie, zie hierna par. 4.7.5) worden gevorderd. In deze categorie kan bijvoorbeeld de uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam van 31 maart 2011 worden gerangschikt.¹³³ Hierbij ging het om een beslag dat was gelegd op de opbrengst van een executieveiling. De gerechtigde tot de opbrengst van de veiling vorderde vervolgens de opheffing van het beslag. Deze vordering wordt door de voorzieningenrechter toegewezen, met dien verstande dat, vanwege een aannemelijk geacht restitutierisico, eiser aan de veroordeling tot opheffing van het beslag geen rechten kan ontlenen indien door gedaagden (de beslagleggers) zekerheid zou worden gesteld voor de door eiser als gevolg van het beslag te lijden schade. De hoogte van deze te stellen zekerheid wordt daarbij bepaald op de rente over een jaar, volgens het op het moment dat de zekerheid wordt gesteld geldende percentage van de handelsrente, over het door het beslag getroffen bedrag.

130. Zie A. Steneker in zijn annotatie bij HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, NJ 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JOR 2015/220, m.nt. A. Steneker, AA 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, JBPR 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten (*Hwang/Nidera*), sub 1 en Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 314.

131. Sicking 2012, p. 21.

132. Hierbij verdient nog opmerking dat de voorzieningenrechter in kort geding ex art. 257 Rv zijn vonnis ook ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren, zie ook Van Mierlo 2006, p. 114. Uit HR 23 januari 1996, NJ 1996/434 (*DKHB/KIVO*) volgt dat na een geslaagd appel van de beslaglegger tegen een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde opheffing door de voorzieningenrechter het beslag herleeft. Wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen opheffing en vernietiging van het vonnis moeten worden geëerbiedigd, zie verder Van Mierlo 2006, p. 115.

133. Rb. Amsterdam (vzr.) 31 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704.

Er kunnen valide redenen zijn om ook in een later stadium (opnieuw) van de beslaglegger zekerheid te verlangen. Zo kan in aanvang geen (kans op) schade bestaan maar kunnen tijdens de procedure de omstandigheden dusdanig veranderen dat dit op enig moment wel het geval is, bijvoorbeeld doordat zich een geïnteresseerde koper meldt voor de beslagen zaak.¹³⁴ Verder is denkbaar dat een bij aanvang geringe schade die niet noopt tot het vragen van zekerheid, mede door tijdsverloop dusdanig groot wordt dat de beslagene alsnog zijn verhaalsrisico wenst te beperken. Ook kan de financiële positie van de beslaglegger veranderen.¹³⁵ In dit verband is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 19 juli 2013 relevant.¹³⁶ Hierin wordt het verzoek tot het stellen van zekerheid voor beslag schade afgewezen, omdat het ontstaan hiervan op het moment van beoordeling van het verzoek nog te speculatief wordt geacht, doch tegelijkertijd vooruitgezien naar de mogelijkheid om bij veranderende omstandigheden een hernieuwd verzoek te doen, in kort geding of bij wijze van incidentele vordering in de procedure:

‘3.10. De voorzieningenrechter acht het door IMR gestelde nadeel als gevolg van toewijzing van het beslagverlof vooralsnog te speculatief. Het feit dat de pandhouder het recht heeft om ingeval van beslaglegging tot opeising van de lening waarvoor het pandrecht is gevestigd over te gaan, betekent niet automatisch dat van dat recht ook gebruik zal worden gemaakt. Aannemelijk is dat de pandhouder een afweging zal maken van het belang dat hij heeft bij het al dan niet overgaan tot opeising van de lening. Hoe een dergelijke afweging uit zal vallen, is thans, bij gebrek aan wetenschap aan de voor de pandhouder van belang zijnde factoren, nog niet te voorspellen.

3.11. Het verleende voorlopige verlof zal daarom definitief worden verleend. De voorzieningenrechter merkt daarbij op dat, mocht de pandhouder overgaan tot opeising van de lening en de gevolgen zoals door IMR geschetst zich daadwerkelijk voor dreigen te gaan doen, IMR in kort geding dan wel als incidentele vordering in de hoofdzaak, opheffing van het beslag kan vorderen. De vraag of voor de dan dreigende schade zekerheid moet worden gesteld kan eveneens in die procedure aan de orde komen.’

Het afdwingen van een ‘tegengarantie’ in de hier bedoelde zin is in de praktijk niet eenvoudig. Meestal maken ‘bijzondere omstandigheden’ expliciet onderdeel uit van de overwegingen van de voorzieningenrechter, wanneer hij een dergelijke (subsidiare) vordering honoreert. Bijvoorbeeld de omstandigheid dat de eiseres een vennootschap is die eerst kortgeleden is opgericht en daardoor niet over relevante vermogensbestanddelen beschikt,¹³⁷ of is gevestigd in een land waarmee Nederland geen verdrag voor het tenuitvoerleggen of erkennen van vonnissen heeft

134. Zie ook par. 5.6.5.

135. Zie Gerretsen 2013, p. 98.

136. Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4620.

137. Rb. Rotterdam (vzr.) 2 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN3503.

gesloten.¹³⁸ Op zijn minst lijkt sprake te moeten zijn van een extra ingrediënt dat het verhaalsrisico kruidt.¹³⁹

De vraag is of dergelijke bijzondere omstandigheden een *noodzakelijke* voorwaarde voor de ‘tegengarantie’ behoren te zijn. De beslaglegger lijkt (ook) hier te worden ontzien op basis van het algemene uitgangspunt dat een schuldeiser eenvoudig bewarende maatregelen moet kunnen nemen. Daarbij valt op dat het stellen van zekerheid door de beslaglegger met name wordt bevolen in situaties van dreigende *executie* van een nog niet onherroepelijk vonnis. Aan het stellen van zekerheid voor schade wegens (mogelijk) onterecht beslag in de conservatoire fase worden ogenschijnlijk (nog) strengere eisen gesteld. Zo acht het Hof Amsterdam de enkele *mogelijkheid* van schadevergoeding onvoldoende.¹⁴⁰

Ook de ‘draagkracht’ en soliditeit van de beslaglegger kunnen een rol spelen in de overwegingen van de rechter om geen zekerheid te bepalen.¹⁴¹ Verder kan een belangenafweging met zich brengen dat de tegengarantie wordt beperkt om te voorkomen dat de beslaglegger een dusdanig hoog bedrag aan zekerheid dient te stellen dat hij effectief geen beslag meer kan leggen of zelfs maar kan doorprocederen.¹⁴²

Een (te) beperkte omvang van mogelijke schade kan, gecombineerd met de aan het doen stellen van zekerheid voor beslagschade verbonden kosten, reden zijn om een vordering tot zekerheidstelling af te wijzen.¹⁴³

Bij het begroten van de ‘tegengarantie’ spelen dezelfde discussies over de hoogte van de garantie in verband met mogelijk door de beslagene te lijden schade als bij toepassing van artikel 701 Rv. Ook hier geldt dat het ijkpunt de daadwerkelijk door de beslagene (mogelijk) te lijden schade zou moeten zijn. Dat betekent dat enige schatting moet worden gemaakt van de uitkomst van de hypothetische vergelijking, tussen de situatie zonder en die mét het gelegde conservatoire beslag.¹⁴⁴ Het spreekt voor zich dat het geen eenvoudige zaak zal zijn om een *schatting* te maken van de

138. Rb. Utrecht 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, *JOR* 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden.

139. Vergelijk Rb. Amsterdam 31 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704. Vergelijk ook Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, *NJ* 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo, bekrachtigd via art. 81 Wet RO, HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, *RvdW* 2017/725. Zie in dit verband met name r.o. 10.4 van het arrest van het hof.

140. Hof Amsterdam 15 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1337, *S&S* 2015/30. Zie in dit verband ook HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1949, *NJ* 1996/334 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl) waarin een op art. 54 Rv gebaseerd incident enkel was gebaseerd op de enkele stelling dat van een tenuitvoerlegging van de uitspraak die uitvoerbaar bij voorraad was verklaard grote schade viel te duchten voor de incidentele eiser dan wel voor een derde. Een dergelijke algemene stelling wettigt volgens de Hoge Raad niet dat alsnog de voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld wordt verbonden aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, terwijl de rechter die haar uitspraak deze voorwaarde niet heeft verbonden.

141. Zie in dit verband Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2225. In casu werd een tegengarantie van € 100.000.000 gevorderd terwijl de laatst gepubliceerde nettowinst van de beslaglegger 3,8 miljard dollar bedroeg.

142. Zie Rb. Amsterdam (vzr.) 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6649.

143. Rb. Haarlem (vzr.) 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2471.

144. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, *NJ* 2011/309, *JBPR* 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*). Zie verder par. 5.5.1.

uitkomst van een *hypothetische vergelijking* die uiteindelijk jaren later bewaarheid wordt. Hier is dus werk aan de winkel voor de beslagene, hij zal de voorzieningenrechter zo goed mogelijk moeten informeren over de argumenten voor de schatting van de schade en daarmee de hoogte van de te stellen garantie.¹⁴⁵

Indien eenmaal een tegengarantie door de voorzieningenrechter is vastgesteld, dient hieraan onverkort te worden voldaan en komt het door de beslaglegger gelegde beslag te vervallen als hij niet aan de voorwaarde tot het stellen van zekerheid voor mogelijke schade als gevolg van het beslag voldoet. De eventuele onmogelijkheid om aan de voorwaarde te voldoen komt geheel voor risico van de beslaglegger.¹⁴⁶

De tegengarantie kan in elke stand van de procedure worden gevorderd.¹⁴⁷ Ook na het 'vrijwillig' stellen van een bankgarantie kan om een 'tegegengarantie' voor de schade als gevolg van het beslag worden verzocht.¹⁴⁸ Dát in elke stand van de procedure om zekerheid van vergoeding van mogelijke beslagschade moet kunnen worden verzocht staat buiten discussie. De vraag is op welke grondslag deze 'tegenzekerheid' is gebaseerd, nu hiervoor geen expliciete wettelijke regeling bestaat.

4.6.2 Grondslag, doorwerking artikel 701 Rv?

Van 1838 tot aan 1 januari 1992 vormde artikel 729 (oud) Rv¹⁴⁹ doorgaans de grondslag voor een 'tegegengarantie', door de rechter te vragen alsnog gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het doen stellen van zekerheid wanneer hiervan, voorafgaand aan het beslag, was afgezien.¹⁵⁰ Onder oud recht is hier een enkele maal anders over beslist, door te oordelen dat door tijdsverloop de vordering *buiten het bereik van artikel 729 lid 2 (oud) Rv was gebracht*.¹⁵¹

145. Zie voor een voorbeeld waarbij de voorzieningenrechter het 'voorschot op de hypothetische vergelijking' in redelijkheid bepaalt Rb. Amsterdam (vzr.) 31 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704 met daarin de pragmatische overweging 'Gebleken [is] dat [eiser] een zakenman is en het geld zegt nodig te hebben voor zaken. Als het beslag blijft liggen en dit later ten onrechte blijkt, zal [eiser] over het bedrag dat onder beslag ligt een bescheiden depotrente ontvangen, terwijl moet worden aangenomen dat hij met het geld als zakenman meer zou kunnen verdienen als hij het tot zijn beschikking zou hebben.' Deze overweging leidt er mede toe dat in casu de 'tegenzekerheid' wordt gesteld op basis van de handelsrente als bedoeld in art. 6:120 lid 2 jo. 6:119a BW over het bedrag dat wordt getroffen door het gelegde beslag en dat dit bedrag jaarlijks moet worden aangevuld met een op die basis berekend bedrag aan handelsrente volgens het dan geldende percentage, waarbij art. 6:119a lid 3 BW (rente over de rente) overeenkomstig dient te worden toegepast.

146. Zie Rb. Amsterdam 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7399.

147. Vergelijk ook HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*). Wanneer omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat het beslag zelf lopende de procedure wordt verlaagd zou mutatis mutandis ook verhoging of het alsnog bepalen van een garantie voor beslagschade mogelijk moeten zijn.

148. Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, JOR 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden. Zie ook Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2225.

149. Thans art. 701 Rv.

150. Vergelijk Van Rossem-Cleveringa 1972, p. 774-776, met name aant. 10 bij art. 289 en de daar genoemde uitspraken: Pres. Rb. Amsterdam 12 oktober 1917, NJ 1917, p. 1254; Pres. Rb. Rotterdam 9 januari 1919, NJ 1919, p. 952; Hof Amsterdam 7 december 1921, NJ 1923, p. 395; Hof Den Haag 15 oktober 1923, W 11196.

151. Hof Den Haag 20 juni 1913, NJ 1913, p. 812.

Op het eerste gezicht lijkt verdedigbaar dat, wanneer tegen de *hoogte van de zekerheid* ex artikel 701 Rv jo. artikel 705 Rv kan worden opgekomen,¹⁵² niet goed valt in te zien waarom de beslagene geen vordering tot zekerheid kan instellen wanneer de voorzieningenrechter *geen gebruik heeft gemaakt* van de hem in artikel 701 Rv verleende bevoegdheid. Mijns inziens is dit bij een beslag gevolgd op een zogenoemd ‘voorlopig verlot’ zonder meer het geval, nu een van de kenmerken hiervan is dat de voorzieningenrechter zijn beslissing om al dan niet zekerheid te verlangen welbewust opschort tot na het horen van partijen. Dit zou ook moeten gelden voor de situatie waarin bij eenzelfde beslag reeds vóór de bepaalde mondelinge behandeling noodgedwongen een bankgarantie is gesteld. Alsdan kan door de beslagene nog steeds artikel 701 Rv in stelling worden gebracht, om hierop een vordering te baseren tot het verstrekken van zekerheid voor mogelijke schade door het doen stellen van deze laatste garantie.¹⁵³ Zie verder ook hierna paragraaf 4.7.6.

152. Zie par. 4.4.5 en Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

153. Vergelijk in dit verband Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen. Zie met name r.o. 7: ‘S’Energy neemt het standpunt in dat partijen een overeenkomst zijn aangegaan in het kader waarvan overeenstemming is bereikt over het stellen van een bankgarantie in plaats van het gelegde conservatoire derdenbeslag waartoe S’Energy op 7 juni 2017 ‘voorlopig’ verlot was verleend. Het is die overeenkomst, en de uitleg die aan die overeenkomst moet worden gegeven, die in de visie van S’Energy in de weg stond en staat aan het – nadien nog – verlangen van zekerheid. En dat is wat PZEM niettemin heeft gedaan tijdens de mondelinge behandeling ten overstaan van de voorzieningenrechter en welk verzoek de voorzieningenrechter heeft ingewilligd door de voorwaarde aan de verlotverlening te verbinden. Volgens S’Energy behield PZEM zich het recht voor te bepleiten dat de voorzieningenrechter het ‘voorlopig’ verleende verlot niet definitief zou verlenen. Dat geldt ook voor de bevoegdheid om, zodra vast zou komen te staan dat S’Energy geen vordering heeft op PZEM, schadevergoeding te vorderen wegens het onrechtmatig leggen van beslag. Maar alsnog zekerheid verlangen kon PZEM niet meer, temeer niet nu zij bij haar aanbod de beslaggarantie te stellen een dergelijk voorbehoud niet had gemaakt, aldus S’Energy. 8. Het hof stelt voorop dat S’Energy het conservatoire beslag heeft gelegd onder een derde, Stedin, die ten tijde van de beslaglegging op grond van een koopovereenkomst met PZEM een koopprijs van circa € 488 mio. verschuldigd was. Deze koopprijs zou Stedin moeten voldoen ten tijde van een “closing” die drie werkdagen na de conservatoire derdenbeslaglegging plaats zou vinden. Deze transactie, noodzakelijk voor een beoogde splitsing van de activiteiten van PZEM, kon PZEM onmogelijk uitstellen, gezien de druk van toezichthouder ACM om de splitsing te realiseren, zo heeft PZEM onweersproken aangevoerd. PZEM heeft S’Energy daarom dadelijk vervangende zekerheid aangeboden in de vorm van een bankgarantie tot het bedrag van de door S’Energy begrote vordering van circa € 93 mio. Dat er haast mee gemoeid was, komt begrijpelijk en aanneemelijk voor. Dat S’Energy die voortvarendheid van PZEM bij dit proces als “grote druk” heeft ervaren is ook voor te stellen, maar komt voor rekening van S’Energy die nu eenmaal heeft gekozen voor het middel van conservatoire derdenbeslaglegging, een middel dat drastisch kan ingrijpen in de bedrijfsvoering van de beslagene. Het hof gaat er dan ook aan voorbij dat S’Energy – zoals zij stelt – wellicht niet zou hebben ingestemd met een beslaggarantie als de druk van PZEM om aan de vervanging van het derdenbeslag door een bankgarantie mee te werken, minder groot was geweest. 9. Het zou PZEM hebben vrijgestaan de voorzieningenrechter om zekerheidstelling op de voet van artikel 701 Rv te vragen als het derdenbeslag onder Stedin nog in stand zou zijn geweest ten tijde van de mondelinge behandeling op 19 juni 2017. Het hof ziet niet in waarom PZEM die bevoegdheid niet meer toekwam, zoals S’Energy stelt, nadat zij (PZEM) de bankgarantie had gesteld. De onder 2 e) weergegeven passage uit de brief van de advocaat van PZEM kan in redelijkheid niet anders worden verstaan dan dat het stellen van de bankgarantie een einde zou maken aan het conservatoire derdenbeslag onder Stedin, maar dat S’Energy daardoor in geen enkel opzicht in een betere positie zou (mogen) geraken. Daaruit volgt, naar het oordeel van het hof, dat PZEM zich de bevoegdheid voorbehield gebruik te maken van alle mogelijkheden die de wet biedt in het kader van het verzoek tot verlening van beslagverlot. Daartoe moet ook worden gerekend het recht om zekerheid te vragen op de voet van het bepaalde in artikel 701 Rv. In dat verband is van belang dat partijen hebben afgesproken dat de mondelinge behandeling bij de voorzieningenrechter op 19 juni 2017 gewoon door zou gaan. Op een andere uitleg van de overeenkomst ingevolge waarvan het conservatoir derdenbeslag is verruild voor een bankgarantie, heeft S’Energy in redelijkheid niet kunnen vertrouwen. De omstandigheid dat PZEM niet expliciet, voordat S’Energy de bankga-

Werpt artikel 701 Rv zijn schaduw ook verder vooruit, namelijk ook in een regulier kort geding tot opheffing van het beslag, buiten het ‘voorlopig beslag’ construct? Op het eerste gezicht lijkt het in algemene zin mogelijk dat een rechter een bevoegdheid die hem ambtshalve toekomt ook desverzocht door een van de partijen kan inzetten. Daarnaast ligt hier specifiek het feit dat de beslagene eerst in het kort geding tot opheffing, respectievelijk tot ‘teruggave’ van de ‘vrijwillig’ gestelde bankgarantie, voor de eerste maal zelf de voorzieningenrechter informeert over zijn belangen en zijn visie op de vordering van de beslaglegger. Dat de voorzieningenrechter bij de vraag of zekerheid dient te worden gesteld artikel 701 Rv als vertrekpunt neemt, is niet onbegrijpelijk wanneer dit wordt beschouwd als onderdeel van het herstellen van de disbalans in de ex-partefase.

Hof Den Haag oordeelde in dit verband op 28 december 2004 als volgt:¹⁵⁴

‘23. (...) Anders dan Jumbo [beslaglegger, GM] meent is het opleggen van een verplichting tot het stellen van een tegengarantie niet in strijd met het recht. Zodanige zekerheidsstelling voor schade als gevolg van een beslag kan, ex art. 701, lid 1 Rv, ook vooraf – ambtshalve – door de voorzieningenrechter als voorwaarde aan het verlot tot beslaglegging worden verbonden. Er bestaat dan ook geen beletsel om deze zekerheid desgevorderd ná de beslaglegging op te leggen (...).’

Vergelijk ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg 12 augustus 2003:¹⁵⁵

‘4.2. De vordering tot het doen stellen van zekerheid voor proceskosten en schade is gelet op het bepaalde in art. 701 Rv toewijsbaar. Wanneer een dergelijke zekerheidsstelling ambtshalve – zonder UDP [de beslagene, GM] gehoord te hebben – vooraf kan worden verlangd moet zulks ook nog in kort geding kunnen worden gevorderd.’

In dit verband overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in zijn uitspraak van 7 mei 2010¹⁵⁶ als volgt:

rantie had aanvaard, heeft kenbaar gemaakt aan S'Energy dat zij alsnog aan de voorzieningenrechter zekerheid op de voet van artikel 701 Rv zou vragen, maakt dit niet anders.’

154. Hof Den Haag 28 december 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:BB4760, S&S 2007/109 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl). Zie ook Hof Den Haag 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU3371, NJF 2011/498 (hiervoor besproken in par. 4.4.10), r.o. 7: ‘Naar Nederlands recht kan het verlot tot conservatoire beslaglegging worden verleend onder voorwaarde van zekerheidsstelling. Daar is hier kennelijk vanaf gezien. De beslagene kan vervolgens opheffing van het zonder zekerheidsstelling gelegde conservatoir beslag vorderen en naar moet worden aangenomen, subsidiair, ook het stellen van tegenzekerheid, maar dat laatste dan niet op basis van het formele, imperatieve voorschrift van art. 224, lid 1, Rv, maar op gronden als bedoeld in de artt. 701 en 705 Rv, hetgeen hier niet, althans met onvoldoende bepaaldheid is geschied. Overigens, maar dit terzijde, betwist Jaro dat sprake is van een onrechtmatig beslag en staat die onrechtmatigheid in rechte niet vast.’
155. Zie Gerretsen 2013, p. 96 die deze uitspraak (Rb. Middelburg (vzr.) 12 augustus 2003) en de hier geciteerde r.o. 4.2 terugvindt in Hof Den Haag 21 september 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS2234, S&S 2004/131 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).
156. Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, JOR 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden.

‘4.16. Gelet op de inhoud van dit voorbehoud is de voorzieningenrechter in dit kort geding bevoegd om aan de hand van artikel 701 Rv te beoordelen of er voldoende grond aanwezig is om Taysec Construction te bevelen de door Ballast Nedam Ghana gevorderde tegenzekerheid te stellen.

4.17. In artikel 701 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter het verlot tot het leggen van conservatoir beslag kan verlenen onder de voorwaarde dat tot een door hem te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld voor schade die door het beslag kan worden veroorzaakt.

De in dit artikel bedoelde zekerheidsstelling kan ook nog in het kader van een kort geding tot opheffing van conservatoir beslag door de voorzieningenrechter worden bevolen, in die zin dat kan worden bepaald dat het conservatoir beslag wordt opgeheven indien geen tegenzekerheid voor de schade wordt gesteld.

4.18. Het is niet uitgesloten dat de vordering van Taysec Construction waarvoor zij ten laste van Ballast Nedam Ghana conservatoir beslag heeft gelegd door de bodemrechter wordt afgewezen en dat Ballast Nedam Ghana dan aanspraak zal kunnen maken op vergoeding van de schade die zij lijdt ten gevolge van het, in dat geval als onrechtmatig aan te merken, door Taysec Construction gelegde conservatoire beslag.

4.19. Het is voorts aannemelijk dat Ballast Nedam Ghana er belang bij heeft dat aan het stellen van de bankgarantie (alsnog) de voorwaarde wordt verbonden dat tegenzekerheid wordt gesteld voor de schade die zij lijdt indien het conservatoir beslag, en daarmee het laten stellen van een bankgarantie, onrechtmatig blijkt te zijn.’

Hof Den Haag komt in 2016 min of meer tot eenzelfde benadering:¹⁵⁷

‘10.5. (...) Voor nu moet de conclusie zijn (i) dat niet boven redelijke twijfel verheven is dat AlbaniaBEG’s vordering in de bodemprocedure zal worden toegewezen en (ii) dat mede daarom voldoende aanleiding bestaat om aan het tegen afgifte van een bankgarantie opheffen van de beslagen als voorwaarde het stellen van een contra-bankgarantie te verbinden. Art. 701 Rv biedt daarvoor voldoende basis.’

In zijn annotatie onder dit arrest betoont Van Mierlo zich kritisch over deze constatering van het hof en stelt dat artikel 701 Rv niet ziet op situaties als deze.¹⁵⁸

157. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest hiervoor par. 4.4.10.

158. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo, sub 5. De benadering van A-G Vlas in zijn conclusie voor het art. 81 Wet RO-arrest van de Hoge Raad van 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725, sub 2.18 spreekt hem meer aan, zie hierna par. 4.6.3.

Ook Van Emden en Van Emden bekritisieren, in hun noot bij het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 7 mei 2010, de verwijzing naar artikel 701 Rv, omdat het verlof al zonder voorbehoud is verleend en het beslag al is gelegd.¹⁵⁹ Eerder, in 2003, oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda in lijn met de kritiek van deze schrijvers en Van Mierlo als volgt:¹⁶⁰

‘3.7. Ook de subsidiair gevorderde zekerheidsstelling zal worden geweigerd. Nog daargelaten dat artikel 701 Rv door de voorzieningenrechter alleen ambtshalve kan worden toegepast op het moment van het verlenen van een verlof voor het leggen van beslag, valt, gelet op het hiervoor overwogene, op voorhand niet in te zien dat eventueel door Buckens-Mol te lijden schade als gevolg van de door Nassau gelegde beslagen ook is toe te rekenen aan Nassau en zal leiden tot een vorderingsrecht van Buckens-Mol jegens Nassau.’

De grondslag voor de ‘tegengarantie’, tenzij sprake is van een beslag op basis van een ‘voorlopig verlof’, dient naar mijn mening dan ook in een andere hoek te worden gezocht.

4.6.3 Grondslag, het kort geding tot opheffing als zodanig?

Beslagene vorderen in de praktijk vaak in een kort geding tot opheffing ex artikel 705 Rv bij wege van subsidiaire eis – na de primaire vordering tot opheffing van het beslag, waaraan zoals in paragraaf 4.5. besproken zware eisen worden gesteld – een veroordeling tot het stellen van zekerheid door de beslaglegger voor (mogelijke) schade van de beslagene door het beslag.¹⁶¹ Voldoet de beslaglegger hier niet aan dan vervalt het beslag c.q. wordt het opgeheven.

In zijn conclusie voor het artikel 81 Wet RO-arrest van 23 juni 2017 merkt advocaat-generaal Vlas op:¹⁶²

159. In hun annotatie, sub 14, bij Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, *JOR* 2010/215.
160. Vergelijk ook het oordeel van Rb. Breda (vzr.) 15 augustus 2003, ECLI:NL:RBBRE:2003:AQ8857, *NJF* 2003/43 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), r.o. 3.7.
161. Niet is uitgesloten dat beslagene dit met enige huiver doen, omdat zij vrezen dat hierdoor de belangenafweging van de voorzieningenrechter bij een discutabele vordering van de beslaglegger eerder de kant van het handhaven van het beslag opvalt (met de voorwaarde dat er zekerheid voor mogelijke schade zal worden gesteld door de beslaglegger) dan dat opheffing van het beslag volgt. Zie in dit verband ook Gerretsen 2013, p. 99.
162. A-G Vlas in zijn conclusie voor het art. 81 Wet RO-arrest van de Hoge Raad van 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, *RvdW* 2017/725, sub 2.18. Verwezen wordt naar HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4930, *NJ* 2011/57 (*Marexion/Baboprint*). In dat arrest overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4: ‘Uitgangspunt (...) dient te zijn dat schuldeisers, zoals naar voren komt uit art. 3:277 lid 1 BW, behoudens een door de wet erkende reden van voorrang, een gelijk recht van verhaal hebben op het vermogen van de schuldenaar. Het verlenen van een bankgarantie heeft naar zijn aard echter de strekking die gelijkheid te doorbreken. Een bankgarantie zoals door Baboprint verlangd, strekt immers ertoe haar als schuldeiser ten behoeve van wie zij wordt verleend, zij het indirect, volledige betaling ten laste van het vermogen van de schuldenaar te garanderen. De bank zal de garantie in beginsel slechts verlenen indien zij de zekerheid heeft dat haar vordering ter zake van het door haar ter voldoening aan de garantie betaalde volledig door de schuldenaar, of bij voorrang ten laste van diens vermogen, zal worden voldaan. De bank zal dan ook, tenzij zij haar verhaalsvordering als door reeds aan haar verleende zekerheidsrechten gedekt beschouwt, verlangen dat ten behoeve van haar zekerheid wordt verleend alvorens tot het verlenen van een bankgarantie

‘dat (...) art. 705 een uitwerking is van art. 254 Rv, waarin de ruime bevoegdheid van de kortgedingrechter is geregeld. Indien in kort geding opheffing van het beslag wordt gevraagd, kan daaraan in hetzelfde kort geding een vordering worden verbonden ter zake van andere in samenhang daarmee nodige voorzieningen, zoals het stellen van tegenzekerheid. In de rechtspraak zijn voorbeelden van deze praktijk te vinden. In het onderhavige geval levert het vorderen van een dergelijke voorziening in een opheffingskortgeding geen strijd op met de eisen van een goede procesorde. Aangezien het verlot tot beslaglegging kan worden verleend onder voorwaarde van het stellen van tegenzekerheid, zie ik niet in dat de voorzieningenrechter deze bevoegdheid – gelet op het doel van art. 701 Rv (het voorkomen dat de beslaglegger geen verhaal biedt) en de waarborgfunctie van het opheffingskortgeding – niet ook toekomt in het opheffingskortgeding in die zin dat het beslag wordt opgeheven indien geen tegenzekerheid wordt geboden. Dat is overigens niet in strijd met het rechtsmiddelenverbod van art. 700 lid 2 Rv. Dat de tegenzekerheidstelling in het onderhavige geval gekoppeld is aan de opheffing van de beslagen tegen het stellen van een bankgarantie maakt dit niet anders. (...)’

Advocaat-generaal Vlas lijkt hier – ondanks de verwijzing naar artikel 701 Rv – primair de grondslag voor het doen stellen van zekerheid door de beslaglegger te zoeken en te vinden in de regeling van het opheffingskortgeding zelf en de ruime bevoegdheden waar de voorzieningenrechter in dat verband over beschikt. Met Van Mierlo ben ik van mening dat deze benadering meer aanspreekt dan het ‘doortrekken’ van artikel 701 Rv.¹⁶³ Het is jammer dat de Hoge Raad hier (nog?) niet zijn licht over heeft laten schijnen, de zaak is afgedaan op de voet van artikel 81 Wet RO.

4.6.4 Grondslag, redelijkheid en billijkheid?

In het slot van de in de vorige paragraaf geciteerde overweging merkt advocaat-generaal Vlas het volgende op:

‘2.18. (...) De rechtspraak waarin Uw Raad heeft overwogen dat de beslagene niet tot het stellen van zekerheid kan worden verplicht, is naar mijn mening in dit kader niet van belang, gelet op het geheel eigen doel van de tegenzekerheidstelling.’

Advocaat-generaal Vlas geeft hiermee het karakter van het appel op de beslaglegger kleur. De constatering is met name van belang voor het vorderen van zekerheid buiten het kader van het opheffingskortgeding. De redelijkheid en billijkheid kunnen mijns inziens worden beschouwd als de materiële grondslag onder andere

over te gaan. In het licht van dit een en ander kan noch art. 6:2 noch art. 6:248 BW een grondslag bieden voor een verplichting tot het stellen van de zekerheid door middel van een bankgarantie (vgl. HR 14 december 2001, *IJN AD6098, NJ 2002/45*.)

163. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, *NJ 2018/136*, m.nt. A.I.M. van Mierlo, sub 5.

processuele bevoegdheden dan het opheffingskortgeding, die de beslagene kan inzetten om zekerheid voor beslagschade af te dwingen.

4.6.5 Bevoegdheid, artikel 223 Rv?

Opheffing van het beslag kan ook bij wege van provisionele vordering worden gevorderd. Artikel 223 Rv biedt hiertoe de basis. Nu opheffing bij wege van voorlopige maatregel voor de duur van het geding kan worden gevorderd, meen ik dat dit artikel ook voldoende basis biedt om (subsidiar) te vorderen dat zekerheid voor beslagschade dient te worden verleend, als voorwaarde voor het handhaven van het beslag. Ook dat is een maatregel die naar zijn aard kwalificeert als voorlopige maatregel die in de tijd beperkt is tot de duur van het geding.

4.6.6 Bevoegdheid, artikel 208 Rv?

Artikel 208 Rv biedt de mogelijkheid om een incidentele vordering in te stellen. Deze dient bij respectievelijk procesinleiding, verweerschrift dan wel bij met redenen omklede conclusie te worden ingesteld. In dat incident kan opheffing van gelegde beslagen worden gevorderd. In het verlengde van hetgeen hiervoor in paragraaf 4.6.5 is opgemerkt, meen ik dat dit artikel ook voldoende basis biedt om (subsidiar) te vorderen dat zekerheid voor beslagschade dient te worden verleend, als voorwaarde voor het handhaven van het beslag.

4.6.7 Andere maatstaven bij zekerheid nadat het beslag is gelegd?

In zijn annotatie van de uitspraak van het Hof Den Haag van 9 februari 2016 gaat Van Mierlo nader in op de maatstaven die zouden moeten worden aangehouden bij de vraag óf een zekerheid door de beslaglegger zou moeten worden verstrekt en, zo ja, langs welke lijnen de hoogte van die zekerheid zou moeten worden bepaald.¹⁶⁴ Voor het geval dat de rechter tot het (voorlopig) oordeel zou komen dat de eis in de hoofdzaak (vrijwel) zeker zal worden afgewezen, ligt het, aldus Van Mierlo, voor de hand dat de rechter in een dergelijk geval het stellen van zekerheid achterwege zal laten en het beslag zal dienen op te heffen, omdat – in termen van artikel 705 Rv – summierlijk is gebleken ‘van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht’. Voor situaties waarin de uitkomst ‘ongewis’ is,¹⁶⁵ betekent dit volgens Van Mierlo, vanuit het perspectief van beslagschade, niet vanzelfsprekend dat de beslaglegger voor dergelijke schade aansprakelijk is. In het verlengde daarvan acht hij het evenmin vanzelfsprekend dat de beslagene aan zijn vordering tot opheffing, tegen het stellen van een bankgarantie, tevens de voorwaarde verbindt dat de beslaglegger een contra-bankgarantie dient te stellen. Een dergelijke vordering lijkt Van Mierlo slechts voor toewijzing vatbaar, indien naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de beslaglegger door de beslaglegging *misbruik van recht* maakt. Hiertoe zou dan *de beslagene het nodige moeten stellen*.

164. Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo, sub 4.

165. Van Mierlo citeert de door het hof gebruikte aanduiding.

Gelet op mijn pleidooi in paragraaf 3.8 voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de beslaglegger op basis van wezenlijke momenten en de differentiatie in beoordelingskaders spreekt de hoofdlijn van deze redenering van Van Mierlo mij aan. De eerste stap in boven weergegeven overwegingen komt erop neer dat, wanneer toewijzing van de vordering uiterst onzeker is, niet naar artikel 701 Rv als 'doekje voor het bloeden' kan worden gegrepen om desalniettemin verlening van verlof te billijken. De vraag is echter of voor de vordering van de beslaglegger die 'ongewis' is enkel zekerheid voor beslagschade op zijn plaats is op basis van een 'misbruik van recht-toets'. De vordering van de beslaglegger is ongewis en daardoor de vordering voor beslagschade ook. Mede gelet op de aard van de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger dient dan mijns inziens de beoordeling van de zekerheid voor beslagschade plaats te vinden *met die risicoaansprakelijkheid als uitgangspunt*. Voor verplaatsing naar het 'misbruik van recht-kader' is in het kort geding tot opheffing geen plaats. Enkel wanneer (dan) sprake is van een van de in paragraaf 3.8 besproken momenta kan dat anders zijn. Wanneer door de voorzieningenrechter op basis van artikel 701 Rv of erna is bepaald dat de beslaglegger zekerheid dient te verlenen, zou de beslaglegger teruggave of vermindering van de zekerheid voor de beslagschade moeten kunnen vorderen wanneer hiertoe aanleiding bestaat. Een dergelijke aanleiding kan bijvoorbeeld zijn dat de vordering waarvoor beslag is gelegd in eerste aanleg geheel is toegewezen.

4.7 **Elfde knelpunt, de bankgarantie ter opheffing van het beslag en de hiermee verkregen prachtige(r) positie voor de beslaglegger**

4.7.1 **Bankgaranties, algemeen**

Als het de beslagene al lukt opheffing van het conservatoire beslag te bereiken, dan is dit veelal doordat hij zekerheid stelt. In de praktijk gebeurt dit doorgaans door het (subsidiar) aanbieden van zekerheid,¹⁶⁶ vrijwel steeds in de vorm van een bankgarantie. De beslagene kan niet tot het stellen van zekerheid worden verplicht, hij is vrij om ervoor te 'kiezen' om het beslag tegen zich te laten gelden.¹⁶⁷

Het gevolg van het stellen van een bankgarantie is dat de beslaglegger een rechtstreekse vordering op de bank verkrijgt, waarvoor de beslagene doorgaans de rekening betaalt. Door de kosten die de bank bedingt voor het stellen van de garantie, maar ook doordat de bank in ruil voor het stellen van de garantie een contragarantie of zekerheden bedingt, te verstrekken door de beslagene of door een derde (die hiervoor uiteindelijk door de beslagene dient te worden gecompenseerd). Het bijzondere aan deze situatie is dat de beslaglegger, wiens vordering door de beslagene gemotiveerd wordt betwist, materieel een betere uitgangspositie verkrijgt dan de gewone crediteuren van de beslagene van wie de vorderingen *niet* worden betwist. De beslaglegger heeft daarmee feitelijk zelfs voorrang op crediteuren die zekerheden

166. Uiteraard kan de zekerheid aan de beslaglegger dan wel de contragarantie aan de bank die de beslaggarantie stelt ook door een derde worden verstrekt. Veel maakt dit niet uit omdat dit doorgaans een verplichting van de beslagene jegens deze derde in het leven roept en dus per saldo eveneens tot nadeel leidt.

167. Zie in dit verband Rb. Oost-Brabant (vzr.) 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:169, NJF 2017/183 en HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*).

hebben verkregen of aan wie de wet een bijzondere voorrangspostie verleent.¹⁶⁸ Praktisch gezien betekent dit namelijk dat de beslaglegger zich vóór alle andere crediteuren rechtstreeks op de bank kan verhalen. Het impliceert ook dat de bank zich via verrekening of verstrekte zekerheden bij voorrang op het vermogen van de beslagene zal kunnen verhalen. Per saldo komt het onder de bankgarantie afgevoerd bedrag vrijwel steeds ten laste van het vermogen van de beslagene.¹⁶⁹

Daarnaast is een hardnekkig misverstand dat het stellen van een bankgarantie tegen relatief lage kosten de beslagene als het ware ‘bevrijdt’ van het beslag en eventuele nadelige gevolgen daarvan. Doordat de bank zal eisen dat er een contragarantie of zekerheden worden gesteld wordt de beslagene wel degelijk in zijn vermogenspositie en – indien het een ondernemer betreft – bedrijfsvoering getroffen.¹⁷⁰ De beslagene kan in het algemeen niet beschikken over dat gedeelte van zijn vrije vermogen/saldo op de bankrekening dat met de gestelde bankgarantie correspondeert. Dat kan dus niet langer renderen of worden ingezet om te ondernemen. Dit misverstand werkt overigens ook door in het aanbieden of bepalen van schadevergoeding na onterecht beslag, door deze enkel uit de *kosten* van de garantie te laten bestaan.¹⁷¹

Een ander misverstand is dat de bankgarantie de beslagene te allen tijde verlost van het risico dat de beslaglegger nieuwe conservatoire beslagen legt.¹⁷² De besla-

168. Vergelijk in dit verband ook Huydecoper 2006, p. 16-17. Zie ook A-G Bakels in zijn conclusie sub 2.13 voor HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*). Hij merkt op dat ‘het stellen van een bankgarantie de begunstigde schuldeiser (...) een feitelijke preferentie voor het verhaal van zijn vordering [verschafft]’. Vervolgens wordt daar sub 2.9 van de conclusie aan toegevoegd: ‘Een bankgarantie schept voor de schuldeiser tegenover wie de garantie is gesteld, een oneigenlijke preferentie. Hiermee worden de rechtsfiguren bedoeld die een feitelijke voorrang bij verhaal scheppen buiten de door de wet erkende redenen van voorrang om, zoals bedoeld in art. 3:277 lid 1 (slot) BW. Bij de totstandkoming van het thans geldende BW heeft de wetgever al deze figuren kritisch bezien en een groot aantal daarvan geschrapt. Dit sloot aan bij zijn streven het stelsel van voorrechten, dat een wildgroei had doorgemaakt, te saneren, aan welk streven een inventariserend en adviserend rapport van de Commissie-Houwing ten grondslag heeft gelegen.’

169. Zie Huydecoper 2006, p. 23. Huydecoper doet in dit verband de suggestie om een bepaling in de standaardbeslaggaranties op te nemen dat het onder de garantie begrepen bedrag in geval van faillissement ten gunste van alle crediteuren van gelijke (en hogere) rang zal strekken, Huydecoper 2006, p. 28.

170. In dit verband is de casus die ten grondslag lag aan het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5740 illustratief. Een belangrijke reden om de afgegeven bankgarantie te doen teruggeven was gelegen in het feit dat beslagene, een aannemer, door het stellen van de bankgarantie voor de gelegde beslagen minder ruimte had om reguliere garanties te stellen voor nieuwe werken. Omdat de bankgarantie € 315.000 bedroeg en doorgaans bij nieuwe opdrachten een garantie van 10% van de aanneemsom moest worden gesteld kon het bedrijf voor ruim € 3 miljoen minder lopende opdrachten aannemen.

171. Zie hierna verder uitgebreid par. 5.6.1.

172. In dit verband moet ook niet uit het oog worden verloren dat de beslaglegger niet zonder meer gehouden is de uitspraak in de executoriale fase ‘via de bankgarantie’ ten uitvoer te leggen. Dit betekent dat het hem in beginsel vrijstaat het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis te executeren, tenzij hier specifieke afspraken over zijn gemaakt. Zie in dit verband Rb. Den Bosch (vzr.) 17 april 2000, ECLI:NL:RBSHE:2000:AG3790, JOR 2000/137 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl) en Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 juli 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BD7682. In laatstgenoemde uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter dat de bankgarantie strekte tot opheffing van gelegde conservatoire beslagen en ter voorkoming van nieuwe conservatoire beslagen maar dat executoriale beslagen hier niet door werden geraakt. Anders: Pres. Rb. Leeuwarden 28 maart 1996, ECLI:NL:RBLEE:1996:AH5572, KG 1996/173 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

gene dient erop bedacht te zijn dat de tekst van de garantie zich niet beperkt tot op dat moment liggende beslagen en de opheffing daarvan. Met het verstrekken van de garantie beoogt hij immers ook dat geen *nieuwe* conservatoire beslagen kunnen worden gelegd. Zie in dit verband de considerans van het NVB-model beslaggarantie sub C:

‘B dat de Begunstigde ten laste van de Debitteur voor de Vordering *conservatoir(e)* [curs. GM] beslag(en) heeft doen leggen, dan wel daartoe het voornemen heeft;

C dat de Debitteur ter opheffing c.q. voorkoming van dit (deze) beslag(en) en ter voorkoming van verdere conservatoire beslagen voor de Vordering de Bank heeft verzocht een garantie te stellen ten behoeve van de Begunstigde; (...).’

De slechte onderhandelingspositie van de beslagene komt ook op een ander wezenlijk onderdeel naar voren. Dit betreft de hoogte van de te stellen bankgarantie. In een kort geding tot opheffing van een bepaald goed bestaat de mogelijkheid dat opheffing volgt zodra *zekerheid ten belope van de waarde van het beslagen goed* wordt gesteld. Die situatie kan zich voordoen wanneer de waarde geringer is dan de vordering waarvoor beslag is gelegd.¹⁷³ In de fase van een ‘vrijwillige bankgarantie’ kan de beslaglegger gebruikmaken van zijn sterke onderhandelingspositie door onverkort vast te houden aan *het door de voorzieningenrechter begrote bedrag* als basis voor de door de beslagene te stellen bankgarantie.

4.7.2 De ‘vrijwillige’ bankgarantie?

Vaak wordt geen opheffingskortgeding gevoerd doch komen beslaglegger en beslagene kort na het beslag overeen dat het conservatoir beslag door de beslaglegger zal worden opgeheven na het stellen van een bankgarantie door of namens de beslagene. Deze bankgarantie wordt in de praktijk wel aangeduid als een ‘vrijwillig’ gestelde bankgarantie.

Op deze term (ter onderscheiding van een (subsidiar) aangeboden bankgarantie in een kort geding tot opheffing) valt het nodige af te dingen. Zie ook hierna paragraaf 5.6.1. Vaak staat de beslagene met de rug tegen de muur vanwege acute liquiditeitsproblemen,¹⁷⁴ dreigende schending van verplichtingen jegens zijn opdrachtgevers of een naderende ‘closing’ van een overnameovereenkomst.¹⁷⁵ Ook kennen veel financierings- en kredietovereenkomsten opzeggeregelingen in geval van con-

173. Vergelijk Rb. Haarlem (vzr.) 25 april 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI0059, S&S 2004/19. De voorzieningenrechter oordeelde dat een beslag dient te worden opgeheven als de executiewaarde van het beslagen goed door de beslagene is voldaan. Anders zou het beslag louter nog pressiemiddel zijn en daartoe mag een beslag niet dienen.

174. De beoordeling van de financiële impact op de beslagene dient een economische, reële beoordeling te zijn. Dat betekent onder meer dat wanneer een bepaald beslagen saldo vóór het beslag al niet meer tot vrije beschikking stond van de beslagene omdat het was verpand ter dekking van een reeds afgegeven bankgarantie daardoor geen betekenis heeft voor de beoordeling van een (mede op dat saldo) gelegd beslag. Kortom: de beslagene kan in de belangenafweging eenzelfde pijn niet tweemaal inbrengen. Zie Rb. Haarlem 31 augustus 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB3263, JBPR 2008/14, m.nt. A.W. Jongbloed.

175. Hof/Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

servatoir beslag, al dan niet vergezeld van een (zeer) korte termijn om het beslag te doen opheffen om aldus een verzuim te zuiveren. De belangen van de beslagene en de tijd die gepaard gaat met het verkrijgen van een datum voor behandeling van een kort geding kunnen alleszins rechtvaardigen dat de beslagene ervoor 'kiest' om 'vrijwillig' zekerheid te stellen, in plaats van de weg van artikel 705 Rv te kiezen teneinde opheffing van het beslag te berwerkstelligen.¹⁷⁶ In veel gevallen leidt de belabberde positie van de beslagene er zelfs toe dat hij, ondanks sterke troeven bij een inhoudelijke betwisting van de vordering van de beslaglegger, ervoor 'kiest' om de vordering van de beslaglegger geheel of gedeeltelijk te voldoen. De beslaglegger creëert vaak met het leggen van beslag bewust een 'momentum' om betaling af te dwingen, of om minst genomen zichzelf 'op te werken' naar een positie vóór alle andere crediteuren. Een vraag die Van Mierlo in dit verband heeft opgeworpen is of de beslagene, bij meerdere conservatoire beslagen, wel vrij is om een garantie te doen stellen voor één beslag omdat dit, door de daarop volgende feitelijke preferentie voor de betreffende beslaglegger, ten koste gaat van het evenwicht tussen de beslagleggers.¹⁷⁷ Mijns inziens kunnen, mede op grond van de hiervoor geschetste omstandigheden, wanneer de beslagene ten gunste van een van de beslagleggers een bankgarantie laat stellen, de andere beslagleggers hem hiervan geen rechtsgeldig verwijt maken.¹⁷⁸

Slechts 5% van de conservatoire beslagen wordt gevolgd door het verzoek om een kort geding tot opheffing.¹⁷⁹ Van deze verzoeken wordt iets minder dan een derde voor de zitting ingetrokken.¹⁸⁰ Advocaten achten de kans op opheffing gering,¹⁸¹ hetgeen enerzijds een verklaring kan vormen voor het geringe aantal kort gedingen tot opheffing van gelegde beslagen en anderzijds mede debet is aan het frequent terugvallen op de 'vrijwillige bankgarantie'. Daarbij lijkt ook nog de vrees een rol te spelen dat het subsidiair aanbieden van een bankgarantie ter opheffing van het beslag tot gevolg heeft dat de voorzieningenrechter naar deze grond zal neigen en per saldo een 'zuivere opheffing' als gevolg van de onaannemelijkheid van de vordering van de beslaglegger nog minder kans van slagen heeft. Hetzelfde geldt mogelijk a fortiori voor het eisen van zekerheid voor de schade als gevolg van het beslag, omdat dit min of meer 'uitstraalt' dat de beslagene zich bij het beslag (of de reeds gestelde bankgarantie) heeft neergelegd.¹⁸²

176. Zie Janssen 2011, p. 40 en de aldaar geciteerde uitspraak van de president van de Rechtbank Arnhem van 18 mei 1999, nr. KG 1999/235: 'Volgens Pro-Vorm was de tijd tussen het tweede gelegde conservatoir beslag en het geplande transport van de onroerende zaak te kort om in kort geding opheffing van dat beslag te vorderen. Aldus kan niet gezegd worden dat Pro-Vorm misbruik heeft gemaakt van recht door de onderhavige vordering in te stellen.'

177. Van Mierlo 2003b, p. 777-778.

178. Vergelijk overigens in dit verband het kantonement in het Belgische recht. In de bewarende fase blijven de gekantonneerde gelden deel uitmaken van het vermogen van de beslagene; gaat deze failliet vóór een toewijzend vonnis dan kan de curator van de beslagene aanspraak maken op het in depot gestort bedrag. Zie Dirix & Broeckx 2010, p. 279 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie, Kantonrechter Brussel 8 oktober 2007, JLMB 2008/1286, m.nt. F. Georges. Zie verder par. 7.2.8.4.

179. Meijnsen & Jongbloed 2010, p. 68-69.

180. Meijnsen & Jongbloed 2010, p. 70.

181. Meijnsen & Jongbloed 2010, p. 75.

182. Zie in dit verband ook Gerretsen 2013, p. 99 en par. 4.6.3.

Een praktische oplossing om het aantal gevallen waarin ‘vrijwillig’ een bankgarantie wordt gesteld te beperken zou zijn om wekelijks een vaste tijd in te ruimen om opheffingskortgedingen te behandelen en deze zittingsdag ook in (de betekening van) het verlot te vermelden.¹⁸³ Om te voorkomen dat het aantal daadwerkelijk gevoerde opheffingskortgedingen te veel fluctueert, zou ervoor kunnen worden gekozen om hiervoor bepaalde rechtbanken, bijvoorbeeld die in de steden waarin ook het hof resideert, aan te wijzen.

4.7.3 Tekst van de bankgarantie, voldoende zekerheid?

Voor het stellen van een bankgarantie ter opheffing van een gelegd beslag wordt veelal gebruikgemaakt van het model van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB-model).¹⁸⁴ Ook wordt, met name voor scheepsbeslagen en bij internationale disputen, veel gebruikgemaakt van het Rotterdams garantieformulier.¹⁸⁵

In de praktijk spitst de discussie over de voorwaarden van de bankgarantie zich met name toe op de vraag of de beslaglegger genoeg dient te nemen met een bankgarantie die pas uitkeert nadat het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan.¹⁸⁶ Het NVB-model bevat in artikel 2 de volgende voorwaarde:

‘De Bank verbindt zich op eerste schriftelijke verzoek van de Begunstigde, onder gelijktijdige overlegging van:

- a. een afschrift van een beslissing van een Nederlandse rechter met betrekking tot de Vordering, gewezen in een procedure tussen de Begunstigde en de Debiteur, vergezeld van een verklaring van een in Nederland ingeschreven advocaat dat de wettelijke termijn, voor zover van toepassing, voor verzet, hoger beroep of cassatie is verstreken en dat voor zover hem bekend tegen die beslissing niet binnen

183. Zie Sicking 2012, p. 21 en Van der Meer 2013, p. 33.

184. Dit model, zowel in een Nederlandstalige als Engelstalige versie, is beschikbaar via de website van de NVB.

185. Via de website van onder meer de Nederlandse Vereniging van Vervoerrecht beschikbaar. Formeel betreft dit geen garantie maar een overeenkomst van borgtocht. Dit heeft weinig praktische betekenis, ook omdat vrijwel alle bepalingen van aanvullend recht buiten toepassing zijn verklaard. Zie de aanhef van de tekst van het Rotterdams Garantieformulier 2008: ‘De ondergetekende (A) verklaart hierbij onherroepelijk, onder afstand van alle rechten en verweermiddelen en meer in het bijzonder het bepaalde in de artikelen 7:852 en 7:855 BW, zich ten behoeve van (B) (de gewaarborgde) te stellen tot borg (...). Per saldo heeft dit formulier in economische zin dus de werking van een (bank)garantie. Wel zijn er in de afwikkeling verschillen: zo ligt bij een faillissement van de beslagene die een garantie heeft doen stellen respectievelijk een borgtocht heeft laten aangaan bij het NVB-model het initiatief om voort te procederen bij de curator of de garanderende bank en bij de borgtocht bij de partij die aanspraak kan maken op betaling (de beslaglegger). Zie voor de kwalificatie van het Rotterdams Garantieformulier als overeenkomst van borgtocht Hof Amsterdam 26 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8047, JOR 2011/346, m.nt. G.J.L. Bergervoet.

186. Uiteraard kunnen ook andere beperkingen of bijzondere voorwaarden een rol spelen, zoals een verrekeningsrecht voor de bank wegens vanaf de datum van de bankgarantie vervallen huurkooptermijnen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat een dergelijke beperking de beslaglegger in een positie brengt waarin hij niet eenvoudig verhaal zal kunnen nemen op de geboden bankgarantie en hief op deze grond de gelegde beslagen niet op. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4201, NJF 2015/360. Deze overige gevallen blijven verder buiten beschouwing. Verder kunnen over de kwaliteit van de bankgarantie – en ook de entiteit die deze afgeeft – nog vele andere disputen worden gevoerd met helaas ook sinds de kredietcrisis toegenomen relevantie maar deze blijven hier verder buiten beschouwing.

- die termijn hoger beroep of cassatie is ingesteld dan wel bij een verstekvonnis dat niet binnen zes weken na betekening van dat vonnis aan de Bank verzet is gedaan; of
- b. een origineel afschrift van een arbitraal vonnis met betrekking tot de Vordering gewezen in een procedure tussen de Begunstigde en de Debitteur; of
 - c. een door partijen gewaarmerkt afschrift van een akte, houdende een minnelijke regeling tussen de Begunstigde en de Debitteur met betrekking tot de Vordering;
- aan de Begunstigde te voldoen het bedrag dat de Begunstigde schriftelijk verklaart ter zake van de Vordering opeisbaar van de Debitteur te vorderen te hebben, met dien verstande dat de Bank niet gehouden is meer te voldoen dan het bedrag dat de Begunstigde blijkens een of meer van de bovenbedoelde bewijsstukken van de Debitteur te vorderen heeft.’

De vergelijkbare bepaling in het Rotterdams Garantieformulier luidt als volgt:

‘De ondergetekende (A) verklaart hierbij onherroepelijk, onder afstand van alle rechten en verweermiddelen en meer in het bijzonder het bepaalde in de artikelen 7:852 en 7:855 BW, zich ten behoeve van (B) (de gewaarborgde) te stellen tot borg voor (C) (de hoofdschuldenaar) zulks tot meerdere zekerheid voor de betaling door laatstgenoemde aan de gewaarborgde van het bedrag, tot betaling waarvan de hoofdschuldenaar ingevolge in kracht van gewijsde gegane beslissing van de bevoegde rechter, gewezen tegen de hoofdschuldenaar, of ingevolge rechtsgeldige arbitralebeslissing die niet of niet langer onderhevig is aan hoger beroep, of ingevolge minnelijke regeling tegenover de gewaarborgde zal blijken verplicht te zijn voor hoofdsom, rente en kosten ter zake van een vordering, thans door de gewaarborgde begroot op (D), wegens (E).

Onder “in kracht van gewijsde gegane beslissing” wordt mede verstaan een aan de ondergetekende betekend verstekvonnis gewezen tegen de hoofdschuldenaar, waartegen binnen zes weken na de datum van die betekening geen verzet is gedaan.’

Voor de standaardtekst van beide garanties geldt derhalve dat er – uitgezonderd bij beëindiging van de procedure door een minnelijke regeling – pas een beroep op betaling onder de garantie kan worden gedaan wanneer sprake is van een uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan.

4.7.4 Plussen en min

Het belang van de beslaglegger bij het schrappen van de voorwaarde dat de beslissing in kracht van gewijsde moet zijn gegaan is dat hij, bij een uitvoerbaar verklaard vonnis of arrest, direct de bankgarantie kan inroepen en dus niet hoeft te wachten tot de definitieve afloop van het proces. Door schrapping van deze voorwaarde wordt hij dus in dezelfde positie gebracht als bij het handhaven van het beslag, dat hij na een uitvoerbaar verklaarde uitspraak zou kunnen executeren.

Tegenover deze ‘min’ staan echter ook belangrijke plussen wanneer het beslag komt te vervallen en een bankgarantie wordt afgegeven.

In de eerste plaats staat tegenover de ‘min’ van het wachten op een onherroepelijk oordeel de ‘plus’ van de feitelijke promotie tot ‘preferente’ crediteur nu door de bankgarantie een onafhankelijke, rechtstreekse aanspraak van de beslaglegger op de bank ontstaat die ook bij faillissement van de beslagene van kracht blijft.¹⁸⁷ Daar staat tegenover dat bij faillissement van de beslagene gelegde beslagen opgaan in het algemene faillissementsbeslag ex artikel 33 Fw en de beslaglegger geen bijzondere rechten meer kan laten gelden. In de tweede plaats hoeft de eiser door de garantie – en de daaruit voortvloeiende rechtstreekse aanspraak – niet langer te vrezen voor andere, cumulatieve beslagen op de door hem beslagen goederen, waardoor de taart mogelijk met meer partijen zou moeten worden gedeeld. Het is dus verdedigbaar dat al met al niet van een ongunstiger situatie sprake is wanneer het beslag wordt opgeheven in ruil voor een op de NVB-leest geschoeide bankgarantie.¹⁸⁸

Omstandigheden waarom volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in 2015¹⁸⁹ in het gegeven geval niet kon worden volstaan met een bankgarantie die uitkeert nadat het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan waren:

- de beslaglegger komt in een ongunstiger positie te verkeren omdat de bankgarantie pas na een onherroepelijk vonnis kan worden uitgewonnen;¹⁹⁰
- tussen partijen wordt in de verschillende bodemprocedures niet voortvarend geprocedeerd;
- beslaglegger heeft een (spoedeisend) belang bij de incasso van de vordering nu deze 25% van zijn jaaromzet bedraagt;
- het is niet aannemelijk dat de gelegde beslagen onvoldoende verhaal zouden bieden (waardoor de beslaglegger er met de garantie ‘op vooruit zou gaan’).

Met name de eerste drie overwegingen verdienen, geabstraheerd van deze casus, bespreking.

Op de ongunstiger positie (in vergelijking tot het handhaven van de gelegde beslagen) valt het nodige af te dingen. Zoals hiervoor uiteengezet, staat tegenover de ‘min’ van het wachten op een onherroepelijk oordeel de ‘plus’ van de feitelijke promotie tot ‘preferente’ crediteur nu door de bankgarantie een onafhankelijke, rechtstreekse aanspraak van eiser op de bank ontstaat. Dat niet voortvarend wordt geprocedeerd moge zo zijn, maar afgezien van de casuïstische vraag welke partij

187. Verder is denkbaar dat de eiser, zeker bij een positief vonnis in eerste aanleg, additioneel (proces)financiering zou kunnen verkrijgen op basis van de afgegeven bankgarantie. Zie verder par. 4.7.1.

188. In deze zin Hof Den Bosch 14 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2015:1354, JOR 2016/39.

189. Rb. Den Haag (vzr.) 29 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7039.

190. Dat moge zo zijn, maar in dit verband moet niet uit het oog worden verloren dat de executant niet gehouden is zich ‘via de bankgarantie’ te verhalen. Dit betekent dat het hem in beginsel vrijstaat het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis te executeren, tenzij hier specifieke afspraken over zijn gemaakt. Zie in dit verband Rb. Den Bosch (vzr.) 17 april 2000, ECLI:NL:RBSHE:2000:AG3790, JOR 2000/137 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl) en Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 juli 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BD7682. In laatstgenoemde uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter dat de bankgarantie strekte tot opheffing van gelegde conservatoire beslagen en ter voorkoming van nieuwe conservatoire beslagen maar dat executoriale beslagen hier niet door werden geraakt.

hiervan het grootste verwijt kan worden gemaakt, kan men zich afvragen waarom deze omstandigheid in het nadeel van de beslagene zou moeten werken, die immers noch om het beslag, noch om de procedure heeft gevraagd. Ook bij de derde omstandigheid kan een kanttekening worden geplaatst. Uit deze omstandigheid (het feit dat de betwiste vordering 25% van de jaaromzet van eiser bedraagt) zou (ook) kunnen worden afgeleid dat een substantieel risico bestaat dat bij een ten onrechte gelegd beslag de beslagene geen verhaal voor zijn beslagschade zou kunnen nemen. Een dergelijke omstandigheid zou wellicht eerder een indicatie moeten zijn om aan de bankgarantie juist wél de voorwaarde te verbinden dat deze eerst bij een vonnis of arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan, tot uitkering kan komen, of op zijn minst te overwegen om 'de stok in het midden te plaatsen'.

Dit alles betekent niet dat beslagleggers in alle gevallen een bankgarantie, waarin is bepaald dat inroeping ervan pas mogelijk is bij een in kracht van gewijsde gegane uitspraak, moeten accepteren c.q. dat voorzieningenrechtters immer gehouden zijn deze te beschouwen als genoegzame zekerheid. In dat verband zijn de overwegingen van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in zijn vonnis van 15 juni 2011¹⁹¹ het citeren waard:

'4.6. Op de vraag of een voorgestelde bankgarantie voldoende zekerheid biedt in de zin van artikel 705 Rv, als daarop geen beroep kan worden gedaan in het geval van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis waartegen hoger beroep open staat, is blijkens de rechtspraak geen eenduidig antwoord te geven. Er zijn uitspraken waarin werd beslist dat de beslaglegger geen genoeg hoeft te nemen met een garantie waarop hij in geval van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis geen beroep kan doen (LJN: AH7813, BI3866, BA0914, BP3794, BP3797). Er zijn evenwel ook uitspraken waarin het tegendeel is beslist (LJN: AH5494, AH8066, AU8027, BN2379). De voorzieningenrechter leidt hieruit af dat de beslissing afhangt van een afweging van de wederzijdse belangen in het concrete geval.'

In de belangenafweging kan ook het processuele karakter van de procedure in de hoofdzaak worden betrokken. Zo past bij het uitgangspunt dat in een exequaturprocedure niet tot liquidatie van de goederen van de schuldenaar wordt overgegaan, zolang nog niet onherroepelijk op de vordering ex artikel 431 lid 2 Rv is beslist, niet goed dat de bankgarantie mag worden ingeroepen op basis van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.¹⁹²

Hoe zorgvuldig de belangenafweging ook, men kan zich met Van Emden afvragen of om rechtseconomische redenen niet op voorhand duidelijk zou moeten zijn welke condities een beslaggarantie dient te bevatten om – in elk geval wat betreft haar voorwaarden – haar te kwalificeren als voldoende zekerheid in de zin van

191. Rb. Amsterdam (vzr.) 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3172, JBPR 2012/16, m.nt. A. Steneker (*Traffigura*). R.o. 4.6 is hier geciteerd. Uiteindelijk kwam de voorzieningenrechter in casu tot het oordeel dat in dit geval het (niet geamendeerde) NVB-model volstond.

192. Vergelijk in dit verband Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

artikel 705 lid 1 Rv.¹⁹³ Ik voeg daar nog aan toe dat dit ook de snelheid ten goede zou komen waarmee bankgaranties kunnen worden afgegeven, waardoor op macro-niveau de schade als gevolg van onterecht gelegd beslag zou kunnen afnemen. Alles afwegende zou daarbij een bankgarantie die eerst tot uitkering komt nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan het uitgangspunt dienen te zijn, behoudens in zeer uitzonderlijke gevallen die de belangenafweging in een andere richting doen uitslaan.¹⁹⁴

De vraag welke zekerheid volstaat gelet op het bepaalde in artikelen 6:51 BW en 705 Rv is bij uitstek een feitelijke vraag. Deze dient afhankelijk van de omstandigheden en de weging van de wederzijdse belangen te worden beantwoord. Het lijkt daarmee onzeker of de Hoge Raad hier klaarheid in zal (kunnen) brengen.¹⁹⁵

4.7.5 ‘Teruggave’ of verlagen gestelde bankgarantie?

4.7.5.1 *Processuele aspecten*

‘Teruggave’ of (al dan niet subsidiair) verlaging van de gestelde bankgarantie kan in kort geding, via een eis in reconventie of bij wege van voorlopige voorziening worden gevorderd. De term ‘teruggave’ is hier bewust tussen aanhalingstekens geplaatst. De bank heeft aan de beslaglegger een verklaring afgegeven tegen bepaalde condities op eerste afroep tot betaling over te gaan. Deze bankgarantie vormt in de regel geen waardepapier. Daadwerkelijke teruggave van het fysieke document is slechts van belang in gevallen waarbij toezending van dat document een voorwaarde is voor uitbetaling. Het is dan ook zuiverder om (eventueel naast teruggave) gedwongen medewerking aan ontslag van de bank uit de verplichtingen uit hoofde van de bankgarantie te vorderen, waarmee deze verplichtingen komen te vervallen.¹⁹⁶ Het verdient voorts aanbeveling om, met name ook wanneer de bank niet in het geding is betrokken, te vorderen dat ex artikel 3:300 BW het vonnis in kort geding in de plaats treedt van de instructie van de beslaglegger aan de bank om de bank uit de verplichtingen van de bankgarantie te ontslaan.

4.7.5.2 *Consequenties wettelijk kader*

Met het stellen van de (bank)garantie en het daarop opheffen van het beslag door de beslaglegger treden partijen buiten het domein van het beslagrecht. Dit betekent dat vanaf dat moment de condities van de bankgarantie leidend zijn voor de

193. Zie zijn annotatie bij Rb. Amsterdam (vzr.) 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3172, JOR 2011/311, m.nt. E.L.A. van Emden, sub 9.

194. Zie ook E.L.A. van Emden, sub 15.

195. Vergelijk Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo; het arrest waarbij voornoemde uitspraak van het hof met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gebleven: HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725. Een van de (sub)onderdelen van de cassatiemiddelen was gestoeld op de stelling dat (in elk geval bij een beslagvervangende zekerheid voor een vordering uit hoofde van een reeds in kracht van gewijsde gegaan buitenlands vonnis) een bankgarantie die uitkeert na een in kracht van gewijsde gegane uitspraak niet volstaat. A-G Vlas concludeert tot verwerping van dit middel, zie in het bijzonder sub 2.7, 2.52 en 2.53 van zijn conclusie voor dit arrest.

196. Zie E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden in hun annotatie, sub 7, bij Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, JOR 2010/215.

rechtsverhouding op dit onderdeel en niet (langer) de bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit impliceert bijvoorbeeld dat, wanneer de eis in de hoofdzaak niet binnen de in het oorspronkelijke beslagverlof gestelde termijn wordt ingesteld, dit niet leidt tot de teruggave van de garantie, hoewel het aanvankelijk gelege beslag als geen garantie zou zijn gesteld om die reden zou zijn vervallen.¹⁹⁷ Deze voorwaarde in het verlof heeft immers na het stellen van de garantie haar betekenis verloren. Kort samengevat, partijen gaan van de artikelen 700 e.v. Rv naar Boek 6 BW.¹⁹⁸ Zoals hierna uiteen zal worden gezet geldt dit echter niet zonder meer voor het beoordelingskader van de vraag of een bankgarantie moet worden teruggegeven of verlaagd.

4.7.5.3 *Consequenties rechtsmacht en toepasselijk recht*

Met het stellen van de bankgarantie wordt 'het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verlaten', om de eenvoudige reden dat niet langer sprake is van een beslag. Dit lijkt te impliceren dat ook alle eventuele andere (internationale) regelingen en verdragen vanaf dan toepassing missen. Dat kan consequenties hebben voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter om te oordelen over 'teruggave' of verlaging van ter opheffing van conservatoire beslagen gelege garanties. Waar deze rechter nog wel bevoegd was om te beslissen over opheffing van een gelegd beslag, kan deze bevoegdheid mogelijk niet gelden voor de vervolgvraag of een ter opheffing van dat beslag gestelde bankgarantie wegens (positieve) ontwikkelingen in de (buitenlandse) hoofdzaak dient te worden 'teruggegeven' of verlaagd. Zo is het intrekken of verlagen van een bankgarantie geen bewarende maatregel in de zin van de relevante EEX-verordeningen en is er daardoor in beginsel geen rechtsmacht voor de Nederlandse rechter ten aanzien van dergelijke gevraagde voorzieningen.¹⁹⁹ Wanneer ter opheffing van een conservatoir beslag een bankgarantie is gesteld waarop buitenlands recht van toepassing is verklaard, kunnen zich nog andere complicaties voordoen. De uitleg van de garantie zal dan met inachtneming van het betrokken buitenlandse recht moeten plaatsvinden. Doorgaans zal de garantie enkel de condities bevatten waaronder tot uitbetaling onder de garantie dient te worden overgegaan. De vraag of op de vordering tot vergoeding van de schade Nederlands recht van toepassing is dan wel het recht dat op de bankgarantie van toepassing is verklaard, is hiervoor besproken in paragraaf 3.10.

197. Zie Pres. Rb. Zwolle 18 september 2003, NJF 2004/99. Zie ook HR 16 oktober 1981, NJ 1983/778, m.nt. P.A. Stein. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat het de rechter na vervanging van een vreemdelingenbeslag door een bankgarantie niet vrijstaat zich ambtshalve te begeven in de vraag of de in het eerste lid van art. 770 (oud) voorgeschreven termijn van acht dagen (vanwaardeverklaring onder oud recht) is nageleefd.

198. Zie in dit verband ook HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1544, NJ 2009/579, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*MSD/Euromedia*) en Hummel 2010, p. 30-31. In dit arrest ging het om een casus waarbij een bankgarantie was afgegeven om daarmee verlost te worden van executie van tot dan toe verschuldigde dwangsommen. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtsverhouding tussen partijen vanaf dat moment werd beheerst door hun overeenkomst. Daardoor bleef de verjaringstermijn ex art. 611g Rv (van zes maanden) buiten toepassing.

199. Aldus Rb. Rotterdam (vzr.) 10 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8083, NJF 2016/495.

4.7.5.4 *Recht terugvorderen bedingen, ontvankelijkheid?*

Zoals hiervoor in paragraaf 4.7.2 is betoogd valt het nodige af te dingen op de ‘vrijwilligheid’ waarmee de bankgarantie door de beslagene vóór een eventueel opheffingskortgeding wordt gesteld.

Aan het ontbreken van een expliciete bepaling om de bankgarantie in kort geding aan de voorzieningenrechter ‘voor te kunnen leggen’ moet niet te zwaar worden getild. Het eisen van een dergelijk voorbehoud, als noodzakelijke voorwaarde voor ontvankelijkheid in een kort geding tot opheffing, is een miskenning van de feitelijke en economische werkelijkheid en de daaruit voortvloeiende disbalans tussen de posities van beslaglegger en beslagene. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat het stellen van de bankgarantie in deze fase nog steeds in de ‘ex-par-terfase’ plaatsvindt. De beslagene is bij het stellen ervan nog niet in de gelegenheid geweest de voorzieningenrechter te informeren over zijn belangen en stellingen over de vordering van de beslaglegger.²⁰⁰ Zo bezien is een kort geding tot teruggave niets meer dan het herstellen van de balans, door de beslagene in staat te stellen om datgene in rechte naar voren te brengen waartoe hij feitelijk eerder niet in staat was.²⁰¹ Hierbij speelt ook een rol dat het stellen van de bankgarantie voor de beslagene financiële consequenties heeft, die verder reiken dan de enkele kosten van de garantie. De ratio van artikel 705 Rv verzet zich ertegen dat de beslagene die ‘vrijwillig’ een bankgarantie stelt zichzelf daarmee van artikel 705 Rv berooft.²⁰²

In dit licht is de volgende overweging van het Hof Leeuwarden in zijn arrest van 20 juni 2007 interessant:²⁰³

‘5. (...) De vraag is of thans “opheffing” van (een deel van) de bankgarantie kan worden gevorderd, op de (niet limitatief vermelde) gronden van art. 705 lid 2 Rv. Naar ’s hofs voorlopig oordeel moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Het hof acht voor dit oordeel van belang dat het leggen van conservatoir beslag plaatsvindt geheel buiten de schuldenaar (Notebomer BV) om – bij het verzoek om presidentieel verlof is deze immers niet betrokken – , terwijl de bankgarantie berust op een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar. In deze overeenkomst kunnen schuldeiser en schuldenaar afspraken maken over onder meer de hoogte van de bankgarantie, de gevallen waarin de bank tot betaling moet overgaan, en ook over de voorwaarden onder welke herziening van de (hoogte van de) bankgarantie aan de orde is.’

200. Hof Leeuwarden 20 juni 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA7847, JOR 2007/313, m.nt. E. Loesberg (r.o. 5).

201. Vergelijk in dit verband de frase: ‘bezien in de context van de rest van de bankgarantie en de reden voor het doen stellen van deze bankgarantie (te weten het zo snel mogelijk ongedaan maken van het ten laste van (onder meer) Ballast Nedam Ghana gelegde conservatoir beslag)’, r.o. 4.8 uit het vonnis van de Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, JOR 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden.

202. Zie in dit verband Janssen 2011, p. 40, Blaauw 2002, p. 283, Ynzonides 2001, p. 141, noot 2. Anders: Loesberg 2004, p. 399.

203. Hof 20 juni 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA7847, JOR 2007/313, m.nt. E. Loesberg. Zie in deze zin in een vergelijkbare casus ook Rb. Noord-Nederland (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2157, die in r.o. 3.2 de uitspraak van het hof aanhaalt.

De laatste volzin suggereert dat de ‘contractsvrijheid’ aan de zijde van de beslagene (en het afzien van het maken van een afspraak over het ‘voorleggen’ van de bankgarantie) met zich brengt dat de beslagene in beginsel niet in zijn vordering kan worden ontvangen. Op die contractsvrijheid valt echter zoals hiervoor betoogd het nodige af te dingen, zoals overigens ook blijkt uit de overwegingen van het hof zelf waarin het stelt:

‘5. Op grond van art. 705 lid 2 Rv moet de opheffing van een beslag worden uitgesproken indien, onder meer, voor de vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. In het onderhavige geval heeft er geen procedure tot opheffing van het beslag plaatsgevonden, maar heeft Notebomer BV vrijwillig – *zij het dat zij daar uiteraard toe werd genoopt door de gelegde beslagen* [curs. GM] – een bankgarantie verstrekt ten belope van € 280.000,=, waarna Greiner c.s. de beslagen hebben opgeheven. (...)’

Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin de vraag of een gestelde garantie ‘direct’ ter beoordeling aan de voorzieningenrechter kan worden voorgelegd een rol speelt:

1. De mogelijkheid om de bankgarantie ter ‘teruggave’ voor te leggen aan de voorzieningenrechter is in de bankgarantie of in de correspondentie tussen partijen expliciet uitgesloten. Onder verwijzing naar de hiervoor geschetste omstandigheden waaronder de bankgarantie tot stand komt en in het bijzonder de vaak belabberde onderhandelingspositie van de beslagene, is het verdedigbaar dat een dergelijke expliciete afspraak onder omstandigheden niet altijd aan ontvankelijkheid van de vordering in de weg zou moeten staan. Hiervoor zou een beroep kunnen worden gedaan op het bepaalde in artikel 3:13 BW (misbruik van recht), artikel 3:44 lid 1 BW (misbruik van omstandigheden), artikel 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid) en artikel 6:248 lid 2 BW (een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn).
2. Over de mogelijkheid om het afgeven van de garantie voor te leggen aan de voorzieningenrechter is niets bepaald. In de jurisprudentie wordt verschillend geoordeeld of dan ‘teruggave’ van de bankgarantie kan worden gevorderd. Op basis van de hiervoor genoemde gronden is verdedigbaar dat de bankgarantie dan aan de voorzieningenrechter kan worden voorgelegd.²⁰⁴ Het spreekt voor zich dat de beslagene, die doorgaans in een zeer nadelige onderhandelingspositie verkeert, feitelijk geen keus heeft om zich bij de (standaard)tekst van de bankgarantie neer te leggen. Het NVB-model beslaggarantie kent geen speciale bepaling en dient in niet-geamendeerde vorm dan ook tot deze categorie te worden gerangschikt.

204. Zie in dit verband Pres. Rb. Den Haag 23 januari 1985, ECLI:NL:RBSGR:1985:AH0577, KG 1985/46 (niet op rechtspraak.nl gepubliceerd). De beslagene was na het stellen van de bankgarantie ontvankelijk in het kort geding tot ‘teruggave’, subsidiair verlaging. In casu werd de gevorderde verlaging overigens afgewezen. Anders (niet-ontvankelijk) onder meer Rb. Zwolle (vzr.) 18 september 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AO6818, NJF 2004/99 (niet op rechtspraak.nl gepubliceerd) en Rb. Den Bosch (vzr.) 2 mei 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AE2280, NJ 2002/512.

3. Partijen zijn overeengekomen dat het (opgeheven) beslag door de voorzieningenrechter kan worden getoetst 'via' beantwoording van de vraag of de bankgarantie moet worden teruggegeven.²⁰⁵ De jurisprudentie komt tot verschillende benaderingen voor de eisen die aan een dergelijke (stilzwijgende) afspraak zouden moeten worden gesteld. Zo acht de Rechtbank Utrecht het mogelijk dat de mogelijkheid om het beslag via een kort geding tot teruggave van de garantie te toetsen ook *impliciet* kan zijn overeengekomen, doordat in de correspondentie voorafgaand aan de garantie, of in de garantie zelf, de beslagene zich 'alle rechten voorbehoudt'.²⁰⁶ Het Hof Amsterdam stelt daarentegen dat, zelfs wanneer de advocaat van de beslagene voor het accepteren van de bankgarantie de advocaat van de beslaglegger heeft bericht 'na afgifte van de garantie in kort geding teruggave daarvan te gaan vorderen',²⁰⁷ dit onvoldoende is voor een dergelijke toetsing (analoog aan art. 705 Rv). Deze laatste gevolgtrekking komt mij te stringent voor. De kenmerken van de onderhandelingsposities tussen beslaglegger en beslagene zouden juist in ogeschouw moeten worden genomen. Daarbij speelt ook een rol dat de garantietekst vaak met grote spoed wordt uitonderhandeld. Dat kan leiden tot discrepanties in de tekst, bijvoorbeeld omdat op verzoek van de advocaat van de beslagene een voorbehoud wordt opgenomen om de voorzieningenrechter ex artikel 705 Rv te adïëren, maar dat dit haaks staat op andere (standaard)voorwaarden in de tekst van de bankgarantie die ongewijzigd blijven staan. Gegeven de aard van de garantie lijkt dan de specifieke afspraak te moeten prevaleren.²⁰⁸

205. Zie Rb. Rotterdam 9 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6323, S&S 2014/17. Zie verder voor een voorbeeld van een expliciet voorbehoud en verwijzing naar art. 705 Rv Hof Leeuwarden 24 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7546.
206. Zie Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965, JOR 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden.
207. Hof Amsterdam 23 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX9273, JOR 2006/167, m.nt. G.J.P. Molkenboer (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl). Het moge bij lezing van deze paragraaf duidelijk zijn dat de stelling in deze annotatie (sub 3) dat 'het "onderhands" opheffen van het beslag [impliciet] (...) dat niet langer gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheden die art. 705 lid 2 Rv aan de beslagene biedt om het beslag opgeheven te krijgen' tenzij partijen expliciet overeenkomen dat 'analoog aan art. 705 Rv' 'opheffing' kan worden verzocht niet wordt onderschreven. De annotator heeft hier dan ook 13 jaar verder over kunnen nadenken.
208. Vergelijk in dit verband Hof Leeuwarden 24 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7546. Het voorbehoud was als volgt geformuleerd: 'De Debiteur behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor de Voorzieningenrechter op basis van artikel 705 Rv. te adïëren.' Het hof overweegt vervolgens (r.o. 10-11): 'Het hof is voorschands van oordeel dat, gelet op de tekst van de bankgarantie en de omstandigheid dat deze bankgarantie heeft geleid tot opheffing van de gelegde beslagen door Axiair, in toereikende mate is komen vast te staan dat de opneming van de verwijzing naar art. 705 Rv door Axiair is aanvaard. Het hof kent in dit verband tevens gewicht toe aan de opmerking van de advocaat van Axiair in de pleitnota in hoger beroep, sub 4, dat er een overeenkomst is gesloten waarbij zijn cliënte "akkoord is gegaan met het stellen van een bankgarantie tegen haar conveniërende voorwaarden". Voorts kent het hof gewicht toe aan de mondelinge toelichting van genoemde advocaat tijdens het pleidooi in hoger beroep, hierop neerkomende dat niet hij maar zijn voorganger betrokken is geweest bij de totstandkoming van de bankgarantie, dat hij niet weet waarom art. 705 Rv erin is opgenomen, maar dat dit volgens zijn voorganger een pure formaliteit was. Hiermee is vorenbedoeld betoog van de advocaat van Mebatherm c.s. betreffende de opneming van art. 705 Rv als "keiharde voorwaarde" naar het oordeel van het hof onvoldoende weersproken. Het hof gaat voorbij aan bovengenoemde stelling van Axiair dat een verwijzing naar art. 705 Rv in de bankgarantie "niets te zoeken had", nu deze stelling, mede in het licht van het vorenoverwogene, geen toereikende betwisting van vorenbedoelde aanvaarding oplevert. Nu Mebatherm c.s. zich in de bankgarantie uitdrukkelijk de gang naar de voorzieningenrechter op basis van art. 705 Rv hebben voorbehouden, is het hof voorschands van oordeel dat de artikelen 2a en 5 van de bankgarantie, wat er verder ook van deze bepalingen zij, niet afdoen aan de bevoegdheid om de voorzieningenrechter op de voet van art. 705 Rv te adïëren. Hiermee komt de vraag aan de orde of

Dergelijke problemen raken het Rotterdams Garantief formulier in beginsel niet omdat dit vermeldt dat de garantie ‘sans prejudice’ wordt verstrekt (ook wat betreft enige wettelijke beperking van aansprakelijkheid en het recht om teruggave van deze garantie respectievelijk vermindering van het maximumbedrag te vorderen).

Na het afgeven van dit Rotterdams formulier is een vordering tot verval of vermindering van de garantie, al dan niet met toepassing van de gronden van artikel 705 lid 2 Rv, zonder meer ontvankelijk.²⁰⁹

4.7.5.5 *Analoge toepassing van artikel 705 Rv in onmiddellijk kort geding tot teruggave, beoordelingskader?*

Als de vordering tot directe ‘teruggave’ van de ‘vrijwillig’ gestelde garantie door de voorzieningenrechter ontvankelijk wordt geacht, dient te worden beoordeeld welk beoordelingskader dan van toepassing is. De jurisprudentie laat ook op dit punt een verdeeld beeld zien.

Er zijn uitspraken waarin (analoge) toepassing van artikel 705 Rv uit den boze wordt geacht. Het toetsingskader zou, in de in die jurisprudentie gevolgde lijn, strikt beperkt moeten zijn tot (een voor de beslagene lastiger) beoordeling op basis van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 6:248 BW), derhalve binnen het overeenkomstenrecht.²¹⁰ Dat zou betekenen dat enkel teruggave of vermindering van de garantie aan de orde kan zijn wanneer:

- aan de voorwaarden naar hun aard niet meer kan worden voldaan;²¹¹
- er sprake is van *nieuwe* feiten of omstandigheden op basis waarvan (ongewijzigde) instandhouding van de bankgarantie naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In een casus waarin een Rotterdams Garantief formulier was verstrekt ter opheffing van het gelegde beslag op een schip komt het Hof Amsterdam in 2011²¹² tot een precieze omschrijving van de verhouding tussen de opheffingsgronden van artikel 705 Rv en de toets op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW wanneer als gevolg van de opheffing doordat een bankgarantie is gesteld geen sprake meer is van een beslag:

‘3.8. De partijen hebben in het debat betrokken artikel 705 Rv., in het bijzonder de eerste drie in het tweede lid van dat artikel uitdrukkelijk genoemde imperatieve gronden voor opheffing van een conservatoir beslag

vorenbedoelde verwijzing naar art. 705 Rv meebrengt dat de voorzieningenrechter bevoegd is de bankgarantie op basis van genoemde artikel op te heffen. Het hof is in het licht van het voorgaande voorshands van oordeel dat art. 705 lid 2 Rv van overeenkomstige toepassing is op de litigieuze bankgarantie, nu Mebatherm c.s. deze hebben afgegeven ter vervanging van de door Axiair gelegde conservatoire beslagen.’

209. Boersen 2012, p. 9.

210. Zie Rb. Overijssel (vzr.) 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:239, NJF 2015/155, Hof Amsterdam 23 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6774, NJF 2006/305, Rb. Amsterdam (vzr.) 12 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5813, JBPR 2019/10, m.nt. E.L.A. van Emden.

211. Deze grond is van weinig praktische betekenis en wordt verder onbesproken gelaten.

212. Hof Amsterdam 26 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8047, JOR 2011/346, m.nt. G.J.L. Bergervoet.

(kort gezegd: vormverzuim, summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht, summierlijk blijken van het onnodige van het beslag). Aan artikel 705 Rv. komt in een zaak als de onderhavige echter geen overeenkomstige toepassing toe. Als één of meer van die drie gronden aanwezig zijn en dat na afweging van de wederzijdse belangen tot toewijzing van een vordering tot opheffing van het beslag zou hebben genoopt, is daarmee nog niet gegeven dat de meer genoemde centrale vraag bevestigend kan worden beantwoord. De toetsing ingevolge artikel 705, tweede lid, Rv. is lichter dan de toetsing die artikel 6:248, tweede lid, BW verlangt. Dat vindt zijn rechtvaardiging hierin dat het conservatoire beslag tot stand komt zonder dat de beslagene eerst is gehoord en de zekerheidstelling tot stand komt nadat de beslaglegger en de beslagene een overeenkomst daartoe zijn aangegaan (zoals in deze zaak) of althans het aanbod daartoe door de beslagene of een derde in een geding waarin de beslaglegger als partij betrokken is, is gedaan en de aangeboden zekerheidstelling door de rechter voldoende is geoordeeld. Intussen laat dit onverlet dat de drie bedoelde gronden wél omstandigheden opleveren die bij de toetsing ingevolge artikel 6:248, tweede lid, BW kunnen worden betrokken.’

Dat de opheffingsgronden van artikel 705 Rv omstandigheden opleveren die daadwerkelijk bij de toetsing worden betrokken, blijkt wel uit het feit dat het Hof Amsterdam in casu constateert dat voldoende aannemelijk is dat de vordering van de beslaglegger niet bestaat.

De benadering van het Hof Amsterdam in dit arrest doet enerzijds recht aan het feit dat, na het stellen van de garantie en daaropvolgende opheffing, nu eenmaal niet langer sprake is van een beslag maar geeft anderzijds aan dat het evident is dat de reden van het stellen van de garantie de opheffing betreft en daarmee de garantie met de noties uit artikel 705 Rv dient te worden beoordeeld.²¹³

4.7.5.6 *Houdbaarheid van de gronden van artikel 705 Rv?*

Het lijkt gelet op het ex-partekarakter van de verloopprocedure, de onderhandelingsposities en de omstandigheden waarin beslagvervangende garanties plegen te worden gesteld, niet meer dan redelijk om de beslagene te faciliteren om het afgeven van die garantie direct, analoog aan artikel 705 Rv, te doen toetsen. De vraag is vervolgens of artikel 705 Rv niet op enig moment, door tijdsverloop, kan zijn uitgewerkt en de beslagene enkel nog kan terugvallen op gronden die hun oorsprong vinden in het overeenkomstenrecht. Door het stellen van de bankgarantie is immers het formele kader van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verlaten en ingeruild voor dat van het overeenkomstenrecht. Hoe groter het tijdsverloop, hoe geringer de link met artikel 705 Rv, zo zou kunnen worden betoogd. Daar staat tegenover dat de bankgarantie hoe dan ook enkel in verband met het gelegde beslag is gesteld en dat, wanneer dit beslag zou zijn blijven liggen, het tijdens het hele verdere verloop van de procedure op basis van artikel 705 Rv opnieuw ter discussie

213. Vergelijk in dit verband Hof Leeuwarden 24 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7546.

had kunnen worden gesteld.²¹⁴ Hieruit volgt naar mijn mening dat dit ook voor de bankgarantie zou dienen te gelden, zij het dat voor een (opvolgende) toets wel sprake moet zijn van gewijzigde omstandigheden; er kan niet elke week een poging worden gewaagd.²¹⁵

4.7.5.7 *Luchtledige?*

Het Hof Amsterdam kwam in zijn arrest van 23 september 2014²¹⁶ tot het oordeel dat de vordering in reconventie tot teruggave van de bankgarantie, die was gesteld ter opheffing van eerder gelegde conservatoire beslagen, diende te worden toegewezen. Daarbij constateerde het hof dat de overeenkomst tussen partijen (lees: het NVB-model en dan met name het hiervoor geciteerde art. 2)²¹⁷ geen expliciete bepaling omvat over hetgeen tussen partijen rechtens geldt indien de vordering waarvoor het beslag is gelegd wordt afgewezen. Kennelijk was het hof van oordeel dat dan een impasse zou kunnen ontstaan, wanneer de beslaglegger niet in cassatie zou gaan doch evenmin de garantie zou retourneren aan de beslagene. Op basis van de omstandigheden van het geval bepaalt het hof in hetzelfde arrest waarin de vordering van de beslaglegger wordt afgewezen, dat de bankgarantie dient te worden getourneerd.

4.7.6 **Bankgarantie en de ‘tegangarantie’**

Aan het stellen van een bankgarantie ligt een overeenkomst ten grondslag tussen de beslaglegger en de beslagene. In het verlengde van de in de voorafgaande paragraaf 4.7.5.4 besproken discussie zou door de beslaglegger kunnen worden betoogd dat het stellen van een bankgarantie impliceert dat daarmee afstand is gedaan van de mogelijkheid om, al dan niet op basis van (analoge) toepassing van artikel 701 Rv, een tegengarantie te vorderen voor de mogelijk te lijden schade als gevolg van het stellen van zekerheid door de beslagene. In lijn met de discussie over het ‘terugvorderen’ van de door de beslagene gestelde zekerheid zou deze bevoegdheid enkel nog resteren wanneer daartoe bij het stellen van de garantie een expliciet voorbe-

214. Vergelijk ook HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*), zie par. 4.5 voor de bespreking van dit arrest.

215. Zie in dit verband (voor de mogelijkheid om ex art. 705 Rv opheffing te vorderen nadat de beslagene voorafgaand aan het beslag is gehoord) Van Mierlo 2003a, p. 190.

216. Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3955. De benadering van de president van de Rechtbank Arnhem, aangehaald door Jansen 2011, p. 42 komt op dit punt evenwichtiger over: ‘Door Kraanen is niet weersproken de stelling van Pro-Vorm dat zij in het telefaxbericht aan Kraanen te kennen heeft gegeven dat zij weliswaar onvoorwaardelijk een bankgarantie zou afgeven, maar dat zij de president in kort geding zou verzoeken tot welk bedrag zij zekerheid zou moeten stellen voor de door Kraanen gepretendeerde vordering.’, Pres. Rb Arnhem 18 mei 1999, nr. KG/235 (niet gepubliceerd).

217. Zie par. 4.7.3. De relevante passage uit dit art. 2 luidt: ‘(...) De Bank verbindt zich op eerste schriftelijke verzoek van de Begunstigde, onder gelijktijdige overlegging van: a. een afschrift van een beslissing van een Nederlandse rechter met betrekking tot de Vordering, gewezen in een procedure tussen de Begunstigde en de Debitur, vergezeld van een verklaring van een in Nederland ingeschreven advocaat dat de wettelijke termijn, voor zover van toepassing, voor verzet, hoger beroep of cassatie is verstreken en dat voor zover hem bekend tegen die beslissing niet binnen die termijn hoger beroep of cassatie is ingesteld dan wel bij een verstekvonnis dat niet binnen zes weken na betekening van dat vonnis aan de Bank verzet is gedaan; of (...)’

houd is gemaakt. Het Hof Den Haag overweegt in dit verband in zijn arrest van 15 december 2017 als volgt:²¹⁸

‘9. Het zou PZEM hebben vrijgestaan de voorzieningenrechter om zekerheidstelling op de voet van artikel 701 Rv te vragen als het derdenbeslag onder Stedin nog in stand zou zijn geweest ten tijde van de mondelinge behandeling op 19^ojuni 2017. Het hof ziet niet in waarom PZEM die bevoegdheid niet meer toekwam, zoals S’Energy stelt, nadat zij (PZEM) de bankgarantie had gesteld. De onder 2 e) weergegeven passage uit de brief van de advocaat van PZEM kan in redelijkheid niet anders worden verstaan dan dat het stellen van de bankgarantie een einde zou maken aan het conservatoire derdenbeslag onder Stedin, maar dat S’Energy daardoor in geen enkel opzicht in een betere positie zou (mogen) geraken. Daaruit volgt, naar het oordeel van het hof, dat PZEM zich de bevoegdheid voorbehield gebruik te maken van alle mogelijkheden die de wet biedt in het kader van het verzoek tot verlening van beslagverlof. Daartoe moet ook worden gerekend het recht om zekerheid te vragen op de voet van het bepaalde in artikel 701 Rv. In dat verband is van belang dat partijen hebben afgesproken dat de mondelinge behandeling bij de voorzieningenrechter op 19 juni 2017 gewoon door zou gaan.

Op een andere uitleg van de overeenkomst ingevolge waarvan het conservatoire derdenbeslag is verruild voor een bankgarantie, heeft S’Energy in redelijkheid niet kunnen vertrouwen. De omstandigheid dat PZEM niet expliciet, voordat S’Energy de bankgarantie had aanvaard, heeft kenbaar gemaakt aan S’Energy dat zij alsnog aan de voorzieningenrechter zekerheid op de voet van artikel 701 Rv zou vragen, maakt dit niet anders.’

Hier past de kanttekening dat in casu sprake was van een beslag op basis van een voorlopig verlof, waarbij de mondelinge behandeling nog niet had plaatsgevonden. Deze omstandigheden zijn relevant bij de beoordeling van de vraag of de beslagene nog een beroep op het doen stellen van zekerheid voor beslagschade toekwam. Wanneer de garantie ‘vrijwillig’ wordt gesteld, buiten het kader van een beslag dat op basis van een voorlopig verlof-beslag is gelegd vóór een kort geding tot opheffing (lees: tot teruggave van de zekerheid, zie hiervoor par. 4.7.5), ben ik daar minder zeker van. Voor de vraag of de door de beslagene gestelde zekerheid kan worden teruggevorderd geldt eenzelfde beoordelingskader.

4.8 De irrelevantie van de tussenstand in de procedure revisited

4.8.1 De tussenstand, algemeen

Een ‘positieve tussenstand’ in een procedure kan bestaan uit een (grotendeels) afwijzend vonnis dat de vordering van de beslaglegger betreft, maar ook uit andere omstandigheden volgen, zoals een vermindering van eis door de beslaglegger of een deskundigenrapport dat voor een groot deel de stellingen van de beslaglegger terzijde schuift. Een ‘negatieve tussenstand’ kan onder meer bestaan uit een vonnis

218. Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

in eerste aanleg waarbij de vordering van de beslaglegger (vrijwel) geheel wordt toegewezen. In het vervolg van deze paragraaf wordt, gelet op de aard van dit onderzoek, met name ingegaan op wat ik zo-even aanduidde als de positieve tussenstand en de consequenties die deze zou moeten hebben.

Zoals in paragraaf 4.5 besproken levert een ‘positieve tussenstand’, zelfs wanneer deze een afwijzend vonnis betreft, geen wijziging in de ‘stel- en bewijslast’ bij de beoordeling van een vordering tot opheffing op.²¹⁹ Wel kan hij een rol spelen in de belangenafweging en de daaruit volgende beslissing van de (voorzieningen)rechter.²²⁰

4.8.2 Beoordelingskader

In elke stand van de procedure kan een beroep op artikel 705 Rv worden gedaan, al dan niet via een eis in reconventie, in kort geding, of – bij wege van incident – het vragen van een voorlopige voorziening ex artikel 208 lid 1 jo. artikel 223 Rv. Voor de laatste twee mogelijkheden geldt dat de rechter bij het wijzen van de beslissing in de hoofdzaak niet is gebonden aan de beslissing over het beslag c.q. beslissingen over de ter vervanging van een gelegd beslag afgegeven bankgarantie.²²¹

Vooraf in gevallen waarin de bankgarantie ‘vrijwillig’ is gesteld lijkt het enkele feit dat direct erna geen opheffingskortgeding is gevoerd, onvoldoende rechtvaardiging voor het geheel buiten beschouwing laten van de gronden van artikel 705 Rv, wanneer in een latere fase van het geding voor het eerst om ‘teruggave’ of vermindering van de bankgarantie wordt verzocht. Sterker nog, het feit dat die beoordeling niet eerder heeft plaatsgevonden, is veeleer een indicatie dat, op basis van ontwikkelingen in de hoofdzaak, de gronden van artikel 705 Rv – en in het bijzonder de summierlijke ondeugdelijkheid van de vordering van de beslaglegger – in de beoordeling *dienen* te worden betrokken.

Wanneer echter reeds een rechterlijke toetsing (analoog aan) ex artikel 705 Rv heeft plaatsgevonden is dit artikel in een ‘tweede ronde’ – al dan niet naar aanleiding van ontwikkelingen in de hoofdzaak – (verder) buiten beeld en lijkt de grondslag voor de vordering tot teruggave (en subsidiair vermindering) van de gestelde garantie primair in de redelijkheid en billijkheid en gewijzigde omstandigheden te moeten worden gezocht.

4.8.3 Ontwikkelingen in de bodemprocedure in de praktijk

Het komt voor dat ontwikkelingen in de bodemprocedure (mede) grond vormen voor opheffing van het beslag, of het gelasten van teruggave van de inmiddels gestelde bankgarantie. Dat kan bijvoorbeeld een gerechtelijk deskundigenrapport zijn op basis waarvan (alsnog) is gebleken van de summierlijke ondeugdelijkheid

219. HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (Bijl/Van Baalen).

220. Zie ook HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).

221. Zie art. 257 Rv voor het kort geding en HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2489, NJ 1998/113 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl) voor het incidentele vonnis.

van de vordering, zonder dat in de hoofdzaak over de vordering al uitspraak is gedaan. In deze zin oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag op 19 mei 2015.²²² Bij de beoordeling van de vraag of de garantie moest worden teruggegeven werden daar ook de gronden van artikel 705 Rv betrokken, evenals de belangen van beide partijen.

Daartegenover staat onder meer een uitspraak van het Hof Arnhem van 3 oktober 2006.²²³ In het vonnis in eerste aanleg waren de vorderingen van de beslaglegger (in reconventie) geheel afgewezen en die van de beslagene (grotendeels) toegewezen. Toch werd niet de teruggave of vermindering van de bankgarantie bevolen. Daarbij werd geoordeeld dat artikel 705 Rv nadrukkelijk buiten het beoordelingskader viel.²²⁴

4.8.4 Weigering beslaglegger verlaging bankgarantie

Wanneer een verlaging van de bankgarantie wordt geweigerd, impliceert dit naar huidige recht niet dat de beslaglegger daardoor een risicoaansprakelijkheid op zich heeft genomen, voor het geval de vordering uiteindelijk voor een (veel) lager dan het door de beslagene gevorderde lagere bedrag wordt toegewezen.²²⁵

Dat betekent niet dat een dergelijke afwijzing zonder risico is; mogelijk kan een dergelijke opstelling achteraf worden gezien als misbruik van recht. In dit verband wijs ik bij wege van voorbeeld op de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 17 november 2004:²²⁶

‘3.6. Wat geldt voor het leggen van een conservatoir beslag dient ook te gelden voor het verkrijgen en handhaven van een bankgarantie, die (in-gevolge het bepaalde in artikel 705 lid 2 Rv) gesteld wordt om opheffing van een gelegd beslag te bewerkstelligen. Dat betekent dat het verkrijgen of handhaven van een bankgarantie in verband met een eerder gelegd beslag voor een hoger bedrag dan het uiteindelijk toegewezen bedrag van

222. De zaak stond op het moment van het kort geding voor pleidooi; toch werd op basis van het deskundigenrapport reeds geoordeeld dat alsnog gebleken was van de summierlijke ondeugdelijkheid van de vordering van de beslaglegger. Rb. Den Haag (vzr.) 19 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5740.

223. Hof Arnhem 3 oktober 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0609, *JOR* 2007/22, m.nt. M.M.H.B.F. Lambie.

224. Ook hier werd benadrukt dat partijen ‘in onderling overleg’ tot de garantie waren gekomen. ‘De opheffing was dus niet geschied bij rechterlijke uitspraak als bedoeld in art. 705 Rv. De opheffingsgronden van art. 705 zijn in casu niet – analoog van toepassing.’ Ik zou menen, het zij herhaald, dat het feit dat een beoordeling ex art. 705 Rv nog niet heeft plaatsgevonden – en partijen dus als het ware in de ex-partefase zijn blijven hangen – juist een rechtvaardiging voor (analoge) toepassing van art. 705 Rv oplevert.

225. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, *NJ* 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*). Zie verder ook par. 3.8.2.

226. Zie Rb. Zwolle 17 november 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AS3639, *JBPR* 2005/29, m.nt. A. van Hall. In deze uitspraak werd naast de vennootschap ook de bestuurder aansprakelijk geacht, zie in dit verband de bespreking van dit vonnis in par. 6.3.2. Zie in dit verband ook Pres. Rb. Zwolle 2 december 1999, *KG* 2000/39 die in r.o. 3.4 als volgt overweegt: ‘Bij de beoordeling van de onderhavige vordering dient voorop te worden gesteld dat partijen bij het overeenkomen van een bankgarantie als de onderhavige tot elkaar zijn komen te staan in een verhouding die wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid.’

de vordering eveneens slechts onrechtmatig is wanneer sprake is van misbruik van recht. De rechtbank zal nagaan of daarvan sprake is.

3.7. (...) Uit het overzicht volgt dat Kleto er na het vonnis van de president van de Arnhemse rechtbank van 14 juni 2000 en zeker na het tussenarrest van het Gerechtshof te Arnhem van 7 november 2000 serieus rekening mee moest houden dat zij slechts aanspraak kon maken op schadevergoeding over de periode tot 9 februari 1995 en niet (...), zoals Kleto betoogd had, tot 9 februari 2000.(...) Vanaf het moment van het tussenarrest diende Kleto en er derhalve rekening mee te houden dat het bedrag van de bankgarantie (veel) te hoog was (...) Dat Mainetti benadeeld werd door het stellen van de bankgarantie voor een bedrag van f 1.500.000,= staat tussen partijen niet ter discussie. Er kan, gelet op de brief van de bank, vanuit gegaan worden dat Mainetti de bank een vergoeding voor de bankgarantie diende te voldoen. De omvang van die vergoeding bedraagt € 1.871,84 per kwartaal. Daarnaast gelden de algemene nadelen die verbonden zijn aan het stellen van een bankgarantie en die er, kort gezegd, op neerkomen dat door het stellen van een bankgarantie de financiële armslag van een onderneming wordt beperkt; de bank die de garantie stelt, dient er immers altijd rekening mee te houden dat de garantie kan worden ingeroepen en zal dat meewegen in beslissingen die genomen moeten worden omtrent de financiering van de onderneming.'

4.9 **De betaling onder protest, promotie of degradatie naar ander beoordelingskader?**

Wanneer de beslaglegger na een 'positieve tussenstand' niet wenst mee te werken aan verlaging van de garantie, en/of een vordering tot zo een verlaging in rechte wordt afgewezen, rijst de vraag of de beslagene er voordeel van kan hebben om alsdan het gedeelte van de vordering van de beslaglegger dat in eerste aanleg is toegewezen, onder protest te voldoen, waarbij dan de garantie (voor het overige) gehandhaafd blijft.

Bij de beantwoording van deze vraag speelt opnieuw de discussie een rol of naast het moment van het leggen van beslag ook een ander beoordelingsmoment (mede?) richtpunt kan zijn bij de beoordeling van de rechtmatigheid van dat beslag, wanneer de vordering van de beslaglegger uiteindelijk (grotendeels) wordt afgewezen. De Hoge Raad overwoog in 2008 in het arrest *Bruns c.s./Golden Anchor*.²²⁷

'5.4.1. (...) Voor zover zij (onder b) als zelfstandige klachten zijn bedoeld houden zij in de eerste plaats de stelling in dat de vraag of het leggen van een beslag onrechtmatig is, moet worden beoordeeld naar het moment waarop het beslag is gelegd. Die stelling berust, gelet op hetgeen is overwogen in HR 13 januari 1995, nr. 15558, NJ 1997, 366 (rov. 4.2), in haar *algemeenheid* [curs. GM] op een onjuiste rechtsopvatting, zodat het onderdeel in zoverre faalt.'

227. HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*).

De Hoge Raad heeft eerder overwogen dat ook het *handhaven* van beslag onrechtmatig kan zijn. Veelal wordt in dit verband verwezen naar het arrest *Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.* uit 1992.²²⁸ Dit heeft echter een beperkte betekenis voor de thans aan de orde zijnde vragen. Het levert geen eenduidig aanknopingspunt voor extra beoordelingsmomenten op. Het ging in casu uitsluitend om de wisseling tussen de (latere) failliet als beslaglegger en de curatoren in diens faillissement. Die wisseling en de betekenis ervan hebben met het beslag zelf en de verhouding tussen te respecteren belangen van beslaglegger en beslagene niets van doen. Er kan niet op basis van dit arrest worden gesteld dat de beslagene een risicoansprakelijkheid op zich neemt wanneer hij het beslag *handhaaft terwijl er zich materieel of formeel wezenlijke momenta voordoen* (zoals een voor de beslagene positief vonnis in eerste aanleg).

Terug naar de ‘betaling onder protest’, als alternatieve route om na een (grotendeels positieve) uitspraak in eerste aanleg een opstapje van het kader ‘misbruik van recht’ naar ‘risicoansprakelijkheid’ te creëren. Het is interessant om te bezien tot welke lijn de Hoge Raad kwam in het arrest *Groskamp/Staat*.²²⁹ Het ging in casu om een belastingaanslag die later ten onrechte bleek te zijn opgelegd. De Staat had uitstel van betaling verleend. Ondanks dit verleende uitstel had Groskamp een betaling verricht ter vermindering van de aanslag. Nadat kwam vast te staan dat de aanslag ten onrechte was opgelegd, vorderde Groskamp schade als gevolg van renteverlies. De Staat verweerde zich tegen deze vordering door te betogen (a) dat door de betaling het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade was verbroken, en (b) dat Groskamp, wegens een gebrek aan schadebeperkende maatregelen, eigen schuld kon worden verweten. De Hoge Raad overwoog:

‘3.7. (...) Indien een belastingplichtige een hem opgelegde aanslag wil bestrijden, maar daarbij in verband met de houding van de belastingdienst op een langdurige procedure voor de belastingrechter moet rekenen, ligt het binnen de grenzen van hetgeen redelijkerwijs als gevolg van het opleggen van die aanslag kan worden verwacht, dat de belastingplichtige – uit begrijpelijke vrees dat anders de door hemzelf bij verlies van die procedure te betalen wettelijke rente tot aanzienlijke hoogte zal oplopen en het verkrijgen van een vergelijkbaar rendement voor hem niet weggelegd is – in weerwil van een door hem tevoren verkregen uitstel alsnog overgaat tot betaling van die aanslagen onder voorbehoud van rechten.

Dit brengt mee dat door een dergelijke betaling het causaal verband tussen de onrechtmatige daad, bestaande in het opleggen van de te hoge aanslagen, en de renteschade die vanaf het tijdstip van die betaling door de belastingplichtige wordt geleden, niet wordt verbroken. Aangenomen moet derhalve worden dat de thans gevorderde renteschade – in de terminolo-

228. HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*), zie verder ook par. 3.2.4.1.

229. HR 7 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2486, NJ 1998/364 (*Groskamp/Staat*).

gie van het huidige art. 6:98 BW – als gevolg van de onrechtmatige daad aan de Staat kan worden toegerekend.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of in dit resultaat verandering wordt gebracht op de grond dat Groskamp zijn renteschade ten behoeve van de Staat had behoren te beperken op de wijze als door de Rechtbank blijkens het hiervoor in 3.2 overwogene voorgestaan, zulks met het gevolg dat, nu hij dit heeft nagelaten, die schade zou moeten worden aangemerkt – in de terminologie van het huidige art. 6:101 – als een gevolg van een aan de belastingplichtige zelf toe te rekenen omstandigheid, op grond waarvan de vergoedingsplicht wordt verminderd of geheel vervalt.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Van een belastingplichtige die in de hiervoor in de laatste alinea van 3.5 weergegeven positie verkeert, kan niet worden gevergd dat hij zich ten behoeve van de Staat aan het daar bedoelde gevaar blootstelt, nog daargelaten dat de in weerwil van het verleende uitstel gedane betaling de Staat in staat heeft gesteld om het ontvangen bedrag binnen zijn eigen mogelijkheden – wellicht ruimer dan die van de belastingplichtige – zelf rendabel te maken en aldus zelf de schade te beperken.’

Wanneer de beslagene op enig moment een gedeelte van de vordering van de beslaglegger heeft voldaan en dat gedeelte blijkt uiteindelijk het toegewezen bedrag te overtreffen, zou het billijk zijn dat het moment van betaling (mede) relevant is voor de beoordeling van het beslag. Meer concreet, de beslagene zou door deze ofensieve zet (hij loopt vanaf het moment van betaling een restitutierisico), het beoordelingskader van kleur moeten kunnen laten verschieten van artikel 3:13 BW (misbruik van recht) naar artikel 6:162 BW (de ‘risicoaansprakelijkheid’). Het enkele feit dat op één en hetzelfde beslag (nu veelal sprake zal zijn van voortdurende schade) dan twee beoordelingskaders voor twee periodes (van beslaglegging tot betaling respectievelijk van betaling tot aan onherroepelijke uitspraak) van toepassing zijn, is onvoldoende om deze mogelijkheid dogmatisch uit te sluiten. Denkbaar is dat dan de in de eerste periode geleden schade niet voor toewijzing in aanmerking komt (omdat geen misbruik van recht aangetoond is), maar een over de tweede periode geleden nadeel wel (op basis van de risicoaansprakelijkheid). Echter, naar geldend recht kan niet worden uitgesloten dat in een dergelijk geval de beslagene enkel een vordering uit onverschuldigde betaling toekomt. Zie verder ook paragraaf 3.8 en 3.9.10.4.

4.10 Beslag voor beslag?

4.10.1 Algemeen

Een interessante vraag is of de beslagene zelf, voordat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen, ten laste van de beslaglegger beslag kan leggen om verhaal van zijn schadevordering wegens onterecht beslag veilig te stellen. Verzet het specifieke karakter van een vordering vanwege een (mogelijk) onrechtmatig beslag zich tegen een daarop gebaseerd verlot tot beslaglegging ten laste van

de beslaglegger? Dat deze vordering (nog) niet opeisbaar is, vormt in ieder geval geen beletsel.²³⁰

Tegen de mogelijkheid van een ‘beslag voor een beslag’ kan een aantal argumenten in stelling worden gebracht. Bijvoorbeeld het argument dat uit het stelsel van de wet (met name art. 701 en 705 Rv) volgt dat de wetgever een dergelijk beslag uitsluit. De redenering zou dan zijn dat de wet reeds (uitputtend en exclusief) heeft bedoeld te voorzien in middelen voor de beslagene om tegen het beslag te ageren en de voorzieningenrechter zekerheid voor (mogelijke) schade te laten bepalen. Dit argument overtuigt mij niet. Uit niets blijkt dat de wetgever inderdaad heeft bedoeld de beslagene enkel deze mogelijkheden aan te reiken.²³¹

Een ander argument zou kunnen zijn dat door het verleende verlov voor de vordering van de beslaglegger, waarna in kort geding opheffing van dit beslag is geweigerd dan wel van een kort geding is afgezien, het verzoek van de beslagene niet *kan* worden toegewezen. In deze visie zou de voorzieningenrechter zichzelf in een juridisch onmogelijke spagaat brengen wanneer hij beide verzoeken tot het leggen van beslag zou toewijzen. Het valt echter niet in te zien waarom de ene partij wel en de andere (daardoor automatisch) niet haar verhaal voor de door haar gepretendeerde vordering zou kunnen veiligstellen. Het meer theoretische argument dat zodoende door een wiskundig oneindige reeks een wirwar aan beslagen over en weer zou kunnen ontstaan, doet hier niet aan af.²³²

De verzoekschriften van beslaglegger en beslagene dienen, binnen de gebruikelijke wettelijke kaders, elk op hun eigen merites te worden beoordeeld. Hetzelfde geldt voor eventuele gronden voor opheffing van de respectieve beslagen. Dit kan in voorkomend geval ertoe leiden dat beide verzoeken worden gehonoreerd. Het komt ook hier op een belangenafweging aan. Mogelijk moeten beide partijen wat water bij de wijn doen omdat de voorzieningenrechter zowel het belang van de beslaglegger²³³ als het belang van de beslagene²³⁴ meeweegt. Wanneer een beslaglegger over te weinig liquiditeit beschikt om zekerheid te stellen (hetzij op de voet van art. 701 Rv, hetzij bij wege van contragarantie), kan beslag ten laste van de beslaglegger mogelijk ook een uitweg vormen in het dilemma dat de beslaglegger in beginsel beslag moet kunnen leggen en de beslagene in beginsel perspectief houdt op verhaal van eventuele schade als het initiële beslag onterecht blijkt.

230. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1271, NJ 2016/400, m.nt. S. Perrick. Zie met name r.o. 3.3.2: ‘(...) Niet is uitgesloten dat conservatoir beslag kan strekken ter verzekering van een vordering die (nog) niet opeisbaar is (zie de passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 441 Rv die is geciteerd in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 15 en vgl. HR 3 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2063, NJ 1996/473, rov. 3.7).’

231. Zie Molkenboer 2012, p. 20.

232. Zie in dit verband Hof Den Haag 19 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2135, waarbij beslag voor schade als gevolg van een beslag werd toegestaan, zij het dat dit beslag later werd opgeheven.

233. Zijn belang dat hij niet wordt geconfronteerd met een (te) hoge zekerheidstelling waardoor hij feitelijk zijn eigen verhaal niet veilig kan stellen.

234. Zijn belang dat hij bij afwijzing van de vordering van de beslaglegger nog verhaal heeft voor zijn beslagschade.

Een bijzonder voorbeeld van ‘beslag voor beslagschade’ is te ontleen aan de uitspraak van de president van de Rechtbank Dordrecht van 26 juni 1986.²³⁵ Daarbij vordert de beslagene machtiging tot openbare verkoop van zijn beslagen personenauto, waarvan de beslaglegger in eerste aanleg vergeefs afgifte had gevorderd. De president oordeelde dat de proceskansen in hoger beroep van de beslaglegger zeer gering waren, de auto door tijdsverloop in waarde daalde en de beslaglegger overigens geen verhaal bood. Op deze gronden wees hij de vordering van de beslagene toe.

4.10.2 Nog geen schade?

Wanneer vooralsnog geen sprake is van schade en het ook niet zeker is of deze zal ontstaan betreft de schadevergoedingsvordering een toekomstige vordering.²³⁶ Kan de beslagene dan beslag leggen ten laste van de beslaglegger om op voorhand zijn mogelijke vordering wegens onterecht beslag veilig te stellen?

De wetgever heeft bepaald dat voor toekomstige vorderingen bij voorbaat een pand- of hypotheekrecht kan worden gevestigd.²³⁷ Daaruit valt met Loesberg af te leiden dat, nu met het beslag wordt beoogd om verhaal veilig te stellen, in beginsel ook beslag voor een toekomstige vordering mogelijk is.²³⁸ Er zijn uitspraken bekend waarin beslag voor een onzekere, toekomstige vordering werd toegestaan, zie bijvoorbeeld een vonnis van de president van de Rechtbank Utrecht uit 1994.²³⁹ In casu was echter sprake van zeer uitzonderlijke omstandigheden, waardoor de betrokken vordering weliswaar dogmatisch een toekomstige vordering was, doch gelet op die bijzondere omstandigheden naar het oordeel van de president met een ‘reeds bestaande, zij het nog niet opeisbare of van de vervulling van een opschortende voorwaarde afhankelijke vordering’ op één lijn kon worden gesteld.

In de rechtspraak is in dit verband overwogen dat het voor beslag voor een toekomstige vordering noodzakelijk is dat *‘zeer waarschijnlijk dient te zijn is dat de vordering zal ontstaan en dat er sprake moet zijn van een groot verhaalsrisico’*.²⁴⁰ Met Loesberg kan worden gesteld dat er onvoldoende grond is om deze bijzondere eisen aan de toekomstige vordering waarvoor beslag wordt gelegd te stellen. Wel is voorstelbaar dat, in geval van een beslag voor een toekomstige schadevordering van de initieel beslagene, de belangen van de (potentiële) beslagene (in dit geval: de ‘eerste’ beslag-

235. Pres. Rb. Dordrecht 26 juni 1986, KG 1986/319, zie ook Molkenboer 2012, p. 21.

236. In tegenstelling tot gevallen waarbij wel schade is geleden, zie hiervoor par. 3.12.1.

237. Art. 3:321 BW. Overigens dient een en ander niet te worden verward met de vraag of op een toekomstige vordering een zekerheidsrecht kan worden gevestigd dan wel een dergelijke vordering kan worden beslagen.

238. Zie de annotatie van E. Loesberg bij Rb. Den Bosch 30 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN1389, JOR 2010/291.

239. Pres. Rb. Utrecht 29 november 1994, KG 1995/77.

240. In deze zin Rb. Den Bosch 30 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN1389, JOR 2010/291, m.nt. E. Loesberg. De overwegingen keren terug in (de kern van) r.o. 7:19 van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 28 maart 2012; ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672: ‘Slechts indien sprake is van bijzondere omstandigheden kan beslag uit hoofde van een toekomstige of nog niet opeisbare vordering rechtmatig zijn. Daarbij speelt een rol hoe zeker of onzeker de toekomstige vordering is en hoe aannemelijk is dat de eventuele schuldenaar niet aan zijn toekomstige verbintenis zal voldoen.’ Zie in dit verband ook de Beslagsyllabus, versie augustus 2018, onder G, Algemeen deel, nummer 5, p. 27 en de daarin genoemde andere voorbeelden in de jurisprudentie.

legger) eerder zullen prevaleren boven die van de beslaglegger (in dit geval de beslagene) dan wanneer de beslagene al schade heeft geleden.²⁴¹ In de praktijk betekent dit dat het verlot voor *mogelijke*²⁴² beslagschade waarschijnlijk minder snel zal worden verleend dan wanneer sprake is van een bestaande vordering.

Alles overziend ben ik van oordeel dat beslag kan worden gelegd voor een vordering wegens schade door een gelegd beslag. Dat is ook mogelijk wanneer de schade zich nog niet heeft verwezenlijkt, zij het dat dan de omstandigheid dat nog geen schade is geleden een wezenlijke factor zal zijn bij de door de voorzieningenrechter te maken belangenafweging.

4.11 Conclusies

De beslagene die een onterecht beslag heeft moeten dulden moet lang wachten voordat hij zijn vordering tot schadevergoeding geldend kan maken. Op zijn vroegst is dat het moment dat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen en tegelijk in de betreffende procedure in reconventie de vordering tot vergoeding van beslagschade wordt toegewezen. In dit hoofdstuk zijn de mogelijkheden besproken waarvan de beslagene dan wel de rechter gebruik kan maken, om verhaal voor de vordering wegens beslagschade veilig te stellen dan wel de schade te minimaliseren.

Deze mogelijkheden zijn te beperkt. Juist in de fase waarin nog niet op de vordering van de beslaglegger waarvoor het beslag is gelegd is beslist, lijkt de door de Hoge Raad gegeven inkadering van de rechtsverhouding tussen beslaglegger en beslagene te knellen. In deze fase zou een evenwichtige benadering erop neerkomen dat de beslaglegger zich voortdurend rekenschap dient te geven van de positie en belangen van de beslagene en, wanneer hij dit bij gelegenheid niet doet, daar later op kan worden afgerekend. In dit verband is het zinvol om nog eens in herinnering te roepen dat, indien het in de hoofdzaak tot een definitieve uitspraak komt, de beslaglegger in een relatief beperkt aantal gevallen geheel of zelfs maar gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld.²⁴³

Verlot tot het leggen van conservatoir beslag wordt verleend op basis van een summier onderzoek. De afgelopen jaren zijn via de Beslagsyllabus de eisen aan het onderbouwen van de gepretendeerde vordering van de beslaglegger verzaamd. Afgezien van een zekere indirecte werking van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit blijft, in algemene zin, de positie van de beslagene en in het bijzonder diens mogelijk te lijden schade nog steeds onderbelicht. De wettelijke mogelijkheid om de beslagene voorafgaand aan het beslag zekerheid te verschaffen voor diens vordering tot vergoeding van beslagschade wordt in de praktijk zelden benut. Kennelijk bestaat (te veel) huiver om conservatoire beslagleggers zekerheid te doen

241. Molkenboer 2012, p. 21.

242. De term wordt hier in absolute zin gebruikt.

243. Meijsen & Jongbloed 2010, zie in het bijzonder tabel 17 op p. 82, op basis van de cijfers beschikbaar tot 2009. Destijds bedroeg dit aantal minder dan de helft van de procedures. Hier past een kanttekening. Mede gelet op het verminderde aantal conservatoire beslagen (zie Bijlage 1) is het mogelijk dat dit aandeel inmiddels substantieel afwijkt van dat in het onderzoek van Meijsen en Jongbloed.

stellen voor mogelijke beslagschade, omdat daarmee een belemmering zou worden opgeworpen om het beoogde verhaal voor de gepretendeerde vordering van de beslaglegger veilig te stellen. Artikel 701 Rv verschaft in het stelsel van het beslagrecht de voorzieningenrechter nadrukkelijk de bevoegdheid ambtshalve zekerheid te verlangen voor beslagschade. Hierbij dient tevens bedacht te worden dat de (aspirant-)beslagene hierom niet zelf kan vragen vanwege het (doorgaans) ex-partekarakter van de procedure. Dat is de ratio van deze ambtshalve bevoegdheid. De invulling die hieraan in de praktijk wordt gegeven strookt niet met die betekenis.²⁴⁴

Er zijn wel mogelijke verklaringen maar geen valide redenen voor deze verwaarloosbare inzet van artikel 701 Rv. Aanbevelingen in het rapport van Meijssen en Jongbloed om de informatievoorziening aan de voorzieningenrechter te verbeteren, zijn niet overgenomen. Er worden in de ex-parteprocedure voor het verkrijgen van verlof voor conservatoir beslag geen bijzondere eisen gesteld aan informatie over mogelijkheid en omvang van beslagschade. Dit beperkt de voorzieningenrechter in de beoordeling of artikel 701 Rv toepassing verdient. Deze beperking wordt echter de beslagleggers op geen enkele wijze aangerekend; evenmin worden zij hierdoor benadeeld. In plaats van de beslagene het voordeel van de twijfel te geven en onverhaalbare beslagschade te voorkomen (ergo art. 701 Rv zekerheidshalve toepassen om te voorkomen dat beslagschade onverhaalbaar blijft) leidt onduidelijkheid op dit punt juist tot het *niet-toepassen* van artikel 701 Rv. Dat is niet te rechtvaardigen, zeker niet voor vorderingen waarvan op basis van in het verlof door de beslaglegger aangereikte informatie vaststaat dat zij gemotiveerd worden betwist. De Beslagsyllabus is ronduit halfslachtig op dit punt. Dat het lastig is om beslagschade te begroten wordt beschouwd als een gegeven,²⁴⁵ in plaats van een (grotendeels vermijdbaar) gevolg van onvoldoende informatie die door de beslaglegger in de ex-parteprocedure wordt aangedragen. Wat daarvan ook zij, dat het lastig zou zijn schade te begroten is geen valide reden om artikel 701 Rv met terughoudendheid toe te passen, omdat de voorzieningenrechter de schade kan schatten op basis van artikel 6:97 BW en het bovendien in veel gevallen simpelweg aanneemelijk is dat bij beslaglegging schade zal ontstaan.²⁴⁶

Het is onbevredigend dat het feit dat de voorzieningenrechter doorgaans door de beslaglegger (te) slecht wordt geïnformeerd over mogelijke schade en het gebrek aan bereidheid van de beslaglegger aan te geven of al dan niet zekerheid voor die mogelijke schade zal worden gesteld, tot gevolg hebben dat zekerheidstelling op de voet van artikel 701 Rv nauwelijks wordt toegepast. Verdedigbaar is dat de benadering wordt omgedraaid, namelijk voor (in het stadium van verlof reeds) betwiste vorderingen. Dat zou een 'ja, tenzij' benadering betekenen, die in de Nederlandse rechtspraak wellicht revolutionair voorkomt, maar in een groot deel van de Europese landen regel is. Niet onbelangrijk: het is ook het wettelijk uitgangspunt bij een Europees bankbeslag. Een dergelijke benadering bevordert het evenwicht

244. Opvallend in dit verband is de in relatief opzicht beperkte aandacht voor de positie van de (aspirant-)beslagene en diens vordering wegens beslagschade. De Beslagsyllabus ruimt tien pagina's (p. 52-61) in voor het conservatoir bewijsbeslag. Daar staat in totaal één pagina tegenover voor de toepassing van art. 701 Rv (onderste alinea p. 18 en p. 19 van de Beslagsyllabus, versie augustus 2018).

245. Beslagsyllabus versie augustus 2018, p. 23.

246. Gerretsen 2013, p. 105.

tussen de belangen van beslaglegger en die van beslagene. Het horen van de beslaglegger voorafgaand aan de toepassing van artikel 701 Rv biedt in een dergelijk stelsel voldoende waarborg om op grond van de specifieke omstandigheden van het geval van het stellen van zekerheid af te wijken. Een dergelijk stelsel stimuleert ook de beslaglegger om de voorzieningenrechter adequaat te informeren, om zo ook waar mogelijk gemotiveerd aan te kunnen geven waarom er *geen* kans op beslagschade aanwezig is.

Bij het stellen van een bankgarantie wordt de beslagene in het ‘fade in fade out’ stelsel²⁴⁷ zoals dat zich in de praktijk heeft ontwikkeld op fundamentele achterstand gezet. De transitie van het beslagrecht naar het verbintenissenrecht, meer specifiek van artikel 705 Rv naar de redelijkheid en billijkheid, levert de beslagene nadeel op. Door het ‘vrijwillig’ stellen van de bankgarantie levert de beslagene veelal de mogelijkheid tot opheffing van het beslag op de gronden van artikel 705 Rv in. Door omstandigheden gedwongen om een garantie te stellen (NB en ter beperking van zijn schade, mede in het belang van de beslaglegger) kan hij zich niet langer op die gronden beroepen. Hiervoor bestaat geen overtuigende rechtvaardiging. Deze in feitelijke instanties veelal gevolgde lijn lijkt zich ook niet goed te verhouden tot het door de rechtspraak zelfgecreëerde construct van het ‘voorlopig beslag’. Het komt ook niet logisch voor dat voorzieningenrechters wel het ‘voorlopig beslag’ inzetten, maar tegelijkertijd weigeren om teruggave van een ‘vrijwillig gestelde’ bankgarantie (analoog) aan artikel 705 Rv te toetsen.

Dat ‘voorlopig beslag’ is op zijn beurt geen oplossing voor het vergroten van de mogelijkheden om in een vroeg stadium zekerheid voor beslagschade te verkrijgen. Het lijkt eerder de structurele onderbenutting van artikel 701 Rv te versterken. De belangenafweging vindt niet vóór maar ná het beslag plaats. Het beslag is niet voorlopig maar is er wel of is er niet. Op het moment van beslaglegging kan reeds schade worden geleden waarvoor geen zekerheid is gesteld.

Wanneer de beslagene stelt dat de vordering van de beslaglegger ondeugdelijk is, dient hij dat in kort geding aannemelijk te maken. Ook wanneer de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg is afgewezen en de beslagene (al dan niet opnieuw) opheffing vordert, verandert dit niet en blijft de beslagene processueel in het nadeel. Het gegeven dat de vordering in eerste aanleg is afgewezen, is enkel een element in de afweging van de rechter en heeft geen materiële consequenties voor de bewijspositie van de beslagene. De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk het standpunt verworpen dat in zo een geval de voorzieningenrechter het beslag in beginsel dient op te heffen, *tenzij* de beslaglegger aannemelijk maakt dat zijn belangen bij handhaving van het beslag zwaarder wegen dan die van de beslagene bij opheffing daarvan.²⁴⁸ De beslagene wordt hiermee in de praktijk op achterstand gezet. Zoals Klaassen opmerkt, lijkt dit meer dan op zijn plaats zou zijn om de balans tussen de beslagene en beslaglegger in evenwicht te houden.²⁴⁹ Desalniettemin bestaat wel degelijk ruimte om processuele ontwikkelingen mee te wegen in de belangen-

247. Waarin het beoordelingskader van het Wetboek van Rechtsvordering gaandeweg wordt verruimd voor dat van het verbintenissenrecht, in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid.

248. HR 30 juni 2006, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*). Zie verder par. 4.5.

249. Klaassen 2009, p. 323.

afweging.²⁵⁰ Om meer recht te doen aan veranderingen in de processuele en materiële posities van partijen dienen omstandigheden die in de procedure van betekenis zijn, consequenties te hebben voor de (verhaals)positie van de beslagene. Juist ook op dit punt dient de notie dat de beslaglegger zich door het leggen van beslag op enigerlei wijze aan de beslagene verbindt (een ‘waarborgverbintenis aangaat’), meer betekenis te krijgen.

De beslagvervangende bankgarantie is zeer aantrekkelijk voor conservatoir beslagleggers. Sterker nog, veel conservatoire beslagen lijken primair te worden gelegd om deze zekerheid voor een betwiste vordering af te dwingen. Om tot een evenwichtiger werking van de beslaggarantie te komen zijn klare lijnen gewenst, in zowel de status van de (standaard)tekst van de beslaggaranties als in de processuele posities. Niet valt in te zien waarom een conservatoir beslaglegger met een betwiste vordering zich boven alle andere (zekerheids)gerechtigden op het vermogen van de beslagene zou moeten kunnen verheffen én de beslagene als beloning hiervoor van zijn mogelijkheden om direct en bij daartoe relevante momenta in de procedure in de hoofdzaak tegen het beslag (althans het afgeven van de garantie) te ageren wordt beroofd. Het beslagverlof wordt in een ex-parte procedure summier getoetst.

Wanneer de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg in een procedure op tegenspraak in een gemotiveerd rechterlijk of arbitraal vonnis wordt afgewezen zou het vanzelfsprekend dienen te zijn dat minst genomen vanaf dát moment meer gewicht wordt toegekend aan het belang van de (verhaals)positie van de beslagene. Het is dan ook onevenwichtig dat de toebedeling van de zekerheid in zo’n situatie zo sterk blijft uitvallen in het voordeel van de beslaglegger. De zekerheid voor de gepretendeerde vordering van de beslaglegger blijft ook na een afwijzende beslissing in eerste aanleg in beginsel gelijk. De beslagene beschikt dan over een rechterlijke uitspraak, op basis waarvan met recht kan worden gesteld dat toewijzing van die schade waarschijnlijker is geworden en toewijzing van de vordering van de beslaglegger minder waarschijnlijk.

Wanneer de beslagene besluit een gedeelte van de gepretendeerde vordering van de beslaglegger te voldoen en dat gedeelte blijkt uiteindelijk het toegewezen bedrag te overtreffen, zou door deze offensieve zet voor de schade vanaf dat moment het beoordelingskader van kleur moeten verschieten van artikel 3:13 BW (misbruik van recht) naar artikel 6:162 BW (de ‘risicoaansprakelijkheid’). Het enkele feit dat op één en hetzelfde beslag (nu veelal sprake zal zijn van voortdurende schade) twee beoordelingskaders voor twee periodes (van beslaglegging tot betaling respectievelijk van betaling tot aan onherroepelijke uitspraak) van toepassing zijn, is onvoldoende om deze mogelijkheid dogmatisch uit te sluiten.

Door de onevenwichtigheden in de gehele keten van verlofverlening tot en met de uiteindelijke onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger heeft de beslagene in te veel gevallen het nakijken. De overweging uit het arrest *De Ruijterij/MBO-Ruiters* dat

250. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*).

‘3.3. (...) 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*’ [curs. GM]²⁵¹

vormt op papier een stevige sloopkogel waarmee de beslagene bij een afgewezen vordering van de beslaglegger zijn vordering wegens beslagschade kan gaan verhalen. Afgezien van de vele moeilijkheden om die vordering geldend te maken (zie daarvoor het volgende hoofdstuk) blijkt uit het voorgaande dat vaak geen sprake meer zal zijn van verhaal, vanwege essentiële breuken in de schakels van de ketting totdat in de hoofdzaak is beslist. In veel gevallen blijft de sloopkogel dan ook werkeloos in het zand liggen omdat verhaal op de beslaglegger illusoir is geworden.

4.12 Suggesties

Op basis van de bevindingen in de voorgaande paragrafen formuleer ik een aantal suggesties. Deze beogen het evenwicht tussen beslagene en beslaglegger in de fase voorafgaand aan de definitieve beoordeling van de vordering van de beslaglegger te bevorderen.

1. Het ‘grijs maken’ van beslagen moet door alle rechtbanken worden gefaciliteerd, als eerste en effectief middel om de belangen van de beslagene en in het bijzonder het belang van het voorkomen van schade over het voetlicht te krijgen.²⁵² Het zou eenvoudiger zijn – en voor een goed werkend systeem van ‘grijs’ maken te prefereren – om voor alle soorten beslagen de voorzieningenrechter van de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar bevoegd te maken (en als de schuldenaar geen woonplaats in Nederland heeft die van de woonplaats van de verzoeker). Een alternatief is het inrichten van een centraal register voor de registratie van ‘verweer op voorhand’.²⁵³
2. Om de oorspronkelijke bedoeling en werking van artikel 701 Rv tot hun recht te laten komen dient in het verzoekschrift, in elk geval bij betwiste vorderingen, verplicht aandacht te worden besteed aan de mogelijkheid van schade als gevolg van het gevraagde beslagverlof en concrete informatie voor het bepalen van die schade te worden aangedragen. Hierdoor zal de voorzieningenrechter beter in staat zijn zich een summier oordeel te vormen over waarschijnlijkheid en materialiteit van beslagschade. Verder zou de verzoeker kenbaar dienen te maken in hoeverre hij bereid is zekerheid voor de schade te verschaffen.²⁵⁴

251. HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481 (*De Ruitertij/MBO-Ruiters*).

252. Het veel gehanteerde argument dat daardoor veel beslagobjecten aan verhaal zouden kunnen worden onttrokken, overtuigt niet. Wanneer het gemakkelijk zou zijn om het betreffende object te onttrekken zou het in de eerste plaats voor de hand liggen dat de beslagene dat dan ook doet en zich de moeite van grijs maken bespaart. In de tweede plaats geldt dat beslagschade juist ontstaat bij objecten die naar hun aard niet of nauwelijks aan verhaal te onttrekken zijn, namelijk kapitaal en goederen die gebruikt worden om te ondernemen.

253. Zie in dit verband voor de Duitse praktijk par. 7.3.3.

254. Meijssen & Jongbloed 2010, p. 103.

3. Wanneer in het verzoekschrift onvoldoende informatie wordt aangereikt om beslagschade te bepalen en tegelijkertijd de mogelijkheid van het ontstaan van die schade niet kan worden uitgesloten, dient artikel 701 Rv toepassing te vinden, doordat de voorzieningenrechter het voornemen uitspreekt dit artikel te gebruiken. Dit behoeft niet te leiden tot een (te) sterke toename van zekerheidstelling wanneer de voorzieningenrechter, vooreer daartoe over te gaan, de beslaglegger hoort.²⁵⁵ De beslaglegger krijgt dan een herkansing om bij die gelegenheid alsnog nadere informatie te verstrekken en zijn belangen bij het niet-opleggen van de zekerheid uiteen te zetten.
4. In veel gevallen, met name bij beslag onder derden voor vorderingen van de beslagene op die derden, kan, zoals door Gerretsen bepleit, voor de omvang van de te stellen zekerheid aansluiting worden gezocht bij de systematiek zoals deze ook voor de begroting van de vordering van de beslaglegger wordt gehanteerd.²⁵⁶
5. Om artikel 701 Rv beter tot zijn recht te laten komen en het evenwicht tussen posities van beslaglegger en beslagene verder te verstevigen verdient het aanbeveling om expliciet te bepalen dat de beslaglegger, bij toepassing ervan, van de beschikking van de voorzieningenrechter in hoger beroep kan gaan.
6. Om tot een evenwichtiger systeem te komen en de beslagvervangende zekerheid ook echt een *beslagvervangende* zekerheid te laten zijn, dienen in de beslaggaranties bepalingen te worden opgenomen dat het onder de garantie begrepen bedrag in geval van faillissement van de beslagene ten gunste van alle crediteuren van gelijke (en hogere) rang zal strekken.²⁵⁷
7. De rechtszekerheid en een evenwichtig speelveld waarin zowel beslaglegger als beslagene effectief voor zijn belangen kan opkomen zijn ermee gediend als komt vast te staan in welke stand van de procedure in de hoofdzaak een bankgarantie moet kunnen worden ingeroepen.²⁵⁸ Wanneer dat is bij een uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan is deze zekerheid, ten bedrage van de door de voorzieningenrechter begrote vordering, in beginsel voldoende. De beslaglegger zou (al dan niet in reconventie in een kort geding tot teruggave van de garantie) gemotiveerd dienen aan te geven waarom in het specifieke geval de aangeboden standaardgarantie niet voldoet. Het stellen van zekerheid voor beslagschade zou een factor kunnen zijn die betaling onder de garantie bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak die niet in kracht van gewijsde is gegaan rechtvaardigt.
8. Het is onbevredigend dat de beslagene die zijn schade tracht te beperken door een bankgarantie te stellen, dan wel redelijkerwijs, omwille van de vereiste

255. Deze mogelijkheid is reeds als processtap benoemd in de Beslagsyllabus versie augustus 2018, p. 23: 'Alvorens de voorzieningenrechter overgaat tot het ambtshalve stellen van de voorwaarde van zekerheidsstelling, ligt het in de rede dat de verzoeker daarover wordt geïnformeerd en de gelegenheid wordt geboden zich daarover uit te laten.'

256. Vergelijk Gerretsen 2013, p. 106; zie voor de systematiek de tabel in de Beslagsyllabus versie augustus 2018, p. 12.

257. Zie Huydecoper 2006, p. 28. Vergelijk ook Hummel 2010, p. 110-111. Zie verder ook hierna het kantonement in het Belgische recht, par. 7.2.8.4. In de bewarende fase blijven de gekantonnerde gelden deel uitmaken van het vermogen van de beslagene. Gaat deze failliet vóór een toewijzend vonnis dan kan de curator van de beslagene aanspraak maken op het in depot gestort bedrag. Zie Dirix & Broeckx 2010, p. 279 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie, Kantonrechter Brussel 8 oktober 2007, JLMB 2008/1286, m.nt. F. Georges.

258. Zie ook Hummel 2010, p. 110-111.

spoed, geen andere keus heeft zulks te doen, bestraft wordt door hem van de opheffingsgronden ex artikel 705 Rv te beroven. Dit zou kunnen worden ondervangen door aan artikel 705 Rv een derde lid toe te voegen (onder vernummering van het derde in een vierde lid):

'3. De voorzieningenrechter die het verlot heeft verleend kan, op de gronden als hiervoor in lid 2 vermeld, indien het beslag na het stellen van zekerheid door de beslaglegger is opgeheven, op vordering van de gewezen beslagene de gewezen beslaglegger veroordelen om deze zekerheid vrij te geven, onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter (art. 438 lid 2 Rv).'

Hoofdstuk 5

Schadevergoeding

‘De menselijke rede kan de verscheidenheid van oorzaken van verschijnselen niet bevatten. Maar de behoefte naar de oorzaken te zoeken is de menselijke ziel eigen. En de menselijke rede, die niet kan doordringen in de oneindigheid en complexiteit van de omstandigheden van verschijnselen waarvan elk, op zichzelf bezien, als oorzaak kan worden opgevat, klampt zich vast aan de eerste de beste begrijpelijke benadering en zegt: dat is de oorzaak.’¹

5.1 Inleiding

Nadat de vordering van de beslaglegger waarvoor het conservatoir beslag is gelegd onherroepelijk is afgewezen, kan de beslagene trachten de door hem geleden schade vergoed te krijgen. De beslagene kan de daartoe strekkende vordering in reconventie instellen, in de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger wordt beslist.² Ook is het mogelijk dat de beslagene, na het onherroepelijk worden van de uitspraak in de hoofdzaak, een aparte procedure start.

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de vraag welke algemene verweren de beslaglegger tegen de schadevergoedingsvordering zou kunnen voeren. Vervolgens worden knelpunten en vraagstukken rondom causaliteit, toerekening, bewijslast en eigen schuld besproken. Daarna komt de omvang van de schade in generieke zin aan de orde. Ten slotte worden de afzonderlijke categorieën van potentiële schadeposten behandeld.

5.2 Algemene verweren beslaglegger

Later in dit hoofdstuk zullen de inhoudelijke bezwaren worden besproken die de gewezen beslaglegger tegen bepaalde *vormen* van schade kan inbrengen. Hier volgen allereerst *algemene bezwaren* die kunnen worden aangevoerd tegen de verplichting tot het vergoeden van schade.

1. L.N. Tolstoj, *Oorlog en Vrede*, Nederlandse vertaling Y. Bloemen & M. Wiebes, Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2006, p. 1258. Ik ben door V. van den Brink op het spoor gezet deze passage in deze context aan te halen, zie V. van den Brink, ‘De drang tot het opsporen van oorzaken’, *NTBR* 2015/20, afl. 5, p. 141, maar heb voor een andere vertaling gekozen.
2. Dat kan als voordeel hebben dat de schade direct wordt toegewezen (vergelijk Rb. Rotterdam 7 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10059), of gedeeltelijk wordt toegewezen, met een nadere bewijsopdracht voor het overige (zie Rb. Dordrecht 23 januari 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC2958).

5.2.1 Aansprakelijk, maar geen schadevergoeding, exonерatie?

Wanneer de door de beslaglegger gepretendeerde vordering een contractuele basis heeft, is in theorie denkbaar dat de beslaglegger bij voorbaat elke aansprakelijkheid wegens een te leggen conservatoir beslag heeft uitgesloten. Met een beroep op artikel 3:40 BW kan worden betoogd dat een dergelijke bepaling nietig is, omdat deze naar haar aard in strijd is met de goede zeden. Wanneer een dergelijke uitsluiting in de algemene voorwaarden is opgenomen lijkt deze bepaling voorts, op grond van artikel 6:233 sub a BW, als een onredelijk bezwarend beding te kwalificeren. De vordering na onterecht beslag heeft niets van doen met de contractuele verhouding tussen partijen. Dat betekent dat zelfs wanneer er wel een geldige contractuele basis zou zijn (bijvoorbeeld omdat buitenlands recht op het contract van toepassing is dat een dergelijke clause wel toestaat) een daartoe strekkende bepaling toepassing zou kunnen missen, omdat de onrechtmatige daad rechtstreeks voortvloeit uit een ten onrechte aangewend Nederlands bewarend rechtsmiddel. Samengevat: in de praktijk lijkt er geen ruimte voor de beslaglegger om met succes een beroep op een exonерatieclause te doen.

5.2.2 Rechtvaardigingsgronden en 'bijzondere omstandigheden'

Wanneer de beslagene zijn schade vergoed tracht te krijgen rijst de vraag of er sprake is van de door de Hoge Raad genoemde 'bijzondere omstandigheden' die het onterechte beslag rechtvaardigen. Zijn deze er, dan is er sprake van een rechtvaardigingsgrond, waardoor de beslaglegger niet aansprakelijk is.

Een beroep van curatoren, na een ten onrechte gelegd beslag, dat het handelen in het belang van de boedel onder deze categorie 'bijzondere omstandigheden' zou dienen te vallen, slaagde niet.³

Toch zijn deze 'bijzondere omstandigheden' relevant; in weliswaar zeldzame gevallen is er door beslagleggers met succes een beroep op gedaan.⁴ In de praktijk zal het overigens lastig zijn om deze 'bijzondere omstandigheden' te onderscheiden van (een negatief antwoord op) de causaliteitsvraag (zie verder par. 5.3), of een succesvol beroep op eigen schuld, of het onvoldoende nakomen van de schadebeperkingsplicht door de beslagene (zie verder par. 5.2.9). Concluderend, de rol van deze 'bijzondere omstandigheden' is in de praktijk zeer beperkt. Zie verder meer uitgebreid hetgeen hiervoor is vermeld in paragraaf 3.6.

5.2.3 Bestaan schade onvoldoende aannemelijk?

Het enkele feit dat de beslagene enige tijd niet vrij over bepaalde vermogensbestanddelen heeft kunnen beschikken leidt niet altijd tot schade. Wanneer de beslagene

3. HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gestel en Van de Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*).

4. Vergelijk HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*), waarin door de beslagene zelf gecreëerde onduidelijkheid omtrent de vordering en de daaraan ten grondslag liggende feiten aan aansprakelijkheid van de beslaglegger in de weg stonden. Zie hierover uitgebreid Hartlief 2009, p. 396-398. Zie verder Rb. Rotterdam 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF2216. In de laatste uitspraak wordt overwogen dat in casu 'de grond voor de stelling dat het beslag onrechtmatig is gelegd [is] ontvallen'. Ook in Rb. Dordrecht 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB7171 wordt aangenomen dat de vordering op deze grond strandt.

onvoldoende aannemelijk maakt dat hij schade heeft geleden loopt hij het risico dat de verklaring voor recht dat het beslag onrechtmatig is en de verwijzing naar een schadestaatprocedure uitblijven.⁵ Deze mogelijkheid is door de Hoge Raad – weliswaar via toepassing van artikel 81 Wet RO – expliciet voor een ten onrechte gelegd beslag gesanctioneerd.⁶ Wanneer het betoog van de beslagene over zijn geleden schade als gevolg van het beslag te algemeen en onvoldoende is onderbouwd, loopt de beslagene dus het risico dat zijn schadevergoedingsprocedure strandt voordat deze goed en wel is begonnen.

Aangezien de gewone regels van het bewijsrecht van toepassing zijn, betekent dit ook dat, wanneer onvoldoende feiten over de schade zijn gesteld, de rechter tot het oordeel kan komen dat voor bewijslevering geen plaats meer is.⁷ Hetzelfde geldt voor het afwijzen van een verzoek tot het benoemen van een deskundige om een bepaalde waarde te bepalen, die relevant zou kunnen zijn voor het bepalen van de schade.⁸

5.2.4 Geen doel dus geen schade?

Wanneer een beslag geen doel heeft getroffen zou de beslaglegger zich op het standpunt kunnen stellen dat hiermee het beslag niet werkelijk is gelegd, waardoor ook geen sprake kan zijn van enige schadelijking. Dit betoog gaat niet op. In artikel 475 Rv is bepaald dat het beslag ‘geschiedt’ bij exploit. Wanneer aan de in dat artikel gestelde vereisten is voldaan en het exploit door de deurwaarder is uitgebracht is het beslag dus ‘gelegd’.⁹ Deze constatering is van belang omdat dus ook bij een beslag dat geen doel heeft getroffen sprake kan zijn van schade, zoals reputatieschade, beperking van mogelijkheden tot kredietverlening, of gevolgschade, doordat het beslag bepalingen in overeenkomsten van de beslagene met derden, zoals financiers, ‘triggert’, enzovoort.

5.2.5 Het beslag was al opgeheven. Of toch niet?

Processueel inventief was het verweer van de beslaglegger die aanvoerde dat het beslag al eerder was geëindigd, doordat de rechtbank in eerste aanleg zijn vorderingen had afgewezen en het beslag had opgeheven. Daardoor had ook de door het beslag verhinderde levering eerder kunnen plaatsvinden. Als gevolg daarvan zou hij slechts aansprakelijk kunnen zijn voor de schade tot aan de datum van het betreffende vonnis. De rechtbank had echter in het vonnis in eerste aanleg het beslag opgeheven zonder daaraan een uitvoerbaarverklaring bij voorraad te verbinden.

5. Zie uit een lange reeks onder meer Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9315 en Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9766. In deze zin ook Rb. Den Haag 17 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7253, Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4269, NJF 2014/484 en Rb. Rotterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD6989.
6. HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5846, RvdW 2010/1015, met korte en heldere conclusie van A-G Huydecoper.
7. Vergelijk onder meer Rb. Arnhem 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB1997, Rb. Den Haag 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2026 en Hof Den Haag 6 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5041. Het laatste arrest is vervolgens in cassatie in stand gebleven, zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*) en hierna par. 5.5.4.
8. Rb. Amsterdam 24 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP6669.
9. In deze zin ook Rb. Rotterdam 27 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6048.

De beslaglegger was verder zelf in hoger beroep gegaan. De rechtstoestand waarin een beslag als opgeheven dient te gelden treedt pas in nadat de desbetreffende uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.¹⁰ Dat is alleen anders wanneer de uitspraak waarin het beslag wordt opgeheven uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Deze vlieger ging dus niet op.¹¹

5.2.6 Het was de gerechtsdeurwaarder

In een geval waarbij executoriaal beslag was gelegd op een woning en in hoger beroep de vordering van de beslaglegger werd afgewezen, was door dit beslag een keten van gebeurtenissen ingetreden, die uiteindelijk resulteerde in openbare verkoop van de woning van beslagene. Kort voor deze openbare verkoop gaf de beslaglegger per fax opdracht aan de deurwaarder om tot doorhaling van het beslag over te gaan. Dat is uiteindelijk echter pas na de verkoop gebeurd. Zodanig (te) laat handelen van de deurwaarder kan niet aan de benadeelde worden tegengeworpen en blijft voor rekening van de beslaglegger.¹²

5.2.7 Goederen die aan het beslag zijn onttrokken

Vorderen van schadevergoeding door de beslagene, gerelateerd aan een periode waarin hij het beslagen goed – zoals een zeilschip – aan het beslag heeft onttrokken, is begrijpelijkerwijs een lastige zaak.¹³ De beslaglegger kan zich in een dergelijk geval met een beroep op die onttrekking van de verplichting tot vergoeding van enige schade bevrijden. Overigens zou deze omstandigheid wellicht kunnen worden gerangschikt onder de door de Hoge Raad bedoelde ‘bijzondere omstandigheden’, zoals besproken in paragraaf 3.6 en 5.2.2.

5.2.8 Niet rechtmatig belang, voordeelsverrekening

Nu de grondslag van de aansprakelijkheid is gebaseerd op de onrechtmatige daad zijn alle relevante bepalingen omtrent de (toerekenbaarheid) van schade van toe-

10. HR 20 januari 1995, NJ 1995/413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*).

11. Rb. Rotterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO8920. Vergelijk art. 704 lid 2 Rv: ‘Wordt de eis in de hoofdzaak afgewezen, en is deze afwijzing in kracht van gewijsde gegaan, dan vervalt daardoor tevens van rechtswege het beslag. Hetzelfde geldt, indien voor de tenuitvoerlegging van de beslissing in de hoofdzaak een rechterlijk bevelschrift of verlof nodig is, en de beslissing waarbij dit door de rechter is geweigerd in kracht van gewijsde is gegaan.’

12. Zie Rb. Dordrecht 5 januari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP0594.

13. Zie Rb. Rotterdam 26 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4054, S&S 2017/101. Zie r.o. 4:15 die tot de verbeelding spreekt: ‘Er kan van schade natuurlijk geen sprake zijn wanneer de beslagene het object van beslaglegging aan het beslag heeft onttrokken, zoals in het onderhavige geval. Onder meer uit de hiervoor onder 4.12. genoemde producties is gebleken dat op 8 september 2010 een kopie van de gerechtelijke beschikking waarbij het verlof tot beslag is gegeven, is achtergelaten op de “Titan”. Op 9 oktober 2010 lag de “Titan” echter niet in de jachthaven, maar deed het mee aan een zeilrace. Ook op 22 oktober 2010, toen gerechtsdeurwaarder A.M. Wedts de Swart naar de jachthaven is gegaan om de “Titan” met een staalkabel en een hangslot vast te leggen aan de steiger, lag de “Titan” daar niet. Vervolgens is naar de “Titan” uitgekeken. Eerst op 12 juli 2012 heeft de politie opgemerkt dat de “Titan” weer in de jachthaven lag. Daarop heeft gerechtsdeurwaarder B.J. Meijering de “Titan” met een staalkabel en een hangslot vastgelegd aan de steiger. Op 13 oktober 2012 was het schip weer niet in de jachthaven. De staalkabel was doorgeknipt. Die dag heeft de “Titan” meegedaan aan een zeilrace. Eind november 2012 bleek dat de “Titan” wederom was weggehaald uit de jachthaven.’

passing. Dit betekent bijvoorbeeld dat schade die bestaat uit de aantasting van een niet-rechtmatig belang van de beslagene, niet of niet geheel wordt toegekend.¹⁴ Bij het bepalen van de schade spelen verder ook alle andere relevante leerstukken een rol, waaronder dat van verrekening van door de beslagene door het beslag genoten voordeel.¹⁵

5.2.9 Eigen schuld en verzuim schadebeperking

5.2.9.1 Algemeen

Wanneer schade niet alleen het gevolg is van een wanprestatie of onrechtmatige daad of aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, maar eveneens van onzorgvuldig handelen of nalaten van de benadeelde, spreekt men van eigen schuld van de benadeelde.¹⁶

Een belangrijk algemeen verwijt dat de beslaglegger de beslagene kan maken is dat het *ontstaan* van de schade (mede) te wijten is aan zijn eigen schuld, dan wel dat hij zijn plicht om de schade te beperken heeft verzaakt.

De eigen schuld dient te worden onderscheiden van situaties waarin gedragingen van de beslagene aan toerekening in de weg staan, dan wel dat deze gedragingen het causale verband tussen beslag en schade hebben verbroken. Dat onderscheid is naar zijn aard in de praktijk niet altijd eenvoudig te maken.

5.2.9.2 Verzuim schadebeperkingsplicht

Het niet voldoen aan de plicht om de schade te beperken is een species van de eigen schuld. Verschil is dat de 'gewone' eigen schuld ziet op situaties waarbij het intreden van de schade het gevolg is van zowel de gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie, als van bepaalde gedragingen van de benadeelde. Bij (het niet voldoen aan) de schadebeperkingsplicht gaat het om situaties waarin de omvang van de schade wordt vergroot omdat de benadeelde, anders dan van een redelijk handelend persoon had mogen worden verwacht, bepaalde handelingen niet verricht of maatregelen niet treft.¹⁷ Voor het antwoord op de vraag of een benadeelde zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden is bepalend of hij in de gegeven omstandigheden onredelijk heeft gehandeld. Dat is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁸ De maatstaf die daarbij wordt aangelegd is

14. Zie (met toepassing van art. 81 Wet RO) HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6104, RvdW 2013/312. In casu werd de vordering wegens gederfde winst per saldo gebaseerd op het vermeerdere (stekken) van plantjes waartoe de beslagene geen (kwekers)recht had.

15. Vergelijk art. 6:100 BW: 'Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van te vergoeden schade in rekening worden gebracht.' Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT2007. In casu was het voordeel zo hoog dat de schade meer dan teniet werd gedaan.

16. Keirse 2003, p. 8.

17. A-G Van Peursesem in zijn conclusie bij HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:974, RvdW 2018/761, sub 2.4, onder verwijzing naar relevante literatuur, waaronder Keirse 2003, p. 42.

18. HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657, NJ 1998/641 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

of een normaal voorzichtig en redelijk handelend mens¹⁹ in dezelfde omstandigheden in redelijkheid dezelfde keuzes zou kunnen maken. Dat betekent dat de benadeelde niet per definitie pas dan redelijk handelt wanneer hij doet wat een *voorzichtig* mens zou doen die door *toeval* schade lijdt. Bij de beoordeling van de redelijkheid van het handelen of nalaten van de benadeelde mag niet uit het oog worden verloren dat het de dader is geweest die de benadeelde in de positie heeft gebracht die hem tot schadebeperkend handelen verplichtte.²⁰

Bij een schending van de schadebeperkingsplicht is de schade mede een gevolg van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend en vindt artikel 6:101 lid 1 BW ook toepassing.²¹ Het toerekenbaar nalaten maatregelen te treffen ter *beperking van de schade* is in dit artikel dus op één lijn gesteld met de eigen schuld aan het *ontstaan van de schade*.²²

5.2.9.3 *Eigen schuld en algemene rechterlijke matigingsbevoegdheid*

Artikel 6:101 lid 1 BW dient goed te worden onderscheiden van de algemene rechterlijke matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 lid 1 BW.²³

Artikel 6:101 lid 1 BW stelt de algemene norm voor beperkte aansprakelijkheid voor een bepaald gevaltype, namelijk het geval waar niet alleen het toedoen van de dader maar ook de handelingen van de benadeelde aan de schade hebben bijgedragen, hetzij door bij te dragen aan het *ontstaan* ervan (eigen schuld), hetzij aan de *omvang* daarvan (verzuim schadebeperkingsplicht).

Artikel 6:109 lid 1 BW is daarentegen een middel tot ad-hocbijstelling en geeft de rechter de bevoegdheid om, bij wijze van uitzondering, af te zien van toekenning van volledige schadevergoeding.²⁴ Gelet op de terughoudendheid die in algemene zin bij toepassing van dit artikel in acht wordt genomen en het feit dat vrijwel alle indicaties die in dit artikel worden genoemd voor die toepassing in de context van de schadevergoeding na onterecht beslag feitelijk contra-indicaties zijn, ligt het niet voor de hand dat bij schade na onterecht gelegd beslag door de rechter snel naar dit artikel wordt gegrepen.

19. De 'diligens pater familias' is hierbij de maatman, vergelijk Keirse 2003, p. 160.

20. Opnieuw zou hier voor het onterecht gelegd beslag kunnen worden toegevoegd: 'en dat hij dit op een niet wederkerige basis, willens en wetens heeft gedaan', vergelijk opnieuw de 'non-reciprocal risk taking' zoals benoemd door Fletcher 1972, p. 541.

21. Art. 6:101 lid 1 BW: 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

22. Keirse 2003, p. 42.

23. Art. 6:109 lid 1 BW: 'Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.'

24. Zie Keirse 2003, p. 241.

5.2.9.4 *Sluit de aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger een beroep op eigen schuld uit?*

Hoewel de Hoge Raad de aansprakelijkheid na een onterecht beslag kwalificeert als een ‘risicoaansprakelijkheid’²⁵ sluit dit een beroep op eigen schuld ex artikel 6:101 lid 1 BW niet uit. Het Hof Amsterdam²⁶ overweegt in dit verband:

‘3.4. Uitgangspunt bij de beoordeling van de grieven is dat [geïntimeerde] aansprakelijk is voor de door het echtpaar [echtpaar] geleden schade als gevolg van onrechtmatig door [geïntimeerde] gelegde beslagen. De aard van deze aansprakelijkheid brengt echter niet met zich dat [geïntimeerde] geen beroep kan doen op eigen schuld van het echtpaar [echtpaar]. Een benadeelde is immers ook in geval van onrechtmatig gelegde beslagen binnen redelijke grenzen gehouden tot het nemen van maatregelen ter voorkoming of beperking van de schade.’

Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 9 augustus 2016²⁷ waarbij het hof na een onterecht conservatoir beslag overweegt:

‘3.3.1. Juist is dat de aansprakelijkheid van de gemeente in de hoofdzaak is vastgesteld en in de onderhavige vervolgpprocedure vast staat. [appellant] heeft aangevoerd dat geen zware eisen aan hem mogen worden gesteld waar het gaat om mogelijke eigen schuld als bedoeld in artikel 6:101 lid 1 BW, en dus aan zijn schadebeperkingsplicht, omdat sprake is van risicoaansprakelijkheid aan de kant van de gemeente. Het betoog van [appellant] op dit punt spitst zich toe op de vraag of hij verplicht was zijn schade te beperken door, kort gezegd, inzicht te geven in de (over)waarde van de beslagen objecten. Het hof overweegt hieromtrent dat weliswaar juist is dat bij het leggen van beslag de beslaglegger op eigen risico handelt, maar dat dit niet betekent dat, zoals [appellant] betoogt, de aansprakelijkheid van de beslaglegger voor een onrechtmatig gelegd beslag is te kwalificeren als een risicoaansprakelijkheid in de zin van de wet. De aard van de aansprakelijkheid van de gemeente brengt ook niet met zich dat haar geen beroep toekomt op eigen schuld van [appellant].’

De aard van de door de Hoge Raad geformuleerde ‘risicoaansprakelijkheid’ na een ten onrechte gelegd beslag zal in de praktijk wel de mogelijkheden voor de beslaglegger om met succes de instrumenten ‘(onvoldoende) schadebeperking’ en ‘eigen schuld’ aan de zijde van de beslagene in te zetten *beperken*. Maar de aard van de aansprakelijkheid verzet zich niet in algemene, principiële zin tegen toepassing ervan.

25. Zie HR 15 april 1965, *NJ* 1965, 331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*) en par. 3.2.3.

26. Hof Amsterdam 10 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:73. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen, zie HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:974, *RvdW* 2018/761.

27. Hof Amsterdam 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3247, *NJF* 2016/5. Tegen dit arrest is vergeefs beroep in cassatie ingesteld, dit is met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen, HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2898, *RvdW* 2017/1211.

Evenmin staat de aard van de aansprakelijkheid in de weg aan een 100% toepassing van eigen schuld en daarmee een volledige toerekening van de schade aan de beslagene. In zijn conclusie voor het hierboven besproken arrest merkt advocaat-generaal Valk op dat de enkele omstandigheid dat zowel de beslaglegging door de gemeente als de verzaking van de schadebeperkingsplicht *condicio sine qua non* is van de geleden schade, niet betekent dat bij een correcte weging de schade nimmer voor 100% aan de laatstbedoelde omstandigheid had kunnen worden toegerekend.²⁸

Het bovenstaande sluit vanzelfsprekend niet uit dat om *processuele redenen* een beroep van de beslaglegger op eigen schuld of verzuim van de schadebeperkingsplicht (deels) niet (langer) kan worden gedaan. Dit kan met name het geval zijn wanneer over de schade na onterecht beslag in een schadestaatprocedure wordt geoordeeld en eerder, in de procedure in de hoofdzaak tussen beslaglegger en beslagene, beslissingen zijn genomen die per saldo de (afwezigheid van) eigen schuld inhouden en daarmee de rechter in de schadestaatprocedure binden.²⁹

Wanneer de benadeelde zijn schadebeperkingsplicht schendt, draagt hij in beginsel niet bij aan de totale schade maar tot een specifiek deel daarvan. De totale schade moet dan ook worden verdeeld in het deel dat de beslagene ook bij redelijk handelen zou hebben geleden en de extra schade die mede het gevolg is van de schending van zijn schadebeperkingsplicht. Daarbij is de verdelingsmaatstaf van artikel 6:101 BW strikt genomen enkel van toepassing op de laatste component. Dat neemt niet weg dat het onder omstandigheden mogelijk is dat de beslagene, door het naleven van de schadebeperkingsplicht, de *gehele door hem geleden schade* had kunnen voorkomen.³⁰

5.2.9.5 *Impliceert de aard van de aansprakelijkheid bij eigen schuld steeds een billijkheids-correctie ten faveure van de beslagene?*

In het verlengde van de voorgaande vraag dient te worden onderzocht of de aard van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag tot gevolg heeft dat er, bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van eigen schuld, telkenmale plaats dient te zijn voor een billijkheidscorrectie.

Deze billijkheidscorrectie is de vierde stap in een door Keirse onderscheiden beoordelingsketen die zich binnen het bestek van deze studie als volgt laat omschrijven.³¹

28. Conclusie sub 2.8. Valk citeert in dit verband Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr 108: 'Het gewicht van de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden kan zozeer prevaleren boven de bijdrage van de andere partij in het verloop van de gebeurtenissen die tot de schade leiden, dat de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden als enige rechtens relevante oorzaak van de schade moeten gelden.'

29. Vergelijk voor de algemene regel over bindende beslissingen in de hoofdzaak in de schadestaatprocedure HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674, NJ 2008/285 (*Romein Staalbouw/Diepvries Services*) en voor een concrete toepassing na onterecht beslag in de schadestaatprocedure Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:140.

30. Keirse 2003, p. 249.

31. Zie Keirse 2003, p. 85.

1. Is de schade mede een gevolg van omstandigheden aan de zijde van de beslagene?
2. Kunnen deze omstandigheden aan de beslagene worden toegerekend?
3. In welke mate dienen deze omstandigheden, in vergelijking met de aan de beslaglegger toe te rekenen omstandigheden, geacht te worden te hebben bijgedragen aan de schade?³²

En, vervolgens:

4. Dient de schade door de causale afweging in stap 3 te worden afgewikkeld of vereist de billijkheid een andere schadedeling?

De billijkheidscorrectie wordt aan de hand van een aantal wegingsfactoren nader ingevuld. In de eerste plaats kunnen in dit verband *de ernst van de gemaakte fouten*³³ en *de mate van verwijtbaarheid* worden genoemd. Bij bepaalde vormen van aansprakelijkheid, zoals schending van veiligheidsnormen in het verkeer, kan met toepassing van het billijkheidscorrectief worden bepaald dat de gehele schade, inclusief het gedeelte dat aan toedoen van de benadeelde kan worden geweten, voor rekening van de dader blijft.³⁴ Met Keirse kan worden betoogd dat de in deze domeinen aangelegde maatstaven zich ook voor andere gevallen lenen. De aansprakelijkheid na onterecht beslag heeft ook hier een sterk onderscheidende eigenschap die de toepassing van deze maatstaven kleurt. Die eigenschap bestaat eruit dat het leggen van beslag bij uitstek een niet-wederkerig 'construct' is waaruit de schade primair ontstaat. De beslaglegger heeft hoe dan ook altijd een ernstiger fout gemaakt dan de beslagene. De beslaglegger heeft immers willens en wetens besloten tot het leggen van (achteraf gezien onrechtmatig) conservatoir beslag.

De *aard en de ernst van de schade* lijkt in dit verband ook geen rol van betekenis toe te komen, nu deze factor doelt op principiële verschillen in de aard van de geleden schade, met name het verschil tussen vermogensschade en letselschade. Hetzelfde geldt voor de *verzekeringsposities*³⁵ van beslaglegger en beslagene, aangezien deze de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van onterecht conservatoir beslag respectievelijk de daaruit volgende schade niet zullen hebben verzekerd.

Interessanter lijkt de vierde invalshoek te zijn die de billijkheidscorrectie nader bepaalt. Het gaat daarbij om *de aard van de aansprakelijkheid*. In dit verband kan een

32. Bij de concrete invulling van deze derde stap, de causale maatstaf, wordt vaak houvast gezocht bij de zogenoemde veroorzakingswaarschijnlijkheid. De gedachte daarbij is dat de gedragingen van beide partijen moeten worden afgemeten aan de hand van hun veroorzakingswaarschijnlijkheid. Kortom, beide partijen hebben dus in enige mate schuld aan het ontstaan van de schadeveroorzakende gebeurtenis. De Hoge Raad neemt bij aansprakelijkheidskwesties in het verkeer in verschillende arresten de 'wederzijdse gevaarverhoging' tot uitgangspunt. Vergelijk bijvoorbeeld HR 2 juni 1995, NJ 1997/702 (*Pierre Wilders I*), r.o. 3.5: 'Zodanige vermindering dient te geschieden door toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 lid 1. Deze toepassing houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het weggedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen.' Zie ook Keirse 2003, p. 206-207.
33. 'Fout' beperkt zich hier overigens niet tot een onrechtmatige daad, maar kan ook een handeling zijn die als 'eigen schuld' kwalificeert, Keirse 2003, p. 213.
34. In deze zin ook Keirse 2003, p. 204.
35. Vergelijk Keirse 2003, p. 222.

zogenoemd abstract 'Betriebsgefahr' de (generieke) toepassing van een correctie billijken, zoals het gegeven dat een (zwaar) gemotoriseerd voertuig per definitie een bijzonder gevaar oplevert ten opzichte van een ongemotoriseerde verkeersdeelnemer.³⁶ In hoofdstuk 3 is geconstateerd dat de aansprakelijkheid na een onterecht gelegd beslag, hoewel geënt op artikel 6:162 BW, sui generis elementen kent, met name ook door het gegeven van de *non-reciprocal risk taking*.³⁷ In algemene zin dient bij deze vierde factor het 'redelijk handelen' van de benadeelde te worden gezien in de context van de verhouding die *nolens volens* tussen partijen is ontstaan, in nauwe samenhang met hetgeen tussen partijen is voorgevallen.³⁸ De beslaglegger heeft willens en wetens conservatoir beslag gelegd dat later onterecht is gebleken. Dit gegeven legt weliswaar enig gewicht in de schaal (zie hetgeen hiervoor bij de factor *ernst van de gemaakte fouten* is vermeld), maar een generieke of standaard percentuele correctie ten gunste van de beslagene is naar mijn mening een stap te ver.

5.2.9.6 *Ontstaan van de schade, eigen schuld*

Binnen het domein van de schade na een onterecht beslag betreffen gedragingen van de beslagene die als eigen schuld kwalificeren gedragingen die hetzij

- *(mede) aanleiding hebben gegeven voor het ontstaan (en tijdelijk blijven bestaan) van de vordering waarvoor beslag is gelegd*
hetzij
- *(mede) aanleiding zijn geweest voor het leggen of handhaven van conservatoir beslag.*

Tot de eerste categorie behoort bijvoorbeeld het niet gebruikmaken van de bevoegdheid tot opschorting van betaling van facturen, zowel voor als na het leggen van beslag.³⁹ Tot de tweede categorie kunnen eenvoudig te herstellen, maar bewust in stand gelaten verwarring of een bewust opgetrokken rookgordijn, zoals het (bewust) creëren van onduidelijkheid over het al dan niet bestaan van de vordering van de beslaglegger, worden gerekend.⁴⁰ Dat kan bijvoorbeeld de identiteit van de debiteur binnen een groepsverband van vennootschappen betreffen, met beslag ten laste van de verkeerde (zuster)vennootschap tot gevolg. Dit beslag ten laste van die verkeerde vennootschap kan dan aan de vennootschap worden verweten, met mogelijk algeheel verlies van haar aanspraak op vergoeding van haar schade tot gevolg.⁴¹

36. Keirse 2003, p. 216. Zie ook HR 6 februari 1987, NJ 1988/57 (*Saskia Mulder*).

37. Fletcher 1972, p. 541.

38. Keirse 2003, p. 118.

39. Rb. Rotterdam 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF2216. De rechtbank lijkt hier mogelijk aansluiting te zoeken bij de 'overige omstandigheden' als bedoeld in HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*) waar zij overweegt (r.o. 6.12): '(...) Een opschortingsrecht is een bevoegdheid. Het recht krijgt pas gevolg wanneer van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt doordat het opschortingsrecht wordt ingeroepen. Nu Juniol ten tijde van de beslaglegging geen beroep op een opschortingsrecht heeft gedaan en niet in geschil is dat Juniol toen in ieder geval enige vordering van MD onbetaald liet, is de grond voor de stelling dat het beslag onrechtmatig is gelegd ontvallen.'

40. Zie HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor*). In dat arrest zijn de bewuste gedragingen overigens in de sleutel van de 'bijzondere omstandigheden' geplaatst waardoor de aansprakelijkheid zelf is komen te vervallen, zie verder par. 3.6.

41. Rb. Dordrecht 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB7171.

5.2.9.7 *Omvang schade, verzuim schadebeperkingsplicht*

De tweede categorie gedragingen, die de *omvang* van de schade negatief hebben beïnvloed, is voor de praktijk het meest relevant. Ook hier is in algemene zin de veroorzakingswaarschijnlijkheid het leidende criterium (zie hiervoor par. 5.2.9.5).

Deze categorie gedragingen kan worden gesplitst in processuele en feitelijke gedragingen. Processuele gedragingen, die de beslaglegger de beslagene kan aanwrijven, houden in dat de beslagene processueel (te) passief is gebleven.⁴² In dat verband kan de beslagene bijvoorbeeld voor de voeten worden geworpen dat hij verzuimd heeft een kort geding tot opheffing van het beslag te entameren.

Het is echter evident dat de beslagene zich in een kort geding tot opheffing in een lastige (bewijs)positie bevindt.⁴³ Voorts speelt hierbij een belangrijke rol dat de toets in het kort geding fundamenteel verschilt met die in de procedure zelf, zoals ook helder wordt benadrukt in het volgende citaat uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 7 december 2016:⁴⁴

‘4.47. Friday c.s. kan voorts niet gevolgd worden in haar verweer dat Bilfinger de hoge kosten van de bankgarantie had kunnen voorkomen. Van een partij onder wie beslag is gelegd, kan immers niet worden gevergd dat zij de kosten die daar het gevolg van zijn tracht te beperken door een kort geding-procedure aanhangig te maken tegen de beslaglegger. Daarbij is mede van belang dat de beoordeling in kort geding van een andere aard is dan de beoordeling in een bodemprocedure. Dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld dat een beslag ten onrechte is gelegd, betekent niet dat ook in kort geding reeds had kunnen worden vastgesteld dat het beslag diende te worden opgeheven. Voorts lag het volledig in de macht van Friday c.s. om te voorkomen dat er schade zou ontstaan als gevolg van de beslagleggingen en dat deze schade zou oplopen. Zij had er immers voor kunnen kiezen om de derdenbeslagen niet te leggen, dan wel om deze op te heffen, dan wel had zij genoeg kunnen nemen met een bankgarantie voor een lager bedrag.’

Ook is deze procedure in kort geding – zeker afgezet tegen de verzoekschriftprocedure waarin de beslaglegger verlot heeft verkregen – relatief kostbaar. Ten slotte – en dat is een fundamentelel bezwaar – verdraagt mijns inziens het ka-

42. Een bijzonder voorbeeld van een assertieve beslagene is overigens te vinden in het vonnis van de Pres. Rb. Dordrecht van 26 juni 1986, KG 1986/319. Daarbij vordert de beslagene machtiging tot openbare verkoop van een in beslag genomen personenauto, waarvan de beslaglegger (na in eerste aanleg nul op het rekest te hebben gekregen) in hoger beroep afgifte vordert. De president overweegt dat de proceskansen van de beslaglegger zeer gering zijn, de auto door tijdsverloop in waarde daalt en de beslaglegger overigens geen verhaal biedt en wijst de vordering toe. Zie ook par. 4.9.1.

43. Vergelijk in dit verband HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481 (*De Ruitertij/MBO Ruiters*), r.o. 3.3: ‘Dit brengt mee dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kort geding procedure, aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is.’ Dit is ook het geval wanneer de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg is afgewezen (HR 30 juni 2006, NJ 2007/483 (*Bijl/Van Baalen*)). Zie verder uitgebreid par. 4.5.

44. Rb. Rotterdam 7 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10059.

rakter van de ‘risicoaansprakelijkheid’ na onterecht beslag⁴⁵ zich ten principale niet met een verwijt dat de beslagene *processuele* mogelijkheden onbenut heeft gelaten.⁴⁶

Beslagleggers kunnen ook betogen dat *feitelijke* handelingen, dan wel het achterwege laten daarvan, de schade hebben vergroot.⁴⁷ Een creatief beroep op verzuim van de schadebeperkingsplicht door de beslagene betreft de stelling dat de ‘onterecht executoriaal beslagene’ — de executoriale verkoop op basis van een nadien vernietigd vonnis had een bijzonder lage opbrengst opgeleverd — ter beperking van de schade zelf mee had moeten bieden. Dit beroep werd verworpen.⁴⁸ Uit dezelfde hoek komt het verwijt dat de beslagene een beter renderende ‘contragarantie’ had moeten arrangeren in combinatie met de namens hem gestelde bankgarantie ter opheffing van het gelegde beslag, in plaats van hiervoor geen (of een te matig renderende) depositorekening aan te houden. Tot deze categorie behoort ook het betoog dat de beslagene in plaats van een garantie te doen stellen, had moeten ‘kiezen’ voor hypothecaire zekerheid, of vermogensbestanddelen voor beslag had moeten aandragen, zoals een beleggingsdepot dat zou kunnen renderen of (minder bezwarend) een beslag op aandelen. Dergelijke verwijten hebben weinig kans van slagen.⁴⁹

45. Vergelijk ook hier de door Fletcher bedoelde eenzijdige risicoverhoging (‘non-reciprocal risk taking’), Fletcher 1972, p. 541.
46. Tamelijk bont maakt de beslaglegger het in de procedure die heeft geleid tot het arrest van het Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1551. Ter afwering van een vordering wegens vexatoir executoriaal beslag wordt daarin de stelling betrokken dat de schadebeperkingsplicht niet is nagekomen doordat na een vergeefs kort geding tot opheffing (vanwege een vormverzuim was de beslagene niet-ontvankelijk) de beslagene het initiatief had moeten nemen voor overleg en als dat niet tot resultaat had geleid direct een tweede kort geding had moeten entameren. Dit verweer wordt verworpen. In andere zin Hof Den Bosch 20 december 1960, NJ 1962/232, zie Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, 5.15.10 (online, bijgewerkt 9 september 2018). Otto is door de gemeente tot ontruiming van een huis veroordeeld. Otto voldoet niet aan het ontruimingsvonnis (waaraan een dwangsom verbonden was). De vordering uit onrechtmatige daad van Otto tegen de gemeente tot vergoeding van de schade, bestaande uit de dwangsommen, wordt afgewezen, onder meer omdat Otto verplicht zou zijn geweest zich ter beperking of voorkoming van schade te verzetten tegen de executie van de dwangsommen (welk verzet wellicht gegrond geweest zou zijn). Dit arrest dateert echter van ruim voor relevante(re) jurisprudentie over zowel aansprakelijkheid na onrechtmatig beslag als schadebeperkingsplichten.
47. Vergelijk de casus die heeft geleid tot het arrest van het Hof Amsterdam van 10 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:73. De benadeelde had redelijkerwijs een executoriale verkoop (door een andere partij dan de beslaglegger) van een horecapand kunnen voorkomen door dit, binnen het kader van het tussen partijen gerezen geschil (nogmaals) aan de beslaglegger aan te bieden. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen, zie HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:974, RvdW 2018/761.
48. Zie Rb. Midden-Nederland 25 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:182, AR 2017/984, in het bijzonder r.o. 5.30 tot en met 5.32.
49. Zie Hof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772, JA 2008/167, m.nt. A.L.M. Keirse. Tegen dit arrest is cassatieberoep ingesteld dat met toepassing van art. 81 Wet RO is verworpen, zie HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2409, RvdW 2010/817. Vergelijk ook Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen, in het bijzonder r.o. 14: ‘Vervolgens beroept S’Energy zich op eigen schuld van PZEM: zij heeft niet aan haar schadebeperkingsplicht voldaan. PZEM had, zo meent S’Energy, een andere vorm van zekerheid dan de (veel te) dure bankgarantie kunnen en moeten aanbieden. (...) Het hof komt tot een ander oordeel. PZEM heeft in plaats van het derdenbeslag gekozen voor een voor de hand liggende en gangbare vorm van “voldoende zekerheid”, de bankgarantie. Die keuze alleen heeft PZEM er niet van hoeven te weerhouden zekerheid te vragen op de voet van artikel 701 Rv. S’Energy verdedigt op zichzelf terecht dat onder bijzondere omstandigheden verlangd kan worden dat de zekerheid in een andere vorm wordt gegoten, als de mate van zekerheid min of meer gelijk blijft maar de met het stellen van zekerheid verbonden kosten aanzienlijk geringer zijn. Daarmee wordt immers de aansprake-

Vergeefse handelingen van de onterecht beslagene om de schade te beperken

Denkbaar is dat op zichzelf begrijpelijke handelingen van de beslagene om zijn schade te beperken geen effect sorteren of zelfs tot extra schade leiden.

Een voor de hand liggend voorbeeld van een vergeefse *processuele* poging de schade te beperken is het voeren en verliezen van een kort geding tot opheffing. De algemene regel is dat, wanneer redelijk handelen ter beperking van de schade niet alleen niet tot resultaat leidt, maar zelfs de schade vergroot of andere schade doet ontstaan, de dader in beginsel ook voor deze extra of de andere schade aansprakelijk is.⁵⁰ Zie echter voor de eigen proceskosten van de beslagene, verbonden aan een vergeefse kort geding tot opheffing, hierna paragraaf 5. 6.4.

De vergeefse handelingen kunnen ook hier uit *feitelijke* handelingen bestaan.⁵¹ Een verwijt dat de beslagene kan treffen is dat hij een ongelukkige keuze tussen twee kwaden maakt, namelijk door achteraf bezien het ‘verkeerde beslag’ te laten liggen in ruil voor opheffing van het beslag op het andere goed, dat later meer hinder blijkt te veroorzaken dan verwacht.⁵² Dat een dergelijk verwijt weinig kans maakt, vloeit voort uit het feit dat het bij de beoordeling van het gedrag van een benadeelde gaat om datgene dat op het tijdstip waarop deze de maatregel neemt of moest nemen redelijk was, niet om wat achteraf beschouwd het beste zou zijn geweest.⁵³ Verder is van belang de vaststelling dat het *resultaat* van de poging tot schadebeperking irrelevant is. Waar het om gaat, is of de beslagene, ten tijde van het nemen van de maatregel na het leggen van beslag, redelijk handelde. Dat ‘redelijk handelen’ impliceert dat er bij het verrichten van de handeling een redelijke kans op succes bestond.⁵⁴

lijkheidsomvang voor de beslaglegger – mocht later blijken dat het beslag toch ten onrechte is gelegd – geringer. Tegen de alternatieve vormen van zekerheid die S’Energy in haar beroepschrift bespreekt, heeft PZEM echter bezwaren aangevoerd waarvan niet gezegd kan worden dat deze in redelijkheid niet aan S’Energy tegengeworpen kunnen worden. Verpanding van aandelen in waterbedrijf Evides is geen reële optie omdat verpanding van aandelen statutair niet is toegestaan en wijziging van de statuten op dit punt niet goed mogelijk is. Het onderbrengen van € 93 mio. in een speciaal daartoe op te richten rechtspersoon waarbij, binnen door S’Energy aangegeven grenzen, PZEM haar gang zou kunnen gaan met het beleggen van die middelen, vormt een behoorlijke ingreep in de autonomie van PZEM. En het storten van € 93 mio. in escrow zal evenzeer aanzienlijke kosten met zich brengen nu de escrow agent ook een vergoeding zal bedingen. Dat de zekerheid eenvoudig geboden kan worden door middel van een garantie van de Provincie Zeeland, moge zo zijn, maar PZEM voert daartegen aan – en S’Energy weerspreekt dat niet – dat de Provincie daartoe niet bereid is.’

50. Keirse 2003, p. 127.

51. Zie in dit verband HR 5 oktober 1979, NJ 1980/43, m.nt. G.J. Scholten (*Tauber/Verhey*).

52. Vergelijk in dit verband Rb. Rotterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH3196, NJF 2009/124: ‘De rechtbank is (...) van oordeel dat Machapuchere inderdaad een te respecteren belang had bij de opheffing van het beslag op de bedrijfshal, zoals door haar aangegeven. Van haar behoefte derhalve niet verwacht te worden om ter beperking van mogelijke schade het beslag onder de Rabobank op te heffen en dat op de bedrijfshal te laten liggen.’ Een creatief beroep op verzuim van de schadebeperkingsplicht betreft de stelling dat de ‘onterecht executoriaal beslagene’ – de executoriale verkoop op basis van een nadien vernietigd vonnis had een bijzonder lage opbrengst opgeleverd – ter beperking van de schade zelf mee had moeten bieden. Dit beroep wordt verworpen.

53. Vergelijk in deze zin Keirse 2003, p. 126.

54. Zie in dit verband HR 5 oktober 1979, NJ 1980/43, m.nt. G.J. Scholten (*Tauber/Verhey*) en Keirse 2003, p. 126. Een café was (achteraf gezien ten onrechte) ontruimd en men had de inventaris en drankvoorraad op straat gezet. Passanten maakten dankbaar gebruik van deze buitenkans. Caféhouder Verhey trof dit tafereel aan en besloot direct de zaken te verplaatsen naar een politiepост. Het publiek was echter dermate aangemoedigd dat ook daar de voorraad verdween. Geoordeeld werd dat Verhey

De Hoge Raad heeft in het arrest *Van Gastel q.q. en Van de Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.* een cassatiemiddel verworpen dat gebaseerd was op passiviteit aan de zijde van de beslagene. De Hoge Raad overwoog zonder veel omhaal van woorden:⁵⁵

‘3.4. (...) In het hiervoor overwogene [handhaving beslag schept risicoaansprakelijkheid, indien dit door curatoren geschiedt ter behartiging van de belangen van de crediteuren levert dit geen rechtvaardigingsgrond op, GM] (...) ligt besloten, dat ook deze onderdelen van een onjuiste rechtsopvatting uitgaan, nu de voormelde omstandigheden de handhaving van de beslagen niet kunnen rechtvaardigen.’

Verwijten van de beslaglegger dat de beslagene kansen heeft laten liggen om een bankgarantie te laten stellen, in ruil voor opheffing van het beslag, zijn op basis van bovenstaande overwegingen van de Hoge Raad weinig kansrijk.⁵⁶ Hetzelfde geldt voor situaties waarin de beslagene een (geclausuleerd) aanbod van de beslaglegger om het beslag op te heffen afslaat.⁵⁷

Bij de beschouwing van de (on)mogelijkheden van de beslagene om gedurende het beslag zijn schade te beperken moet verder niet de algemene regel uit het oog worden verloren dat, als de dader het zelf in de hand heeft de schade te beperken, hem in beginsel geen beroep op verzuim van de schadebeperkingsplicht door de benadeelde toekomt.⁵⁸ De beslaglegger kan altijd, op basis van het nadeel dat de beslagene ervaart en naar voren brengt, al dan niet binnen het bestek van een door de beslagene geëntameerd kort geding tot opheffing, tot een heroverweging komen. Hij kan het beslag opheffen, ‘verlagen’ of door feitelijke handelingen (zoals toestaan dat de beslagene beslagen zaken blijft gebruiken) de schade beperken.⁵⁹ Een benadeelde kan bij zijn verplichting de schade te beperken niet tot meer gehouden worden dan de dader. De aard van de aansprakelijkheid na onterecht gelegd beslag geeft deze algemene regel alleen maar meer reliëf.

5.2.9.8 *Passiviteit na het beslag*

De schadebeperkingsplicht van de beslagene vindt zijn begrenzing in de wederzijdse mogelijkheden van beslagene en beslaglegger tot beperking van de schade. De algemene leer luidt dat, indien beide partijen de mogelijkheid hebben om de schade

in redelijkheid deze maatregel had genomen en ervan uit mocht gaan dat de zaken naar een veilige plaats waren overgebracht.

55. HR 21 februari 1992, NJ 1992/321 (*Van Gastel q.q. en Van de Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*). Dit arrest is uitvoerig besproken in par. 3.2.4.1.

56. Rb. Rotterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH3196, NJF 2009/124 waarbij ten aanzien van de bankgarantie wordt overwogen: ‘De rechtbank gaat aan deze stelling voorbij. Het is een feit van algemene bekendheid dat tegenover het stellen van een bankgarantie dan wel het aangaan van een lening zekerheid gesteld dient te worden. Hierdoor zou de vermogenspositie van Machapuchere negatief zijn beïnvloed in dezelfde mate als waarin dit negatief werd beïnvloed door het beslag.’

57. Rb. Rotterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO8920.

58. Keirse 2003, p. 121.

59. Zoals het in de ‘natte praktijk’ in bepaalde gevallen gehanteerde ‘varend beslag’ waarbij een schip niet (langer) aan de ketting wordt gelegd maar kan worden geëxploiteerd gedurende het beslag.

te beperken, de dader daartoe dient over te gaan. Stilzitten van de benadeelde kan in beginsel niet afdoen aan de schadevergoedingsplicht van de dader.⁶⁰ In de vorige paragraaf kwam in dit verband het arrest *Van Gastel q.q. en Van de Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.* aan de orde. In dit arrest verwierp de Hoge Raad in algemene termen een cassatiemiddel dat min of meer gestoeld was op verzuim van de schadebeperkingsplicht als gevolg van passiviteit.

De Hoge Raad heeft zich in het arrest *Staat/Van Gelder*⁶¹ specifiek uitgelaten over de consequenties van ‘passiviteit’ van een belastingplichtige. Deze belastingplichtige had een naar achteraf bleek door de Staat ten onrechte opgelegde belastingaanslag betaald. Deze situatie laat zich vergelijken met een onterecht gelegd conservatoir beslag. De belastingplichtige sprak de Staat aan wegens geleden renteverlies. De Staat voerde daarop aan dat de belastingplichtige zijn schade had kunnen en moeten voorkomen door om uitstel van betaling te verzoeken voor de later vernietigde aanslag. De Hoge Raad verwierp dit betoog.⁶²

‘3.5. Onderdeel 4 komt tevergeefs op tegen ’s hofs verwerping van het verweer van de Staat dat Van Gelder uitstel van betaling had kunnen verzoeken en aldus de schade had kunnen beperken. Dit verweer faalt reeds omdat ook de Staat de schade had kunnen voorkomen door ambtshalve uitstel van betaling te verlenen en de Staat dan Van Gelder niet kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft voorkomen door uitstel van betaling te vragen.’

Een vergelijkbare casus deed zich voor in de procedure die heeft geleid tot het arrest *De Ridder/Staat*.⁶³ Hierbij ging het om een naar later bleek door de Staat ten onrechte in beslag genomen partij kabeljauw. De Staat was tot deze inbeslagneming overgegaan omdat hij meende dat een vangstverbod was overtreden. Later bleek dat de kabeljauw was geïmporteerd uit Denemarken, met inachtneming van alle relevante regels. Vast stond dat zowel de Staat als de Ridder in de gelegenheid was om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de vangst kabeljauw legaal was aangevoerd. Beide partijen waren niet voortvarend te werk gegaan om deze duidelijkheid te verkrijgen. De Hoge Raad overwoog:

‘3.4.2 (...) [in] cassatie [kan er] veronderstellenderwijs [vanuit] worden uitgegaan dat op 12 en 13 november 1987 feiten en omstandigheden erop wezen dat het ging om uit Denemarken ingevoerde kabeljauw en dat het voor de Staat mogelijk was, zonder dat hiervoor een onevenredige inspan-

60. Vergelijk Keirse 2003, p. 121.

61. HR 9 mei 1986, NJ 1987/252, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Van Gelder*).

62. Zie verder ook HR 1 juli 1993, NJ 1995/150, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/NCB*). Ook hier ging het om een vernietigde belastingaanslag. Hierbij voerde de Staat in cassatie aan dat het hof ten onrechte had overwogen dat de Staat de schade van NCB (de belastingplichtige) had kunnen voorkomen door ambtshalve uitstel van betaling te verlenen. De Hoge Raad verwierpt het daarop gegronde cassatiemiddel onder verwijzing naar de in *Staat/Van Gelder* vastgestelde lijn. Hetzelfde geldt in een volgende variant, waarbij de belastingplichtige in weerwil van verleend uitstel een betaling had verricht. Ook dan bestaat nog steeds een verplichting tot vergoeding van renteverlies, zo leert HR 7 november 1997, NJ 1998/364 (*Groskamp/Staat*), zie ook hierna par. 5.2.9.10.

63. HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2260, NJ 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Ridder/Staat*).

ning was vereist, zich van de juistheid van de door De Ridder gestelde en ook overigens aannemelijke herkomst te vergewissen. Onder deze – veronderstelde – omstandigheden bracht de zorgvuldigheid welke de Staat, als uitvoerder van een dwangmaatregel bestaande uit het leggen van beslag op waar waarvan de versheid haar waarde bepaalt en die bovendien bederfelijk is, jegens De Ridder betaamde, mee dat hij ter voorkoming of beperking van diens schade, zich onverwijld van die herkomst vergewiste. Niet nakoming van deze verplichting door de Staat – die, zoals in het onderhavige geval vaststaat, onrechtmatig heeft gehandeld door het leggen van het beslag – brengt mee dat hij zich tegenover De Ridder niet erop kan beroepen dat deze de schade had kunnen voorkomen of beperken door zelf tijdig de invoerdocumenten aan de AID te tonen (vgl. HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252, rov. 3.5).’

5.2.9.9 *Beslag is geen loterij zonder nieten, schending van de ‘mededelingsplicht’ als onderdeel van de schadebeperkingsplicht*

De beslagene kan de (mogelijke) schade verzwijgen, bijvoorbeeld uit berekening om te bezien of – over de gehele periode van de beslaglegging – het beslag gunstig dan wel ongunstig uitpakt. In het eerste geval ziet hij af van het aanspreken van de beslaglegger. In het tweede geval spreekt hij de beslaglegger wel aan. Wanneer de beslagene de beslaglegger in het ongewisse laat over de (ernstige) mate waarin het beslag hem hindert, kan dit een zodanige schending van de schadebeperkingsplicht opleveren dat de schade deels of zelfs geheel voor rekening van de beslagene blijft. Deze plicht kan worden beschouwd als een onderdeel van de schadebeperkingsplicht. Door schending van deze mededelingsplicht wordt de beslaglegger de mogelijkheid ontnomen om te wegen of de (voortdurende) mogelijke schade voor hem aanleiding vormt om het beslag op te heffen, te beperken of met de beslagene in onderhandeling te treden over vervangende zekerheid.⁶⁴ Zo bezien is er in deze situaties veeleer sprake van een soort ‘spiegelbeeldige’ schadebeperkingsplicht: verzuimt de beslagene de beslaglegger in staat te stellen om voor de beslagene de schade te beperken, dan kan dit de latere aanspraken van de beslagene negatief beïnvloeden of zelfs tenietdoen.

Zo kan het achterwege laten van enige vermelding van schade – tijdens een zelf geëntameerd kort geding tot opheffing van het beslag – later, wanneer schade

64. Zie in dit verband Hof Amsterdam 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3247, NJF 2016/5, met name r.o. 3.3.4: ‘[appellant] had daarentegen de bij hem bekende en voorhanden gegevens aan de gemeente kunnen verstrekken, te weten (i) welke van zijn (negentien) beslagen onroerende zaken voor enkel de vordering van de gemeente in beginsel voldoende verhaal bood/boden, (ii) welke percelen voor welke schulden/bedragen hypothecair waren belast en (iii) op welke percelen het beslag in zijn visie het minst bezwarend zou zijn. Vast staat dat [appellant] dat niet heeft gedaan. Hij heeft daarvoor geen enkele steekhoudende reden gegeven.’ en r.o. 3.3.7: ‘[appellant] heeft niet aannemelijk gemaakt, noch is anderszins gebleken, dat hij, indien hij de gemeente voornoemde informatie had gegeven en de waarde van het beslagene vervolgens was beperkt tot € 100.000,- door het beslag slechts te handhaven op een of meer registergoederen met een dergelijke totale waarde en voor het overige door te halen (hetgeen de gemeente voorstond), enige schade, laat staan de gestelde, onder 3.1 vermelde schade, zou hebben geleden.’ In casu blijft de gehele gestelde schade (€ 2.366.141) voor rekening van de beslagene. Vergelijk ook Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 4 oktober 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:64 waarin werd geoordeeld dat de schadebeperkingsplicht was verzaakt. Overigens was in deze zaak ook de schade zelf niet vast komen te staan.

wordt gevorderd die deels dateert van vóór dat kort geding, als een boemerang via schending van de schadebeperkingsplicht bij de beslagene terugkomen.⁶⁵

Het is voor de beslagene dan ook raadzaam om de beslaglegger direct te attenderen op (het mogelijke ontstaan van) schade, nog afgezien van eventuele verjaringsperiodes.⁶⁶ Dat attenderen dient voldoende concreet te gebeuren.⁶⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor boetes wegens verplichtingen die door de beslagene als gevolg van het beslag niet (dreigen) te kunnen worden nagekomen.

Een houding waarbij de beslaglegger onwetend van mogelijke schade wordt gehouden én deze voor hem ook redelijkerwijs niet was te voorzien, kan leiden tot vermindering van de schadevergoedingsplicht, in bepaalde omstandigheden zelfs tot nihil. Denkbaar is ook de situatie waarin een beslaglegger ‘te goeder trouw’ bewust kiest voor een zo min mogelijk belastend beslag op een woonhuis en andere beslagmogelijkheden (banksaldi, handelsvoorraden, enz.) laat schieten.⁶⁸ Wanneer de beslagene vervolgens de beslaglegger onwetend houdt van het feit dat het woonhuis op korte termijn (voor een aantrekkelijke prijs) kan worden verkocht en – na het afketsen van deze verkoop door het gelegde beslag – schadevergoeding vordert, kan ik mij voorstellen dat de schade geheel voor rekening van de beslagene blijft. ‘Passiviteit te kwader trouw’, waarbij de beslagene verzuimt om de beslaglegger op een voor de beslagene kenbare, evidente vergissing te attenderen, vormt in beginsel voldoende grond om de schade (geheel) voor rekening van de beslagene te laten.⁶⁹

Hoe meer de door de beslagene te lijden schade voor de beslaglegger redelijkerwijs niet is te voorzien, hoe zwaarder de eisen die aan de mededelingsplicht van de beslagene dienen te worden gesteld. Dit betreft zowel de tijdigheid van die mededeling als de volledigheid hiervan.

5.2.9.10 *Vervangende zekerheid en betaling, schadebeperking of verlies van aanspraken?*

De beslagene kan ‘eigener beweging’ zekerheid aanbieden, al dan niet in de vorm van een bankgarantie, waarna de beslaglegger het beslag opheft. Bijvoorbeeld omdat hij – om schade te voorkomen – niet kan of durft te wachten totdat het kort geding tot opheffing kan plaatsvinden, of zijn kansen in een kort geding tot

65. Zie in dit verband Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883, r.o. 4.3.9: ‘(...)het hof acht het zonder verklaring, die ontbreekt, onaannemelijk dat degene die in kort geding opheffing van een gelegd beslag vordert, bij een toelichting op die vordering niet op enig moment aanvoert dat het beslag al tot concrete schade heeft geleid (...)’.

66. Zie par. 3.9.

67. Zie in dit verband Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883.

68. Zie in dit verband de Beslagsyllabus, versie augustus 2018, p. 10: ‘In het kader van proportionaliteit en subsidiariteit – welke aspecten in het kader van de bij de beoordeling van een beslagrekest te maken (summiere) afweging van de wederzijdse belangen zullen moeten worden betrokken – heeft het LOVCK de volgende “best practices” vastgesteld: In het beslagrekest zal moeten worden waarom het beslag nodig is en waarom niet een minder bezwarend beslagobject mogelijk is (bijvoorbeeld beslag op een onroerende zaak in plaats van derdenbeslag onder de bank).’

69. In algemene zin wordt deze mogelijkheid door de Hoge Raad erkend, zie bijvoorbeeld HR 29 april 1994, NJ 1997/369 en Keirse 2003, p. 249. Zie voor een specifieke toepassing binnen de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag Rb. Utrecht 10 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL7122: de schade bleef geheel voor de beslagene.

opheffing van het beslag te gering acht,⁷⁰ en het beslag hem in ernstige mate hindert. Ook is denkbaar dat beslaglegger en beslagene een (contractueel) alternatief overeenkomen voor het gelegde beslag, bijvoorbeeld een depot onder een notaris, dan wel een overeenkomst aangaan dat het beslag wordt opgeheven nadat onder protest de gepretendeerde vordering van de beslaglegger (deels) wordt voldaan.⁷¹

Na afwijzing van de vordering waarvoor het initiële beslag was gelegd stellen bepaalde beslagleggers dat van enige aansprakelijkheid geen sprake kan zijn. Het argument dat hiervoor wordt aangevoerd is dat, met de ‘vrijwillige’ afgifte van de bankgarantie of het aangaan van de overeenkomst, simpelweg geen sprake meer is van een beslag en dus ook niet van aansprakelijkheid. De (impliciete) stelling houdt in dat door het stellen van de garantie of betaling onder protest door de beslagene, in ruil voor opheffing van het beslag, het causale verband is verbroken tussen de onrechtmatige beslaglegging door de beslaglegger en de door de beslagene geleden schade. Uit het arrest *Groskamp/Staat* uit 1997 volgt naar mijn mening dat een dergelijk betoog geen kans van slagen zal hebben.⁷² Ook hier ging het om een belastingaanslag die later ten onrechte bleek te zijn opgelegd. De Staat had uitstel van betaling verleend. Ondanks dit verleende uitstel had Groskamp een betaling verricht ter vermindering van de aanslag. Deze handeling kan binnen het bestek van het onrechtmatig conservatoir beslag op één lijn worden gesteld met het stellen van een bankgarantie of een vergelijkbare schadebeperkende maatregel. Nadat vast kwam te staan dat de aanslag ten onrechte was opgelegd vorderde Groskamp schade als gevolg van renteverlies. De Staat verweerde zich tegen deze vordering door te betogen (a) dat door de betaling het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade was verbroken en (b) dat Groskamp wegens een gebrek aan schadebeperkende maatregelen eigen schuld kon worden verweten. De Hoge Raad overwoog:

‘3.7. (...) Indien een belastingplichtige een hem opgelegde aanslag wil bestrijden, maar daarbij in verband met de houding van de belastingdienst op een langdurige procedure voor de belastingrechter moet rekenen, ligt het binnen de grenzen van hetgeen redelijkerwijs als gevolg van het opleggen van die aanslag kan worden verwacht, dat de belastingplichtige – uit begrijpelijke vrees dat anders de door hemzelf bij verlies van die procedure te betalen wettelijke rente tot aanzienlijke hoogte zal oplopen en het verkrijgen van een vergelijkbaar rendement voor hem niet weggelegd is – in weerwil van een door hem tevoren verkregen uitstel alsnog overgaat tot betaling van die aanslagen onder voorbehoud van rechten.

Dit brengt mee dat door een dergelijke betaling het causaal verband tussen de onrechtmatige daad, bestaande in het opleggen van de te hoge aanslagen, en de renteschade die vanaf het tijdstip van die betaling door de belastingplichtige wordt geleden, niet wordt verbroken. Aangenomen moet derhalve worden dat de thans gevorderde renteschade – in de terminolo-

70. Zie hetgeen hiervoor is opgemerkt ten aanzien van de (bewijslast) in het kort geding tot opheffing.

71. Vergelijk Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ6700. Zie verder ook par. 4.8.5.

72. HR 7 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2486, NJ 1998/364 (*Groskamp/Staat*).

gie van het huidige art. 6:98 BW – als gevolg van de onrechtmatige daad aan de Staat kan worden toegerekend.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of in dit resultaat verandering wordt gebracht op de grond dat Groskamp zijn renteschade ten behoeve van de Staat had behoren te beperken op de wijze als door de Rechtbank blijkens het hiervoor in 3.2 overwogene voorgestaan, zulks met het gevolg dat, nu hij dit heeft nagelaten, die schade zou moeten worden aangemerkt – in de terminologie van het huidige art. 6:101 – als een gevolg van een aan de belastingplichtige zelf toe te rekenen omstandigheid, op grond waarvan de vergoedingsplicht wordt verminderd of geheel vervalt.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Van een belastingplichtige die in de hiervoor in de laatste alinea van 3.5 weergegeven positie verkeert, kan niet worden geveerd dat hij zich ten behoeve van de Staat aan het daar bedoelde gevaar blootstelt, nog daargelaten dat de in weerwil van het verleende uitstel gedane betaling de Staat in staat heeft gesteld om het ontvangen bedrag binnen zijn eigen mogelijkheden – wellicht ruimer dan die van de belastingplichtige – zelf rendabel te maken en aldus zelf de schade te beperken.’

Zoals eerder is opgemerkt wordt het stellen van zekerheid buiten het kort geding tot opheffing als ‘vrijwillig’ betiteld,⁷³ hoewel evident is dat van een werkelijk vrije keuze geen sprake is. Aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 19 maart 2013, waar dit kernachtig is verwoord:⁷⁴

‘5.10. (...) In dit geval is het onder ING Bank gelegde derdenbeslag na korte tijd vervangen door een ten behoeve van [appellant] afgegeven bankgarantie. Nu partijen deze constructie onder druk van het reeds gelegde beslag en uitdrukkelijk ter vervanging van dat beslag zijn aangegaan, is [appellant] aansprakelijk voor het daaraan voor VDR c.s. verbonden nadeel.’

In deze zin ook het Hof Den Haag in zijn arrest van 15 december 2017:⁷⁵

‘8. Het hof stelt voorop dat S’Energy het conservatoire beslag heeft gelegd onder een derde, Stedin, die ten tijde van de beslaglegging op grond van een koopovereenkomst met PZEM een koopprijs van circa € 488 mio. verschuldigd was. Deze koopprijs zou Stedin moeten voldoen ten tijde van een “closing” die drie werkdagen na de conservatoire derdenbeslaglegging plaats zou vinden. Deze transactie, noodzakelijk voor een beoogde splitsing van de activiteiten van PZEM, kon PZEM onmogelijk uitstellen, gezien de druk van toezichthouder ACM om de splitsing te realiseren, zo heeft PZEM onweersproken aangevoerd. PZEM heeft S’Energy daarom

73. Zie hierover uitgebreid par. 4.7.2.

74. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783.

75. Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

dadelijk vervangende zekerheid aangeboden in de vorm van een bankgarantie tot het bedrag van de door S'Energy begrote vordering van circa € 93 mio. Dat er haast mee gemoeid was, komt begrijpelijk en aannemelijk voor. (...)

13. (...) Het beslag onder Stedin en de voor de deur staande, onvermijdelijke, "closing" maakte het voor PZEM noodzakelijk om het beslag opgeheven te krijgen. De bankgarantie is daarvoor een voor de hand liggende optie, een optie waartegen de verzoeker/beslaglegger in redelijkheid ook niets in kan brengen mits die garantie aan gebruikelijke condities voldoet. De bevoegdheid van PZEM om schadevergoeding te verlangen wegens het veiligstellen van een vermogensbestanddeel ten behoeve van het verhaal gaat niet zonder meer verloren als zij ter bevrijding van het gelegde beslag een bankgarantie stelt.'

Het is doorgaans zonneklaar dat er zonder beslag geen zekerheid zou zijn gesteld. Deze notie keert ook op diverse plaatsen terug. Zoals in artikel 6 van het Beslagverdrag dat spreekt over een 'geschil (...) met betrekking tot de aansprakelijkheid van de schuldeiser voor schade die door het beslag op het schip is veroorzaakt of voor kosten van het verschaffen van zekerheid teneinde het beslag op het schip op te heffen of te voorkomen'.⁷⁶ Zelfs het stellen van een bankgarantie om een beslag te voorkomen zou dus mogelijk kunnen leiden tot vergoeding van schade als de vordering van de wederpartij wordt afgewezen.⁷⁷

Wanneer een bankgarantie wordt gesteld heeft dat als consequentie dat de gevolgen en kosten van het (jarenlang) stellen van die garantie onderdeel uitmaken van te vorderen schade.⁷⁸ Óf deze schade ook daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking komt, is uiteraard een tweede. Deze beoordeling zal langs dezelfde lijnen dienen te lopen als schade als gevolg van het beslag zelf.

Een meer subsidiaire variant van de stelling dat door de garantie geen sprake meer is van beslag en derhalve geen vergoeding is verschuldigd, is het verwijt dat de beslagene betere condities had kunnen krijgen voor die garantie c.q. een vorm van zekerheid had kunnen 'kiezen' die minder schade tot gevolg had gehad. Keirse stelt in dit verband in haar annotatie bij Hof Leeuwarden 9 september 2008⁷⁹ dat het niet aan degene die tekortschietend in de nakoming van zijn verplichtingen is en om een zekerheidstelling heeft gevraagd, om aan te voeren (en om daaraan met

76. Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regels betreffende het conservatoir beslag op zeeschepen, van 10 mei 1952.

77. Een aardig ander aanknopingspunt in dit verband is het art. 729c Rv voor beslag op geregistreerde luchtvaartuigen, waarin in het tweede lid is bepaald dat de beslaglegger ook de schade moet vergoeden wanneer zonder goede grond zekerheid is gesteld om een beslag te voorkomen.

78. Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7461, r.o. 4.8: 'Tegen deze achtergrond is duidelijk dat [geïntimeerde] de bankgarantie moest afgeven om executie van haar woning te voorkomen. De kosten die zij voor de afgifte van de bankgarantie heeft moeten maken (in totaal € 2.492,49), zijn in dit licht bezien te beschouwen als schade die in zodanig verband staat met de gelegde beslagen en verrichte executiehandelingen, dat deze, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de schade, als gevolg van deze handelingen aan [appellante] is toe te rekenen.'

79. Hof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772, JA 2008/167, m.nt. A.L.M. Keirse.

betrekking tot zijn schadevergoedingsplicht consequenties te verbinden), dat de wederpartij dan maar op gunstigere voorwaarden zekerheid had moet stellen om de schade voor de tekortschietende partij beperkt te houden. Vergoeding van rentederving en kosten van de garantie is – in de woorden van Keirse – ‘gewoon’ de prijs voor al die jaren van zekerheid over de verhaalbaarheid van de gepretendeerde vordering. Door het leggen van het beslag wordt in feite zekerheid gevorderd in ruil voor opheffing van het beslag.⁸⁰ Het vorderen van een garantie is de welbewuste keuze van de partij met een gepretendeerde vordering en dient uitsluitend zijn eigen belang.⁸¹

In de praktijk wordt soms in de correspondentie voorafgaand aan het stellen van de bankgarantie expliciet het voorbehoud gemaakt dat later nog beslagschade kan worden gevorderd. Ook als een dergelijk voorbehoud niet is gemaakt moet worden aangenomen dat desalniettemin aanspraak op schadevergoeding kan worden gemaakt.⁸²

Het spiegelbeeld gaat ook op. Het feit dat een bankgarantie eerst na enige tijd wordt gesteld, of achterwege blijft, mag niet worden ‘geframed’ als indicatie dat het beslag kennelijk tijdelijk of in het geheel niet ‘klemde’ en daardoor dus (over een bepaalde periode) geen schade is geleden.⁸³

Daar staat tegenover dat het *niet reageren op een aanbod van de beslaglegger tot het doen stellen van een bankgarantie* in ruil voor opheffing van het beslag niet zonder risico is. Zeker wanneer er een wanverhouding is tussen de (gepretendeerde) schade en de hoogte (en daarmee de kosten) van de bankgarantie, kan dit een zodanige schending van de schadebeperkingsplicht opleveren dat de vergoedingsplicht van de beslaglegger geheel vervalt.⁸⁴

5.2.10 Een latere schadeveroorzakende gebeurtenis

Wanneer er zich een latere gebeurtenis voordoet die, naar aannemelijk is, minstens dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als de eerdere schadeveroorzakende gebeurtenis (het conservatoir beslag), geldt als hoofdregel dat dit niet afdoet aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke persoon (in dit geval de beslaglegger).⁸⁵ Bij deze hoofdregel hoort echter een belangrijke uitzondering, namelijk voor die gevallen waarbij sprake is van voortdurende schade en de latere gebeurtenis voor rekening en risico van de benadeelde komt. Omdat er bij ten onrechte gelegde conservatoire beslagen naar hun aard vaak sprake zal zijn van voortdurende schade heeft deze uitzondering meer dan academische betekenis. Wanneer zich bij voortdurende schade een latere

80. Zie par. 4.7.

81. Aldus Keirse in haar noot bij Hof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772, JA 2008/167. Zie ook par. 4.7.1 en 4.7.2.

82. In deze in Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen. Vergelijk ook par. 4.7.5.

83. Zie Rb. Rotterdam 7 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10059, in het bijzonder r.o. 4.6.

84. Zie in dit verband Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883.

85. Aldus HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (X/DNB en AFM).

gebeurtenis voordoet die minstens dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als het ten onrechte gelegde beslag én deze gebeurtenis voor rekening en risico van de beslagene behoort te komen, is de beslaglegger niet langer aansprakelijk voor die schade.⁸⁶

5.3 Twaalfde knelpunt, de (tweede) causaliteit en toerekening naar redelijkheid

5.3.1 Algemeen

Omdat de algemene regels voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad van toepassing zijn, is een *condicio sine qua non*-verband vereist tussen het beslag en de daardoor ontstane schade.⁸⁷ In de eerste plaats zal dus moeten worden nagegaan of het gelegde beslag, de gebeurtenis, een onmisbare *voorwaarde* voor het ontstaan van de schade van de beslagene is. Vervolgens zal moeten worden beoordeeld of de schade ook aan deze gebeurtenis kan worden *toegerekend*. Doorgaans zal de redelijkerwijs voorzienbare schade die het directe gevolg is van het beslag als schadevergoeding worden toegekend. Naarmate de gevolgen verder zijn verwijderd, zal de toerekenbaarheid afnemen.⁸⁸ Niet ieder gevolg van het beslag kan ten laste van de beslaglegger worden gebracht, conform de toerekening naar redelijkheid op de voet van artikel 6:98 BW.⁸⁹ Volgens vaste rechtspraak dient de vraag of de schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij de aangesprokene als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend, aan de hand van objectieve factoren als de aard van de aansprakelijkheid en van de schade beantwoord te worden.⁹⁰

5.3.2 Aard van de aansprakelijkheid, nauwer causaal verband vereist?

Een principiële vraag is of het karakter van risicoaansprakelijkheid in algemene zin een nauwer causaal verband vereist dan bij andere vormen van aansprakelijkheid. Klaassen beantwoordt deze vraag ontkenkend en betoogt dat er geen goede grond bestaat op basis waarvan bij risicoaansprakelijkheid in algemene zin van

86. Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10098. Hierbij was sprake van door de Ontvanger in 2003 gelegde beslagen voor aanslagen die later werden vernietigd en tot nihil werden bijgesteld. Er was sprake van aanzienlijke (voortdurende) schade als gevolg van de onterechte beslagen. De benadeelde beging vervolgens in 2005 een ernstig misdrijf (ontvoering) en werd daar ook voor veroordeeld, met desastreuze gevolgen voor zijn vermogen tot het verwerven van inkomen en het verkrijgen van bancaire krediet. Het hof oordeelt dat deze gebeurtenis voor rekening en risico van de benadeelde komt en dat deze vanaf het moment van aanhouding tot dezelfde, voortdurende schade zou hebben geleid.

87. Zo ook Hartlief 2009, p. 405.

88. Zie in dit verband HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (*Frieslandhal*) en Lindenberg, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 5, sub c.

89. Art. 6:98 BW: 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

90. Vergelijk bijvoorbeeld HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/4, r.o. 4.1.2.

een beperkte toerekening zou moeten worden uitgegaan.⁹¹ Zij stelt dat met name de strekking en het beschermingsdoel van de aansprakelijkheidsvestigende norm richtinggevend moeten zijn. In dit verband acht zij ook een bepalende factor welke rechtsgrond aan de risicoaansprakelijkheid ten grondslag ligt.

Toegesplitst op de 'risicoaansprakelijkheid' na ten onrechte gelegd beslag meen ik dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat in dit geval een nauw(er) causaal verband is vereist. Deze aansprakelijkheid is door de Hoge Raad expliciet in de sleutel van de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW geplaatst. Nu het gaat om een oneigenlijke risicoaansprakelijkheid is er nog minder reden een nauw(er) causaal verband als vereiste aan te nemen.

Noties die verbonden zijn aan de eigenlijke, in de wet opgenomen risicoaansprakelijkheden⁹² kunnen niet onverkort worden losgelaten op de bijzondere, sui generis risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag – integendeel.⁹³ De wettelijke risicoaansprakelijkheden hebben gemeen dat ze in zekere zin zijn geabstraheerd van het eigen handelen en de wil van de aansprakelijke (rechts)persoon. Er is geen sprake van eigen handelen maar juist aansprakelijkheid voor *handelen van een ander* (minderjarige, ondergeschikte, opdrachtnemer), een zaak (opstal) of een dier. Noties verbonden aan deze wettelijke risicoaansprakelijkheden leiden (ook hier) precies tot het verkeerde spoor. Na een onterecht beslag lijkt dan ook eerder een flauwer⁹⁴ dan een nauwer causaal verband voor de aansprakelijkheid en vergoedingsplicht verdedigbaar.⁹⁵

5.3.3 Proportionele aansprakelijkheid, kansschade

5.3.3.1 Algemeen

Naast de processuele mogelijkheden om de gelaedeerde tegemoet te komen zijn er ook materieelrechtelijke opties. De voor dit onderzoek meest relevante van deze opties is de proportionele aansprakelijkheid.

91. Klaassen 2007, p. 48-49. Het kort nadien gewezen arrest HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (*Frieslandhal*), dat handelt over wettelijke aansprakelijkheid van ouders voor minderjarige kinderen, gaat inderdaad uit van een ruime toerekening van de aansprakelijkheid.

92. Zie hiervoor uitgebreid par. 3.5.

93. Vergelijk bijvoorbeeld de beperkte toerekening bij risicoaansprakelijkheid (aansprakelijkheid opstal), HR 13 juni 1975, NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

94. Zie voor een sprekend voorbeeld van een 'flauw' causaal verband Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4056, Prg. 2019/4, meer in het bijzonder r.o. 5.21: 'Het feit dat eisers zich genoodzaakt zagen de relatieve bescherming van de schuldsaneringsregeling aan te vragen was geen eigen vrije keus, maar werd, zo komt naar voren uit de feiten in deze zaak, ingegeven door de noodsituatie waarin zij waren geraakt. Die noodsituatie vond in wezen haar oorsprong in het onrechtmatig beslag zodat daarmee een voldoende oorzakelijk verband is gegeven tussen dat onrechtmatig beslag en de kosten die eisers in verband met de WSNP hebben moeten maken. De rechtbank zal die kosten, welke niet, althans niet voldoende gemotiveerd zijn betwist, toewijzen met de wettelijke rente als gevorderd.'

95. (Ook) op dit onderdeel is een vergelijking met het Duitse recht interessant. In tegenstelling tot de Nederlandse rechtspraak is in het Duitse recht in literatuur en jurisprudentie uitgebreid aandacht besteed aan causaal verband en redelijke toerekening na onterecht beslag. Zie hierna par. 7.3.11.

Er circuleren verschillende definities van het begrip ‘proportionele aansprakelijkheid’. In navolging van Akkermans en Van Dijk⁹⁶ wordt hier met proportionele aansprakelijkheid uitsluitend het leerstuk bedoeld waarvan gebruik wordt gemaakt bij onzeker causaal verband. Het gaat daarbij om aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.

5.3.3.2 *Fortis/Bourgonje*

In dit verband is het arrest *Fortis/Bourgonje* dat de Hoge Raad in 2010 heeft gewezen relevant.⁹⁷

Bourgonje, een ervaren ondernemer in de IT-sector, heeft een door hem opgericht bedrijf in 1999 verkocht aan Predictive Systems. Predictive Systems heeft een beursnotering aan de NASDAQ. De koopsom wordt door Predictive in aandelen Predictive voldaan. Het grootste deel van deze aandelen (ongeveer 670.000 stuks) mag na de verkoop enige tijd niet worden verkocht (gedurende een zogenoemde ‘lock up’ periode). Na de verkoop sluit Bourgonje een overeenkomst van vermogensbeheer met Fortis, gericht op vermogensgroei op de lange termijn. Op dat moment zijn de aandelen Predictive \$ 40 waard en vertegenwoordigen zij *f* 70 miljoen van de *f* 80 miljoen vermogen bij Fortis in beheer. Aan het einde van de ‘lock up’ periode verkoopt Bourgonje zijn aandelen Predictive, waarvan de waarde op dat moment gehalveerd is tot \$ 20, niet. De aandelen zijn op het moment dat Bourgonje de bank dagvaardt nog steeds niet verkocht en op dat moment ongeveer \$ 1 à 2 waard. De kern van de verwijten die Bourgonje de bank maakt, is dat de bank tekort is geschoten in haar waarschuwingsplicht. Bourgonje stelt dat de bank direct na ommekomst van de ‘lock up’ periode had moeten adviseren de aandelen Predictive te verkopen. Nadat de rechtbank de vordering van Bourgonje heeft afgewezen wijst het hof deze voor 50% toe ‘mede gelet op de in artikel 6:99 en 6:101 BW vervatte uitgangspunten’. De bank gaat in cassatie.

De Hoge Raad vat allereerst de kern van de cassatiemiddelen samen:

‘3.7. (...) Onderdeel 3a betoogt dat het hof heeft miskend dat een noodzakelijke voorwaarde voor toerekening op de voet van art. 6:98 BW is dat *condicio-sine-qua-non*-verband is komen vast te staan tussen de tekortkoming van Fortis en de door Bourgonje geleden schade. Onderdeel 3b voegt hieraan toe dat het hof zijn oordeel kennelijk heeft gebaseerd op de in het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2006, nr. C04/303, LJN AU6092 (Nefalit/Karamus) geformuleerde rechtsregel. Aldus heeft het hof miskend dat deze regel slechts in uitzonderingsgevallen kan worden toegepast waarin het bewijs van causaal verband in het algemeen een probleem is, en niet wanneer sprake is van een bewijsprobleem met betrekking tot het causaal verband dat voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval. Onderdeel 3c ten slotte voert aan dat

96. Akkermans & Van Dijk 2012, p. 158.

97. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

in elk geval de aard van de normschending en de strekking van de geschonden norm waarvan in deze zaak sprake is, niet de toepassing van de rechtsregel van het arrest Nefalit/Karamus rechtvaardigen.’

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

‘3.8. Aan de door de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.’

De overwegingen van het arrest Nefalit/Karamus zijn toegesneden op het zich in die zaak aandienende specifieke geval waarin de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof vaststond, terwijl de geschonden norm naar haar aard ertoe strekte gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen. Hieruit volgt echter niet dat de evenbedoelde rechtsregel in beginsel slechts in een dergelijk geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan het – met inachtneming van de hiervoor bedoelde terughoudendheid – redelijker zijn de onzekerheid over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Daarvoor kan met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.’

Opvallend is dat bij schade na onterecht beslag aan twee van de hiervoor door de Hoge Raad genoemde omstandigheden waarbij op de proportionele aansprakelijkheid kan worden teruggevallen wordt voldaan:

- De aansprakelijkheid van de beslaglegger staat op zichzelf vast.
- Er is een niet zeer kleine kans dat het *condicio sine qua non-verband* tussen de geschonden norm en de door de beslagene geleden schade aanwezig is.

Lastiger wordt het bij de derde en vierde door de Hoge Raad genoemde omstandigheden, die toepassing van de proportionele aansprakelijkheid rechtvaardigen. De vraag is of ‘*de strekking van de geschonden norm*’ en de ‘*aard van de normschending*’ (in alle gevallen van onterecht beslag) toepassing van deze regel rechtvaardigen.

Daarbij verdient vermelding dat de Hoge Raad in zijn overwegingen alvorens de vier omstandigheden op te sommen de frase ‘Daarvoor kan *met name* [curs. GM] aanleiding zijn’ heeft opgenomen. Dat biedt dus ruimte voor toepassing van de omkeringsregel wanneer aan één of meer van de voorwaarden niet is voldaan.

De cassatieprocedure en daarmee de overwegingen van de Hoge Raad bevinden zich in het beoordelingskader van de proportionele aansprakelijkheid. Toch kan hieruit mede worden afgeleid dat de Hoge Raad in beginsel voor de bewijslastverdeling voor de ‘structurele bewijsnood’ geen doorslaggevende rol ziet weggelegd.⁹⁸

5.3.3.3 *De Hoge Raad en proportionele aansprakelijkheid, vervolg*

In twee latere arresten, *Nationale Nederlanden/zoon en moeder*⁹⁹ en *Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*,¹⁰⁰ beide gewezen in december 2012, heeft de Hoge Raad de strekking en het bereik van de proportionele aansprakelijkheid nader ingekleurd. In beide arresten ging het om de vraag of de gevorderde schade wel was veroorzaakt door de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid was gegrond.

Voor zover hier relevant bestond de precisering in het arrest *Nationale Nederlanden/zoon en moeder* uit de overweging dat toepassing van een proportionele aansprakelijkheid zich niet verdraagt met een billijkheidscorrectie ten gunste van de gedupeerde (en derhalve een verhoging van de op basis van de veroorzakingswaarschijnlijkheid bepaalde omvang van de aansprakelijkheid). Wel is denkbaar dat de rechter op basis van een billijkheidscorrectie ‘onder specifieke omstandigheden’, met gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 6:101 lid 1 BW, komt tot een *vermindering* van de proportionele vergoedingsplicht op grond van ‘eigen schuld’.¹⁰¹ Er moet dan sprake zijn van causale omstandigheden aan de zijde van de beslagene die niet reeds verdisconteerd konden worden in de ‘eerste ronde’ van het vaststellen van het percentage van de proportionele aansprakelijkheid naar veroorzakingswaarschijnlijkheid. Dit impliceert dat in beginsel enkel omstandigheden aan de zijde van de beslagene die *aan het beslag zelf* hebben bijgedragen bij een billijkheidscorrectie, na het vaststellen van de percentages van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, mogen worden betrokken. Omstandigheden die *de omvang van de schade* betreffen en de beslagene kunnen worden aangerekend, blijven dus buiten beschouwing.

De Hoge Raad neemt in dit arrest voorts de gelegenheid te baat de in het arrest *Nefalit/Karamus*¹⁰² geïntroduceerde proportionele aansprakelijkheid nader te preciseren. Deze regel

98. Aldus ook Giesen 2014, p. 337-338.

99. HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh onder NJ 2013/237 (*Nationale Nederlanden/zoon en moeder*).

100. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*).

101. Klaassen 2013, p. 122.

102. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

‘5.3. (...) moet aldus begrepen worden dat in de daar bedoelde gevallen een proportionele (dus een gedeeltelijke) aansprakelijkheid aangenomen mag worden, hetgeen wil zeggen dat de rechter de aansprakelijk gestelde persoon kan veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.’

In het arrest *Deloitte Belastingadviseurs/H en H&H Beheer*¹⁰³ geeft de Hoge Raad uitsluitel over de verhouding tussen de rechtsregel van de *proportionele aansprakelijkheid* en dat van de *kansschade*. In de kern komt dat onderscheid erop neer dat proportionele aansprakelijkheid een optie kan zijn als op zichzelf vaststaat of moet worden vastgesteld dat er sprake is van schade, maar onzeker is of de oorzaak daarvan gelegen is in de normschending. Daar staat de leer van de kansschade tegenover die een oplossing kan bieden als onzeker is óf er wel sprake is van schade, omdat arbitrair is of zonder de normovertreding de feitelijke situatie anders zou zijn geweest.¹⁰⁴ Die laatste optie is voor de beslagene (ook) relevant. Veelal is mede door het grote tijdsverloop discutabel of de feitelijke situatie (in de hypothetische schadevergelijking) wel verschilt van de hypothetische.

Dit dogmatische onderscheid neemt niet weg dat beide wegen in hoge mate uitwisselbaar zijn¹⁰⁵ en het veel meer van (processuele) keuzes van de gelaedeerde zal afhangen in welk kader de beoordeling van de relevante feiten uiteindelijk zal plaatsvinden.

5.3.3.4 *Jurisprudentie proportionele aansprakelijkheid na onrechtmatig beslag*

De Rechtbank Den Haag heeft kort na deze arresten van de Hoge Raad het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid expliciet toegepast in een schadevergoedingsprocedure na onrechtmatig executoriaal beslag.¹⁰⁶

Snoeks was sinds 4 juni 2003 houdster van een Europees octrooi met de titel ‘vehicle rear seat’ voor (onder meer) de Nederlandse markt. Het octrooi zag op een inbouwkit voor gordelframes als onderdeel van een inbouwproduct voor het vervaardigen van achterbanken in bedrijfsauto’s. Pewe had in 2002 een gordelframe ontwikkeld voor dubbelcabines waarin veiligheidsgordels gemonteerd konden worden. Pewe had in 2003 exclusieve distributieovereenkomsten gesloten met ABK en Transcare. Pewe leverde gordelframes, ABK en Transcare voegden kunststofdelen toe en leverden de gordelcabines aan inbouwbedrijven. Tussen Snoeks enerzijds en ABK, Transcare en Pewe anderzijds ontstond een conflict over een mogelijke inbreuk op het octrooi van Snoeks. Volgens Snoeks was het gordelframe van Pewe een vrijwel volledige kopie van Snoeks’ gordelconstructie. Bij vonnis van 3 oktober 2003 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag Pewe verboden inbreuk op dit octrooi te maken. Dit vonnis is bekrachtigd bij arrest van het Hof Den Haag van

103. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*).

104. Klaassen 2013, p. 126-127.

105. Klaassen 2013, p. 127 en Akkermans & Van Dijk 2012, p. 159.

106. Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693, IER 2015/6, m.nt. J.C.S. Pinckaers.

9 december 2004. Snoeks heeft deze uitspraken jegens Pewe (en twee andere partijen: ABK en Transcare) ten uitvoer gelegd. In de daaropvolgende bodemprocedure tegen Pewe, ABK en Transcare heeft de Rechtbank Den Haag echter bij vonnis van 1 juni 2005 de vorderingen van Snoeks in conventie afgewezen en in reconventie het Nederlandse deel van het Europees octrooi van Snoeks vernietigd, wegens gebrek aan inventiviteit. Snoeks werd veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens onrechtmatige executie. Pewe was reeds voor het wijzen van dit vonnis, op 31 december 2004, failliet verklaard. De curator van Pewe heeft de vordering op Snoeks tot betaling van schadevergoeding in 2010 gecedeerd aan twee ondernemingen, die deze vordering vervolgens in 2012 hebben gecedeerd aan Veap.¹⁰⁷

Veap stelt in de schadevergoedingsprocedure dat de onrechtmatige executie door Snoeks heeft geleid tot het faillissement van Pewe en daarmee tot schade. Deze schade bestaat uit gedeelde winst in de periode ná het faillissement van 31 december 2004. Veap suggereert daarmee dat het causaal verband – in de zin van *condicio sine qua non*-verband – tussen die executiemaatregelen en de gestelde schade daarmee reeds vaststaat. Snoeks betwist dit *condicio sine qua non*-verband en voert (kort gezegd) aan dat de overlevingskansen van Pewe, gelet op haar financiële situatie en bedrijfsvoering, ook zonder de onrechtmatige executie nihil waren. Snoeks verbindt daaraan de conclusie dat Pewe zich hoe dan ook geen positie op de markt voor gordelcabines had kunnen verwerven.

De rechtbank overweegt:

‘4.15. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval de leer van de proportionele benadering uitkomst biedt (zie Hoge Raad 31 maart 2006, LJN AU6092, NJ 2011/250, Nefalit/C. en 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251, *Fortis/B.*). Immers er bestaat onzekerheid over het bewijs van het oorzakelijk verband, omdat de schade bestaande uit de gedeelde winst ná de datum van het faillissement kan zijn veroorzaakt (i) hetzij door de executiemaatregelen van Snoeks, (ii) hetzij door een voor risico van Pewe komende omstandigheid, namelijk de reeds bestaande slechte financiële situatie, (iii) hetzij door een combinatie van oorzaken.

4.16. Niet valt uit te sluiten dat de onrechtmatige executie door Snoeks een belangrijke oorzaak van het faillissement van Pewe is geweest. (...) Anderzijds was de financiële positie van Pewe van het begin af aan zwak en werd ook in 2002 bij lange na geen winst gemaakt. Om die reden is ook niet uit te sluiten dat zonder de handhaving door Snoeks van haar octrooi Pewe eveneens failliet zou zijn gegaan. (...) Vast staat dat de solvabiliteit van Pewe er ultimo 2002 niet rooskleurig voor stond. Het eigen vermogen van Pewe was ultimo 2002 € 296.000 negatief (...). Veap heeft echter voldoende onderbouwd dat de liquiditeitspositie van Pewe (net) voldoende aan de maat was om wellicht te kunnen overleven. (...). Voor

107. Deze dubbele overdracht is een mooie illustratie van het gegeven dat vorderingen wegens schade als gevolg van onrecht beslag, die vaak een lange adem vergen en diffuse proceskansen kennen, zich in de praktijk in bepaalde gevallen lenen voor ‘litigation funding’ en/of ‘debt trading’. Zie in dit verband par. 3.12.1.

wat betreft de vooruitzichten, overweegt de rechtbank dat Veap voldoende heeft onderbouwd dat niet valt uit te sluiten dat zij op basis van de bestaande financiële positie de mogelijkheden had kunnen benutten om gordelframes op de markt te brengen.

4.17. De rechtbank schat de waarschijnlijkheid dat Pewe ook zonder onrechtmatige executiemaatregelen van Snoeks failliet was gegaan in op 50%, zodat de schade die voor rekening van Pewe blijft, proportioneel is aan de waarschijnlijkheid dat die schade is veroorzaakt door aan Pewe zelf toe te rekenen omstandigheden. Volgens vaste rechtspraak moet het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid terughoudend worden toegepast. De rechtbank is van oordeel dat in dit concrete geval de toepassing gerechtvaardigd is, gelet op het feit dat Snoeks haar octrooi heeft gehandhaafd en executiemaatregelen heeft genomen op basis van een in kort geding in stand gebleven octrooi dat in een latere bodemprocedure is vernietigd, waardoor de productiemogelijkheden van Pewe voor een bepaalde periode volledig zijn komen stil te liggen, terwijl de door Pewe gevorderde schade in dit verband bestaat uit gedeelde winst.'

In dit verband is opnieuw de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 10 februari 2009 een nadere beschouwing waard.¹⁰⁸

De aanleiding voor dit arrest is een geschil over de (niet-)nakoming van een koopovereenkomst betreffende landbouwgrond. Koper Vriesbouw BV (Vriesbouw) is haar verplichtingen uit de overeenkomst volgens de verkoper (Verkoper) niet nagekomen. Vervolgens heeft Verkoper zich beroepen op een in de overeenkomst opgenomen boeteclausule en een boetebedrag van ongeveer € 400.000 gevorderd van Vriesbouw. Voor deze vordering heeft Verkoper conservatoir beslag gelegd op de bankrekeningen van Vriesbouw, waarna Vriesbouw op 24 december 2002 door de voorzieningenrechter is veroordeeld om het boetebedrag te voldoen. Dit vonnis was uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het beslag en het vonnis vormden aanleiding voor een gesprek tussen Vriesbouw en haar huisbankier, dat op 3 januari 2003 heeft plaatsgevonden. Hierbij heeft de bank duidelijk gemaakt dat de gegeven situatie aanleiding zou kunnen zijn voor opzegging van de kredietfaciliteit. Op 10 januari 2003 heeft Vriesbouw haar activa overgedragen aan Zegeltet BV (Zegeltet). Zegeltet heeft de activiteiten van Vriesbouw voortgezet. Vervolgens heeft Verkoper op 13 januari 2003 executoriaal beslag gelegd op de bankrekeningen van Vriesbouw, waarna op 14 januari 2003 de bank inderdaad het krediet van Vriesbouw heeft opgezegd. Op 20 januari 2003 heeft Vriesbouw spoedappel ingesteld tegen het vonnis van de voorzieningenrechter. Lopende deze procedure, op 1 april 2003, is zij failliet verklaard. Op 16 april 2003 is het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 december 2002 door het hof vernietigd. De gronden voor vernietiging van het vonnis bestonden eruit dat de vordering van Verkoper onvoldoende vaststond

108. Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls. Naast de causaliteits- en toerekeningsvragen speelt in deze casus ook het element dat uiteindelijk geen, althans geen volledige, inhoudelijke beoordeling van de vordering van de beslaglegger heeft plaatsgevonden. Dat element is aan de orde gekomen in de bespreking van deze uitspraak in par. 3.7.6.

en het spoedeisend belang van Verkoper niet aannemelijk was geworden. De curator in het faillissement van Vriesbouw heeft de bestuurders van Vriesbouw aangesproken vanwege de activatransactie met Zegeltet die de curator als paulianeus beschouwde. De curator heeft met de bestuurders een schikking getroffen. Daarnaast heeft de curator een aansprakelijkheidsprocedure tegen Verkoper ingesteld vanwege het leggen van onrechtmatig beslag c.q. onrechtmatige executie. Volgens de curator is hierdoor het faillissement van Vriesbouw veroorzaakt en hij stelt Verkoper aansprakelijk voor de daardoor door Vriesbouw en haar crediteuren geleden schade (kort gezegd het faillissementstekort).

Wanneer de zaak aan het hof wordt voorgelegd oordeelt het allereerst dat Verkoper onrechtmatig jegens Vriesbouw heeft gehandeld. De executoriale titel op grond waarvan Verkoper executoriaal beslag had gelegd is vernietigd en dit betekent dat het beslag zonder rechtsgrond is gelegd. Hetzelfde geldt voor het eerder gelegde conservatoire beslag.

Het hof overweegt vervolgens:

‘14. (...) De door de curator in deze procedure gevorderde schade bestaat (uitsluitend) uit schade die is geleden door het faillissement van Vriesbouw. Dit betekent dat het erom gaat of het faillissement van Vriesbouw is aan te merken als een in redelijkheid toe te rekenen gevolg van het onrechtmatig handelen van [appellant], dat wil zeggen aan de onterechte beslagleggingen. Hierbij kan tot uitgangspunt worden genomen dat er op zich zelf een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de onrechtmatige beslagleggingen en het faillissement; zonder de onrechtmatige beslagleggingen zou er niet een keten van causale gebeurtenissen zijn ontstaan, die uiteindelijk is uitmond in het faillissement van Vriesbouw en de daardoor ontstane schade.

15. De vraag is echter wat in deze causale keten de betekenis is van de overdracht van activa door Vriesbouw aan Zegeltet BV. Het hof overweegt hierbij dat het in r.o. 13 weergegeven betoog van [appellant], net als de curator, opvat als een beroep op eigen schuld aan de zijde van Vriesbouw.’

Daarna gaat het hof nader in op de gang van zaken tijdens en na het gesprek met de bank en trekt hieruit de conclusie dat de doorslaggevende reden voor de kredietopzegging door de bank de voorgenomen overdracht van activa door Vriesbouw (en daarmee de feitelijke bedrijfsbeëindiging) was.

‘17. (...) Daarmee is (...) in voldoende mate komen vast te staan dat het faillissement van Vriesbouw als gevolg van het beëindigen van de kredietfaciliteit, niet los te zien is van de activa-overdracht door Vriesbouw.

Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat de overdracht van activa door Vriesbouw aan Zegeltet BV niet buiten beschouwing kan blijven bij de vraag wat als oorzaak van het faillissement van Vriesbouw en de daardoor geleden schade moet worden aangemerkt. Hierbij is dan

van belang dat tussen partijen vaststaat dat de genoemde overdracht als paulianeus en dus als onrechtmatig handelen van Vriesbouw is aan te merken, waarvoor haar bestuurders ook aansprakelijk zijn gesteld door de curator.

Naar 's hofs oordeel ligt hierin besloten dat de bewuste handeling van Vriesbouw – overdracht van de activa – moet worden aangemerkt als eigen schuld van Vriesbouw. Immers, sprake is van een normschendend handelen dat toerekenbaar is aan Vriesbouw, terwijl tevens sprake is van een voldoende causaal verband tussen dit handelen en de ingetreden schade (het faillissement en de daaruit voortvloeiende schade).’

Zoals annotator Pijs terecht in zijn noot onder dit arrest sub 6 opmerkt heeft het onrechtmatig handelen van Vriesbouw geen betrekking op Verkoper. De gevolgen van het paulianeus handelen (van de bestuurders) treffen niet Verkoper maar de gezamenlijke schuldeisers van Vriesbouw. Dat neemt niet weg dat deze omstandigheid haar rol in de beoordeling van eigen schuld en causaliteit kan vervullen.

Vervolgens overweegt het hof:

‘19. De vraag is dan in welke mate de verschillende onrechtmatige handelingen – enerzijds de onrechtmatige beslagleggingen door [Verkoper] en anderzijds de onrechtmatige activaoverdracht door Vriesbouw – tot de schade hebben bijgedragen (de wederzijdse causaliteit).

Naar 's hofs oordeel dient deze verhouding op 1/3 – 2/3 te worden gesteld, in die zin dat 1/3 deel van de schade is toe te rekenen aan het onrechtmatig handelen van [Verkoper] en 2/3 deel aan het onrechtmatig handelen van Vriesbouw.’

Maar vervolgens past het hof een billijkheidscorrectie toe:

‘19. (...) Het hof overweegt hierbij dat (...) het handelen van Vriesbouw in een veel directer verband staat met het ontstaan van de schade (het faillissement) dan het daaraan voorafgaande onrechtmatige handelen van [Verkoper].

20. Vervolgens is aan de orde of er aanleiding is om op grond van de billijkheid tot een andere verdeling van de schade te komen. Naar 's hofs oordeel is dat het geval; naar 's hofs oordeel dient de gehele schade voor rekening van Vriesbouw te blijven. Het hof acht daartoe van belang dat de aansprakelijkheid van [Verkoper] voor de onrechtmatige beslagleggingen berust op een risicoaansprakelijkheid, terwijl het onrechtmatig handelen van Vriesbouw als een bewuste normschending moet worden aangemerkt. Deze laatste normschending dient daarom zwaarder te wegen.’

Hoewel de toepassing en de uitkomst van de billijkheidscorrectie, gelet op de feiten in deze casus, billijk voorkomen, kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de motivering ervan. Het hof lijkt het karakter van de risicoaansprakelijkheid na onterecht beslag te miskennen, door deze aansprakelijkheid impliciet met de in het

wetboek opgenomen vormen van risicoaansprakelijkheid gelijk te stellen. De eigenaar van een opstal of de ouder van een kind kan zonder enig eigen handelen of afweging aansprakelijk zijn. Dat vloeit voort uit de kenmerken van deze wettelijke risicoaansprakelijkheid. In dergelijke gevallen bestaat inderdaad een relevant onderscheid tussen de aansprakelijkheid die hen als het ware toevalt en een bewuste handeling als het aangaan van een paulianeuze transactie. De 'risicoaansprakelijkheid' na een onterecht beslag is echter, zoals eerder betoogd, van een geheel andere orde dan de wettelijke risicoaansprakelijkheden. Aan deze aansprakelijkheid ligt een bewuste keuze van de beslaglegger ten grondslag die willens en wetens, met het risico dat zijn vordering wordt afgewezen en hij daarmee onrechtmatig handelt, het beslag legt.¹⁰⁹ Zo bezien staan de twee normschendingen (Pauliana en onrechtmatig beslag) juist in een veel nauwere relatie tot elkaar dan dat zij, zoals het hof in zijn overwegingen doet, in ernst van elkaar zijn te onderscheiden. Daarmee zijn belangrijke nuances te plaatsen bij het wezenlijke onderscheid in normschending dat het hof als rechtvaardiging voor de billijkheidscorrectie aanvoert. Het benadrukken van dit onderscheid lijkt ook niet noodzakelijk om de correctie te motiveren. Daarnaast speelt een rol, zoals hiervoor besproken, dat de twee handelingen niet recht tegenover elkaar staan nu die van Verkoper is gericht tegen Vriesbouw en die van (de bestuurders van) Vriesbouw tegen de gezamenlijke crediteuren van de vennootschap.

Het hof besluit met de volgende overweging:

'20. (...) Voorts overweegt het hof, zoals hiervoor ook reeds is overwogen, dat niet vaststaat dat indien het onrechtmatig handelen van Vriesbouw achterwege was gebleven, de schade ook zou zijn veroorzaakt. Met andere woorden: niet uit te sluiten is dat indien Vriesbouw op andere wijze had gehandeld dan door haar activa over te dragen, het faillissement achterwege was gebleven en de schade mogelijk in het geheel niet was ingetreden. Het hof merkt bij dit laatste op dat de door de curator gevorderde schade uitsluitend is geplaatst in de sleutel van het faillissement van Vriesbouw.'

Pijls vraagt zich, onder 7 en 8 van zijn noot, af of het hof hier niet met één pennensreek het eigenschuldoordeel onderuithaalt. Een vereiste voor een succesvol beroep op eigen schuld is namelijk dat de door de benadeelde geleden schade in causaal verband staat met de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid (art. 6:101 lid 1 BW aanhef).¹¹⁰ De vraag is ook of de handelingen van Vriesbouw wel in deze sleutel moesten worden gezet, nu deze ook via de causaliteit hun rol hadden kunnen spelen. Met evenveel of wellicht meer recht had ook de oplossing kunnen worden gekozen dat door de paulianeuze transactie het causaal verband van de onrechtmatige daad en haar gevolgen voor Verkoper als hiervoor aan te spreken partij was doorbroken. Zoals Pijls het formuleert, is de redenering dan dat, in het verloop van de gebeurtenissen die het faillissement hebben doen intreden, het gewicht van de aan Vriesbouw toe te rekenen omstandigheden zozeer prevaleert boven de bijdrage

109. Vergelijk opnieuw de 'non-reciprocal risk taking' zoals bedoeld door Fletcher 1972, p. 541.

110. Zie verder over 'eigen schuld' par. 5.2.9.

van Verkoper, dat de aan Vriesbouw toe te rekenen omstandigheden als enige rechtens relevante oorzaak van de schade hebben te gelden.¹¹¹ Binnen deze oplossing is Verkoper jegens Vriesbouw in het geheel niet aansprakelijk en is eigen schuld als zodanig niet (meer) aan de orde. Had het hof voor een dergelijke redenering gekozen, dan had het enerzijds dezelfde uitkomst bereikt, namelijk dat de schade volledig voor rekening van Vriesbouw komt, en dan was het anderzijds, zoals Pijls opmerkt, waarschijnlijk niet verstrikt geraakt in de motivering van het eigenschuld-doordeel.

5.4 Dertiende knelpunt, de bewijslast

5.4.1 Algemeen

De hoofdregel van de bewijslastverdeling staat in de eerste zinsnede van artikel 150 Rv en luidt als volgt:

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten.’

In het slot van het artikel staat vervolgens de uitzondering:

‘tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’¹¹²

De wettelijke uitzonderingen hebben voor dit onderzoek geen praktische betekenis.¹¹³ Dat geldt niet voor uitzonderingen die op de redelijkheid en billijkheid zijn gebaseerd, die in de jurisprudentie van de Hoge Raad gestalte hebben gekregen.

Vaak bestaat een lang tijdsverloop tussen het schadeveroorzakende feit – het beslag – en het tijdstip waarop de toerekening en omvang van de schade als gevolg van onterecht gelegd beslag in rechte kunnen worden bepaald. Veelal zal er dan – zeker bij ondernemingen – sprake zijn van een reeks op en tegen elkaar in werkende omstandigheden en gebeurtenissen, waarbij het de vraag is welke voor rekening van de beslaglegger dienen te komen en of dan nog ‘voldoende’ causaal verband overblijft om aan het vereiste van *condicio sine qua non* te voldoen.¹¹⁴

111. Annotatie sub 8, vergelijk ook de aldaar door Pijls aangehaalde arresten.

112. Zie voor een voorbeeld waarbij na een onterecht beslag (vergeefs) een beroep op de redelijkheid en billijkheid ex art. 150 Rv werd gedaan Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10098. Zie met name r.o. 5.6 van dit arrest: ‘Bovendien ziet het hof in de omstandigheid dat aan de zijde van [appellant1] c.s. mogelijk sprake is van bewijsnood geen reden om van de hoofdregel van art. 150 Rv af te wijken. Voor toepassing van de omkeringsregel of een (andere) uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv zoals door [appellant1] c.s. voorgestaan, bestaat in het onderhavige geval ook overigens geen aanleiding.’

113. Zie Beenders, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv, aant. 3b en de aldaar genoemde voorbeelden.

114. Vergelijk Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148 met kritische noot van A.C.W. Pijls. Als vermeld zijn in de praktijk deze vragen lastig te onderscheiden van de vraag of er sprake is van eigen schuld van de beslagene ex art. 6:101 BW. Zie voor besprekingen van dit arrest par. 3.7.6 en 5.3.3.4.

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de betekenis is van de aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger voor de bewijsposities van partijen.

5.4.2 Toepassing van de omkeringsregel en aannemen van *condicio sine qua non-verband*?

In algemene zin is toerekening van schade mede afhankelijk van de aard van de gedraging en de daardoor geschonden normen.¹¹⁵ Schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen, kan consequenties hebben voor (de (bewijsrechtelijke posities voor) het bepalen of causaal verband bestaat. Vanuit de gedachte dat wanneer een norm wordt overtreden die bescherming beoogt te bieden aan een bepaald gevaar, is het doorgaans redelijk de gevolgen daarvan toe te rekenen als het gevaar zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt.¹¹⁶

Onzekerheid over het causale verband tussen schade en het onterechte beslag kan voor de beslagene nadelig uitvallen, omdat op hem in beginsel de bewijslast voor het bestaan van dat causale verband rust. Voor dergelijke bewijsproblemen bestaan er processuele instrumenten om de gelaedeerde tegemoet te komen.

Een interessante vraag in dit verband is of de beslagene in voorkomend geval *een beroep zou kunnen doen* op de door de Hoge Raad in een aantal arresten geformuleerde ‘omkeringsregel’. Deze regel houdt in dat, als door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.¹¹⁷ Bij toepassing van deze regel zou het derhalve na een onterecht beslag op de weg van de beslaglegger komen te liggen om aan te tonen dat bepaalde schadecomponenten *niet* het gevolg zijn van het door hem gelegde beslag.

Een andere mogelijkheid is dat het *condicio sine qua non-verband* door de rechter wordt *aangenomen*. In de praktijk zijn beide routes dogmatisch lastig in te kaderen en komen de relevante beoordelingscriteria om toepassing ervan mogelijk te maken vrijwel naadloos overeen. Zo is, zowel voor toepassing van de omkeringsregel als voor het aannemen van het *condicio sine qua non-verband*, het nauwe verband tussen de geschonden norm en het risico dat zich heeft gerealiseerd het maatgevende criterium.¹¹⁸ In de volgende paragrafen zullen dan ook beide routes in onderlinge samenhang worden besproken.

115. HR 25 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4558, NJ 1984/629, m.nt. C.J.H. Brunner.

116. Zie Lindenbergh, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:98 BW, aant. 5, sub c en HR 13 januari 1995, NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*).

117. Vergelijk HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 (*Dicky Trading II*) en HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Monnik Motors BV*) en HR 18 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, JA 2013/108, m.nt. J. den Hoed (*Lansink/Ritsma*).

118. Akkermans & Van Dijk 2012, p. 169 en 172.

5.4.3 Kramer/ABN AMRO

In het arrest *Kramer/ABN AMRO*¹¹⁹ uit 1998 komt (een voorloper van) de omkeringsregel aan de orde na een onterecht gelegd beslag.

Melkveehouder Kramer had een geschil met zijn huisbankier ABN (later: ABN-AMRO). In 1981 heeft de bank Kramer gedagvaard voor de Rechtbank Leeuwarden en veroordeling van Kramer gevorderd tot betaling van ongeveer f 150.000 aan de bank en vanwaarverklaring van de door de bank gelegde conservatoire beslagen. Deze beslagen hadden onder meer betrekking op koeien en melkgelden van Kramer. Kramer heeft tegen de vorderingen van de bank verweer gevoerd en zijnerzijds in reconventie gevorderd dat de bank zou worden veroordeeld om aan Kramer alle door hem als gevolg van onrechtmatig handelen van de bank (lees: het leggen van de beslagen) geleden schade te vergoeden. Kramer voldoet de (hoofd)vordering van de bank gedurende de procedure. De rechtbank heeft de reconventionele vordering van Kramer in 1984 afgewezen. Op het door Kramer tegen dat vonnis ingestelde hoger beroep heeft het Hof Leeuwarden bij arrest van 3 februari 1988 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de bank veroordeeld om aan Kramer de door hem ten gevolge van de door de bank gelegde beslagen geleden en nog te lijden schade te vergoeden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, zulks in een voor het hof te voeren procedure. Het door de bank tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep wordt door de Hoge Raad in 1989 verworpen.¹²⁰

Kramer vordert vervolgens in de schadestaatprocedure dat de bank zal worden veroordeeld om de door hem geleden schade te betalen. In 1996 wordt deze vordering door het hof afgewezen. Kramer gaat vervolgens in cassatie. In deze paragraaf¹²¹ is met name het door Kramer ingestelde cassatiemiddel relevant, dat in de kern behelst dat voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding na onterecht gelegd beslag voldoende is dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen kan worden afgeleid dat schade is geleden.

Advocaat-generaal Bakels¹²² bespreekt in zijn conclusie voor dit arrest de op dat moment bij verkeers- en arbeidsongevallen in de rechtspraak ontwikkelde regel dat, indien de gedraging onrechtmatig is omdat daardoor het gevaar voor ongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval heeft verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en het ongeval in beginsel gegeven is.¹²³ Bakels betoogt in zijn conclusie dat deze rechtspraak,

119. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2682, NJ 1998/778 (*Kramer/ABN AMRO*).

120. De procedure is illustratief voor de lange adem die een beslagene moet hebben. Pas na acht jaar kan Kramer daadwerkelijk trachten zijn vordering tot vergoeding van schade geldend te maken. Hier heeft Kramer nog het voordeel dat hij zijn vordering tot vergoeding van schade door de beslaglegger in reconventie had ingesteld zodat na acht jaar wel direct verwijzing naar de schadestaatprocedure plaatsvindt. Desondanks duurt het al bij al ongeveer zeventien jaar (gerekend vanaf de beslagleggingen) voordat Kramer duidelijkheid krijgt over zijn schadevergoeding (namelijk dat zijn vordering wordt afgewezen).

121. Het arrest komt hierna nog in ander verband aan de orde in par. 5.6.15.

122. Conclusie sub 2.49.

123. Hartlief 2009, p. 409 die in dit verband verwijst naar HR 16 november 1990, NJ 1991/55 (*Rebecca Visser*). Hij merkt ook op dat het arrest *Dicky Trading II* (HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 (*Dicky Trading II*)) weliswaar al was gewezen maar de daarin neergelegde lijnen pas later op hun waarde zijn geschat en tot ontwikkeling zijn gekomen.

waarop Kramer zich in cassatie beroept, specifiek is toegesneden op de aard van de betreffende normen, te weten veiligheidsnormen. De aard van die normen (en de schending daarvan) rechtvaardigt het aannemen van causaal verband tussen schade en gedraging, behoudens tegenbewijs door de dader. Nu in het gegeven geval geen sprake is van een met dergelijke normen vergelijkbare norm gaat volgens Bakels deze regel niet op en komt hij tot de conclusie dat het middel faalt.

De Hoge Raad gooit het over een iets andere boeg maar komt per saldo tot dezelfde conclusie. De belangrijkste overweging daarbij luidt:

‘3.10. Onderdeel 7.4 stelt (...) dat voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding, zoals die van Kramer, voldoende is dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid.

Het onderdeel faalt reeds omdat het miskent dat, ook indien kan worden aangenomen dat onrechtmatige beslaglegging in het algemeen schade veroorzaakt, dit niet betekent dat een onrechtmatige beslaglegging *in het algemeen* [curs. GM] leidt tot een reeks gebeurtenissen en ontwikkelingen, uiteindelijk resulterend in staking van het bedrijf, als door Kramer aan zijn schadeberekening ten grondslag gelegd.’

Eerst na dit arrest is de jurisprudentie van de Hoge Raad over aanneming van *condicio sine qua non*-verband en omkering van de bewijslast tot volle wasdom gekomen. De relevantie van die jurisprudentie buiten de context van onrechtmatig beslag voor de posities van beslaglegger en beslagene zal hierna worden besproken.

5.4.4 Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger

Allereerst komt het arrest *Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger*¹²⁴ aan de orde. Dit is het enige arrest van de Hoge Raad dat — zij het helaas met toepassing van artikel 81 Wet RO — rechtstreeks de toepassing van de omkeringsregel binnen het domein van het onterecht gelegd beslag bestrijkt.

De curatoren Bouma en Lemstra en de Ontvanger c.s. (hierna: de curatoren c.s.) hadden in 1993 ten laste van Miniplankantoren c.s. conservatoir derdenbeslag gelegd onder Timmer- en Metselbedrijf A (hierna: A) op de door A aan Miniplankantoren verschuldigde huurpenningen. De curatoren c.s. hadden vervolgens tegen Miniplankantoren een vordering ingesteld.

De kantonrechter te Rotterdam heeft vervolgens in 1995 de huurovereenkomst tussen A en (o.a.) B, rechtsoptvolgster van Miniplankantoren ontbonden en A veroordeeld tot betaling van achterstallige huurpenningen aan B. A is vervolgens op 10 oktober 1995 failliet gegaan. Bij vonnis van de Rechtbank Den Haag van 3 februari 1999 is de vordering van de curatoren c.s. tegen (rechtsoptvolgers van) Miniplan afgewezen. Dit vonnis is bij arrest van 20 juli 2000 door het Hof Den Haag bevestigd. Tegen dat arrest is geen beroep in cassatie ingesteld. Vervolgens heeft B

124. HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2637, RvdW 2006/424 (*Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger*).

de curatoren c.s. gedagvaard en daarbij – kort samengevat – betoogd dat door de uitspraak van het Hof Den Haag is komen vast te staan dat het eerder door de curatoren c.s. gelegde beslag ten onrechte is gelegd. Daaruit volgt dat de curatoren c.s. gehouden zijn om aan B de schade als gevolg van de beslaglegging te vergoeden, waaronder – en met name deze component speelt in cassatie een belangrijke rol – een bedrag bestaande uit als gevolg van het beslag niet bij A geïnde huurpenningen, die na het faillissement van A niet meer inbaar bleken. Bij vonnis van 3 juli 2002 heeft de rechtbank de curatoren c.s. onder meer veroordeeld tot betaling van een bedrag van ongeveer € 60.000 aan B. Het meer of anders gevorderde, waaronder met name de vordering met betrekking tot de niet bij A geïnde huurpenningen van ongeveer f 50.000, wees de rechtbank af. Ten aanzien van deze in cassatie ter discussie staande vordering (de niet geïnde huurpenningen) overwoog de rechtbank:

‘3.6. De curatoren c.s. voeren voorts subsidiair als verweer aan dat [eiseres] geen vordering heeft ter zake van niet geïnde huurpenningen van [A]. Zij stellen dat die niet-betaling in het geheel niets te maken had met de beslaglegging door de curatoren c.s. en dat [A] voor dat beslag reeds was opgehouden te betalen.

3.7. Dit verweer slaagt. Uit hetgeen [eiseres] hiertegen aanvoert blijkt niet dat het niet betalen van de huur door [A] is veroorzaakt door een door de curatoren c.s. gelegd beslag. Wel blijkt uit de overgelegde stukken dat de curatoren aan [A] in verband met het faillissement van Juno Properties V B.V. hebben verzocht de huurpenningen onder zich te houden en dat deze die huurpenningen toen voor andere doeleinden heeft besteed. [Eiseres] heeft een causaal verband tussen enig beslag en de niet-betaling door [A] niet voldoende onderbouwd. Ook overigens is niets gesteld of gebleken waaruit de rechtbank kan afleiden dat de curatoren c.s. hierbij onrechtmatig hebben gehandeld. Het ongespecificeerde bewijsaanbod van [eiseres] zal de rechtbank als te vaag passeren. Dit onderdeel van de vordering van [eiseres] ligt derhalve voor afwijzing gereed.’

Het Hof Den Haag heeft vervolgens het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof daartoe overwogen:

‘5. De grieven I en II richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [eiseres] het door haar gestelde causale verband tussen de door [eiseres] geleden schade en het door de curatoren c.s. gelegde derdenbeslag onvoldoende heeft onderbouwd. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6. Tussen partijen is in confesso dat het door de curatoren c.s. ten laste van [eiseres] onder [A] gelegde conservatoir derdenbeslag onterecht is gelegd en dat de curatoren c.s. daarom in beginsel de door [eiseres] ten gevolge van die beslagen geleden schade dienen te vergoeden.

7. (...) De curatoren c.s. stellen zich op het standpunt dat de schade ten gevolge van de niet-betaling van de huurpenningen niet een gevolg is van of niet toe te rekenen is aan enig handelen van de curatoren. Het hof onderschrijft dit standpunt, nu in deze procedure immers onvoldoende is gesteld om aannemelijk te maken dat [A] de huurpenningen zonder het gelegde derdenbeslag wél aan [eiseres] zou hebben betaald. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat uit het eerdergenoemde vonnis van de kantonrechter te Rotterdam blijkt dat [A] reeds voorafgaand aan het door de curatoren c.s. gelegde conservatoir derdenbeslag in gebreke was de verschuldigde huurpenningen aan [eiseres] te voldoen. Dat het voorgaande anders zou zijn heeft [eiseres] niet althans onvoldoende gemotiveerd gesteld. Dat [A] op verzoek van de curatoren c.s. de som van de beslagen huurpenningen onder zich diende te houden en dat hij die vervolgens heeft gebruikt om zijn financiële nood te lenigen, brengt op zichzelf niet mee dat er sprake was van causaal verband tussen het handelen van de curatoren c.s. en de schade.

8. [Eiseres] verwijt de curatoren c.s. nog dat zij hebben nagelaten om [eiseres] tijdig op de hoogte te brengen van de huurachterstand waardoor [eiseres] niet in de gelegenheid is gesteld om incassomaatregelen te nemen of over te gaan tot ontbinding van de huurovereenkomst; voorts klaagt zij dat de curatoren c.s. hebben nagelaten zelf tot incasso van de huurpenningen over te gaan. [Eiseres] miskent hiermee dat sprake was van een conservatoir derdenbeslag, zodat de curatoren c.s. geen executiebevoegdheid hadden en derhalve geen gelden konden innen. Daarnaast was [eiseres] reeds bekend met het feit dat er al geruime tijd vóór het gelegde beslag een betalingsachterstand was. Ook is onvoldoende onderbouwd op welke gronden de verwezenlijking van het risico dat de huurpenningen niet meer te incasseren zijn redelijkerwijs aan de curatoren c.s. zou moeten worden toegerekend. Nu het causaal verband tussen de niet-betaling door [A] en de beslaglegging niet aannemelijk is geworden, falen de grieven I en II.'

Advocaat-generaal Verkade maakt in zijn conclusie voor dit arrest van de Hoge Raad eerst enkele algemene opmerkingen over de stelplicht en bewijslastverdeling. Vervolgens bespreekt hij de eerste cassatieklacht van B die er – kort gezegd – op neerkomt dat het hof de curatoren c.s. de bewijslast had moeten opdragen van hun stelling dat de schade ook zou zijn ontstaan indien het beslag niet was gelegd. Verkade stelt vast dat het beslag inderdaad onrechtmatig was en dat de curatoren daarom gehouden zijn om de schade als gevolg van dat beslag te vergoeden. Maar vervolgens overweegt hij dat dit onverlet laat dat het nog wel aan B was om – als onderdeel van de grondslag van haar vordering – te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zij schade heeft geleden en dat er causaal verband bestaat tussen het (achteraf gebleken) ten onrechte gelegde beslag en de door haar gestelde schade. Bij een onrechtmatige daad behoren de schade en het causaal verband, zo geeft Verkade voor de goede orde aan, immers tot de door eiser te stellen rechtsfeiten. Het betoog van de curatoren c.s. – dat de schade ten gevolge van de niet-betaling van de huurpenningen geen gevolg is of niet toe te rekenen is aan enig handelen van de

curatoren c.s., omdat de derde-beslagene reeds voorafgaand aan het door curatoren c.s. gelegde beslag in gebreke was met de huurbetalingen – dient dan ook te worden gekwalificeerd als een gemotiveerde betwisting van een door B als eiseres te stellen (rechts)feit, te weten het causaal verband. Vervolgens overweegt Verkade, sub 5.6:

‘Het verweer van de curatoren c.s. bracht – met andere woorden – geen wijziging in de tussen [eiseres] en de curatoren c.s. bestaande stelplicht- en bewijslastverdeling. Door te overwegen (i) dat in deze procedure onvoldoende is gesteld om aannemelijk te maken dat [A] de huurpenningen zonder het gelegde derdenbeslag wél aan [eiseres] zou hebben betaald en (ii) dat [eiseres] niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld, dat het niet zo zou zijn dat [A] reeds voorafgaand aan het door de curatoren c.s. gelegde conservatoir derdenbeslag in gebreke was met de huurbetalingen, heeft het hof dan ook blijk gegeven van een juiste rechtsopvatting omtrent de toepassing van art. 150 Rv. (...)’

De tweede klacht van B behelsde dat het hof ‘de strekking van de risicoaansprakelijkheid voor het vexatoir gelegde beslag’ zou hebben miskend. Verkade maakt in dit verband de volgende algemene opmerkingen over de aard van deze risicoaansprakelijkheid en – in het verlengde daarvan – het causaal verband. Verkade vervolgt, sub 5.10:

‘Deze risico-aansprakelijkheid brengt mee dat de beslaglegger – wiens beslag achteraf gezien onrechtmatig is – niet aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door te betogen dat hem geen schuld treft en dat de onrechtmatige daad hem daarom niet kan worden toegerekend in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. Dat zijn onrechtmatig handelen hem kan worden toegerekend in de zin van art. 162 lid 3 BW, staat met andere woorden vast.

Dit geldt echter niet voor het vereiste van causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de beslaglegger en de (door de beslagdebiteur) gestelde schade. Ik doel hierbij zowel op het *conditio sine qua non*-verband als het causaal verband in de zin van art. 6:98 BW (toerekening van de schade). Op basis van de cassatiedagvaarding zie ik geen aanleiding om nader op dit onderscheid in te gaan.’

Vervolgens komt hij tot de conclusie dat de overwegingen van het hof in lijn zijn met de vaststelling dat causaal verband tussen de betrokken schadecomponent en de onrechtmatige beslaglegging niet vaststaat.

De derde klacht van B die hier bespreking verdient, is het betoog dat het hof tot een omkering van de bewijslast had moeten komen. Zoals Verkade constateert, gaat B hier voor twee ankers liggen: geklaagd wordt dat het hof ten onrechte de ‘omkeringsregel’ niet zou hebben toegepast, en voorts dat het hof op basis van ‘de overige omstandigheden van het geval’ tot een omkering van de bewijslast had moeten komen.

Hoewel Verkade oordeelt dat dit middel onvoldoende concreet is en daarmee niet aan de ingevolgde artikel 407 lid 2 Rv aan een middel van cassatie te stellen eisen voldoet, plaatst hij in zijn conclusie sub 5.15 een aantal belangrijke opmerkingen die relevant zijn voor dit onderzoek:

‘Voor de toepassing ten voordele van de gelaedeerde van de ‘omkeringsregel’ is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. In dat geval wordt van de aanwezigheid van voldoende causaal verband uitgegaan. Vervolgens is het dan aan de aangesprokene om aannemelijk maken dat de schade ook zonder de gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.’

B betoogde in cassatie dat de curatoren c.s. een (wettelijke) norm hadden geschonden door voor een privévordering van een van de vennoten beslag te leggen op het firmavermogen. Door deze normschending heeft het gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen – te weten: vermenging van vermogens van de vennootschap onder firma en de vennoten – zich gerealiseerd, waarmee het causaal verband zou zijn gegeven. Daardoor zou het volgens B aan de curatoren c.s. zijn om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder het gelegde beslag zou zijn ingetreden.

Verkade oordeelt dat in de onderhavige zaak voor toepassing van de ‘omkeringsregel’ geen plaats is. De onrechtmatige daad van de curatoren c.s. bestaat hierin dat zij ten onrechte beslag hebben gelegd op een vordering uit hoofde van verhuur van B. Daarmee is geen sprake van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een *specifiek* gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Nog daargelaten dat niet aannemelijk is gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar, waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. A was reeds voorafgaand aan de door de curatoren c.s. gelegde conservatoire beslagen terzake de gewraakte huurpenningen jegens B in gebreke.¹²⁵

Omdat het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 Wet RO is verworpen blijft de vraag relevant of er ruimte is voor toepassing van de omkeringsregel of het aannemen van *condicio sine qua non*-verband.

125. B uit ten slotte nog een subsidiaire klacht, namelijk dat het hof in ieder geval de ‘voorshands-bewezens-behoudens-tegenbewijs-constructie’ had moeten toepassen en aan de hand daarvan tot een voorshands bewezenverklaring had moeten komen. Verkade (sub 5.18) merkt in dit verband op dat uit het oordeel van het hof kan worden afgeleid dat het hof kennelijk geen aanleiding heeft gezien om het causaal verband ‘voorshands bewezen’ te achten. Dat is een feitelijke oordeel dat – in het licht van het betoog van de curatoren c.s. dat de gestelde schade geen gevolg is van of niet toe te rekenen is aan enig handelen van de curatoren c.s., omdat de derde-beslagene reeds voorafgaand aan het door de curatoren c.s. gelegde beslag in gebreke was met de huurbetalingen – niet onbegrijpelijk is.

5.4.5 Generieke inperking van het domein van de omkeringsregel

Kort na het hiervoor besproken arrest wees de Hoge Raad in 2007 in het *Juresta*-arrest opnieuw toepassing van de omkeringsregel van de hand.¹²⁶ In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, was een advocaat aansprakelijk gesteld door zijn cliënte. Haar schade zou het gevolg zijn van het feit dat de advocaat haar niet had gewaarschuwd voor (sic) de risico's verbonden aan het executeren van een vonnis waarvan de wederpartij had aangekondigd in hoger beroep te gaan. De advocaat zou volgens deze cliënte met het bewijs van (adequate) informatie moeten worden belast. De Hoge Raad overwoog:

'3.4.2. (...) Voor toepassing van de omkeringsregel is in een zaak als deze geen plaats omdat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. *Juresta* baseert de aansprakelijkheid van [verweerder] c.s. op schending van de verplichting van [verweerder 2] als advocaat om haar als opdrachtgeefster door voldoende voorlichting omtrent de risico's die verbonden zijn aan het treffen van rechtsmaatregelen als waarvan in deze zaak sprake is, in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet opdracht zal geven tot het treffen van die rechtsmaatregelen. Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, NJ 2002, 386 en HR 23 november 2001, nr 00/069, NJ 2002, 387).'

De uitkomst van dit arrest verschilt van die in het *Skeeler*-arrest uit 2005.¹²⁷ Hierbij ging het om een beginnend skeelercursiste die zonder helm tijdens de cursus skeelerde en als gevolg van hoofdletsel overleed. Hier leidde het (gestelde) verzaken van informatieplichten (over het belang van het dragen van een helm) wél tot toepassing van de omkeringsregel. Het hof had geoordeeld dat op de sportschool de veiligheidsverplichting rustte de deelnemers 'dringend te adviseren' een valhelm te dragen en daarbij overwogen dat 'aangenomen moet worden' dat de cursiste dat advies vervolgens ook zou hebben opgevolgd. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.

Akkermans en Van Dijk¹²⁸ merken in dit verband op dat het doorslaggevende verschil is dat het in het *Skeeler*-arrest ging om de schending van een veiligheidsnorm en in *Juresta* niet. Daarbij speelt ook een rol dat de Hoge Raad bij schending van

126. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (*Juresta*).

127. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).

128. Akkermans & Van Dijk 2012, p. 168.

verkeers- en veiligheidsnormen minder strenge eisen stelt aan het verband tussen norm en (het verwezenlijkte) risico.

In bredere zin dient bij het ‘aannemen’ van *condicio sine qua non*-verband terughoudendheid in acht te worden genomen en lijkt dit, zoals Klaassen opmerkt, gereserveerd voor situaties waarin specifieke normen zijn geschonden.¹²⁹ Naast verkeers- en veiligheidsnormen kunnen hieronder ook andere bijzondere vormen van aansprakelijkheid worden gerangschikt, zoals bijvoorbeeld prospectusaansprakelijkheid, zoals de Hoge Raad in het *Word Online*-arrest¹³⁰ in 2009 heeft vastgesteld:

‘4.11.1. (...) In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het *condicio sine qua non*-verband. (...) bewijsproblemen ter zake van het *condicio sine qua non*-verband brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (...) in de praktijk illusoir kan worden. (...). Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht.

4.11.2 Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.’

De conclusie dringt zich dan ook op dat, voor toepassing van de omkeringsregel binnen het domein van de schade na onterecht beslag, geen directe aansluiting kan worden gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin deze toepassing ervan sanctioneert. Het lijkt erop dat de Hoge Raad de omkeringsregel de laatste jaren ‘terug in zijn hok’ heeft geduwd en reserveert voor zijn oorspronkelijke terrein; dat van de schending van specifieke informatie- verkeers- en veiligheidsnormen.¹³¹

Voor de vraag of omkering van de bewijslast desalniettemin kan worden ingezet, moet worden nagegaan hoe de norm die deze aansprakelijkheid vormt zich verhoudt tot die normen waarbij wél de omkeringsregel is ingezet.

5.4.6 Verwezenlijking van de materiële norm als rationale voor omkering van de bewijslast

In hoofdstuk 3 is het karakter van de risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag besproken. Daarin kwam onder meer aan de orde dat het leggen van conservatoir beslag kan worden beschouwd als een schoolvoorbeeld van de door Fletcher

129. Zie C.J.M. Klaassen, ‘De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid’, in: *Causaliteitsperikelen* (Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht- en schadevergoedingsrecht (VASR)), Deventer: Kluwer 2012, p. 8.

130. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*).

131. Akkermans & Van Dijk 2012, p. 168.

bedoelde eenzijdige risicoverhoging ('non-reciprocal risk taking')¹³² als grondslag om tot een verplichting om de schade te vergoeden te komen.

De centrale theorie van Giesen in zijn dissertatie uit 2001¹³³ behelst dat bij het antwoord op de vraag naar de rechtvaardiging voor een bewijsrisico-omkering het principe leidend is dat de *verwezenlijking van de materiële norm mogelijk moet blijven* (ook wel: 'effectieve rechtsbescherming' of 'waarborgen van de effectiviteit van de norm').¹³⁴ Op basis daarvan luidt zijn centrale stelling:¹³⁵

'Een uitzondering op de hoofdregel van de bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.'

Het stappenplan om te bepalen of een omkering van de bewijslast op basis van het voorgaande geïndiceerd is, zou in zijn visie dienen te bestaan uit twee cumulatieve vereisten: (a) er is sprake van een structureel bewijsprobleem en (b) (een verzwaaring van) aansprakelijkheid is gewenst.¹³⁶

Ook andere auteurs onderkennen deze beginselen voor de rechtvaardiging van een bewijslastomkering. In dit verband is met name het volgende citaat van Asser relevant:¹³⁷

'Er moet dan ook sprake zijn van een krachtig belang bij die rechtsbescherming wil een zo ingrijpende verandering van het bewijsrisico gerechtvaardigd zijn. Het kan zijn dat deze is gelegen in *structurele onevenwichtigheid* in procedures die de rechtsbescherming voor de partij die volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling frustreert.¹³⁸ Gedacht kan worden aan *bewijsnood die in het algemeen samenhangt met de bewijslast* volgens de gewone regels en die via een algemene ingreep in de bewijslastverdeling moet worden verlicht, teneinde de *rechtsbescherming die wordt geboden door de materiële rechtsregel* die de ingeroepen rechtsgevolgen aan de te bewijzen feiten verbindt, in een proces te kunnen effectueren. Maar het kan ook zijn dat er meer 'rechtspolitieke' argumenten zijn voor een omkering van de bewijslast, namelijk om de rechtsbescherming, zoals gezegd, *effectiever* te maken niet alleen door de bewijspositie van de partij voor wie de bescherming bedoeld is te verlichten maar ook en vooral door de wederpartij met een verzwaarde bewijspositie te stimuleren tot gedrag overeenkomstig

132. Fletcher 1972, p. 541.

133. Giesen 2001.

134. Giesen 2014, p. 336.

135. Giesen 2001, p. 450.

136. Giesen 2001, p. 451.

137. Asser/Asser 2013, nr. 294, met als titel 'Omkering eist een structurele onevenwichtigheid in de rechtsbescherming'.

138. Giesen constateert dat deze zin niet lijkt te lopen (Giesen 2014, p. 338), met hem geef ik deze ongewijzigd weer.

de materieelrechtelijke norm. (...) Ook kan de *handhaving van de norm waarop de zojuist bedoelde rechtsbescherming* berust vanuit maatschappelijk oogpunt zo belangrijk zijn, dat in een proces dat op die handhaving is gericht, de partij ten behoeve van wie die rechtsbescherming in het leven is geroepen, zonder meer daarvan moet kunnen profiteren, zonder dat zij daarin belemmerd wordt door obstakels van bewijslevering en bewijsrisico.’ [curs. GM]¹³⁹

De gevallen waarin de *condicio sine qua non* wordt aangenomen, of (expliciet) de omkeringsregel van stal wordt gehaald, hebben in de eerste plaats gemeen dat partijen in een bijzondere (krachts)verhouding tot elkaar staan (beursfonds-particuliere belegger, ziekenhuis-patiënt, automobilist-voetganger, enz.). In de tweede plaats zijn doorgaans bijzondere (maatschappelijke) normen in het geding, veelal verkeers- en veiligheidsnormen. De Hoge Raad beperkt de omkeringsregel steeds uitdrukkelijker tot die gevallen waarin sprake is van een specifiek gevaar waartegen de geschonden norm bescherming biedt.¹⁴⁰ Hierbij lijkt ook het element van zorg om de effectiviteit van normen van groot maatschappelijk gewicht een rol te spelen.¹⁴¹ Voor de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag lijkt in dit systeem geen plaats weggelegd.¹⁴² Daarbij komt – en dat is de derde problematische omstandigheid – dat bij schade na onterecht beslag doorgaans enkel sprake zal zijn van (zuivere) vermogensschade en niet van het compenseren van letsel en immateriële schade.

Het feit dat de Hoge Raad de hypothetische schadevergelijking hanteert om de omvang van de schade na ten onrechte gelegd beslag te bepalen (zie verder par. 5.5) verdient in dit verband nog nadere beschouwing.¹⁴³ In deze hypothetische vergelijking wordt de situatie na het gelegde beslag afgezet tegen de hypothetische situatie dat er geen beslag zou zijn gelegd. Men zou kunnen betogen dat het aannemen van *condicio sine qua non* past in deze benadering. Deze stelling gaat er echter aan voorbij dat die hypothetische benadering enkel ziet op de *omvang* van de schade en niet op het causaal verband.

139. Ik heb hier dezelfde cursivering aangehouden als Giesen 2014, p. 338. Zie in dit verband ook in navolging van Giesen 2014, p. 339, waarnemend A-G Hammerstein in zijn conclusie onder nr. 2.2.6 vóór HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236, m.nt. S.D. Lindenberg (Nationale Nederlanden/zoon en moeder): ‘(...) Wellicht is het in dit verband ook nuttig om aan te sluiten bij de woorden van Bloembergen en als leidraad te nemen dat de artikelen 6:98, 6:99 en 6:101 BW nauw samenhangen en het daarom voor de hand ligt bij de oplossing van vraagstukken van onzeker causaal verband te kijken naar de beginselen die in deze bepalingen besloten liggen en niet alleen vanuit één artikel te redeneren (...). Het lijkt mij toe dat de gemeenschappelijke ratio ligt in de gedachte van “verwezenlijking van de materiële norm”.’

140. Vergelijk in dit verband HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236, m.nt. S.D. Lindenberg onder NJ 2013/237 (Nationale Nederlanden/zoon en moeder). Zie par. 5.3.3.3. In casu was er wel ruimte voor proportionele aansprakelijkheid maar uitdrukkelijk niet voor toepassing van de omkeringsregel.

141. Vergelijk Akkermans & Van Dijk 2012, p. 168 en 176.

142. Vergelijk ook Hof Den Bosch 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2910, r.o. 4.14.

143. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (Forward/Huber).

5.4.7 Tussenconclusies

Alles overziend lijkt er in het huidige recht na onterecht beslag geen plaats voor generieke toepassing van de omkeringsregel. Het enkele feit dat gewezen beslagene, bijvoorbeeld door tijdsverloop, structurele bewijsnood ondervinden, is daarvoor onvoldoende.¹⁴⁴ Dat kan anders zijn wanneer de bewijsnood is ontstaan door toedoen van de laedens, maar dat 'toedoen' moet dan wel direct betrekking hebben op (*het bemoelijken van*) de bewijslevering zelf en heeft dus niets van doen met het schenden van de norm waarop de onrechtmatigheid van de handeling die schade veroorzaakt is gebaseerd.¹⁴⁵ Dat is derhalve een 'oneigenlijke' omkering van de bewijslast.

Hartlief komt, mede op grond van een uitvoerige analyse van de arresten *Kramer/ABN AMRO* en *Bouma q.q. en Lemstra q.q./Ontvanger*,¹⁴⁶ tot de conclusie dat er bij ten onrechte gelegd beslag weinig ruimte zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel.¹⁴⁷ Het lijkt erop dat de beslagene het moet doen met de hoofdregel van artikel 150 Rv en de bewijslast van de door hem gestelde schade zal moeten dragen.¹⁴⁸

Het is te betreuren dat bij onterecht beslag op voorhand geen generieke afwijking van de hoofdregels van het bewijsrecht (of neutraler geformuleerd: nadere invulling daarvan) voorhanden is. Een generiek 'opstapje' voor de beslagene zou ook een rol kunnen vervullen bij de beoordelingsmogelijkheden voor betrokkenen, met name voor de beslaglegger, niet alleen voorafgaand aan de procedure tot schadevergoeding van de gewezen beslagene, maar ook en vooral in eerdere etappes, namelijk voorafgaand aan het leggen van beslag en wanneer zich nadien momenta voordoen zoals besproken in paragraaf 3.8.

5.4.8 Vermoeden als oplossing?

5.4.8.1 *Verschillende vermoedens*

Met een vermoeden wordt binnen het bewijsrecht bedoeld op het afleiden van een ontbrekend feit uit een vaststaand feit. Tegen het door het middel van een vermoeden vastgesteld feit kan vervolgens tegenbewijs worden geleverd. Ook dit is een processueel middel om een gelaedeerde tegemoet te komen.

Het feit dat ten onrechte conservatoir beslag is gelegd is naar mijn mening geen 'vaststaand feit' waaruit een *wettelijk* vermoeden zou dienen te volgen. Dat zou niet passen in het huidige systeem en karakter van de (specifieke) wettelijke vermoedens.

144. Het enkele bestaan van bewijsnood is onvoldoende reden om de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid om te keren, vergelijk HR 31 oktober 1997, NJ 1998/85 (*Maatschappij van Assurantie/Zonneveld*).

145. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, NJ 2006/78 (*B/Interpolis*).

146. HR 26 juni 1998, NJ 1998/778 (*Kramer/ABN AMRO*) respectievelijk HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2637, RvdW 2006/424 (*Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger*).

147. Hartlief 2009, p. 405-416.

148. Zie in dit verband Hof Den Bosch 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2910, waar het hof spijtig genoeg niet toekomt aan een principieel oordeel over de (impliciet door de beslagene gevraagde toepassing van de) omkeringsregel, omdat de vordering reeds strandt op het onvoldoende aannemelijk maken van geleden schade.

Deze wettelijke vermoedens bestrijken een specifiek domein, zoals artikel 6:237 BW (de ‘grijze lijst’) dat van de algemene voorwaarden. In dat artikel is bepaald dat de daarin opgesomde bedingen worden ‘vermoed onredelijk bezwarend te zijn’. De wet kent ook andere vermoedens. Artikel 3:46 BW beschrijft de omstandigheden op basis waarvan wordt vermoed dat bij een transactie beide partijen wisten of behoorden te weten dat van de in artikel 3:45 BW bedoelde benadeling van schuldeisers (Pauliana) sprake was. Een ander voorbeeld is het wettelijke vermoeden van artikel 3:119 BW, dat inhoudt dat vermoed wordt dat de bezitter van een goed eigenaar van dat goed is.

Een vermoeden na onterecht beslag dat de schade is veroorzaakt door dat beslag past evenmin binnen de door de jurisprudentie gevormde kaders voor *rechterlijke* vermoedens. Deze vermoedens hebben primair hun functie bij het ‘invullen’ van een *ontbrekend* feit. Een specifieke toepassing ervan is bijvoorbeeld de leer van de *res ipsa loquitur*. Hierbij wordt uit de aard van de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt of, uit de aard van de schade zelf, de oorzaak afgeleid.¹⁴⁹ Gelet op het karakter van dit gereedschap van de rechter lijkt dit niet toepasbaar voor de schade na onterecht beslag. Het domein beperkt zich te veel tot het ‘invullen’ van voor de hand liggende feiten om de oorzaak van schade vast te stellen.¹⁵⁰ Het verband tussen onterecht beslag en schade lijkt daarvoor te algemeen, te ver verwijderd en te weinig feitelijk.

5.4.8.2 *Introductie wettelijk vermoeden?*

Voor introductie van een wettelijk vermoeden is naar mijn mening geen plaats. Zowel de feitencomplexen in zaken over schadevergoeding na onterecht gelegd beslag als de schades zelf zijn hiervoor onvoldoende gelijksoortig. Daarnaast is introductie van een dergelijk vermoeden eerder denkbaar bij schending van een reeds expliciet wettelijk vastgestelde norm dan bij een meer open, op artikel 6:162 BW gebaseerde norm. Een voorbeeld hiervan is het pleidooi voor het opnemen van een wettelijk vermoeden van causaliteit bij mijnbouwschade, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij artikel 6:177 BW, de risicoaansprakelijkheid van de exploitant van een mijnbouwwerk.¹⁵¹

149. Beenders, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv, aant. 6.

150. Bijvoorbeeld het door Beenders genoemde voorbeeld HR 24 december 1993, NJ 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*). Wanneer iemand zich bij het openen van een fles ernstig heeft verwond, terwijl vaststaat dat hij de fles normaal wilde gebruiken, ligt in die toedracht besloten dat de schade is veroorzaakt door een gebrek van de fles, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen en behoudens door de producent te leveren tegenbewijs.

151. In het kader van de schade als gevolg van de gaswinning in Groningen, zie Snijders 2016, p. 215 e.v.

5.5 Veertiende knelpunt, de schoonheid van de hypothetische vergelijking en de onbereikbaarheid daarvan

5.5.1 Forward/Huber

Voor het bepalen wat de omvang is van de schade na onterecht gelegd beslag, kortom *welke* schade voor vergoeding in aanmerking kan komen, heeft de Hoge Raad in 2011 de weg gewezen in het arrest *Forward/Huber*.¹⁵²

Huber, Tan en Lafranca Stiftung (Huber) hebben in 2001 conservatoir beslag gelegd op een pakket aandelen van de Stichting Administratiekantoor Forward Business Parks (Forward) in Forward Business Parks 2000 B.V. (Business parks). Forward kon daardoor niet voldoen aan de verplichting uit een eerder gesloten koopovereenkomst met een andere partij, Landinvest, tot het leveren van deze aandelen in Business Parks. In 2004 is het beslag opgeheven omdat de vordering van Huber waarvoor beslag was gelegd door de rechtbank werd afgewezen. Het hof heeft vervolgens dit vonnis bekrachtigd. Forward heeft zich in deze procedure niet alleen (met succes) tegen de vordering van Huber verweerd, maar ook in reconventie naast opheffing van het beslag veroordeling van Huber tot vergoeding van de schade door het onrechtmatig leggen en handhaven van het beslag op de aandelen in Business Parks gevorderd. Volgens Forward diende die schade rechtsreeks dan wel naar analogie te worden berekend op de voet van de wettelijke rente over de koopprijs van de bewuste aandelen in Business Parks, dan wel, subsidiair, op basis van de in de betreffende periode geldende ‘commerciële’ rente. Rechtbank en hof hebben deze vordering van Forward afgewezen omdat Forward niet heeft onderbouwd dat zij enige schade heeft geleden doordat de koopprijs van de aandelen niet aan haar is uitbetaald. Forward ging vervolgens in cassatie.

Kern van het middel dat in cassatie door Forward wordt voorgesteld is de vraag of voor de bepaling van schade als gevolg van ten onrechte gelegd beslag op aandelen, artikel 6:119 lid 1 BW¹⁵³ (vergoeding van de wettelijke rente over de verzuimperiode) naar analogie kan worden toegepast. Dit brengt advocaat-generaal Huydecoper tot de volgende overwegingen in zijn conclusie voor dit arrest:¹⁵⁴

‘14. Aanvaarding van de door het middel (primair) voorgestelde regel betekent, als men het zo bekijkt, een voor de rechtspraak vooralsnog onbekende, en potentieel aanzienlijke uitbreiding van het aansprakelijkheidsrisico dat men door het leggen van beslag over zich afroept. Als gezegd: van de kant van de Stichting Administratiekantoor wordt ook met energie verdedigd dat dat een goede zaak zou zijn, (ook) omdat dat ertoe zou bijdragen dat de onevenwichtigheid die in het Nederlandse beslagrecht

152. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

153. Art 6:119 lid 1 BW: ‘De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest.’

154. Sub 14 t/m 16. De A-G benoemt de onevenwichtigheid in het systeem en verwijst hierbij naar Meijsen & Jongbloed 2010, p. 98 e.v., Klaassen 2009, p. 345 en zijn eigen artikel in de bundel Hartkampvarianties, Huydecoper 2006, p. 15 e.v.

wel ten gunste van de beslaglegger wordt gesignaleerd, wordt “rechtgetrokken”.

15. Het zal zijn gebleken dat ik er niet blind voor ben, dat de primair in cassatie verdedigde opvatting een niet onaanzienlijke verandering betekent ten opzichte van de tot dusver gangbare attitude ten aanzien van de aansprakelijkheid voor beslaglegging.

Toch denk ik per saldo dat de opvatting die het middel hier voorstaat, gerechtvaardigd is. Van degene die door het leggen van beslag een ander de beschikking over liquiditeiten (of het equivalent daarvan) ontnemt, mag wat mij betreft verlangd worden dat hij, wanneer het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, opkomt voor de schade naar de maatstaf die ook elders in de wet wordt gehanteerd voor het bepalen van de schade wegens ten onrechte “onthouden” van een geldsbedrag.

16. Die uitkomst lijkt mij juist omdat het niet valt te rechtvaardigen dat het onthouden van liquiditeiten door verzuim van betaling (het geval waarop art. 6:119 BW rechtstreeks van toepassing is) wat betreft de aansprakelijkheid voor schade geheel anders behandeld zou worden dan het geval dat iemand hem toekomstige liquiditeiten worden onthouden doordat een derde – op tot aansprakelijkheid leidende wijze – de betaling blokkeert.

Het lijkt (ook) mij daarnaast aanbevelenswaardig, dat de voorgestelde regel meebrengt dat een betere verdeling wordt verkregen van de risico's die door het leggen van beslag worden ondervangen aan de ene kant, tegenover de risico's en nadelen die beslag in het leven roept, aan de andere kant.

Maar ik kan slechts beamen dat dit een relevante wijziging van de voorsnog gangbare benadering van de risicoverdeling in verband met beslag is, en dat de beoordeling van de hier gestelde vraag ook het meewegen van de praktijkgevolgen van zo'n wijziging aan de orde stelt. Hoe die weging wat mij betreft uitvalt, heb ik al aangegeven.'

De Hoge Raad komt echter tot een andere weging en overweegt:

'3.3. (...) het (...) middel (...) keert zich tegen de oordelen van het hof dat art. 6:119 BW in dit geding niet rechtstreeks van toepassing is, en dat voor analoge toepassing daarvan geen aanleiding bestaat. Het onderdeel treft geen doel. Art. 6:119 strekt ertoe de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren op de wettelijke rente, zulks ter wille van de rechtszekerheid en van de hanteerbaarheid van het recht op dit punt. Aldus behoeft de schuldeiser enerzijds niet te bewijzen enige schade te hebben geleden ten gevolge van de vertraging in de voldoening van de hem toekomstige geldsom, maar kan hij anderzijds geen hogere vergoeding vorderen indien zijn schade meer dan het fixum zou belopen (HR 14 januari 2005, LJN AR0220, NJ 2007/481). In deze bepaling ligt dus in meer dan één opzicht een afwijking besloten van het uitgangspunt dat de schuldeiser zijn werkelijk geleden schade vergoed dient te krijgen.

Daarom verzet haar in zoverre uitzonderlijke aard zich tegen een ruime uitleg, zoals door onderdeel 1a bepleit, die afwijkt van zowel de bewoordingen waarin deze bepaling is gesteld, als van de daarop gegeven toelichting. Om dezelfde reden is er geen aanleiding voor analoge toepassing van deze bepaling op het onderhavige geval, waarin de aansprakelijkheid van Huber, Tan en Lafranca Stiftung tegenover Stichting AK niet erop is gebaseerd dat zij in verzuim verkeren met de voldoening van een geldsom, maar dat zij onrechtmatig beslag hebben gelegd en gehandhaafd op een aan Stichting AK toekomend aandelenpakket.’

Vervolgens hanteert de Hoge Raad in zijn overwegingen, waarin hij aangeeft hoe deze schade na onrechtmatig beslag wel dient te worden vastgesteld, de wel vaker gebruikte¹⁵⁵ ‘hypothetische vergelijking’:

‘3.3. (...) De dientengevolge verschuldigde schadevergoeding moet worden berekend door met elkaar te vergelijken de situatie waarin laatstgenoemde [de beslagene, GM] als gevolg van de beslaglegging daadwerkelijk verkeert, en de situatie waarin zij zou hebben verkeerd als het beslag niet was gelegd en gehandhaafd.’

Broekveldt merkt in zijn annotatie bij dit arrest¹⁵⁶ terecht op dat wanneer het beslag rechtstreeks op bepaalde roerende zaken, registergoederen of andere goederen (aandelen, octrooien) gelegd wordt en de schade bestaat uit gedeelde inkomsten of andere opbrengsten, concrete invulling van de vergelijkingsmethode redelijk overzichtelijk is. Dit wordt anders – en de bewijsvoering door de beslagene complexer – wanneer de beslagene door het beslag bijvoorbeeld een transactie is misgelopen of de waarde van goederen is veranderd, waarbij het – in de woorden van Broekveldt – maatwerk wordt. Dat maatwerk en de effecten daarvan zal hierna verder worden uitgewerkt in paragraaf 5.6.

Van der Meer¹⁵⁷ ziet in het arrest een gemiste kans om via een ruime uitleg van artikel 6:119 BW tot een forfaitaire benadering voor schade na onrechtmatig beslag te komen. Deze benadering zou dan met name kunnen worden gehanteerd wanneer het onrechtmatig beslag per saldo heeft geresulteerd in vertraging van de ontvangst van een geldsom door de beslagene. De beslaglegger zou in zijn visie dan belast kunnen worden met het bewijs dat de beslagene ook voordeel heeft genoten dat in mindering op de verdragingsrente zou dienen te worden gebracht. Naast een eenvoudiger route voor het bepalen van de schade zou een belangrijk nevenvoordeel zijn dat van een dergelijke forfaitaire benadering een preventieve werking uitgaat, wat dus bijdraagt aan een evenwichtiger beslagpraktijk. Hij constateert dat hier een taak voor de wetgever lijkt te zijn weggelegd.

155. Zie bijvoorbeeld voor de schadeberekening na schending van de onderzoeks- en waarschuwingplicht bij beleggingsadvies, HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95, JOR 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen. Vergelijk voor het bepalen van verdienvermogen na letselschade HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115.

156. JBPR 2012/5.

157. Van der Meer 2011, p. 41.

5.5.2 Pleidooi voor een gedeeltelijk forfaitaire benadering

Een forfaitaire benadering heeft een paar grote voordelen.

In de eerste plaats is ‘van kop af’ helder wat (hoogstwaarschijnlijk)¹⁵⁸ de consequenties zijn als het beslag wordt gelegd dan wel gehandhaafd en de vordering van de beslaglegger wordt afgewezen. Niet alleen voor de beslaglegger, maar ook voor de voorzieningenrechter. Zo is niet uitgesloten – zie paragraaf 4.4.2 – dat een forfaitair stelsel bevordert dat het wat verweesde artikel 701 Rv, dat de voorzieningenrechter de bevoegdheid geeft zekerheid te doen stellen door de beslaglegger voorafgaand aan het leggen van beslag voor mogelijke schade als gevolg van dat beslag, vaker zal worden ingezet. Het zou zelfs denkbaar zijn dat onderdeel van het vragen van verlot om conservatoir beslag te mogen leggen het ‘invullen’ van deze forfaitaire uitkomst is, althans één of twee parameters ervan, om zodoende ook de aandacht voor mogelijke beslagschade te vergroten en de voorzieningenrechter beter in staat te stellen zich hier een beeld van te vormen. Dit alles zou de posities voorafgaand aan het leggen van beslag meer in balans brengen. Dat geldt ook voor de posities in latere stadia, zoals een kort geding tot opheffing, omdat dan de mogelijke gevolgen bij handhaving van het beslag meer naar voren komen.

In de tweede plaats kan een (gedeeltelijk) forfaitair stelsel bevorderen dat de schadevergoeding gemakkelijker direct in reconventie kan worden afgedaan (en in beginsel toegewezen bij afwijzing van de vordering van de beslaglegger). Dat zou niet alleen een belangrijke (en te billijken) verbetering van de processuele positie van de beslagene zijn maar ook de rechterlijke macht ontlasten.

In het strafrecht zetten de zogenoemde *Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken* van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht van de Rechtspraak de standaarden neer voor onder meer de vergoedingen voor ‘onterechte’ vrijheidsbeneming ex artikel 89 Sv.¹⁵⁹ Wanneer voor een dergelijke bijzondere vorm van schade een staffel kan worden ingezet met (overigens niet-bindende) gedetailleerde uitgangspunten,¹⁶⁰ waarom dan niet voor veelvoorkomende schade na onterecht conservatoir beslag?

Vanzelfsprekend kunnen hier ook bezwaren tegenin worden gebracht. Voor beslagene geldt dat zij bij een forfaitaire benadering slechter af kunnen zijn omdat de werkelijke schade aanzienlijk hoger is. Dat zou kunnen worden ondervangen door beslagene het recht te geven af te zien van de forfaitaire berekening en de werkelijke schade te bewijzen.

Beslagleggers kunnen aanvoeren dat zij benadeeld zouden kunnen worden doordat de forfaitaire benadering in hun situatie hoger uitvalt dan de werkelijke schade.

158. Behoudens de ‘bijzondere omstandigheden’ als bedoeld in par. 5.2.2 of andere algemene bezwaren die aan toewijzing in de weg staan.

159. Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken, gepubliceerd op rechtspraak.nl, geraadpleegde versie maart 2018.

160. Vergelijk p. 27 van het document, dat bepaalt dat onterecht verblijf in een politieel recht geeft op een vergoeding van € 105, in een huis van bewaring € 80 (met voor de laatste een toeslag van € 25 wanneer er sprake was van in beperkingen of detentie in een extra beveiligde inrichting (EBI).

Ook zou in meer algemene zin kunnen worden gesteld dat een forfaitair stelsel geen recht doet aan individuele gevallen en naar zijn aard te grofmazig is. Hiertegen kan overigens de ‘jij-bak’ worden ingebracht dat bij de begroting van het bedrag waarvoor beslag wordt gelegd eveneens gebruik wordt gemaakt van een gestandaardiseerde staffel.

Wanneer het stelsel beperkt zou worden naar aard en waarde van de beslagen goederen kunnen deze bezwaren echter op voorhand voor een groot gedeelte worden weggenomen. Bij beperking naar de *aard* zou kunnen worden gedacht aan beslagen waarbij direct (derdenbeslag op een vordering of onder een bank) of indirect (bijvoorbeeld door het stellen van een bankgarantie) de beslagene gedurende een bepaalde periode niet vrij over gelden heeft kunnen beschikken. Bij beperking aan de hand van de *waarde* zou een maximum kunnen worden bepaald, bijvoorbeeld € 250.000. Gelet ook op het belang van beperking van proceskosten voor beslagleggers en beslagenen is te verdedigen dat bij een dergelijke beperking een billijk stelsel is te ontwerpen. In dit forfaitaire stelsel zou de basis voor de te vergoeden schade de wettelijke rente kunnen zijn over de periode dat de beslagene zijn bankgarantie heeft gesteld en/of niet over gelden heeft kunnen beschikken, op de voet van artikel 6:119 BW.

5.5.3 Begroting van de schade, algemeen

Bij de begroting van de schade is de rechter niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, ook niet aan de regel dat een bewijsaanbod dat aan de daarvoor geldende eisen voldoet moet worden gehonoreerd.¹⁶¹ Voldoende is dat het bestaan van de schade aannemelijk is, waarna deze, indien de omvang ervan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, door schatting kan worden bepaald.

5.5.4 Herstel in de oude toestand?

Met de ‘hypothetische schadevergelijking’ is nog niet geheel duidelijk op welke basis die vergelijking dient te worden gemaakt. Hier biedt het arrest *Griffioen/De Groot* uit 2013 nadere duiding.¹⁶²

De Hoge Raad overweegt in dit arrest:

‘3.5. De klacht gaat kennelijk uit van de opvatting dat de rechter in een geval als het onderhavige de schade moet begroten, althans in beginsel moet begroten, op het bedrag van de kosten van herstel in de oude toestand, ook al hebben de onder dreiging van tenuitvoerlegging verrichte werkzaamheden de waarde of de exploitatiemogelijkheid van de grond niet aangetast. Die opvatting kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. In beginsel dient de schadevergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien

161. HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1842, NJ 2008/476 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5410, NJ 2009/257.

162. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*).

de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Als die vergelijking echter aan het licht brengt dat de nieuwe toestand voor de partij die schadevergoeding verlangt geen achteruitgang (waaronder mede te verstaan: waardevermindering en vermindering van exploitatiemogelijkheden van een haar toebehorende zaak) inhoudt ten opzichte van de oude, en die partij er geen rechtens te respecteren belang bij heeft dat de oude toestand wordt hersteld, kan de rechter zonder enige rechtsregel te schenden tot het oordeel komen dat er geen vermogensschade is geleden en op die grond de vordering tot vergoeding van de kosten van herstel in de oude toestand afwijzen. Dat geldt ook indien het gaat om een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van onrechtmatige dreiging met tenuitvoerlegging van een vonnis dat later in hoger beroep is vernietigd. De klacht faalt in zoverre.'

Dit impliceert voor de situatie na een onterecht gelegd beslag dat dit beslag als het ware dient te worden 'weggedacht', maar dat de beslagene wel daadwerkelijk door het beslag een achteruitgang dient te hebben doorgemaakt en derhalve dus een rechtens te respecteren belang heeft, ergo: werkelijk geleden schade. 'Herstel' is geen doel op zich.

5.6 Schadeposten

Door de hiervoor besproken door de Hoge Raad geformuleerde 'hypothetische vergelijking' is het aantal denkbare schadeposten onbegrensd. Ik bespreek hierna posten die voor de praktijk het meest relevant zijn.

5.6.1 Schade door het stellen van een bankgarantie

Doorgaans zal het evident zijn dat de kosten verbonden aan het doen stellen (inclusief maandelijks of jaarlijkse kosten daarna) van een bankgarantie in een zodanig rechtstreeks verband staan met de beslaglegging dat deze voor vergoeding in aanmerking komen. Aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, dat dit kernachtig verwoordt:¹⁶³

'5.10. (...) In dit geval is het onder ING Bank gelegde derdenbeslag na korte tijd vervangen door een ten behoeve van [appellant] afgegeven bankgarantie. Nu partijen deze constructie onder druk van het reeds gelegde beslag en uitdrukkelijk ter vervanging van dat beslag zijn aangegaan, is [appellant] aansprakelijk voor het daaraan voor VDR c.s. verbonden nadeel.'

163. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783. Vergelijk ook Rb. Rotterdam 7 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10059. Ook het handhaven van een (evident) te hoge garantie kan bij gedeeltelijke toewijzing van de vordering kwalificeren als misbruik van recht en leiden tot schadevergoeding, zie Rb. Zwolle 17 november 2004, JBPR 2005/29, m.nt. A. van Hees.

Tot deze categorie dienen ook de kosten te worden gerekend in verband met het (doen) stellen van zekerheden door de beslagene zelf of derden teneinde de bankgarantie te kunnen laten stellen door de bank.¹⁶⁴ Datzelfde geldt voor advocaatkosten die gemaakt zijn in verband met (onderhandelingen over) het opstellen en doen afgeven van de bankgarantie. In de praktijk strandt deze vordering nogal eens, doordat deze werkzaamheden in de urenadministratie en nota's onvoldoende kunnen worden onderscheiden van de uren die zijn besteed aan de procedure in de hoofdzaak en een vergeefs kort geding tot opheffing van het beslag.¹⁶⁵

De vraag is veeleer of beslagene zich niet in bepaalde gevallen tekort doen door de *consequenties* van het niet-beschikken over een bepaald gedeelte van hun vermogen niet als schade op te voeren (zie verder onder meer par. 5.6.3).¹⁶⁶

5.6.2 Schade als gevolg van derdenbeslag op vorderingen van de beslagene

De derde-beslagene verkeert na het beslag, wanneer hij niet betaalt of levert, jegens de beslagene niet in verzuim als bedoeld in artikel 6:119 lid 1 BW. Sterker, het derdenbeslag levert een aan de schuldeiser (beslagene) toerekenbaar beletsel voor nakoming door de schuldenaar (derde-beslagene) op.¹⁶⁷ Broekveldt spreekt in dit verband van 'een vorm van gedwongen wanprestatie'.¹⁶⁸ Dit is slechts anders indien het derdenbeslag geen beletsel (meer) voor de betaling vormt. Wanneer de beslagene en de beslaglegger gezamenlijk betaling verzoeken op een door hen beiden aangewezen rekening, waarna het beslag zal worden opgeheven, en de derde-beslagene desondanks niet tot betaling overgaat, is deze in verzuim.¹⁶⁹ De derde-beslagene zal in beginsel vanaf dat gezamenlijke verzoek wettelijke (of contractuele) rente moeten betalen.

Is de derde-beslagene echter vóórdát onder hem derdenbeslag werd gelegd reeds in verzuim met zijn betalingsverplichting jegens de beslagene, dan maakt het derdenbeslag niet zonder meer een einde aan dat verzuim.¹⁷⁰ In een dergelijk geval is het aan de derde-beslagene om te stellen en bij betwisting te bewijzen¹⁷¹ dat hij gedurende de periode van het beslag wel degelijk bereid was te betalen en dat enkel het beslag aan die betaling in de weg heeft gestaan. Alleen dan is, als gevolg van het gelegde beslag, sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van de beslagene

164. Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7461. In casu had de beslagene een tweede hypotheek moeten laten vestigen.

165. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783.

166. Zie voor een casus waarbij deze werkelijke schade na het stellen van een bankgarantie met succes door de beslagene is gevorderd Hof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772, JA 2008/167, m.nt. A.L.M. Keirse. Tegen dit arrest is cassatieberoep ingesteld dat met toepassing van art. 81 Wet RO is verworpen; HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2409.

167. Zie HR 15 april 1994, NJ 1995/258, m.nt. H.J. Snijders (*Roham/McGregor*), r.o. 3.3: 'Wanneer degene onder wie derdenbeslag is gelegd het verschuldigde onder zich houdt, kan niet worden gezegd dat hij tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis jegens de beslagene, zolang het beslag voortduurt.'

168. Broekveldt 2003, p. 374.

169. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629, NJ 2012/445, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPR 2012/902, m.nt. L.P. Broekveldt (*Staalduinen/Tiethoff q.q.*).

170. Zie r.o. 3.4.3 van het hiervoor geciteerde arrest.

171. Zie voor een (mijns inziens) terecht kritische beschouwing op dit onderdeel van de overwegingen van de Hoge Raad (de zwaarte van) de bewijslast voor de derde-beslagene in *Staalduinen/Tiethoff q.q.* Broekveldt in diens annotatie JBPR 2012/902, sub 11 en 12.

en komt aan het verzuim van de derde-beslagene – en daarmee aan de verplichting tot betalen van wettelijke rente op grond van artikel 6:61 lid 1 BW – een einde. De bereidheid om te betalen kan bijvoorbeeld blijken uit een aanbod van de derde-beslagene aan de beslagene en de beslaglegger om het verschuldigde vermeerderd met eventueel verschenen rente te storten op een geblokkeerde rekening.¹⁷² Wordt een dergelijk aanbod geweigerd, dan staat hiermee vast dat de betaling direct verhinderd wordt door een beletsel dat voor rekening van de beslagene komt. Het verzuim van de derde-beslagene eindigt dan. Dit alles geldt in de onderlinge verhouding tussen derde-beslagene en zijn crediteur, de beslagene.

Dat de derde-beslagene doorgaans niet in verzuim zal geraken betekent nog niet dat de beslaglegger ‘schadevrij’ wekomt na een onterecht derdenbeslag. Uit een zuivere toepassing van de vergelijkingsmethode van *Forward/Huber*¹⁷³ volgt dat het beslag moet worden weggedacht. Dat impliceert dat eventuele contractuele verdragsrente en/of boetes die tussen de derde-beslagene en de beslagene contractueel zijn overeengekomen, in beginsel voor rekening van de beslaglegger komen. Verdedigbaar is zelfs dat, wanneer een dergelijke contractuele afspraak ontbreekt, de beslagene in het kader van de bepaling van de schadevergoeding aanspraak kan maken op de wettelijke verdragsrente op grond van artikel 6:119 BW omdat hij – het beslag weggedacht – dat bij zijn debiteur (de derde-beslagene) met succes had kunnen doen.¹⁷⁴

Uiteraard dient dan wel aannemelijk te worden gemaakt dát de beslagene in het hypothetische geval aanspraak had gemaakt op betaling en verdragsrente. De bewijslast berust bij de beslagene. Zelfs als deze erin slaagt deze aanspraak aannemelijk te maken is hiermee de verplichting tot vergoeding van de (verdrags)rente door de beslaglegger niet gegeven. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer gemotiveerd wordt gesteld dat de derde-beslagene ten tijde van het beslag nog niet gehouden was om het bedrag te voldoen of dat hij een opschortingsrecht had, bijvoorbeeld omdat voor hem redelijkerwijs niet duidelijk was aan wie hij diende te betalen.¹⁷⁵

5.6.3 Hoe de schade door blokkade van een geldsom te bepalen?

Veelal zullen door het beslag gedurende lange tijd gelden direct (door derdenbeslag onder de bank of een debiteur van de beslagene) of indirect (na een namens de beslagene gestelde bankgarantie) zijn geblokkeerd.

Kort na het arrest *Forward/Huber* werd in een specifieke situatie waarbij ‘rechtstreeks’ door het beslag betaling van een geldsom was vertraagd, wél in redelijkheid begroting van de schade op een bedrag gelijk aan de wettelijke rente mogelijk geacht.¹⁷⁶

172. Aldus Van Mierlo in zijn annotatie bij dit arrest, sub 4.

173. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

174. Vergelijk in deze zin Broekveldt in zijn annotatie in JBPR 2012/5 bij HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*). Tot deze uitkomst komt de Rechtbank Midden-Nederland in haar vonnis van 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2899, AR 2017/3369.

175. Een dergelijke casus leidde tot het arrest van het Hof Den Bosch van 4 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB3161, vergelijk met name r.o. 4.13.

176. Zie Rb. Utrecht 18 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3578.

De Rechtbank Utrecht verwees hierbij expliciet naar bovengenoemd arrest en oordeelde als volgt:

‘2.7. Zoals de rechtbank het arrest leest, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen aanleiding bestond artikel 6:119 BW rechtstreeks dan wel analoog toe te passen op de vordering die in het geding was, omdat deze niet gebaseerd was op vertraging in de voldoening van een geldsom maar op onrechtmatige beslaglegging.

2.8. [eiser] heeft naar het oordeel van de rechtbank echter terecht gewezen op het feit dat in de onderhavige casus een betalingsverplichting rustte op de beslagleggende partij. Dat is bij conservatoire beslaglegging niet de meest voorkomende variant. In het onderhavige geval heeft Vabeog beslag laten leggen onder de notaris op een deel van de koopsom die Vabeog aan [eiser] verschuldigd was. Door deze beslaglegging heeft de notaris dat deel van de koopsom, te weten € 65.000,-, gedurende de periode van beslag niet aan [eiser] uitgekeerd. (...) Hoewel de grondslag van de vordering onrechtmatige daad is en bij de begroting van de schade als gevolg daarvan artikel 6:119 BW niet van toepassing is, acht de rechtbank het onder deze omstandigheden wel op zijn plaats de schade in redelijkheid te begroten op een bedrag gelijk aan de wettelijke rente. Niet goed valt in te zien waarom vertraging in de voldoening van een geldsom die is veroorzaakt door een onrechtmatige beslaglegging niet tot de verschuldigdheid van een bedrag aan wettelijke rente over de periode van vertraging zou kunnen leiden, terwijl dit bij een andere oorzaak van de vertraging die aan de schuldenaar is toe te rekenen wel het geval is.’

In een vergelijkbaar geval overwoog de Rechtbank Limburg op 10 april 2013 in dezelfde zin:¹⁷⁷

‘4.2.4. (...) De rechtbank oordeelt evenwel dat in het onderhavige specifieke geval er wel aanleiding is om de schade in redelijkheid te begroten op een bedrag gelijk aan de wettelijke rente. In de onderhavige zaak, evenals in de casus die aan de orde was in het vonnis van de rechtbank Utrecht d.d. 18 april 2012 (LJN:BW3578), is immers de situatie aan de orde dat op de beslagleggende partij (de gemeente) een betalingsverplichting rustte. Dat is bij conservatoire beslaglegging niet de meest voorkomende variant. De beslaglegging leidt er in dit geval toe dat er een vertraging optreedt in de voldoening van een geldsom. Aldus valt niet goed in te zien waarom die vertraging, veroorzaakt door de als gezegd onrechtmatige beslaglegging, niet tot de verschuldigdheid van een bedrag aan wettelijke rente over de periode van vertraging zou kunnen leiden, terwijl dit bij een andere oorzaak van een aan de schuldenaar toe te rekenen vertraging wel het geval is.’

Gegeven de specifieke omstandigheden (eigenbeslag op een verschuldigde geldsom) is de door beide rechtbanken gekozen route te billijken. Toch is het de vraag of

177. Rb. Limburg 10 april 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ6930.

deze overwegingen passen in de door de Hoge Raad in het arrest *Forward/Huber*¹⁷⁸ geformuleerde lijn voor de schadeberekening na onrechtmatig beslag. Waar het om gaat, is om een zo zuiver mogelijke hypothetische vergelijking te maken. Daarbij dient de situatie waarin de beslagene zich bevindt, doordat hij enige tijd niet over het geldbedrag heeft kunnen beschikken, te worden afgezet tegen de (hypothetische) situatie dat dit wel (althans eerder) het geval zou zijn geweest. Dat leidt bijvoorbeeld tot het bepalen van gederfde rente¹⁷⁹ of gemist rendement, waarbij in de praktijk nogal eens aansluiting wordt gezocht bij het door de Belastingdienst bij het bepalen van de vermogensrendementsheffing in 'box III' gehanteerde fictieve percentage van 4%.¹⁸⁰

Het is echter ook mogelijk dat door het niet kunnen beschikken over een bedrag andere, specifiek te berekenen schade is ontstaan die zich niet reflecteert in een generiek percentage zoals hiervoor bedoeld. Zo maakte de Rechtbank Rotterdam in 2009 een rekensom op basis van een hypothetische analyse die 'avant la lettre' een invulling vormt van de door de Hoge Raad in 2011 geformuleerde wijze van hypothetische schadeberekening na onrechtmatig beslag.¹⁸¹ De rechtbank berekende welke winst de beslagene (een vastgoedinvesteringsmaatschappij) had kunnen behalen wanneer zij (ook) het bedrag dat door het beslag was geblokkeerd had kunnen investeren, door dat bedrag te relateren aan het jaarlijkse rendement dat daadwerkelijk over niet-geblokkeerde en wel geïnvesteerde gelden van de betrokken investeringsmaatschappij was behaald. De rechtbank kwam aldus tot een (gemiddelde) rendementsderving van 14,67% over de jaren waarvoor dit percentage kon worden vastgesteld. Hierbij dient te worden aangetekend dat wanneer de beslagene een vastgoedfinancieringsmaatschappij is een rendementsberekening, zoals de Recht-

178. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

179. Vergelijk Rb. Midden-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBME:2013:CA1478, waarbij de gederfde rente op 3% werd gesteld: 'toewijsbaar [is] een redelijke vergoeding van gederfde rente op een deposito van 3% nu in het standpunt van [benadeelde] besloten ligt dat zij in het geheel geen rentevergoeding van de derdengeldrekening van haar gemachtigde ontvangt'; in casu was (onterecht) beslag gelegd door de wederpartij direct na betaling van een bedrag door die partij op de derdengeldrekening van de advocaat van de benadeelde.

180. Rb. Rotterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO8920 en Rb. Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN0289. Voor de goede orde merk ik hierbij op dat de Rechtbank Rotterdam dit percentage heeft aanhouden, omdat het door de verweerder, in reactie op de vordering van vergoeding van wettelijke rente door eiser, was gevorderd en onvoldoende weersproken. De Rechtbank Arnhem heeft dit percentage zelf als maatstaf bepaald.

181. Rb. Rotterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH3196. Zie met name r.o. 5.6: 'als het beslag onder de Rabobank niet (...) gelegd [was] bedoeld bedrag ad € 170.000,- zou zijn geïnvesteerd. De schade die Machapuchere geacht moet worden te hebben geleden, bestaat dan uit het rendement dat zij over dat bedrag gehaald zou hebben verminderd met het rendement dat zij er feitelijk over gehaald heeft, te weten een rentevergoeding ad 2,5%. De rechtbank ziet geen aanleiding om aan te nemen dat Machapuchere over dit bedrag een lager dan wel hoger rendement zou hebben gehaald dan zij in bedoelde jaren met het overige door haar geïnvesteerd geld heeft behaald. De schade dient mitsdien berekend te worden door het bedrag van € 170.000,- telkens te verhogen met het daadwerkelijk door Machapuchere over een bepaald jaar behaalde rendement. De rechtbank zal uitgaan van de jaarlijkse rendementen zoals door Machapuchere aangegeven en zij zal geen rekening houden met het rendement op effecten en de activa, zoals De Lier heeft betoogd, nu er geen aanleiding is om te veronderstellen dat bedoeld bedrag zou zijn aangewend voor aankoop van effecten dan wel activa. Voor het jaar 2001 zal het rendement op 0 gesteld worden, nu er dat jaar (een licht) verlies is geleden. Voor het jaar 2007 zal het rendement gesteld worden op de wettelijke rente ad 6%, nu het rendement over dat jaar niet bekend is.' Het arrest is opgenomen in NJF 2009/124, echter zonder de hiervoor weergegeven overweging.

bank Rotterdam hier maakt, op het eerste gezicht verdedigbaar toeschijnt en ook relatief eenvoudig lijkt. Naar mijn mening is echter zowel op de wijze van begroting van de schade als op de toerekening ervan aan de beslaglegger het nodige af te dingen.¹⁸² Zo is het de vraag of concrete investeringskansen met de beslaglegger zijn gedeeld op het moment dat deze zich voordeden.¹⁸³

Bij (bijvoorbeeld) industriële ondernemingen zal de schade als gevolg van de blokkade van een geldsom aanmerkelijk complexer zijn om te begroten. Daarbij rijzen bijvoorbeeld vragen of dit bedrag aangewend zou zijn als werkkapitaal/investering, aflossing, inkoop van eigen aandelen, enzovoort. Het is dan aan de beslagene om te stellen en te bewijzen hoe het (per saldo) geblokkeerde bedrag – het beslag weggedacht – zou zijn aangewend en wat daarmee letterlijk en figuurlijk zou zijn ondernomen. Anderzijds betekent dit dat de beslaglegger, wanneer de rechter door de beslagene aanknopingspunten voor de schadebepaling en toerekening worden aangereikt, deze voldoende gemotiveerd dient te betwisten.

Slaagt de beslagene hierin dan staat de omvang van de schade vast, maar is vervolgens de vraag of deze (geheel) aan de beslaglegger kan worden toegerekend op grond van artikel 6:98 BW. Ja, de beslaglegger neemt een bewust risico door conservatoir beslag te leggen. Maar tegelijkertijd dient voor hem ook de schade die hij mogelijk dient te vergoeden objectief voorzienbaar en waarschijnlijk te zijn. In algemene zin varieert de vereiste graad van waarschijnlijkheid naar gelang de omstandigheden van het geval, in het bijzonder naar gelang de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de gedraging en de daardoor geschonden normen.¹⁸⁴ De aard van de risicoaansprakelijkheid voor ten onrechte gelegd conservatoir beslag rechtvaardigt naar mijn mening een ruimhartige beoordeling van de vraag of aan het causaliteitsvereiste ex artikel 6:98 BW is voldaan, ten faveure van de beslagene.

182. Aanmerkelijk enthousiaster over het vonnis van de Rb. Rotterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH3196 is Molkenboer 2013, p. 23. Opnieuw leidt voortschrijdend inzicht hier tot een ander oordeel. Zie in dit verband ook par. 5.2.9.9. Zie voor een vergelijkbaar geval en een op het eerste gezicht wat omzichtiger benadering de (motivering van) voorwaardelijke verwijzing naar de schadestaatprocedure Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81, met name r.o. 4.37: '(...) De berekening van [A (van bedrijfsnaam 3)] is weliswaar te volgen en [eiseres sub 1] c.s. heeft voldoende onderbouwd dat zij projecten heeft misgelopen. Tot nu toe heeft [eiseres sub 1] c.s. echter onvoldoende onderbouwd gesteld dat, en in hoeverre [eiseres sub 2] door de (door [eiseres sub 3] en [eiseres sub 4]) gestelde zekerheden in haar leencapaciteit is beperkt en dat, als er inderdaad beperkte investeringsruimte was, [eiseres sub 2] die ruimte volgens haar normale bedrijfsmodel, voor de volle 100% zou hebben benut. Ten aanzien van deze aspecten is een verder debat nodig. Deze schadepost zal daarom in volle omvang worden verwezen naar de schadestaatprocedure. (...)'

183. En niet, zoals in het door de Rechtbank Rotterdam berechte geval, bij pleidooi in de schadevergoedingsprocedure, r.o. 5.4: '(...) Tijdens de pleidooizitting heeft Machapuchere haar stelling dat het bedrag waarop het beslag rustte door haar zou zijn gebruikt voor investeringen indien dit beslag er niet op zou hebben gelegen, nader onderbouwd. Zij heeft aangegeven dat zij een bedrag van 6 à 7 miljoen euro heeft geïnvesteerd in verschillende projecten. Zij verzorgt zelf de financiering van deze projecten omdat banken hierin niet willen investeren, gezien de landen waarin deze projecten plaatsvinden. Om financiële tegenvallers op te kunnen vangen en direct te kunnen investeren indien zich nieuwe investeringskansen voordoen, wordt door Machapuchere een zogenaamde "oorlogskas" aangehouden van rond 1 miljoen euro. Tijdens de pleidooizitting heeft Machapuchere twee concrete investeringskansen genoemd die zij heeft gemist doordat onderhavig beslag onder de Rabobank lag. (...) Toch vormen deze laat aangevoerde feiten een belangrijke bouwsteen voor de schadebepaling en toerekening omdat deze onvoldoende kunnen worden betwist.

184. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.6.2 (online, bijgewerkt 9 september 2018), onder verwijzing naar de in aant. 4.6.1 opgenomen jurisprudentie.

Maar dat betekent nog niet dat de beslaglegger niet in voorkomend geval met succes een beroep op het ontbreken van de causaliteit tussen de gevorderde schade en het beslag kan doen. Het betekent ook dat van de beslagene *gedurende het beslag* mag worden verwacht dat hij actief ‘de voorzienbaarheid voedt’ om de kans op vergoeding van schade te vergroten, door deze reeds dan te stellen en te motiveren.¹⁸⁵

Het is aan de beslagene aan te voeren welke schade hij vordert en waarom een bepaalde route voor de berekening dient te worden gevolgd.¹⁸⁶ Dat is geen eenvoudige opgave.

Wanneer vast komt te staan dat het corresponderende bedrag anders als reserve op een bankrekening zou zijn aangehouden is niet uitgesloten dat het beslag en de daaropvolgende bankgarantie de beslagene heeft behoed voor een negatief rendement. Bij het afronden van dit onderzoek was al enige jaren sprake van een bijzondere doch aanhoudende situatie op de financiële markten, waarbij banken ondernemingen een negatieve rente op (omvangrijke) creditsaldi vergoedden. Vergelijk in dit verband de volgende overweging van het Hof Den Haag, in het kader van de schatting van mogelijke beslagschade voor het bepalen van de zekerheid ex artikel 701 Rv:¹⁸⁷

‘18. De voorzieningenrechter heeft bovenop de kosten voor de instandhouding van de bankgarantie (dit bedrag is door de voorzieningenrechter bepaald op € 3.255.000,-) ook een bedrag in aanmerking genomen ter zake van – zo begrijpt het hof – misgelopen rendement. Deze schade heeft de voorzieningenrechter begroot op € 7.272.500,-, hoewel de voorzieningenrechter daarbij overwoog dat PZEM de gestelde te lijden schade niet met stukken had onderbouwd.

Ook in hoger beroep komt PZEM niet met een deugdelijke onderbouwing van de door haar als gevolg van mis te lopen rendement te verwachten schade. Zij sluit gemakshalve aan bij de wettelijke rente van 2% als vergoeding voor misgelopen rendement over de periode dat de bankgarantie in stand blijft.

Naar het oordeel van het hof kan de (hoogte van de) wettelijke rente niet als uitgangspunt genomen worden voor de begroting van het mis te lopen rendement. De wettelijke rente is een forfaitaire vergoeding verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom. Voor de vaststelling van de verschuldigde schadevergoeding wegens het leggen van een onrechtmatig gebleken beslag kan de wettelijke rente niet, en zeker niet zonder meer, tot uitgangspunt dienen. Voor de vaststelling van de geleden schade dient een vergelijking gemaakt te worden tussen de werkelijk be-

185. Zie in dit verband ook par. 5.2.9.9.

186. Vergelijk in dit verband het eveneens voor het arrest Forward/Huber gewezen arrest van het Hof Amsterdam van 26 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6135. Daarin was ter opheffing van een achteraf bezien onterecht beslag *f* 140.000 gedurende 4,5 jaar ten onrechte bij een notaris in depot gehouden. De rechtbank komt tot een min of meer hypothetische benadering door te oordelen dat de benadeelden alle goede en kwade kansen in aanmerking genomen, geen beter rendement hadden kunnen realiseren dan de depotrente. Het hof vernietigt en sluit onverkort aan bij de wettelijke verpagingsrente. Beide benaderingen komen als onjuist voor.

187. Hof Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576, JBPR 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen.

staande situatie en de situatie die er zou zijn geweest zonder het leggen van het beslag. Zonder enige serieuze onderbouwing van de resultaten die met het bedrag waarvoor de bankgarantie is gesteld gerealiseerd hadden kunnen worden door PZEM, kan het hof dan ook niet bepalen voor welk bedrag (aanvullende) zekerheid gesteld moet worden. Daarbij neemt het hof in aanmerking de – onweersproken – stelling van S’Energy dat een bedrag waarvoor de bankgarantie is gesteld “op de bank” geen rente genereert, zelfs een negatieve rente, aldus S’Energy. Dit een en ander leidt ertoe dat naar het oordeel van het hof de waarde van de door S’Energy te stellen (tegen)zekerheid moet worden bepaald op € 3.894.000,-.’

Hoe complex het bepalen van de schade als gevolg van de blokkade van een geldsom of het doen stellen van een bankgarantie is, blijkt ook uit het feit dat wanneer uiteindelijk de schade in een casus als deze dient te worden vastgesteld, het feit dat niet over een reserve kon worden beschikt ook andere negatieve consequenties kan hebben gehad. Bijvoorbeeld doordat hierdoor de financieringslasten hoger zijn geweest dan zonder het beslag het geval zou zijn geweest.¹⁸⁸

Een in de praktijk betrekkelijk eenvoudig te bewijzen schadepost betreft schade als gevolg van uitstel van geplande aflossing van een (hypothecaire) lening.¹⁸⁹ Ook dan is echter maatwerk vereist. Boetes die vanwege vervroegde aflossing verschuldigd waren geweest als de aflossing op het oorspronkelijk gewenste moment had plaatsgevonden, dienen in mindering te worden gebracht. Hetzelfde geldt voor het in de periode van het gelegde beslag (extra) genoten fiscale voordeel.

De schade als gevolg van het niet (eerder) kunnen beschikken over een geldsom kan ook op basis van een ‘lumpsum’ schatting van het daardoor ontstane nadeel worden bepaald. Na eigenbeslag op een transitievergoeding door een werkgever, wegens door de werkgever gevorderde opslagkosten waarvoor uiteindelijk geen grondslag bleek, werd de schade voor de betreffende werknemer begroot op € 7500.¹⁹⁰

5.6.4 Vijftiende knelpunt, proceskosten gerelateerd aan het onterechte beslag

5.6.4.1 *De voorrangsregel van de Hoge Raad*

De al dan niet vergeefse pogingen van de beslagene om het beslag op te heffen vormen op het eerste gezicht een schadepost die evident voor integrale vergoeding door de beslaglegger in aanmerking zou moeten komen. Die pogingen kunnen één of meer kort gedingen of (incidentele) vorderingen tot opheffing in de procedure in de hoofdzaak betreffen.

188. Zie hierna ook par. 5.6.13.

189. Zie Rb. Utrecht 12 juli 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY4046.

190. Rb. Amsterdam 12 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4359.

De vraag of deze kosten inderdaad bij wijze van schadevergoeding integraal kunnen worden toegewezen, dan wel dat deze exclusief behoren tot de proceskosten die op basis van het gebruikelijke liquidatietarief worden vastgesteld is door de Hoge Raad eenduidig beantwoord in zijn arrest *K/Rabobank* van 12 juni 2015.¹⁹¹

De casus die tot dit arrest heeft geleid is betrekkelijk overzichtelijk. Broers A en B zijn de erfgenamen van hun overleden ouders. Belangrijkste onderdeel van de erfenis van beide broers is het voormalige ouderlijk huis. De Rabobank heeft een vordering op broer B en legt hiervoor conservatoir beslag op het aandeel van broer B in deze onroerende zaak, die in de onverdeelde nalatenschap van beide broers valt. Hoewel het woonhuis het hoofdbestanddeel is van de nalatenschap had de bank voor de vordering op B conservatoir beslag dienen te leggen op *het aandeel van B in de onverdeelde nalatenschap*, in plaats van op het aandeel in de zaak zelf. De voorzieningenrechter heft dan ook op vordering van broer A het beslag op. De bank gaat van dit vonnis in hoger beroep, waarna partijen een schikking treffen voor de wijze waarop de verkoop van het woonhuis door broer A zal plaatsvinden en voor de door het beslag door A geleden schade. Van deze schikking worden echter uitdrukkelijk de door A gemaakte kosten voor rechtsbijstand in verband met de opheffing van het beslag uitgezonderd. A neemt namelijk geen genoegen met vergoeding van deze kosten op basis van het gebruikelijke liquidatietarief en vordert in een separate procedure integrale vergoeding hiervan. Het hof is in die procedure uiteindelijk van oordeel dat, hoewel vaststaat dat het beslag als onrechtmatig moet worden beschouwd, broer A inderdaad enkel een vergoeding van de proceskosten op basis van het liquidatietarief toekomt. Het verschil tussen dit tarief en de werkelijk gemaakte kosten blijft dus voor zijn rekening.

In cassatie kruisen twee lijnen die de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie heeft getrokken elkaar. In de eerste plaats de lijn die voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger door de Hoge Raad is gemarkeerd. Het gaat hierbij als bekend om de ‘risicoaansprakelijkheid’ voor de beslaglegger, waardoor

‘degene die een conservatoir beslag legt, voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade – bijzondere omstandigheden daargelaten – door hem moet worden vergoed, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld’.¹⁹²

De vraag hoe de omvang van de schadevergoeding na een ten onrechte gelegd beslag dient te worden bepaald is zoals hiervoor besproken in het arrest *Forward/Huber* uit 2011¹⁹³ door de Hoge Raad beantwoord. De Hoge Raad overwoog dat deze

191. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), JOR 2016/16, m.nt. G.J.P. Molkenboer. De bespreking van dit arrest in deze paragraaf is voor een groot deel ontleend aan laatstgenoemde annotatie.

192. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*), zie par. 3.2.3.

193. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*). Zie verder par. 5.5.

‘3.3. (...) moet worden berekend door met elkaar te vergelijken de situatie waarin laatstgenoemde [de beslagene, GM] als gevolg van de beslaglegging daadwerkelijk verkeert, en de situatie waarin zij zou hebben verkeerd als het beslag niet was gelegd en gehandhaafd.’

Kortom, de zogenoemde ‘hypothetische vergelijking’ is de basis voor de berekening van de schadevergoeding.

Dan de tweede lijn. Bij een vordering uit onrechtmatige daad komen bij voldoening buiten rechte in beginsel de volledige (advocaat)kosten voor rekening van de aansprakelijke partij, zo volgt uit artikel 6:96 lid 2 BW.¹⁹⁴ Wanneer over de vordering wordt geprocedeerd voorkomt artikel 241 Rv¹⁹⁵ jo. artikel 6:96 lid 2 sub c BW cumulatief van kosten en wordt de aanspraak op volledige kosten vervangen door – zakelijk weergegeven – het salaris van de advocaat op basis van het liquidatietarief. De kosten verschieten daarmee onherroepelijk van kleur. Hoewel het liquidatietarief de rechter niet bindt, wijkt deze hier in de praktijk zelden van af. De mogelijkheid daartoe is ook beperkt, nu de Hoge Raad als uitgangspunt heeft geformuleerd dat een integrale vergoeding van proceskosten alleen op zijn plaats is wanneer er sprake is van misbruik van procesrecht of anderszins onrechtmatig handelen in het kader van de procedure.

Het kruispunt van deze twee hiervoor besproken lijnen laat zich als volgt omschrijven. Van de ene kant komt de ‘risicoaansprakelijkheid’ na een ten onrechte gelegd beslag, met integrale vergoeding van de daardoor aan de beslaglegger toe te rekenen schade als uitgangspunt, van de andere kant het beginsel dat enkel in zeer uitzonderlijke situaties, waarin de procederende partij misbruik van (proces)recht maakt, sprake kan zijn van integrale vergoeding van proceskosten. De voorrangsregel die de Hoge Raad in dit arrest *K/Rabobank* formuleert, is helder: het beginsel dat behoudens bijzondere omstandigheden proceskosten volgens het liquidatietarief worden begroot en toegewezen derogeert aan het uitgangspunt dat na een onrechtmatige daad die aan een ander kan worden toegerekend de daardoor ontstane schade volledig moet worden vergoed. Dit geldt ook voor proceskosten die in verband met de opheffing van een nadien onrechtmatig gebleken beslag zijn gemaakt.

De Hoge Raad gaat in dit arrest uitgebreid in op de wetsgeschiedenis die uiteindelijk tot het huidige artikel 241 Rv heeft geleid. Samengevat komt deze erop neer dat de wetgever bij de totstandkoming van het artikel bewuste, rechtspolitieke keuzes heeft gemaakt, onder meer om te voorkomen dat partijen te snel terugdeinzen voor procedures, uit vrees voor veroordeling tot betaling van omvangrijke integrale

194. Art. 6:96 BW: ‘1. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst. 2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking: a. redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht; b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid; c. redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. 3. Lid 2 onder b en c is niet van toepassing voor zover in het gegeven geval krachtens artikel 241 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn. (...)’

195. Art. 241 Rv: ‘Ter zake van verrichtingen waarvoor de in de artikelen 237 tot en met 240 bedoelde kosten een vergoeding plegen in te sluiten, zoals die ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak, kan jegens de wederpartij geen vergoeding op grond van artikel 96, tweede lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek worden toegekend, maar zijn alleen de regels betreffende proceskosten van toepassing. Dit artikel is niet van toepassing ter zake van kosten als bedoeld in artikel 96, vijfde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.’

proceskosten van de wederpartij.¹⁹⁶ De wetgever heeft daarbij aangegeven dat een volledige vergoedingsplicht wel denkbaar is, doch enkel in 'buitengewone omstandigheden (...) [waarbij] dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad.', aldus door de Hoge Raad geciteerd in r.o. 3.4.1 van zijn arrest. Wat in de casus die tot *K/Rabobank* heeft geleid wringt, is dat de oorsprong van de procedure niet is gelegen in een rechtsverhouding tussen beide procespartijen, maar het gevolg is van een (aldus het hof) 'technische fout' bij het door de bank gelegde beslag waarvan een derde het slachtoffer is geworden.¹⁹⁷

In meer algemene zin rijst de vraag hoe de rechtsgeschiedenis en de overwegingen van de Hoge Raad daarover zich verhouden tot gevallen waarin een derde ten onrechte in rechte wordt betrokken. Bij conservatoire beslagen kan dit voorkomen doordat per abuis op goederen van een derde beslag wordt gelegd. Uit deze jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat wanneer een partij een *vordering pretendeert* op een wederpartij en door de wijze van procederen onrechtmatig handelt of misbruik van recht maakt, integrale vergoeding van proceskosten mogelijk is; wanneer echter een derde *per abuis* in rechte wordt betrokken (er is niet eens een gepretendeerde vordering op die partij) niet. Dat komt wat onbevredigend voor.

In de praktijk komt de variant waarin een derde opheffing van een beslag vordert betrekkelijk weinig voor. De praktische betekenis van het arrest *K/Rabobank* ligt dan ook veeleer in de gevolgen voor situaties waarin na een ten onrechte gelegd beslag door de gewezen beslagene schadevergoeding wordt gevorderd. Tot dit arrest werd in de rechtspraak vaak als uitgangspunt genomen dat de advocaat- en proceskosten die direct gerelateerd waren aan het gelegde onrechtmatige beslag wél voor integrale vergoeding in aanmerking kwamen, althans vergoeding van een bedrag dat hoger lag dan het liquidatietarief.¹⁹⁸ Deze kosten betroffen dan (al dan niet geslaagde) pogingen het beslag te doen opheffen en de tijd besteed aan het onderhandelen over en opstellen van bankgaranties ter vervanging van het beslag. Dat deze kosten in de praktijk vaak uiteindelijk niet integraal werden toegewezen, kwam veelal doordat de advocaatkosten verbonden aan de behandeling van de hoofdzaak in de nota's niet goed konden worden onderscheiden van de kosten gerelateerd aan het beslag.¹⁹⁹ Daarmee konden deze kosten niet adequaat worden begroot dan wel geschat op de voet van artikel 6:97 BW.

De door de Hoge Raad in *K/Rabobank* geformuleerde voorrangsregel komt in het domein van de schadevergoeding na onrechtmatig beslag onbevredigend voor. De vraag dringt zich op wat de door de Hoge Raad voor het bepalen van de omvang van de schade na een ten onrechte gelegd beslag geformuleerde 'hypothetische vergelijking' waard is, wanneer feitelijk de enige posten waar wat betreft causaliteit en toerekenbaarheid weinig op is af te dingen standaard een afslag ondergaan. Daarnaast is het verdedigbaar dat het maken van proceskosten voor pogingen om het beslag te doen opheffen voortvloeien uit de schadebeperkingsplicht van artikel

196. Zie ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent sub 2.11 en Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36.

197. Hierbij moet wel worden aangetekend dat op de status 'derde' van broer A in deze specifieke casus het nodige is af te dingen. Partijen waren bij de wijze van verkoop van het woonhuis hoe dan ook tot elkaar veroordeeld, hetgeen ook tot de pragmatische schikking heeft geleid.

198. In deze zin bijvoorbeeld Rb. Limburg 10 april 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ6930 en Rb. Middelburg 20 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BX9914.

199. Zie in dit verband Hof 's-Hertogenbosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883 en Rb. Utrecht 12 juli 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY4046.

6:101 BW.²⁰⁰ Verder staat de uitkomst op gespannen voet met het beginsel dat de kosten van redelijk handelen ter beperking van schade dat niet alleen niet tot resultaat leidt, maar zelfs de schade vergroot, in beginsel toch door de dader vergoed dienen te worden.²⁰¹ Hiermee valt moeilijk te rijmen dat de beslagene achterblijft met een substantieel gedeelte van de door hem gemaakte kosten, gerelateerd aan pogingen om het onrechtmatige beslag opgeheven te krijgen. Is het dan wel zo redelijk deze kosten op basis van het liquidatietarief te begroten? In zijn annotatie bij dit arrest²⁰² merkt Krans op dat het feit dat de vergoeding niet volledig is, nu eenmaal inherent is aan het Nederlandse systeem van vergoeding van proceskosten. Hoewel verdedigbaar is dat proceskosten voor pogingen om het beslag op te heffen voorvloeien uit de schadebeperkingsplicht, legt dat wat hem betreft onvoldoende gewicht in de schaal om de schadevergoeding na onrechtmatig beslag zonder meer te scharen onder de uitzondering ‘bijzondere omstandigheden’ die integrale vergoeding van proceskosten rechtvaardigen. Naast de schadebeperkingsplicht als rechtvaardiging voor integrale vergoeding zou echter ook de ‘hypothetische vergelijking’ zwaar(der) mee moeten wegen. De kern van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Forward/Huber*²⁰³ luidt immers:

‘3.3. (...) de dientengevolge verschuldigde schadevergoeding moet worden berekend door met elkaar te vergelijken de situatie waarin laatstgenoemde [de beslagene, GM] als gevolg van de beslaglegging *daadwerkelijk* [curs. GM] verkeert, en de situatie waarin zij zou hebben verkeerd als het beslag niet was gelegd en gehandhaafd.’

Deze passage kan worden gelezen als de verplichting voor de beslaglegger om de beslagene zodanig te compenseren dat hij in de toestand wordt gebracht ‘als ware er geen beslag geweest’. Vergelijk in dit verband ook het arrest *Griffioen/De Groot* uit 2013,²⁰⁴ hiervoor besproken in paragraaf 5.5.4, waarin de Hoge Raad overweegt:

‘3.5. (...) In beginsel dient de schadevergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.’

Pogingen om aanspraak te maken op volledige vergoeding van proceskosten worden in voorkomend geval ook wel (zij het doorgaans zonder succes) gebaseerd op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.²⁰⁵ Dat artikel omschrijft het eigendomsrecht

200. Zie in dit verband ook par. 5.2.9.2.

201. Zie in dit verband HR 5 oktober 1979, NJ 1980/43, m.nt. G.J. Scholten (*Tauber/Verhey*).

202. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans, sub 12 (*K/Rabobank*).

203. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

204. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*).

205. Art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM: ‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van inter-

als een fundamenteel recht.²⁰⁶ Toegepast op het conservatoir beslag zou kunnen worden betoogd dat het (achteraf gezien terecht) opkomen tegen een inbreuk op dat eigendomsrecht volledig, of in elk geval ruimer, zou dienen te worden vergoed. Mijn belangrijkste kritiek op de door de Hoge Raad geformuleerde voorrangregel voor de kosten van de beslagprocedure(s) na onterecht gelegd beslag betreft het beroep op de wetsgeschiedenis en in het bijzonder de daarin geformuleerde rechtspolitieke keuzes. Naar mijn mening wordt hierbij onvoldoende gewicht toegekend aan het feit dat in de rechtsgeschiedenis primair aandacht is besteed aan de onwenselijkheid dat partijen door het risico van een volledige proceskostenveroordeling terugdeinzen voor het *voorleggen van dat geschil aan de rechter*.²⁰⁷ Een gevolg daarvan zou kunnen zijn dat partijen het er gefrustreerd bij laten zitten, dan wel voor eigen rechter gaan spelen. Verdedigbaar is dat de beslissing *om al dan niet conservatoir beslag voor een betwiste vordering te leggen* een daarvan losstaande, zelfstandige beslissing is met een eigen beoordelingskader.

De Hoge Raad plaatst beide beslissingen zelf *in algemene zin wél* in een fundamenteel ander beoordelingskader. Waar het aanhangig maken van een procedure slechts in zeer uitzonderlijke situaties als misbruik van procesrecht heeft te gelden is het onterecht leggen van conservatoir beslag ‘zonder meer’ onrechtmatig.

‘Volledige’ vergoeding van de advocaatkosten verbonden aan het beslag zelf heeft noch directe noch wezenlijke invloed op de toegang tot de rechter.²⁰⁸ Los van de inhoudelijke argumenten tegen de vergoeding op basis van het liquidatietarief,

nationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

206. Vergelijk Ekelmans 2004, p. 164.

207. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6) p. 36: ‘(...) Daarbij verdient aandacht dat de toekenning van proceskosten niet gelijkgesteld mag worden met de toekenning van schadevergoeding als bedoeld in afdeling 6.1.9 Nieuw B.W. Dat de verliezende partij in de proceskosten pleegt te worden veroordeeld, vindt immers niet zijn grond in een verplichting tot schadevergoeding, maar in andere overwegingen die zich aldus laten samenvatten, dat het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen, kan meebrengen dat het gerechtvaardigd is de kosten van het geding, voor zover zij niet ten laste van de overheid blijven, over partijen te verdelen op een wijze waarbij aan overwegingen van procesrisico en procesbeleid mede betekenis wordt toegekend, onder meer om te voorkomen dat de voormelde vrijheid door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou worden gebracht; men zie van Rossem-Cleveringa I, aant. 2 bij artikel 56. Dit kan verklaren waarom de proceskosten waarin de verliezende partij veelal wordt veroordeeld vaak geen volledige vergoeding opleveren van hetgeen de winnende partij aan het proces ten koste heeft gelegd. (...)’ Ook in het arrest HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, JBP 2018/3, m.nt. P.M. Vos, beroept de Hoge Raad zich op deze wetsgeschiedenis (r.o. 5.3.3). In dit arrest heeft de Hoge Raad – zakelijk weergegeven – bepaald dat ook een gedaagde zodanig misbruik van procesrecht kan maken dat vergoeding in de werkelijke proceskosten volgt.

208. Zie in dit verband de stelling van J.L.R.A. Huydecoper in ‘Wat mag recht kosten?’, in: J.L.R.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena (red.), *De prijs van het gelijk. Een kritische bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 19: ‘Voor beperking van de kosten waarop een winnende procespartij aanspraak kan maken, is alleen dan grond, als men meent dat dat een wezenlijke bijdrage levert aan de toegang tot de rechter. Als men meent dat dat niet het geval is – bijvoorbeeld omdat de “toegangsnadelen” voor de winnende partij de “toegangsvoordelen” voor de verliezende partij in evenwicht houden – zou men moeten kiezen voor een systeem met als uitgangspunt, dat redelijkerwijs gemaakte kosten van vaststelling van aansprakelijkheid en verhaal in volle omvang voor vergoeding in aanmerking komen. Ter wille van de eenvoud en hanteerbaarheid kan een dergelijk systeem ook met forfaitaire vergoedingsbedragen “werken”.’

kan het verschil tussen liquidatiekosten en ‘volledige’ kosten verbonden aan het voeren van een kort geding tot opheffing van beslag in dit opzicht bezwaarlijk als materieel worden beschouwd.

5.6.4.2 *Bijzondere omstandigheden*

De Hoge Raad gaat in het arrest *K/Rabobank* als gezegd uitgebreid in op de wetsgeschiedenis die uiteindelijk tot het huidige artikel 241 Rv heeft geleid. Samengevat komt deze erop neer dat de wetgever bewuste, rechtspolitieke keuzes heeft gemaakt, onder meer om te voorkomen dat partijen te snel terugdeinzen voor procedures, uit vrees voor veroordeling tot betaling van omvangrijke integrale proceskosten van de wederpartij. De wetgever heeft daarbij aangegeven dat een volledige vergoedingsplicht wel denkbaar is, doch enkel in ‘buitengewone omstandigheden (...) [waarbij] dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad.’, aldus geciteerd in r.o. 3.4.1 van het arrest. In de praktijk wordt na dit arrest ook getoetst of van dergelijke bijzondere omstandigheden sprake is.²⁰⁹

Een voorbeeld van ‘buitengewone omstandigheden (...) [waarbij] dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad’, waardoor advocaatkosten integraal voor vergoeding in aanmerking komen, lijken bijvoorbeeld de kosten in verband met het weigeren van teruggave van een bankgarantie ondanks (onherroepelijke) afwijzing van de vordering van de beslaglegger te zijn.²¹⁰

In een andere bijzondere casus – zie hiervoor verder paragraaf 6.2.4 – werd niet de beslaglegger zelf maar zijn advocaat veroordeeld tot integrale vergoeding van de proces- en beslagkosten.²¹¹ In een bestuursrechtelijke procedure tussen Belastingdienst en een belastingplichtige, waarbij ook onterechte beslagen waren gelegd, werd de Belastingdienst verplicht om de proces- en beslagkosten integraal te vergoeden.²¹²

Deze ‘bijzondere omstandigheden’ in het kader van de vergoeding van proceskosten dienen overigens goed te worden onderscheiden van de ‘bijzondere omstandigheden’

209. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2174, *NJF* 2016/251, r.o. 5.4: ‘Van bijzondere omstandigheden die een inbreuk op voorgaande voorrangregel rechtvaardigen (zoals willens en wetens -doen- leggen van onrechtmatig beslag of een andere vorm van misbruik van procesrecht) is naar het oordeel van het hof niet gebleken.’ Zie verder par. 4.4.2 voor een uitgebreide bespreking van dit arrest. In dezelfde zin: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2409.

210. Vergelijk Rb. Middelburg 20 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BX9914. Ook in de casus die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Overijssel van 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4056, *PrG* 2019/4 werden advocaatkosten (grotendeels) toegewezen, zelfs voor de procedure in de hoofdzaak. Deze kent echter bijzondere elementen waaronder het feit dat voor de (niet bestaande) vordering waarvoor beslag was gelegd ook (vergeefs) het faillissement was aangevraagd en beslagene zich later genoodzaakt zagen toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen aan te vragen omdat zij het kennelijk niet langer konden opbrengen zich tegen de verschillende procedurele stappen, waaronder een dreigende nieuwe faillissementsaanvraag, te verweren. Zie verder r.o. 5.18 en r.o. 5.19 van dit vonnis.

211. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101, *RvdW* 2018/843.

212. Zie Hof Den Bosch 17 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ0674, *NTR* 2009/1481. Het hof oordeelde dat de kosten gemaakt in verband met de invorderingsprocedure weliswaar niet onder de schade onder art. 8:75 Awb (proceskosten) vielen doch wel onder art. 8:73 Awb (schadevergoeding bij grondheid van beroep) konden worden gerubriceerd. Integrale vergoeding werd gemotiveerd door de bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder een door de Inspecteur onvoldoende weerlegd gesteld misbruik van de bevoegdheden van de Belastingdienst.

die aan verplichting tot vergoeding na onterecht conservatoir beslag in de weg kunnen staan, zie verder paragraaf 3.6.

5.6.4.3 Vergoeding werkelijke kosten als norm, de Handhavingsrichtlijn

De gedachte dat de beslagene die een inbreuk heeft gehad op zijn eigendomsrecht door een onterecht beslag ‘volledig’ moet worden gecompenseerd voor proceskosten is zo vreemd nog niet. In dit verband verdient de vergoeding van redelijke en evenredige proceskosten op grond van artikel 1019h Rv vermelding. Dit artikel regelt veroordeling in de kosten in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom die worden omschreven als ‘redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt’. Dit artikel is opgenomen na artikel 1019g Rv, dat een speciale bepaling bevat voor de schadevergoedingsplicht na een onterechte (bewarende) maatregel die IE-rechten heeft getroffen. Artikelen 1019g en h Rv zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen ter uitvoering van het bepaalde in artikel 14 Richtlijn 2004/48/EG van het Europese Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn).²¹³

Voor de uiteindelijke bepaling van de (redelijke) werkelijke kosten wordt door rechtbanken, hoven en de Hoge Raad gebruikgemaakt van zogenoemde indicietarieven.²¹⁴ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft deze praktijk gesancioneerd.²¹⁵ Waar aanvankelijk de deur voor *volledige* proceskostenveroordelingen in IE-zaken min of meer openstond, is deze in de loop der jaren wat meer dichtgetrokken in de richting van *redelijke* kosten.²¹⁶

5.6.4.4 Vergoeding werkelijke kosten als uitgangspunt, ontwikkelingen

Voor de hiervoor besproken lijn kan worden betoogd dat deze beperkte werking kent, namelijk binnen het terrein van handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. Dat neemt niet weg dat de gedachte dat partijen die worden geconfronteerd met inbreuken op hun vermogen en/of tijdelijke maatregelen waaraan de rechtsgrond komt te ontvallen volledige compensatie verdienen, op steeds meer terreinen aan kracht wint. In dit verband kan worden verwezen naar de Richtlijn Bedrijfsge-

213. Zie verder par. 2.7.2.

214. Indicietarieven in IE-zaken, gepubliceerd op rechtspraak.nl, geraadpleegde versie 1 april 2017. Met deze tarieven wordt, aldus het voorwoord op de eerste pagina, beoogd om voor ‘alle procespartijen de voorspelbaarheid van het kostenrisico te vergroten en daarmee de toegang tot de rechter te waarborgen’.

215. HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video Properties*). In dat arrest zijn de voorwaarden omschreven waaraan een systeem van forfaitaire tarieven moet voldoen.

216. Zie in dit verband ook HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721, NJ 2018/428, m.nt. D.W.F. Verkade (*Becton/Braun*). In dit arrest ging het primair om de vraag of de ‘volledige’ vergoeding van proceskosten ook betrekking had op een ontvankelijkheidsverweer (overschrijding van de cassatietermijn). Deze vraag werd, met enige (gemotiveerde) aarzeling, door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Voor deze paragraaf is met name de vingerwijzing voor de verwijzing in r.o. 3.3.10 interessant waarin de Hoge Raad overweegt: ‘Opmerking verdient dat slechts redelijke en evenredige kosten voor vergoeding in aanmerking komen, en dat ook deze kosten buiten beschouwing mogen worden gelaten voor zover de billijkheid zich tegen de vergoeding ervan verzet.’

heimen.²¹⁷ In het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn²¹⁸ is de navolgende bepaling opgenomen:

‘Artikel 1019ie: Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, kan de rechter de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordelen in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.’

Toevoeging van dit artikel is bij wege van amendement voorgesteld door Tweede Kamerlid Veldman en door de Tweede Kamer overgenomen. Op vragen van de Eerste Kamer over dit artikel antwoordt de minister in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer als volgt.²¹⁹

‘(...) De proceskostenregeling in artikel 1019ie is geïnspireerd op artikel 1019h Rv, waarin artikel 14 van de EU-richtlijn inzake de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten is geïmplementeerd. Daarin is deze ruime proceskostenveroordeling voor de in het ongelijk gestelde partij echter dwingend voorgeschreven. Dat is een belangrijk verschil met de regeling in artikel 1019ie dat door de rechter kan worden toegepast en dus de mogelijkheid geeft om af te wijken van de hoofdregel in de proceskostenveroordeling, die uitgaat van het liquidatietarief. (...) Zoals ook blijkt uit de toelichting bij het bedoelde amendement van het lid Veldman en zijn reacties op de opinie van Charlotte Vrendenbarg²²⁰ is de doelstelling van artikel 1019ie vooral te voorkomen dat MKB-bedrijven (maar ook andere houders van bedrijfsgeheimen) die in een inbreukzaak in het gelijk worden gesteld wegens een flagrante inbreuk op hun bedrijfsgeheimen, met de proceskosten blijven zitten.’

De richtlijn is uiteindelijk geïmplementeerd door invoering van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, in werking getreden op 23 oktober 2018. Daarbij zijn de artikelen 1019ia-1019ie Rv (titel 15A, Boek 3) aan het Wetboek van Rechtsvordering toege-

217. Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan.

218. *Kamerstukken I* 2017/18, 34 821, A Gewijzigd voorstel van Wet 17 april 2018.

219. *Kamerstukken I* 2017/18, 34 821, C (MvA), 22 juni 2018.

220. C.J.S. Vrendenbarg, ‘Bescherming bedrijfsgeheimen mkb en start-ups met nieuwe wet niet geborgd, Kleinere spelers riskeren veroordeling tot betaling volledige advocatenkosten van winnaar’, *Het Financieel Dagblad* 24 april 2018, p. 9. Zie overigens voor een algemeen pleidooi tot brede toepassing van proceskostenveroordelingen op basis van redelijke, werkelijke kosten A. van Campen & Anna Kitslaar, ‘Laat partijen niet zitten met proceskosten’, *Het Financieel Dagblad* 17 juli 2018, p. 9. Zij pleiten juist voor een brede(re) toepassing van het in het wetsvoorstel opgenomen art. 1019ie Rv en noemen als voorbeelden procedures over wanprestatie, bestuurdersaansprakelijkheid en aandeelhoudersgeschillen. Een ruimere mogelijkheid tot het toekennen van proceskostenveroordelingen gekoppeld aan een billijkheidstoets zou naar hun mening ook buiten de Wet bescherming bedrijfsgeheimen toepassing verdienen.

voegd.²²¹ Artikel 1019ie Rv is daarbij conform de hiervoor aangehaalde tekst ingevoerd.

5.6.4.5 *Advieskosten*

Advieskosten moeten scherp van proceskosten worden onderscheiden. Zeker wanneer de financiële belangen hoog zijn en de complexiteit groot, is het voorstelbaar dat de beslagene zich laat adviseren hoe te handelen om zijn schade zo veel mogelijk te beperken, bijvoorbeeld door verschillende zekerheden te stellen ter opheffing van het beslag en daartoe verschillende opties te onderzoeken.²²² Het is niet uitgesloten dat deze kosten later voor vergoeding in aanmerking komen, al is met name voor de kosten van een advocaat die hierover adviseert van belang dat deze kosten zodanig inzichtelijk zijn gemaakt, dat deze van de kosten voor het voeren van procedures (inclusief de procedures tot opheffing van beslagen) zijn te onderscheiden.²²³ Op dezelfde voet dienen advieswerkzaamheden van accountants en administrateurs van hun reguliere werkzaamheden te kunnen worden onderscheiden. Daarnaast is het niet redelijk de beslaglegger te belasten met (extra) advieskosten, als deze zijn toe te schrijven aan een gebrekkige administratie.²²⁴

5.6.4.6 *Financieringslasten verweer tegen beslag*

Hoewel de proceskosten gerelateerd aan onterecht gelegd conservatoir beslag zelf in beginsel enkel voor vergoeding conform het liquidatietarief in aanmerking komen, wordt in de praktijk nog wel ruimte gezien om de *financieringskosten voor de advocaatkosten* wél ten laste van de beslaglegger te brengen.²²⁵

5.6.4.7 *Proceskosten in procedures tussen beslagene en derden, als gevolg van het beslag*

De kosten gerelateerd aan hoofdzaak en beslag(en) dienen scherp te worden onderscheiden van andere proceskosten die door een ten onrechte gelegd beslag zijn ontstaan. Het gaat hierbij om kosten die voortvloeien uit het onrechtmatige beslag, doch zijn gemaakt in procedures waarbij de beslaglegger geen partij is, bijvoorbeeld procedures waarin de beslagene zich verweert tegen vorderingen wegens door het

221. Wet van 17 oktober 2018, houdende regels ter uitvoering van Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *Stb.* 2018, 369.

222. Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, *NJF* 2019/81, zie met name r.o. 4.32. In casu werd een bedrag van ongeveer € 33.000 aan advocaatkosten (voorwaardelijk, als de vordering van beslaglegger (naar verwachting) integraal zou worden afgewezen) toegewezen.

223. Zie Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ6700, r.o. 6.7: 'Uit de specificatie blijkt echter niet of er sprake is van werkzaamheden die buitengerechtelijk van aard zijn en op die grond voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen, dan wel dat er sprake is van werkzaamheden in het kader van de aanhangige gerechtelijke procedure, die via een proceskostenveroordeling plegen te worden vergoed. In zoverre heeft [x] de gevorderde advieskosten onvoldoende onderbouwd. Deze zullen dan ook worden afgewezen.'

224. Vergelijk Rb. Rotterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4483, r.o. 4.52.

225. Vergelijk Rb. Rotterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4483, r.o. 4.55 t/m 4.57.

beslag vertraagde leveringen.²²⁶ Deze kosten zijn gemaakt om de schade voor de beslagene zo veel mogelijk te beperken, de beslagene voldoet hiermee aan zijn schadebeperkingsplicht. Artikel 6:96 lid 2a BW geeft de algemene grondslag voor vergoeding van dergelijke kosten, waarbij voor vergoeding daarvan niet is vereist dat de schade ook daadwerkelijk is voorkomen of beperkt.²²⁷ Ook de kosten van vergeefse procedures die door de beslagene tegen derden zijn gevoerd komen dus in beginsel voor vergoeding in aanmerking op basis van de redelijke, werkelijke kosten.

Tegen dit alles zou kunnen worden aangevoerd dat de Hoge Raad in het arrest waarin de ‘voorrangsregel’ is gedefinieerd na een onrechtmatig conservatoir beslag²²⁸ enkel in algemene zin verwijst naar artikel 6:96 lid 2 BW en geen expliciet onderscheid maakt tussen de onderdelen daarvan. Nu uitsluitend in artikel 6:96 lid 2 sub c BW de verbinding met artikel 241 Rv wordt gelegd en deze verbinding is beperkt tot ‘de kosten onder b en c’ acht ik het verdedigbaar dat, gelet ook op de inhoud en rationale van de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest, integrale vergoeding van kosten die door de beslagene in verband met een onrechtmatig beslag in procedures tegen derden zijn gemaakt tot de mogelijkheden blijft behoren. Wanneer de beslagene door het beslag in een procedure met een derde verzeild is geraakt (bijvoorbeeld doordat hij een goed niet tijdig kon leveren), lenen de advocaatkosten in die procedures zich mijns inziens in beginsel voor integrale vergoeding.²²⁹

5.6.4.8 Tussenconclusies advocaat- en proceskosten

De Hoge Raad is duidelijk over de vraag of kosten verbonden aan pogingen om het beslag opgeheven te krijgen integraal dienen te worden vergoed: dit is niet het geval. Het huidige stelsel van wetsgeschiedenis, wetssystematiek en jurisprudentie biedt geen ruimte om beslagene na een onterecht beslag volledig te compenseren voor proceskosten die rechtstreeks met dat onterechte beslag verband houden. Dat is onbevredigend, omdat de beslagene door tegen het beslag te ageren invulling geeft aan zijn schadebeperkingsplicht, maar verdraagt zich ook moeilijk met het uitgangspunt dat de beslagene zodanig dient te worden gecompenseerd dat hij in de toestand wordt gebracht ‘als ware er geen beslag geweest’. Bovendien rijst de vraag hoe het achterwege blijven van volledige compensatie van juist deze proceskosten zich verhoudt tot artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Ten slotte – en niet onbelangrijk – gaat hier een prikkel verloren voor de (potentiële) beslaglegger om in zijn afwegingen of en hoe conservatoir beslag te leggen c.q. mee te werken aan verlaging of gedeeltelijke vrijgave van beslagen goederen na het beslag, het risico op integrale vergoeding van proceskosten gerelateerd aan het beslag mee te laten wegen. Een alternatief zou kunnen zijn om – vergelijk ook paragraaf 5.5.2 – een forfaitair bedrag vast te stellen voor vergeefse kort gedingen tot opheffing van achteraf bezien

226. Zie voor een voorbeeld waarin kosten van de beslagene, gemaakt in een door een derde aanhangig gemaakte procedure die zijn oorsprong vindt in het gelegde beslag, voor vergoeding in aanmerking komen Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ6700.

227. Parl. Gesch. Boek 6, p. 334-335.

228. Zie par. 5.8.4.1 en HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), JOR 2016/16, m.nt. G.J.P. Molkenboer.

229. Zie in dit verband Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ6700.

onterechte beslagen, dat in elk geval aanzienlijk hoger ligt dan het gewone liquidatietarief, om het evenwicht op dit punt te verbeteren.

5.6.5 Schade doordat een transactie geen – of pas later – doorgang heeft kunnen vinden

Door het conservatoir beslag kunnen overeengekomen leveringen van goederen, zoals aandelen in vennootschappen of onroerende zaken, later hebben plaatsgevonden of zijn deze niet doorgegaan.

Vaak stranden hierop gebaseerde vorderingen omdat onafhankelijk van het beslag nog andere omstandigheden levering verhinderden, waaronder het niet voldoen aan bepaalde opschortende voorwaarden.²³⁰

Voor enig perspectief op vergoeding van schade moet allereerst sprake zijn van een *concrete voorliggende transactie*. Bij beslag op onroerende zaken, in het bijzonder wanneer dit het woonhuis betreft, is het in het algemeen niet zonder meer voor de hand liggend dat door het beslag materiële schade wordt geleden.²³¹ Toch wordt door beslagenen vaak (vergeefs) geprobeerd om op basis van ‘verhuisplannen’ en ‘geïnteresseerde kopers’ een vordering geldend te maken.²³² De gemiste transactie (en de daarbij te behalen winst) moet concreet zijn. Het enkele feit dat er gegadigden met interesse voor aankoop van een beslagen pand waren, is onvoldoende.²³³

Wanneer er wel aantoonbaar een transactie door het conservatoir beslag geen doorgang heeft kunnen vinden kan schadevergoeding worden gevorderd. Mits goed gedocumenteerd kan zelfs een *mogelijke* transactie voor vergoeding op basis van gederfde winst in aanmerking komen.²³⁴

Een transactie kan ook door het beslag zijn uitgesteld. De schade kan dan onder meer bestaan uit langere (financierings)lasten.²³⁵ Ook extra onderhoudskosten, verzekeringen en langer doorlopende verplichtingen kunnen dan voor vergoeding in aanmerking komen.²³⁶ Hetzelfde geldt voor de consequenties van een latere aflossing van een rekening-courantverhouding tussen directie en vennootschap en (extra) afschrijvingen op goederen, als gevolg van het feit dat de transactie als gevolg van het beslag later is geëffectueerd dan anders het geval zou zijn geweest.²³⁷

230. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7247.

231. Tenzij dit beslag leidt tot (executie)maatregelen van derden, zoals de hypotheekhouder.

232. Zie in dit verband Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883.

233. Vergelijk Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 4 oktober 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:64.

234. Vergelijk Rb. Rotterdam 27 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6048. Het businessmodel van de beslagene bestond eruit tweedehandsbouwkransen te kopen in Duitsland en deze vervolgens door te verkopen aan geïnteresseerden in de VS. De aankoopkosten en vervoerskosten dienden te worden voorgefinancierd; door het beslag was deze voorfinanciering onmogelijk geworden. Deze e-mail aan beslagene leidde tot de conclusie dat deze transactiekans voldoende concreet was: ‘(...) think this is a crane worth moving forward on. (...) 2006 Grove GML 5200 630,000 x 1.47 = \$ 925,000 This price includes all cost in Europe and “FOB” Bremerhaven port. In Houston and ready to sell at \$ 970,000 apx Resell for \$ 1,250,000 Net profit \$ 250-275,000 apx (...) Let me know what you think. Grove has crane on hold for us till Monday (...)’

235. Vergelijk Rb. Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN0289.

236. Rb. Rotterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO8920.

237. Rb. Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN0289.

5.6.6 Schade wegens gederfde winst

‘Wanneer iemand beweert, dat een onrechtmatige daad hem schade berekend heeft, hierin bestaande dat een voor hem voordeelige handeling niet geschied is, welke zonder de onrechtmatige daad wel zou geschied zijn, dan staat hij steeds voor een bewijs, dat streng genomen niet te leveren is. Men kan hier nooit verder dan een groote mate van waarschijnlijkheid komen (...).’²³⁸

Op grond van artikel 6:96 lid 1 BW omvat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst. Bij geleden verlies gaat het om vermindering van vermogen dat men had, terwijl het bij winstderving gaat om het niet-verkrijgen van een vermogensvermeerdering die men verkregen zou hebben.

Reeds voor het arrest *Forward/Huber*²³⁹ is – voor de schade na executie van een later vernietigde uitspraak – bepaald dat gederfde winst door de gewezen beslaglegger dient te worden vergoed en wel in de arresten *Tauber/Verheij*²⁴⁰ en *Ciba Geigy/Voorbraak*.²⁴¹ In het arrest *Ciba Geigy/Voorbraak* had het hof geoordeeld dat de schade die Voorbraak door de executie had geleden bestond uit het verliezen van een kans op het behalen van voordeel. Die kans was cijfermatig onderbouwd en het hof had daar een waarde aan toegekend. Ciba Geigy had vervolgens in cassatie betoogd dat het hof hiermee een onjuiste maatstaf had aangelegd omdat de lat voor vergoeding van gemist voordeel hoger zou moeten liggen. Ciba Geigy formuleerde in haar cassatiemiddel deze lat als *de vraag of het voordeel ook zonder de onrechtmatige daad behaald zou zijn*. De Hoge Raad verwerpt dit cassatiemiddel met als belangrijkste overweging:

‘3.8. (...) daarmee heeft het Hof niets anders willen zeggen dan dat aanmerkelijk is dat Voorbraak – als Ciba Geigy het verbod niet gehandhaafd had – ook “in de relevante periode” (evenals daarvoor) goederen als in deze procedure bedoeld van Top en de Haene zou hebben betrokken en met de import daarvan winst zou hebben gemaakt en dat de schade van Voorbraak bestaat uit het teloorgaan van die winstmogelijkheid, welke in het rapport van Vreijesen op het juiste bedrag is gewaardeerd. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.’

Omdat nooit met zekerheid kan worden vastgesteld dat zonder het onterecht gelegd beslag gederfde winst wél was gemaakt, moet een waarschijnlijkheidsberekening worden gemaakt. Volgens vaste rechtspraak komt voor vergoeding alleen in aanmerking de winst waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de benadeelde deze werkelijk zou hebben gemaakt als de onrechtmatige daad niet had

238. E.M. Meijers in zijn noot onder HR 5 november 1936, NJ 1937/250, m.nt. E.M. Meijers.

239. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

240. HR 5 oktober 1979, NJ 1980/43, m.nt. G.J. Scholten (*Tauber/Verheij*).

241. HR 16 november 1984, NJ 1985/547, m.nt. Heemskerck en Wichers Hoeth (*Ciba Geigy/Voorbraak*). Zie ook Van Rossum 1990, p. 145 en 146.

plaatsgevonden. Het gaat er daarbij niet om dat wordt nagegaan welke voordelen de benadeelde zou hebben kunnen genieten bij het achterwege laten van de onrechtmatige daad. In plaats daarvan dient onderzocht te worden welke schade, gezien de omstandigheden van het concrete geval, als een redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad (het onterechte beslag) kan worden beschouwd.²⁴²

Om kans te maken schade wegens gederfde winst vergoed te krijgen is allereerst noodzakelijk dat de beslagene de rechter adequaat inzicht biedt in zijn businessmodel en marges.²⁴³ Hoe beter de beslagene daarin slaagt, hoe groter de kans dat de vordering wordt toegewezen.²⁴⁴ Factoren die bij de schatting van de gederfde winst een rol spelen, zijn onder meer de relevante markt, verwachte verkoopaantallen, afzetmogelijkheden, winstbijdrage en uiteraard kosten.

5.6.7 Schade als gevolg van verlies of gemiste winst op beleggingen

Schade als gevolg van waardedaling van de effecten waarop het beslag rustte, kan mogelijk worden opgevoerd als schade wegens onterecht beslag op die effecten. Het enkele feit dat deze effecten in de periode van het conservatoir beslag in waarde zijn gedaald is onvoldoende. Toch nemen beslagene veelal simpelweg het verschil tussen de waarde bij aanvang van het conservatoir beslag en die bij het einde ervan tot uitgangspunt. Dat is onjuist.

De beslagene zal met het bewijs worden belast dat er sprake is van causaal verband tussen de beslagen en de waardedaling. Zo dient de beslagene te bewijzen dat hij, indien er geen beslag was gelegd, zijn effecten op enig moment zou hebben verkocht waardoor hij geen, of een beperkter, koersverlies zou hebben geleden. Om aan de bewijslast te kunnen voldoen zal hij gedurende het beslag een hypothetische ‘schaduwportefeuille’ moeten opbouwen, als dossier en basis voor de uiteindelijk te vorderen schadevergoeding, door (telkenmale) concrete orders te formuleren en daarvoor (vergeefs) toestemming te vragen aan de beslaglegger. Een andere benadering zou erop neerkomen dat het *beleggingsrisico* gedurende het beslag bij de beslaglegger zou komen te liggen. Voor een dergelijke risicoverschuiving bestaat – ook na een onterecht gelegd beslag – geen rechtvaardiging. Dit zou leiden tot een loterij zonder nieten voor de beslagene.²⁴⁵ Een eventuele waardevermeerdering komt immers ook ten goede aan de beslagene. Het beslag kan hem evengoed weerhouden hebben van het uitvoeren van achteraf bezien ongunstige verkoopplannen.

242. Vergelijk Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693, IER 2015/6, m.nt. J.C.S. Pinckaers, met name r.o. 4.4. Zie in dit verband ook de opmerkingen over de toerekening op de voet van art. 6:98 BW en de voorzienbaarheid van de schade voor de beslaglegger in par. 5.6.3.

243. Zie voor een geslaagd voorbeeld Rb. Rotterdam 27 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6048, met name r.o. 4.5.2. Vergelijk ook Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81. Weliswaar vindt daar (voorwaardelijke) verwijzing naar de schadestaatprocedure plaats, maar het inzicht dat is geboden draagt aan die verwijzing bij, zie r.o. 4.37 van dit vonnis.

244. Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693, IER 2015/6, m.nt. J.C.S. Pinckaers en Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8040.

245. NB De hypothetische schadevergelijking zoals bij (rechtstreekse) fouten *die het vermogensbeheer zelf betreffen*, is dus niet aan de orde, vergelijk HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95, JOR 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen.

Een betwisting van deze bewijslast leidde tot de volgende overwegingen van het Hof Den Bosch in zijn arrest van 24 juli 2012:²⁴⁶

‘4.14. (...) Op zich is het juist dat op de beslaglegger een risicoaansprakelijkheid rust indien de vordering waarvoor beslag is gelegd geheel ongegrond is (...) Dat wil nog niet zeggen dat de opgevoerde schadepost ook voor toewijzing in aanmerking komt. Daarvoor dient vastgesteld te worden dat de gestelde schade zich voordoet. Met betrekking tot de bewijslastverdeling beroept de man zich kennelijk op de zogenaamde omkeringsregel. Voor toepassing van de omkeringsregel is volgens vaste rechtspraak plaats indien door een als onrechtmatige daad aan te merken gedraging een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit gevaar zich vervolgens verwezenlijkt. In dat geval is het oorzakelijk verband tussen de gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. Ook hierbij geldt dat allereerst vastgesteld dient te worden dat de gestelde schade zich voordoet. Naar het oordeel van het hof is dat niet zonder meer het geval. Het enkele gegeven dat de waarde van de effecten is gedaald in de periode dat daarop beslag lag, is daarvoor onvoldoende. Schommelingen in de waarde zijn inherent aan effecten en het feit dat deze op het ene moment meer waard zijn dan op een ander moment betekent nog niet dat sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Daarvan kan in een geval als dit sprake zijn wanneer de eigenaar van de effecten voornemens was deze te verkopen op een moment dat daarop beslag was gelegd en daartoe pas in de gelegenheid was op het moment dat het beslag was komen te vervallen en de waarde ervan inmiddels lager was. Wanneer de eigenaar van de effecten geen aantoonbare door het beslag gedwarsboemde verkoopplannen had, kan niet worden volgehouden dat hij schade heeft geleden. Dat zou betekenen dat het enkele feit dat hij de effecten tijdelijk niet kon verkopen, los van de vraag of hij dat ook van plan was, reeds tot schade heeft geleid. Die stelling kan op grond van hetgeen de man daartoe heeft aangevoerd, niet worden gevolgd. Het is daarom aan de man om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij de effecten voorafgaande aan de waarde-daling zou hebben verkocht. Daaraan heeft de man niet voldaan, zodat niet is komen vast te staan dat hij schade heeft geleden. De kwesties van de risicoaansprakelijkheid en de mogelijke toepassing van de omkeringsregel komen om die reden verder niet aan de orde.’

Hetgeen hiervoor is vermeld aangaande waardeverlies van effecten geldt mutatis mutandis ook voor vorderingen wegens gemist rendement, doordat gedurende het beslag geen aan- of verkopen konden worden gedaan.

246. Hof Den Bosch 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2910.

Er kan in het geheel geen schade worden gevorderd wanneer er sprake is van zogenoemde vrije hand vermogensbeheer en de beslaglegger ermee heeft ingestemd dat het normale beleggingsmandaat gedurende het beslag zou blijven gelden. De analogie met een 'varend beslag' dringt zich hier op.²⁴⁷ Wanneer een dergelijke afspraak niet is gemaakt omdat de beslaglegger dit heeft geweigerd en daardoor het actieve beheer van de portefeuille is gestaakt, kan de beslagene mogelijk wel schade vorderen. De beslagene zal dan gemotiveerd en gedocumenteerd moeten aantonen wat zijn beleggingsprofiel was, welke afspraken eventueel met de bank waren gemaakt over aan- en verkooptransacties en daarbij te respecteren marges, enzovoort. Dit zal in de praktijk een lastige opgave zijn.²⁴⁸

In dit verband verdient ook het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 maart 2019 nadere bespreking.²⁴⁹ Jachtstaete B.V. maakte deel uit van het Eurocommerceconcern. Op 4 november 2011 heeft Jachtstaete een bedrag van € 2.500.000 aan de Stichting Syanora betaald. In de zomer van 2012 zijn verschillende besloten vennootschappen die deel uitmaken van het Eurocommerceconcern achtereenvolgens in staat van faillissement verklaard. De curatoren in het faillissement van de verschillende vennootschappen van het Eurocommerceconcern hebben aanspraak gemaakt op terugbetaling aan Jachtstaete, op grond van onverschuldigde betaling. Deze vordering is door de Rechtbank Oost-Nederland in een uitvoerbaar verklaard verstekvonnis van 30 januari 2013 toegewezen. Op grond van dit vonnis diende de Stichting de betaling van € 2.500.000 aan de curatoren terug te betalen, vermeerderd met rente en kosten. Voor hun vordering hadden de curatoren conservatoir derdenbeslag gelegd onder de de bank van de Stichting, waardoor naast een rekening-courantsaldo en een effectenrekening ook een effectenportefeuille werd beslagen. De curatoren hebben die effectenportefeuille van de Stichting niet executoriaal verkocht op de in artikel 24 Wge voorgeschreven wijze.²⁵⁰ De deurwaarder heeft namens de curatoren de intermediair/derde-beslagene (de bank) enkel verzocht om per 1 maart 2013 een gedeelte van de effectenportefeuille uit te leveren door dit gedeelte op naam van een notaris te stellen. De notariële kwaliteitsrekening van deze notaris gold vanaf dat moment als de tegenrekening voor de opbrengsten van de effecten, die dus (nog) niet werden geliquideerd. De waarde van de betrokken effecten uit de effectenportefeuille bedroeg op het moment van overschrijving ongeveer € 850.000. Deze waarde correspondeerde met het bedrag dat de curatoren nodig hadden om, naast uitwinning van de andere vermogensbestanddelen, hun bij verstek toegewezen vordering te kunnen verhalen. Door de effecten wel over te schrijven, maar niet te liquideren, laveerden de curatoren tussen de Scylla van mogelijke andere beslagen (de effecten behoorden door de overschrijving niet

247. Bij een varend beslag wordt het de beslagene toegestaan (eventueel onder bepaalde beperkende voorwaarden) met een beslagen schip te blijven varen zodat het schip niet aan de ketting hoeft te worden gelegd.

248. Zie in dit verband ook Rb. Arnhem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV8586.

249. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1996, JOR 2019/142, m.nt. G.J.P. Molkenboer. De bespreking in deze paragraaf is ontleend aan deze annotatie.

250. Executoriaal beslag op een aandeel in een verzameldepot kent een erg beknopte regeling in art. 24 Wge, door het hof in r.o. 5.5 geciteerd. Zie over de dogmatische en praktische problemen die dit met zich meebrengt onder meer Asser/De Serië 2-IV/714-718 (bijgewerkt 1 december 2017) en B.F.L.M. Schim, 'Enkele knelpunten bij beslag op girale effectentegoeden', in: N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke & C. Rijckenberg (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 203-224.

langer tot het vermogen van de Stichting, het verhaalsrecht van de curatoren was exclusief geworden) en de Charybdis van mogelijke aansprakelijkheidsrisico's (doordat nog geen liquidatieverkoop plaatsvond, vloeide de waarde van de effecten nog niet onherroepelijk in de faillissementsboedel). Wanneer de curatoren na het verstekvonnis de aandelen in het verzameldpot niet enkel hadden 'overgeschreven' doch meteen geliquideerd en dit vonnis dat zij zo ten uitvoer hadden gelegd zou later zijn vernietigd, dan zouden zij q.q. verplicht zijn geworden om de daardoor door de Stichting geleden schade te vergoeden.²⁵¹

Het feit dat sprake was van een verstekvonnis kan voor de curatoren extra reden voor prudentie zijn geweest. De wederpartij heeft dan geen mogelijkheid gehad om, voor de uitspraak of direct nadien, tegen de uitvoerbaarheid bij voorraad te ageren dan wel zekerheid te vorderen. Ook is dan de algemene rechterlijke afweging in de procedure zelf, over het verbinden van uitvoerbaarheid bij voorraad aan de vordering van eiser, uitgebleven. Voor een aansprakelijkheid pro se voor curatoren na executie van een nadien vernietigde uitspraak zijn bijzondere bijkomende omstandigheden vereist. Het enkele gegeven dat sprake is van een verstekvonnis dat direct ten uitvoer wordt gelegd, lijkt onvoldoende om dergelijke omstandigheden aan te nemen. Dat neemt niet weg dat ik mij kan voorstellen dat dit aansprakelijkheidsrisico mede ten grondslag heeft gelegen aan de door de curatoren gekozen route. Zij besloten te 'innen' maar nog niet te verkopen. De analogie met het in vuistpand nemen van stil verpande zaken ex artikel 3:237 lid 3 BW dringt zich hier op.

Stichting Syanora stelde vergeefs verzet tegen het verstekvonnis in. Vervolgens werd dat vonnis in hoger beroep bekrachtigd. Eerst nadat dit arrest in kracht van gewijsde is gegaan zijn de curatoren, per 4 mei 2015, tot liquidatie van de overgeschreven effectenportefeuille overgegaan. Deze bracht ongeveer € 480.000 meer op dan de waarde van het gedeelte dat was overgeschreven per 1 maart 2013. De totale opbrengst is door de notaris op de boedelrekening van de curatoren gestort.

Vervolgens maakt de Stichting in rechte aanspraak op deze meeropbrengst. Het standpunt van de Stichting dat aan deze aanspraak ten grondslag ligt, komt er in essentie op neer dat de curatoren door deze wijze van 'uitgesmeerde executie' een onrechtmatige daad jegens de Stichting hebben gepleegd en dat haar daarom de 'meeropbrengst' van € 480.000 zou toekomen. Het hof motiveert in (met name) r.o. 5.8 van het arrest waarom naar zijn oordeel geen sprake is van een onrechtmatige daad.²⁵² Kern van die motivering is dat naar zijn oordeel de 'wettelijke bevoegd-

251. Zie verder par. 3.2.4.2.

252. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1996, JOR 2019/142, m.nt. G.J.P. Molkenboer, r.o. 5.8: 'Artikel 24 Wge geeft blijkens de tekst daarvan de beslaglegger de bevoegdheid om inbeslaggenomen effecten te doen verkopen. Een wettelijke bevoegdheid is niet zonder meer op één lijn te stellen met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 BW. (...) In de onderhavige zaak was er sprake van een executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis ten behoeve van een schuldeiser in staat van faillissement. Een executie op de voet van artikel 24 Wge zou betekenen dat de opbrengst van de verkoop van de aandelen in beginsel in de faillissementsboedel zou vloeien. Indien dan achteraf zou blijken dat de executie niet terecht zou zijn geweest, is het de vraag of de boedel toereikend zou zijn om het aantal verkochte aandelen terug te leveren. Er waren, gegeven de lopende verzet en latere hoger beroepsprocedure dus goede gronden voor de curatoren om de effecten niet meteen te liquideren, maar de effecten te separeren zolang de te executeren titel niet onherroepelijk was geworden. Er is daarom gekozen voor een van het systeem van artikel 24 Wge afwijkende vorm van tenuitvoerlegging van het verstekvonnis. Alle betrokken

heid' in artikel 24 Wge om tot verkoop over te gaan geen 'wettelijke plicht' is in de zin van artikel 6:162 BW. Wat hier van zij, hier mag naar mijn mening geen algemene regel uit worden afgeleid dat dit laatste artikel niet zou kunnen worden ingezet om de feitelijke uitvoering van een executie op basis van artikel 24 Wge te toetsen, door na te gaan of de belangen van de geëxecuteerde voldoende in acht zijn genomen.

Mijns inziens markeert de bijschrijving op de rekening van de notaris het moment dat de curatoren executanten werden en het aan de effecten verbonden beleggingsrisico overnamen. Zij liepen vanaf dat moment het risico dat de effecten bij de uitgestelde liquidatieverkoop in waarde zouden zijn verminderd. Zowel in juridische als in economische zin komt hun dan ook de waardevermeerdering tussen het 'overschrijven' en de uiteindelijke liquidatie toe. Voor dit onderzoek is een belangrijke vraag wat er was gebeurd als de effecten in waarde waren *verminderd*. De vraag is of de Stichting dan met recht had kunnen betogen dat zij hierdoor in haar belangen was geschaad, bijvoorbeeld doordat dan alsnog andere vermogensbestanddelen van de Stichting moesten worden uitgewonnen. Hier is van belang dat het risico van de waardevermindering voor de curatoren naar mijn mening uitsluitend ziet op de *waardevermindering van het beslagen goed*. Met andere woorden, de curatoren liepen door het uitstellen van de liquidatie het risico dat het door hen 'afgescheiden gedeelte' van de effecten niet langer voldoende zou zijn om (het restant van) hun vordering op te verhalen. Bij waardevermindering van de effecten hadden zij zich alsnog op andere goederen moeten verhalen, met het risico dat die goederen er inmiddels niet meer waren of door derden waren beslagen. De waardevermindering zou niet hebben geleid tot een *recht tot compensatie* van de Stichting voor het negatieve verschil tussen de waarde per maart 2013 en die per mei 2015 en ook niet tot een verbod om andere goederen uit te winnen. Omdat de aandelen niet meer tot haar vermogen behoorden, is er geen direct vermogensnadeel. Dit zou alleen anders zijn wanneer zij, in de schemerzone tussen overschrijven en liquidatie, aantoonbaar op (eerdere) liquidatie had aangedrongen.

5.6.8 Schade als gevolg van betalingen (onder protest) aan de beslaglegger

Betalingen 'onder protest' doen zich eerder voor bij dreigende *executie* van een vonnis of arrest dan bij conservatoir beslag. Wanneer de vordering waarvan de executie is aangezegd uiteindelijk toch wordt afgewezen dient de betaling te worden gerestitueerd.²⁵³ Een betaling 'onder protest' kan als een onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW worden beschouwd; ook degene die *bewust* (onder protest) on-

partijen moeten hiervan op de hoogte zijn geweest. De door de curatoren ingeschakelde deurwaarder heeft over die vorm in zijn brieven duidelijk gecommuniceerd richting [bedrijf x] als derde-beslagene. Syanora zal door [bedrijf x] geïnformeerd zijn over wat er gebeurde met haar effecten en zal ook uit de openbare faillissementsverslagen hebben kunnen vernemen wat er met de effecten was gebeurd. In ieder geval moet haar tijdens de verzetprocedure duidelijk zijn geweest wat er was gebeurd met haar effecten, omdat de rechtbank deze gang van zaken uitdrukkelijk noemt in haar vonnis van 5 februari 2013. Voor zover er onduidelijkheden waren, had zij, zeker nu zij ook in die tijd al bijstand had van een advocaat, navraag kunnen doen bij de curatoren. Uit niets is gebleken dat [bedrijf x] of Syanora in 2013 op enig moment tegen de hele gang van zaken rond het separeren van de effecten hebben geprotesteerd en aanspraak hebben gemaakt op een executie overeenkomst artikel 24 Wge.'

253. Vergelijk par. 4.8.5. Zie ook Hof Den Haag 25 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BH0780.

verschuldigd betaalt, kan de daarop gegronde terugvorderingsactie instellen.²⁵⁴ Het bepaalde in artikel 6:83 aanhef en sub b BW brengt dan mee dat de executant aan wie onverschuldigd is betaald, zonder ingebrekestelling in verzuim is en dus wettelijke rente is verschuldigd vanaf het tijdstip dat aan hem is betaald.²⁵⁵

Betalingen ‘onder protest’ zijn ook bij conservatoire beslagen denkbaar. De beslagene kan hiertoe bijvoorbeeld beslissen om een impasse bij een door het conservatoir beslag gefrustreerde levering aan een derde te doorbreken, of na een vonnis in eerste aanleg waarbij een gedeelte van de vordering is toegewezen. Deze betaling geschiedt niet ‘vrijwillig’ en bovendien voldoet de beslagene hiermee aan zijn verplichting om de schade als gevolg van het beslag te beperken.²⁵⁶ De beslagene kan dan aanspraak maken op de wettelijke rente vanaf de dag dat hij onder protest (deels) de gepretendeerde vordering van de beslaglegger heeft voldaan.²⁵⁷ Doordat de beslaglegger heeft betaald heeft hij (enige tijd) niet over het betaalde bedrag kunnen beschikken. Mogelijk zou dan de route via de onrechtmatige daad en de hypothetische vergelijking meer kunnen opleveren dan een vordering op grond van onverschuldigde betaling.²⁵⁸ Kiest hij daarvoor, dan kan hij voor zijn vordering uitdrukkelijk *niet* aanknopen bij de wettelijke rente. De beslagene dient dan zijn werkelijke schade als gevolg van de betaling te onderbouwen en te bewijzen.²⁵⁹

5.6.9 Kosten bepaling schade

Redelijke nota’s ter vaststelling van de schade door een accountant of deskundige kunnen in het algemeen voor vergoeding in aanmerking komen.²⁶⁰ Een reële, goed gedocumenteerde en onderbouwde berekening vergroot de kans op toewijzing van schadevergoeding.

5.6.10 Kosten afhandeling beslag

Bij bepaalde vormen van beslag (zoals bewijsbeslag) kan de beslagene substantiële kosten hebben gemaakt, bijvoorbeeld doordat personeelsleden langere tijd aanwezig moesten zijn om de beslaglegging ordentelijk te laten verlopen.²⁶¹ Banken plegen bij onder hen gelegde derdenbeslagen aan hun cliënten de kosten door te belasten die uit de administratieve verwerking van deze beslagen en het afleggen van verklaringen daarover voortvloeien. De bevoegdheid hiertoe volgt uit artikel 28 lid 1

254. Anders dan in veel andere rechtsstelsels, waaronder het Duitse, vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 806. Er is dus niet vereist ‘dat de betaling in dwaling geschiedde’.

255. Zie par. 5.9 en HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Snijders.

256. Zie par. 5.2.9.

257. Dat volgt uit HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Snijders.

258. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*), zie verder par. 5.5.1.

259. Zie voor een mogelijke ‘switch’ van beoordelingskader verder par. 4.8.5.

260. Vergelijk bijvoorbeeld Rb. Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN0289, r.o. 32 en 33.

261. Zie voor een voorbeeld waarbij schade als gevolg van het feit dat een personeelslid door het beslag enige tijd niet aan de normale werkzaamheden was toegekomen, werd toegewezen (€ 1000) Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2616. Bij een derdenbeslag kan ook de derde (substantiële) vergoeding vragen voor zijn noodzakelijke inspanningen. Dit is met name relevant voor bewijsbeslagen. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7763, NJF 2017/499.

van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) 2017.²⁶² Doorgaans zullen voor deze kosten geen lastige causaliteitsproblemen spelen en komen zij voor toerekening aan de beslaglegger en vergoeding in aanmerking.²⁶³ Het gaat om relatief kleine bedragen.²⁶⁴ Onder omstandigheden kunnen de kosten echter substantieel zijn. Bijvoorbeeld wanneer, bij een kort geding tot ‘teruggave van een bankgarantie’ ter opheffing van een gelegd beslag, de eigen bank mede is gedagvaard en deze op basis van de toepasselijke voorwaarden haar proceskosten bij de cliënt/beslagene in rekening heeft gebracht.²⁶⁵

5.6.11 Kosten doorhaling beslag en weigering vrijgave

Artikel 727 Rv bepaalt voor een conservatoir beslag op een onroerende zaak dat, indien de eis in de hoofdzak niet binnen de overeenkomstig artikel 700 lid 3 Rv bepaalde termijn is ingesteld, de beslaglegger verplicht is de inschrijving van het (vervallen) beslag in de openbare registers onverwijld te doen doorhalen op straffe van schadevergoeding. Deze schade kan ook bestaan uit kosten om de beslaglegger te dwingen gevolg te geven aan deze verplichting.²⁶⁶ Eenzelfde lijn kan, voor alle beslagen waarbij registratie in een register is vereist, worden aangenomen wanneer de beslaglegger weigert mee te werken aan doorhaling van de registratie van een conservatoir beslag, wanneer zijn vorderingen onherroepelijk zijn afgewezen.

Wanneer de beslagene kosten moet maken omdat de beslaglegger weigert om na verval van het beslag, al dan niet door afwijzing van de vordering van de beslaglegger, goederen feitelijk vrij te geven dan komen de in verband daarmee te maken (advocaat)kosten in beginsel eveneens voor vergoeding in aanmerking.²⁶⁷

5.6.12 Reputatieschade

Soms wordt door beslagenen gesteld dat door het conservatoir beslag hun goede naam is geschonden. Doorgaans stranden deze vorderingen omdat onvoldoende wordt geconcretiseerd en met bewijsstukken onderbouwd waaruit deze reputatieschade zou bestaan.²⁶⁸

Een goed onderbouwde berekening van de gevolgen van geschonden reputatie biedt echter wel degelijk perspectief op vergoeding van deze schade, zo blijkt uit

262. Art. 28 lid 1 ABV: ‘Het kan zijn dat wij worden betrokken bij een geschil tussen u en een ander, bijvoorbeeld een beslag of een procedure. Dit kan dan voor ons kosten meebrengen. Die kosten moet u volledig aan ons vergoeden. Wij zijn immers geen partij bij het geschil tussen u en die ander. Denkt u bijvoorbeeld aan de kosten voor de behandeling van een beslag dat een schuldeiser van u legt op uw tegoeden bij ons. Kosten kunnen bijvoorbeeld ook zijn de kosten van inschakeling van een advocaat.’

263. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7247.

264. De minimumbedragen die ABN AMRO, Rabo en ING in rekening brengen, bedragen respectievelijk € 50, € 70 en € 100. Afhankelijk van het verloop van procedure in de hoofdzak, het beslag zelf en de individuele omstandigheden kunnen nog additionele bedragen in rekening worden gebracht.

265. Zie ook par. 4.7.5.

266. Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 24 augustus 2016, ECLI:NL:OGEEA:2016:573.

267. Zie Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2899, AR 2017/3369. In dit geval haalde deze vordering het niet omdat de noodzaak voor deze kosten onvoldoende was komen vast te staan.

268. Vergelijk Rb. Den Haag 17 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7253 en Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9766.

deze overweging van de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 3 september 2014:²⁶⁹

‘4.10. (...) Het is immers een feit van algemene bekendheid dat indien bij een onderneming beslag wordt gelegd, zeker in tijden van economische crisis, dit bij (potentiële) klanten de indruk wekt dat de onderneming in financiële moeilijkheden verkeert en deze klanten, gelet op de risico's die zij lopen bij een faillissement, terughoudend zijn met het plaatsen van orders.’

In het hier berechte geval ging het om een tegelbedrijf dat gedurende de periode van het beslag aan klanten uitleg moest geven over dat beslag, met name over de consequentie dat daardoor bepaalde tegels niet leverbaar waren.

Wanneer de onderbouwing is opgesteld door een accountant op basis van jaarrekeningen en de financiële administratie en rekening houdt met marktontwikkelingen (zoals een correctie vanwege verslechterde branchecijfers) heeft een vordering wegens reputatieschade aanmerkelijke kans van slagen.

Bij de vraag of er sprake is van reputatieschade kan, behalve het conservatoire beslag zelf, ook de wijze waarop dit beslag wordt gelegd een rol spelen. Het afvoeren van een miljoenenjacht van een HISWA-stand door de deurwaarder resulteerde in een verplichting de hierdoor geleden reputatieschade te vergoeden, omdat hierdoor negatieve publiciteit was ontstaan.²⁷⁰

5.6.13 Vermindering van kredietwaardigheid, hogere financieringslasten

Een beslag onder banken kan leiden tot vermindering of zelfs verlies van kredietwaardigheid of hogere financieringslasten. Dit verlies en deze lasten zijn in beginsel als schadeposten te kwalificeren. Daarvoor is niet altijd noodzakelijk dat de beslagen onder banken ook daadwerkelijk (substantieel) doel hebben getroffen, zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in 2013:²⁷¹

‘4.5.6. Of het niet doorgaan van deze transactie, en daarmee het mislopen van de winst, als schade ten gevolge van de beslagen kan worden beschouwd hangt af van het antwoord op de vraag of er een oorzakelijk verband bestaat tussen het niet krijgen van krediet en de beslagen.

269. Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8040, r.o. 4.10.

270. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020. Hierbij verdient wel opmerking dat er sprake was van een specifieke situatie nu de partij die schadevergoeding vorderde niet de beslagdebiteur was maar een derde. De beslagdebiteur had toegezegd dat er een bankgarantie aan de beslaglegger zou worden verstrekt (waardoor het jacht ‘veilig’ naar de HISWA kon worden vervoerd en aldaar tentoongesteld) doch was deze toezegging niet nagekomen. Het hof overweegt: ‘De mogelijkheid is aannemelijk dat Alتنا als gevolg van de voor het Hiswa-publiek zichtbare bewaarneming en wegvoering van de Masalino met de daaraan verbonden negatieve publiciteit schade heeft geleden, mogelijk in de vorm van een of meer gemiste verkopen, hetgeen kan resulteren in winstderving. Een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet is ter zake dan ook op haar plaats.’ Het hof beveelt een deskundigenonderzoek, mede gelet op de uiteenlopende partijdeskundigenrapporten die waren overgelegd.

271. Rb. Rotterdam 27 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6048.

De rechtbank acht dat verband voldoende aannemelijk. Vast staat, dat Barant tot 2004/2005 heeft beschikt over een kredietfaciliteit van (laatstelijk ca.) € 2.000.000,=. Nu haar positie in de (kennelijk, ook volgens Siemens, financieel gezonde) groep niet was veranderd, omtrent een wezenlijke wijziging in de markt niets is gesteld en Barant haar contacten had aangehouden ligt (zeker bij gebreke van een deugdelijk onderbouwde betwisting op dat punt) voor de hand dat normaal gesproken een bank Barant in 2009 desgevraagd opnieuw een kredietfaciliteit zou hebben verstrekt. Aannemelijk is voorts, dat de gelegde bankbeslagen haar kans op krediet hebben verminderd. Het staat een bank vrij kredietverschaffing te weigeren; het is gebruikelijk dat dit gebeurt als de bank aanwijzingen heeft dat de aanvrager grote schulden onbetaald laat. Banken plegen daarnaar te vragen. Door de beslagen in dit geval waren de betrokken banken – in feite alle grote banken in Nederland – op de hoogte van het feit dat Barant een bij vonnis vastgestelde schuld van enkele honderdduizenden Euro's onbetaald liet en dat de schuldeiser – Siemens – zich actief inspande om die schuld betaald te krijgen. Dat maakte het verlenen van een krediet aan Barant minder aantrekkelijk; het onder het krediet aan Barant verstrekte geld zou immers door Siemens als schuldeiser opgeëist kunnen worden.

Dit geldt ook als de banken dergelijke beslagen niet standaard bijhouden dan wel dit soort gegevens niet wordt geregistreerd, zoals Siemens aannemelijk heeft gemaakt. Niet alleen zou het voor de bank eenvoudig zijn om dit, bij het in behandeling nemen van een kredietaanvraag, na te vragen of na te gaan, maar bovendien zou Barant redelijkerwijs verplicht zijn om daarover de bank in te lichten als werd gevraagd naar bijzonderheden uit het verleden.

4.6. Het voorgaande betekent, dat voldoende aannemelijk is dat de beslagen de kans op het verkrijgen van een krediet hebben verminderd en dat er in elk geval ten aanzien van één transactie concrete aanwijzingen bestaan dat Barant door het niet hebben van kredietruimte winst is misgelopen. Daaruit volgt in beginsel dat voldoende aannemelijk is dat de beslagen schade hebben veroorzaakt.'

Ook bij door het beslag genoodzaakte intragroepsleningen, nodig vanwege acute liquiditeitsproblemen bij de door het beslag getroffen vennootschap, komen daaraan verbonden rente en kosten voor vergoeding in aanmerking.²⁷² Een andere subcategorie betreft de verminderde mogelijkheden tot financiering op basis van bevoorschotting of factoring wanneer goederen die tot uitgangspunt voor een bepaalde bevoorschotting worden genomen zijn beslagen.²⁷³

272. Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG2694, RO 2009/8. Vergelijk bijvoorbeeld ook Rb. Amsterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6558. Hierbij waren deze kosten wat ongelukkig verpakt als immateriële schade en ook onvoldoende concreet onderbouwd.

273. Vergelijk bijvoorbeeld Rb. Middelburg 20 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BX9914 waarbij gedurende de periode van het beslag bevoorschotting op basis van 70% werd gemist.

5.6.14 Apaiseren van stakeholders en crediteuren

Door het conservatoir beslag kan een noodsituatie ontstaan, met name door daaruit voortvloeiende liquiditeitsproblemen. De beslagene dient dan direct in overleg te treden met zijn of haar adviseurs, accountant, huisbankier en veelal ook de Belastingdienst. Ook deze kosten kunnen in voorkomend geval voor vergoeding in aanmerking komen.²⁷⁴

5.6.15 Immateriële schade

Een eerste moeilijkheid bij deze potentiële schadepost is dat, voor het eventueel toewijzen van immateriële schadevergoeding, vereist is dat er een direct verband is tussen het *onterecht gelegde beslag* en de immateriële schade.²⁷⁵ Het beslag is doorgaans een onderdeel van een emotioneel belastend traject, waarvan de onzekerheid over de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak de dominante factor bij die belasting vormt. De vraag is of de immateriële schade rechtstreeks in verband kan worden gebracht met het conservatoir beslag, of dat deze een gevolg is van de langdurige procedure zelf en (het langdurig omgaan met)²⁷⁶ de onzekere uitkomst daarvan.²⁷⁷ Naast dit causaliteitsprobleem bestaat er ook een kwalificatieprobleem. Voor de kwalificatie immateriële schade zijn emotionele problemen onvoldoende, het moet gaan om ernstige psychische belasting. Voor geestelijk letsel is meer nodig dan gevoelens van verdriet, frustratie of teleurstelling.²⁷⁸

Nadat hij dit in het arrest *Ontvanger/Bos* in 1995²⁷⁹ impliciet had gedaan heeft de Hoge Raad in het arrest *Kramer/ABN AMRO* uit 1998²⁸⁰ expliciet overwogen dat niet alleen vermogensschade maar ook immateriële schade na onrechtmatig gelegd beslag voor vergoeding in aanmerking kan komen:

‘3.3. (...) Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat naar het te dezen toepasselijke, vóór 1 januari 1992 geldende recht niet uitgesloten is dat een onrechtmatig gelegd en gehandhaafd beslag kan leiden tot een aantasting van de persoon van de beslagene, die recht geeft op vergoeding van immateriële schade. Dit heeft het Hof miskend. (...)’

Uit hetzelfde arrest blijkt echter dat causaal verband tussen het beslag en psychische schade zeer moeilijk is aan te tonen; de Hoge Raad vervolgt:

274. Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG2694, RO 2009/8.

275. Vergelijk Rb. Leeuwarden 27 juli 2005, ECLI:NL:RBLLE:2005:AU7488, JBPR 2006/26, m.nt. B.T.M. van der Wiel.

276. Dat gerechtelijke procedures mede door hun vaak lange duur emotioneel belastend kunnen zijn, staat buiten kijf, zie ook F. Felsö e.a., ‘*De tijd loopt door*’, de gevolgen van lange doorlooptijd in de rechtspraak, SEO Economisch onderzoek in opdracht van WODC, Amsterdam, september 2007, te raadplegen via http://www.seo.nl/uploads/media/994_De_tijd_loopt_door.pdf.

277. Zie in dit verband Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5883.

278. Aldus Hartlief 2009, p. 408 met verwijzing naar relevante jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt.

279. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*). Zie met name r.o. 5 waarin het door Bos in het incidenteel beroep geformuleerde middel wordt besproken.

280. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (*Kramer/ABN AMRO*).

‘3.3. (...) Kramer heeft blijkens de gedingstukken ter ondersteuning van zijn aanspraak op vergoeding van immateriële schade gesteld dat hij “aanzienlijke psychische schade” heeft geleden. Deze stelling heeft hij bij memorie van repliek aldus uitgewerkt dat het “maatschappelijk stranden (...) diepe sporen (heeft) nagelaten in Kramer’s maatschappelijk en psychisch functioneren” en uiteindelijk heeft geresulteerd in het vertrek van Kramer en zijn gezin uit Wolsum. Na die memorie heeft Kramer de stelling niet nader uitgewerkt.

Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat Kramer vergoeding vordert van psychische schade, veroorzaakt door de omstandigheid dat hij zich gedwongen heeft gezien tot het staken van zijn bedrijf. Nu het middel, zoals hierna zal blijken, tevergeefs opkomt tegen 's Hofs oordeel dat causaal verband tussen de handelwijze van de Bank en de staking van het bedrijf ontbreekt, kan niet worden aangenomen dat wel causaal verband bestaat tussen de beslagen en door de staking van het bedrijf teweeggebrachte psychische schade. Hieruit volgt dat de door het onderdeel aangevoerde klachten, wat daarvan overigens zij, bij gebrek aan belang niet tot cassatie kunnen leiden.’

Vorderingen wegens immateriële schade stranden doorgaans op de grond dat het mogelijk bestaan van schade onvoldoende is onderbouwd.²⁸¹

Ook bestuurders van een vennootschap kunnen, zeker wanneer zij directeur/enig aandeelhouder zijn, ernstige emotionele problemen ondervinden wanneer deze vennootschap door een beslag wordt getroffen. Los van de algemene (bewijs)problemen bij immateriële schade na onterecht beslag speelt hier het extra complicerende element dat de immateriële aantasting van de persoon in beginsel los dient te worden gezien van de gedraging ten opzichte van de vennootschap (het leggen van het beslag).²⁸² Behoudens bijzondere omstandigheden (zoals ernstige, onjuiste en onnodig grievende mededelingen over de persoon van de bestuurder tijdens een hoorzitting bij een beslag op basis van een voorlopig verlov, of tijdens een kort geding tot opheffing), zal aansprakelijkheid reeds op deze grond afstuiten.

Concluderend kan worden gesteld dat het in de praktijk bijzonder lastig is om een vordering wegens immateriële schade na onterecht beslag geldend te maken.

5.6.16 Tweedegraadsschade?

Van zogenoemde ‘tweedegraadsschade’ is sprake wanneer deze schade niet een op de gelaedeerde betrekking hebbend rechtstreeks gevolg is van de onrechtmatige gedraging. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om afnemers van de beslagene die indirect door het beslag worden getroffen.²⁸³ Of de ‘B’ in een ABC-transactie die als gevolg van een ten onrechte gelegd conservatoir beslag ten laste van A de onroe-

281. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 25 januari 2012 ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3087.

282. Vergelijk HR 2 mei 1997, NJ 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes/Rabobank*), in het bijzonder r.o. 3.6.

283. Vergelijk Van Rossum 1990, p. 146.

rende zaak niet van A krijgt geleverd en daardoor tekortschiet in zijn verplichting tot levering aan C.

Mijns inziens brengt de aard van de aansprakelijkheid na onrecht beslag met zich mee dat de beslagene in beginsel enkel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die door de beslagene zelf is geleden. Uitzonderingen daargelaten²⁸⁴ kan in de regel niet van de conservatoir beslaglegger worden geveerd dat hij zich actief rekenschap geeft van de belangen van derden bij zijn beslissing tot het leggen van beslag dan wel het handhaven hiervan. Aanspraken van die derden zullen in de regel afstuiten op het relativiteitsvereiste van artikel 6:162 BW,²⁸⁵ of, in tweede instantie, het causaliteitsvereiste van artikel 6:98 BW.²⁸⁶ Naar mijn mening kan dit niet alleen niet van de beslaglegger worden geveerd maar moet dat ook niet worden geveerd van de beslaglegger omdat een dergelijke aansprakelijkheid niet past bij de aard van het conservatoir beslag en de door de beslaglegger te maken afwegingen over het daaraan verbonden risico. Ten slotte biedt de wet derden uitdrukkelijk de mogelijkheid om tegen een beslag dat hun belangen raakt op te komen.

5.6.17 Schadeverplichting beslagene jegens derden

De beslagene kan als gevolg van het beslag, al dan niet tijdelijk, niet aan zijn verplichtingen jegens zijn contractspartijen hebben voldaan. Deze derden kunnen de beslagene voor die tekortkoming aanspreken. De vraag is of in een dergelijk geval de beslagene zich ten opzichte van zijn contractspartij kan verweren met een beroep op overmacht, als gevolg van het ten laste van hem gelegde (ontrechte) conservatoire beslag. Deze vraag is sterk casuïstisch van aard, omdat daarbij de (contractuele) verhoudingen tussen beslagene en zijn contractspartij en alle overige omstandigheden een rol spelen. De beantwoording van de vraag in een concrete situatie is van groot belang omdat dit bepalend is voor de posities van beslagene, derde én beslaglegger.

Wanneer er sprake is van een toerekenbare tekortkoming zal de beslagene in beginsel gehouden zijn de door zijn contractspartij in verband hiermee ingestelde vordering te vergoeden. Daarna kan de vraag aan de orde komen of, mede gelet op vereiste relativiteit en causaliteit, de door de beslagene betaalde vordering met succes als schadepost in de schadevergoedingsprocedure tegen de beslaglegger kan worden ingebracht. Wanneer deze tekortkoming door overmacht, niet aan de beslagene kan worden toegerekend, resteert voor de contractspartij de in de vorige paragraaf minieme mogelijkheid dat hij de beslaglegger zelf met succes kan aanspreken.

Voor de goede orde wordt verder opgemerkt dat beslag op goederen van derden niet zonder meer tot een schadevergoedingsverplichting leidt. Hetzelfde geldt voor

284. Vergelijk in dit verband de opheffing van het conservatoir beslag op de aandelen in het Slotervaart-ziekenhuis waarbij een van de overwegingen om het beslag op te heffen het belang van de continuïteit van zorg voor de patiënten was. Rb. Noord-Holland 20 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12721, JOR 2014/35.

285. Zie ook Van Rossum 1990, p. 147.

286. Zie hiervoor par. 5.6.3.

aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens in een later stadium verhaalzoevende schuldeisers van de werkelijke eigenaar van dat goed. Daarvoor is in ieder geval vereist dat die crediteur wist of hoorde te begrijpen dat het beslagobject niet tot het vermogen van zijn debiteur behoorde.²⁸⁷

5.6.18 Advieskosten schadebeperking

Wanneer de financiële belangen hoog zijn en de complexiteit groot is, is het voorstelbaar dat de beslagene zich door adviseurs laat adviseren hoe te handelen, ook om zijn schade zo veel mogelijk te beperken. Het is niet uitgesloten dat deze kosten later voor vergoeding in aanmerking komen, al is met name voor de kosten van de advocaat van belang dat deze zodanig inzichtelijk zijn gemaakt dat deze advieskosten van de kosten voor het voeren van procedures (inclusief de procedures tot opheffing van beslagen) zijn te onderscheiden.²⁸⁸

5.7 Processuele aspecten van de vordering van de beslagene

5.7.1 Voorschot

Vaak verstrijkt er een lange periode voordat de beslagene zijn vordering daadwerkelijk geldend kan maken. Mede daarom kan hij er (spoedeisend) belang bij hebben om een voorschot op de definitief door de rechter vast te stellen schadevergoeding te vorderen. Dat kan bijvoorbeeld via een provisionele schadevergoedingsvordering op de voet van artikel 223 Rv of in kort geding.²⁸⁹

5.7.2 Verwijzing naar schadestaatprocedure

Vorderingen tot schadevergoeding plegen nogal eens te sneuvelen omdat (in reconventie) geoordeeld wordt dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat ten gevolge van het gelegde beslag daadwerkelijk schade is geleden. Hierdoor blijft dan verwijzing naar de schadestaatprocedure uit.²⁹⁰

5.7.3 Beslaglegger gaat in appel, doch formuleert geen grieven tegen toewijzing reconventionele vordering beslagene

Denkbaar is dat de beslaglegger hoger beroep instelt tegen de afwijzing van zijn vordering in eerste aanleg, doch geen hoger beroep instelt of grief formuleert tegen

287. Zie Hof Den Haag 13 juli 2010, *JOR* 2011/130 (niet op rechtspraak.nl gepubliceerd).

288. Zie Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBLLE:2009:BJ6700, r.o. 6.7: 'Uit de specificatie blijkt echter niet of er sprake is van werkzaamheden die buitengerechtelijk van aard zijn en op die grond voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen, dan wel dat er sprake is van werkzaamheden in het kader van de aanhangige gerechtelijke procedure, die via een proceskostenveroordeling plegen te worden vergoed. In zoverre heeft [x] de gevorderde advieskosten onvoldoende onderbouwd. Deze zullen dan ook worden afgewezen.'

289. Zie voor een (vergeefse) poging tot het verkrijgen van een voorschot via art. 223 Rv na onrecht strafvorderlijk beslag Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:95, en voor een (grotendeels toegewezen) voorschot in kort geding na onterechte executie van een vonnis Rb. Gelderland (vzr.) 12 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1491, *NJF* 2016/195.

290. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1624. Vergelijk verder par. 5.2.3.

het vonnis in reconventie van de beslagene tot opheffing van het beslag. Deze casus was aan de orde in de procedure die heeft geleid tot het arrest van het Hof Den Haag van 14 juni 2016.²⁹¹ De beslagene voerde vervolgens bij memorie van antwoord als meest verstrekkend verweer dat, aangezien de beslaglegger geen hoger beroep had ingesteld en niet gegriefd had tegen het vonnis in reconventie, een beroep kon worden gedaan op het gezag van gewijsde van het vonnis in reconventie in de procedure in conventie. Gelet hierop zou het hoger beroep tegen de afwijzing van de vordering waarvoor beslag was gelegd volgens de beslagene moeten afstuiten. Het hof overweegt:

‘2.5. (...) dat juist is dat tegen het tussen partijen in reconventie gewezen vonnis geen grief is gericht en dat in de memorie van grieven enkel wordt geconcludeerd tot vernietiging van het tussen appellante als eiseres en geïntimeerde als gedaagde gewezen vonnis en dus niet van het vonnis in reconventie. De beslissing van de rechtbank in de reconventie – opheffing beslag, compensatie proceskosten en afwijzing van het meer of anders gevorderde – blijft daarmee weliswaar in stand maar dit betekent niet dat het hof geen inhoudelijk oordeel (meer) kan geven over het geschil van partijen in de procedure in conventie. Ingevolge artikel 236 lid 1 Rv hebben beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht. Het komt aan op het antwoord op de vraag welke beslissingen in die procedure zijn genomen en welke rechtsbetrekking in geschil aan de orde was. Het antwoord op die vraag moet worden vastgesteld aan de hand van uitleg van dat vonnis. De rechtbank heeft (in rechtsoverweging 5.12 van het bestreden vonnis) als uitvloeisel van haar oordeel in conventie – te weten dat de vorderingen van [appellante] onterecht waren – geoordeeld dat de reconventionele vordering om het beslag op te heffen diende te worden toegewezen. Dit betreft in zoverre niet een zelfstandige beslissing, zodat het gezag van gewijsde hier niet geldt. Het verweer faalt.’

In reconventie was naast de opheffing van het beslag ook verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd voor het bepalen van de schadevergoeding als gevolg van het ten onrechte gelegde beslag. De rechtbank had echter geoordeeld dat ten gevolge van het gelegde beslag niet daadwerkelijk schade was geleden en hierdoor verwijzing naar de schadestaatprocedure afgewezen. Als er geen verwijzing was gevraagd maar een bedrag en dit bedrag zou door de rechtbank zijn toegewezen, zou de processuele kluwen nog moeilijker te ontrafelen zijn geweest.

5.7.4 **Beoordeling vordering schadevergoeding beslag voor beoordeling vordering beslaglegger, proceseconomie**

Het ligt in de rede dat de beoordeling van de (reconventionele) vordering tot vergoeding van schade vanwege onterecht conservatoir beslag plaatsvindt gelijktijdig met of na de beoordeling van de vordering van de beslaglegger. Om procesecono-

291. Hof Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1624.

mische redenen kan er echter voor worden gekozen om eerder over de vordering van de beslagene te beslissen. Dat zal dan doorgaans gebeuren in situaties waarbij de vordering van de beslagene naar het oordeel van de rechter hoe dan ook strandt, ongeacht de uitkomst van de beoordeling van de vordering van de beslaglegger.²⁹² Het omgekeerde kan echter ook, namelijk door te oordelen over de aansprakelijkheid, voor toewijzing gereed liggende schadeposten (voorwaardelijk) toe te wijzen en te verwijzen naar een schadestaatprocedure onder de voorwaarde dat de procedure in de hoofdzaak waarvoor het beslag is gelegd in het geheel wordt afgewezen.²⁹³

5.8 Schadevergoeding, algemene conclusies

De beslagene moet zich ervoor hoeden erop te vertrouwen dat zijn vordering tot schadevergoeding voldoende ‘voor zich spreekt’, als de vordering van de beslaglegger waarvoor het beslag is gelegd wordt afgewezen. Te vaak sneuvelen vorderingen van beslagenen omdat onvoldoende over de schade van de beslagene wordt gesteld en op die grond verwijzing naar de schadestaatprocedure uitblijft.

De aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger voor een ten onrechte gelegd beslag sluit een beroep op eigen schuld en verzuim van schadebeperking aan de zijde van de onterecht beslagene niet uit. Die ‘risicoaansprakelijkheid’ na een ten onrechte gelegd beslag beperkt wel de mogelijkheden voor de beslaglegger om zich via een beroep op die eigen schuld en verzuim van het beperken van de schade tegen de vordering tot schadevergoeding van de beslagene te verweren. Maar deze risicoaansprakelijkheid verzet zich niet in algemene, principiële zin tegen toepassing ervan. Uitzondering op deze regel is mijns inziens²⁹⁴ een verwijt dat de beslagene processuele mogelijkheden onbenut heeft gelaten.

De aard van de aansprakelijkheid biedt onvoldoende rechtvaardiging om hier ten gunste van de beslagene een generieke of standaard percentuele correctie van de eigen schuld op basis van de billijkheid op te baseren. Wel is verdedigbaar dat uit deze aard een *indicatie* volgt dat mogelijk de billijkheidscorrectie dient te worden toegepast.

Stilzitten van de beslagene tijdens het beslag doet in beginsel niet af aan de schadevergoedingsplicht van de beslaglegger. Maar verzuimt de *beslagene de beslaglegger* in staat te stellen om de mogelijke schade te beperken, dan kan dit zijn latere aanspraken negatief beïnvloeden. Deze bewust passieve houding, waarbij de beslaglegger onwetend van mogelijke schade wordt gehouden én deze voor hem ook redelijkerwijs niet was te voorzien, kan ertoe leiden dat de beslagene de schade geheel zelf dient te dragen.

Gelet op de terughoudendheid die in algemene zin bij toepassing van de algemene matigingsbevoegdheid ex artikel 6:109 BW in acht wordt genomen en het feit dat vrijwel alle indicaties die in het artikel worden genoemd voor die toepassing van

292. Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3315.

293. Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81.

294. Vergelijk ook hier de door Fletcher bedoelde eenzijdige risicoverhoging ('non-reciprocal risk taking'), Fletcher 1972, p. 541.

de bevoegdheid in de context van de vordering tot schadevergoeding na onterecht beslag feitelijk contra-indicaties zijn, ligt het niet voor de hand dat de rechter de verplichting tot het vergoeden van schade na onterecht gelegd beslag op basis van deze generieke mogelijkheid matigt.

Hoewel vaak in de jurisprudentie het stellen van zekerheid buiten het kort geding tot opheffing als 'vrijwillig' wordt betiteld is evident dat van een werkelijk vrije keuze geen sprake is. Wanneer als gevolg van het stellen van die zekerheid het beslag wordt opgeheven is daarmee de verplichting om de schade te vergoeden na afwijzing van de vordering niet komen te vervallen. Die schade bestaat vanaf het moment van het stellen van de zekerheid uit de gevolgen daarvan. De beoordeling of deze schade daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking komt zal langs dezelfde lijnen dienen te lopen als schade als gevolg van het beslag zelf.

Toegespitst op de 'risicoaansprakelijkheid' na ten onrechte gelegd beslag meen ik dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat in dat geval een nauw(er) causaal verband is vereist. Deze aansprakelijkheid is door de Hoge Raad expliciet in de sleutel van de toe te rekenen onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW geplaatst. Nu het gaat om een oneigenlijke risicoaansprakelijkheid is er nog minder reden een nauw(er) causaal verband aan te nemen.

Noties die verbonden zijn aan de eigenlijke, in de wet opgenomen risicoaansprakelijkheden kunnen niet onverkort worden losgelaten op de bijzondere *sui generis* risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag, integendeel.²⁹⁵ De wettelijke risicoaansprakelijkheden hebben gemeen dat ze in zekere zin zijn geabstraheerd van het eigen handelen en de wil van de aansprakelijke (rechts)persoon. Er is geen sprake van eigen handelen maar juist aansprakelijkheid voor *handelen van een ander* (minderjarige, ondergeschikte, opdrachtnemer), een zaak (opstal) of een dier. Noties verbonden aan deze wettelijke risicoaansprakelijkheden leiden (ook hier) precies tot het verkeerde spoor. Na een onterecht beslag lijkt dan ook eerder een flauwer dan een nauwer causaal verband voor de aansprakelijkheid en vergoedingsplicht voor de hand te liggen.²⁹⁶

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid kan in de praktijk worden toegepast na onterecht gelegd beslag. Het leent zich er ook goed voor omdat, mede door tijdsverloop, in veel gevallen getwist kan worden of er niet twee of meer oorzaken voor de geleden schade zijn. Gelet op het generieke karakter van zowel de geschonden norm als de geleden schade kan er geen sprake zijn van automatische inzet van de proportionele aansprakelijkheid bij onzekerheid over causaliteit na ten onrechte gelegd beslag, maar hangt het van de omstandigheden van het geval af of deze van stal kan worden gehaald.

295. Vergelijk bijvoorbeeld de beperkte toerekening bij risicoaansprakelijkheid (aansprakelijkheid opstal), HR 13 juni 1975, NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

296. (Ook) op dit onderdeel is een vergelijking met het Duitse recht interessant. In tegenstelling tot de Nederlandse rechtspraak is in het Duitse recht in literatuur en jurisprudentie uitgebreid aandacht besteed aan causaal verband en redelijke toerekening na onterecht beslag. Zie hierna par. 7.3.11.

Alles overziend lijkt er in het huidige recht geen plaats voor toepassing van de omkeringsregel na onterecht beslag. Het enkele feit dat gewezen beslagene bijvoorbeeld door tijdsverloop bewijsnood ondervinden, maakt dat niet anders.²⁹⁷ Dat kan anders zijn wanneer de bewijsnood is ontstaan door toedoen van de beslaglegger, maar dat ‘toedoen’ moet dan wel direct betrekking hebben op *het bemoeilijken van de bewijslevering zelf* en heeft dus niets van doen met de geschonden norm waarop de onrechtmatigheid van de handeling die schade heeft veroorzaakt is gebaseerd.²⁹⁸ Dat is dan derhalve een ‘oneigenlijke’ omkering van de bewijslast.²⁹⁹

Voor introductie van een zogenoemd ‘wettelijk vermoeden’ van causaal verband lijkt evenmin plaats. Zowel de feitencomplexen in zaken over schadevergoeding na onterecht gelegd beslag als de schade zijn onvoldoende gelijksoortig. Daarnaast is introductie van een dergelijk vermoeden eerder denkbaar bij schending van een reeds expliciet wettelijk vastgestelde norm dan bij een meer open, op artikel 6:162 BW gebaseerde norm.

Het lijkt erop dat de beslagene het moet doen met de hoofdregel van artikel 150 Rv en de bewijslast van de door hem gestelde schade zal dragen.³⁰⁰ Voor de posities van beslagene en beslaglegger is het te betreuren dat op voorhand geen generieke afwijking van de hoofdregels van het bewijsrecht (of neutraler geformuleerd: invulling daarvan) na onterecht beslag voorhanden is. Een dergelijke generieke benadering zou immers ook een rol kunnen vervullen bij de (her)beoordelingsmogelijkheden voor betrokkenen, met name voor de beslaglegger. Niet alleen voorafgaand aan de procedure tot schadevergoeding van de gewezen beslagene maar ook en vooral in eerdere etappes, namelijk voorafgaand aan het leggen van beslag en daarna wanneer zich voor een (her)afweging door mij bepleite nieuwe momenta voordoen.

In tegenstelling tot processuele hulpmiddelen zoals omkering van de bewijslast en rechterlijke vermoedens lijken de materieelrechtelijke opties de beslagene na onterecht beslag concreet perspectief op ondersteuning bij het geldend maken van zijn vordering tot schadevergoeding te bieden.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Forward/Huber*³⁰¹ heldere spelregels gegeven voor het bepalen van de omvang van schade na ten onrechte gelegd beslag. Die regels, die kunnen worden samengevat als een vergelijking van de werkelijke situatie met

297. Het enkele bestaan van bewijsnood is onvoldoende reden om de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid om te keren, vergelijk HR 31 oktober 1997, NJ 1998/85 (*Maatschappij van Assurantie/Zonneveld*).

298. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, NJ 2006/78 (*B/Interpolis*).

299. Hartlief 2009, p. 405-416, komt mede op grond van een uitvoerige analyse van de arresten *Kramer/ABN AMRO* en *Bouma q.q. en Lemstra q.q./Ontvanger*, tot de conclusie dat er bij ten onrechte gelegd beslag weinig ruimte zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel. Zie ook HR 26 juni 1998, NJ 1998/778 (*Kramer/ABN AMRO*) respectievelijk HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2637, *RvdW* 2006/424 (*Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger*).

300. Zie in dit verband Hof Den Bosch 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2910, waar het hof spijtig genoeg niet toekomt aan een principiële oordeel over de (impliciet door de beslagene gevraagde toepassing van de) omkeringsregel omdat de vordering reeds strandt op het onvoldoende aannemelijk maken van geleden schade.

301. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, *JBPR* 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

die waarin het beslag achterwege zou zijn gebleven, dwingen echter tot het leveren van maatwerk. Dit is per saldo met name nadelig voor de beslagene, die telkens zijn schade moet stellen en bewijzen, ook in relatief overzichtelijke situaties. Het zorgt er ook voor dat op zichzelf overzichtelijke vorderingen niet (direct) in reconventie, in de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger wordt beslist, worden afgedaan maar in een separate (schadestaat)procedure. Het lijkt zeer wel mogelijk om tot een forfaitair systeem te komen, waarbij een groot gedeelte van de gevallen op eenvoudige basis zou kunnen worden afgedaan.

De Hoge Raad is duidelijk over de vraag of kosten verbonden aan pogingen om het beslag opgeheven te krijgen integraal dienen te worden vergoed. Dit is niet het geval.

Het huidige stelsel van wetsgeschiedenis, wetssystematiek en jurisprudentie biedt geen ruimte om beslagene na een onterecht beslag volledig te compenseren voor proceskosten die rechtstreeks met dat onterechte beslag verband houden. Dat is onbevredigend omdat de beslagene door tegen het beslag te ageren invulling geeft aan zijn schadebeperkingsplicht. Het verdraagt zich ook moeilijk met het uitgangspunt dat de beslagene zodanig dient te worden gecompenseerd dat hij in de toestand wordt gebracht 'als ware er geen beslag geweest'. Bovendien rijst de vraag hoe het achterwege blijven van volledige compensatie van juist deze proceskosten zich verhoudt tot artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Ook gaat hier wederom een prikkel verloren voor de (potentiële) beslaglegger bij zijn (her)afwegingen om het beslag te leggen dan wel, wanneer zich wezenlijke momenta voordoen, (onverkort) te handhaven. Een alternatief zou kunnen zijn om een forfaitair bedrag vast te stellen voor vergeefse kort gedingen tot opheffing van achteraf bezien onterechte beslagen, of teruggave of vermindering van afgegeven garanties, dat in elk geval aanzienlijk hoger ligt dan dat volgens het gebruikelijke liquidatietarief. Hiermee kan het evenwicht tussen posities van beslaglegger en beslagene worden verbeterd.

Mijns inziens brengt de aard van de aansprakelijkheid na onterecht beslag met zich mee dat de beslagene in beginsel enkel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade van de beslagene zelf. Uitzonderingen daargelaten kan in de regel niet van de conservatoir beslaglegger worden gevergd dat hij zich actief rekenschap geeft van de belangen van derden bij de beslissing tot het leggen van beslag dan wel het handhaven daarvan. Aanspraken van die derden zullen in de regel afstuiten op het relativiteitsvereiste van artikel 6:162 BW.³⁰² Naar mijn mening kan dit niet alleen niet worden gevergd maar moet dat ook niet van de beslaglegger worden gevergd omdat een dergelijke aansprakelijkheid niet past bij de aard van het conservatoir beslag en de door de beslaglegger te maken afwegingen over het daaraan verbonden risico. Ten slotte biedt de wet uitdrukkelijk derden de mogelijkheid om tegen een beslag dat hun belangen raakt op te komen.

De onterecht beslagene dient over een lange adem te beschikken. De 'risicoaansprakelijkheid' en de schadebepaling op basis van de 'hypothetische vergelijking' schitteren als een pot met goud aan de horizon terwijl de beslagene tandenknarsend wacht totdat over de vordering van de beslaglegger kan worden beslist. Is het ein-

302. Zie ook Van Rossum 1990, p. 147.

delijk zover, dan moet de beslagene vele bewijs-, causaliteits- en toerekeningshobbels nemen om zijn schade daadwerkelijk vergoed te krijgen. Het is dan ook weinig verrassend dat in de praktijk een relatief (te) klein aantal volhouders met succes zijn schadevordering na onterecht beslag geldend maakt.³⁰³ De beperkte mogelijkheden om uiteindelijk na een onterecht beslag daadwerkelijk de schade te moeten vergoeden bevordert ook niet het evenwicht van de wederzijdse posities ‘aan de kop’.

De (preventieve) werking van de mogelijkheid tot vergoeding van schade na onterecht beslag komt dan ook in het huidige systeem, in het krachtenveld tussen de belangen van beslagleggers en beslagenen, onvoldoende uit de verf.³⁰⁴ Een correctieve beweging in jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt niet waarschijnlijk, gelet op de in een lange reeks van arresten geslagen piketpalen.

Voor de beslagene zijn de druiven zuur. Het lange en hem doorgaans niet aan te rekenen tijdsverloop tussen (het begin van) de schade en de daadwerkelijke schadebepaling in rechte werkt in zijn nadeel. Per saldo betaalt hij vaak de rekening voor het ‘verwateren’ van het causaal verband.

Nu de queeste om de schade daadwerkelijk vergoed te krijgen in veel gevallen zonder resultaat blijft omdat de beslaglegger niet (langer) over vermogen beschikt waarop de beslagene zich kan verhalen is het de moeite waard om te bezien of de beslagene ook anderen dan de beslaglegger zou kunnen aanspreken. Dat gebeurt in het volgende hoofdstuk.

303. Zie voor een kwalitatieve en kwantitatieve analyse Meijssen 2013 p. 222-225.

304. Zie in dit verband ook Meijssen & Jongbloed 2010, p. 10-11, 19 en 98.

Hoofdstuk 6

Aansprakelijkheid van derden voor een onterecht gelegd beslag

‘Augustus is zo kwaad dat hij trilt vanbinnen. En bang is hij ook. Dat schip, dat is heel erg. Daar moet iemand de schuld van krijgen, dat weet hij best. En hoe gaat dat met schuld? Schuld is een rot ei dat heen en weer gegooid wordt, verder en verder. Niemand wil het vangen, niemand wil de smurrie over zich heen krijgen.’¹

6.1 Inleiding

Dit onderzoek richt zich primair op de aansprakelijkheid van de beslaglegger na ten onrechte gelegd beslag. In dit hoofdstuk worden desalniettemin ook de mogelijke aansprakelijkheden van anderen dan de beslaglegger en de gronden voor die aansprakelijkheden besproken.

De rationale van de bespreking van deze posities wordt allereerst gevormd door de beperkte reële mogelijkheden voor de beslagene om zijn verhaal vanwege een (mogelijke) schadevergoeding voor of na het beslag veilig te (doen) stellen (zie hoofdstuk 4). Daarnaast is er, door de tijd die de procedure waarin over de vordering van de beslaglegger is beslist heeft geduurd, vaak veel tijd verstreken tussen het ontstaan van de schade en het moment dat de beslagene daadwerkelijk zijn vordering tot schadevergoeding geldend kan maken. In deze periode kan de beslaglegger van alles overkomen, inclusief een ernstige verslechtering van zijn financiële positie of zelfs zijn faillissement.

De onterecht beslagene kan hierdoor geconfronteerd worden met onvoldoende of zelfs geen verhaalsmogelijkheden voor zijn vordering tot schadevergoeding als gevolg van het onrechtmatige beslag, bij de beslaglegger zelf. Na de procedure in de hoofdzaak kan hij aangewezen zijn op gecompliceerde pogingen om derden (mede) aansprakelijk te houden voor de door hem geleden schade, om te proberen zo veel mogelijk van zijn schade te verhalen.

Om alle (on)mogelijkheden en wegen om derden aansprakelijk te houden voor schade² in dit hoofdstuk te behandelen voert te ver. Het zou ook wat vrijblijvend zijn, omdat veel van deze wegen weinig tot geen relevantie voor dit onderzoek hebben. In dit hoofdstuk wordt daarom de bespreking van deze mogelijkheden beperkt tot de positie van achtereenvolgens de advocaat van de beslaglegger, bestuurders van de beslagleggende vennootschap, de gerechtsdeurwaarder en zogenoemde ‘achterliggende partijen’.

1. Annet Schaap, Lampje, Antwerpen/Amsterdam: Em. Querido's Uitgeverij 2017, p. 27.
2. Te denken valt aan vereenzelviging van vennootschappen, aansprakelijkheid van aandeelhouders, enz. Verder kan de curator pro se als een 'derde' worden beschouwd, zie hiervoor de bespreking van diens positie in par. 3.2.4.2.

De beschouwingen beperken zich verder tot de aansprakelijkheid *van derden ten opzichte van de beslagene*. Dat neemt niet weg dat een onterecht beslag ook tot aanspraken *van de beslaglegger op anderen* kan leiden. Te denken valt aan de advocaat van de beslaglegger, waar de beslaglegger meent dat hij voorafgaand aan het conservatoir beslag onvoldoende over zijn risicoaansprakelijkheid is voorgelicht.³ Aanspraken *van derden ten opzichte van de beslaglegger* worden evenmin behandeld, zie hiervoor verder paragraaf 5.6.17.

6.2 Aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger

6.2.1 Inleiding

De advocaat staat in bijzondere verhouding tot zijn cliënt. De advocaat is bij uitstek een *partijdige* belangenbehartiger.⁴

De advocaat staat echter evenzeer in een bijzondere verhouding ten opzichte van derden. Die verhouding is er met name als derden nadeel ondervinden dat samenhangt met de uitvoering van de overeenkomst van opdracht, die tussen advocaat en zijn opdrachtgever (hier de beslaglegger) is gesloten en de advocaat hier mogelijk een verwijt kan worden gemaakt.⁵ De grondslag van deze aansprakelijkheid van een advocaat jegens een derde wordt gevormd door de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW, nu de advocaat niet in een contractuele relatie tot deze derden staat.⁶

Van oudsher wordt aangenomen dat er weliswaar ruimte is voor aansprakelijkheid van de advocaat ten opzichte van derden, maar dat deze ruimte beperkt is.⁷

Factoren die de ruimte voor aansprakelijkheid ten opzichte van derden verkleinen, zijn onder meer:

- het bij uitstek partijdige karakter van de dienstverlening;

3. Zie in generieke zin voor de maatstaf bij advisering HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267. Vergelijk specifiek voor het onvoldoende informeren over risico's verbonden aan conservatoir beslagen en overige ex-parte-voorlopige maatregelen RvD Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2371. In casu werd de maatregel van berisping opgelegd.

4. Zie in dit verband onder meer Gedragsregel 2 lid 2 van de Gedragsregels 2018: 'Het belang van de cliënt, geen enkel ander belang, bepaalt de wijze waarop de advocaat zijn zaken behandelt.'

5. Vergelijk Van den Akker 2001, p. 1. Gedragsregels die invulling geven aan de verhouding tussen advocaat en derde (wederpartij), zijn onder meer Gedragsregel 4 (de verplichting mede te delen dat opnamen worden gemaakt van een gesprek). Hetzelfde geldt voor Gedragsregel 6 lid 2: 'De advocaat is gehouden, alvorens hij overgaat tot het nemen van rechtsmaatregelen en in het bijzonder tot het nemen van executiemaatregelen, zijn wederpartij of, zo deze wordt bijgestaan door een advocaat, die advocaat van zijn voornemen kennis te geven, tenzij in het uitzonderlijke geval dat een bijzonder belang van de cliënt zich daar kennelijk tegen verzet. In beginsel dient hij daarbij een redelijke tijd voor beraad te geven. (...)' Deze bepaling is niet van toepassing bij conservatoire beslagen. Later in dit hoofdstuk (par. 6.2.3.1) komt Gedragsregel 8 uitgebreid aan de orde: 'De advocaat dient zich zowel in als buiten rechte te onthouden van het verstrekken van feitelijke informatie waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist is.'

6. Du Perron 1999, p. 252 e.v. en Van den Akker 2001, p. 26.

7. Wichers Hoeth 1964, p. 17 e.v. en Van den Akker 2001, p. 101. De laatste jaren is echter zowel in literatuur als jurisprudentie de notie waarneembaar dat procespartijen zich meer rekenschap zouden moeten geven van de belangen van de wederpartij. Vergelijk Verkijk 2010, p. 701.

- het feit dat de advocaat optreedt als opdrachtnemer *van zijn cliënt*. Zijn daden dienen in beginsel aan die cliënt te worden toegerekend. Dat neemt niet weg dat *daarnaast* sprake kan zijn van een persoonlijk verwijt, maar de ruimte daarvoor is gering;⁸
- het vertrouwelijke karakter van de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt;
- het verwachtingspatroon van de wederpartij.⁹

Het voorgaande betekent niet dat de vrijheid voor een advocaat om de belangen van zijn cliënt te dienen onbegrensd is.¹⁰ Wel dat beperking van die vrijheid uitzondering is en geen regel, niet alleen in het civiele recht, maar ook in het tuchtrecht.¹¹ Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline dat bij de beoordeling van een klacht over het optreden van een wederpartij:

‘ervan behoort te worden uitgegaan, dat aan die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt en dat deze vrijheid niet te gunste van een tegenpartij mag worden beknot, tenzij haar belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad.’¹²

Die grote mate van vrijheid die de advocaat toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen, is er ook bij het leggen van conservatoir beslag namens de cliënt. Maar ook hier is deze niet grenzeloos.¹³

8. Zie Van den Akker 2001, p. 104. Anderzijds kan de advocaat zich niet onbeperkt verschuilen achter de opdracht van zijn cliënt.
9. Van den Akker 2001, p. 107. Overigens valt op de betekenis van deze factor bij conservatoir beslag het nodige af te dingen, ook gelet op de (ex-parte)beoordeling van het verlofrekest, zie verder par. 6.2.3.
10. Vergelijk in deze zin ook art. 46 Advocatenwet: ‘De advocaten zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, ter zake van inbreuken op het bepaalde bij of krachtens deze wet en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, de verordeningen van de Nederlandse orde en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. (...)’
11. HvD 30 mei 1988, 1122, *Adv.bl.* 1988, p. 494, zie Boekman 2012, p. 127.
12. HvD 2 maart 1992, 1607, HvD 21 februari 2000, 2840, zie Boekman 2012, p. 127.
13. Zie in dit verband A-G Wissink in zijn conclusie vóór HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101, *RvdW* 2018/843, sub 3.6.2: ‘(...) Dat de advocaat onzorgvuldig handelt jegens de wederpartij – ook indien niet tevens sprake is van tekortschieten jegens zijn cliënt¹⁵ – is echter niet geheel uitgesloten. Dat is volgens Van den Akker het geval wanneer de advocaat in het kader van zijn dienstverlening aan de cliënt inbreuk maakt op de belangen van derden terwijl daarvoor geen dan wel onvoldoende rechtvaardiging kan worden gevonden in de belangen van zijn cliënt. Als voorbeeld noemt zij de advocaat die zonder enige rechtsgrond beslag legt of een procedure aanhangig maakt. De advocaat kan zich dan niet verschuilen achter de opdracht van de cliënt, maar heeft een eigen verantwoordelijkheid om de grond om een ander in rechte te betrekken of diens zaken te beslaan tot op zekere hoogte te toetsen. (...)’ Zie ook sub 3.6.3: ‘Het hof heeft bij de invulling van de door de advocaat jegens de wederpartij te betrachten zorgvuldigheid terecht rekening gehouden met de positie die de advocaat inneemt jegens zijn cliënt en de wederpartij. Het hof heeft de zorgvuldigheidnorm aldus geconcretiseerd dat getoetst moet worden of de betreffende proceshandelingen, gelet op de evidente gegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had(den) behoren te blijven. Deze maatstaf verwijst naar de misbruiknorm van het arrest Duka/Achmea, maar betreft overigens geen toepassing van de in dat arrest neergelegde regel over de vergoeding van volledige proceskosten in de verhouding tussen procespartijen (zie bij 3.5). Dat het hof zich heeft laten inspireren door deze rechtspraak is naar mijn mening terecht gezien de positie van de advocaat als behartiger van het partijbelang van de cliënt en, in verband daarmee, de parallelle overwegingen dat het wenselijk is om terughoudend te zijn met een veroordeling van een procespartij in de volledige proceskosten respectievelijk met een veroordeling van diens advocaat

6.2.2 Tuchtrectelike normering

Algemene grenzen die het advocatentuchtrect aan de vrijheid stelt om de belangen van de cliënt naar eigen inzicht te behartigen die binnen het bestek van dit onderzoek relevant zijn, zijn met name:

- De advocaat dient zich te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet dat ze onjuist zijn of die, alvorens zij worden gepresenteerd, tot nader onderzoek nopen.¹⁴
- Een advocaat hoeft geen afweging te maken of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, wel opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel dient hij zich te onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig (noemenswaardig) voordeel van zijn cliënt strekken, slechts schade aan de wederpartij berokkenen.¹⁵ Het gaat daarbij om verdergaande inbreuken op de belangen van derden dan de belangen van de cliënt rechtvaardigen.¹⁶
- De advocaat moet zich in voorkomend geval rekenschap geven van het feit dat de wederpartij (nog) geen rechtsbijstand geniet.¹⁷

De advocaat moet daarnaast, specifiek bij het leggen van conservatoir beslag, in enige mate de belangen van de wederpartij van zijn cliënt in ogenschouw nemen. Dit blijkt uit jurisprudentie van Raden en Hof van Discipline:

- Een advocaat liet beslag leggen toen er al betaald was. Zij had na ontvangst van de brief van de advocaat van de wederpartij (inhoudende dat er al betaald was) dit bij haar cliënte moeten controleren en zolang van het beslag moeten afzien.¹⁸
- De wederpartij mag er in beginsel op vertrouwen dat gedurende een gestelde sommatietermijn, bij overigens gelijkblijvende omstandigheden, geen conservatoir beslag zal volgen.¹⁹
- Een advocaat die niet wilde meewerken aan een partiële opheffing van een beslag, zonder de belangen van zijn cliënt ook maar op enigerlei wijze te schaden, handelde niet zoals een behoorlijk advocaat betaamt.²⁰

tot vergoeding van de proceskosten.' De uitspraak van het Hof Den Bosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:419, *NJ* 2018/372 (waartegen het door de advocaat (vergeefs) ingestelde cassatieberoep was ingesteld) komt hierna aan de orde in par. 6.2.4.2.

14. Wanneer gegevens in het verzoekschrift achteraf onjuist blijken, treft de advocaat niet zonder meer tuchtrectelike blaam. Dit is enkel het geval wanneer hem daarvan een specifiek verwijt kan worden gemaakt. In deze zin RvD Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2018, ECLI:NL:TADRARI:2018:245 en RvD Arnhem-Leeuwarden 27 september 2017, ECLI:NL:TADRARI:2017:227. De advocaat mag niet enkel afgaan op de mededeling van cliënt dat zij tot bepaalde zaken gerechtigd is en op die basis conservatoir beslag leggen, vergelijk RvD Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:TADRSGR:2018:86.

15. Boekman 2012, p. 128.

16. Van den Akker 2001, p. 113.

17. HvD 31 augustus 2001, 3185, *Adv.bl.* 2003, p. 47 en Boekman 2012, p. 139.

18. RvD Amsterdam 7 september 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:224.

19. Hieruit mag overigens niet worden afgeleid dat het leggen van conservatoir beslag gedurende een sommatietermijn *nooit* geoorloofd kan zijn. Zie voor voorbeelden waarin dit wel passend werd geacht Boekman 2012, p. 136 en de aldaar aangehaalde uitspraken HvD 25 augustus 1986, 893, *Adv.bl.* 1987, p. 417 en HvD 2 april 1986, 883, *Adv.bl.* 1987, p. 138.

20. HvD 31 augustus 2001, 3185, *Adv.bl.* 2003, p. 47 en Boekman 2012, p. 139.

- Dreiging met beslag kan onder omstandigheden onnodig intimiderend zijn.²¹

Ten slotte kan ook sprake zijn van gedragingen die niet zozeer de kern van het conservatoir beslag raken, maar evengoed tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn. In deze categorie valt bijvoorbeeld het voordragen van een bewaarder, terwijl de advocaat wist of behoorde te weten dat deze niet onafhankelijk was.²²

Uit deze casuïstiek blijkt dat het tuchtrecht specifieke grenzen stelt aan het optreden van de advocaat bij het leggen van conservatoir beslag. Uit de concrete toetsing van gedrag van advocaten aan tuchtrechtelijke normen blijkt dat het leggen van conservatoir beslag wordt beschouwd als een speciaal domein dat het beoordelingskader van het handelen van de advocaat binnen dat domein in het tuchtrecht kleurt.²³

Hierna ga ik in op de civielrechtelijke mogelijkheden voor de beslagene om de advocaat van de beslaglegger aansprakelijk te stellen voor schade na een onterecht gelegd beslag. Eerst wordt het ex-partekarakter van de verloffprocedure en de rol en verantwoordelijkheid van de advocaat van de beslaglegger in dit stelsel besproken. Daarbij komt de in artikel 21 Rv neergelegde waarheidsplicht uitgebreid aan de orde. Gelet op de zware eisen die in algemene zin aan civiele aansprakelijkheid van de advocaat jegens diens wederpartij worden gesteld, dient met name dit aspect nader te worden verkend, om te bezien of dit een perspectief biedt om een aansprakelijkheid van de advocaat op te baseren.

6.2.3 Het ex-partekarakter van de verloffprocedure en artikel 21 Rv

6.2.3.1 Algemene verplichting tot informeren bij ex-parteprocedure bewarende maatregel

Uit het voorgaande blijkt dat de ruimte die de advocaat wordt gegund om de belangen van zijn cliënt te dienen, gelet op zijn bijzondere functie in het rechtsverkeer, vrijwel steeds aan civielrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger in de weg zal staan. In deze paragraaf staat daarom specifiek de vraag centraal of het optreden van de advocaat *in de ex-parteverzoekschriftprocedure*, waarin het verloff tot beslaglegging wordt behandeld, onder omstandigheden tot aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger zou kunnen leiden.

Het gaat om het optreden van de advocaat bij het naleven van artikel 21 Rv namens zijn cliënt. Dit artikel is bij gelegenheid van de herziening van het procesrecht per 1 januari 2002 ingevoerd en luidt als volgt:

21. RvD Amsterdam 7 september 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:224.

22. RvD Den Haag 27 augustus 2012, ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA3825.

23. Zie in dit verband Gedragsregel 6 lid 2. Hierbij kan ook nog worden verwezen naar de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba van 24 augustus 2016, ECLI:NL:OGEEA:2016:573, r.o. 4.3: '(...) Beslaglegging is een ingrijpend middel, dat door de wetgever ook met waarborgen voor de schuldenaar en de beslagene is omkleed. Als advocaat dient Gedaagde mr. X daarmee bekend te zijn en daar ook naar te handelen. Door te "onderhandelen" over de voorwaarden hanteert hij zijn plicht om het beslag onverwijld op te heffen als drukmiddel en heeft hij zich gedragen als ware er sprake van een nog geldend beslag. Dit is ook jegens degene die de onroerende zaak geleverd wil krijgen onrechtmatig. (...)'

‘Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.’²⁴

Het is dus de rechter die de gevolgtrekking maakt. Uit de schending als zodanig kunnen partijen geen zelfstandig vorderingsrecht ontleen, nu het gaat om een verplichting van processuele aard.²⁵ Dat betekent dat (schending van) dit artikel op zichzelf onvoldoende basis biedt om rechtstreeks een vordering jegens de wederpartij of derden (zoals diens advocaat) op te baseren.

De wetgever gaf met dit artikel inhoud aan twee leidende principes voor het nieuwe procesrecht. In de eerste plaats een steviger regie van de rechter; in de tweede plaats de eigen verantwoordelijkheid voor, en het primaat van, de procespartijen bij de procedure.²⁶

‘Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn het partijen die de aard en de omvang van het geschil bepalen waarover de rechter dient te beslissen. Omdat zij in dat kader ook de feitelijke begrenzing van het geschil aangeven, zijn zij in beginsel niet verplicht om feiten aan te voeren die buiten dat kader vallen. Maar vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te bemoeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door hem benodigde gegevens, die wel binnen het bedoelde kader vallen, te onthouden.’²⁷

De wetgever heeft bewust sancties op overtreding van artikel 21 Rv niet nader ingevuld. Enerzijds om een ‘geschil binnen een geschil’ te voorkomen. Anderzijds om de rechter de ruimte te geven om de sanctie zo veel mogelijk in lijn te laten zijn met de omstandigheden van het geval, zoals de hoedanigheid van partijen, de vraag of zij worden bijgestaan door een advocaat of gemachtigde²⁸ en de mate van verwijtbaarheid van de schending.²⁹ De wetgever volstond met de volgende duiding:

‘Gegeven het algemene belang dat de rechter zoveel mogelijk beslist op grond van de materiële waarheid, achten wij een aansluiting of aanvulling of rectificatie met betrekking tot de onjuiste dan wel achtergehouden feiten in het algemeen niet zinvol. De door een partij achtergehouden feiten zullen in beginsel ook juist gunstig zijn voor de wederpartij, zodat

24. Zie in dit verband de eerder genoemde Gedragsregel 8: ‘De advocaat dient zich zowel in als buiten rechte te onthouden van het verstrekken van feitelijke informatie waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist is.’

25. Zie Verkijk 2010, p. 703 en Hof Arnhem 27 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5556, NJF 2006/416. Dat laat onverlet dat deze gedraging wel (zelfstandig) een onrechtmatige daad kan opleveren, zie Van der Wiel 2004, p. 33 en hierna par. 6.2.4.1.

26. Seinen 2014, p. 84.

27. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 52.

28. Relevant voor de posities bij het conservatoir beslag, nu het daarbij geregeld zal voorkomen dat de beslagene op het moment van beslaglegging (nog) niet over rechtsbijstand beschikt.

29. Vergelijk Seinen 2014, p. 85 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5 (NV II), p. 26-28.

er om die reden ook veel voor te zeggen is dat zij niet van het proces moet worden afgesloten. Wel is het natuurlijk zo dat de nalatige partij ook processueel moet kunnen worden “afgerekend” op zijn gedrag. Artikel [21 Rv] biedt daartoe ook de ruimte. Zo zal de rechter de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren. Ook kan de rechter, wanneer de onjuistheid of onvolledigheid van de stellingen is gebleken en de nalatige partij zijn stellingen wenst uit te breiden met nieuwe feiten, deze buiten beschouwing laten wegens strijd met de goede procesorde.³⁰

Met Seinen³¹ kan uit dit alles worden afgeleid dat de wetgever in beginsel sterker lijkt te hechten aan het rechtdoen op grond van de materiële waarheid, dan aan het afstraffen van processueel ongewenst gedrag. Dat laat onverlet dat de Hoge Raad de rechter een grote mate van vrijheid toekent om de consequenties van de schending van artikel 21 Rv te bepalen.³²

Na invoering van artikel 21 Rv per 1 januari 2002 bestond er enige tijd onduidelijkheid of het artikel in verzoekschriftprocedures (zoals het vragen om verlof voor het leggen van conservatoir beslag) niet, of wellicht anders, moest worden toegepast dan in procedures die met een dagvaarding werden ingeleid. In zijn arrest van 25 maart 2011³³ maakte de Hoge Raad een einde aan deze onduidelijkheid door te overwegen dat de waarheidsplicht geldt voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures. Belangrijk is dat de Hoge Raad in dit arrest ook expliciet overwoog dat de rechter *ambtshalve* tot het oordeel van schending van artikel 21 Rv kan komen:

‘r.o. 3.3. (...) De rechter mag ambtshalve oordelen dat een van partijen of beide partijen in strijd heeft dan wel hebben gehandeld met hun in art. 21 bedoelde verplichting en daaraan, ook zonder dat partijen daarover specifiek hebben gedebatteerd, gevolgen verbinden die in overeenstemming zijn met de aard en de ernst van deze schending van de desbetreffende verplichting. Een verrassingsbesluit kan dit dus, anders dan onder f wordt betoogd, niet opleveren, tenzij uit het processuele debat blijkt dat partijen met een dergelijke beslissing en de gevolgen daarvan geen rekening behoeften te houden (...).’

30. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 855, nr. 5 (NV II), p. 25-26.

31. Seinen 2014, p. 85.

32. Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:154, NJ 2016/92. In casu had de man in een alimentatieprocedure onvoldoende inzicht gegeven in zijn financiële positie. Het Hof Amsterdam had daaraan de conclusie verbonden dat hij in staat moest worden geacht voldoende inkomen te verwerven om aan zijn verplichtingen te voldoen. Het verzoek tot nihilstelling van de man werd daarom afgewezen. A-G Keus acht – zakelijk weergegeven – de daartegen gerichte klachten gegrond maar de Hoge Raad oordeelt, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, dat de vraag of partijen aan hun waarheidsplicht hebben voldaan, een feitelijke beslissing is die in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht.

33. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, NJ 2012/627, m.nt. H.J. Snijders.

Het spreekt voor zich dat de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing en sanctionering van overtreding van artikel 21 Rv van groot belang is voor de (aspirant-) conservatoir beslagene, juist nu doorgaans de beoordeling van het verzoekschrift tot conservatoire beslaglegging ex parte plaatsvindt.³⁴

De zinsnede ‘gevolgen verbinden die in overeenstemming zijn met de aard van en de ernst van deze schending’ moet in het juiste (beperkte) perspectief worden geplaatst. Die gevolgtrekking vindt plaats binnen de procedure waarin de schending door de rechter wordt vastgesteld. Het afwijzen van het verzoek kan een door de rechter verbonden consequentie zijn *in die procedure* (in dit geval de verloffprocedure), maar het behelst geen rechterlijk oordeel over het handelen van de procespartij. Dat geldt eens te meer voor het handelen van diens advocaat. Dat laat onverlet, zie hierna paragraaf 6.2.3.5, dat met de gevolgtrekking in de procedure (zoals weigering van het verloff of opheffing van het beslag) de afdoening van de schending nog niet is uitgeput. Wel betekent het dat verdere afdoening buiten het processuele kader van het verzoek tot beslaglegging plaatsvindt.³⁵

In het rapport *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel* zijn Meijssen en Jongbloed uitgebreid ingegaan op het gegeven dat de voorzieningenrechter (volledig) afhankelijk is van de door de advocaat van de beslaglegger verschafte informatie, om daarop zijn oordeel over het al dan niet verlenen van het verloff te baseren.³⁶ Zij hebben in dat rapport gepleit voor de invoering van het beginsel van ‘Full Disclosure’ in de verloffprocedure.³⁷ In vervolg daarop is in 2011 in de Beslag-syllabus onderdeel A2 opgenomen waarvan de huidige redactie³⁸ luidt:

‘Artikel 21 Rv – Partijen zijn verplicht voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht – geldt ook bij een beslagrekest (vergelijk HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675). Zo dient in het beslagrekest melding gemaakt te worden van alle in Nederland of in het buitenland lopende, doorlopen of beëindigde procedures die relevant zijn voor een goede beoordeling van de zaak, waaronder mede begrepen eerder ingediende beslagrekesten bij dezelfde of een andere rechtbank. Hoewel een andere rechtbank na een afwijzing of intrekking formeel bevoegd kan zijn een nieuw verzoek te behandelen, is het in strijd met de beginselen van de goede procesorde dat de verzoeker bij een (dreigende) afwijzing zijn geluk (elders) nog

34. Wettelijke uitzonderingen zijn loonbeslag (art. 720 Rv) en beslag ten laste van een financiële instelling (art. 700 lid 4 Rv). Ook kan de voorzieningenrechter zelf besluiten partijen te horen (zie op dit punt art. 279 lid 2 Rv en par. 4.3.2.1).

35. Dit neemt niet weg dat bij die verdere afdoening, in een andere procedure, de motivering van de rechter van zowel schending als sanctie een rol kan spelen bij de onderbouwing van de vordering van de partij die zich op het standpunt stelt dat de schending grond voor aansprakelijkheid van partijen of derden vormt.

36. Zie in het bijzonder Meijssen & Jongbloed 2010, p. 59.

37. Aanbeveling 8.4.1, Meijssen & Jongbloed 2010, p. 102 t/m 105. Zij geven hierbij ook de mogelijkheid aan om het Full Disclosure-beginsel op termijn vast te leggen in een wettekst, vergelijkbaar met die van art. 111 lid 3 Rv inzake de (generieke) substantiëringsplicht. Die tekst zou kunnen worden ingevoegd in art. 700 Rv over de voorwaarden voor het leggen van conservatoir beslag.

38. Beslagsyllabus, versie augustus 2018, p. 8.

eens beproeft, zonder ten minste open kaart te spelen. Zeker nu ex parte (zonder dat de gerekwestreerde eerst wordt gehoord) op een beslagrekest wordt beslist, kan misleiding door onvoldoende toelichting in het beslagrekest de voorzieningenrechter reden geven om een latere vordering tot opheffing van het beslag reeds om die reden toe te wijzen (vergelijk gerechtshof Amsterdam 22 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7108 en gerechtshof Amsterdam, 10 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV0477). Ook indien geen sprake is van in Nederland of in het buitenland lopende, doorlopende of beëindigde procedures dient daarvan melding gemaakt te worden in het beslagrekest.

Als wordt vermeld dat een eerder ingediend beslagrekest bij een andere rechtbank is afgewezen, zal het verzoek reeds op die grond moeten worden afgewezen. Tegen een afgewezen beslagrekest staat immers hoger beroep open; forumshopping in de hoop dat een andere rechtbank het verzoek wel zal toewijzen is in strijd met de goede procesorde. Ook het argument dat hoger beroep te lang duurt kan daar niet aan afdoen.’

Ook de Europese wetgever benoemt expliciet het belang van (volledige) voorlichting aan de rechter. De Verordening ter zake van het Europese Bankbeslag bepaalt in artikel 8 lid 2 sub m dat een bevel tot conservatoir beslag het volgende moet bevatten:

‘een verklaring van de schuldeiser, overeenkomstig artikel 16, over de vraag of hij al dan niet andere gerechten of instanties om een gelijkwaardig nationaal bevel heeft verzocht en of het verzoek is ingewilligd of afgewezen en, indien het is ingewilligd, in welke mate aan het bevel uitvoering is gegeven.’³⁹

Het volledig informeren van een rechter die ex parte moet beslissen over een voorlopige maatregel met voor de wederpartij ingrijpende gevolgen, dient als een universeel rechtsbeginsel te worden beschouwd.⁴⁰

39. Verordening (EU) nr. 655/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken, *PhEU* 2014, L 189/59.

40. Zie in dit verband Rb. Amsterdam (vzr.) 11 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5100, *NJF* 2016/419, met name r.o. 4.6. Het ging hierbij om een aan de Nederlandse voorzieningenrechter gevraagde onmiddellijke voorziening tot – zakelijk weergegeven – opheffing van een door verzoek aan de rechter in Guinee gelegd scheepsbeslag. In de beslagprocedure in Guinee was onvermeld gebleven dat eenzelfde verzoek eerder in Ivoorkust was gedaan, waarbij dit beslag door de (appel)voorzieningenrechter in Ivoorkust was afgewezen. De procedure tot het leggen van beslag in Guinee verloopt in grote lijnen hetzelfde als in Nederland en is eveneens een ex-parte procedure. De voorzieningenrechter overweegt dat de verplichting voor de verzoeker om de rechter volledig over de relevante feiten bij het gevraagde verlof te informeren ‘in het Nederlandse recht in artikel 21 Rv [is] neergelegd, maar dat [deze] tevens als een algemeen beginsel van een goede civiele procesorde [kan] worden aangemerkt’. Hoewel deze ‘evidente schending’ een ‘ernstig verzuim’ oplevert is voor opheffing via de Nederlandse rechter in casu geen grond nu onvoldoende vast is komen te staan dat de kwestie niet binnen een afzienbare termijn aan de Guinese rechter kan worden voorgelegd en hierop een beslissing volgt. Hierop strandt de vordering tot opheffing uiteindelijk, maar dit doet niets af aan de overwegingen van de rechter over het universele karakter van de informatieplicht bij het verlof tot het leggen van (conservatoir) beslag. In dit verband kan overigens ook nog worden gewezen op de Principles of Transnational Civil Procedure, kenbaar via

6.2.3.2 *Verschillende schendingen van artikel 21 Rv bij het verzoek om conservatoir beslag te leggen*

Inmiddels is er een overvloedige jurisprudentie beschikbaar welke gedragingen in het kader van de verloffprocedure een schending van artikel 21 Rv opleveren. Ik kom tot een onderverdeling in een viertal categorieën.⁴¹

1. *Er wordt geen melding gemaakt van (omstandigheden rondom) indiening van een eerder verzoekschrift tot het leggen van conservatoir beslag of een daarmee gelijk te stellen procedure.* Deze omstandigheid leidt vrijwel steeds tot een sanctie, doorgaans het afwijzen van het verzoek c.q. het opheffen van het op basis van het onvolledige verzoekschrift gelegde beslag. In de uitspraken vanaf 2011 wordt daarbij door de rechter steeds vaker expliciet (mede) onderdeel A2 van de Beslagsyllabus aangehaald. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn:

- In een verzoek wordt geen melding gemaakt van een eerder gevraagd en verleend verlof en een daaropvolgend opheffingskortgeding en herbegroting van de vordering. Volgt afwijzing van het verzoek.⁴²
- Het eerder bij een andere rechtbank ingediende beslagrekest wordt niet vermeld. Dit wordt zodanig in strijd met de goede procesorde geacht dat het de afwijzing van het verzoek rechtvaardigt.⁴³
- Verzuimd wordt om te vermelden dat een in een ander arrondissement ingediend verzoekschrift is ingetrokken, nadat de griffier om verhinderdata voor de mondelinge behandeling had gevraagd.⁴⁴
- Een eerder beslagrekest en relevante procedures tussen partijen worden verzwegen. Opheffing van het beslag volgt.⁴⁵
- Er wordt geen melding gemaakt van eerder gelegde beslagen voor dezelfde vordering. Gelet op de door de beslagrechter mede te beoordelen proportionaliteit van de in het verzoekschrift verzochte beslagen leidt dit tot opheffing van de 'nieuwe' beslagen.⁴⁶

<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Zie met name art. 11 van deze Principles: '11: *Obligations of the Parties and Lawyers*: 11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties. 11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence. 11.3 In the pleading phase, the parties must present in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered in support of their allegations. (...)'

41. Hierbij heb ik onder meer gebruikgemaakt van de opsommingen van M.R. van Zanten in zijn annotatie bij Hof Amsterdam 22 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7108, *JBPR* 2012/52, sub 3 en van Seinen, 2014, p. 91 en 92.
42. Rb. Amsterdam (vzr.) 7 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3375, *NJF* 2011/246.
43. Hof Amsterdam 22 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7108, *JBPR* 2012/52, m.nt. M.R. van Zanten. In dezelfde zin Rb. Amsterdam (vzr.) 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4113, *NJF* 2016/377 en (daarmee 'corresponderend') Rb. Midden Nederland (vzr.) 1 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3599.
44. Rb. Rotterdam (vzr.) 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6869.
45. Rb. Midden-Nederland 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3231. Indien er geen melding van een eerder ingediend rekest wordt gedaan in het verloffrekest zelf, maar wél in de begeleidende brief aan de griffie, is er geen sprake van schending van art. 21 Rv, zo volgt althans uit Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2690.
46. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3231. R.o. 4.3 van dit vonnis luidt: 'Zeker nu ex parte (zonder dat degenen tegen wie het verzoek zich richt eerst wordt gehoord) op een beslagrekest wordt beslist, kan misleiding door onvoldoende toelichting in het beslagrekest de voorzieningenrechter reden geven om een latere vordering tot opheffing van het beslag reeds om die reden toe wijzen (Gerechtshof Amsterdam van 22 november 2011, LJN: BV7108 en gerechtshof Amsterdam van 10 januari 2012, LJN: BV0477).'

- Een eerder verzoek voor dezelfde vordering en afwijzing van dat verzoek blijven onbenoemd. Verder wordt een relevant gegeven opgenomen in het verlot (een executoriaal beslag), terwijl daar eerder geen melding van was gemaakt.⁴⁷
- Een beslag voor dezelfde vordering dat eerder al was opgeheven blijft onvermeld, terwijl niet onaannemelijk is dat de desbetreffende voorzieningenrechter, mocht die volledig zijn geïnformeerd, het verlot niet of enkel na nadere toelichting had verleend.⁴⁸

2. *Er wordt verzuimd om procedures te vermelden die rechtstreeks verband houden met de vordering waarvoor het beslag wordt verzocht of de processuele feiten worden onjuist gepresenteerd.*

- Een curator maakt in een beslagrekest voor bewijsbeslag geen melding van een gevoerd (en door de curator verloren) kort geding ex artikel 843a Rv, ter zake van dezelfde bescheiden als die waarvoor het bewijsbeslag wordt verzocht. Verder wordt het (bij de curator bekende en uitvoerige) verweer van beslagene in het rekest vrijwel onbesproken gelaten. Opheffing volgt.⁴⁹
- Verzuim om de voorzieningenrechter te informeren over eerdere, uiterst relevante buitenlandse procedures tussen partijen en de afloop daarvan, leidt tot opheffing van beslagen.⁵⁰
- De voorzieningenrechter is ambtshalve bekend met een vonnis van een collega (waarbij machtiging tot verkoop van een woning is afgegeven); dit blijft onvermeld; verzoeker stelt dat de wederpartij zonder toestemming de woning heeft verkocht. Afwijzing van het verzoek volgt.⁵¹
- Er wordt vermeld dat de vordering van de verzoeker 'voor toewijzing gereed' ligt, terwijl de rechter enkel de beslissing over die vordering in zijn vonnis heeft aangehouden. Daarnaast is in het beslagrekest ten onrechte gesteld dat de vorderingen van beslagene waren afgewezen, terwijl die vorderingen niet-ontvankelijk zijn verklaard. Verder wordt vermeld dat uit hoofde van het vonnis '(...) reeds een bedrag van € 14.774,52 aan verzoeker verschuldigd' is, terwijl in het vonnis geen enkel bedrag aan verzoeker is toegewezen.⁵²

47. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 6 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1231, Prg. 2015/116.

48. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5416, Prg. 2015/267.

49. Rb. Den Haag (vzr.) 12 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7891.

50. Hof Amsterdam 10 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV0477. Zie voor het onvolledig informeren Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo. Zie ook het arrest waarbij voornoemde uitspraak van het hof met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gebleven: HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725.

51. Rb. Alkmaar (vzr.) 20 december 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY6992.

52. Dit leidt in casu tot de maatregel van berisping voor de betrokken advocaat, zie RvD Den Bosch 1 mei 2017, ECLI:NL:TADRSHE:2017:89. Interessant daarbij is dat het gegeven dat het bijsluiten van het comparatievonnis als bijlage bij het beslagrekest (waaruit bij zorgvuldige lezing de onjuistheid of op zijn minst een nuancering van de stellingen was gebleken) de advocaat niet baat. Zie r.o. 2.7 van de uitspraak: '(...) Dat verweerster het comparatievonnis heeft meegestuurd maakt dat niet anders, omdat dit haar niet ontslaat van haar verplichting om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Daar komt bij dat verweerster de betreffende stellingen heeft opgenomen in een beslagrekest, zeker nu verweerster bekend moet worden verondersteld met het feit dat een beslagrekest slechts summier wordt beoordeeld. (...)'. In een beschikking van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 26 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3235, draagt het feit dat een (afwijzend) vonnis in kort geding voor de vordering waarvoor het beslag wordt verzocht niet is vermeld bij aan de afwijzing van het verzoek om conservatoir beslag te mogen leggen.

3. *Er worden feiten of omstandigheden verzwegen of onjuist voorgesteld die rechtstreeks en aantoonbaar relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of verlof kan worden verleend.*

- Het welbewust onjuist kwalificeren in een beslagrekest van de vordering, dan wel het zich bij het verzoek om beslagverlof welbewust voordoen in een andere dan de werkelijke hoedanigheid, is onrechtmatig. Dit handelen had als doel grond voor een beslagverlof of bevoegdheid van de voorzieningenrechter te verkrijgen die bij juiste of volledige voorlichting aan de rechter niet zou bestaan.⁵³
- Het ten onrechte vermelden dat de roerende zaken waarvoor beslagverlof wordt gevraagd niet de reguliere handelsvoorraad betreffen, leidt tot opheffing van het conservatoir beslag. Overwogen wordt dat de beslagverlofprocedure een ex-parte procedure is waarbij de voorzieningenrechter, nog meer dan anders al het geval is, op het woord van de verzoeker af moet (kunnen) gaan.⁵⁴
- Een derde (het voormalige moederbedrijf van beslagene) had al voor de beslaglegging voldoende zekerheid gesteld via een garantie. Dit blijft onvermeld. Het beslag wordt opgeheven.⁵⁵
- Een verzoeker presenteert een onroerende zaak als eigendom van de wederpartij, terwijl deze enkel gerechtigd is tot de onverdeelde helft. Opheffing volgt.⁵⁶
- Tijdens een kort geding hebben partijen (voor het gevraagde beslag relevante) procesafspraken gemaakt en vastgelegd in een proces-verbaal dat ter zitting is opgemaakt. Vervolgens wordt verlof tot het leggen van bewijsbeslag verzocht zonder vermelding van deze afspraken. Opheffing van het op basis van dat verlof verleende toestemming tot het leggen van bewijsbeslag volgt.⁵⁷

4. *Bij de beslaglegger bekende verweren van de beslagene blijven in het verzoekschrift (vrijwel) onbenoemd en/of relevante feiten die de vordering waarvoor het beslag wordt verzocht worden onvolledig of onjuist weergegeven.*

- Te summier ingaan op de verweren van de beslagene klemt eens te meer wanneer over de vordering waarvoor beslag wordt gelegd reeds een bodemprocedure loopt waaruit deze verweren kenbaar zijn.⁵⁸
- In het rekest is uitsluitend aangevoerd dat niet aan de stortingsplicht is voldaan en dat zulks een tekortkoming in de nakoming oplevert, maar er is met geen woord gerept over de afspraak tussen partijen over een kasronde en het feit dat dat kasronde vervolgens op verzoek van de beslaglegger zelf niet is uitgevoerd. Opheffing van het beslag volgt.⁵⁹
- De relevante feiten dienen uit het verzoekschrift zelf te blijken. Het verlof van een verzoekster, die na een verzoek van de griffie om nadere informatie

53. Rb. Rotterdam (vzr.) 27 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR5442.

54. Rb. Haarlem (vzr.) 16 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV3921, NJF 2012/210.

55. Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10910, Prg. 2014/159.

56. Rb. Overijssel (vzr.) 29 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1654, Prg. 2013/270.

57. Rb. Noord-Holland (vzr.) 23 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11490, IER 2016/11, m.nt. C.J.A. Seinen.

58. Rb. Almelo (vzr.) 11 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3891.

59. Rb. Haarlem (vzr.) 10 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3022, NJF 2009/363. Zie in dit verband ook Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1608.

volstond met het overleggen van processtukken uit een andere procedure, werd op die grond geweigerd.⁶⁰

6.2.3.3 Aard van het conservatoir beslag

De invulling van de waarheidsplicht van artikel 21 Rv is, zoals Seinen dit treffend formuleert, contextafhankelijk.⁶¹

In procedures op tegenspraak is de wederpartij in het algemeen voldoende in de gelegenheid om lacunes of verkeerd voorgestelde feiten aan te vullen dan wel te corrigeren. In een procedure op tegenspraak zal vaak de schending van artikel 21 Rv voor de wederpartij zonder materiële consequenties blijven, omdat deze in de procedure nog feiten zelfstandig kan aanvullen of corrigeren. Ook kan zij artikel 843a Rv inzetten, om de wederpartij hiertoe te dwingen. Wordt de leugen of onwaarheid pas na de uitspraak door de wederpartij ontdekt, dan heeft deze de keuze tussen hoger beroep of, als dit niet langer mogelijk is, herroeping op de voet van artikel 382 Rv.⁶²

Een andere mogelijkheid is om de wederpartij aan te spreken voor het vergoeden van schade, op basis van een onrechtmatige daad. Deze (latere) vordering uit onrechtmatige daad heeft als belangrijke handicap dat de wederpartij niet alleen de onrechtmatige daad dient te onderbouwen, maar ook dat de eventuele sanctie die de rechter daaraan verbond in de procedure waarin de schending van artikel 21 Rv heeft plaatsgevonden en onderdeel uitmaakt van de definitieve uitspraak in die procedure, niet heeft volstaan om effectief de (gehele) schade als gevolg van de schending te vergoeden.⁶³ De rechter die dient te oordelen in de procedure over de onrechtmatige daad die bestaat uit de schending, komt dan al snel in de situatie dat hij hierdoor moet gaan oordelen over een eerder rechterlijk vonnis, in dit geval de beschikking van de voorzieningenrechter. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het adagium *lites finiri oportet*.⁶⁴ Ten slotte kan worden gewezen op ongewenste extra belasting van het rechterlijk apparaat wanneer ‘geprocedeerd wordt over procedures’.

Deze algemene principiële en praktische bezwaren tegen een vordering die in een procedure op basis van een onrechtmatige daad wordt ingesteld, leggen naar mijn mening binnen het kader van de procedure tot het verkrijgen van verlof om conservatoir beslag, minder gewicht in de schaal.

Voor de verzoekschriftprocedure tot het leggen van conservatoir beslag gelden namelijk een aantal bijzondere factoren. In de eerste plaats beslist de voorzieningenrechter, behoudens uitzonderingen, op het verzoek van de beslaglegger zonder

60. Rb. Noord-Holland (vzr.) 4 februari 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ0437, NJF 2013/111.

61. Annotatie bij het vonnis van de Rb. Noord-Holland (vzr.) 23 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11490, IER 2016/11, m.nt. C.J.A. Seinen, p. 60.

62. Verkijk 2010, p. 703.

63. Verkijk 2010, p. 703.

64. Verkijk 2010, p. 704.

de (aspirant-)beslagene te hebben gehoord. In de tweede plaats dient de voorzieningenrechter snel, op basis van summier onderzoek, zijn oordeel te vormen.⁶⁵ In de derde plaats heeft het honoreren van het verlot in veel gevallen directe en ingrijpende consequenties voor de wederpartij. Ten slotte is relevant dat de voorzieningenrechter, mede gelet op deze ingrijpende consequenties, niet alleen informatie moet worden aangereikt die de vordering van de beslaglegger betreft,⁶⁶ maar dat hij ook relevante informatie nodig heeft om invulling te kunnen geven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶⁷ Kortom, de voorzieningenrechter dient 'zonder meer' op de door de beslaglegger aangedragen informatie af te kunnen gaan.⁶⁸ De voorzieningenrechter moet erop kunnen vertrouwen dat de verzoeker hem volledig en naar waarheid inlicht.

Terzijde wordt hierbij opgemerkt dat bij een conservatoir bewijsbeslag de Hoge Raad expliciet hoge(re) eisen aan de 'stelplicht' van de beslaglegger stelt.⁶⁹ Deze notie geldt niet alleen voor het door de Hoge Raad gesanctioneerde 'algemene bewijsbeslag', maar ook voor conservatoire bewijsbeslagen in verband met gepretendeerde schendingen van intellectuele-eigendomsrechten ex artikel 1019b en 1019c Rv. Met betrekking tot bewijsbeslag in niet-IE-zaken overweegt de Hoge Raad:⁷⁰

'Een bewijsbeslag is een ingrijpend dwangmiddel waardoor onder omstandigheden aan de wederpartij of de derde onder wie het beslag wordt gelegd, aanzienlijke hinder of schade kan worden toegebracht.'

Van Nispen stelt in dit verband vast dat het conservatoir bewijsbeslag geen fysieke inbeslagname van zaken en productiemiddelen betreft, maar slechts een conservatoir beslag op (afschriften van) bescheiden. Van Nispen merkt in dit verband op dat het bewijsbeslag wel (gedurende korte tijd) hinderlijk kan zijn, maar in de regel geen (aanzienlijke) schade zal veroorzaken.⁷¹ De wetgever heeft toepasselijkheid van artikel 21 Rv op IE-beslagen uitdrukkelijk bevestigd.⁷² Door een bewijsbeslag kan direct schade worden toegebracht. In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat bij een conservatoir bewijsbeslag eerder sprake is van schending van

65. Zie in dit verband Meijssen 2013, p. 114 die van oordeel is dat er in de verlotprocedure sprake is van een beoordeling van de aannemelijkheid van de vordering 'als ware het een verstekprocedure'. Zij verwijst in dit verband naar de annotatie van E. Loesberg bij Hof Den Bosch 11 november 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AO1606, JOR 2004/115 waarin hij de benadering voorstaat dat het verzoekschrift de facto wordt 'getoetst' aan art. 139 Rv.

66. Waaronder uiteraard de verweren van de wederpartij tegen die vordering.

67. Zie in dit verband Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3231. Zie ook de Beslagsyllabus, versie augustus 2018, p. 10: 'In het beslagrekest zal moeten worden gemotiveerd waarom het beslag nodig is en waarom is gekozen voor beslag op de in het beslagrekest genoemde goederen en waarom niet een minder bezwarend beslagobject mogelijk is (bijvoorbeeld beslag op een onroerende zaak in plaats van derdenbeslag onder de bank).'

68. Zie ook Rb. Den Haag (vzr.) 12 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7891, met name r.o. 4.1 en 4.2 en Rb. Almelo 11 juli (vzr.) 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3891, met name r.o. 4.3 tot en met 4.7.

69. Vergelijk HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer*), in het bijzonder r.o. 3.9.2. In dit arrest beantwoordde de Hoge Raad de aan hem gestelde prejudiciële vraag of ook voor niet IE-gerelateerde vorderingen beslag kon worden gelegd bevestigend.

70. R.o. 3.3.2.

71. Van Nispen 2015, p. 219.

72. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3 (MvT), p. 2, zie ook Seinen 2016, p. 60.

artikel 21 Rv en/of deze schending een strengere sanctie dan bij andere conservatoire beslagen kan rechtvaardigen.⁷³ In het algemeen is een goede informatievoorziening door de beslaglegger aan de voorzieningenrechter bij bewijsbeslagen van (extra) belang, met name om recht te doen aan het beginsel van proportionaliteit. Voor IE-beslagen, waarbij alternatieven voor het conservatoire beslag als monsterneming en beschrijving voorhanden zijn, blijkt dit ook uitdrukkelijk uit de wetsgeschiedenis.⁷⁴

Het specifieke karakter van de verloffprocedure kent ook een element dat voor de advocaat een ‘disculperende’ werking heeft. Hierbij gaat het om de noodzaak om met spoed een bewarend beslag te kunnen leggen. Die spoed verkleint de ruimte voor de advocaat die het beslagrekest opstelt om relevante feiten te controleren of aan te vullen.⁷⁵ Het enkele gegeven dat na een beslaglegging uiteindelijk *niet tot dagvaarding wordt overgegaan* is, in dit licht bezien, dan ook niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.⁷⁶ Een gevolg van de fase waarin om het leggen van conservatoir beslag wordt verzocht, is nu eenmaal dat in veel gevallen de hoofdzaak zich nog nader moet uitkristalliseren en er nog geen scherp beeld van feiten en proceskansen bestaat. Evenmin kan uit het feit dat het beslag wordt *opgeheven* worden afgeleid dat de advocaat van de beslaglegger tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld,⁷⁷ nog daargelaten dat de opheffing gebaseerd kan zijn op gronden die niets met de vordering waarvoor beslag is gelegd van doen hebben, zoals het stellen van zekerheid.⁷⁸

-
73. Daarbij speelt ook een rol dat het juist bij conservatoire bewijsbeslagen belangrijk is dat de voorzieningenrechter goed in staat is zich een beeld te vormen over proportionaliteit en subsidiariteit. In veel gevallen wordt het gevraagde verlof (te) ruim geformuleerd en vindt nadere inperking en precisering plaats. Zie ook de Beslagysyllabus (versie augustus 2018), p. 54: ‘Wat de proportionaliteit betreft zijn factoren die in de afweging betrokken kunnen worden: (...) de kans op schade en de te verwachten omvang daarvan (...). Opmerkingen hierbij: (...) Het enkele feit dat het bewijsbeslag ingrijpend is en schade zal veroorzaken is onvoldoende om het verlof te weigeren. Indien zekerheid wordt gesteld voor de schade speelt de te verwachten schade een geringere rol in de afweging.’ Zie in dit verband ook Seinen 2016, p. 61.
74. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 392, nr. 3 (MvT), p. 21: ‘Met beschrijving en monsterneming kan eveneens bewijsmateriaal verzameld worden zonder dat de onderneming wordt stilgelegd. De eiser loopt bij het leggen van bewijsbeslag meer risico schadevergoeding te moeten betalen dan bij beschrijving en monsterneming, indien in de daarop volgende inbreukprocedure mocht blijken dat er geen sprake is van inbreuk en het beslag ten onrechte is gelegd (aldus artikel 7, vierde lid, van de richtlijn en artikel 1019g, onder b).’ Zie verder ook par. 4.4.6.
75. Vergelijk in dit verband RvD Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:TADRSGR:2015:236. Daarbij ontvingen de beslagleggende advocaten eerst na indiening en behandeling van het verzoek tot verlof om conservatoir beslag te leggen informatie die bepaalde informatie in het verzoekschrift ontkrachtte. Overigens bestaat er naar Nederlands recht geen generieke verplichting voor een advocaat om (alle) informatie of feiten die zijn cliënt aandraagt te controleren; hij mag in beginsel uitgaan van de juistheid daarvan. De advocaat zal dan ook vaak een beroep kunnen doen op onjuiste voorlichting door de beslaglegger of onmogelijkheid van onderzoek door tijdsdruk, zie ook Van der Wiel 2004, p. 291.
76. RvD Amsterdam 10 november 2014, ECLI:NL:TADRAMS:2014:303.
77. HR 12 april 1985, NJ 1986/809, m.nt. C.J.H. Brunner. In casu had de cliënt overigens uitdrukkelijk verzocht waar mogelijk beslag te leggen.
78. Zie RvD Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:TADRAMS:2016:48. Vergelijk in dit verband ook RvD Amsterdam 27 februari 2012, ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2494, in het bijzonder r.o. 5.5: ‘Het feit dat het beslag bij vonnis in kort geding is opgeheven op de grond dat de cliënte van verweerder geen rechtens te respecteren belang had bij voortdoring van het beslag, maakt nog niet dat verweerder tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld door cliënte bij te blijven staan, ook in het kort geding tot opheffing van het beslag. De toets die de tuchtrechter dient aan te leggen bij de beoordeling van het gedrag van de advocaat (hierboven onder 5.3 weergegeven) is immers een andere dan de toets die de civiele rechter aanlegt bij de beoordeling van een vordering tot opheffing van een beslag.’

In dit verband mag ook zeker niet onbenoemd blijven dat in geval van twijfel de advocaat in de contractuele verhouding met zijn cliënt gehouden is om zo spoedig mogelijk beslag te leggen (althans in elk geval zijn cliënt tijdig over de mogelijkheid daartoe te adviseren), om te voorkomen dat verhaalsmogelijkheden verdwijnen. De advocaat riskeert anders een vordering van zijn cliënt wegens het tekortschieten in de overeenkomst van opdracht.

6.2.3.4 Sancties voor de beslagleggende partij in de verloffprocedure

Zoals uit de hiervoor geciteerde jurisprudentie blijkt, leidt schending van artikel 21 Rv vaak tot afwijzing van het verzoek dan wel opheffing van het beslag. Ook is mogelijk dat de schending wordt betrokken in bepaalde processuele beslissingen en deze beslissingen als het ware mede draagt.⁷⁹ Hoewel de jurisprudentie over schendingen van artikel 21 Rv naar haar aard sterk casuïstisch is, zijn er toch verschillen in beoordeling waarneembaar. Die verschillen zijn onder meer een gevolg van andere principiële vertrekpunten bij de vraag welk gewicht dient te worden toegekend aan de relevantie van de achtergehouden informatie voor de beslissing op het verlov. Er zijn voorzieningenrechtters die een materiële overtreding van artikel 21 Rv in het kader van de verloffprocedure zodanig in strijd met de goede procesorde achten dat daarom steeds afwijzing dan wel opheffing zou dienen te volgen. Daarbij is de vraag of de beslagrechter, in het geval de informatie wel was verstrekt, evenzeer verlov tot het leggen van beslag zou hebben gegeven niet relevant. Deze opvatting is echter niet de algemene norm. Zo overweegt de Rechtbank Amsterdam in een vonnis van 22 januari 2013:⁸⁰

‘15. Voorop moet gesteld worden dat de beslagsyllabus waarop (...) zich beroept geen kracht van wet in materiële zin heeft, doch slechts aangemerkt kan worden als een samenstel van aanbevelingen waaraan de rechter dus geenszins gebonden is.

16. De bepaling van artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarop de betreffende bepalingen in de beslagsyllabus gebaseerd zijn, luidt als volgt:

“Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet

79. Zoals het bepalen van zekerheid ex art. 701 Rv, vergelijk Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:280, NJ 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo. Zie met name r.o. 16 van dit arrest: ‘De conclusie moet dan ook zijn dat de hier besproken grieven doel treffen voor zover deze klagen over de aard van de toegepaste sanctie [de voorzieningenrechter had de vordering op een (veel) lager bedrag begroot, GM]. Een meer op het voorliggende geschil toegesneden sanctie ware geweest dat in het eerste opheffingskortgeding de beslagen waren opgeheven tegen een door Enel c.s. te verstrekken bankgarantie volgens het standaard NVB-model, met daarbij als bezwarende voorwaarde voor AlbaniaBEG: het stellen van tegenzekerheid door middel van een contra-bankgarantie volgens datzelfde model. Ook vanwege de schending van artikel 21 Rv door AlbaniaBEG acht het hof een contragarantie zoals door Enel c.s. geëist daarom toewijsbaar. Voor verdergaande sancties, inclusief een beslagverbod, zoals door Enel c.s. bepleit, bestaat onvoldoende grond.’ Zie ook het arrest waarbij voornoemde uitspraak van het hof met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gebleven: HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1141, RvdW 2017/725.

80. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9890. Zie ook Rb. Rotterdam 1 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1699.

nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht”.

17. Doorslaggevend acht de kantonrechter in het onderhavige geval, of aangenomen moet worden dat de voorzieningenrechter geen verlof zou hebben verleend, als [eiseres in conventie/gedaagde in reconventie] wel die feiten in de beslagrequesten vermeld had, welke zij volgens Frantzen had moeten vermelden. De kantonrechter is van mening dat dat niet het geval is. Wanneer nu verder in aanmerking genomen wordt wat er in conventie beslist is, moet dus de vordering van Frantzen worden afgewezen.’

Schending van artikel 21 Rv in het kader van de procedure tot het verkrijgen van verlof voor conservatoir beslag leidt dan ook lang niet altijd tot afwijzing van het verlof dan wel opheffing van het reeds gelegde beslag, ook niet als de verzwegen feiten aantoonbaar relevant zijn voor de beoordeling van het verzoek. Voorbeelden hiervan zijn:

- het niet noemen van relevante feitelijke omstandigheden;⁸¹
- het indienen van een eerder ingetrokken verzoek;⁸²
- het verzuim om aan te geven dat er een procedure aanhangig is tussen een aandeelhouder van de beslagene en de beslaglegger en een eerder verzoek;⁸³
- het onvermeld laten van een relevant deskundigenrapport in een beslagrekest voor een beslag ex artikel 1019b Rv.⁸⁴

Ook wordt het ‘achterlangs’ repareren van een nietig beslag in de praktijk toegeestaan. Daarbij worden beslagene (en de eventuele derde-beslagene) niet geïnformeerd over de nietigheid van een gelegd beslag, maar wordt een nieuw beslag gelegd. Dat is niet onrechtmatig en vormt ook geen misbruik van processuele bevoegdheden.⁸⁵

Verder is mogelijk dat er weliswaar een sanctie volgt op de schending van artikel 21 Rv, maar dat deze niet bestaat uit een afwijzing van het verzoek of een opheffing van het beslag. Een mildere sanctie kan worden ontleend aan de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 2 september 2013.⁸⁶ Deze kwam tot het oordeel dat een claimstichting hem in het beslagrekest weliswaar ‘eenzijdig en summierlijk’ had geïnformeerd, maar niet dusdanig onjuist en onvolledig dat onmiddellijke opheffing van het gelegde (bewijs)beslag diende te worden bevolen. In casu werd wel bepaald dat het beslagverlof niet verder mocht worden gebruikt dan tot dan toe was geschied. Een ander voorbeeld volgt uit de uitspraak

81. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1660. Zie ook Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1472 en (zelfs bij het onvermeld laten van een procedure) Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3127. Zie in dit verband ook Rb. Rotterdam (vzr.) 28 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5141.

82. Rb. Arnhem (vzr.) 4 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BH0298. NB Deze zaak speelde ruim voor het wijzigen van onderdeel A2 in de Beslagsyllabus in juni 2011.

83. Rb. Amsterdam (vzr.) 3 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1655. Hierbij wordt overwogen dat niet is gebleken van een poging tot misleiding.

84. Rb. Den Haag (vzr.) 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY9486, CR 2013/9, m.nt. H. Struik. Volgens de voorzieningenrechter had dit wel dienen te gebeuren, maar toch blijft het beslag liggen op grond van andere feitelijke grondslagen dan die in het achtergehouden rapport waren onderzocht.

85. Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1472.

86. Rb. Rotterdam (vzr.) 2 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7398.

van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel, waarbij de gevorderde opheffing in kort geding werd afgewezen, maar de beslaglegger op grond van schending van artikel 21 Rv werd veroordeeld in de kosten van de door de beslagene geëntameerde kortgedingprocedure.⁸⁷

6.2.3.5 *Is afdoening van de schending van artikel 21 Rv binnen de procedure uitputtend?*

Neen, althans niet per definitie. Van Zanten stelt terecht dat schending van artikel 21 Rv in beslagzaken tevens misbruik van beslagrecht oplevert. Hij overweegt daarbij dat verzoeker misbruik maakt van het ex-partekarakter van de beslagprocedure, om zodoende het verlot te krijgen waarmee (ten onrechte) beslag kan worden gelegd. De waarheidsplicht is een rechtsplicht. Schending van deze rechtsplicht vormt een onrechtmatige daad jegens de wederpartij.⁸⁸ Dit betekent dat degene tot wie de waarheidsplicht strekt, in dit geval de beslagene, onder de daarvoor geldende voorwaarden, de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad kan inroepen.

De parlementaire geschiedenis is wat ambivalenter op dit punt door te overwegen dat 'een uit [artikel 21] (1.3.3.) voortvloeiende verplichting (...) een verplichting van procesrechtelijke aard is waartegenover niet zonder meer een vorderingsrecht van de wederpartij staat'.⁸⁹ Verdedigbaar is dat deze passage – en met name de frase 'niet zonder meer' – zo dient te worden gelezen dat er in elk geval sprake kan zijn van een vorderingsrecht (uit onrechtmatige daad) bij een evidente en bewuste schending van artikel 21 Rv.⁹⁰ Die vordering heeft dan betrekking op de procespartij zelf, de beslaglegger. Een vorderingsrecht op derden, gelieerd aan de procespartij, vereist bijkomende bijzondere omstandigheden.

6.2.4 **Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat van de beslaglegger**

6.2.4.1 *Grondslag*

Hiervoor is besproken dat aan een advocaat een grote beleidsvrijheid toekomt bij de wijze waarop hij de belangen van zijn cliënt vertegenwoordigt. Hij staat enkel tot zijn cliënt in een contractuele verhouding.

Bovendien geldt het instellen van procedures, inclusief die tot het verzoeken om verlot voor het leggen van beslag, als een gedraging van partijen zelf. De norm van artikel 21 Rv richt zich primair tot de partijen in het proces. Hetzelfde geldt voor

87. Rb. Overijssel (vzr.) 13 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:501. Een stevige(r) sanctie volgde, in een procedure ex art. 843a Rv, op het niet overleggen van een uitspraak van de beklagkamer van het Hof Amsterdam (in het kader van een strafvorderlijk beslag), zowel in het beslagverlot waarbij het leggen van bewijsbeslag werd verzocht, de dagvaarding als in het kader van het opgeworpen incident in deze procedure. Door deze 'herhaalde ernstige schending van artikel 21 Rv' oordeelde de rechter dat de procespartij haar rechtmatig belang bij afgifte of inzage van de onder beslag liggende bescheiden had verloren. Zie r.o. 5.2.7 van dit vonnis.

88. Van der Wiel 2004, p. 33.

89. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 54.

90. Vergelijk in dit verband ook Van der Wiel 2004, p. 34.

de daaraan mogelijk binnen de procedure door de rechter te verbinden gevolgen, die betrekking hebben op deze procespartijen.

Hiervóór is echter geconstateerd dat sanctionering door de rechter binnen het kader van de procedure sanctionering van de betreffende gedraging buiten de procedure niet uitsluit, wanneer de gedraging als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd. De grondslag voor de aansprakelijkheid van de advocaat is dat hij door zijn handelwijze zelf een onrechtmatige daad heeft begaan, omdat hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.⁹¹ Hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat *de beslaglegging zelf* uiteindelijk tot de schade van de beslagene leidt en niet *het verlenen van verlof*. Dit betekent dat de causaliteitsketen kan breken wanneer de advocaat wel de verlofprocedure voor zijn rekening heeft genomen, maar nadien een andere partij aan de deurwaarder opdracht heeft gegeven tot het leggen van beslag.⁹²

Artikel 6:162 lid 1 BW stelt als eis voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dat deze ook aan de dader kan worden toegerekend. Voor de aansprakelijkheid van de advocaat jegens de wederpartij geldt dat dit toerekening krachtens schuld dient te zijn nu toerekening krachtens verkeersopvattingen naar zijn aard is uitgesloten.⁹³ Voor toerekening krachtens schuld is noodzakelijk dat de advocaat voor het onrechtmatig handelen een persoonlijk en ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt.⁹⁴ Deze aansprakelijkheid heeft dus niets van doen met de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger zelf.

Aangezien er sprake is van schuldaansprakelijkheid kan het onrechtmatig handelen van de advocaat niet aan de beslaglegger worden toegerekend.⁹⁵ Deze constatering is zonder praktische gevolgen, nu de beslaglegger in beginsel reeds op een andere grond zelf aansprakelijk zal zijn voor de schade als gevolg van het onterecht gelegde beslag.⁹⁶ Voor sanctionering van de gedragingen van de advocaat van de conservatoir beslaglegger is dus noodzakelijk dat in een procedure een specifieke vordering tegen de advocaat wordt ingesteld, die gebaseerd is op eigen onrechtmatig handelen van de advocaat.

91. Van der Wiel 2004, p. 34.

92. Vergelijk Rb. Haarlem (vzr.) 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BK9843, Prg. 2010/119.

93. Kenmerkend voor de advocaat is immers dat hij andermans belangen behartigt. In de literatuur en jurisprudentie wordt daarom vrijwel unaniem aangenomen dat er binnen dit kader buiten schuld geen ruimte is voor toerekening. Zie Van der Wiel 2004, p. 297.

94. Sieburgh 2000, p. 98.

95. Dat komt omdat schuld afhangt van de concrete kenmerken van de dader zelf, zoals kennis en kunde. Zie Van der Wiel 2004, p. 292 en Sieburgh 2000, p. 166.

96. Toch is deze constatering wel relevant voor de verhouding tussen beslaglegger en zijn advocaat. Denkbaar is dat de cliënt zijn schade doordat hij de beslagene schadeloos dient te stellen tracht te verhalen op zijn advocaat, stellende dat hij – zonder mandaat of opdracht daartoe – een bepaalde (feitelijk) onhoudbare positie heeft ingenomen en daardoor art. 21 Rv heeft geschonden met alle consequenties voor de beslaglegger van dien. Zie in dit verband RvD Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2371.

6.2.4.2 Twee categorieën gedragingen, schending van artikel 21 Rv en de kansloze vordering die ten grondslag ligt aan het beslag

In de praktijk is een enkele maal geprobeerd om een advocaat van een beslaglegger medeaansprakelijk te houden voor de schade van een ten onrechte gelegd of anderszins onrechtmatig conservatoir beslag.⁹⁷

Gelet op de bijzondere kenmerken van de verloffprocedure tot het leggen van conservatoir beslag zijn er voor de onterecht beslagene perspectieven bij schending van artikel 21 Rv, vooral bij gedragingen van de advocaat van de beslaglegger die tot de in paragraaf 6.2.3.2 besproken eerste twee categorieën behoren: *Er wordt geen melding gemaakt van (omstandigheden rondom) eerdere indiening van een eerder verzoekschrift tot het leggen van conservatoir beslag of een daarmee gelijk te stellen procedure, respectievelijk Er wordt verzuimd om procedures te vermelden die rechtstreeks verband houden met de vordering waarvoor het beslag wordt verzocht.*

Deze gedragingen kunnen in een gegeven geval zodanig haaks staan op het vertrouwen dat de rechter in een ex-parte procedure moet hebben in de advocaat van verzoeker en bovendien dusdanig direct het gevraagde verloff en de rechterlijke toets aangaan, dat ik een vordering die op een flagrante misstand is gebaseerd niet bij voorbaat kansloos acht.⁹⁸ Daarbij speelt ook een rol dat de advocaat in een civiel proces *dominus litis* is⁹⁹ en dergelijke gedragingen bij uitstek processuele aspecten raken.

In dit verband is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 12 maart 2013 het bespreken waard.¹⁰⁰ Tussen vennootschap Frío c.s. (later de beslagene) en Vortex c.s. werd geprocedeerd voor de Rechtbank Den Bosch. In deze procedure werden – zakelijk weergegeven – de vorderingen van Vortex c.s. bij vonnis van 15 augustus 2012 integraal afgewezen en werd Vortex c.s. veroordeeld een groot aantal door Frío verzonden facturen te voldoen. Tegen dit vonnis werd geen hoger beroep ingesteld. Vervolgens werd door Macro Invest op 10 januari 2013 verloff gevraagd om conservatoir beslag te leggen ten laste van Frío onder de Stichting Derdengelden van het kantoor van de raadsman van Frío. In het beslagrekest had

97. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166, *NJF* 2016/336 en Jongbloed 2016, p. 745-752 waarin vergeefs werd getracht de advocaat aansprakelijk te stellen voor conservatoire beslaglegging en executie van een vonnis dat in hoger beroep werd vernietigd. Deze uitspraak wordt verder besproken in par. 6.5.1. Zie verder Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789, *NJF* 2013/243, Rb. Leeuwarden 27 juli 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU7488, *JBPR* 2006/26, m.nt. B.T.M. van der Wiel en Hof Den Bosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:419, *NJ* 2018/372. Tegen deze uitspraak is cassatieberoep ingesteld dat met toepassing van art. 81 Wet RO is verworpen, HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101, *RvdW* 2018/843. Deze uitspraken worden in deze paragraaf besproken.

98. Zie in dit verband ook Van den Akker, 2001, p. 108-109, waar zij stelt dat de terughoudendheid bij het aannemen van eigen zorgplichten van de advocaat ten opzichte van de wederpartij uitzondering lijdt als hij informatie verstrekt terwijl hij weet of behoort te weten dat deze informatie onjuist of onvolledig is. Vergelijk in dit verband ook (over verzending van een fax aan een wederpartij met onjuiste inhoud waardoor een wederpartij op het verkeerde been werd gezet) Hof Amsterdam 6 juni 1996, *NJ* 1998/653.

99. In tegenstelling tot het strafproces, waarin de bevoegdheden van de raadsman zijn afgeleid van die van de verdachte, zie Verkijk 2010, p. 317.

100. Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789, *NJF* 2013/243.

Macro Invest als grondslag van haar vordering aangevoerd dat Frío tekort was geschoten in haar verplichtingen jegens (onder meer) Vortex c.s., hetgeen in tegenpraak was met de beoordeling van de rechtbank in het vonnis tussen Frío en Vortex c.s. Dit vonnis was niet bij het beslagrekest gevoegd. Vortex c.s. betaalde de krachtens het vonnis van de rechtbank verschuldigde som van € 215.750,08 op 11 januari 2013 op de derdenrekening van de raadsman van Frío, waarna dezelfde dag onmiddellijk, op basis van het verleende verlof, door Macro Invest beslag werd gelegd, onder meer onder de Stichting Derdengelden van het kantoor van de raadsman van Frío.

Frío start vervolgens een procedure in kort geding tegen Vortex c.s., de raadsman van Vortex c.s. en Macro Invest, strekkende tot opheffing van het gelegde beslag en hoofdelijke veroordeling tot voldoening van de wettelijke rente vanaf 14 januari 2013 totdat het beslag zal zijn opgeheven. Daarnaast vordert zij een verbod tot het leggen van nieuwe beslagen, althans een verbod om nieuwe beslagrekesten in te dienen, zonder daarbij het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 15 augustus 2012 over te leggen.

De voorzieningenrechter stelt vast dat het voldoende aannemelijk is dat:

‘4.5. (...) Macro Invest met de inhoud van het vonnis van 15 augustus 2012 bekend was, alhoewel zij bij die procedure geen procespartij was. Dit is ten eerste aannemelijk nu mr. [gedaagde 4], die namens Macro Invest het beslagrekest heeft ingediend, ook als advocaat namens [gedaagde 2], Vortex en het inmiddels gefailleerde Vortex Transport is opgetreden in de procedure tegen Frío c.s. bij de rechtbank Den Bosch. Ten tweede is dit aannemelijk aangezien een van de onderwerpen van de procedure de tussen Vortex Transport en New Frío gesloten koopovereenkomst van 50% van de aandelen in Macro Invest betrof. Doorslaggevend is echter dat Macro Invest wordt bestuurd door Vortex, dat wordt bestuurd en volledig in handen is van [gedaagde 2]. Hieruit volgt dat de wetenschap van [gedaagde 2] met de inhoud van het vonnis van 15 augustus 2012 gelijkgesteld kan worden met de wetenschap daarvan van Macro Invest.

4.6. Nu de rechtbank zich in het vonnis van 15 augustus 2012 afwijzend heeft uitgelaten over dezelfde stelling als Macro Invest aan het beslagrekest ten grondslag heeft gelegd en Macro Invest geacht moet worden van de inhoud van dat vonnis op de hoogte te zijn geweest, had Macro Invest dat vonnis bij het beslagrekest moeten overleggen. Dat klemt temeer nu het verweer van Macro Invest c.s. dat de voorzieningenrechter, ware die wel van het vonnis van 15 augustus 2012 op de hoogte geweest, het beslagverlof evenzeer zou hebben verleend, niet kan worden gevolgd. (...)’

Daarnaast komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat de vorderingen waarvoor het beslag is gelegd summierlijk ondeugdelijk zijn.

Vastgesteld wordt dat Macro Invest aansprakelijk is voor de door Frío c.s. ten gevolge van het onder de Stichting gelegde beslag geleden schade. Hetzelfde geldt ook voor de bestuurder en Vortex aangezien het vonnis van 15 augustus 2012 geacht kan

worden bekend te zijn geweest bij de bestuurder en Vortex. Nu zij (direct en indirect) bestuurder zijn van Macro Invest kan hun, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt dat het beslag ten onrechte is gelegd.¹⁰¹ De vordering jegens de advocaat van Macro Invest c.s. slaagt echter niet:

‘4.13. De vordering onder II. is jegens mr. [gedaagde 4] niet toewijsbaar. Aan een advocaat komt een grote beleidsvrijheid toe bij de wijze waarop hij de belangen van zijn cliënt vertegenwoordigt. Hoewel het vonnis van 15 augustus 2012 in het beslagrekest had moeten zijn vermeld, gaat het te ver om te oordelen dat mr. [gedaagde 4] jegens Frío c.s. onrechtmatig heeft gehandeld. Evenmin is gebleken dat mr. [gedaagde 4] op andere gronden aansprakelijk zou zijn voor de door Frío c.s. gestelde schade.’

Dat neemt niet weg dat de advocaat hier een ‘narrow escape’ heeft gehad. Dat valt af te leiden uit de bijzondere omstandigheid dat de advocaat persoonlijk wordt veroordeeld om bij eventuele nieuwe beslagrekestten het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 15 augustus 2012 over te leggen.

Naast schending van artikel 21 Rv is er een andere categorie gedragingen die tot aansprakelijkheid van de advocaat kan leiden. Het gaat daarbij om het leggen van beslag voor ‘apert kansloze’ vorderingen.

In een uitspraak van 27 juli 2005 kwam de Rechtbank Leeuwarden tot het oordeel dat het leggen van conservatoir (eigen)beslag in het gegeven geval een onrechtmatige daad van de advocaat van de beslaglegger opleverde en leidde tot de verplichting de daardoor ontstane schade te vergoeden.¹⁰² Het ging hierbij om het herhaaldelijk voeren van kansloze procedures voor een vordering die reeds tot en met de Hoge Raad was gesneuveld. Deze tweede categorie lijkt zich te beperken tot zeer bijzondere gevallen waarbij de vorderingen waarvoor beslag wordt gelegd als ‘apert kansloos’ dienen te worden geclassificeerd. Een ander voorbeeld hiervan is de casus die heeft geleid tot de uitspraak van het Hof Den Bosch van 7 februari 2017.¹⁰³ In dat geval had een advocaat voor een niet-bestaande vordering executoriaal beslag laten leggen onder de Sociale Verzekeringsbank. Het hof overweegt:

‘4.6.2. Het hof stelt voorop dat de grondslag van de vordering van de SVB bestaat uit het verwijt dat [appellant] onrechtmatige proceshandelingen heeft verricht. Hij heeft als gemachtigde voor een niet bestaande vordering beslag laten leggen onder de SVB, waardoor de SVB was genooddakt om bij kort geding, samengevat, opheffing daarvan te vorderen, welke verde-

101. De positie van de bestuurders in deze casus komt hierna verder aan de orde in par. 6.3.2 en 6.3.4.2.

102. Rb. Leeuwarden 27 juli 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU7488, JBPR 2006/26, m.nt. B.T.M. van der Wiel. De vergoeding tot het betalen van smartengeld haalde het overigens niet, zie verder ook hiervoor par. 5.6.15.

103. Hof Den Bosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:419, NJ 2018/372. Tegen deze uitspraak is cassatieberoep ingesteld dat met toepassing van art. 81 Wet RO is verworpen, HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101, RvdW 2018/843. De CVB had ook een klacht ingediend tegen de handelswijze van de advocaat die door het Hof van Discipline Den Bosch van 16 december 2013, ECLI:NL:TAHVD:2013:368, gegrond was verklaard met (in combinatie met andere klachten) schrapping van het tableau tot gevolg.

ring is toegewezen bij vonnis van de rechtbank Rotterdam d.d. 12 maart 2012. (...) Het hof overweegt dat voordat een gemachtigde aansprakelijk is voor door hem verrichte onrechtmatige proceshandelingen, er sprake dient te zijn van bijzondere omstandigheden (vergelijk HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600) en er ten minste sprake dient te zijn van een door die gemachtigde begane grove fout. Getoetst moet worden of de betreffende proceshandeling(en), gelet op de evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de SVB als wederpartij, achterwege had/hadden behoren te blijven. Deze zware maatstaf dient alleen al te worden gehanteerd omdat een lichtere maatstaf voor aansprakelijkheid zou kunnen verhinderen dat een advocaat rechtsbijstand verleent in een voor een rechtshulpverzoeker (zeer) risicovolle zaak.'

Het hof komt tot het oordeel dat de advocaat door opdracht te geven om het executoriale beslag te leggen een grove fout heeft gemaakt. Het dictum van de uitspraak waarvoor het beslag werd gelegd bood hiertoe naar het oordeel van het hof geen enkel aanknopingspunt. Daarnaast acht het hof van belang dat de eerste deurwaarder die door de advocaat was aangezocht de opdracht tot het leggen van dit beslag niet heeft uitgevoerd.

6.2.5 Conclusies

De bijzondere, onafhankelijke en partijdige rol van de advocaat maakt de ruimte voor aansprakelijkheid jegens derden zeer klein. Daardoor vormen gevallen waarin een advocaat met succes door de wederpartij van zijn cliënt aansprakelijk kan worden gesteld zeldzame uitzonderingen. De bijzondere kenmerken van het conservatoire beslag, waaronder het ex-partekarakter van de verlofprocedure, bieden aanknopingspunten voor dergelijke uitzonderingen. Het meeste perspectief biedt flagrante schending van de waarheidsplicht ex artikel 21 Rv in de procedure tot het verkrijgen van verlof voor conservatoir beslag, wanneer deze vanwege een persoonlijk aan de advocaat te maken verwijt (mede) kan worden beschouwd als een onrechtmatige daad van de advocaat zelf. Daarnaast kan in zeer uitzonderlijke gevallen de advocaat aansprakelijk worden gehouden voor schade als gevolg van een onterecht beslag voor een 'apert kansloze' vordering.

6.3 Aansprakelijkheid van bestuurders na een door een bv of nv gelegd onrechtmatig beslag

6.3.1 Inleiding

De beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder dient los te worden gezien van de zelfstandige (risico)aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag van de vennootschap zelf en kent een eigen, op zichzelf staand, beoordelingskader. Vorderingen van beslagene jegens bestuurders van een vennootschap die ten onrechte conservatoir beslag heeft gelegd plegen nogal eens te sneuvelen,

doordat niet specifiek wordt gesteld waarom, naast de vennootschap, ook de bestuurder zelf aansprakelijk zou zijn.¹⁰⁴

De enkele omstandigheid dat na een ten onrechte gelegd beslag voor de beslagleggende vennootschap sprake is van 'risicoaansprakelijkheid' impliceert niet dat daardoor de bestuurder zonder meer persoonlijk aansprakelijk is, zelfs niet wanneer hij persoonlijk bemoeienis met dat conservatoire beslag heeft gehad. Dit volgt uit het arrest *Maarssens Bouwbedrijf* dat de Hoge Raad in 2002 gewezen heeft.¹⁰⁵ De overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest hebben betrekking op de situatie dat de bestuurder, nadat een vonnis ten onrechte is geëxecuteerd en de vennootschap nadien onvoldoende verhaal biedt om het geëxecuteerde bedrag te restitueren, aansprakelijk wordt gesteld.¹⁰⁶

De externe aansprakelijkheid van bestuurders (natuurlijke of rechtspersonen) tegenover bepaalde wederpartijen is in essentie niets anders dan toepassing van het gewone artikel 6:162 BW.¹⁰⁷ De aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van onrechtmatige daad jegens derden kan in algemene zin worden onderverdeeld in drie categorieën:

1. de bestuurder heeft *namens de vennootschap gehandeld* en deze komt de daaruit voortvloeiende verplichting niet na,¹⁰⁸
2. de bestuurder heeft *bewerkstelligd of toegelaten* dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt;¹⁰⁹
3. de aansprakelijkheid betreft niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening van de bestuurder, maar de grondslag daarvoor is gelegen in schending van een daarvan losstaande, *eigen zorgvuldigheidsnorm*.¹¹⁰

104. Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4056, *Prg.* 2019/4.

105. HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7326, NJ 2002/196 (*Maarssens Bouwbedrijf*). Zie ook, voor een vonnis waarbij dit arrest tot leidraad dient, Rb. Den Haag 18 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8201, *JOR* 2011/213.

106. Zie r.o. 3.5 van dit arrest: 'Ook onderdeel 3 van het middel treft doel. Het Hof is veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat [eiseres] een vordering had op IBK en dat zij ter verrekening van deze vordering het door MBB voldane bedrag in plaats van op de rekening van IBK op haar privé-rekening heeft doen overmaken. De enkele omstandigheid dat [eiseres] aldus heeft bewerkstelligd dat zij voldoening heeft verkregen van haar vordering op IBK ten koste van de eventuele verhaalsmogelijkheid van MBB kan niet tot het oordeel leiden dat zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens MBB. Daartoe was in het onderhavige geval in de eerste plaats noodzakelijk dat [eiseres] op grond van de haar als bestuurder van IBK bekende omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat het vonnis van 11 november 1991 zou worden vernietigd. En voorts moet komen vast te staan dat [eiseres] wist, of ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid, dat in geval van vernietiging van het vonnis IBK niet in staat was aan MBB het haar verschuldigde bedrag te restitueren. Ten slotte moet worden beoordeeld of in de gegeven omstandigheden aan [eiseres] kan worden verweten dat zij desondanks haar vordering op IBK met verwaarlozing van de belangen van MBB heeft geïnd. Bij deze beoordeling kan van belang zijn dat [eiseres], zoals zij heeft gesteld, in privé geld aan IBK heeft geleend ter voldoening van een schuld aan de bank en deze lening heeft doen aflossen op het moment dat IBK daartoe de financiële ruimte had. De in het onderdeel aangevoerde klachten die inhouden dat het Hof door een en ander te miskennen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd, zijn gegrond.'

107. Verstijlen 2015, p. 323.

108. Vergelijk onder meer HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA487, NJ 2000/295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

109. Vergelijk onder meer HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

110. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/40, m.nt. W.J.M. van Anel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

De eerste twee categorieën hebben gemeen dat de bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat, door zijn onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder, de *vennootschap* in strijd heeft gehandeld met op haar rustende verplichtingen jegens een derde.¹¹¹ De aansprakelijkheid van de vennootschap is een vereiste en vormt de eerste stap, de aansprakelijkheid van de bestuurder is dus secundair. De derde aansprakelijkheid is primair van karakter, de bestuurder schendt een eigen, zelfstandige norm waarbij het de vraag is of deze aan de vennootschap kan worden toegerekend. Deze grond wordt vaak ingezet in situaties waarbij de vennootschap zelf *niet* onrechtmatig heeft gehandeld.

6.3.2 De bestuurder heeft namens de vennootschap gehandeld en deze komt de daaruit voortvloeiende verplichting niet na

Voor de eerste categorie van aansprakelijkheid van bestuurders zoals hiervoor weergegeven heeft de Hoge Raad in het *Beklamel*-arrest¹¹² de algemene norm geformuleerd. Op basis van deze norm moet worden vastgesteld of aan de bestuurder van een vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat deze vennootschap geen verhaal biedt voor een verplichting uit een overeenkomst die door de bestuurder namens de vennootschap is aangegaan, door te overwegen:¹¹³

‘3.2. (...) Wat die grondslag betreft, heeft het hof in r.o. 6 van het tussenarrest overwogen dat het gaat om de vraag “of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden”. Blijkens r.o. 13 heeft het hof met de zinsnede “er niet aan behoefde te twijfelen” bedoeld: “redelijkerwijze behoorde te begrijpen”. Aldus heeft het hof de voor een geval als het onderhavige juiste maatstaf aangelegd.’

Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder na een onterecht beslag lijkt de schending van de *Beklamel*-norm als grondslag voor die aansprakelijkheid niet goed bruikbaar. Zowel in de casus die tot dit arrest van de Hoge Raad heeft geleid, als in de jurisprudentie over deze norm daarna, gaat het om een *vaststaande* verbintenis. Er moet door het handelen van de bestuurder *per definitie* een *verplichting* voor de vennootschap ontstaan.¹¹⁴ Daarnaast heeft de Hoge Raad in 2014 in het *RCI Financial Services/Kastrop*-arrest¹¹⁵ de ruimte voor disculpatie van de bestuurder in situaties die door deze norm worden bestreken wat vergroot:

111. Aldus W.J.M. van Andel en K. Rutten in hun noot bij het Spaanse Villa-arrest, sub 2.

112. HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

113. HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*), r.o. 3.2.

114. Vergelijk ook Hof Leeuwarden 23 augustus 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AY6866, JOR 2006/236, m.nt. A.J. Verdaas. Hierbij ging het om het invoeren van een bankgarantie. Het hof oordeelde dat het (doen) afroepen door de bestuurder van de bankgarantie onder de omstandigheden van het geval niet op één lijn kan worden gesteld met het aangaan van een verplichting door de vennootschap, zodat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van de bestuurder, ongeacht zijn eventuele wetenschap van de financiële positie van de vennootschap tijdens het afroepen van de bankgarantie.

115. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (*RCI Financial Services/Kastrop*).

‘4.3. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (...).’

De bestuurder die zich van aansprakelijkheid wil bevrijden lijkt dus niet aan te moeten tonen dat hem geen verwijt treft, maar dat hem geen *ernstig* verwijt kan worden gemaakt.¹¹⁶

Alles overziend lijkt de betekenis van deze norm als grondslag voor aansprakelijkheid van bestuurders voor een ten onrechte gelegd beslag beperkt.¹¹⁷ Voor schending van deze norm is namelijk vereist dat:

- door het leggen van beslag zonder meer een vergoeding tot het vergoeden van schade is ontstaan en de bestuurder wist dat er geen enkele grond voor dat beslag aanwezig was en de vennootschap daarmee schadeplichtig werd;
- daarnaast de bestuurder *op dat moment wist*, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade van de beslagene;
- er geen omstandigheden kunnen worden aangevoerd op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat de bestuurder persoonlijk ter zake van de benadeling van de beslagene geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Toepassing van de *Beklamel*-grondslag lijkt, gelet op de aard van die norm, beperkt tot situaties waarbij de bestuurder willens en wetens conservatoir beslag heeft doen leggen voor een ‘apert kansloze’ vordering, waarbij dan ook nog zeker is dat de vennootschap ten tijde van het leggen van beslag niet aan de verplichting tot het

116. In deze zin Verstijlen 2015, p. 336.

117. Maar niet geheel zonder betekenis. Zie in dit verband Rb. Zwolle-Lelystad 17 november 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AS3639, *JBPR* 2005/29, m.nt. A. van Hees waarbij de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een besloten vennootschap min of meer op deze grondslag werd gebaseerd. Na een voor de beslaglegger ongunstig vonnis moest er ernstig rekening worden gehouden met het feit dat het uiteindelijk toe te wijzen bedrag een factor 10 lager zou liggen dan het bedrag waarvoor ter opheffing van het conservatoire beslag een bankgarantie was gesteld. De rechtbank kwalificeerde in de gegeven omstandigheden het handhaven van de ‘te hoge’ bankgarantie als misbruik van recht. Vervolgens werd ook de bestuurder hiervoor aansprakelijk gehouden. Hierbij moet worden aangetekend dat de rechtbank (zie r.o. 3.11) als maatstaf een ‘persoonlijk’ verwijt hanteerde in plaats van een voldoende ‘persoonlijk ernstig’ verwijt, zoals ook door Van Hees sub 4 van zijn annotatie opgemerkt. Ook in Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:EZ7789, *NJF* 2013/243, lijkt de aansprakelijkheid op deze norm te worden gebaseerd. In dat geval werd de voorzieningenrechter een vonnis in een uiterst relevante procedure onthouden dat lijnrecht tegen de stellingen die in het beslagrekest waren opgenomen inging. De bestuurders waren hiervan op de hoogte. Zie ook par. 6.4.2.2 waar deze uitspraak in een ander verband uitgebreider aan de orde komt.

vergoeden van de beslagschade zou kunnen voldoen. *Vrijwel* kansloos is daarbij onvoldoende, omdat er dan geen sprake is van een aan de ‘verplichting’ zoals in de Beklamel-jurisprudentie geformuleerde zin.¹¹⁸

6.3.3 De bestuurder heeft *bewerkstelligd of toegelaten* dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt

6.3.3.1 Normstelling

Voor deze tweede categorie heeft de Hoge Raad in 2006 in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹¹⁹ de norm gepreciseerd.

In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

‘3.5. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295). Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aangehouden dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen

118. Zie in dit verband ook Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG2694, JRV 2009/112, hierna uitgebreider besproken in par. 6.3.3.3.

119. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.’

Ook dit arrest heeft nadrukkelijk betrekking op *vaststaande* verplichtingen van de vennootschap. De vordering tot schadevergoeding en de verplichting deze te vergoeden ontstaan weliswaar op het moment dat de schade wordt geleden, maar de beslagene kan pas na de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger zijn vordering daadwerkelijk geldend maken.¹²⁰ De ‘latente’ verplichting tot het vergoeden van schade kan in dit verband niet als een *vaststaande* verplichting als bedoeld in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* worden beschouwd.¹²¹

Na dit arrest resteerde de vraag of het handelen van bestuurders in verband met *onzekere verplichtingen* aan de in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* omschreven toets kan worden onderworpen.

In het arrest *Air Holland*¹²² uit 2014 heeft de Hoge Raad zich precies over deze vraag gebogen: of er ook wanneer er géén sprake is van een expliciete verplichting, maar van een situatie waarin er ‘ernstig rekening gehouden moest worden gehouden met het bestaan van een vordering’, ruimte is voor de toets of er sprake is van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ aan bestuurders wanneer deze onzekere vordering uiteindelijk niet kan worden voldaan.

Het in 2004 gefailleerde *Air Holland* verzorgde vliegreizen, onder meer voor een reisorganisatie van Van der Valk: Vlieg Ver Weg BV (VVW). Voor vier vliegreizen in 2001 had VVW de facturen van *Air Holland* (ongeveer € 500.000) onbetaald gelaten. Deze vorderingen werden feitelijk niet door VVW betwist en waren in oktober 2001 ook in kort geding toegewezen, maar niet door VVW voldaan. Na het vonnis in kort geding, in april 2002, verplaatste VVW haar activiteiten naar een zustermaatschappij, Van der Valk Tours. Daarbij werd door VVW geen voorziening getroffen voor de vorderingen van *Air Holland*.

Air Holland failliede. De curatoren in het faillissement van *Air Holland* spraken vervolgens, naast de betrokken vennootschap VVW, ook de twee bestuurders van VVW persoonlijk aan, op grond van artikel 6:162 BW. De curatoren verweten deze bestuurders dat zij met het overbrengen van de activiteiten de vermogensbestanddelen van de vennootschap buiten het bereik van schuldeisers hadden gebracht. Daardoor hadden zij bewerkstelligd, dan wel toegelaten, dat VVW haar betalingsverplichtingen niet kon nakomen. VVW had wel andere schulden voldaan, feitelijk resteerde alleen de schuld aan *Air Holland*. Dit leverde, aldus de curatoren, selectieve (wan)betaling van crediteuren op.

Het verweer van de bestuurders van VVW en VVW zelf bestond er in de kern uit dat VVW een hogere tegenvordering op *Air Holland* had van ongeveer € 1 miljoen. Die beweerdelijke vordering zou zijn ontstaan doordat *Air Holland*, tegen de af-

120. Zie verder par. 3.12.1.

121. Afgezien van uitzonderlijke gevallen waarbij de bestuurder weet dat er in het geheel geen grond voor conservatoir beslag is en desalniettemin willens en wetens toch beslag laat leggen.

122. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, NJ 2014/195, JOR 2015/1, m.nt. U.B. Verboom (*Air Holland*).

spraak in, vluchten met Boeing's 757 in plaats van met (de grotere) DC10's had uitgevoerd. Door die tegenvordering, zo luidde het betoog, was de vordering in verband met de facturen van Air Holland op VVW ten tijde van het overbrengen van de activiteiten nog steeds 'onzeker', doordat bij toewijzing van die tegenvordering na verrekening juist een vordering van VVW op Air Holland zou resteren. In de bodemprocedure werd echter uiteindelijk slechts een klein gedeelte van deze reconvencionele vordering van VVW toegewezen (ongeveer € 180.000).

Het Hof Arnhem veroordeelde vervolgens, naast de vennootschap, ook de bestuurders persoonlijk tot betaling van – zakelijk weergegeven – de onbetaald gebleven facturen van Air Holland. Het hof oordeelde dat de bestuurders van VVW zodanig onzorgvuldig hadden gehandeld, dat hun daarvan een ernstig persoonlijk verwijt kon worden gemaakt.

In cassatie werd vervolgens door de bestuurders de stelling betrokken dat in een geval als het onderhavige (een 'onzekere verplichting') geen ruimte is voor een beoordeling of het handelen van de bestuurders een ernstig persoonlijk verwijt oplevert. De op basis van deze stelling geformuleerde klachten werden echter door de Hoge Raad verworpen:

'3.4. De onderdelen falen omdat zij de toepasselijkheid van een andere norm verdedigen dan de Hoge Raad ook voor een geval als het onderhavige heeft aanvaard in zijn arrest van 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758. Het hof heeft de door de Hoge Raad aanvaarde norm terecht aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. Het gaat erom of de aansprakelijk gestelde bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit betekent dat, anders dan de onderdelen betogen, voor een ernstig verwijt als in voormeld arrest van de Hoge Raad bedoeld, voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten *ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren.*' [curs. GM]

Heel verrassend was deze lijn niet. Zoals advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie sub 2.7 voor dit arrest opmerkt, volgt deze logischerwijs uit twee eerdere arresten van de Hoge Raad. Timmerman citeert daarbij een eerdere conclusie¹²³ en geeft aan dat ook in de lagere jurisprudentie wordt aangenomen dat, ook wanneer op het moment van de gewraakte handeling (of omissie) (het beloop van) de vordering nog niet vaststond, van een ernstig persoonlijk verwijt sprake kan zijn.¹²⁴

123. Voor het arrest HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0662, RvdW 2012/152.

124. In dit verband is uit de door Timmerman gegeven opsomming onder meer Hof Den Haag 12 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1158 relevant. Hierbij ging het om een voorlopige regeling in afwachting van het oordeel in de bodemprocedure. Uiteindelijk is op basis van die regeling (veel) meer betaald dan op grond van het vonnis verschuldigd bleek. De bestuurders kon een persoonlijk en ernstig verwijt worden gemaakt dat de vennootschap het bedrag niet kon restitueren. Zie verder ook Hof Den Bosch 8 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU4062, RON 2012/10, waarin eveneens verwezenlijking van restitutierisico aan de orde was. Verder is het arrest Hof Den Bosch 12 april

De Hoge Raad laat er in dit arrest dus geen twijfel over bestaan dat de ‘*Ontvanger/Roelofsen*’-norm (voldoende ernstig verwijt, zie hiervoor par. 6.3.3.1) ook geldt voor ‘onzekere’ verplichtingen waarmee de bestuurder ‘ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden’.¹²⁵

Om een aansprakelijkheid van een bestuurder na een onterecht beslag op een schending van de ‘*Air Holland*’-norm te baseren dient aan drie cumulatieve vereisten te worden voldaan. Ik loop deze in de volgende paragrafen na.

6.3.3.2 *Ernstig rekening houden met de verplichting*

In de eerste plaats betreft dit het kenbaarheids criterium: ‘ernstig rekening houden met’. De wetenschap dat een aan het conservatoire beslag ten grondslag liggende vordering door de aspirant-beslagene wordt betwist lijkt mij hiervoor onvoldoende. Hierbij speelt ook de aard van de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf een rol (de risicoaansprakelijkheid wanneer de vordering wordt afgewezen). Het criterium ‘ernstig rekening houden met’ ziet strikt genomen niet op het afwijzen van de vordering van de beslaglegger, maar op de verplichting tot het vergoeden van schade als gevolg van het beslag door de vennootschap. Dat impliceert echter weer niet dat er zwaarwegende bijzondere omstandigheden moeten zijn om aan dit vereiste te kunnen voldoen. Het enkele feit dat er beslag wordt gelegd voor een betwiste vordering is echter onvoldoende. Dat de bestuurder de vordering als *kansloos* beschouwde, is weer een te strenge maatstaf. Ook de wetenschap bij de bestuurder dat de vordering *vrijwel zeker* zou worden afgewezen, vormt naar mijn mening in het licht van de *Air Holland*-norm ‘ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening houden met’ ook nog een te hoge horde voor de beslagene.¹²⁶ De vertaling van de norm ‘ernstig rekening houden met’ naar de wetenschap van de bestuurder over de vordering waarvoor beslag is gelegd is naar mijn mening dat er (op enig moment, zie hierna par. 6.3.3.3) een *zeer grote kans was dat deze vordering zou worden afgewezen*.¹²⁷ Daarmee is de wetenschap nog niet volledig,

2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1261 vermeldenswaard. Hier kwam het hof tot het oordeel dat de bestuurder een persoonlijk en voldoende ernstig verwijt kon worden gemaakt dat een aan de vennootschap ter voldoening aan een vonnis betaald bedrag onverplicht aan de bestuurder zelf was doorbetaald en dat betrokkene als gevolg daarvan geen verhaal heeft gevonden op de vennootschap voor haar vordering uit onverschuldigde betaling, na vernietiging van genoemd vonnis in hoger beroep. In Rb. Rotterdam 30 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9786, *RON* 2011/49 werd de bestuurder onder meer aangerekend dat hij een arbitrageprocedure was gestart terwijl hij wist of behoorde te weten dat de bv niet zou kunnen voldoen aan de proceskostenveroordeling.

125. Aldus ook U.B. Verboom in zijn annotatie van dit arrest, *JOR* 2015/1, sub 8.

126. Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, *NJF* 2019/81, zie met name r.o. 4.15 waarop hierna in par. 6.3.3.3 nader op in zal worden gegaan.

127. Vergelijk in dit verband de beoordeling van het Hof Den Bosch van het handelen van de bestuurder na het executeren van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en nadien wordt vernietigd, Hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1261. Zie met name r.o. 7.7.5: ‘(...) In hoeverre op B.A.S. evenwel reeds op 29 november 2004, dus vóór het arrest van het hof Amsterdam van 15 februari 2005, de verplichting rustte om zich mede de belangen van [A.] aan te trekken bij de beslissing om het litigieuze bedrag door [Y.] Motorsport aan haarzelf te laten betalen, dient te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of B.A.S. op grond van de haar als bestuurder bekende omstandigheden, op dat moment rekening moest houden met de mogelijkheid dat het vonnis op grond waarvan [A.] de betaling aan [Y.] Motorsport had gedaan, in hoger beroep zou worden vernietigd. Naar het oordeel van het hof moet deze vraag in casu, gelet op alle omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang bezien, bevestigend worden beantwoord. Het hof begrijpt uit de

want de bestuurder dient ook wetenschap te hebben van beslagschade.¹²⁸ Die laatste component zal overigens niet moeilijk zijn om te bewijzen, zeker niet in gevallen waarbij door het beslag een geldsom direct of indirect is geblokkeerd.¹²⁹

De wetenschap kan van aanvang af hebben bestaan, maar ook ontstaan (volledig worden ingevuld) als gevolg van gebeurtenissen in of rondom de procedure, waarin over de vordering van de vennootschap waarvoor beslag is gelegd wordt beslist. Dit zal naar mijn oordeel bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een door beide partijen aangezochte deskundige in de procedure een expertiserapport uitbrengt, waaruit volgt dat naar het oordeel van deze deskundige (per saldo) de beslagene een vordering heeft op de beslaglegger in plaats van andersom.¹³⁰

Kan een bestuurder zich erop beroepen dat hij niet wist dat een conservatoir beslag een risicoaansprakelijkheid voor de vennootschap in het leven roept? Neen. Het

stellingen van Grond-en bouw bureau c.s. dat zij in dit verband onder andere heeft gewezen op de omstandigheid dat B.A.S. wist dat tegen het vonnis door [A.] hoger beroep was ingesteld en dat zij desondanks alle middelen, ook die, benodigd voor rechtsvertegenwoordiging in de hoger beroepsprocedure, aan haarzelf liet uitbetalen. Deze omstandigheid neemt het hof in aanmerking, nu B.A.S. zich in deze procedure op het standpunt heeft gesteld dat de reden waarom [Y.] Motorsport in de hoger beroepsprocedure geen verweer heeft gevoerd uitsluitend was gelegen in het feit dat in de vennootschap geen middelen meer aanwezig waren om dat te bekostigen. Voorts is weliswaar door het hof Amsterdam – evenals in eerste aanleg – op enig moment bij tussenarrest aansprakelijkheid van [A.] vastgesteld voor de door [Y.] Motorsport in eerste aanleg gestelde schade, maar het hof heeft daarnaast vastgesteld dat [Y.] Motorsport de gestelde schade naar haar oordeel in onvoldoende mate had onderbouwd, en dat [Y.] Motorsport voorts bewijs van de gestelde schade moest leveren, zodat kennelijk voor het hof Amsterdam niet vaststond dat [Y.] Motorsport de gestelde schade had geleden. Uit deze omstandigheden kan dus in ieder geval niet worden afgeleid dat B.A.S. inhoudelijk zo sterk stond dat met de mogelijkheid van het ontstaan van enige terugbetalingsverplichting geen rekening gehouden behoefde te worden. In dit verband is voorts van belang dat de litigieuze betaling meebracht dat in het geheel geen verhaal op [Y.] Motorsport mogelijk was, en dus ook een vordering tot een geringer bedrag dan het thans gevorderde (in geval van gedeeltelijke vernietiging door het hof Amsterdam) door [A.] niet op [Y.] Motorsport had kunnen worden verhaald. (...)

128. Zie op dit punt (wederom) de 'mededelingsplicht' van de beslagene, par. 5.2.9.9, wanneer het gaat om minder voor de hand liggende beslagschade.
129. Bovendien zal de bestuurder doorgaans zijn betrokken bij de procedure waarover in de hoofdzak over de vordering van de vennootschap wordt beslist en daardoor op de hoogte zijn van vorderingen van de beslagene wegens diens beslagsschade, kort gedingen ter opheffing van het beslag, enz.
130. Het Hof Den Bosch oordeelde anders in een zaak waarbij over de vordering waarvoor beslag was gelegd in België was geprocedeerd. In die procedure was door een deskundige op 20 maart 2008 een conceptrapport uitgebracht waaruit volgde dat per saldo de beslagene een vordering op de beslaglegger had. Op 15 oktober 2009 is het beslag opgeheven. Pas in 2012 wees de rechtbank in Verviers vonnis, na geconstateerd te hebben dat de curator van de inmiddels gefailleerde beslaglegger geen opmerkingen op het rapport had. Zie Hof Den Bosch 19 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:596. Zie met name r.o. 3.5.5: '(...) Het feit dat het oordeel van de deskundige – ook al trad hij op basis van een minnelijke expertiseopdracht van beide partijen op – erop neer kwam dat [appellante] een vordering had op [geïntimeerden c.s.] en niet andersom, brengt nog niet met zich dat [geïntimeerden c.s.] dit op dat moment als vaststaand hadden moeten aannemen. Pas op 10 september 2012 heeft de rechtbank in Verviers, na onder meer geconstateerd te hebben dat de curator in het faillissement van de vennootschap naar aanleiding van het rapport van de deskundige geen opmerkingen had gemaakt, de vordering van de vennootschap afgewezen. Het beslag was op dat moment al (sinds 15 oktober 2009) opgeheven. [appellante] heeft verder niets aangevoerd waarom [geïntimeerden c.s.] persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt voor het leggen en/of handhaven van het beslag. Ook indien met [appellante] wordt aangenomen dat het gelegde beslag, volgens het daarop toepasselijke recht, onrechtmatig is van de vennootschap jegens [appellante], is daarmee nog geen aansprakelijkheid van de bestuurders gegeven. Ten aanzien van het daarvoor vereiste persoonlijk ernstige verwijt, heeft [appellante] niet aan haar stelplicht voldaan, zodat de voorgedragen grief faalt. (...)'

feit dat de Hoge Raad in uitzonderingsgevallen¹³¹ ruimte ziet voor een uitzondering op het beginsel dat ‘eenieder de wet moet kennen’ doet hier ook geen afbreuk aan. Deze uitzonderingsgevallen lijken gereserveerd voor meer technische, complexe situaties, zoals de terugwerkende kracht van het uitspreken van het faillissement tot 0:00 uur.¹³² De aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag valt hier nu juist niet onder. Deze vloeit niet voort uit een specifieke (‘technische’) rechtsregel maar vloeit voort uit het algemene rechtsgevoel.¹³³ Het feit dat de verplichting om schade na onterecht beslag te vergoeden geen expliciete wettelijke basis kent maar haar grondslag vindt in de onrechtmatige daad is eerder een argument voor kenbaarheid van deze regel dan dat dit de bestuurder van de beslaglegger zou disculperen. Bovendien wordt de beslagleggende vennootschap bijgestaan door een advocaat.

6.3.3.3 *Wetenschap van de benadeling en persoonlijk en ernstig verwijt*

Het tweede cumulatieve vereiste betreft een aanmerkelijk zwaarder criterium. Dit criterium raakt het handelen van de bestuurder dat tot de *benadeling* van de onterecht beslagene heeft geleid, *doordat hij geen of onvoldoende verhaal kan nemen op het vermogen van de vennootschap*. Het laat zich samenvatten als ‘weten of behoren te begrijpen’. Dat is uit rechtspolitiek oogpunt ook begrijpelijk, omdat anders bestuurders (te) snel naast de vennootschap aansprakelijk zouden kunnen worden gehouden¹³⁴ en daardoor ‘hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen’. Aansprakelijkheid van de bestuurder naast de rechtspersoon is een uitzondering, daarvoor geldt een hoge drempel.¹³⁵

Last but not least dient – het derde vereiste – de bestuurder een persoonlijk en ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt.

Samengevat kan mijns inziens de aansprakelijkheid van een bestuurder na een onterecht conservatoir beslag in een ‘*Air Holland*’-situatie als volgt worden samengevat. De bestuurder is aansprakelijk wanneer aan de volgende cumulatieve vereisten is voldaan:

- op grond van de hem bekende omstandigheden komt vast te staan dat de bestuurder *op enig moment* ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de vordering van de vennootschap waarvoor beslag werd gelegd zou

131. Vergelijk HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, NJ 2015/240, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2015/248, m.nt. R.J. van der Weijden. Zie met name r.o. 3.3.3 van dit arrest: ‘(...)Voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor een tekortkoming of onrechtmatige daad van die vennootschap is vereist dat de bestuurder ter zake van de daaruit voortvloeiende benadeling van derden persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel kan in dit verband mede van belang zijn. (...)’

132. Aan de orde in HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, NJ 2015/240, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2015/248, m.nt. R.J. van der Weijden.

133. Zie verder par. 3.1.

134. Vaak wordt betoogd dat een geringe stijging van de mogelijkheden om bestuurders aansprakelijk te stellen tot een onevenredige toename van risicomijdend gedrag leidt. Op dit argument valt het nodige af te dingen, zie hiervoor Verstijlen 2015, p. 330 en de door hem aangehaalde (Amerikaanse) literatuur.

135. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/Kastrop*), r.o. 4.4. Zie ook Soerjatin 2016, p. 6.

worden afgewezen en dit tot een verplichting zou leiden de schade aan de beslaglegger te vergoeden;

- de bestuurder wist *op enig moment*, of had ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat, in geval van afwijzing van de vordering van de vennootschap, deze vennootschap niet zou kunnen voldoen aan haar verplichting de daardoor door de beslagene geleden schade te voldoen;
- de bestuurder kan hiervan een ernstig en persoonlijk verwijt worden gemaakt.¹³⁶

De frase ‘*op enig moment*’ behoeft een nadere toelichting. Naar geldend recht geldt voor de beslaglegger zelf dat zijn handelen niet (ook) op wezenlijke momenten tijdens het beslag op de voet van artikel 6:162 BW wordt getoetst. In paragraaf 3.8, in het bijzonder 3.8.4, heb ik bepleit dat bepaalde momenta een dergelijke beoordeling van het handelen van de beslaglegger (het handhaven van het beslag dan wel het niet (deels) vrijgeven van ter opheffing daarvan gestelde zekerheden of afgegeven garanties) wél zouden rechtvaardigen. De frase ‘*op enig moment*’ ziet hier op de wetenschap van de bestuurder zelf en zijn eigen aansprakelijkheidspositie. Zo is denkbaar dat ten tijde van het leggen van beslag de bestuurder ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de vordering van de vennootschap waarvoor beslag werd gelegd zou worden afgewezen, maar tegelijkertijd de verhaalspositie van de beslagleggende vennootschap op dat moment met zich bracht dat deze de verplichting tot vergoeding van de schade, als de vordering van de beslagleggende vennootschap zou worden afgewezen, zou kunnen dragen. De vereisten kunnen dus (elk) op een later moment worden ingevuld.

Zie in dit verband de volgende overwegingen in het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland van 31 oktober 2018.¹³⁷

‘4.15. Of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt is afhankelijk van de aard en de ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Van ernstig verwijtbaar handelen kan bijvoorbeeld sprake zijn als de bestuurder namens de rechtspersoon verbintenissen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de rechtspersoon niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortkomende schuld (zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286 ([bedrijfsnaam 1])). In de kern houdt dit zogenoemde ‘Beklamelcriterium’ de eis in dat

136. Uiteraard kan het relevante handelen door de bestuurder zich ook (jaren) later dan tijdens het leggen van het beslag hebben afgespeeld. In zijn vonnis van 25 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:182, AR 2017/984 oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland in een situatie na onterechte executoriaal beslag, r.o. 4.4: ‘(...) dat in een geval van onrechtmatige beslaglegging en executie door een vennootschap, de bestuurder van die vennootschap in beginsel persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van de benadeling, indien de bestuurder op het moment waarop werd overgegaan tot beslaglegging en openbare verkoop wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat (1) de uitspraak die ten uitvoer werd gelegd, vrijwel zeker geen stand zou houden en (2) de vennootschap in dat geval geen verhaal zou bieden voor de vordering van de beslagene c.q. geëxecuteerde uit hoofde van onrechtmatige beslaglegging en executie. In dat geval wist de bestuurder immers dat de beslagene c.q. geëxecuteerde als gevolg van de beslaglegging en executie schade zou lijden.’

137. Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425, NJF 2019/81.

de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22 (RCI), rov. 4.3).

4.16. Dit algemene toetsingskader brengt, toegepast op de specifieke situatie van onterechte beslaglegging, het volgende mee. Een bestuurder die namens een vennootschap onrechtmatig beslag heeft laten leggen (en dit beslag heeft gehandhaafd door zekerheid te laten stellen), kan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt van de benadeling, als hij op het moment van de beslaglegging, of op enig moment tijdens de handhaving van het beslag en de gestelde zekerheden, wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat (1) de vordering op grond waarvan beslag werd gelegd vrijwel zeker geen stand zou houden en (2) de vennootschap in dat geval geen verhaal zou bieden voor de vordering van de beslagene uit hoofde van onrechtmatige beslaglegging en/of de handhaving daarvan. In dat geval wist de bestuurder namelijk of behoorde hij te weten dat de beslagene als gevolg van de beslaglegging schade zou lijden.

4.17. Uit dit toetsingskader blijkt dat de stelling van [gedaagde sub 3], dat aansprakelijkheid voor onrechtmatig beslag een risicoaansprakelijkheid is en geen schuldaansprakelijkheid, zodat een bestuurder daarvoor niet (op grond van onrechtmatige daad) persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld, niet slaagt.’

Zoals hiervoor opgemerkt acht ik de horde dat ‘*de vordering op grond waarvan beslag werd gelegd vrijwel zeker geen stand zou houden*’, zoals hiervoor in r.o. 4.16 geformuleerd voor de wetenschap van de bestuurder (en door de beslagene in casu genomen) te hoog. Ik ben van oordeel dat wetenschap dat er *een zeer grote kans was dat deze vordering zou worden afgewezen* volstaat voor deze eerste horde.

In de casus die tot het arrest van het Hof Den Haag van 21 oktober 2008¹³⁸ heeft geleid stelde de beslagene dat de (enig) bestuurder, tevens enig aandeelhouder van de bv, het onrechtmatige beslag had bewerkstelligd. Deze gedraging was naar het oordeel van de beslagene zo ernstig dat de bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk kon worden gehouden. Bovendien had hij er, aldus de beslagene, rekening mee moeten houden dat de vordering van de bv die de grond voor het beslag vormde, geen stand zou houden. Wat de uitspraak interessant maakt, is dat de beslagene stelde dat de bestuurder de bv een *voorziening had moeten laten treffen* voor de schade als gevolg van een onterecht beslag. Die eis om een voorziening te treffen kan naar mijn mening niet aan de bestuurder worden gesteld. Deze verdraagt zich niet met de in de hiervoor besproken in de jurisprudentie getrokken lijnen voor aansprakelijkheid van bestuurders, in het bijzonder het vereiste dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. Dat is wat anders dan de vraag of de bestuurder verhaal via een voorziening veilig(er) had moeten stellen. Verboom¹³⁹ stelt dat artikel 2:374 BW duidelijk maakt dat een

138. Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG2694, JRV 2009/112.

139. In zijn annotatie bij HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, NJ 2014/195, JOR 2015/1, m.nt. U.B. Verboom (*Air Holland*), sub 13.

‘lichtere toets’ bij de kenbaarheid van onzekere verplichtingen gerechtvaardigd is. Artikel 2:374 BW schrijft voor dat op de balans van een vennootschap ook voorzieningen dienen te worden opgenomen voor naar hun aard duidelijk omschreven verplichtingen, die op de balansdatum als waarschijnlijk worden beschouwd, maar waarvan niet bekend is in welke omvang of wanneer zij zullen ontstaan. Hieruit kan echter naar mijn mening niet worden afgeleid dat de bestuurder verplicht zou zijn een voorziening op te nemen, indien meer dan gerede kans bestaat dat de vordering waarvoor de vennootschap beslag heeft gelegd, zal worden afgewezen. Evenmin brengt het enkele ontbreken van een voorziening met zich dat daardoor de bestuurder aansprakelijk is, wanneer de vennootschap uiteindelijk geen verhaal biedt voor de vordering van de beslagene.

Het hof overweegt verder in deze uitspraak dat onvoldoende bijzondere omstandigheden zijn gesteld, noch zijn gebleken, om te oordelen dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat de bv beslag heeft gelegd. Daarbij stelt het hof dat in het bijzonder concrete stellingen ontbreken die aannemelijk maken dat de bestuurder had moeten beseffen dat de vordering kansloos was en hij daarom van het namens de bv leggen van beslag had behoren af te zien. Uit het voorgaande in paragraaf 6.3.3.2 volgt dat ik van mening ben dat het hof hiermee een te strenge maatstaf heeft aangehouden.

6.3.3.4 *Stelplicht en bewijslast*

De vraag is wie de stelplicht heeft en de bewijslast draagt, met name voor de vraag of er al dan niet sprake is van een persoonlijk verwijt. In beginsel zal op grond van het bepaalde in artikel 150 Rv de bewijslast op de beslagene rusten, ook als de bestuurder van de beslagleggende vennootschap directeur/enig aandeelhouder is.¹⁴⁰ De rechter kan op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 150 lid 2 Rv) van dit beginsel afwijken.¹⁴¹ Binnen het domein van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden heeft de Hoge Raad een dergelijke afwijking gesanctioneerd.¹⁴²

De Hoge Raad stelde daarbij in 1994 in het arrest *Romme/Bakker* vast dat er:

‘3.6.2. (...) [zich gevallen kunnen] voordoen waarin het zozeer voor de hand ligt dat degenen die de volledige zeggenschap had over de vennootschap, wordt belast met het bewijs dat hij ten tijde van het aangaan van de door de vennootschap niet nagekomen overeenkomst wist noch behoorde te weten dat zij niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden, dat, indien de rechter niettemin de verhaal zoekende eiser belast met het bewijs van het tegendeel, hij behoort te preciseren welke bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen. Van zulk een geval zal onder meer sprake zijn indien aannemelijk is dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de vennootschap zelf niet, althans niet in voldoende mate over financiële middelen beschikte om aan haar verplicht-

140. De Groot 2011, p. 57 en HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

141. Zie verder par. 5.4.

142. HR 3 april 1992, NJ 1992/411, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994/766, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Romme/Bakker*).

tingen uit die overeenkomst te voldoen en wat dat betreft afhankelijk was van haar daartoe door een andere, door haar beheerste vennootschap ter beschikking te stellen middelen. (...)’

Voor aansprakelijkheid van een bestuurder na een ten onrechte geëxecuteerd vonnis kwam de Rechtbank Den Haag tot een *verzwaarde stelplicht* van de bestuurder (nu deze immers toegang had tot essentiële informatie), maar de bewijslast bleef bij de (onterecht) geëxecuteerde.¹⁴³

6.3.4 Schending van een eigen zorgvuldigheidsnorm?

6.3.4.1 Normstelling

Dan de derde categorie: de aansprakelijkheid betreft niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening van de bestuurder, maar berust op een schending van een *daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm*. De Hoge Raad heeft deze categorie ‘geïntroduceerd’ in het *Spaanse Villa*-arrest uit 2013.¹⁴⁴ Daarin werd een makelaar, die ook bestuurder was van een vennootschap, persoonlijk aansprakelijk gehouden wegens schending van een voor hem persoonlijk geldende zorgvuldigheidsnorm. Bij de vraag of de betreffende eigen zorgvuldigheidsnorm is geschonden is een ‘persoonlijk en ernstig verwijt’ geen vereiste. In feite geldt hier dus dezelfde algemene toets als die voor iedere andere functionaris van een vennootschap geldt, namelijk of sprake is van een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm die is geschonden.¹⁴⁵ Als dat het geval is, kan deze onrechtmatige daad vervolgens worden toegerekend aan de vennootschap.¹⁴⁶ Welbeschouwd kan men zich afvragen of dit wel een vorm van *bestuurdersaansprakelijkheid* is. Het *Spaanse Villa*-arrest leidde dan ook tot veel debat, onder meer over de vraag of hiermee niet de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid werd omzeild. Ook rees de vraag hoe deze maatstaf zich verhield tot de ernstig verwijt-maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁴⁷ In 2014 kwam de Hoge Raad in het arrest *Tulip Air* tot een verduidelijking:¹⁴⁸

‘3.5.3. Bestuurdersaansprakelijkheid is evenwel niet aan de orde in een geval als zich voordoet in het arrest HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (Spaanse Villa). Dat arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar

143. Rb. Den Haag 18 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8201, JOR 2011/213.

144. Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

145. Zie in dit verband de annotatie van W.J.M. van Andel en K. Rutten bij het Spaanse Villa-arrest, JOR 2013/40, sub 8.

146. Op grond van de Kleuterschool Babbel-criteria, HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

147. Zie Soerjatin 2016, p. 5 en 6 en Verstijlen 2015, p. 324 en 325.

148. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air*), r.o. 3.5.3.

rustende zorgvuldigheidsnorm. Zoals vermeld in rov. 3.2.2 van genoemd arrest had het hof immers (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad. Voor toepassing van de verzwaarde maatstaf als hiervoor in 3.5.2 bedoeld, bestaan in een zodanig geval niet de aan het slot van 3.5.2 omschreven gronden.

Zoals blijkt uit het arrest van 23 november 2012, sluit dit niet uit dat de onrechtmatige gedragingen van de betrokkene in voorkomend geval in het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is, met als gevolg dat (ook) de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden (vgl. ook HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34).'

Deze derde categorie is voor dit onderzoek minder relevant. In de eerste plaats omdat aan deze figuur aan de zijde van de gelaedeerde met name behoefte bestaat in situaties waar er *geen* sprake is van een 'eigen' onrechtmatige daad van de vennootschap. De gelaedeerde heeft er dan belang bij dat in rechte wordt vastgesteld dat er sprake is van zelfstandig onrechtmatig handelen door de bestuurder. Vervolgens zal dan bij schending van deze norm in beginsel de daaruit voortvloeiende onrechtmatige daad van de bestuurder aan de vennootschap kunnen worden toegerekend.¹⁴⁹ Bij onterecht conservatoir beslag is de 'eigen' onrechtmatige daad van de vennootschap een gegeven en is er geen behoefte om via de bestuurder, 'van onderaf', tot een toerekening van de onrechtmatige daad van de bestuurder aan de vennootschap te komen.¹⁵⁰

In de tweede plaats lijkt het toepassingsbereik voor deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk beperkt tot bestuurders waarvoor in het maatschappelijk verkeer vanwege hun specifieke deskundigheid uit die deskundigheid voortvloeiende zorgvuldigheidsnormen gelden, los van hun hoedanigheid als bestuurder. Voorbeelden hiervan zijn de makelaar¹⁵¹ en de advocaat.¹⁵² Bovendien vloeien in deze jurisprudentie geformuleerde zorgvuldigheidsnormen voort uit *contractuele* verhoudingen met de vennootschap, zoals een overeenkomst van opdracht.

Daarmee is overigens niet gezegd dat geheel uitgesloten is dat deze derde grondslag een rol kan spelen na een onterecht conservatoir beslag. Met het *Spaanse Villa*-arrest

149. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*), HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air*) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, NJ 1998/586, m.nt. M.M. Mendel (*Rabobank/Erven Van Dam*).

150. Hierin is ook het essentiële verschil met de eerste twee categorieën gelegen, waar juist primair sprake is van een (onrechtmatige) handeling van de vennootschap zelf; 'via' het in dit verband ernstige verwijt dat de bestuurder kan worden gemaakt kan de laatste (ook) aansprakelijk worden gehouden.

151. Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

152. Zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, NJ 2016/66, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*).

is de bestuurder ‘betrokkene’ geworden en kan hij dus in die hoedanigheid jegens wederpartijen van de vennootschap onrechtmatig handelen.¹⁵³ Wellicht zijn er perspectieven bij een ernstige schending van artikel 21 Rv die de bestuurder persoonlijk valt aan te rekenen (bijvoorbeeld door uitlatingen bij een hoorzitting in het kader van een voorlopig beslag of een kort geding tot opheffing) in procedures waarin de vordering van de vennootschap waarvoor beslag is gelegd (deels) wordt toegewezen. Wanneer de vennootschap dan vervolgens niet aansprakelijk is op de voet van artikel 3:13 BW, kan dan wellicht de beslagene toch bij deze vennootschap uitkomen via de onrechtmatige daad van de bestuurder die aan de vennootschap kan worden toegerekend.

6.3.4.2 Schending van artikel 21 Rv

Denkbaar is dat de bestuurder zelfstandig onrechtmatig handelt door bijvoorbeeld tijdens een mondelinge behandeling van het verzoekschrift of tijdens de behandeling van een kort geding tot opheffing willens en wetens de voorzieningenrechter op het verkeerde been te zetten door aperte leugens te debiteren, die op dat moment niet als zodanig worden herkend, dan wel bewust essentiële informatie achter te houden. Deze schending van artikel 21 Rv kan tot een vordering op de bestuurder leiden, nu schending van dat artikel onder omstandigheden onrechtmatig handelen van betrokkenen kan dragen.¹⁵⁴ In een vonnis van de Rechtbank Amsterdam¹⁵⁵ constateert de rechtbank dat de (indirect) bestuurder van de beslaglegger van het niet overleggen van een voor de beoordeling van het verloffrekest relevant vonnis aan de verloffrechter een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Daardoor kan deze bestuurder mede, naast de beslagleggende vennootschap, aansprakelijk worden gehouden voor de door de beslagene geleden vermogensschade. Dit is – ondanks de frase ‘persoonlijk ernstig verwijt’ -geen ‘*Air Holland*’-situatie. De aansprakelijkheid heeft hier niet de bestuurder aan te rekenen onmogelijkheid van verhaal bij de vennootschap als vertrekpunt, maar juist het eigen handelen van de bestuurder in de verloffprocedure. Een ander, eerder, moment en daarmee een ander beoordelingskader.

6.3.5 Conclusies

Het is van belang de aansprakelijkheid van de bestuurder goed te onderscheiden van die van de beslagleggende vennootschap. Voor de laatste is er sprake van risicoaansprakelijkheid. Voor de bestuurder gelden eigen, zelfstandige beoordelingskaders. Vereiste is allereerst de wetenschap dat er een zeer grote kans bestond dat de vordering waarvoor beslag is gelegd zou worden afgewezen. In de jurisprudentie wordt door rechtbanken en hoven vaak een strengere norm aangehouden (wetenschap van het feit dat de vordering *kansloos* of, ook wel *vrijwel kansloos* was) maar

153. Verstijlen 2015, p. 326.

154. Zie hiervoor par. 6.2.3.5 en 6.2.4 waarin is gemotiveerd waarom schending van art. 21 Rv, zelfs bij sanctionering daarvan binnen de procedure, de mogelijkheid van een op basis van deze schending gebaseerde vordering uit onrechtmatige daad openlaat. Deze overwegingen gelden mutatis mutandis voor onrechtmatig handelen van de bestuurder wegens schending van deze rechtsplicht.

155. Vergelijk Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789, NJF 2013/243. Zie par. 4.2.4 voor de bespreking van dit vonnis.

deze past naar mijn mening niet binnen de in het arrest *Air Holland* geformuleerde maatstaf. Daarnaast is noodzakelijk dat de bestuurder op enig moment wist dat de vennootschap (niet langer) verhaal kon bieden voor de schadevergoeding aan de beslagene wanneer de vordering van de vennootschap waarvoor beslag was gelegd (of waarvoor zekerheid gesteld was ter opheffing van dat beslag) zou worden afgewezen. Als de bestuurder al aansprakelijk is voor beslagschade is het zeer wel mogelijk dat de omvang van zijn verplichting tot het vergoeden van schade verschilt met die van de vennootschap, omdat de bestuurder vanaf een ander, later, moment aansprakelijk is dan de vennootschap zelf. De vennootschap is in beginsel gehouden de schade vanaf het moment dat deze wordt geleden tot aan de onherroepelijke uitspraak in de bodemprocedure te vergoeden. De verplichting van de bestuurder tot vergoeding van door de beslagene geleden schade kan beperkter zijn, doordat de schending van de norm op een later moment plaatsvindt, omdat eerst dan aan de cumulatieve (wetenschaps)vereisten is voldaan.¹⁵⁶ Zowel bij voortdurende schade als bij eenmalige schadeposten kan dit tot substantiële verschillen leiden in de verplichtingen van vennootschap respectievelijk bestuurder om de schade te vergoeden.

De bestuurder kan op drie gronden aansprakelijk worden gehouden voor de schade als gevolg van een onterecht gelegd beslag, die alle gegrondest zijn op de onrechtmatige daad. Toepassing van de *Beklamel*-grondslag is, gelet op de aard van die norm, beperkt tot situaties waarbij de bestuurder willens en wetens conservatoir beslag heeft doen leggen voor een ‘apert kansloze’ vordering en wist dat geen verhaal voor schade als gevolg van dat beslag mogelijk was. Anders ligt het voor de *Air Holland*-norm. Daaruit volgt naar mijn mening dat de wetenschap dat op enig moment een zeer grote kans bestond dat de vordering waarvoor beslag is gelegd zou worden afgewezen, voor het eerste vereiste volstaat. Ten slotte kan sprake zijn van schending van een persoonlijke zorgvuldigheidsnorm. Deze laatste lijkt zich enkel te kunnen voordoen bij persoonlijke schending van de waarheidsplicht ex artikel 21 Rv en lijkt juist enig perspectief te bieden wanneer de vordering waarvoor beslag is gelegd *niet* is afgewezen.

6.4 Aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder na ten onrechte gelegd beslag

6.4.1 Inleiding

De rechtsverhouding tussen de deurwaarder en degene die conservatoir beslag wenst te leggen wordt hierdoor gekenmerkt, dat de deurwaarder enerzijds ambtenaar is en anderzijds de werkzaamheden op contractuele basis verricht. De deurwaarder ontleent zijn status van openbaar ambtenaar aan de Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) en wordt bij koninklijk besluit benoemd (art. 4 Gdw). Ook is de aan de deurwaarder toekomende vergoeding vastgelegd in het Besluit tarieven ambts-

156. De vereisten voor de schending van die norm (de wetenschap van het feit dat er een zeer grote kans was dat deze vordering zou worden afgewezen en de wetenschap van het feit dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de vordering tot vergoeding van schade als gevolg van het beslag) kunnen elk op verschillende momenten worden vervuld. Pas als beide componenten van de wetenschap zijn vervuld, kan de datum van de normschending worden bepaald.

handelingen gerechtsdeurwaarders.¹⁵⁷ Dat betekent niet dat de deurwaarder, voor zover deze al als 'bestuursorgaan' zou kunnen worden aangemerkt, met het uitbrengen van een beslagexploot een beschikking op aanvraag (van de beslaglegger) afgeeft. Het impliceert evenmin dat afwijzing van een door de beslagene gevorderde schadevergoeding door een deurwaarder, dient te worden beschouwd als een besluit van deze deurwaarder als bedoeld in artikel 1:3 lid 1 van de Awb.¹⁵⁸

Het verzoek om conservatoir beslag te leggen en aanvaarding van de opdracht daartoe door de deurwaarder, kwalificeert als het aangaan van een overeenkomst van lastgeving (art. 7:414-7:424 BW), tussen de beslaglegger als lastgever en de deurwaarder als lasthebber. In de praktijk is het vrijwel steeds een overeenkomst van onderlastgeving, want de advocaat (lasthebber van de beslaglegger) verstrekt de last aan de deurwaarder.¹⁵⁹ De deurwaarder kan zich niet in alle gevallen ter disculpatie beroepen op de aan hem gegeven last. Er is daarmee een spanningsveld tussen de deurwaarder als gerechtelijk ambtenaar en als (commerciële) opdrachtnemer, maar uiteindelijk is de grondslag van zijn handelen niet de overeenkomst met de lastgever maar de (exclusieve) bevoegdheid die hij aan de wet ontleent.¹⁶⁰

Op grond van artikel 11 Gdw is de deurwaarder in beginsel *verplicht* om in het arrondissement waarin hij is benoemd desgevraagd de ambtshandelingen te verrichten waartoe hij bevoegd is. Deze verplichting wordt in de praktijk aangeduid als de ministerieplicht. Daarnaast is de deurwaarder *bevoegd* om in heel Nederland de in artikel 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet bedoelde ambtshandelingen, waaronder het nemen van conservatoire maatregelen, te verrichten.

Het leggen van conservatoir beslag valt onder de ministerieplicht wanneer dit in het arrondissement dient te worden gelegd waarin de deurwaarder is benoemd. Die ministerieplicht houdt echter niet in dat de deurwaarder elk verzoek tot het leggen van conservatoir beslag ook zonder meer moet uitvoeren. Hij kan zich niet achter de ministerieplicht verschuilen, de bevoegdheid van de deurwaarder 'houdt op waar misbruik begint'.¹⁶¹

157. Zie Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 434 Rv, aant. 3 (online, bijgewerkt 1 april 2004).

158. In deze zin Rb. Groningen 20 juni 2000, ECLI:NL:RBGRO:2000:AA6875, AB 2002/50, m.nt. S.E. Zijlstra.

159. Zie Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 434 Rv, aant. 3 (online, bijgewerkt 1 april 2004).

160. Vergelijk Rb. Amsterdam 10 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6080, NJF 2010/39, in het bijzonder r.o. 4.5: 'Daarnaast wordt overwogen dat de vordering van SPMC kennelijk tevens op de gedachte berust, dat de ministerieplicht van een gerechtsdeurwaarder inhoudt dat hij iedere opdracht tot het verrichten van enige ambtshandeling zonder meer dient uit te voeren. Ook hierin kan SPMC niet worden gevolgd. De gerechtsdeurwaarder oefent zijn bevoegdheden weliswaar uit op verzoek van de justitiabele, maar de grondslag van zijn handelen is niet de contractuele relatie met deze, maar de (exclusieve) bevoegdheid die hij aan de wet ontleent. Als openbaar ambtenaar is hij gehouden de bij de ambtshandelingen betrokken belangen op zorgvuldige wijze af te wegen en hij kan zich bij de uitoefening daarvan niet verschuilen achter zijn ministerieplicht.' Zie ook Hof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3081, JOR 2016/48, m.nt. E. Loesberg.

161. Aldus ook de Rechtbank Den Haag in Rb. Den Haag 15 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI9339, NJF 2009/339, r.o. 6. In casu weigerde de deurwaarder zijn ministerie hetgeen door de rechtbank in de door de executant/lastgever aangespannen kortgedingprocedure werd gesanctioneerd.

In dit verband dient ook te worden gewezen op de mogelijkheid (weliswaar uitsluitend bij executoriale beslagen en maatregelen) dat de deurwaarder zich zelfstandig, via een proces-verbaal, bij de voorzieningenrechter kan vervoegen bij bezwaren of onduidelijkheden. Die mogelijkheid, in de praktijk aangeduid als het deurwaardersrenvooi, biedt artikel 438 lid 4 Rv.¹⁶² Het feit dat deze rechtsgang is beperkt tot executoriale beslagen laat onverlet dat de deurwaarder bij een opdracht tot het leggen van conservatoir beslag op de voet van artikel 254 Rv in kort geding om een voorlopige voorziening kan vragen, dan wel het op een dergelijke procedure kan laten aankomen door te weigeren de gevraagde ambtshandeling in zijn arrondissement te verrichten.¹⁶³ Wanneer de voorzieningenrechter op het deurwaardersrenvooi heeft beslist – en deze vervolgens in lijn met die beslissing zijn ambtshandelingen verricht – vrijwaart die uitspraak van de voorzieningenrechter de deurwaarder niet tegen aanspraken van derden. Wel zal die uitspraak een belangrijk gezichtspunt vormen bij de beoordeling van die aanspraken.¹⁶⁴ Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden bij een conservatoir beslag voor een ‘gewoon’ kortgedingvonnis in een door of tegen de deurwaarder aangespannen kort geding.

6.4.2 Deurwaarder en ten onrechte gelegd conservatoir beslag

De eigen positie van de deurwaarder blijkt ook uit het feit dat de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders uitdrukkelijk de mogelijkheid (h)erkent dat een gevraagd beslag zo ‘evident onrechtmatig’ is – ook al voldoet het aan alle formele vereisten – dat de deurwaarder door het leggen van dat beslag de normen van het tuchtrecht overschrijdt.¹⁶⁵

Dit blijkt onder meer uit de volgende casus die aan de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders werd voorgelegd.¹⁶⁶ Een deurwaarder ontving van een advocaat twee beschikkingen van de Rechtbank Assen en een echtscheidingsconvenant, met het verzoek het nodige te doen opdat de wederpartij ‘zou betalen’. Bij brief van 3 mei 2011 heeft de deurwaarder zijn opdrachtgever geschreven dat hij, op basis van de hem toegezonden stukken, niet tot executie van de beschikkingen over kon gaan. Bij brief van 20 juni 2011 heeft de opdrachtgever de deurwaarder nadere uitleg verschaft, waarna de deurwaarder bij exploit van 28 juni 2011 de beschikkingen en het convenant heeft betekend, met bevel tot betaling van een bedrag van € 7.284,63 over te gaan. De advocaat van de wederpartij heeft hier tegen bezwaar gemaakt en een kort geding aangekondigd wanneer verdere executiemaatregelen

162. Zie A.W. Jongbloed, ‘Het deurwaardersrenvooi’, *BER* 2018/1, p. 19-26.

163. Zie Rb. Den Haag 15 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI9339, *NJF* 2009/339.

164. Vergelijk Broekveldt, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 428 Rv, aant 7 (bijgewerkt 1 april 2009). Broekveldt citeert uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikel (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., Inv. 3, 5 en 6, p. 98): ‘dat de deurwaarder door een zodanige beslissing in kort geding niet volledig gedekt is: zij belet de betrokken partij niet om naderhand schadevergoeding te vorderen. Maar wel zal bij de vraag of onrechtmatig is gehandeld c.q. of de deurwaarder schuld valt te verwijten, uiteraard vaak een beslissende rol spelen wat de president als zijn voorlopig oordeel heeft uitgesproken, aangenomen dat de president1 door de deurwaarder volledig was ingelicht.’

165. Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 7 januari 2014, ECLI:NL:TGDKG:2014:2, Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 7 januari 2014, ECLI:NL:TGDKG:2014:3 en Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 4 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:YB0903. Overigens liep het in alle gevallen goed voor de deurwaarders af.

166. Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:YB0851.

zouden volgen. Bij brief van 14 juli 2011 heeft de opdrachtgever de deurwaarder verzocht loonbeslag te leggen. Op 12 augustus 2011 heeft de deurwaarder beslag gelegd onder de werkgever van de wederpartij/beslagene. Bij vonnis van 12 september 2011 heeft de voorzieningenrechter te Assen dit beslag opgeheven, kort gezegd omdat aan het gelegde executoriale beslag geen titel ten grondslag lag.¹⁶⁷

In de nadien door de beslagene ingediende klacht wordt de deurwaarder verweten dat hij nalatig is geweest door loonbeslag te leggen zonder dat daarvoor een titel aanwezig was. De beide beschikkingen en het echtscheidingsconvenant konden daartoe evident niet dienen. Door het beslag heeft klager kosten gemaakt en heeft hij zich moeten inspannen om te voorkomen dat zijn werkgever (politie) een intern onderzoek zou starten op basis van plichtsverzuim. De deurwaarder heeft in reactie daarop – samengevat – aangevoerd dat hij heeft getwijfeld of hij op basis van de hem toegezonden stukken executiemaatregelen kon treffen, maar na nadere uitleg van zijn opdrachtgever zijn aanvankelijk afwijzende standpunt heeft herzien. De deurwaarder baseert zijn nadere visie op het feit dat de rechtbank in de betreffende beschikking partijen expliciet had bevolen tot ‘verdeling conform het convenant’ over te gaan. De Kamer overweegt vervolgens:¹⁶⁸

‘Bij de beoordeling geldt als uitgangspunt dat de gerechtsdeurwaarder in beginsel zijn ministerie dient te verlenen, wanneer hem wordt verzocht een titel te betekenen en te executeren. Van de gerechtsdeurwaarder mag wel worden verwacht dat als hij een titel betekent en bevel tot betaling doet van een bepaald bedrag, hij zich ervan heeft vergewist dat uit de titel zelf afdoende blijkt wat een schuldenaar verschuldigd is en dat die titel een grondslag biedt voor het te geven bevel tot betaling. De enkele mededeling van zijn opdrachtgever dat de titel ten uitvoer kan worden gelegd, is daartoe onvoldoende. De gerechtsdeurwaarder dient zelfstandig te beoordelen of de titel ten uitvoer kan worden gelegd.

Naar het oordeel van de Kamer is in de beschikking noch in het echtscheidingsconvenant een verplichting tot uitkering van een concreet bedrag opgenomen, en dit kan evenmin daaruit worden gedestilleerd. Weliswaar staat in artikel 1 van het convenant onder meer vermeld dat de man de gebruikskosten van de echtelijke woning zal blijven betalen, maar niet tot welk bedrag. De aan hem ter executie aangeboden titel bood – zoals de voorzieningenrechter in kort geding ook heeft overwogen – geen grondslag voor het gelegde beslag. De gerechtsdeurwaarder was aanvankelijk de juiste mening toegedaan, maar heeft zich vervolgens laten leiden door zijn opdrachtgever, daar *waar hij zijn rug recht had moeten houden.*’ [curs. GM]

167. Dit betreft derhalve een bijzondere variant van onrechtmatig executoriaal beslag, niet te verwarren met het in dit onderzoek bedoelde ‘ten onrechte gelegde beslag’, maar uiteraard wel relevant.

168. Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:YB0851, r.o. 4.2.

De klacht wordt gegronnd verklaard en aan de deurwaarder wordt de maatregel van berisping opgelegd.¹⁶⁹ Vervolgens spreekt de klager zijn ex-vrouw, haar advocaat en de deurwaarder aan tot vergoeding van de door het onrechtmatig gelegde beslag ontstane schade, bestaande uit het verschil tussen de werkelijke proceskosten en de geliquideerde proceskosten. Uiteindelijk sneuvelt deze vordering in hoger beroep voor het Hof Arnhem-Leeuwarden,¹⁷⁰ dat de voorrangsregel uit het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 2015 citeert¹⁷¹ en vervolgens overweegt dat van bijzondere omstandigheden die een inbreuk op deze voorrangsregel rechtvaardigen (zoals, aldus het hof, willens en wetens – doen – leggen van onrechtmatig beslag of een andere vorm van misbruik van procesrecht), niet gebleken is.

De vraag is wat de ‘rug recht houden’ inhoudt bij een conservatoir beslag dat de deurwaarder onrechtmatig voorkomt. Wordt gevraagd conservatoir beslag in een ander arrondissement te leggen dan waar hij is gevestigd dan kan hij de opdracht simpelweg weigeren. Bij een conservatoir beslag in zijn eigen arrondissement ligt dit minder eenvoudig. Zoals hiervoor uiteengezet heeft de deurwaarder bij een conservatoir beslag niet de mogelijkheid om zelf via artikel 438 lid 4 Rv met een proces-verbaal de voorzieningenrechter te adiëren. Hij zal in een dergelijk geval feitelijk geen andere keuze hebben dan, zoals hiervoor besproken, de opdracht te weigeren (met het risico in kort geding te worden gedagvaard), dan wel zelf een kort geding te starten.

6.4.3 Conclusies

De deurwaarder kan zich bij een onterecht conservatoir beslag niet zonder meer ter disculpatie beroepen op de aan hem verstrekte opdracht. Desalniettemin lijkt de ruimte om de deurwaarder na onterecht conservatoir beslag aansprakelijk te houden zeer beperkt. Weliswaar heeft de deurwaarder in gevallen waarin hij constateert dat aantoonbaar sprake is van onrechtmatig handelen van zijn opdrachtgever, de plicht zijn medewerking te weigeren, maar zo'n situatie zal zich bij conservatoir beslag niet snel voordoen. Zo mag niet van de deurwaarder worden verwacht dat hij zich een (marginaal) oordeel over de vordering van de beslaglegger vormt. Enkel in gevallen waarbij, zonder dat daarvoor enig nader onderzoek is vereist, de onrechtmatigheid van het verzoek aan de deurwaarder ‘afspat’, zal hij de opdracht moeten weigeren. Doet de deurwaarder dat niet, dan loopt hij het risico later door de beslagene aansprakelijk te worden gesteld. Bij de beoordeling van de positie van de deurwaarder speelt een rol dat zijn bevoegdheid om ‘dilemma’s’ voor te leggen aan de voorzieningenrechter is beperkt tot executoriale maatregelen. Dat neemt niet weg dat hij in voorkomend geval een regulier kort geding aanhangig kan maken dan wel het op een dergelijk kort geding kan laten aankomen.

169. De Kamer kwam mede tot dit oordeel omdat de klager werkzaam bij de politie was. De deurwaarder had zich, aldus de Kamer, ervan bewust moeten zijn dat de debiteur een politiefunctionaris was is. Daarmee heeft het loonbeslag voor een dergelijke ambtenaar bijkomende, vervelende consequenties, waaronder dreiging van een integriteitsonderzoek. Een interessante overweging omdat hier een nadere kleuring wordt gegeven van de eigen positie en verantwoordelijkheid van de deurwaarder.

170. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2174, NJF 2016/251.

171. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans, JOR 2016/17, m.nt. G.J.P. Molkenboer (*K/Rabobank*). Zie over deze voorrangsregel par. 5.6.4.1.

6.5 Aansprakelijkheid van de 'achterliggende procespartij' of opdrachtgever van de procespartij na een ten onrechte gelegd beslag

6.5.1 Achterliggende partijen

Een bijzondere categorie derden wordt gevormd door partijen die formeel geen procespartij zijn doch, vanwege hun specifieke verhouding met een van de procespartijen, voor het handelen van die procespartij persoonlijk kunnen worden aangesproken. Die mogelijkheid werd aanvaard in een vonnis van de Rechtbank Rotterdam uit 2016.¹⁷²

De casus was als volgt. Een curator had ter verzekering van een vordering conservatoire beslagen ten laste van de echtgenote van een gefailleerde gelegd. Deze echtgenote werd in eerste aanleg tot betaling ten gunste van de boedel veroordeeld. Dit vonnis werd uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De echtgenote stelde hoger beroep in tegen het vonnis. Omdat de faillissementsboedel te weinig actief bevatte om aan een eventuele vordering tot terugbetaling te voldoen was er sprake van een restitutierisico. Zij verzocht de curator de tenuitvoerlegging van het vonnis te schorsen, in afwachting van de uitkomst daarvan. Dit verzoek werd vergezeld van een aanbod tot het stellen van een bankgarantie. De curator wees dit verzoek af zonder die afwijzing te motiveren en ging over tot executie. De echtgenote werd vervolgens in de procedure waarin over de vordering waarvoor beslag was gelegd werd geoordeeld, door het hof in het gelijk gesteld; het hof vernietigde de uitspraak van de rechtbank en wees de vordering van de curator af.

De echtgenote vordert vervolgens schadevergoeding wegens conservatoire beslaglegging en tenuitvoerlegging van het rechtbankvonnis van de curator q.q. en in persoon, de advocaat die voor de curator is opgetreden¹⁷³ en de betrokken bank. De laatste had een pandrecht op de vordering van de curator op de echtgenote en zij had met de curator afspraken gemaakt over het voeren van de procedure. De bank zou de kosten voor de procedure aan de boedel tot een bedrag van € 30.000 vergoeden, terwijl aan de boedel tevens 25% van de opbrengst van de procedure, na aftrek van de proceskosten, zou toekomen.

De Rechtbank Rotterdam overweegt:

'4.15. (...) Hoewel [curator 1] de betreffende procedure in eigen naam voerde, volgt uit een en ander dat AbnAmro ermee op de hoogte was dat [curator 1] het vonnis van 5 oktober 2011 bij voorraad ten uitvoer legde en dat zij zich (getuige de hiervoor aangehaalde correspondentie tussen de advocaat van mevrouw [eiseres] en AbnAmro) niet distantiëerde van (de gedragingen van) [curator 1] in de procedure. Integendeel, AbnAmro nam geen eigen standpunt in en verwees daartoe naar [curator 1].

172. Zie Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166, NJF 2016/336 en Jongbloed 2016, p. 745-752.

173. Zie par. 3.2.4.2.

Onder de gegeven omstandigheden heeft mevrouw [eiseres] er redelijkerwijs op mogen vertrouwen dat AbnAmro aan [curator 1] opdracht had gegeven om het vonnis van 5 oktober 2011 bij voorraad ten uitvoer te leggen. Het lag daarom op de weg van AbnAmro om haar betwisting van de gestelde opdracht tot tenuitvoerlegging bij voorraad met feiten of omstandigheden te onderbouwen. Dat heeft AbnAmro niet gedaan, ook niet nadat de hiervoor aangehaalde correspondentie tussen de advocaat van mevrouw [eiseres] en AbnAmro in het geding was gebracht. AbnAmro heeft volstaan met de brieven van de advocaat van mevrouw [eiseres] af te schilderen als “een onmiskenbare en vrij doorzichtige poging [...] om de Bank en de curator uit elkaar te spelen”, waarmee AbnAmro eens te meer bevestigde dat zij in dezen tezamen met [curator 1] optrok. Daarom komt de rechtbank tot de conclusie dat AbnAmro aan [curator 1] opdracht heeft gegeven om het vonnis van 5 oktober 2011 bij voorraad ten uitvoer te leggen.’

Vervolgens komt de rechtbank tot het oordeel dat

‘4.17 (...) Kennelijk AbnAmro met die belangen van mevrouw [eiseres] geen rekening [heeft] gehouden. Nu achteraf moet worden vastgesteld dat de faillissementsboedel van [gedaagde] onvoldoende verhaal biedt – dat is tussen geen van de partijen in geschil – moet de conclusie zijn dat AbnAmro door aldus aan [curator 1] opdracht te geven tot tenuitvoerlegging bij voorraad van het vonnis van 5 oktober 2011 jegens mevrouw [eiseres] onrechtmatig heeft gehandeld.’

Dit oordeel heeft echter in hoger beroep geen stand gehouden. Het Hof Den Haag overweegt in zijn arrest van 7 november 2017:¹⁷⁴

‘3.3. Omdat ABN AMRO over een stil pandrecht beschikte, was zij niet inningsbevoegd (...) de curator was dat wel. Na betaling (via executie) door [geïntimeerde] aan de curator is het pandrecht op deze vordering tenietgegaan en kon ABN AMRO geen aanspraak maken op onmiddellijke afdracht van het door de curator geïnde. ABN AMRO behield wel haar aanspraak bij de uitdeling overeenkomstig haar aan het pandrecht ontleende voorrang te worden voldaan. In dat geval zou zij ook dienen bij te dragen aan de algemene faillissementskosten (art. 182 lid 1 Fw).

3.4. De curator kon dus zonder een daartoe strekkende opdracht van ABN AMRO betaling van [geïntimeerde] vorderen. Ook kon hij zonder toestemming van ABN AMRO het verkregen vonnis executeren. Voorts geldt dat de curator op grond van artikel 68 lid 1 Fw is belast met het beheer en de vereffening van de boedel niet ten behoeve van één enkele schuldeiser, maar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het hof merkt op

174. Hof Den Haag 7 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3066, JOR 2018/51, m.nt. A. Steneker. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen, zie HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:516, RvdW 2019/464.

dat de curator ook in dit geval – hoewel hij jegens [geïntimeerde] te kennen heeft gegeven in opdracht van ABN AMRO te handelen – feitelijk ten behoeve van de boedel handelde. Immers, de betaling die hij van [geïntimeerde] (via executie) heeft ontvangen is niet doorbetaald aan ABN AMRO, maar is in de boedel gevloeid.

3.5 Gezien het vorenstaande, heeft naar het oordeel van het hof als uitgangspunt te gelden dat de curator de procedure tegen [geïntimeerde] heeft gevoerd namens de boedel en niet als vertegenwoordiger van ABN AMRO. De stelling van [geïntimeerde] dat dit anders was, is door ABN AMRO betwist. [geïntimeerde] heeft hier geen bewijs van aangeboden, zodat het hof aan die stelling voorbij gaat. Omdat de curator de bank niet vertegenwoordigde, is ABN AMRO niet aansprakelijk jegens [geïntimeerde] op grond van het enkele feit dat het vonnis waarop de executie berustte door het hof is vernietigd.'

De algemene vraag in hoeverre 'achterliggende partijen' aansprakelijk kunnen worden gehouden voor proceshandelingen is op zichzelf een proefschrift waardig. Voor dit onderzoek wordt volstaan met de constatering dat het onwaarschijnlijk is dat dergelijke partijen aansprakelijk kunnen zijn voor een ten onrechte gelegd beslag.

6.5.2 Conclusies

Dit betreft een tamelijk exotische categorie en er zal enkel in uitzonderlijke gevallen sprake zijn van aansprakelijkheid bij 'achterliggende partijen' of opdrachtgevers. Gelet op het feit dat de beslagene om zijn schade daadwerkelijk vergoed te krijgen bij gebreke van verhaal bij de beslaglegger zelf vaak is aangewezen op een 'schot hagel' door meer betrokkenen aansprakelijk te stellen, kan deze categorie echter niet onvermeld blijven.

Hoofdstuk 7

Schadevergoeding na bewarende maatregelen in België en Duitsland

‘Men ziet geen recht of onrecht dat niet per landstreek varieert. Drie graden dichter bij de pool en de ganze rechtspraak is andersom; een meridiaan bepaalt wat waar is. Na enkele jaren gebruik worden fundamentele wetten alweer veranderd; het recht heeft zijn perioden: het ontstaan van deze of gene misdaad wordt aangegeven doordat Saturnus in de Leeuw komt te staan. Een rare gerechtigheid, die bij een rivier ophoudt! Aan deze zijde van de Pyreneeën een waarheid, aan de andere kant een dwaling.’¹

7.1 Inleiding

Voor een waardevolle vergelijking tussen de benadering van een bepaald onderwerp tussen verschillende rechtsstelsels is het van belang de achtergrond en inrichting van dat onderwerp goed te duiden, alvorens de vergelijking te maken. Zo bestaan in deze studie verschillen tussen de goederenrechtelijke gevolgen van bewarende maatregelen, die bij de vergelijking in ogenschouw moeten worden genomen. Ook gelden er (extra) waarborgen voor de positie van de (aspirant-)beslagene in het betreffende procesrecht, die de beschouwing van de aansprakelijkheid na een ten onrechte opgelegde bewarende maatregel nader kleuren. Verder raakt het onderwerp niet alleen het procesrecht in het onderzochte rechtsstelsel, maar ook het verbintenissenrecht en het aansprakelijkheidsrecht.

In grote lijnen voltrekt de rechtsvergelijking in dit hoofdstuk zich volgens de zogenoemde functionele methode. Het vertrekpunt is het concrete vraagstuk in het Nederlandse rechtsstelsel, de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag. Bezien wordt of in het Belgische en het Duitse recht aanknopingspunten zijn te vinden die behulpzaam kunnen zijn bij het beantwoorden van vragen in dit onderzoek. Maar de rechtsvergelijking is evengoed waardevol waar deze vergelijking vragen en dilemma's verder verdiept en deze aan profiel doet winnen.

Er is gekozen voor het Belgische en het Duitse recht omdat deze rechtsstelsels een wettelijke bepaling in het procesrecht kennen die rechtstreeks de aansprakelijkheid na bewarende maatregelen omvat (het Duitse recht), dan wel een bepaling voor een aanpalend domein, de aansprakelijkheid na tenuitvoerlegging van een later vernietigde uitspraak (het Belgische recht). Een belangrijke factor bij de keuze voor deze twee rechtsstelsels is verder dat het materiële recht in deze landen een zodanige gelijkenis met het Nederlandse recht vertoont dat een zinvolle vergelijking mogelijk is.

In dit hoofdstuk wordt eerst het Belgische recht behandeld, vervolgens het Duitse.

1. Blaise Pascal, *Gedachten*, vertaling Frank de Graaff, derde druk, Amsterdam: Boom uitgeverij 2017, p. 27-28.

7.2 Bewarend beslag in België

7.2.1 Plaats in het systeem

Het Belgisch recht spreekt van ‘bewarend beslag’ en ‘uitvoerend beslag’ als pendanten van het Nederlandse conservatoire en executorialle beslag. De karakteristieken van beide vormen van beslag komen overeen.

Het bewarend beslag maakt in het systeem van het Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) onderdeel uit van een palet bewarende maatregelen die ter beschikking van de schuldeiser worden gesteld, ‘teneinde deze te beschermen tegen het frauduleus optreden van zijn schuldenaar die zich insolvabel maakt’.² De bewarende maatregelen omvatten zegellegging, (art. 1148 Ger.W.), inventaris (boedelbeschrijving, art. 1175-1184 Ger.W) en – daar spitst het vervolg van dit rechtsvergelijkend onderzoek zich op toe – het bewarend beslag (art. 1413 e.v. Ger.W.). De laatste maatregel is de meest toegepaste maatregel ‘voorgeschreven in het Gerechtelijk Wetboek ter bescherming van een schuldeiser tegen het bedriegelijke onvermogen van zijn schuldenaar’³ en behoort slechts één doel te hebben: de latere executie mogelijk maken.⁴ Deze constatering over de plaats van de bewarende maatregelen en de rationale ervan zijn van belang om de bewarende maatregelen in het algemeen – en schadevergoeding na ten onrechte toepassing van bewarend beslag in het bijzonder – goed te kunnen duiden.

7.2.2 Goederenrechtelijke aspecten

Ook naar Belgisch recht geldt dat de schuldenaar in beginsel met zijn hele vermogen instaat voor de nakoming van verbintenissen. Dat uitgangspunt is niet in het Burgerlijke Wetboek opgenomen doch volgt uit de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet.⁵ Artikel 1413 Ger.W. geeft die regel vervolgens voor het bewarend beslag een ‘logisch complement’.⁶

‘Iedere schuldeiser kan in spoedeisende gevallen aan de rechter toelating vragen om op de voor beslag vatbare goederen van zijn schuldenaar bewarend beslag te leggen.’

De uitzonderingen op dit beginsel (zoals noodzakelijke middelen voor levensonderhoud) lopen grotendeels langs dezelfde lijnen.⁷ Een belangrijke afwijking ten op-

2. Laenens e.a. 2012, p. 710.

3. Laenens e.a. 2012, p. 711.

4. Baert 1980, p. 280.

5. Art. 7 Hyp.W.: ‘Ieder die persoonlijk verbonden is, is gehouden zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige.’ Art. 8 Hyp.W.: ‘De goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en de prijs ervan wordt onder hen naar evenredigheid van hun vordering verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan. (...)’

6. Belgische Senaat, Zitting 1963-1964, memorie van toelichting Ontwerp van Wet tot Invoering van het Gerechtelijk Wetboek, 10 december 1963, p. 316.

7. Vergelijk art. 1408 e.v. Ger.W. (loon, alimentatie, pensioen, goederen die toebehooren aan de Staat of instellingen van openbaar nut, enz.).

zichte van de Nederlandse wet betreft de status van de woning van een zelfstandig ondernemer, beoefenaar van een vrij beroep of bestuurder/feitelijk leidinggevende van een vennootschap. Deze laatste personen kunnen voor de notaris een verklaring afleggen waardoor het onroerend goed dat tot hun hoofdverblijfplaats dient niet langer kan worden beslagen.⁸ Vanaf de datum van inschrijving van die verklaring op het hypotheekkantoor is de woning niet langer te beslaan voor vorderingen van na die datum.⁹

De beslaglegger mag vrij kiezen op welke goederen hij bewarend beslag wenst te leggen. Slechts in uitzonderingssituaties kan hij zich bij het uitoefenen van die keuze aan rechtsmisbruik bezondigen.¹⁰

Ook de goederenrechtelijke consequenties van het beslag zelf komen in grote lijnen met die in het Nederlandse recht overeen.¹¹ Door het bewarend beslag verliest de beslagene niet zijn eigendomsrecht. Het beslag heeft enkel relatieve werking en beschermt slechts de beslagleggende schuldeiser.¹² Ten slotte schept het bewarend beslag geen voorrangpositie en dient een eventuele executieopbrengst bij meerdere beslagen naar rato te worden verdeeld. Beslagleggers hebben dan preferente rechten van hoger gerangschikte crediteuren tegen zich te laten gelden.¹³

De vordering waarvoor beslag wordt gelegd pleegt men aan te duiden als ‘oorzaak’ van het beslag, het beslagobject als ‘voorwerp’.

7.2.3 Register

Sinds januari 2011 kent België een centraal digitaal register voor beslagen.¹⁴ Artikel 1391 Ger.W. schrijft voor dat, zowel voorafgaand aan het leggen van beslag als bij de eventuele verdeling na beslag, dit register moet worden geraadpleegd. Het beslagexploot of het proces-verbaal van verdeling dient de datum van deze raadpleging te vermelden.¹⁵ In het eerste jaar na inwerkingtreding werden er al 1.172.288 beslagberichten in de databank geregistreerd en werd het bestand debiteuren 1.071.768

8. Vergelijk de Wet houdende diverse bepalingen (IV) van 25 april 2007, met name art. 72, 73 en 74 van deze wet. Deze wet is geïnspireerd op art. L52 6-1 van de Code de Commerce van Frankrijk. Zie hiervoor – en voor een hartstochtelijk pleidooi de Nederlandse ondernemer en bestuurder eenzelfde bescherming te verlenen – G.C. van Daal, ‘Beslag bij de ondernemer: mag het een onse minder zijn?’, *TvI* 2010, afl. 10, p. 199.

9. Zie *Dirix* 2016, p. 53.

10. Laenens e.a. 2012, p. 718.

11. En voor de strafrechtelijke consequenties wanneer de beslagene in weerwil van het beslag de beslagen goederen vervreemdt, zie art. 507 Strafwetboek: ‘Met gevangenisstraf van acht dagen tot twee jaar en met geldboete van zesentwintig [euro] tot vijfhonderd [euro] worden gestraft de beslagene en allen die voorwerpen waarop tegen hem beslag is gedaan, in zijn belang bedrieglijk vernietigen of wegmaken.’ Daarnaast kwalificeert een dergelijke handeling als een onrechtmatige daad, zie Laenens e.a. 2012, p. 728.

12. Laenens e.a. 2012, p. 712.

13. Zie ook Brijs e.a. 2015, p. 297. De beslagleggende schuldeiser heeft wel, analoog aan het Nederlandse stelsel, bepaalde voorrechten die aan de executie zijn verbonden zoals kosten voor uitwinning en boedelredding, vergelijk art. 17 en 19 Hyp.W. en *Dirix* 2016, p. 28.

14. De wet van 29 mei 2000 werd pas tien jaar later gevolgd door het daadwerkelijk operationeel worden van het register. Gelet op de doorlooptijden van vergelijkbare Nederlandse initiatieven past ons hier overigens enige bescheidenheid bij een oordeel over deze tijdsspanne.

15. Zie ook *Dirix & Broeckx* 2010, p. 87.

keer doorzocht.¹⁶ Een van de doelstellingen van het register was om het aantal ‘zinloze’ beslagen te reduceren. Dat lijkt te zijn gelukt: in het jaar 2016 bedroeg het aantal geregistreerde actieve beslagberichten 787.633; het aantal raadplegingen van het register was daarentegen gestegen tot 7.092.063.¹⁷

Een belangrijke wijziging in het beslagrecht, die onderdeel uitmaakt van de invoeringswet van het register, is de invoering van het zogenoemde ‘bericht van verzet’. Wanneer raadpleging van het register leert dat er al door een andere schuldeiser beslag is gelegd, kan een schuldeiser met een niet-betwiste schuldvordering of een schuldvordering die in een (zelfs onderhandse) titel is vastgelegd, ermee volstaan om zijn schuldvordering aan het bestand te melden (art. 1390 lid 2 Ger.W.). Daarmee nestelt hij zich eenvoudig naast de eerdere beslaglegger.¹⁸

Uit een beschikking van de beslagrechter te Brussel uit 2012 blijkt dat bij opheffing van een beslag de beslaglegger ook direct de registratie ervan ongedaan moet maken.¹⁹ Artikel 1390septies Ger.W. schrijft in dit verband het volgende voor:

‘(...) Schuldeisers zijn in alle omstandigheden en op straffe van schadevergoeding, indien daartoe grond bestaat, ertoe gehouden uiterlijk binnen drie werkdagen na ontvangst van het totale verschuldigde bedrag in hoofdsom, rente en kosten te doen overgaan tot schrapping van het bericht van verzet, delegatie, overdracht, bevel of beslag, voor zover wat het bericht van beslag betreft geen bericht van verzet van een andere schuldeiser, in het bezit van een uitvoerbare titel krachtens de welke bevel tot betalen is betekend, in het bestand van berichten is vermeld. Zolang het bericht van beslag niet kan geschrapt worden dient binnen voormelde termijn van drie werkdagen de betaling van het totale verschuldigde bedrag in hoofdsom, rente en kosten in het bestand van berichten gemeld te worden (...).’

Het handhaven van de registratie kan bij een onrechtmatig bewarend beslag een zelfstandige schadepost opleveren, doordat de schuldenaar hierdoor schade aan zijn imago en handelsbelangen lijdt.²⁰ Hoewel de wettelijke verplichting tot schrapping zich beperkt tot verzuim van doorhaling *na betaling*, kan hieruit in re-

16. Zie Brijs e.a. 2015, p. 308. Deze cijfers geven ook een indicatie van de massaliteit van de (bewarende) beslagen in België.

17. Jaarverslag Beheers- en Toezichtcomité Centraal Bestand van Berichten, https://justitie.belgium.be/sites/default/files/jaarverslag_btc_2016_0.pdf, p. 48 en 49.

18. Art. 1390 lid 2 Ger.W.: ‘Wanneer er reeds een beslag is gelegd, kan iedere schuldeiser van wie de schuldvordering overeenkomstig artikel 1628, eerste lid, in aanmerking komt voor de verdeling, door bemiddeling van de griffier of van een gerechtsdeurwaarder, in verzet komen, door aan het bestand van berichten een bericht te zenden dat de relevante gegevens omschreven in § 1 bevat alsmede de vermeldingen bedoeld in artikel 1629, lid 1, 1° en 2°.’ Zie Dirix 2016, p. 29-30.

19. Beslagrechter Brussel 15 juni 2012, A.R. nr. 12/3964/A, kenbaar via Brijs e.a. 2015, p. 322. In dit geval werd de schade *ex aequo et bono* begroot op € 1.500.

20. Het komt overigens als een interessante vraag voor of hiervan dan bewijs dient te worden geleverd (daadwerkelijke raadplegingen door derden van de betreffende beslagene) door het aanleveren van datagegevens uit het registratiesysteem.

delijkheid worden afgeleid dat een dergelijke schadevergoeding ook verschuldigd is als het beslag om andere redenen is komen te vervallen of is opgeheven.²¹

7.2.4 De beslagrechter

België kent een gespecialiseerde rechter voor de behandeling van beslagzaken: de beslagrechter. De bevoegdheid van deze rechter is geregeld in artikel 1395 lid 1 Ger.W.:

‘Alle vorderingen betreffende bewarende beslagen (...) worden gebracht voor de beslagrechter.(...) Deze vorderingen worden ingesteld en behandeld zoals in kort geding, behalve in die gevallen waarin de wet bepaalt dat zij worden ingesteld bij verzoekschrift.’²²

De beslagrechter is onder meer bevoegd tot:

- toestemming tot bewarend beslag (art. 1413 e.v. Ger.W.);
- de vernieuwing van een dergelijk beslag (art. 1426, 1437, 1459 en 1475 Ger.W.);
- het verzet tegen een bewarend beslag (art. 1419 en 1420 Ger.W.); en
- de beoordeling van de rechtsgeldigheid en de regelmatigheid van de rechtspleging van bewarend beslag (art. 1489 Ger.W.).

De beslissingen van de beslagrechter zijn niet van invloed op de zaak zelf (art. 1489 lid 2 Ger.W.). Over de materieelrechtelijke verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar oordeelt de bodemrechter.²³ Dat neemt niet weg dat de beslagrechter over uitgebreide bevoegdheden beschikt. Naast de hierboven vermelde onderwerpen oordeelt hij bijvoorbeeld over de vraag of dwangsommen zijn verbeurd, of de gesubrogeerde of cessionaris daadwerkelijk rechthebbende is geworden (bevoegd tot executie), over terugvordering na opheffing²⁴ en over verjaringskwesaties. De figuur van de beslagrechter heeft daarnaast bevoegdheden die lijken op die welke wij in Nederland bij de civiele rechter-commissaris tegenkomen. Zo toetst hij, op grond van artikel 1396 Ger.W., het verloop van de rechtsplegingen van bewarend en uitvoerend beslag en de handelingen van de daarin optredende openbare ambtenaren (deurwaarder en notaris).

Verder toetst de beslagrechter of er al dan niet sprake is van ‘rechtsmisbruik’.²⁵ De beslagrechter heeft daarnaast de bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen wegens schadevergoeding na onrechtmatig beslag; dit is althans een bestendige lijn in de jurisprudentie.²⁶ Hierbij geldt een belangrijke beperking: het moet gaan om een geschil *tijdens de uitvoering van het beslag*. De beslagrechter heeft geen bevoegd-

21. Zie in dit verband Brijs e.a. 2015, p. 323.

22. De bevoegdheid van de beslagrechter voor beslagkwesaties is niet exclusief. Art. 1395 Ger.W. laat onverlet dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg kan worden aangezocht om bij ‘hoogdringendheid’ uitspraak te doen in beslagzaken.

23. Uitzonderd het toekennen van schadevergoeding wegens ‘tergend geding’ (zie verder par. 7.2.9.5) en beslag in verband met vorderingen die aanhangig zijn bij de beslagrechter, vergelijk Dirix 2016, p. 32.

24. Dirix & Broeckx 2010, p. 74.

25. Van Herreweghe 2017, p. 28, 39, 46 en 47. Vergelijk ook Dirix & Broeckx 2010, p. 40-44.

26. Vergelijk Dirix & Broeckx 2010, p. 55-56.

heid ten aanzien van *handelingen die zich reeds hebben voltrokken* en waarvoor enkel nog schadevergoeding kan worden gevorderd.

7.2.5 Drie vormen van bewarend beslag

Het Belgisch recht kent drie verschillende vormen van bewarend beslag voor verschillende situaties.

- a. De schuldeiser beschikt over een vonnis. De schuldeiser kan dan via de deurwaarder, zonder tussenkomst van de beslagrechter, bewarend beslag leggen. Dat kan ook wanneer het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Het vonnis vormt voldoende basis om zelfstandig bewarend beslag te leggen, tenzij hierover in het vonnis expliciet anders is beslist.²⁷
- b. Beschikt de schuldeiser niet over een veroordelend vonnis, dan kan hij enkel bewarend beslag leggen met voorafgaande toestemming van de beslagrechter, via een eenzijdige (*ex-parte*)verzoekschriftprocedure.²⁸
- c. Regel b heeft één voor de praktijk belangrijke uitzondering, namelijk voor beslag onder derden. In dat geval kan iedere schuldeiser, zonder toewijzend vonnis of verlof tot het leggen van beslag, rechtstreeks via de deurwaarder beslag leggen. Hiervoor is wel vereist dat de schuldeiser zelf²⁹ al beschikt over authentieke of onderhandse stukken, waaruit het bestaan van zijn vordering blijkt.³⁰ In de praktijk betreft dit derdenbeslag zonder rechterlijk verlof veelal beslag onder de bank van de schuldenaar.³¹ Met ‘stukken’ worden documenten bedoeld waaruit de schuldvordering en de titel daarvoor blijkt.³² Dit kunnen, tussen commerciële partijen, bijvoorbeeld niet-betwiste facturen zijn. Dergelijke facturen plegen zonder meer als basis voor een direct beslag te kwalificeren. Een raamovereenkomst en (bijvoorbeeld) een conclusie van eis in reconventie in een bodemprocedure doen dat echter weer niet,³³ evenmin als een ‘staat van honoraria’ die een advocaat aan zijn cliënt stuurt.³⁴

De schuldeiser is *niet verplicht om ‘direct’ derdenbeslag* te leggen als hij over een authentieke of onderhandse akte beschikt. Hij mag ook via de *reguliere weg* (regel b) de beslagrechter toestemming verzoeken voor het leggen van (regulier) derdenbeslag. De beslaglegger kan dat bijvoorbeeld doen wanneer hij aarzelt of zijn document wel afdoende is om een direct derdenbeslag te laten leggen. Gevolg van het voorleggen van het beslag aan de beslagrechter is dat deze aan

27. Vergelijk art. 1414 Ger.W en Laenens e.a. 2012, p. 714.

28. Art. 1417 e.v. Ger.W., zie hierna par. 7.2.4.

29. Hof van Cassatie 28 februari 2013, Nr. C.12.0066.F, RW 2013-14/1425.

30. Art. 1445 Ger.W.

31. Dit beslag omvat dan al hetgeen de schuldenaar van de bank te vorderen heeft, zij het dat evenals in Nederland beslag op kredietruimte niet mogelijk is. De vraag of een derdenbeslag onder een bank met zetel in België ook rekeningen omvat die door de beslagene worden aangehouden bij een buitenlands filiaal van deze bank is door het Hof van Cassatie bevestigend beantwoord. Zie Hof van Cassatie 26 september 2008, Nr. C.07.0416.N, RW 2009-10/237. In Nederland is nog niet in hoogste instantie over deze rechtsvraag beslist, zie ook Hof Amsterdam 10 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW3378, JOR 2012/190, m.nt. B.J. van het Kaar. Op een Belgisch bijkantoor kan enkel een beslag worden gelegd op de rekeningen die bij dat bijkantoor lopen, zie ook Dirix 2016, p. 35.

32. Laenens e.a. 2012, p. 737.

33. Laenens e.a. 2012, p. 737.

34. Hof van Cassatie 28 februari 2013, Nr. C.12.0066.F, RW 2013-14/1425.

alle vereisten, dus ook het vereiste van ‘urgentie’, toetst; zie verder hierna paragraaf 7.2.6.3.³⁵

7.2.6 Voorwaarden voor het bewarend beslag

7.2.6.1 Algemeen

De vereisten voor het leggen van bewarend beslag zijn ook van toepassing wanneer er geen rechterlijke toestemming noodzakelijk is en het beslag dus door de schuldeiser rechtstreeks, via deurwaardersexploot, wordt gelegd. Dat betekent niet dat deze omstandigheden in het ‘directe’ beslagexploot moeten worden opgenomen. Wel volgt hieruit dat achteraf het beslag aan deze voorwaarden kan worden getoetst. Als achteraf blijkt dat aan één of meer vereisten niet voldaan is, kan de beslaglegger mogelijk schadeplichtig zijn. Ook beslagleggers die bewarend beslag leggen op basis van een vonnis of, bij een derdenbeslag, op basis van een authentieke of onderhandse akte, zijn aan de hierna genoemde vereisten gebonden.³⁶

7.2.6.2 Urgentie, spoedeisendheid, hoogdringendheid

Bewarend beslag kan alleen worden gelegd wanneer er sprake is van ‘urgentie’, zo bepaalt artikel 1413 Ger.W.³⁷ Dit vereiste wordt in de praktijk ook wel aangeduid als ‘spoedeisendheid’ of ‘hoogdringendheid’. Zonder deze urgentie kan geen bewarend beslag worden gelegd, ook niet als de vordering van de schuldeiser onbetwist is.³⁸ Het vereiste van urgentie spitst zich toe op de vermogenspositie van de aspirant-beslagene en dient dus niet te worden verward met een vereist spoedeisend belang van de beslaglegger zelf. Er is sprake van urgentie wanneer de solvabiliteit van de aspirant-beslagene in het gedrang komt.³⁹ Dat gevaar voor insolabiliteit dient de latere uitwinning in gevaar te brengen.⁴⁰ De bewijslast voor deze urgentie ligt bij de schuldeiser. Hij zal in het verzoekschrift tot het leggen van beslag ten deze voldoende moeten stellen, en gegevens over moeten leggen op grond waarvan de beslagrechter ‘overtuigd wordt van het feit dat de debiteur tracht zijn insolabiliteit te organiseren’.⁴¹

Dit vereiste van ‘urgentie’ vertoont trekken van de ‘vrees voor verduistering’, zoals deze in Nederland enkel bij bepaalde vormen van conservatoir beslag aanvullend in het verzoekschrift dient te worden gesteld en gemotiveerd.⁴²

35. Dirix 2016, p. 63.

36. Aldus Hof van Cassatie 14 september 1984, RW 1985-86/894.

37. Uitzonderd bij beslag inzake namaak, beslag in het kader van een exequaturprocedure of bij toepassing van art. 47 EEX-Verordening, zie verder Laenens e.a. 2012, p. 715.

38. Laenens e.a. 2012, p. 714.

39. Hof van Cassatie 22 juni 2000, RW 2000-01/1166. Zie ook Brijs e.a. 2015, p. 369 voor een overzicht van de uitleg van dit beginsel door beslagrechters en gerechten en Dirix 2016, p. 61.

40. Van Herreweghe 2017, p. 174 en Hof van Cassatie 18 februari 2016, Nr. C.15.0168.N, P&B 2016/140.

41. Laenens e.a. 2012, p. 715.

42. Vergelijk art. 711, 714, 725, 768 lid 3 en (in combinatie met art. 711) 439 en 474a Rv. Verder geldt voor het door de Hoge Raad gesanctioneerde algemene bewijsbeslag dat gesteld moet worden dat dit beslag noodzakelijk is omdat anders bewijsmateriaal verloren kan gaan. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer*).

7.2.6.3 Zeker en vaststaand

Een 'eventuele schuld is in werkelijkheid geen schuld'.⁴³ De schuld van de (aspirant-)beslagene moet zeker zijn en vaststaan.

Met 'zeker' zijn wordt bedoeld dat er in principe geen bewarend beslag mogelijk is voor een 'eventuele' of 'voorwaardelijke' vordering.⁴⁴ De beslagrechter die moet oordelen over het eenzijdig verzoek van de schuldeiser, zal moeten nagaan of de verzoeker *prima facie* beschikt over een vordering op zijn debiteur,⁴⁵ met andere woorden of deze een 'voldoende schijn van gegrondheid heeft of niet voor redelijke betwisting vatbaar is'.⁴⁶ Hoewel de rechtspraak tamelijk soepel met dit vereiste omgaat,⁴⁷ is het nog altijd stringenter dan het vereiste van 'summierlijk blijken' zoals wij dit in Nederland kennen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van het Hof van Cassatie uit 2012 waarin het Hof overwoog dat de beslagrechter niet mag oordelen dat de onderliggende vordering zeker, vaststaand en opeisbaar is wanneer de vordering door de bodemrechter is afgewezen.⁴⁸ Dit uitgangspunt geldt zelfs wanneer het vonnis nog vatbaar is voor hoger beroep.⁴⁹

Uit de jurisprudentie en casuïstiek blijkt derhalve dat de norm 'zeker' een wezenlijk andere is dan het Nederlandse 'summierlijk blijken'.⁵⁰ Met 'vaststaand' doelt de wetgever op de voorwaarde dat het *bedrag van de schuld* moet kunnen worden bepaald, of ten minste vatbaar moet zijn voor een voorlopige schatting door de beslagrechter.⁵¹ Er wordt dus niet mee bedoeld dat *het bestaan van de vordering zelf* vast dient te staan.

7.2.6.4 Opeisbaar

De invulling van dit vereiste komt overeen met de in Nederland in de jurisprudentie uitgekristalliseerde lijnen. In beginsel moet de schuldeiser nakoming van zijn vordering kunnen vorderen, doch dit uitgangspunt kent min of meer dezelfde uitzonderingen. Zo bepaalt artikel 1415 lid 2 Ger.W. dat bewarend beslag ook kan

43. Belgische Senaat, Zitting 1963-1964, memorie van toelichting Ontwerp van Wet tot Invoering van het Gerechtelijk Wetboek, 10 december 1963, p. 323.

44. Zie echter hierna par. 7.2.6.4.

45. Baert 1980, p. 284.

46. Laenens e.a. 2012, p. 715-716 en Dirix 2016, p. 63.

47. Vergelijk ook Brijs e.a. 2015, p. 370.

48. Hof van Cassatie 12 januari 2012, Nr. C.10.0660.N, *JLMB* 2012/1966. Deze strikte lijn blijkt ook uit Hof van Cassatie 24 november 2016, Nr. C.15.0333.F en Hof van Cassatie 3 september 2015, Nr. C.14.0310.N.

49. Hof van Beroep Luik 11 juni 2013, *JLMB* 201/802. Een wezenlijk verschil met de Nederlandse praktijk, zie hiervoor par. 4.5 en in het bijzonder HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, *NJ* 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

50. Vergelijk onder meer de door Van Herreweghe 2017, p. 180 t/m 182 besproken lagere jurisprudentie. Voorbeelden die in het algemeen in Nederland als 'summierlijk deugdelijk' zouden worden beschouwd doch in België niet de horde 'zeker en vaststaand' nemen, zijn de vordering uit afgebroken onderhandelingen (tenzij de onrechtmatigheid van het afbreken daarvan al in rechte is vastgesteld), een vordering die het voorwerp is van ernstige betwisting, wat blijkt uit de noodzaak van een deskundigenonderzoek in de bodemprocedure, en, zoals eerder genoemd de vordering die door de bodemrechter is afgewezen, ook al is tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld.

51. Laenens e.a. 2012, p. 716.

worden gelegd tot zekerheid van schuldvorderingen inzake te vervallen periodieke inkomsten, zoals alimentatie, huurgelden en rente. Deze bepaling maakt het ook mogelijk om voor een voorwaardelijke of zelfs 'eventuele' eis beslag te leggen, mits de schuldeiser kan aantonen dat in de toekomst de nakoming van de daarmee corresponderende schuldvordering gevaar loopt. Wanneer echter vastgesteld wordt dat een gedeelte niet 'opeisbaar' is in de hiervoor bedoelde zin, kan voor dat gedeelte geen verlot worden verleend.⁵²

7.2.7 Procedure

7.2.7.1 *Ex parte, informatieplicht verzoeker*

De Belgische rechtspraak erkent de bijzondere verantwoordelijkheid van de verzoeker van bewarend beslag om in de ex-parteverzoekschriftprocedure de beslagrechter juist en volledig voor te lichten. Aan het verzaken van deze verantwoordelijkheid kan als consequentie intrekking van de machtiging tot het leggen van beslag worden verbonden.⁵³

7.2.7.2 *Verzoekschrift*

Wanneer de schuldeiser niet beschikt over een toewijzend vonnis, of hij derdenbeslag wenst te leggen op basis van een bij hem in bezit zijnde authentieke of onderhandse akte, is hij aangewezen op het indienen van een verzoekschrift bij de beslagrechter ex artikel 1026 Ger.W. Dit verzoekschrift kent grosso modo dezelfde vereisten als in Nederland (titel, 'oorzaken' van het beslag en het bedrag of de raming van de schuldvordering, alsmede de naam, voornaam en de woonplaats van de schuldenaar (art. 1422 Ger.W)). Er wordt geen termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak bepaald. Deze formele afwijking ten opzichte van de Nederlandse wet heeft echter voor de praktijk beperkte betekenis. Beslagrechters onderkennen dat een lange periode van beslag zonder dat er een rechterlijke toets over de vordering van de beslaglegger volgt, ongewenst is. Er is de afgelopen jaren een trend waarneembaar waarbij beslagrechters zelf aan hun machtiging de voorwaarde verbinden om binnen een bepaalde termijn de vordering voor de bodemrechter aanhangig te maken.⁵⁴

7.2.7.3 *Tijdelijk karakter*

Het bewarend beslag op roerende zaken en onder derden geldt gedurende drie jaren, met ingang van de datum van de beschikking van de beslagrechter.⁵⁵ Als, bij een beslag onder derden, een beslag is gelegd door de deurwaarder zonder voorafgaande

52. Hof van Cassatie 18 februari 2016, Nr. C.15.0168.N, P&B 2016/140.

53. Zie Brijs e.a. 2015, p. 403.

54. Brijs e.a. 2015, p. 374.

55. Voor beslagen waarbij inschrijving in registers noodzakelijk is, zoals beslagen op schepen en onroerende zaken, geldt respectievelijk de datum van overschrijving (art. 1436 Ger.W.) en inschrijving (art. 1474 Ger.W.). Omdat dergelijke nuances betrekkelijk irrelevant zijn voor de rechtsvergelijking blijven in het vervolg van dit hoofdstuk aparte verwijzingen naar deze bijzondere beslagen achterwege.

beschikking van de beslagrechter, is de datum van het deurwaardersexploot bepalend.⁵⁶ De schuldeiser kan verzoeken om het beslag te ‘vernieuwen’ (lees: verlengen), wanneer daar gegronde redenen voor zijn. Bij de beoordeling van deze vernieuwing wordt opnieuw aan het urgentievereiste getoetst.⁵⁷ Mede omdat de registratie van het beslag (zie par. 7.2.3) na ommekomst van drie jaar automatisch komt te vervallen, is het van belang dit tijdig te doen. Is de geldigheidsduur van het beslag verstreken, dan kan de schuldeiser enkel door een nieuw verzoek aan de beslagrechter gemachtigd worden om (opnieuw) beslag te leggen.⁵⁸

Wanneer de vordering van de beslaglegger (de ‘oorzaak’) in de hoofdzaak aanhangig wordt gemaakt, wordt de termijn op grond van artikel 1493 Ger.W. van rechtswege geschorst tot aan de dag waarop de eindbeslissing van de rechter in die hoofdzaak niet meer vatbaar is voor gewone rechtsmiddelen.⁵⁹

7.2.8 Rechtsmiddelen

7.2.8.1 *De beslagrechter weigert toelating van het beslag*

De schuldeiser kan op grond van de artikelen 1419 en 1031 Ger.W. binnen één maand hoger beroep instellen tegen de beschikking van de beslagrechter waarbij deze de gevraagde toestemming heeft afgewezen. Wordt het beslag in hoger beroep alsnog toegestaan, dan kan de beslagene daar via derdenverzet bij het hof tegen ageren.⁶⁰ Daarnaast kan de schuldeiser na een weigering besluiten om een nieuw verzoek in te dienen, zij het dat dan wel de omstandigheden sinds de indiening van het oorspronkelijke verzoekschrift moeten zijn gewijzigd.⁶¹

7.2.8.2 *Opkomen tegen een beslag dat zonder voorafgaande machtiging van de beslagrechter is gelegd*

De beslagene kan bij de beslagrechter niet alleen opkomen tegen een beslag dat met instemming van de beslagrechter is gelegd, maar ook, op grond van artikel 1420 Ger.W., *opheffing* verzoeken van beslagen die *zonder tussenkomst* van de beslagrechter zijn gelegd.⁶² Bij een ‘direct’ gelegd derdenbeslag kan de beslaglegger ervoor kiezen om in reconventie (bij tegeneis) alsnog een machtiging te vragen om bewarend derdenbeslag te mogen leggen.⁶³ Er kan zich namelijk de situatie voordoen dat een document niet kwalificeert als een stuk om direct derdenbeslag te leggen, maar wel voldoende grond vormt voor het leggen van een ‘gewoon’ derdenbeslag via de beslagrechter. De procedure tot opheffing verloopt via de regels voor de behandeling van een kort geding (art. 1395 lid 2 Ger.W.).

56. Art. 1425 en 1458 Ger.W.

57. Dirix 2016, p. 60.

58. Laenens e.a. 2012, p. 713.

59. Laenens e.a. 2012, p. 713.

60. Dirix 2016, p. 65.

61. Laenens e.a. 2012, p. 741. Zie ook Belgische Senaat, Zitting 1963-1964, memorie van toelichting Ontwerp van Wet tot Invoering van het Gerechtelijk Wetboek, 10 december 1963, p. 318.

62. Hiervoor is geen termijn bepaald, zie Laenens e.a. 2012, p. 741.

63. Zie ook Laenens e.a. 2012, p. 737 en Dirix 2016, p. 65.

7.2.8.3 *Derdenverzet tegen de beschikking die het beslag toestaat*

De term ‘derdenverzet’ kan in Nederland voor verwarring zorgen. Omdat de verzoekschriftprocedure in beginsel ex parte verloopt, omvat de term ‘derde’ naar Belgisch recht ook de beslagen debiteur, naast derden die door het beslag getroffen zijn.⁶⁴ Het derdenverzet is gebaseerd op artikel 1419 Ger.W. en heeft de *intrekking* van de rechterlijke machtiging ten doel. De beslagene moet dus niet (alleen) opheffing van het gelegde beslag verzoeken doch ook expliciet de toelatende beschikking van de beslagrechter aanvechten. Artikel 1419 lid 3 Ger.W. legt het verband tussen intrekking en opheffing door te bepalen dat de beschikking tot intrekking geldt als opheffing.⁶⁵ Het beslag kan ook gedeeltelijk worden opgeheven en de rechterlijke beschikking kan ook worden gewijzigd.

Het derdenverzet moet binnen één maand na betekening van de beschikking worden ingesteld. Nadien kan de beslagene nog steeds tegen het beslag opkomen. Dan moet er, op grond van artikel 1419 lid 2 Ger.W., wel sprake zijn van gewijzigde omstandigheden. Deze omstandigheden dienen zich na ommekomst van de termijn van één maand na betekening te hebben voorgedaan.⁶⁶

7.2.8.4 *Kantonnement*

De beslagene kan zich door zogenoemd kantonnement van een gelegd bewarend beslag bevrijden. Dit kantonnement houdt in dat hij, ten belope van het bedrag dat de oorzaak van het beslag vormt, (gevorderde hoofdsom, rente en kosten) een storting doet in de Deposito- en Consignatiekas. Dit kan de schuldenaar in elke stand van het geding doen door rechtstreekse storting van dit bedrag (al dan niet via een bewaarder) in die kas (art. 1403 Ger.W.), dan wel door dit bedrag aan de beslagleggende deurwaarder te overhandigen (art. 1405 Ger.W.).⁶⁷ In 2007 heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk gesanctioneerd dat een kantonnement ook minnelijk kan worden overeengekomen.⁶⁸ De gelden die minnelijk zijn gekantonneerd komen uiteindelijk toe aan de (voormalige) beslagene dan wel aan de schuldeiser, naargelang de uitspraak over de rechten van de respectievelijke partijen, aldus het Hof. De gekantonneerde gelden volgen het lot van het beslag. Wordt dit beslag opgeheven of wordt de beslaglegger zijn vordering ontzegd, dan wordt hierdoor het kantonnement ‘zonder voorwerp’.⁶⁹ In de bewarende fase blijven de gekantonneerde gelden deel uitmaken van het vermogen van de beslagene; gaat

64. Naar mijn mening een voorbeeld van een zuiverder taalkundige benadering van onze zuiderburen.

65. Brijns e.a. 2015, p. 375.

66. Laenens e.a. 2012, p. 742. Zie ook Van Herreweghe 2017, p. 190 en 191.

67. Het kantonnement kan overigens ook worden ingezet bij een uitvoerend beslag. Art. 1405 Ger.W. bepaalt: ‘De rechter die uitspraak doet over de vordering zelf, kan beslissen dat er geen reden is tot kantonnement voor alle veroordelingen die hij uitsprekt of voor een deel ervan, indien de vertraging in de regeling de schuldeiser aan een ernstig nadeel blootstelt. Het bewijs van het ernstig nadeel dient door de beslaglegger te worden aangevoerd en het bestaan ervan dient vervolgens ook door de rechter uitdrukkelijk te worden gemotiveerd.’ Zie Brijns e.a. 2015, p. 335.

68. Hof van Cassatie 2 februari 2007, Nr. C.05.0367.N, RW 2006-07/1679.

69. Dirix en Broeckx 2010, p. 278-279.

deze failliet vóór een toewijzend vonnis dan kan de curator van de beslagene aanspraak maken op het in depot gestort bedrag.⁷⁰

De mogelijkheid van het kantonnement laat onverlet dat, zoals bij scheepsbeslagen veelal het geval is, een bankgarantie kan worden gesteld teneinde het beslag te doen opheffen. Omdat een dergelijke bankgarantie wel bescherming biedt tegen een mogelijk faillissement van de beslagdebiteur, nu deze een rechtstreekse vordering op de bank impliceert, heeft een schuldeiser geen redelijk belang om een bankgarantie te weigeren.⁷¹

7.2.8.5 *Opheffing wegens afwijzing van de vordering van de beslaglegger*

In de Belgische rechtspraktijk bestaat er onenigheid over de vraag of het vonnis over de ‘grond van de zaak’ waarbij de eis van de beslaglegger wordt afgewezen, al dan niet ex artikel 1492 Ger.W. van rechtswege het bewarend beslag opheft.⁷² Vaak wordt geoordeeld dat dit niet automatisch geschiedt, doch dat de opheffing uitdrukkelijk verzocht dient te worden, hetzij aan de bodemrechter, hetzij, na de procedure in de hoofdzaak, bij de beslagrechter.⁷³ Dat neemt niet weg dat aangenomen wordt dat de beslaglegger, die na een afwijzend vonnis niet vrijwillig overgaat tot opheffing, onzorgvuldig handelt en tot schadevergoeding kan worden veroordeeld.⁷⁴

7.2.9 **Aansprakelijkheid na executie uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak, onrechtmatige executie, misbruik van beslagrecht**

7.2.9.1 *Voorlopige uitvoerbaarheid, vernietigd vonnis of arrest*

Het voorlopig tenuitvoerleggen van een vonnis of arrest geschiedt voor risico van de executerende partij, zo bepaalt artikel 1398 Ger.W. expliciet:

‘De voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt alleen op risico van de partij die daartoe last geeft. Zij geschiedt zonder borgstelling indien de rechter deze niet heeft bevolen en onverminderd de regels inzake kantonnement.’

Dit is een risicoaansprakelijkheid; kwade trouw of fout in de zin van artikel 1382 B.W. is niet vereist.⁷⁵ De executant is ook rente verschuldigd vanaf de dag van be-

70. Dirix en Broeckx 2010, p. 279 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie, Kantonrechter Brussel 8 oktober 2007, *JLMB* 2008/1286, m.nt. F. Georges.

71. Beslagrechter Antwerpen 12 november 1992, *RW* 1992-93/1169, m.nt. Van Haegenborgh. Zie verder ook Dirix en Broeckx 2010, p. 275.

72. Dirix 2016, p. 67. Zie hiervoor par. 7.2.8.3 en Hof van Beroep Luik 11 juni 2013, *JLMB* 2014/802. Zie hiervoor par. 4.5 en in het bijzonder HR 30 juni 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AV1559*, *NJ* 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

73. Op grond van het bepaalde in art. 1419 lid 2 Ger.W. Voor opheffing door de beslagrechter is niet vereist dat de beslissing van de bodemrechter in kracht van gewijsde is gegaan.

74. Vergelijk het door Dirix 2016, p. 67 aangehaalde vonnis van de Beslagrechter Antwerpen van 14 oktober 1982, *Rechtspr.* Antwerpen 1987/119, m.nt. J. Laenens en Van Herreweghe 2017, p. 199.

75. Brijs e.a. 2015, p. 331. Zie ook Schiers & Thiriar 2016, p. 64 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

taling door de geëxecuteerde.⁷⁶ Het Hof van Cassatie heeft dit risicokarakter van de aansprakelijkheid van de executant bevestigd in zijn arrest van 7 april 1995:⁷⁷

‘(...) Overwegende dat, krachtens artikel 1398, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, degene die last geeft tot tenuitvoerlegging van een vonnis, waarvan de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging heeft toegestaan, handelt op eigen risico, onverminderd de regels inzake kantonnement; Dat de partij die een dergelijk vonnis doet uitvoeren, bij gehele of gedeeltelijke hervorming of vernietiging ervan, boven de teruggave van hetgeen zij ingevolge de hervormde of vernietigde beslissing heeft ontvangen, de schade dienst te vergoeden die door de enkele tenuitvoerlegging is ontstaan, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek is vereist (...).’

Dit betekent dat de executant door een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde rechterlijke beslissing te executeren naar Belgisch recht een zogenoemde *waarborgverbintenis* aangaat; er hoeft geen kwade trouw of fout bewezen te worden. Deze waarborgverbintenis houdt in dat de executant gehouden is tot vergoeding van de schade als het risico waarvoor hij instaat zich verwezenlijkt.⁷⁸

Wanneer de uitvoering plaatsvindt op grond van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die na een *cassatieberoep* wordt vernietigd, is de schuldeiser enkel gehouden tot *terugbetaling* op grond van de regels van de onverschuldigde betaling. Wanneer de schuldeiser de betaling ‘te goeder trouw’ heeft ontvangen is alleen rente verschuldigd vanaf de datum van het cassatiearrest, zonder dat er van schadevergoeding sprake kan zijn.⁷⁹

7.2.9.2 *Vrijwillige uitvoering van later vernietigd vonnis of arrest*

In geval van ‘vrijwillige’ uitvoering door de debiteur is risicoaansprakelijkheid niet aan de orde. Artikel 1398 Ger.W. wordt dan niet analoog toegepast. De schuldeiser moet in een dergelijk geval na vernietiging van de uitspraak enkel (op basis van onverschuldigde betaling) het ontvangene restitueren. Rente en bijkomende schade zijn dan niet verschuldigd.⁸⁰ Ook een in dwingende bewoordingen gestelde aanmaning die door betaling is gevolgd, is onvoldoende om tot aansprakelijkheid te lei-

76. Hof van Beroep Gent 17 januari 2005, RW 2007-08/1250. In dit verband is ook het arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 2015, Nr. C.14.0396.N relevant. In dat arrest oordeelde het Hof (r.o. 2) dat ‘deze bepaling [art. 1398 Ger.W., GM] die een risicoaansprakelijkheid in het leven roept, beperkt [moet] worden uitgelegd en niet van toepassing [is] wanneer de uitvoering plaatsvindt op grond van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die na een cassatieberoep wordt vernietigd’. Overigens is in een dergelijk geval de executant wel verplicht tot terugbetaling, zie r.o. 2: ‘In dat geval is de schuldeiser gehouden tot terugbetaling op grond van de regels van de onverschuldigde betaling. Hieruit volgt dat wanneer de schuldeiser de betaling te goeder trouw heeft ontvangen, intrest verschuldigd is vanaf de datum van het cassatiearrest.’

77. Hof van Cassatie 7 april 1995, RW 1995-96, p. 184, m.nt. K. Broeckx.

78. Van Oevelen & Lindemans 1985, p. 1067 en Pede 2005, p. 380. Vergelijk ook Van Herreweghe 2017, p. 77.

79. Hof van Cassatie 23 februari 2015, Nr. AR C.14.0396.N.

80. Zie ook Van Herreweghe 2017, p. 77 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

den.⁸¹ Alleen bij een *daadwerkelijke tenuitvoerlegging* is er aanleiding tot toepassing van de objectieve (risico)aansprakelijkheid. Andersom volgt uit een *weigering om vrijwillig te betalen* overigens niet dat daarmee de nadien geëxecuteerden hun voorde- ring voor vergoeding voor daardoor geleden schade ex artikel 1398 Ger.W. automa- tisch zouden hebben verspeeld.⁸²

7.2.9.3 *Misbruik van bewarend beslag*

Bij bewarend beslag kan het misbruik erin bestaan dat het beslag louter wordt aangewend als middel om druk te zetten, bijvoorbeeld wanneer de beslaglegger geen haast maakt met het instellen van de eis in de hoofdzaak.⁸³ In zijn algemeen- heid wordt de aansprakelijkheid na bewarend beslag naar haar aard onderscheiden van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige executie.⁸⁴

7.2.9.4 *Onrechtmatige executie*

Zoals Brijs het formuleert:

‘Traditioneel wordt aangenomen dat misbruik niet snel kan aangenomen worden bij uitvoerend beslag: de schuldeiser beschikt over een titel en de debiteur moet gewoon uitvoeren.’⁸⁵

Dat neemt niet weg dat er, analoog aan de Nederlandse praktijk, misbruik van het executierecht kan worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer bij stipte naleving van een overeengekomen betalingsregeling toch tot tenuitvoerlegging wordt overge- gaan.⁸⁶

7.2.9.5 *Een vreemde eend in de bijt, misbruik van beslagrecht door de schuldenaar*

Een opvallend verschil met de Nederlandse praktijk is dat het Belgisch Gerechtelijk Wetboek de figuur kent van ‘misbruik van beslagrecht door de beslagene’. Dit misbruik wordt doorgaans aangeduid als ‘tergend en roekeloos’ gedrag van de bes- lagene, bijvoorbeeld door de executie te vertragen.⁸⁷ Dat gedrag kan op de voet van artikel 780bis Ger.W tot een boete leiden, naast een eventuele verplichting de daardoor geleden schade te vergoeden:

‘(...) De partij die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden kan worden veroordeeld tot een geldboete

81. Zie ook Van Herreweghe 2017, p. 78 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

82. Hof van Cassatie 26 februari 2010, Nr. C.08.0597.F.

83. Dirix & Broeckx 2010, p. 33.

84. Vergelijk Dirix 2016, p. 26: ‘Zoals de uitoefening van om het even welk recht, kan ook de schuldeiser bij de uitoefening van zijn beslagrecht rechtsmisbruik plegen. Het is duidelijk dat deze problematiek zich geheel anders aandient bij bewarend beslag dan bij uitvoerend beslag. Gelet op de zwakkere legitimering voor het leggen van bewarend beslag, kan het onrechtmatig karakter ervan vlugger aan de orde komen.’

85. Zie Brijs e.a. 2015, p. 320 en Dirix & Broeckx 2010, p. 31.

86. Dirix & Broeckx 2010, p. 33.

87. Zie Brijs e.a. 2015, p. 324.

van 15 euro tot 2.500 euro, onverminderd de schadevergoeding die gevorderd zou worden.

In dat geval, wordt in dezelfde beslissing daarover uitspraak gedaan voorzover schadevergoeding voor tergend en roekeloos geding wordt gevorderd en toegekend. (...)⁸⁸

7.2.9.6 Toewijzing van de vordering van de beslaglegger: rechtmatig bewarend beslag?

Omdat nadrukkelijk aan alle voorwaarden van het bewarend beslag moet zijn voldaan (waaronder in dit verband met name de urgentie) kan ook na een vonnis waarbij de vordering van de beslaglegger is toegewezen het beslag evengoed ‘onregelmatig’ zijn. Dit betekent ook dat, wanneer het beslag tussen partijen voorwerp van betwisting is voor de beslagrechter, een omzetting in een uitvoerend beslag bij een toewijzend vonnis in de hoofdzaak eerst kan plaatsvinden na de betekening van de beslissing van de beslagrechter waarbij de *regelmatigheid* wordt erkend (art. 1491 lid 3 Ger.W.).⁸⁹ De *rechtmatigheid* van het beslag staat echter door de toewijzende uitspraak van de bodemrechter vast.

7.2.10 Risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag? Materiële beoordelingskader

Het Belgisch recht onderkent op zichzelf de mogelijkheid dat de beslaglegger na onterecht gelegd bewarend beslag aansprakelijk *kan zijn* voor door de beslagene geleden schade. Het beoordelingskader voor het bepalen van die aansprakelijkheid verschilt echter fundamenteel van het Nederlandse. Dat betreft niet alleen het materieelrechtelijke kader, ook procedurele aspecten, waaronder processuele keuzes van de beslagene, kunnen naar Belgisch recht van doorslaggevende betekenis zijn voor het beoordelingskader van de aansprakelijkheid van de beslaglegger.

7.2.10.1 Wetsgeschiedenis

De notie van mogelijk door de beslagene te lijden schade staat in België van oudsher scherp op het vizier. Zo vermeldt de memorie van toelichting uit 1963, bij de bespreking van de noodzakelijke voorwaarden voor het leggen van bewarend beslag:

‘(...) a) *Het geval moet dringend zijn*; dit betekent dat, bij gebrek aan dringende voorzorgen, de schuldeiser een ernstige benadeling kan vrezen. Een beslag van tergende aard stelt de beslaglegger bloot aan schadevergoeding. Zijn verantwoordelijkheid beantwoordt aan de criteria van de kwasi-delictuele verantwoordelijkheid; zijn goede trouw volstaat niet om hem van iedere fout vrij te pleiten. Het beslag heeft plaats op zijn risico.’⁹⁰

88. Ingevoerd per 22 juni 2007, de bedragen kunnen vijfjaarlijks bij koninklijk besluit worden geïndexeerd. De boetecomponent wordt rechtstreeks door de staat (administratie van de Registratie en Domeinen) geïndexeerd.

89. Dirix 2016, p. 68.

90. Belgische Senaat, Zitting 1963-1964, memorie van toelichting Ontwerp van Wet tot Invoering van het Gerechtelijk Wetboek, 10 december 1963, p. 316.

De wetgever lijkt hier echter primair het oog te hebben op de situatie dat er verlof wordt verleend, terwijl later blijkt dat *aan de vereisten voor het verlenen van verlof niet is voldaan* en niet op de situatie die ontstaat na *afwijzing van de vordering* van de beslaglegger in de hoofdzaak. Dat lijkt ook te volgen uit de overweging in de memorie van toelichting die het vereiste van de toetsing door de beslagrechter raakt:

‘(...) *c) Bewarend beslag kan slechts gelegd worden met toelating van de beslagrechter. Het optreden van de rechter is een waarborg voor de schuldenaar, maar stelt de schuldeiser niet vrij van alle verantwoordelijkheid, indien het later blijkt dat het beslag van tergende aard [curs. GM] is.*’⁹¹

7.2.10.2 *Jurisprudentie en opvatting Cornelis, interessante stap terug in het debat*

Een met toelating van de beslagrechter ten onrechte gelegd bewarend beslag kan niet op één lijn worden gesteld met (de gevolgen van) een later vernietigd vonnis in de zin van artikel 1398 Ger.W. (zie par. 7.2.10). Dat laatste artikel en de daaruit volgende aansprakelijkheid zonder fout missen toepassing op een bewarend beslag waarbij de daaraan ten grondslag liggende vordering in de procedure in de hoofdzaak wordt afgewezen. Wanneer de beslagene schadevergoeding wenst voor de door het beslag geleden schade dient de beslagene dus ‘nog steeds een fout in hoofde van de beslaglegger aan te tonen omwille van het leggen of in stand houden van het beslag’.⁹²

Het Hof van Cassatie heeft in dit verband in zijn arrest van 17 februari 2005 als volgt overwogen:⁹³

‘IV (...) wanneer een beschikking van de beslagrechter waarbij een bewarend beslag wordt toegelaten, ingetrokken of gewijzigd wordt en de opheffing van het beslag wordt bevolen, de beslagene, teneinde van de beslaglegger vergoeding te verkrijgen van de wegens het beslag geleden schade, dient aan te tonen dat laatstgenoemde een fout heeft begaan ofwel door bewarend beslag te leggen ofwel door het in stand te houden. Wanneer de bodemrechter de vordering van de beslaglegger afwijst heeft dat niet automatisch de aansprakelijkheid van de beslaglegger voor de schade voor de beslagene van het door hem gelegde beslag tot gevolg. Die aansprakelijkheid dient te worden beantwoord door alle relevante omstandigheden ten tijde van het leggen van beslag in ogenschouw te nemen. (...)’

De Raad voor de Intellectuele Eigendom heeft voor zijn ‘Advies van 2 juli 2015 over de wijzigingen aan te brengen in diverse bepalingen van het gerechtelijk

91. Belgische Senaat, Zitting 1963-1964, memorie van toelichting Ontwerp van Wet tot Invoering van het Gerechtelijk Wetboek, 10 december 1963, p. 317.

92. Brijs e.a. 2015, p. 368.

93. Hof van Cassatie 17 februari 2005, Nr. C.03.0475.F, RW 2007-08/2221 (*Distriboits/Zürich c.s.*).

wetboek met betrekking tot het beschrijvend beslag⁹⁴ prof. L. Cornelis⁹⁵ geraadpleegd. Zijn advies is niet apart gepubliceerd, maar in het advies van de Raad opgenomen. Het vangt aan met een meer generieke – en kritische – beschouwing van de door het Hof van Cassatie gegeven interpretatie van artikel 1389 lid 2 Ger.W. Cornelis stelt dat deze ‘objectieve’ aansprakelijkheidsregeling vaste rechtspraak vormt maar geeft ook aan dat deze hem niet correct voorkomt. Volgens Cornelis houdt de tekst van het artikel namelijk niet in dat de *tenuitvoerlegging van het vonnis op zich* een fout of een objectieve aansprakelijkheid impliceert. Artikel 1398 lid 2 Ger.W. laat volgens Cornelis de vraag open of degene die overgaat tot tenuitvoerlegging een ongeoorloofde daad stelt (schending van een rechtsregel), dan wel de algemene zorgvuldigheidsplicht schendt. Hij is van oordeel dat het Hof van Cassatie in zijn arresten over artikel 1398 Ger.W. onderscheid had moeten maken tussen de *rechtvaardigingsgrond* en de *kwalificatie van de daad van uitvoering van het vonnis* (de ‘gedragsbeoordeling’). Kortom: is het gedrag van de executerende partij een ongeoorloofde daad of een ‘tekortkoming aan de zorgvuldigheidsplicht’?⁹⁶

De argumenten die Cornelis daarvoor aandraagt, brengen het debat in zekere zin een aantal stappen terug. Zo betoogt hij dat het ook de rechter kan zijn die een fout kan hebben begaan door de feiten niet goed te beoordelen of het recht verkeerd toe te passen. Ergo: het feit dat een vonnis wordt vernietigd (c.q. na een bewarend beslag de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen) betekent in zijn optiek nog niet dat er ‘in hoofde van de uitvoerende partij een ongeoorloofde daad werd gesteld, noch werd tekortgekomen aan de zorgvuldigheidsplicht’. Ook vraagt Cornelis zich af of deze rechtspraak te verenigen is met artikel 6 EVRM. Een ‘objectieve’ aansprakelijkheid van de executant of beslaglegger zou kunnen worden uitgelegd als een verhindering van de toegang tot het gerecht.⁹⁷ Cornelis stelt wel met tevredenheid vast dat het Hof van Cassatie erkent dat het aantasten van het recht van de beslagene op zich geen fout is, maar dat ‘in hoofde van de verweerder een tekortkoming aan de wet of een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht moet worden vastgesteld’.⁹⁸ Deze overwegingen – en dat maakt bespreken ervan interessant – zijn per saldo rechtspolitiek van aard. Volgens Cornelis strookt de benadering van het vereiste van een persoonlijke fout met de opvatting van democratie, van rechtsstaat, en van individuele vrijheid, waarbij ook wordt onderstreept dat de deskundigheid van de betrokken partij een belangrijke beoordelingsfactor is. De ‘objectieve’ aansprakelijkheid daarentegen, zo stelt Cornelis, heeft als vereiste kenmerk de bijzondere hoedanigheid die men heeft, zoals in het geval van de

94. Raad voor de Intellectuele Eigendom, advies van 2 juli 2015 over de wijzigingen aan te brengen in diverse bepalingen van het gerechtelijk wetboek met betrekking tot het beschrijvend beslag <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Intellectual-property/Avis%20Conseils%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle/Advis-RIE-02072015.pdf>. Zie hierna ook par. 7.2.10.6 waarbij een ander gedeelte van dit advies aan de orde komt.

95. Hoogleraar aan de Vrije Universiteit Brussel en advocaat.

96. Vergelijk het advies van de Raad 2015, p. 15-16.

97. Het advies van de Raad 2015, p. 16. Tegen het laatste argument kan onder meer worden ingebracht dat de beslagene evengoed geraakt wordt in zijn eigendomsrecht dat art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM beoogt te beschermen.

98. Het advies van de Raad, p. 16.

aansprakelijkheid van de ouders of opdrachtgevers.⁹⁹ Kortom: het persoonlijk gedrag van de partij, die overgaat tot tenuitvoerlegging dan wel het leggen van beslag, zou moeten worden beoordeeld.

7.2.10.3 *Processuele route bepaalt mede het beoordelingskader, Tapijten-arrest*

In twee kort na elkaar gewezen arresten heeft het Hof van Cassatie het beoordelingskader van een vordering tot schadevergoeding na een ten onrechte gelegd beslag verder ingekleurd. Bij beide arresten vormde een beslag inzake namaak de aanleiding tot het arrest.

In 1997 legde Balta Industries nv (Balta) een beslag inzake namaak onder Roger Vanden Berghe nv (Vanden Berghe). Balta was van mening dat met een door Vanden Berghe verkocht tapijt inbreuk werd gemaakt op een auteursrechtelijk beschermde tekening van een boerderijtafereel van Balta. De tapijten van Vanden Berghe werden in beslag genomen en verzegeld. Vanden Berghe tekende – en deze constatering is zoals hierna blijkt van groot belang – *geen derdenverzet aan* tegen de beschikking van de beslagrechter die het beslag toeliet. Wel verdedigde zij zich in de procedure in de hoofdzaak tegen de vordering van Balta waarvoor het beslag was gelegd. Dat deed zij met succes. Vier jaar later, in 2001, oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk dat de verschillende tekeningen, bij gebrek aan originaliteit, geen auteursrechtelijke bescherming genoten. Tegelijkertijd werd Balta veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding om de door Vanden Berghe door het bewarend beslag geleden schade te compenseren. Er werd een voorschot van omgerekend ongeveer € 2.500 toegekend. Voor de bepaling van de definitieve schade werd een deskundige benoemd. Balta ging daarop vergeefs in hoger beroep; het Hof van Beroep van Gent bevestigde deze uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg. Vervolgens heeft Balta cassatie ingesteld.

Het Hof van Cassatie oordeelde in zijn arrest van 11 maart 2005¹⁰⁰ dat de appelrechters

‘IV.2. (...) door de onrechtmatigheid van het beslag louter af te leiden uit het feit dat het beslag inzake namaak werd gelegd door een partij waarvan het auteursrecht nadien door de rechter ten gronde niet werd erkend, hun beslissing niet naar recht verantwoordend (...).’

Het Hof van Cassatie maakt hiermee duidelijk dat het enkele feit dat de vordering van de beslaglegger waarvoor het bewarend beslag is gelegd wordt afgewezen, *niet impliceert* dat de beslaglegger in beginsel gehouden is de hierdoor geleden schade te vergoeden.¹⁰¹

99. Het advies van de Raad, p. 17. Een dergelijk rechtspolitiek argument kan op zichzelf ook weer eenvoudig worden weerlegd door te betogen dat de beslaglegger wiens vordering is afgewezen ook een (objectief te bepalen) hoedanigheid heeft.

100. Hof van Cassatie 11 maart 2005, Nr. C.03.0591.N/1, RW 2007-08/192 (*Tapijten-arrest*).

101. Of, zoals Callens het formuleert, de aansprakelijkheid van de beslaglegger wordt na een weigering van de auteursrechtelijke bescherming ‘niet automatisch in het gedrang gebracht’, Callens 2009, p. 790.

Er bestaat dus naar Belgisch recht een essentieel verschil tussen de situatie dat (enkel) de vordering in de hoofdzaak van de beslaglegger is afgewezen en de situatie dat de beschikking om het beslag toe te staan met succes via derdenverzet door de beslagene wordt aangevochten.

Toegespijst op het beslag inzake namaak is het mogelijk dat de beslagrechter *rechtmatig* ‘prima facie’ het beslag heeft toegestaan, op basis van het oordeel dat het intellectueel-eigendomsrecht ‘ogenschijnlijk’ geldig was (en ook overigens de voorwaarden voor beslag waren vervuld), maar de bodemrechter na grondig onderzoek besluit dat dit eigendomsrecht niet geldig was.¹⁰² Het beslag is dan niet zonder meer foutief geweest. De beslagene kan dan bij de bodemrechter geen beroep doen op de risicoaansprakelijkheid van artikel 1398 Ger.W., noch – bij de beslagrechter die de machtiging heeft verleend – op de aansprakelijkheid ex artikel 1419 lid 2 Ger.W. In een dergelijke situatie zal de beslagene, ongeacht het feit dat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen, moeten bewijzen dat de beslagene *een fout heeft gemaakt ten tijde van het beslag inzake namaak*.¹⁰³ Dat uitdrukkelijk sprake is van een toetsing ‘ex tunc’ blijkt uit een arrest dat een half jaar voor het *Tapjiten*-arrest is geweest, het *Lampen*-arrest.

7.2.10.4 Toetsing *ex tunc* of *ex nunc*, het *Lampen*-arrest

In deze auteursrechtelijke kwestie ging het om twee zogenoemde verdelers van verlichtingsspots. De beslaglegger, Massive, stelde zich op het standpunt dat Lucide haar intellectuele-eigendomsrechten had geschonden. Ook hier werd de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak afgewezen. In dit geval had de beslagene echter de beslagrechter wél verzocht het beslag in te trekken. Dat was echter geen *regulier derdenverzet* maar een verzet vanwege *gewijzigde omstandigheden* ex artikel 1419 lid 2 Ger.W.¹⁰⁴ Tegelijkertijd met dat verzet verzocht de beslagene, met een beroep op artikel 1398 lid 2 Ger.W., vanwege het beslag en de daaruit voortvloeiende verbodsmaatregelen een schadevergoeding toe te kennen.¹⁰⁵ Dit is een gebruikelijke stap, omdat artikel 1398 lid 2 Ger.W. traditioneel wordt toegepast wanneer een beslag wordt ingetrokken na een gewoon derdenverzet.¹⁰⁶

Wanneer op basis van een *regulier derdenverzet* intrekking van de beschikking volgt, dient de beslagene zo veel als mogelijk te worden teruggebracht in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden als het beslag niet zou hebben plaatsgevonden. Dit betreft dus een intrekking *ex tunc*, met terugwerkende kracht. Deze aansprakelijkheid is dus gebaseerd op de risicoaansprakelijkheid of foutloze aansprakelijkheid van artikel 1398 lid 2 Ger.W.¹⁰⁷

102. Callens 2009, p. 793.

103. Callens 2009, p. 793.

104. Zie hiervoor par. 7.2.8.3.

105. Zie par. 7.2.10.2. Dit art. 1398 lid 2 Ger.W. luidt als volgt: ‘De tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt niettemin alleen op risico van de partij die daartoe last geeft en onverminderd de regels inzake kantonnement.’

106. Vergelijk Callens 2009, p. 791.

107. Callens 2009, p. 803 en Pede 2005, p. 380.

Zowel de beslagrechter als het betreffende Hof van Beroep stelde zich op het standpunt dat deze foutloze aansprakelijkheid niet aan de orde is wanneer de opheffing van het beslag het gevolg is van een *intrekking op basis van gewijzigde omstandigheden*. De motivering van dit standpunt behelste dat de beslissing van de rechter dan dient te worden gekwalificeerd als een toetsing *ex nunc*. Hierdoor blijven de maatregelen op het moment van het verlenen van de toestemming (in dit geval het bewarend beslag) hun gelding behouden.¹⁰⁸ Het tegen deze overwegingen van het Hof van Beroep geformuleerde cassatieberoep van Lucide sneuvelde. Het Hof van Cassatie oordeelde dat artikel 1398 lid 2 Ger.W.:

‘IV. (...) geen toepassing vindt op de tenuitvoerlegging van een beslissing die werd ingetrokken op grond van art. 1419, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek, dat de beslagene, in geval van veranderende omstandigheden, toelaat de wijziging of de intrekking van de beschikking, waarbij toelating tot beslag inzake namaak wordt verleend te vragen. (...)’¹⁰⁹

Kortom, artikel 1398 lid 2 Ger.W dient restrictief te worden uitgelegd.¹¹⁰ A contrario kan uit dit arrest worden afgeleid dat wanneer de beslagene geen (succesvol) derdenverzet tegen de beschikking van de beslagrechter heeft ingesteld, maar de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak waarvoor het beslag is gelegd wel wordt afgewezen, hij ook dan geen (analoog) beroep kan doen op artikel 1398 lid 2 Ger.W. De beslagene valt dan per saldo terug op de traditionele foutaansprakelijkheid van artikel 1382 B.W., waardoor er meer aan de hand moet zijn dan de enkele afwijzing van de vordering van de beslaglegger.¹¹¹

7.2.10.5 De regel uit het Tapijten-arrest na verwijzing

Het is interessant om te bezien hoe het tapijtengeschil tussen Balta en Vanden Berghe na het arrest van het Hof van Cassatie van 11 maart 2005 verder verliep bij het Hof van Beroep te Brussel.¹¹² In deze procedure vroeg Vanden Berghe het Hof van Beroep om over de toepassing van artikel 1398 lid 2 Ger.W. aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen, namelijk of er geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling was ontstaan tussen

‘de beslagene die benadeeld werd door de uitvoering van een vonnis ten gronde dat nadien wordt hervormd en de beslagene benadeeld door de uitvoering van een voorlopige beslissing (beslag inzake namaak) wanneer de bodemrechter oordeelt dat de beslaglegger zonder recht is.’

Het Hof van Beroep gaat hier echter niet in mee en beantwoordt deze rechtsvraag vervolgens zelf:

108. Zie Callens 2009, p. 792.

109. Hof van Cassatie 10 september 2004, Nr. C.03.0136.N (Lampen-arrest).

110. Dirix & Broeckx 2010, p. 256.

111. Callens 2009, p. 792.

112. Hof van Brussel 15 december 2009, RABG 2010/8, m.nt. J. Lindemans en A. De Boeck in RABG 2011/0116, I.R.D.I. 2010/274, m.nt. V. Pede.

‘(...) Er bestaat een fundamenteel verschil tussen de situatie waarin een vonnis van een bodemrechter voorlopig ten uitvoer wordt gelegd en na het instellen van een rechtsmiddel tegen dit vonnis wordt hervormd, en de situatie waarin een beslissing van de beslagrechter ten uitvoer wordt gelegd en de bodemrechter nadien tot een andersluidende beslissing komt. In het eerste geval wordt het vonnis met terugwerkende kracht vernietigd, terwijl in het tweede geval niet geraakt wordt aan de beslissing van de beslagrechter. Door de beslissing van de bodemrechter in het tweede geval wordt geenszins beslist dat de beslagrechter verkeerd geoordeeld zou hebben. De uitvoerbare titel die door de beslagrechter werd verleend blijft rechtsgeldig en houdt enkel op uitwerking te hebben als het bodemvonnis definitief is geworden.’

De ‘enkele’ afwijzing van de vordering van de beslaglegger in de procedure in de hoofdzaak is dus onvoldoende grond voor een verplichting om de schade als gevolg van het beslag te vergoeden. Vanden Berghe moet het dan ook hebben van de algemene foutaansprakelijkheid van artikel 1382 B.W.¹¹³ De vragen die dan, volgens het Hof te Brussel, dienen te worden beantwoord zijn of Balta bij het leggen van het beslag of bij het handhaven ervan – tot aan de datum van de onherroepelijke uitspraak van het Hof van Beroep te Gent – een fout heeft begaan, Vanden Berghe daardoor schade heeft geleden en er een oorzakelijk verband bestaat tussen die fout en de schade. De overweging van het Hof die hieraan is gewijd is het citeren waard. Het Hof toetst het handelen van Balta aan dat van een normaal, voorzichtig en redelijk handelend persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, en overweegt vervolgens:

‘(...) Zich vergissen aangaande de draagwijdte van zijn rechten of een interpretatie van stukken of een wettekst poneren die niet door de rechter wordt gevolgd, maakt niet noodzakelijk een fout uit en in casu wordt door geïntimeerde niet bewezen of zelfs maar aannemelijk gemaakt dat appellante niet te goeder trouw, foutief of ingevolge een inschattingfout die dermate flagrant is dat zij als foutief dient bestempeld te worden, een beroep gedaan heeft op de procedure van beslag inzake namaak en de bij de beschikking d.d. 14 augustus 1997 toegestane maatregelen gehandhaafd heet tot 2 juli 2003.’

Deze overeging is de facto gesteld in een misbruiksleutel. Callens vraagt zich af of deze toetsing, ‘zelfs’ in het binnen het eerder door het Hof van Cassatie in het *Tapijten*-arrest geformuleerde krappe beoordelingskader, niet te beperkt is.¹¹⁴ Andere

113. Art. 1382 BW: ‘Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.’

114. Aldus Callens 2009, p. 801. Een andere kwestie is hoe deze overweging zich verhoudt tot een eventuele andere wettelijke inbreuk op rechten van Vanden Berghe, zoals met name het zogenoemde Decreet d’Allarde. Dat laatste beschermt de vrijheid van handel; deze wordt geschonden wanneer goederen lange tijd zijn geblokkeerd zonder geldig intellectueel-eigendomsrecht. Zie ook Callens 2009, p. 804. Vanwege de beperkte betekenis voor dit onderzoek, het feit dat deze handschoen verder niet in de literatuur lijkt te zijn opgepakt en het gegeven dat deze constatering van Callens (te) nauw samenhangt met bijzonderheden van het Belgische wettensysteem, wordt volstaan met het benoemen van deze dimensie en wordt deze niet verder uitgewerkt.

eventuele inbreuken op de algemene zorgvuldigheidsplicht worden immers niet onderzocht.

Een belangrijkere vraag is of het Hof van Beroep te Brussel tot een andere beoordeling zou zijn gekomen als het de kwestie had beslecht volgens het recht op het moment van het wijzen van zijn arrest eind 2009, in plaats van het geldende recht op het moment van beslaglegging door Balta in 1997. In dat verband verdient de implementatie van de Handhavingsrichtlijn¹¹⁵ nadere beschouwing. Deze implementatie geeft een nadere illustratie van de benadering van de aansprakelijkheid van de beslaglegger na afwijzing van de vordering van de beslaglegger in het Belgische recht.

7.2.10.6 Implementatie van de Handhavingsrichtlijn is ambivalent en lijkt 'contre coeur'

Het beoordelingskader dat met de hiervoor in paragraaf 7.2.10.3 en 7.2.10.4 besproken arresten van het Hof van Cassatie uit 2004 en 2005 is ontstaan is wellicht mede debet aan de ambivalente implementatie van de Europese implementatie van de Handhavingsrichtlijn voor intellectuele-eigendomsrechten door de Belgische wetgever. Hoewel die richtlijn ten doel had een minimale harmonisatie van de verschillende nationale handhavingsprocedures voor intellectuele rechten door te voeren,¹¹⁶ kiest deze tegelijkertijd op bepaalde onderdelen nadrukkelijk positie. Een van deze onderdelen betreft de vergoeding van schade na het ten onrechte nemen van bewarende maatregelen.

De richtlijn maakt geen onderscheid tussen de situatie dat een bewarende maatregel wordt opgeheven en de situatie waarin de vordering van de beslaglegger in een bodemprocedure wordt afgewezen.¹¹⁷ In 2007 heeft de Belgische wetgever deze handhavingsrichtlijn geïmplementeerd.¹¹⁸ Daarin is in het nieuwe artikel 1369bis/3 § 2 Ger.W. de tekst van (art. 7 en 9 van) de Richtlijn vrijwel geheel overgenomen. De zinsnede uit de richtlijn dat 'de rechter de bevoegdheid heeft [curs. GM] om passende schadeloosstelling te bieden' is in de Belgische tekst omgezet in 'kan de rechtbank de verzoeker veroordelen tot betaling van een passende schadeloosstelling'.¹¹⁹ Het valt echter moeilijk te rijmen met de bedoeling van de richtlijn om de drempel van het verkrijgen van schadevergoeding na een *andersluidende bodembeslissing* hoger te leggen dan in de gevallen van *herroeping* of *vervallenverklaring* van het

115. Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. Zie ook par. 2.7.2.

116. Zie art. 2 lid 1 Handhavingsrichtlijn voor intellectuele-eigendomsrechten.

117. Zie Callens 2009, p. 795 en 796. Zowel in het artikel in de handhavingsrichtlijn dat betrekking heeft op maatregelen ter bescherming van bewijsmateriaal (art. 7) als het artikel over voorlopige en conservatoire maatregelen staat een passage over aansprakelijkheid van de verzoeker die ook nog vrijwel identiek is. 'Wanneer de maatregelen ter bescherming van bewijsmateriaal zijn (...)' (art. 7.4) en 'Indien voorlopige maatregelen worden (...)' (art. 9.7) worden beiden afgesloten met: '(...) herroepen of wanneer zij vervallen wegens enig handelen of nalaten van de eiser, of wanneer later wordt vastgesteld dat er geen inbreuk of dreiging van inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht is, hebben de rechterlijke instanties de bevoegdheid op verzoek van de verweerder, de eiser te gelasten de verweerder passende schadeloosstelling te bieden voor door deze maatregelen toegebrachte schade'. Zie verder ook par. 2.7.2.

118. Wet van 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *Belgisch Staatsblad* 10 mei 2007.

119. Zie ook Callens 2009, p. 796.

beslag.¹²⁰ De rechter heeft bij een andersluidende beslissing in de hoofdzaak kennelijk een ‘appreciatiemogelijkheid’¹²¹ en geen verplichting om schadevergoeding te bepalen.¹²²

Terug naar de uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 15 december 2009 tussen Balta en Vanden Berghe inzake de beweerdelijke namaak van dessins op tapijten. Zou de toets van het Hof wezenlijk anders van karakter zijn geweest wanneer de maatstaf van artikel 1369bis Ger.W. zou zijn aangelegd? Gelet op het bovenstaande is dat niet geheel zeker. Dit artikel bepaalt dat een schadeloosstelling *kan* worden toegekend, wat betekent dat de rechter een mogelijkheid en geen verplichting heeft. Dat relatieveert in belangrijke mate de op het eerste gezicht geldende risicoaansprakelijkheid in het nieuwe artikel.¹²³ Links- of rechtsom heeft de rechter een ‘appreciatiemogelijkheid’, die van een groter gewicht is dan een zuivere toepassing van de risicoaansprakelijkheid.

In zijn uitspraak van 14 november 2014 geeft het Hof van Cassatie uitsluitsel over de vraag welk moment bepalend is voor het toepasselijke recht op de vordering tot schadevergoeding na ten onrechte gelegd beslag.¹²⁴

‘III.4. De appelrechters die op die gronden oordelen dat de vordering tot schadevergoeding van de eiseres enkel kan beoordeeld worden op grond van het algemene aansprakelijkheidsrecht zoals neergelegd in de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek en niet volgens artikel 1369bis/3, § 2, Gerechtelijk Wetboek, welke bepaling slechts in werking is getreden nadat het beslag werd gelegd, verantwoord hun beslissing naar recht. (...)’

In 2015 heeft de Raad voor de Intellectuele Eigendom een advies uitgebracht over wijzigingen voor het *beschrijvende beslag* uit hoofde van de richtlijn.¹²⁵ Daarin worden ook suggesties gedaan die het *reële beslag* raken. De Raad merkt in dit verband op dat de huidige tekst van artikel 1369bis/3, § 2 Ger. W. niet toelaat om met zekerheid te stellen dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om een objectief aansprakelijkheidssysteem, dan wel een aansprakelijkheid wegens fout of – ten slotte – een meer ‘genuanceerde oplossing’ in te stellen. Die genuanceerde oplossing houdt volgens de Raad in dat wanneer de eis in de hoofdzaak wordt afgewezen, enkel de uitvoering van het *reël beslag* de objectieve aansprakelijkheid van de beslaglegger met zich meebrengt, terwijl de aansprakelijkheid wegens fout enkel van toepassing

120. Vergelijk Callens 2009, p. 807.

121. Zie V. Pede in haar annotatie bij het arrest van het Hof te Brussel 15 december 2009, *I.R.D.I.* 2010, p. 274.

122. Zie voor het Nederlandse recht art. 1019g Rv waarin eveneens uitgegaan wordt van ‘kan’ en de kritische bespreking daarvan in par. 3.5.1 en 2.7.2.

123. Zie V. Pede in haar annotatie bij het arrest van het Hof te Brussel 15 december 2009, *I.R.D.I.* 2010, p. 274.

124. Hof van Cassatie 14 november 2014, Nr. C.13.0398.N (*Panda/Holder*).

125. Raad voor de Intellectuele Eigendom, advies van 2 juli 2015 over de wijzigingen aan te brengen in diverse bepalingen van het gerechtelijk wetboek met betrekking tot het beschrijvend beslag: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Intellectual-property/Avis%20Conseils%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle/Advies-RIE-02072015.pdf>, zie ook hiervoor par. 7.2.10.2.

blijft op het *beschrijvend* beslag.¹²⁶ Deze suggesties tot verheldering van de aansprakelijkheidsnorm zijn echter niet overgenomen.¹²⁷

7.2.11 Conclusies

Er is naar Belgisch recht een fundamenteel verschil tussen de situatie waarbij een voorlopig vonnis ten uitvoer wordt gelegd en vervolgens vernietigd en het geval waarin een beslissing van een beslagrechter ten uitvoer wordt gelegd (zoals het leggen van bewarend beslag) en vervolgens de bodemrechter de vordering waarvoor bewarend beslag is gelegd afwijst. In het eerste geval wordt de uitspraak van de rechter in eerste of tweede aanleg vernietigd, in het tweede geval wordt de beslissing van de beslagrechter het beslag toe te staan niet geraakt.¹²⁸ Deze verschillende uitkomsten dicteren in hoge mate het verschil tussen de beoordelingskaders van beide categorieën.

In het geval van een later vernietigd vonnis of arrest is de executant aansprakelijk voor het risico dat zich met die vernietiging heeft verwezenlijkt, en dus moet hij de schade door de ten onrechte uitgevoerde executie vergoeden. Kwade trouw, of een persoonlijke fout, is niet vereist.

De ‘enkele’ definitieve afwijzing van de vordering van de beslaglegger die een bewarend beslag heeft gelegd is echter onvoldoende grond voor een verplichting om de schade als gevolg van het beslag te vergoeden. Er is alsdan geen sprake van een risicoaansprakelijkheid.

Waar de beslissing van de voorzieningenrechter om beslag toe te staan in het Nederlandse systeem na afwijzing van de vordering van de beslaglegger ‘in de lucht komt te hangen’ blijft de beslissing van de beslagrechter in het Belgische recht zijn rechtskracht behouden. Dat lijkt het essentiële gegeven dat de verschillende beoordeling van de situatie na onterecht bewarend beslag bepaalt.

Niet op basis van de uitspraak in de hoofdzaak, maar na een succesvol *regulier verzet* tegen de beslissing van de verlofprechter, is de beslaglegger wel ‘zonder meer’ gehouden tot het vergoeden van de schade. Maar dan wordt ook de beslissing van de beslagrechter zelf vernietigd. De onterecht beslagene dient daarbij zo veel mogelijk te worden teruggeplaatst in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden als het beslag niet zou hebben plaatsgevonden.¹²⁹ Dat impliceert bijvoorbeeld vergoeding van gederfde winst en waardeverlies van goederen.¹³⁰ Bij succesvol *derdenverzet*

126. Advies, p. 14.

127. Deze blijven evengoed voor dit onderzoek interessant. De Raad had twee varianten geformuleerd: A. Een derde lid toevoegen aan art. 1369bis Ger.W., namelijk: ‘§ 3. In die gevallen wordt de beslaglegger aansprakelijk geacht voor de schade die door de uitvoering van de maatregelen tot beschrijving en tot beslag (of: tot beslag) wordt veroorzaakt, tenzij hij naast de gewone rechtvaardigings- en vrijstellingsgronden, een of andere grond van aansprakelijkheidsuitsluiting aantoot (bijzondere uitsluitingsoorzaken toevoegen ?)’; B. aan het tweede lid toevoegen: ‘overeenkomstig het artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.’ Zie p. 51 van het Advies.

128. Pede 2005, p. 381.

129. Vergelijk Dirix & Broeckx 2010, p. 159.

130. Pede 2005, p. 382.

ingevolge veranderde omstandigheden¹³¹ wordt weliswaar de beslagbeschikking ingetrokken, maar is er toch geen sprake van een automatische verplichting tot het vergoeden van schade. De op basis van de *eerdere omstandigheden* genomen beslissing het verlot te verlenen blijft immers in deze systematiek overeind. De beslagene zal dan, in een dergelijke situatie, nog steeds een fout van de beslaglegger moeten aantonen om zijn schade vergoed te krijgen.¹³²

Schadevergoeding 'zonder meer' toekennen voor een handeling die op het ogenblik van de rechterlijke beslissing en de daaropvolgende uitvoering rechtmatig is, verraagt zich niet met het systeem van het Belgisch proces- en aansprakelijkheidsrecht. Dat recht is primair gebaseerd op artikel 1382 B.W. en de daaraan ten grondslag liggende structuur fout-schade-oorzakelijk verband.¹³³ Hierbij speelt ook een belangrijke rol dat de procedure voor het beoordelen van een verzoek tot bewarend beslag zowel formeel als materieel sterk verschilt met die in het Nederlandse recht en met beduidend meer waarborgen voor de aspirant-beslagene is omgeven. Ook heeft de wettelijke verankering van de *foutloze aansprakelijkheid na onterechte tenuitvoerlegging van een vonnis* de ruimte voor het aannemen van een buitenwettelijke aansprakelijkheid na onterecht beslag wellicht eerder beperkt dan vergroot.

De vereisten om bewarend beslag te *kunnen* leggen lijken op het eerste gezicht in de praktijk lichter. Dat komt vooral omdat voor in de praktijk frequent voorkomende beslagen, zoals derdenbeslagen voor een geldvordering, een rechterlijke machtiging niet noodzakelijk is. Maar bij nadere beschouwing zijn de eisen om bewarend beslag, inclusief het hiervoor bedoelde beslag, te *mogen* leggen, juist aanmerkelijk strenger. In dit verband is het meest sprekende verschil met het Nederlandse recht dat voor een vordering die in eerste aanleg is afgewezen in beginsel geen bewarend beslag kan worden gelegd.¹³⁴

Gelet op de voor de (aspirant-)beslagene aanmerkelijk betere positie in de fase voorafgaand en tijdens het bewarend beslag zullen in de praktijk veel beslagen worden voorkomen dan wel vroegtijdig beëindigd worden, waar deze beslagen in de Nederlandse praktijk wel zouden zijn gelegd respectievelijk gehandhaafd. Daarmee wordt beslagschade (meer) voorkomen en beperkt.

Ondanks, of wellicht dankzij, het feit dat de Belgische invulling van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd bewarend beslag sterk verschilt van die in Nederland, kan hieruit belangrijke inspiratie worden geput. Dat betreft ook de notie van de *waarborgverbintenis*, die wellicht een zowel dogmatisch als praktisch passender

131. Art. 1419 lid 2 Ger.W.

132. Pede 2005, p. 383.

133. Callens 2009, p. 807. Deze doet binnen het bestek van de schadevergoeding na onterecht gebleken maatregelen ter handhaving van IE-rechten de suggestie om art. 1369 bis lid 3 en 1369ter Ger.W. volledig los te koppelen van de klassieke aansprakelijkheidsbegrippen (zowel de risicoaansprakelijkheid als de foutaansprakelijkheid). De schadeloosstelling zou in zijn optiek als een sui generis vergoeding beschouwd moeten worden.

134. Zie HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*) en par. 4.5.

antwoord vormt op in dit onderzoek besproken problemen dan de ‘risicoaansprakelijkheid’ uit onrechtmatige daad.¹³⁵

7.3 Bewarend beslag in Duitsland

7.3.1 Plaats in het systeem

Het Duitse recht kent geen figuur die rechtstreeks overeenkomt met het Nederlandse conservatoir beslag. Wel kent het Duitse recht een voorziening waarvan het effect vergelijkbaar is met conservatoir beslag, het ‘Arrest’. Dit Arrest maakt onderdeel uit van het systeem van de *vorläufigen* of *einstweiligen Rechtsschutzes*,¹³⁶ §§ 916-945 Zivil Prozess Ordnung (ZPO). Het doel van het Arrest volgt uit § 916 lid 1 ZPO:¹³⁷

‘die künftige Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen wegen einer im ordentlichen Rechtsweg durchsetzbaren Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann, zu sichern.’¹³⁸

Uit dit artikel volgt dat enkel een Arrest kan worden verzocht voor geldvorderingen of vorderingen die in een geldvordering kunnen resulteren.

Naast beslag op goederen van de debiteur (*dingliche Arrest*, § 917 ZPO) kan naar Duits recht bij wijze van bewarende maatregel ook de persoonlijke vrijheid van de debiteur worden ingeperkt. Dit betreft het zogenoemde *persönliche Arrest*, op grond van § 918 en § 933 ZPO. Dit *persönliche Arrest* kan alleen aanvullend worden verzocht, namelijk wanneer het *dingliche Arrest* niet toereikend is om verhaal voor de vordering van de crediteur zeker te stellen. Het *persönliche Arrest* vindt in de praktijk vrijwel nooit toepassing¹³⁹ en blijft verder onbesproken.

Behalve het Arrest kent het Duitse recht als vorm van voorlopige maatregel de *einstweilige Verfügung* ex § 935 ZPO.¹⁴⁰ Dit betreft de mogelijkheid om een andere voorlopige maatregel te verzoeken, een rechterlijke maatregel die niet het veiligstellen van verhaal voor een geldvordering, of daarmee gelijk te stellen aanspraken, betreft.¹⁴¹

135. Zie hiervoor verder par. 3.8.

136. Deze begrippen worden in de literatuur door elkaar heen gebruikt en zijn onderling inwisselbaar, zie Zhou 2008, p. 31.

137. De volledige tekst van § 916 lid 1 ZPO luidt: ‘Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann.’

138. Enders & Börstinghaus 2016, p. 37.

139. Zoals Hartmann 2015, p. 2599 het formuleert: ‘Der Schuldturn erscheint als ein Fossil aus grauer Vorzeit, völlig überholt’; de praktische werking ligt volgens Hartmann vooral in het afschrikwekkende karakter in situaties waarin de debiteur het erg bont maakt en zijn goederen actief aan mogelijk verhaal dreigt te onttrekken.

140. § 935 ZPO: ‘Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.’

141. Brox & Walker 2008, p. 677. Strikt genomen kunnen ook specifieke *Haftungs- und Duldungsansprüche* door een Arrest worden bewaakt, zoals de verplichting van de executeur-testamentair om executie ten laste van de erven te dulden, § 2213 III BGB, vergelijk Brox & Walker 2008, p. 678.

Tot deze laatste categorie behoren allereerst de zogenoemde *Sicherungsverfügungen* ex § 935 ZPO, die individuele aanspraken beogen veilig te stellen. Dit betreft veelal maatregelen die in Nederland tot het conservatoirbeslagrepertoire zouden behoren, zoals beslag tot afgifte¹⁴² of het aanstellen van een bewaarder.¹⁴³ Veel van deze *Sicherungsverfügungen* kunnen daarmee de facto als conservatoire, bewarende maatregel worden beschouwd.

De *Regelungsverfügung* ex § 940 ZPO heeft als doel om in een dispuut een tijdelijke maatregel te bewerkstelligen. Doorgaans zijn dit maatregelen die in Nederland via het kort geding zouden kunnen worden gevorderd.¹⁴⁴ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het staken van reclame-uitingen, maar ook het treffen van bepaalde voorlopige voorzieningen die in Nederland tot de competentie van de Ondernemingskamer behoren, zoals het opschorten van besluiten die de positie van bestuurders van ondernemingen betreffen.¹⁴⁵

Ten slotte heeft zich in de jurisprudentie de *Leistungsverfügung* (ook wel *Befriedigungsverfügung*) gevormd. Ook dit is een vordering die in Nederland in een regulier kort geding zou worden ingesteld. Het bijzondere van deze maatregel is dat deze een definitief en onomkeerbaar karakter kan hebben. Het gaat dan ook doorgaans om uitzonderings- en noodsituaties waaronder ook een ‘spoedincasso’ of afgifte van een zaak, bijvoorbeeld om verboden eigenrichting onmiddellijk terug te draaien.¹⁴⁶

Het hiervoor beschreven systeem van voorlopige en bewarende maatregelen laat zich niet alleen door Nederlandse maar ook door Duitse juristen niet gemakkelijk doorgronden.¹⁴⁷ Voor een beter begrip – in het bijzonder voor de plaats van het *Arrest* binnen dit systeem – kan het als volgt schematisch worden weergegeven:¹⁴⁸

142. Het *Arrest* beperkt zich immers tot geldvorderingen en op geld waardeerbare aanspraken.

143. Zie bijvoorbeeld § 938 lid 2 ZPO: ‘Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, dass dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffes oder Schiffsbauwerks untersagt wird.’

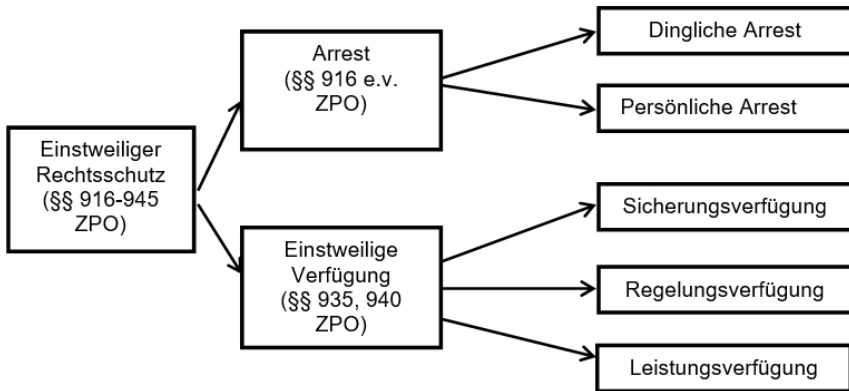
144. Een belangrijk verschil met de procedure in kort geding is overigens dat in spoedeisende gevallen van een behandeling kan worden afgezien, zie § 937 lid 2 ZPO. Hierdoor kan een rechterlijk bevel worden gegeven zonder dat de wederpartij hier tevoren van op de hoogte is. Naast het kort geding kan ook art. 223 Rv als een ‘pendant’ van de *Regelungsverfügung* worden beschouwd.

145. Zöllner/Vollkommer 2012, ZPO § 940, Rn. 8.

146. Vergelijk Enders & Börstinghaus 2016, p. 39.

147. Zie ook: Enders & Börstinghaus 2016, p. 33.

148. Een iets bewerkte versie van het overzicht van Zhou 2008, p. 33.



7.3.1.1 Beperkte toepassing Arrest en mogelijke verklaringen daarvoor

Over de *Rechtsschutzes* (*Verfügungen* en *Arresten* tezamen) werd in 2006 56.000 keer door Amtsgerichten en 26.500 door Landgerichten geoordeeld.¹⁴⁹ Dat aantal was toen, afgezet tegen het totaal aan gerechtelijke uitspraken in eerste aanleg, gering, respectievelijk 4,2% voor de Amtsgerichten en 6,6% voor de Landgerichten.¹⁵⁰ Tien jaar later, in 2016, zijn er in totaal 26.000 uitspraken door Amtsgerichten geweest die betrekking hadden op *Arrest* of *einstweilige Verfügung* op een totaal van ruim 1 miljoen beslissingen in eerste aanleg. Daarmee gaat het om 2,5% van het totaal aantal zaken dat voor het Amtsgericht is gebracht. Voor de Landgerichten waren deze cijfers respectievelijk 15.950 op een totaal van 322.371, derhalve 4,9% van het aantal uitspraken.¹⁵¹ Daarmee is sprake van een dalende trend, die al sinds het begin van het nauwkeurig bijhouden van de gerechtelijke statistieken in 1957 waarneembaar is.¹⁵² Hoewel wetssystematisch het *Arrest* de grondvorm is van de *einstweilige Rechtsschutzes* kan worden aangenomen dat het leeuwendeel van bovenvermelde aantallen betrekking heeft op *einstweilige Verfügungen*.¹⁵³

Een aantal omstandigheden plaatst deze cijfers in perspectief. In de eerste plaats kent het Duitse recht een zeer snelle en effectieve procedure voor onbetaald gebleven geldvorderingen waartegen door de debiteur geen verweer wordt gevoerd. Deze wordt aangeduid met '*Mahnverfahren*'. In de tweede plaats lijken in Duitsland de gemiddelde doorlooptijden van een procedure in eerste aanleg korter dan in Nederland te zijn. Dat zou mede gelegen kunnen zijn in het feit dat in Duitsland

149. Greger 2009, p. 4: 'Die gesetzliche Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilrecht steht in krassem Gegensatz zu ihrer praktischen Relevanz.'

150. Greger 2009, p. 4, die verwijst naar Statistischer Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1: Rechtspflege Zivilgerichte, 2008.

151. Statistischer Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1: Rechtspflege Zivilgerichte, 2016, 2017, p. 18, 22, 24 en 48. Ter vergelijking, het aantal beslagrekenen in Nederland in 2016 bedroeg 6.340. Zie Bijlage 1.

152. De hereniging van Duitsland in 1990 lijkt deze trend te hebben versterkt, vergelijk Baglietto Bergmann 2007, p. 8.

153. Zie Zhou 2008, p. 32: 'Obwohl das Gesetz den Arrest ausführlich als Grundtyp regelt, überwiegt der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung in der Praxis bei Weitem.' In deze zin ook Enders & Börstinghaus 2016, p. 34.

van oudsher de mondelinge behandeling een belangrijke rol speelt. Deze mondelinge behandeling wordt doorgaans snel na het aanbrengen van de zaak gelast. Daarbij komen nog de *Beschleunigung* (de nadruk op een actieve opstelling van procespartijen) en de focus op de kern van het geschil (*Konzentrationsgrundsatz*).¹⁵⁴ Deze snellere doorlooptijd zou mede een verklaring kunnen zijn voor het feit dat minder bewarende maatregelen worden verzocht en toegestaan om – gedurende een lange periode – verhaal veilig(er) te stellen in afwachting van een te wijzen vonnis.¹⁵⁵ Het is daarom de vraag of de beperkte cijfers duiden op een ‘probleem’, het is mogelijk dat in het Duitse recht meer dan in het Nederlandse recht het geval is

‘der Rechtsschutz in stärkerem Maße allein den ordentlichen Verfahren, d.h. ohne Zuhilfenahme der Ausnahmeregelungen des Arrests und einstweiliger Verfügung, überlassen wurden.’¹⁵⁶

7.3.1.2 *Stabiel wettelijk kader*

De wettelijke bepalingen die vorm geven aan het *Arrest* en de *einstweilige Verfügung* zijn beperkt¹⁵⁷ (§§ 916-945 ZPO) en zijn sinds de invoering van de *Zivilprozessordnung* (ZPO) in 1879 vrijwel niet veranderd. Door de beperkte regeling ontstaat volgens sommige schrijvers bij de *einstweilige Verfügung* een verhoogd risico op *Fehlentscheidungen* waarbij, naar de aard van deze maatregelen, een hoog risico bestaat dat de consequenties hiervan onomkeerbaar zijn.¹⁵⁸ Voor het *Arrest* geldt daarentegen, volgens verschillende schrijvers, dat rechters steeds stringenter eisen aan het verzoek stellen, waardoor er te ‘hohe Hürden’ voor de toewijzing ervan worden neergezet.¹⁵⁹

De rudimentaire regeling knelt in de praktijk dan ook niet zozeer voor het *Arrest*, maar veeleer voor het *Verführungsverfahren*, omdat het oorspronkelijk doel van de wettelijke regeling gericht was op het veiligstellen van een nog in de hoofdzaak te wijzen vonnis, terwijl de praktijk nu met name behoefte heeft aan uitbreiding van de mogelijkheden voor (tijdelijke) ge- en verboden, zoals deze in Nederland via een kort geding kunnen worden verkregen.¹⁶⁰

154. Zie Jongbloed 2003, p. 413-419. Ook aan de rechter is expliciet(er) een actieve rol toebedeeld, zie p. 417.

155. Statistischer Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1: Rechtspflege Zivilgerichte, 2016, 2017, p. 26. Van de zaken voor het Amtsgericht in 2016 kende 48,4% een doorlooptijd van korter dan drie maanden, 25,7% tussen de drie en zes maanden en 17,7% tussen de zes en twaalf maanden. Hier zou tegen in kunnen worden gebracht dat de verhouding wordt vertekend doordat in een groot aantal (ongeveer 70%) van de aangebrachte zaken geen verweer wordt gevoerd, maar de betwiste zaken kennen evengoed maar een gemiddelde doorlooptijd van 7,7 maand. Ter vergelijking, voor handelszaken bedroeg dit cijfer voor rechtbanken in Nederland in 2014 14,8 maanden. Voor de Landgerichten bedraagt het gemiddelde voor civiele zaken op tegenspraak in 2016 overigens vijftien maanden (p. 56 van het rapport).

156. Baglietto Bergmann 2007, p. 8.

157. Greger 2009, p. 4 en 9.

158. Walker 1993, p. 420.

159. Enders & Börstinghaus 2016, p. 210. Zie verder ook hierna par. 7.3.4.

160. Vergelijk Greger 2009, p. 5.

7.3.2 Goederenrechtelijke aspecten

In § 930 ZPO is vermeld dat op het *Arrest* de bepalingen met betrekking tot de executiemaatregelen van § 804 ZPO en verder van overeenkomstige toepassing zijn. Dit impliceert dat, analoog aan het Nederlandse recht, het algemene uitgangspunt is dat alle vermogensbestanddelen van de debiteur voor het bewarend beslag in aanmerking kunnen komen. *Verpfändbarkeit* van alle goederen is de algemene regel. De uitzonderingen op dit beginsel lopen ook grotendeels langs dezelfde lijnen. Het Duitse recht geeft in § 811 ZPO een grondige en uitgebreide opsomming van zaken die buiten het beslag blijven. Ook kent het gedetailleerde voorschriften met betrekking tot kinder- en partneralimentatie en vergelijkbare uitzonderingen, §§ 805 en 805a tot en met 850l ZPO. De wettelijke beslagvrije voet is in § 805c ZPO geregeld.

Het *dingliche Arrest* op roerende zaken wordt gelegd door *Pfändung* ex § 930 ZPO, bij onroerende zaken via een *Arresthypothek* op de voet van § 923 ZPO.¹⁶¹ Deze artikelen bepalen dat door het *Arrest* een (voorwaardelijk) pandrecht of hypotheekrecht op de goederen komt te rusten en verwijzen daarvoor naar § 804 ZPO¹⁶² respectievelijk § 867 ZPO. Voor *Arrest* op vorderingen geldt dat de algemene regels voor verpandingen van vorderingen van toepassing zijn, §§ 829 e.v. ZPO.¹⁶³ Hiermee is een belangrijk verschil met de Nederlandse praktijk gegeven. Door het *Arrest* ontstaat namelijk een vorm van (voorwaardelijke) voorrang op andere schuldeisers.¹⁶⁴ Zo volgt uit § 804 ZPO dat het pandrecht dat door het *Arrest* ontstaat, gelijk staat aan een pandrecht dat via een overeenkomst is gevestigd. Wel gaan zekerheidsrechten die zijn gevestigd vóór het *Arrest* vóór het pand- of hypotheekrecht dat door het *Arrest* is gevestigd. Het moment van vestiging van het *Arrestpfand* is beslissend. Wanneer de schuldeiser de procedure in de hoofdzaak wint en dit pandrecht daarmee van rechtswege een *Vollstreckungspfandrecht* wordt en het tot een executie komt, gaat dit pandrecht dus boven eventuele zekerheidsrechten die tussen het *Arrestpfand* en *Vollstreckungspfand* zijn gevestigd. Wanneer echter een *Arrest opgeheven wordt* en nadien in de hoofdzaak de vordering waarvoor het initiële *Arrest* was gelegd wordt toegewezen en een *Vollstreckungspfandrecht* volgt, gaat deze regel niet op.¹⁶⁵

161. Voor vorderingen waarvan de hoofdsom ten minste € 750 bedraagt, hetgeen als een tamelijk lage drempel kan worden beschouwd, § 866 lid 3 ZPO.

162. § 804 ZPO (Pfändungspfandrecht): '(1) Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstände. (2) Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, die für den Fall eines Insolvenzverfahrens den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. (3) Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, das durch eine spätere Pfändung begründet wird.'

163. Hierdoor kan de derde-beslagene enkel nog bevrijdend aan beslaglegger en beslagdebiteur gezamenlijk betalen (bijvoorbeeld via een derden- of kwaliteitsrekening).

164. Dit geldt ook voor *Arrest* op schepen en vliegtuigen; hiervoor gelden specifieke regels die hier verder onbesproken blijven.

165. Brox & Walker 2008, p. 704.

7.3.3 Registratie verweer (gepretendeerde) schuldenaar

Sinds 1 januari 2016 kan een partij die vreest dat door een wederpartij om een *Arrest* zal worden gevraagd, een zogenoemd *Schutzschrift* laten registreren.¹⁶⁶ Deze registratie geschiedt bij de Zentralen Elektronischen Schutzschriftenregisters (ZSSR), onder verantwoordelijkheid van de Landesjustizverwaltung Hessen en geldt vervolgens voor alle gerechten in Duitsland (zowel de Gerichten der Länder (§ 945a Abs. 2 S. 1 ZPO) als de speciale arbeidsgerechten (§§ 62 Abs. 2 S. 3, 85 Abs. 2 S. 3 Arbeitsgerichtsgesetz); oftewel *bundesweit*.¹⁶⁷ Deze mogelijkheid tot het indienen van een *Schutzschrift*, enigszins vergelijkbaar met het grijs maken van beslag in Nederland, bestond daarvoor ook, zij het zonder digitale registratie en werking voor alle gerechten. In het *Schutzschrift* verweert de aspirant-beslagene zich op voorhand tegen de mogelijkheid van een *Arrest* en brengt dat verweer ter kennisname van de rechter, die op een ingediend verzoek om een *Arrest* zal gaan oordelen. De registratie vervalt automatisch na zes maanden en kan ook eerder door de aspirant-beslagene worden ingetrokken.

7.3.4 Voorwaarden voor het Arrest

Een essentieel verschil met het Nederlandse recht is dat bij een Duits bewarend beslag de beslaglegger het verzoek om *Arrest* uitgebreid moet motiveren. Deze beoordeling valt in twee delen uiteen.

7.3.4.1 Arrestgrond

Allereerst formuleert § 917 lid 1 ZPO het benodigde gevaar voor *Vereitelung* van de betrokken goederen van de beslagene:

‘Der dingliche Arrest findet statt, wenn es zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.’

De beoordelingsmaatstaf van deze *Vereitelung* is objectief: het gaat om de zakelijke ‘*Maßstab eines ruhigen verständigen und gewissenhaft prüfenden Menschen*’¹⁶⁸ en dus niet

166. Door invoering van § 945a ZPO: ‘(1) Die Landesjustizverwaltung Hessen führt für die Länder ein zentrales, länderübergreifendes elektronisches Register für Schutzschriften (Schutzschriftenregister). Schutzschriften sind vorbeugende Verteidigungsschriftsätze gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung. (2) Eine Schutzschrift gilt als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder eingereicht, sobald sie in das Schutzschriftenregister eingestellt ist. Schutzschriften sind sechs Monate nach ihrer Einstellung zu löschen. (3) Die Gerichte erhalten Zugriff auf das Register über ein automatisiertes Abrufverfahren. Die Verwendung der Daten ist auf das für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben Erforderliche zu beschränken. Abrufvorgänge sind zu protokollieren.’

167. Via <https://www.zssr.justiz.de/> Een handleiding voor het opstellen en indienen van het Schutzschrift is beschikbaar via https://schutzschriftenregister.hessen.de/sites/schutzschriftenregister.hessen.de/files/handbuch_zssr_of.pdf.

168. Aldus het Bundesfinanzhof (gerecht in hoogste instantie voor fiscale procedures) in 1978, BFH BB 78/1203, aangehaald door Hartmann 2015, p. 2596. Ook de andere geraadpleegde literatuur duidt enkel met deze verkorte aanduiding, zonder exacte datum, het betreffende arrest aan. In deze zin ook OLG Bremen 7 mei 2015, NJOZ 2015/1953, zie Enders & Börstinghaus 2016, p. 214.

om de subjectieve beoordeling van het gedrag van de debiteur door de verzoeker. Er dient een objectieve *Arrestgrund* te zijn.

Uiteraard is dit een bij uitstek feitelijke beoordeling, afhankelijk van de omstandigheden van het geval,¹⁶⁹ maar uit de casuïstiek doemt wel als algemeen beeld op dat het substantiëren van de *Arrestgrund* geen eenvoudige opgave is. Zo levert de enkele verhuizing naar het buitenland wanneer er ook nog substantiële vermogensbestanddelen in Duitsland overblijven, waaronder onroerend goed waarvoor geen verkoopplannen aanwezig zijn, geen *Arrestgrund* op.¹⁷⁰ Ook is, in algemene zin, een slechte financiële situatie op zichzelf onvoldoende.¹⁷¹ Enkele dreiging met verhaal door andere schuldeisers levert evenmin een *Arrestgrund* op. Reden daarvoor is dat de schuldeiser door het *Arrest* niet in een betere positie kan worden gebracht dan bij een onmiddellijke *Zwangvollstreckung* het geval zou zijn.¹⁷²

Valide onderbouwing van de *Arrestgrund* werd bijvoorbeeld in de volgende situaties aangenomen:

- de gedragingen van de debiteur jegens de verzoeker kwalificeren als het strafrechtelijk bedriegen van de verzoeker; daaruit volgt dat aannemelijk is dat de debiteur ook civielrechtelijk vergelijkbare handelingen zal gaan verrichten,¹⁷³
- voorgenomen schenking van het volledige vermogen aan de Hare Krishna-beweging;¹⁷⁴
- natuurverschijnselen met grote schade voor de debiteur tot gevolg,¹⁷⁵
- ‘lichtvaardig’ leiden van de onderneming, spilzucht en voorgenomen verkoop van (laatste) vermogensbestanddelen.¹⁷⁶

§ 917 ZPO noemt de vereisten voor de *Arrestgrund*, maar ook als hieraan wordt voldaan kan en mag de rechter tot de beslissing komen dat alles overwegende de *Arrestgrund* toch ontbreekt. De rechter kan tot een dergelijk oordeel komen op basis van een (algemene) belangenafweging, maar is niet gehouden om bij alle verzoeken om *Arrest* een dergelijke belangenafweging te maken.¹⁷⁷

169. Vergelijk ook Baglietto Bergmann 2007, p. 288 en 296. Geheel anders ligt dit wanneer de schuldeiser zonder het *Arrest* het uiteindelijke vonnis in het buitenland dient te executeren; dan is er sprake van een onweerlegbaar vermoeden dat tot een *Arrestgrund* leidt, vergelijk § 917 lid 2 ZPO, zie ook Brox & Walker 2008, p. 682.

170. OLG Stuttgart, 5 januari 1996, NJW-RR 1996, 775. Dat neemt niet weg dat verhuizing naar het buitenland in zijn algemeenheid wel tot een *Arrestgrund* kan leiden, zie Hartmann 2015, p. 2596.

171. Musielak/Voit/Huber, 15 Aufl. 2018, ZPO § 917, Rn. 3 en 4, BGH 1 maart 2007, NJW 2007, 2485.

172. BGH 1 maart 2007, NJW 2007, 2485.

173. OLG München 13 oktober 2016, WM 2017/644. Echter, wanneer een schuldenaar (ook in strafrechtelijke zin) chicaneert met het vermogen van de schuldeiser levert dat niet automatisch een *Arrestgrund* op, nu het er juist om gaat hoe de schuldenaar met zijn eigen vermogen omgaat. Zie Brox & Walker 2008, p. 681 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie van verschillende Landgerichten.

174. OLG München 13 januari 1981, NJW 1983, 2577 en Hartmann 2015, p. 2596.

175. Hieruit volgt dat de *Arrestgrund* niet noodzakelijkerwijs dient te worden afgeleid uit eigen handelen van de debiteur. Vergelijk Brox & Walker 2008, p. 9 en Zöller/Vollkommer 2012, ZPO § 917, Rn. 7.

176. Hartmann 2015, p. 2596-2597.

177. Brox & Walker 2008, p. 681.

7.3.4.2 *Arrestgesuch*

Het tweede gedeelte van de beoordeling van de rechter bestaat uit de vereisten die § 920 ZPO stelt aan de vordering die aan het verzoek om *Arrest* ten grondslag ligt. Deze noemt men tezamen het *Arrestgesuch*.

Een vordering die nog niet opeisbaar is, volstaat voor het *Arrestgesuch*, nu deze bestaat en enkel door tijdsverloop daadwerkelijk geldend kan worden gemaakt.¹⁷⁸ Hetzelfde geldt voor een voorwaardelijke vordering, ook als het gaat om een vordering met een ontbindende voorwaarde (*auflösend bedingter Anspruch*). Bij een vordering die opgeschort is, hangt het van de feitelijke situatie af of deze als *Arrestgesuch* kwalificeert, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen.¹⁷⁹

In beginsel kan voor een toekomstige vordering geen *Arrest* worden gelegd.¹⁸⁰ Hierop bestaan in de praktijk wel enkele belangrijke uitzonderingen,¹⁸¹ zoals, analoog aan de Nederlandse benadering, toekomstige alimentatietermijnen.¹⁸² Ook toekomstige vergoedingen voor proceskosten vallen onder deze uitzonderingen. Hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat deze kosten zeer aanzienlijk kunnen zijn, doordat het Duitse stelsel min of meer uitgaat van integrale vergoeding van proces- en advocaatkosten, volgens een tabel waardoor de winnaar van een procedure (vrijwel) geheel de door hemzelf gemaakte kosten vergoed krijgt.¹⁸³

7.3.5 Procedure

7.3.5.1 *Relatieve bevoegdheid*

Voor het verkrijgen van een *Arrest* kunnen twee routes worden bewandeld. De beslaglegger kan kiezen tussen de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van de procedure in de hoofdzaak en die van het arrondissement waar het goed waarop de voorziening ziet gelegen is, zo volgt uit § 919 ZPO. Behoudens enkele weinig relevante uitzonderingen behoudt vervolgens het gerecht dat over het *Arrest* heeft geoordeeld (exclusief) de bevoegdheid voor alle gedingen die uit het verlenen van het *Arrest* voortvloeien, zoals de *Widerspruch*.¹⁸⁴ Zie hierna paragraaf 7.3.6.2.

7.3.5.2 *Inhoud verzoek*

Het verzoek om het *Arrest* (*Arrestgesuch*) dient in grote lijnen dezelfde gegevens te bevatten als naar Nederlands recht het geval is. De verzoeker moet een omschrijving van zijn vordering opnemen en een schatting van de hoogte daarvan. Die schatting is onder meer van belang vanwege de eis dat, in het uiteindelijke *Arrestbefehl* dat de deurwaarder betekent, een bedrag moet worden vermeld waarvoor de beslagene

178. Hartmann 2015, p. 2594.

179. Hartmann 2015, p. 2594.

180. Musielak/Voit/Huber 2018, 15. Aufl. 2018, ZPO § 916, Rn. 7.

181. MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO § 916, Rn. 12f.

182. Hartmann 2015, p. 2594. In de praktijk kan dat zelfs voor tien jaar vooruit worden gedaan.

183. De Deutsche Anwaltverein heeft het model om deze kosten te berekenen op haar website geplaatst: <https://anwaltverein.de/de/service/prozesskostenrechner>.

184. Hartmann 2015, p. 2600 en Musielak/Voit/Huber 2018, 15. Aufl. 2018, ZPO § 919, Rn. 4.

zekerheid kan stellen en zich aldus van het Arrest kan bevrijden.¹⁸⁵ Verder dient de verzoeker de *Glaubhaftmachung*¹⁸⁶ op te nemen, met andere woorden een geloofwaardige omschrijving van de gronden van zijn vordering en het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex uiteen te zetten.¹⁸⁷ Uiteraard dienen ook de gegevens van de verzoeker en de debiteur te worden vermeld. Ook dient het verzoek eventuele verweren van de aspirant-beslagene te bevatten tegen de vordering waarvoor het Arrest wordt verzocht en aan te geven waarom deze verweren niet zouden opgaan.¹⁸⁸

Feitelijk is dus de enige, doch belangrijke, toevoeging aan de Nederlandse vereisten aan het verzoekschrift dat de *Arrestgrund* moet worden aangevoerd en gesubstantieerd.¹⁸⁹ Voor het overige zijn de vereisten min of meer vergelijkbaar. Ook in het Duitse recht bestaat ruimte voor een algemene belangenafweging, afhankelijk van de mate waarin het verzochte Arrest de schuldenaar belast.¹⁹⁰

7.3.5.3 *Ex parte?*

De rechter bepaalt ambtshalve, gebruikmakend van zijn discretionaire bevoegdheid, of naar aanleiding van het verzoek om Arrest een mondelinge behandeling in aanwezigheid van beide partijen plaatsvindt, of dat het Arrest door hem *ex parte* zal worden beoordeeld. Hierbij zal door de rechter ook de afweging worden gemaakt of de eventuele vertraging die door de mondelinge behandeling ontstaat, en het verdwijnen van het verrassingseffect geen afbreuk doen aan het doel dat de verzoeker met het Arrest beoogt.¹⁹¹ In tegenstelling tot de Nederlandse praktijk is dus de *ex-parte-procedure* geen algemeen uitgangspunt, maar veeleer een mogelijke uitkomst van een (eerste) beoordeling door de rechter van de feiten en omstandigheden van het verzoek. Het horen van de wederpartij is het vertrekpunt. Dat is een wezenlijk verschil met het *ex-parte*-karakter van (vrijwel alle categorieën van) conservatoire beslagen in Nederland.¹⁹² Er zijn in de Duitse rechtsgeschiedenis perioden geweest dat dit uitgangspunt wat begon te verflauwen. Dat leidt dan steevast tot kritiek en herbezinning, omdat er veel waarde wordt gehecht aan het horen van de aspirant-beslagene.¹⁹³ Mocht de rechter beslissen tot een hoorzitting, dan stelt hij daarvan

185. § 923 ZPO, de zogenoemde Abwendungsbefugnis: 'In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.'

186. Zie § 920 lid 2 ZPO.

187. Hartmann 2015, p. 2602.

188. Westerhof 2013, p. 21.

189. Een vergelijking met de 'vrees voor verduistering' gaat mank, niet alleen omdat deze in Nederland slechts voor een beperkt aantal specifieke goederen is vereist, maar ook omdat de vereisten niet vergelijkbaar zijn.

190. Vergelijk Baglietto Bergmann 2007, p. 303 en 305, onder vermelding van verdere literatuur.

191. Zie ook Westerhof 2013, p. 21.

192. Zoals Baglietto Bergmann 2007, p. 317 het formuleert: 'Nach ganz herrschender wie überzeugender Meinung ist aber diese Befugnis verfassungskonform zum Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs auszulegen, so daß nur in begründeten Fällen, d.h. bei entsprechender Dringlichkeit, von der mündlichen Verhandlung abgesehen werden kann.' Zie ook Zöllner/Volkommer 2012, ZPO § 921, Rn. 1: Nur bei Gefährdung des Zwecks des Arrestverfahrens.

193. Vergelijk Greger 2009, p. 20 en het door hem aangehaalde Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, 1977, nr. 78. In het jaar 2006 werd in 62% van Arrest- und Verfügungsverfahren door de Amtsgerichten de gerequesteerde gehoord, voor de Landesgerichten was dit 57,2%.

eerst alleen de verzoeker in kennis. Deze is dan in de gelegenheid om eventueel zijn verzoek in te trekken.¹⁹⁴ Vindt er geen hoorzitting plaats, dan is de beslissing om het *Arrest* al dan niet toe te staan een rechterlijk besluit (*Beschlussverfahren*). De rechter neemt zijn besluit op basis van de stukken; eventueel kan hij om nadere schriftelijke inlichtingen vragen. Motivering van het besluit is dan niet nodig, behalve wanneer het verzoek om *Arrest* wordt afgewezen.¹⁹⁵ Het besluit wordt enkel aan de verzoeker ter hand gesteld; deze kan vervolgens beslissen of hij er al dan niet gebruik van maakt, door uitreiking ervan aan de schuldenaar.¹⁹⁶ Als wel een zitting plaats heeft gevonden beslist de rechter in de vorm van een rechterlijk vonnis (*Endurteil*) en wordt dit oordeel via het gerecht zelf aan de schuldenaar uitgereikt. Zowel het *Beschlussverfahren* als het *Endurteil* vormt het *Arrestbefehls*. Dit bevat grotendeels dezelfde elementen als de Nederlandse beslissing van de voorzieningenrechter waarin verlov tot het leggen van conservatoir beslag wordt verleend.

7.3.5.4 Geen termijn voor het indienen van de eis in de hoofdzaak

Een andere afwijking ten opzichte van de Nederlandse rechtspraak is het feit dat de rechter geen termijn voor het indienen van de eis in de hoofdzaak bepaalt, mocht deze hoofdzaak nog niet vóór het gevraagde *Arrest* aanhangig zijn gemaakt. Dat kan voor de beslagene tot de situatie leiden dat hij het *Arrest* heeft te dulden en tegelijkertijd geen duidelijk perspectief heeft wanneer de procedure waarin over de vordering waarvoor het beslag is gelegd, aanhangig wordt gemaakt. De beslagene kan deze impasse doorbreken door de rechter die het *Arrest* heeft toegestaan te verzoeken een termijn te stellen (*Frist zur Klageerhebung*). Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs in de *Widerspruch*-procedure (zie hierna par. 7.3.6.2) maar kan ook als (eenvoudig) zelfstandig verzoek worden gedaan, zo bepaalt § 926 lid 1 ZPO.

7.3.5.5 Vervaltermijn

Een ander verschil met de Nederlandse praktijk is dat het verlov van de rechter een beperkte geldigheid heeft. § 929 lid 2 ZPO stelt deze vervaltermijn op een maand:

‘(2) Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist.’

Voor het daadwerkelijk geldend maken van het *Arrest* (het leggen van het bewarende beslag) is betekening van het toewijzende vonnis door een deurwaarder (*Vollziehungsbeamter*) vereist.

194. De Antragsrückname, zie Hartmann 2015, p. 2603.

195. Brox & Walker 2008, p. 691.

196. Deze betekening dient uiterlijk een week na het ‘leggen’ van het *Arrest* plaats te vinden, § 929 lid 3 sub 1 ZPO.

7.3.5.6 Waarheidsplicht en materiële beoordeling

Het Duitse recht kent al veel langer dan het Nederlandse¹⁹⁷ de wettelijke verplichting dat procespartijen de feiten moeten aandragen die voor de beoordeling van de zaak noodzakelijk zijn. Deze verplichting wordt aangeduid als ‘*Beibringungsgrundsatz*’.¹⁹⁸ Partijen hebben een ‘*vollständige Pflicht zur Wahrhaftigkeit*’, die een ‘*Mitwirkungs und Förderungspflicht*’ impliceert.¹⁹⁹

Het Duitse recht kent een specifiek stelsel voor de waardering van en eisen aan het bewijs dat partijen naar voren brengen. Aflopend van de hoogste naar de laagste graad zijn dit de ‘*naturwissenschaftlicher Sicherheit*’, ‘*höchster Wahrscheinlichkeit*’, ‘*hoher Wahrscheinlichkeit*’ en ‘*überwiegender Wahrscheinlichkeit*’. In het procesrecht is de *hoher Wahrscheinlichkeit* het algemene uitgangspunt.²⁰⁰ Daarop gelden uitzonderingen, zoals – relevant voor dit onderzoek – voor de maatstaf bij de begroting van schade (de *Schadensschätzung*).²⁰¹ Daarbij is de norm gesteld op de ‘*überwiegender Wahrscheinlichkeit*’. Die laatste maatstaf geldt ook voor de beoordelingstoets voor hetgeen de verzoeker van het *Arrest* aandraagt.²⁰² § 920 lid 2 ZPO bepaalt dat de feiten waarop de *Arrestanspruch* en *Arrestgrund* zijn gebaseerd, *glaubhaft* moeten worden gemaakt, de zogenoemde *Glaubhaftmachung*.

7.3.5.7 Zekerheid

De rechter kan, analoog aan artikel 701 Rv, bepalen dat de verzoeker zekerheid dient te stellen voor mogelijk door de beslagene te lijden schade, de *Sicherheitsleistung*. Dit volgt uit § 921 ZPO:

‘Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der *Arrestgrund* nicht glaubhaft gemacht ist, denn Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der *Arrestgrund* glaubhaft gemacht sind.’

Interessant is dat de rechter bij twijfel over de *Anspruch* of de *Arrestgrund* kan kiezen voor toewijzing van het verzoek in plaats van een afwijzing ervan, zij het onder

197. Eerst in 2002 is de inlichtingenplicht in art. 21 Rv vastgelegd, evenals de substantiërings- en bewijsaandraagplicht in art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv. In het arrest HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, NJ 2012/627, m.nt. H.J. Snijders maakte de Hoge Raad een einde aan het debat of art. 21 Rv wel van toepassing was in procedures die met een verzoekschrift werden ingeleid. Tevens werd eerst in dat arrest uitdrukkelijk bepaald dat de rechter art. 21 Rv ambtshalve kan toepassen. Zie verder ook par. 6.2.3.

198. Ook wel aangeduid als *Verhandlungsgrundsatz*. Deze verplichting is opgenomen in § 282 ZPO.

199. Jongbloed 2003, p. 412.

200. § 286 ZPO: ‘(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.’

201. § 287 ZPO.

202. Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 920, Rn. 9. Zie ook in: MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO § 920, Rn. 12: ‘geringer Überzeugungswert (...) genügt (...) hinreichende Aussicht auf Erfolg’. Vergelijk ook Brox & Walker 2008, p. 688-689.

bepaling dat tevoren zekerheid dient te worden gesteld. De rechter kan dus het *Arrest* toestaan zonder *Glaubhaftmachung* wanneer de belangen van de schuldenaar door de zekerheidstelling voldoende zijn beschermd.²⁰³ Dat laat onverlet dat, wanneer de rechter tot het oordeel komt dat zowel *Anspruch* als *Arrestgrund* wél voldoende is gesubstantieerd, hij de verzoeker ook dan tot het stellen van zekerheid kan verplichten. Mocht de rechter besluiten tot het opleggen van deze verplichting, dan wordt de aspirant-beslagene daarvan geen mededeling gedaan, om de verzoeker in de gelegenheid te stellen zich tegen deze voorwaarde te verweren.²⁰⁴

7.3.6 Rechtsmiddelen schuldenaar

7.3.6.1 *Berufung*

Wanneer de rechter na een mondelinge behandeling door middel van een *Endurteil* over het verzoek om *Arrest* heeft beslist, kan de schuldenaar hiertegen in beroep gaan. Gelet op het spoedeisende karakter van de procedure is cassatie (*Revision*) echter uitgesloten.

7.3.6.2 *Widerspruch*

§ 924 ZPO bepaalt dat de beslagene na een *Arrestbeschluss* tegen het *Arrest* kan opkomen via *Widerspruch*. Dit is in het Duitse rechtssysteem geen rechtsmiddel, maar dient te worden beschouwd als het alsnog betrekken van de gezichtspunten van de schuldenaar bij de beoordeling van het verzoek om *Arrest*,²⁰⁵ reden waarom per definitie een mondelinge behandeling plaatsvindt. Omdat het geen rechtsmiddel is, bestaat er ook geen termijn waarbinnen de *Widerspruch* moet worden geënta-meerd.²⁰⁶ *Widerspruch* schorst de werking van het *Arrest* niet (§ 924 lid 3 ZPO):

‘Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt.’

Het spreekt voor zich dat dit in spoedeisende situaties nadelig voor de beslagene kan uitpakken. Daarom is in § 924 lid 3 ZPO aan het slot opgenomen dat het gerecht een onmiddellijke voorziening kan treffen:

‘Das Gericht kann aber eine einstweilige Anordnung nach § 707 treffen; § 707 Abs.1 Satz 2 ist nicht anzuwenden.’

203. Brox & Walker 2008, p. 690.

204. § 922 lid 3 ZPO. Hetzelfde geldt uiteraard ook als het verzoek wordt afgewezen zonder dat de aspirant-beslagene is gehoord.

205. Vergelijk Brox & Walker 2008, p. 694. Daarmee is deze rechtsfiguur vergelijkbaar met het in de Nederlandse rechtspraktijk gevormde ‘voorlopig beslag’, zie verder par. 4.4.11.

206. Wel kan er door tijdsverloop en handelingen van de schuldenaar sprake zijn van rechtsverwerking, zie Brox & Walker 2008, p. 695 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

7.3.6.3 *Aufhebungsverfahren*

Wanneer de schuldenaar zich tegen het voortduren van het *Arrest* wenst te verzetten kan hij om opheffing (*Aufhebung*) verzoeken. In de eerste plaats kan de schuldenaar opheffing wegens gewijzigde omstandigheden eisen. Dit volgt uit § 927 ZPO dat de *Aufhebung wegen veränderte Umstände* beschrijft. De gronden voor opheffing wegens gewijzigde omstandigheden zijn niet-limitatief omschreven; vermeldenswaard is wel dat opheffing plaatsvindt

‘(...) insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens zur Sicherheitsleistung (...)’

De gewijzigde omstandigheden (die volgens de schuldenaar resulteren in het wegvallen van de *Arrestanspruch* en/of de *Arrestgrund*) moeten in beginsel van ná het verlenen van de bevoegdheid tot *Arrest* dateren. Het is omstreden of de beslagene in het kader van de opheffing ook de beslissing van de rechter als zodanig kan aantasten. Dit lijkt in elk geval mogelijk als de schuldenaar eerst later kennis heeft gekregen van een relevante omstandigheid die tijdens de beoordeling van het *Arrest* bestond en hem niet kan worden nagedragen dat hij deze niet, in het kader van *Widerspruch* of *Berufung*, naar voren heeft gebracht.²⁰⁷

In de tweede plaats kan om opheffing worden verzocht wanneer de schuldeiser verzuimt binnen een door de schuldenaar ex § 926 lid 1 ZPO afgedwongen termijn de eis in de hoofdzaak in te stellen, zo bepaalt § 926 lid 2 ZPO.

Wanneer inmiddels de procedure in de hoofdzaak, de *Hauptsache*, aanhangig is gemaakt, is bij uitsluiting de rechter die over de hoofdzaak oordeelt bevoegd om over het opheffingsverzoek wegens gewijzigde omstandigheden te oordelen. Dit volgt uit § 927 lid 2 ZPO.

7.3.7 **Aansprakelijkheid na executie uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak, onrechtmatige executie, misbruik van beslagrecht**

7.3.7.1 *Aansprakelijkheid na ten onrechte tenuitvoerlegging vonnis of arrest*

In tegenstelling tot het Nederlandse recht kent het Duitse recht sinds 1898 onafgebroken een ongewijzigde wettelijke grondslag voor de aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken, die nog niet in kracht van gewijsde zijn gegaan en nadien worden opgeheven of gewijzigd.²⁰⁸ Deze grondslag volgt uit § 717 lid 1 en 2 ZPO:

‘(1) Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urteils, das die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung ergeht.

207. Hartmann 2015, p. 2619, Brox & Walker 2008, p. 697.

208. Zie voor een uitgebreide bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel Van Rossum 1990, p. 160-161.

(2) Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert, so ist der Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Der Beklagte kann den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen; wird der Anspruch geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen.’

In deze regel komt ‘der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, dass die Vollstreckung eines noch nicht endgültigen Vollstreckungstitels auf Gefahr des Gläubigers geschieht’.²⁰⁹ Uitgangspunt is dat de *Vollstreckungsgläubiger* aansprakelijk is voor de schade die door de *Vollstreckungsschuldner* wordt geleden en dat deze aansprakelijkheid *verschuldungsunabhängig* is. De executant wordt dus belast met een risicoaansprakelijkheid.²¹⁰ De oorzaak voor de opheffing of de verandering van het eerdere rechterlijke oordeel doet er niet toe.²¹¹ Dit neemt overigens niet weg dat er, wanneer uit het definitieve oordeel blijkt dat de voorlopige titel op het moment van de tenuitvoerlegging materieel wel aanwezig was – en enkel vanwege een nadien ontstane ontwikkeling opgeheven is –, geen grond voor aansprakelijkheid op de voet van § 717 ZPO bestaat.²¹²

7.3.7.2 Dreiging met executie, vordering deels afgewezen

Evenals naar Nederlands recht²¹³ is de schuldeiser eveneens aansprakelijk wanneer hij niet daadwerkelijk executeert doch wel dreigt met executie, onder welke dreiging de schuldenaar tot nakoming van het voorlopige vonnis overgaat. Voor deze aansprakelijkheid is het enkele feit dat de voorlopige titel beschikbaar is en ten uitvoer kan worden gelegd niet voldoende. Hiervoor is noodzakelijk dat de executant door betekening van de titel aan de schuldenaar duidelijk maakt dat hij tot executie over zal gaan wanneer er niet spoedig vrijwillig aan het vonnis wordt voldaan.²¹⁴ De schuldenaar dient dus, wil er sprake zijn van aansprakelijkheid, aantoonbaar gebogen zijn voor druk van de executant.²¹⁵

Vermeldenswaard is nog dat wanneer de vordering van de executant in hoger beroep *deels* wordt afgewezen, dit – in tegenstelling tot de situatie in Nederland²¹⁶ – niet leidt tot een verschuiving in de beoordelingsgrondslag en maatstaf. *Teilweiser Aufhebung* (of *Abänderung*) heeft enkel consequenties voor de *omvang van de schade*. Alsdan

209. Pfeil 2004, p. 8. Zie ook Hartmann 2015, p. 2070.

210. ‘Der Anspruch ist ein Ersatzanspruch aus einem übernommenen Risiko’, Hartmann 2015, § 717, Rn. 4, p. 2071.

211. Stein/Jonas/Münzberg 2002, § 717 ZPO, Rn. 12 en Hartmann 2015, p. 2070.

212. Musielak/Voit/Lackmann, 15. Aufl. 2018, ZPO § 717, Rn. 10 en Pfeil 2004, p. 9.

213. Zie par. 3.12.1.

214. Eenzelfde benadering als in het Nederlandse recht via HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189 (*Duck/Hager*).

215. Vergelijk Musielak/Voit/Lackmann, 15 Aufl. 2018, ZPO § 717, Rn 9. Zie ook BGH 10 juli 2014, NJW-RR 2015, 54 (*Nero*), hierna besproken in par. 7.3.11.1.

216. Dit beoordelingskader verschuift van de ‘risicoaansprakelijkheid’ uit onrechtmatige daad naar misbruik van recht. Zie verder par. 3.3.

komt slechts de schade voor vergoeding in aanmerking die door de tenuitvoerlegging van het opgeheven of veranderende gedeelte van de oorspronkelijke uitspraak is geleden.²¹⁷

7.3.8 Schadevergoeding na Arrest, de wettelijke basis in § 945 ZPO

7.3.8.1 Algemeen

Mede omdat de *Arrest*-procedure een summier karakter heeft, moet de schuldeiser er rekening mee houden dat het *Arrestbefehl* uiteindelijk niet standhoudt. In § 945 ZPO is bepaald dat de schuldeiser in een dergelijk geval de door de schuldenaar geleden schade dient te vergoeden. Dit artikel vertoont grote gelijkenis met § 717 lid 2 ZPO, dat de aansprakelijkheid na tenuitvoerlegging van nadien vernietigde of gewijzigde uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraken vastlegt, zie hiervoor paragraaf 7.3.7.1. Ook § 945 ZPO dateert uit 1898 en is sindsdien onveranderd gebleven.²¹⁸ Het luidt als volgt:

‘Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.’

7.3.8.2 Aard van de aansprakelijkheid

De aard van de aansprakelijkheidsnorm in dit artikel komt op het eerste gezicht sterk overeen met de in het Nederlandse recht in de jurisprudentie gevormde norm.²¹⁹ Het gaat om een ‘risicoaansprakelijkheid’, die van enige schuld van de schuldeiser die een *Arrest* heeft doen leggen (of een *einstweilige Verfügung* heeft verkregen (en betekend)), lijkt te zijn geabstraheerd. In Duitsland wordt, ook na meer dan honderd jaar sinds de invoering van het artikel, nog steeds gedebatteerd over de exacte dogmatische inkadering van deze aansprakelijkheid. Ook de rechtspraak is niet altijd eenduidig geweest over het karakter van de vordering die op basis van dit artikel kan worden ingesteld. In een uitspraak uit 1882, dus nog vóór de introductie van § 945 ZPO in 1898, overwoog het toenmalige Reichsgericht²²⁰ reeds dat een beslaglegger onrechtmatig handelt, wanneer achteraf blijkt dat het beslag niet gerechtvaardigd was.²²¹ De vraag of daarbij (ook) schuld aan de zijde van de beslaglegger een noodzakelijk vereiste was, bleef echter onbesproken. Nog steeds vóór

217. MüKoZPO/Götz, 5. Aufl. 2016, ZPO § 717, Rn. 8 en 14.

218. Het is tegelijkertijd met § 717 ZPO bij novelle van 1898 ingevoerd, zie verder Van Rossum 1990, p. 200. Enkel de nummering is in de loop der tijd aangepast.

219. Zie HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*) en par. 3.2.3.

220. Het Reichsgericht hield in 1945 op te bestaan. Na enkele tussenjaren werd in 1950 het Bundesgerichtshof opgericht dat tot op de dag van vandaag deze functie vervult.

221. Reichsgericht 20 september 1882, RGZ 7/374.

invoering van § 945 ZPO, namelijk in 1890,²²² overwoog het Reichsgericht in een vergelijkbare zaak:

‘Denn derjenige, welcher eine an sich erlaubte Handlung, die einen schadenbringenden Erfolg für einen Anderen hat, vornimmt, ist zum Erlasse des Schadens nur dan verpflichtet, wenn ihn bei Ausübung des Rechtes ein Verschulden trifft. Wird aber aus Antrag des Glaubigers vom Gerichte angeordnete Arrest auf Widerspruch des Schuldners als nicht gerechtfertigt aufgehoben, oder wird die Forderung des Glaubigers, zu deren Sicherung der Arrest verlangt worden ist, im Hauptverfahren als unbegründet abgewiesen, so stellt sich die Handlung des Arrestklagers zwar als eine objectiv rechtswidrige dar.’

Een paar overwegingen springen eruit en hebben niets aan actuele betekenis voor het dogmatische debat over het karakter van de vordering na (rechterlijk gesanctioneerde) bewarende maatregelen verloren. Het gaat daarbij onder meer om de ‘an sich erlaubte Handlung’.²²³

Van Rossum heeft uitgebreid de ambivalente inkadering van de grondslag en de kenmerken van de aansprakelijkheid door de hoogste Duitse rechtscolleges in de loop der tijd besproken.²²⁴ Na introductie van de aansprakelijkheid na *Arrest* in 1898 overwoog het Reichsgericht dat de beslaglegger schadeplichtig is, zonder dat er sprake is van schuld. Tegelijkertijd is het niet duidelijk of daarmee ook het onrechtmatigheidsvereiste werd losgelaten. In zijn uitspraak van 6 juni 1904 overwoog het Reichsgericht:

‘Die Vorschrift des § 945 ZPO beruht, gemeinsam mit den Bestimmungen in § 717 Abs.2 (...) auf dem Rechtsgedanken, das sein Glaubiger, welcher von der mit einem ausserordentlichen Rechtsbehelf-verknüpften Befugnis der sofortigen Vollstreckung Gebrauch macht, dies auf seine Gefahr tun musse, und dass er daher ohne Rücksicht auf sein Verschulden dem Gegner den durch solche Massregel verursachten Schaden im Falle der Aufhebung der vorläufigen Entscheidung zu ersetzen habe.’²²⁵

Deze overweging hinkt op twee gedachten. Zoals Van Rossum opmerkt, lijken de woorden ‘auf seine Gefahr’ te wijzen in de richting van een aansprakelijkheid waarbij het onrechtmatigheidsvereiste geen rol meer speelt.²²⁶ Het Reichsgericht ondergraaft deze gedachte echter, door kort nadien in het arrest te spreken van ‘einen rechtlosen Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners’. Hierna, in een uitspraak

222. Reichsgericht 17 oktober 1890, *RGZ* 26/204.

223. Van Rossum 1990, p. 170 leidt uit deze overweging af dat voor het Reichsgericht voor schadeplichtigheid schuld een vereiste is. Het lijkt er echter op dat wanneer het beslag wordt opgeheven of de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen, dat nu juist niet het geval is. Dat volgt uit de combinatie ‘aber’ en de daarop volgende frase ‘objectiv rechtswidrige’.

224. Van Rossum 1990, p. 170 t/m 175.

225. Reichsgericht 6 juni 1904, *RGZ* 58/236.

226. Van Rossum 1990, p. 171.

van 6 november 1923, besteedt het Reichsgericht geen enkele aandacht meer aan de onrechtmatigheid en overweegt ‘plain and simple’:

‘Dem § 945 ZPO hegt nun, wie auch dem § 302 Abs 4 und dem § 717 Abs 2 ZPO der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel auf Gefahr des Glaubigers erfolge.’²²⁷

In het door het Bundesgerichtshof in 1959 gewezen arrest waarin een fiscaal beslag (*Steuer-arrest*) centraal stond, verkreeg de belastingplichtige schadevergoeding waarbij het BGH het volgende overwoog:

‘Der Anspruch aus § 945 ZPO wird nach allgemeiner Auffassung als ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung angesprochen, und zwar, weil er kein Verschulden voraussetzt, als ein Fall der Gefährdungshaftung, also als ein Ersatzanspruch auf seiner Unerlaubten Handlung im weiteren Sinne.’²²⁸

Van Rossum merkt op dat uit de term ‘unerlaubte Handlung im weiteren Sinne’ niet kan worden afgeleid dat het Bundesgerichtshof van een onrechtmatige handeling uitgaat.²²⁹ Integendeel, mede door de term ‘Gefährdungshaftung’ lijkt er juist reden om aan te nemen dat het onrechtmatigheidsvereiste is komen te ontvallen.

Het Bundesgerichtshof zette in 1963 deze lijn voort na — opnieuw — een onterecht (ditmaal executoriaal) fiscaal beslag en overwoog:

‘Der gesetzgeberische Grund für die Ersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO ist der, dass der Glaubiger auf Grund eines nur vorläufigen Vollstreckungstitels und daher auf eigene Gefahr vollstreckt hat, nicht aber der, dass die Vollstreckung rechtswidrig sei.’²³⁰

Inmiddels is onbetwist dat schuld aan de zijde van de beslaglegger niet is vereist, waarmee het debat voor de praktijk min of meer irrelevant is geworden.²³¹ Buiten discussie staat verder dat de generieke regels uit het Duitse aansprakelijkheidsrecht, vastgelegd in §§ 249 en verder van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), van toepassing zijn. Daarmee komen alle in het burgerlijke recht neergelegde begrippen (causaliteit, toerekening, *hypothetische Kausalität*, eigen schuld, voordeelsverreke-

227. Reichsgericht 6 november 1923, RGZ 108/253, zie Van Rossum 1990, p. 172.

228. BGH 25 mei 1959, NJW 1959, 1272.

229. Van Rossum 1990, p. 173.

230. Overigens leidde dit in casu niet tot een schadevergoeding. Dit had niets met de algemene grondslag van § 945 ZPO van doen doch was een gevolg van een nuance die wel van toepassing is op § 945 ZPO (fiscaal beslag) maar niet op de executie van een aanslagbiljet. Zie verder Van Rossum 1990, p. 173.

231. Zoals Huber het formuleert: ‘Ob es sich dabei um eine Gefährdungshaftung, Haftung aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne, Risicohaftung oder privatrechtliche Aufopferung handelt, ist streitig, jedoch ohne praktische Bedeutung.’, Musielak/Voit/Huber, 15 Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 1. Vergelijk ook Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 2.

ning²³² enz.) bij het bepalen van aansprakelijkheid en omvang van de schade in beeld.²³³ Ten slotte – en met name deze constatering is voor het maken van een vergelijking relevant – beschouwt het Bundesgerichtshof de aansprakelijkheid als een zuivere risicoaansprakelijkheid. In tegenstelling tot het Nederlandse recht berust deze aansprakelijkheid niet op een onrechtmatige daad. Omdat de processuele bevoegdheid tot het leggen van *Arrest* een gegeven is, kan er naar Duits recht (later) geen sprake zijn van een onrechtmatige daad.²³⁴

7.3.8.3 Algemene vereisten

Voor de toepassing van § 945 ZPO is noodzakelijk dat er daadwerkelijk een *Arrestbefehl* aan de beslagene is betekend. Het is niet nodig dat de rechten van de schuldeiser op basis van het verleende verlot ook daadwerkelijk (geheel) zijn *uitgeoefend*.²³⁵ Wanneer een schuldenaar daarentegen vreest dat er een *Arrest* volgt en daarom tot betaling of het aangaan van een schikking overgaat, terwijl later blijkt dat hij in zijn recht stond, mist § 945 ZPO toepassing.²³⁶ Hetzelfde geldt wanneer de schuldenaar onder voorbehoud van zijn rechten tot verweer in de *Hauptsache* tot betaling ‘onder protest’ overgaat.²³⁷ Dat betekent niet dat de schuldenaar dan geen vordering toekomt (deze kan dan op de algemene civiele acties in het BGB worden gebaseerd), maar wel dat deze niet op de specifieke grondslag van § 945 ZPO kan worden gegrond.²³⁸ Wanneer vast komt te staan dat het *Arrest* achteraf bezien op basis van de toen voorliggende feiten niet door de rechter had moeten worden toegestaan, maar *nadien* wel zowel *Arrestanspruch* (door toewijzing van de vordering van de schuldeiser in de hoofdzaak) als *Arrestgrund* kan worden vastgesteld, sluit dit ook voor de schuldenaar de weg van § 945 ZPO af.

7.3.9 § 945 ZPO in verschillende scenario's

De uitwerking van § 945 ZPO in verschillende situaties is complex, mede gelet op de specifieke betekenis van de *Arrestgrund* en de *Arrestanspruch* bij de beoordeling van de aansprakelijkheid.

7.3.9.1 De vordering die ten grondslag ligt aan de *Arrestanspruch* wordt in de *Hauptsache* afgewezen

Het *Arrest* is van aanvang af onrechtmatig wanneer de *Arrestanspruch* ontbreekt. De beslissing over de materiële rechtsverhouding is hierbij beslissend. Maatgevend hierbij is de stand van zaken op het moment van de beslissing in het *Schadenersatz*-

232. Expliciet (voor een einstweilige Verfügung) toegestaan door het BGH, zie BGH 16 mei 1980, NJW 1980, 2187.

233. Vergelijk Zöllner/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 13 en de daarin aangehaalde §§ 249ff, 254 I, 254 II, 252 S2, 287 BGB. Zie ook Musielak/Voit/Huber, 15 Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn 8.

234. Vergelijk ook Van Rossum 1990, p. 175.

235. BGH 20 juli 2006, NJW 2006, 2767. Zie met name Rn. 14 van dit arrest: '(...) Ein nach § 945 ZPO ersatzfähiger Vollziehungsschaden kann bereits eintreten, wenn der Verfügungskläger mit der Vollziehung lediglich begonnen hat. (...)'

236. Vergelijk Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 6.

237. MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO § 945, Rn. 6.

238. Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 3.

prozess. Onzekerheden over de materiële rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar op het moment van de bewarende maatregel zijn irrelevant.²³⁹ De beslaglegger is belast met het bewijs van zijn stelling dat er op het moment van het verlenen van het verlof wel degelijk sprake was van een *Arrestanspruch*.²⁴⁰ Uiteraard is het voor de beslaglegger een lastige opgave de *Arrestanspruch* te bewijzen als zijn aanspraak in de hoofdzaak is afgewezen, maar in bepaalde gevallen is het mogelijk dat desalniettemin komt vast te staan dat de aanspraak op het moment van het verlenen van verlof voor Arrest wel bestond en eerst later is komen te vervallen, zelfs als dat met terugwerkende kracht geschiedt.²⁴¹ Andersom staat voor de beslagene nog steeds de weg van § 945 ZPO open als de *Anspruch* pas ná het Arrest is ontstaan. De rechter in de schadeprocedure is niet gebonden aan beslissingen in de Arrest-procedure, ook al hebben deze kracht van gewijsde. Dat wordt verklaard door de geheel eigen aard van de Arrest-procedure, in het bijzonder de snelle en summiere beoordeling en daarmee geringe *Richtigkeitsgarantie*.²⁴² Omdat de rechter die oordeelt over de schade niet aan de oordelen in de Arrest-procedure is gebonden, is het toegestaan dat in het debat of er al dan niet op het moment van het Arrest sprake was van een *Anspruch*, ook feiten en bewijsmiddelen naar voren worden gebracht die in de Arrest-procedure (inclusief eventuele *Widerspruch* of *Berufung*) nog niet aan de orde waren gekomen.²⁴³

Anders ligt dit voor de beslissingen in de *Hauptsache*. Als er een beslissing over de *Arrestanspruch* in de onherroepelijke uitspraak van de rechter in de *Hauptsache* ligt besloten, dan is de rechter daar in de schadeprocedure ex § 945 aan gebonden.²⁴⁴ Overigens is het niet vereist dat er daadwerkelijk inhoudelijk is gedebatteerd door partijen, ook een verstekvonnis (*Versäumnisurteil*) kan kwalificeren als een *Sachsurteil* waaraan de rechter in de schadevergoedingsprocedure is gebonden.²⁴⁵ Daarbij zijn de aard en de strekking van de rechterlijke beslissing die tussen partijen is gewezen bepalend. Wanneer kort daarna de in die procedure doorslaggevende rechtsvraag in een andere procedure door het Bundesverfassungsgericht anders wordt beantwoord, baat dit de schuldeiser niet.²⁴⁶

239. BGH 20 juli 2006, NJW 2006, 2767.

240. Dat moment is bepalend, dus niet het moment waarop het Arrest door de deurwaarder wordt betekend aan de debiteur, zie Zöller/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 8 en Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 2.

241. Zöller/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 8. Grunsky neemt het minderheidsstandpunt in dat in een dergelijk geval de rechtsgang van § 945 ZPO geheel is afgesloten omdat de schuldenaar dan gebruik had moeten maken van de mogelijkheid om opheffing te verzoeken ex § 927 ZPO, zie Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 17.

242. Zöller/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 9, Brox & Walker 2008, p. 712.

243. Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 17.

244. BGH 7 juni 1988, NJW 1988, 3268.

245. Zie Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 4.

246. Brox & Walker 2008, p. 712 onder vermelding van relevante jurisprudentie. Omgekeerd is het feit dat ná het Arrest maar voor een (eventuele) onherroepelijke uitspraak in de *Hauptsache* het Bundesverfassungsgericht een voor toewijzing van het verzoek om Arrest essentiële wetsbepaling terzijde stelt, voldoende om direct op de voet van § 945 ZPO schadevergoeding te vorderen. Vergelijk Brox & Walker 2008, p. 715.

7.3.9.2 Ontbreken materiële beoordeling vordering beslaglegger

Bij de nadere precisering van de betekenis van de beslissing in de *Hauptsache* heeft het Duitse recht een antwoord gegeven op een belangrijke vraag in dit onderzoek, die naar Nederlands recht nog open ligt.²⁴⁷ Deze vraag is of het voor de (risico) aansprakelijkheid van de beslaglegger voldoende is dat de vordering waarvoor beslag is gelegd in algemene zin is 'gestrand', ongeacht de vraag of de rechter een materieel oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen heeft gegeven, of om *processuele redenen* de vordering is afgewezen of niet-ontvankelijk is verklaard. Het Duitse recht geeft hierop een duidelijk antwoord: voor de risicoaansprakelijkheid is noodzakelijk dat er een *Sachurteil*²⁴⁸ is gegeven, een *Prozessurteil* kwalificeert daarvoor niet.²⁴⁹ De beslissing moet deel uitmaken van de zogenoemde *Subsumtionschluss*, die zich het best laat vertalen als de conclusie die de rechter trekt op basis van de confrontatie van de vastgestelde feiten met het recht.

Ook wanneer er in het geheel geen uitspraak is gevolgd, bijvoorbeeld omdat er uiteindelijk een schikking is getroffen, is de rechter in het *Schadenersatzprozess* niet op enigerlei wijze gebonden, zoals ook de rechter in de hoofdzaak niet aan de uitkomst van de *Arrest*-procedure is gebonden.²⁵⁰

7.3.9.3 Wel een *Arrestanspruch* maar geen *Arrestgrund*

Wanneer de vordering van de schuldeiser in de hoofdzaak is toegewezen, kan de schuldenaar in de schadevergoedingsprocedure nog wel het debat over de *Arrestgrund* voeren. Over het al dan niet bestaan van die *Arrestgrund* ten tijde van het *Arrest* wordt in de hoofdzaak immers in de regel niet beslist.

Bij de vraag of de *Arrestgrund* al dan niet van aanvang af aanwezig is geweest, is de objectieve beoordeling op het moment van het *Arrest* beslissend; de vraag of de (gevreesde) benadeling door de (aspirant-)beslagene daadwerkelijk heeft plaatsgevonden speelt dus geen rol.²⁵¹ Evenmin is het feit dat het *Arrest* is opgeheven wegens gewijzigde omstandigheden van doorslaggevende betekenis. Los van het feit dat de rechter die zich over de schadevergoeding buigt niet aan de oordelen in de *Arrest*-procedure is gebonden, laat opheffing wegens § 927 ZPO nog steeds de mogelijkheid open dat op het moment van het toestaan van het *Arrest* de benodigde gronden daarvoor wél aanwezig waren.²⁵² De *Schadenersatzrichter* is in een dergelijke situatie vrij in zijn beoordeling of er sprake was van een *Arrestgrund* op het moment van het *Arrest*.

247. Zie par. 3.7 en met name Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls.

248. Zie Zöller/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 11.

249. Anders (voor het Nederlandse recht) Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls, zie verder par. 3.7.

250. Brox & Walker 2008, p. 712.

251. Reichsgericht 31 januari 1908, RGZ 067/365-372.

252. Vergelijk Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 17, p. 266.

Hoewel in deze situatie de vordering waarvoor *Arrest* is gelegd is toegewezen, kan er nog steeds sprake zijn van schade als gevolg van het feit dat de schuldenaar (onnodig) een *Arrest* heeft moeten dulden.²⁵³ In het debat over de schade en de toerekening daarvan zal voor deze categorie naar haar aard de vraag of er sprake is van eigen schuld (*mitwirkendes Verschulden*, zie hierna par. 7.3.10.3) van de beslagene een belangrijke rol spelen.

7.3.9.4 Termijn instellen eis in de hoofdzaak verlopen

Wanneer de beslaglegger geen hoofdzaak aanhangig maakt binnen de daartoe door de beslagene op de voet van § 926 lid 1 ZPO afgedwongen termijn, kan de beslagene op grond van § 926 lid 2 ZPO door een eenvoudig schriftelijk verzoek de opheffing van het *Arrest* bewerkstelligen. Dat levert een ander beoordelingskader op, geheel geabstraheerd van de materiële rechtsverhouding tussen partijen. De *Schadenersatzrichter* is aan deze beslissing tot opheffing gebonden, de beslaglegger is op deze enkele formele grond aansprakelijk.²⁵⁴ De beslagene moet dan wel uitdrukkelijk *de opheffing hebben verzocht*, het enkele verstrijken van de op zijn verzoek gestelde termijn is niet voldoende. Bij opheffing van het *Arrest* vanwege een andere grond (bijvoorbeeld vanwege veranderde omstandigheden ex § 927 lid 2 ZPO) kan de beslaglegger, zoals hiervoor uiteengezet, zich nog *wel* inhoudelijk verweren. Een verstandige beslagene zal goed nadenken over zijn procesactiek. Hij kan na een door hem afgedwongen opheffing ex § 927 lid 2 ZPO niet later aanvoeren dat opheffing ex § 926 lid 1 ZPO ook mogelijk zou zijn geweest. Hoezeer deze stelling feitelijk juist kan zijn, deze blijft rechtens zonder gevolgen.²⁵⁵

7.3.9.5 Het *Arrest* is ‘ongerechtvaardigd’ vanwege een formeel gebrek

Bij formele gebreken, bijvoorbeeld een veronachtzaming van relatieve onbevoegdheid of onjuiste toepassing van het internationale privaatrecht, kan de route van § 945 ZPO niet worden gevolgd.²⁵⁶ De ratio hiervan is dat de bescherming die de beslagene aan § 945 ZPO mag ontlenu (en de daarmee corresponderende risicoaansprakelijkheid voor de beslaglegger), zich naar Duits recht dient te beperken tot de materiële (proces)handelingen van de beslaglegger.²⁵⁷

7.3.10 Procedure en kenmerken vordering

De vordering tot schadevergoeding van de beslagene kan zowel door een separate procedure (*Klageverfügung*) als in de door de schuldeiser aangespannen hoofdzaak geldend worden gemaakt. In het laatste geval kan dat zowel via een vordering tot

253. Ook kan er sprake zijn van *bewußter Vortäuschung* van een *Arrestgrund* door de schuldeiser die (vrijwel) volledige vergoeding van de schade als gevolg van de *Vollstreckung* rechtvaardigt. Vergelijk Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 20, p. 267.

254. Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 2.

255. Zöllner/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 12.

256. MüKo/Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO § 945, Rn. 23.

257. Vergelijk ook hier par. 3.7 en 3.7.6 en Hof Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574, JOR 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls.

verrekening (*Aufrechnung*) als door het instellen van een reconventionele vordering (*Widerklage*).

7.3.10.1 Verjaring

De wijze waarop het Duitse recht omgaat met de verjaring van de vordering tot schadevergoeding van de beslagene is even genuanceerd als gecompliceerd. De algemene regel is dat de aanspraak tot schadevergoeding verjaart drie jaar na het jaareinde van het jaar waarin de gelaedeerde kennis heeft gekregen van de schade, dan wel de gelaedeerde deze kennis redelijkerwijze zonder al te veel inspanning had moeten hebben. Dit volgt uit de algemene regels van het Duitse vermogensrecht, in het bijzonder §§ 195 en 199 lid 1 BGB. Echter, op deze hoofdregel heeft de Duitse jurisprudentie voor de specifieke schadevergoeding op de voet van § 945 ZPO twee belangrijke uitzonderingen gevormd. De eerste uitzondering betreft de vordering na opheffing van het *Arrest*. De verjaringstermijn vangt dan pas aan op het moment dat de opheffing een feit is en de *Arrest*-procedure (dus niet de procedure in de hoofdzaak) definitief geëindigd is.²⁵⁸ De tweede uitzondering betreft de vordering tot schadevergoeding wanneer partijen in een *Hauptsache* over de *Arrestanspruch* procederen. Dan vangt de verjaringstermijn pas aan na onherroepelijke afwijzing van de vordering in de hoofdzaak (*rechtskräftiger Abweisung in der Hauptsache*).²⁵⁹ Voor die laatste regel geldt echter voor de praktijk weer een belangrijke uitzondering op de uitzondering. Wanneer namelijk in de hoofdzaak door de rechter een (deel)beslissing is genomen waaruit in hoge mate kan worden afgeleid dat het *Arrest* van aanvang af onrechtmatig was, vangt op dat moment, dus nog voor het daadwerkelijke definitieve einde van de hoofdzaak, de verjaringstermijn aan.²⁶⁰ De regels omtrent de verjaring van de vordering tot schadevergoeding verschillen daarmee wezenlijk van de in Nederland in de jurisprudentie tot op heden geformuleerde uitgangspunten.²⁶¹

7.3.10.2 Reikwijdte

De *Schadenersatzanspruch* komt enkel de beslagene toe. Dit betekent in de eerste plaats dat de beslaglegger § 945 ZPO niet kan inzetten in de omgekeerde situatie. Die situatie behelst dat het *Arrest* hem door de rechter – achteraf bezien ten onrechte – is ontzegd.²⁶² In de tweede plaats kunnen derden er geen gebruik van maken, wanneer zij – direct of indirect – schade door het *Arrest* mochten hebben geleden.²⁶³ Zij zijn dus op andere, algemene grondslagen uit het BGB aangewezen.

258. BGH 20 maart 1979, NJW 1980, 189.

259. Dit volgt onder meer uit het arrest BGH 19 november 1992, NJW 1993, 864, zie Zöllner/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 13. Vergelijk ook Brox & Walker 2008, p. 715.

260. BGH 15 mei 2003, NJW 2003, 2610. Zie in dit verband ook Brox & Walker 2008, p. 715: 'Jedoch kann im Einzelfall die Verjährungsfrist auch schon früher zu laufen beginnen, wenn etwa im Hauptprozess eine Beweisaufnahme bereits zu klären Verhältnissen geführt hat oder ein noch nicht rechtskräftiges Urteil in hohem Maße dafür spricht, dass die Eilanordnung vom Anfang ab nicht gerechtfertigt war.'

261. Zie par. 3.9.2.

262. Zöllner/Volkommer 2012, ZPO § 945, Rn. 5.

263. BGH 25 november 1993, NJW 1994, 1413. Vergelijk ook Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 11.

7.3.10.3 *Eigen schuld*

In het Duitse recht is eigen schuld (*mitwirkendes Verschulden*) geregeld in § 254 BGB:

‘(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.’

Ook het tweede lid van dit artikel is, binnen deze context, relevant:

‘(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.’

Hieruit volgt dat de benadeelde (beslagene) de verplichting heeft de dader (beslaglegger) te informeren over een ongewoon hoge schade die de laatste kende noch behoorde te kennen.²⁶⁴

Het feit dat *mitwirkendes Verschulden* in algemene zin een rol kan spelen bij het bepalen van de schadevergoedingsplicht van de beslaglegger is sinds lang vaste rechtspraak.²⁶⁵

In een arrest uit 1965 heeft het Bundesgerichtshof in dit verband twee principiële uitgangspunten geformuleerd.²⁶⁶ In de eerste plaats heeft het Hof hierin bepaald dat de eigen schuld ex § 254 BGB ook van toepassing is in situaties van risicoaansprakelijkheid. In de tweede plaats werd hierin uitgemaakt dat het *mitwirkendes Verschulden* zo'n grote rol bij het ontstaan van de schade kan hebben gespeeld, dat daarmee de schadevergoedingsplicht van de beslaglegger geheel kan komen te vervallen. Het Bundesgerichtshof formuleert dit aldus:

‘(...) Nach anerkannter Rechtsprechung kann sich der gemass § 945 ZPO in Anspruch genommene darauf berufen, dass der Arrestbeklagte durch sein schuldhaftes Verhalten dem Arrestklager zur Ausbringung des Arres-

264. Zie Keirse 2003, p. 133. Het Nederlandse recht kent geen vergelijkbare explicitering van deze verplichting in de wet. Dealnietemin neem ik deze, gelet ook op het karakter van de aansprakelijkheid van de beslaglegger en de verhoudingen tussen partijen, aan. Zie par. 5.2.9.9.

265. Vergelijk voor de schade na onterechte executie van een vonnis ex § 717 Abs 2 ZPO Reichsgericht 8 januari 1934, RGZ 143, 119. Zie ook BGH 9 mei 1978, NJW 1978, 2024. In de casus die aan dit arrest van het Bundesgerichtshof ten grondslag ligt, had een belastingplichtige de Duitse fiscus na mededeling van een belastingschuld laten weten ‘er werde eher alles kaputtschlagen, bevor das Finanzamt einen Pfennig bekomme’. De aanslag viel lager uit én dit werd als onvoldoende basis voor een Arrestgrund beschouwd omdat het Finanzgericht een dergelijke uitspraak niet zo serieus had dienen te nemen. Een schadevergoeding wegens gederfde winst ex § 945 stuitte echter af op eigen schuld. Zie Van Rossum 1990, p. 194.

266. BGH 1 december 1965, BB 66, 267, zie ook Van Rossum 1990, p. 195.

tes Anlass gegeben habe (§ 254 Abs 1 BGB), denn diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn eine Ersatzpflicht vom Gesetz ohne Rücksicht auf Verschulden angeordnet ist (...).

Dieser Gesichtspunkt der Mitverursachung durch den Arrestbeklagten kann so stark ins Gericht fallen, dass er den ihm durch die Arrestpfandung, entstandenen Schaden allein zu tragen hat (...).’

Een *mitwirkendes Verschulden* van de beslagene kan er in de praktijk onder meer uit bestaan dat hij door zijn specifieke handelswijze bijzondere aanleiding heeft gegeven tot het Arrest, niet op het ontstaan van een ongewoon hoge schade heeft gewezen, of niet heeft bevorderd dat beslagen gelden op een rentedragende rekening zijn gestort.²⁶⁷ Opvallend is dat niet alleen feitelijke handelingen maar ook processueel (niet) handelen, zoals het achterwege laten van een (veelbelovende) *Widerspruch*-procedure, tot eigen schuld kan leiden.²⁶⁸ Dit duidt men aan als *nachlässige Prozessführung*.²⁶⁹ Om dit verzuim en de daarin in het Duitse recht onder omstandigheden verbonden consequenties op hun juiste waarde te schatten, is het ook hier van belang op te merken dat het Duitse recht procespartijen bij winst van de procedure in beginsel perspectief geeft op vergoeding van de volledige advocaat- en proceskosten.

Het Bundesgerichtshof heeft in zijn arrest *Piadina/Rückruf* uit 2015²⁷⁰ belangrijke overwegingen over de rol van *mitwirkendes Verschulden* gegeven. In casu ging het om ex § 945 ZPO gevorderde schadevergoeding na een ten onrechte ten uitvoer gelegde *einstweilige Verfügung*. In zijn arrest herhaalt het Hof allereerst de hierboven besproken lijn:

‘tz 38. Ein mitwirkendes Verschulden des Antragsgegners (§ 254 BGB) ist im Rahmen des Schadensersatzanspruchs aus § 945 ZPO zu berücksichtigen. Eine Minderung oder ein Ausschluss des Schadensersatzanspruchs kommt in Betracht, wenn ein schuldhaftes Verhalten des Antragsgegners dem Antragsteller Anlass zur Beantragung und Zustellung der einstweiligen Verfügung gegeben hat oder wenn der Antragsgegner nach Zustellung der einstweiligen Verfügung gegen seine Obliegenheit zur Abwendung oder Minderung des Schadens verstoßen hat.’

Vervolgens wordt echter expliciet overwogen dat § 945 ZPO en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging tussen de posities van beslaglegger en beslagene, alsmede de aard van de aansprakelijkheid, mede de ruimte voor een beroep op eigen schuld inkaderen, of, beter gezegd, beperken:

267. Zie Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 8; en Walker 1993, p. 311. Zie in dit verband voor het Nederlandse recht par. 5.2.9.9.

268. OLG München 7 maart 1996, WRP 1996/784 en Walker 1993, p. 310. Grunsky neemt ook hier een strenge(re) positie in: ‘Die Anordnung ist notwendige Voraussetzung der Vollziehung und muß ihrerseits vom Schuldner nach Möglichkeit abgewendet werden, damit es gar nicht zu einer Vollziehung kommen kann.’ Stein/Jonas-Grunsky 2002, § 945 ZPO, Rn. 9, p. 261. Dat standpunt lijkt met het arrest *Piadina/Rückruf* achterhaald, BGH 30 juli 2015, NJW-RR 2016, 485-490 (*Piadina/Rückruf*).

269. Zie MüKOZPO/Götz, 5. Aufl. 2016, ZPO § 717, Rn. 19.

270. BGH 30 juli 2015, NJW-RR 2016, 485-490 (*Piadina/Rückruf*).

'tz 44. Ein schuldhaftes Unterlassen im Sinne von § 254 BGB setzt nicht die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht voraus, sondern es umfasst jeden Verstoß gegen Treu und Glauben, mithin ein Unterlassen derjenigen Maßnahmen, die ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Mensch nach Lage der Sache ergreifen würde, um Schaden von sich abzuwenden. Dabei ist jedoch die § 945 ZPO zugrundeliegende Interessenbewertung zu beachten, die darin besteht, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Titel grundsätzlich im Risikobereich des Gläubigers liegt. (...)'²⁷¹

En, vervolgens:

'tz. 46. Derjenige, der einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend machen will, muss sich selbst die für einen prozessualen Erfolg erforderliche Kenntnis der tatsächlichen Umstände verschaffen, aus denen er seinen Anspruch herleiten kann. Dies entspricht der von § 945 ZPO bezweckten Risikoverteilung, dass der Antragsteller, der eine einstweilige Verfügung vor der endgültigen Feststellung ihrer Berechtigung vollzieht, die Gefahr der sachlich-rechtlichen Unbegründetheit seines Rechtsschutzbegehrens wegen Unrichtigkeit der zugrunde gelegten tatsächlichen Umstände trägt. Den Antragsgegner trifft daher grundsätzlich kein Mitverschulden, wenn der Antragsteller das beanstandete Verhalten vor der objektiven Klärung der Sach- und Rechtslage nicht hinnimmt und durch die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung unterbindet. Ebenso kann es dem Antragsgegner seiner einstweiligen Verfügung nicht durch zeitnahes Vorbringen seiner Einwände entgegengewirkt zu haben. (...)

t.z. 47. Allerdings kommt ein Mitverschulden in Betracht, wenn der Antragsgegner eine sich aufdrängende Verteidigungsmöglichkeit unterlässt oder liquide Beweismittel zurückhält, aus denen sich das Fehlen des Verfügungsanspruchs ergibt.'

Samenvattend, *Mitwirkendes Verschulden* kan dus vermindering van de door de beslaglegger te vergoeden schade opleveren en het is zelfs denkbaar dat de vergoeding hierdoor op nihil wordt gesteld.²⁷²

271. Zie in dit verband ook Walker 1993, p. 311, die reeds het uitgangspunt had geformuleerd dat bij de 'verdeling' van schuld bijzondere waarde dient te worden toegekend aan het risicokarakter van de aansprakelijkheid.

272. Dat laatste dus enkel onder zeer bijzondere omstandigheden, zoals Walker 1993, p. 311-312 reeds ruim voor het *Piadina/Rückruf*-arrest omschreef: 'Ein vollständiger Wegfall des Schadenersatzanspruchs wegen Mitverschuldens kommt somit nur bei alleinigem Verschulden des Schuldners in Frage, und auch dann nur unter der Voraussetzung daß das Verschulden die Risikotragung deutlich überwiegt.' Zie ook Brox & Walker 2008, p. 714 waar zij betogen dat nihilstelling alleen aan de orde kan zijn wanneer 'den Gläubiger überhaupt kein Verschulden trifft'.

7.3.11 Schade en toerekening

7.3.11.1 Beperking in de tijd

In zijn uitspraak in de zaak *Nero* in 2014 heeft het Bundesgerichtshof nader geconcretiseerd vanaf welk punt in de tijd de *Schadensersatzpflicht* van § 945 ZPO ontstaat en wanneer deze eindigt.²⁷³

De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, laat zich als volgt omschrijven. Een firma had op 9 juni 2006 een *einstweilige Verfügung* (hier vergelijkbaar met een verbod in kort geding) van het Landesgericht Hamburg verkregen. Op grond van dit vonnis was het gedaagde, de latere verzoekster in de § 945 ZPO-procedure, verboden het jeansmodel ‘Nero’ te vervaardigen, aan te bieden of in het verkeer te brengen. Eiser deelde de gedaagde bij brief van 12 juni 2006 informeel deze uitspraak van het Landesgericht mee. Pas op 6 juli 2006 werd het vonnis rechtens aan gedaagde betekend. Uiteindelijk werd het verbod na een procedure in hoger beroep op 14 maart 2007 weer ingetrokken. Gedaagde, verzoekster in de § 945 ZPO-procedure, had na ontvangst van de informele brief, dus reeds op 12 juni, de productie en distributie van het model ‘Nero’ gestaakt.

In de procedure voor het Bundesgerichtshof gaat het in de kern om de vraag of de schade die tussen 12 juni en 6 juli 2006 is geleden, voor vergoeding in aanmerking komt. Hetzelfde geldt voor de schade waarvan verzoekster stelt dat zij deze na intrekking van het verbod, dus na 14 maart 2007, heeft geleden. Het BGH stelt allereerst vast dat het enkele feit dat er een verbod is uitgesproken [of verlot voor een *Arrest* is afgegeven, GM] op zichzelf onvoldoende grond is voor het ontstaan van de *Schadensersatzpflicht* van § 945 ZPO. Hiervoor is vereist dat een verzoeker in de § 945 ZPO-procedure daadwerkelijk *Vollstreckungsdruck* heeft ervaren. Vervolgens overweegt het BGH:

‘(...) Dadurch, dass die Beklagten der Klägerin vor einer förmlichen Zustellung im Parteibetrieb mit Schreiben vom 12. Juni 2006 eine Abschrift der einstweiligen Verfügung vom 9. Juni 2006 übermittelt haben, haben sie keinen Vollstreckungsdruck erzeugt, der eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten begründen kann. Die einstweilige Verfügung vom 9. Juni 2006 war mangels Zustellung im Parteibetrieb zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam. Eine nicht wirksame einstweilige Verfügung brauchte die Klägerin nicht zu beachten.

Die gleichwohl bereits im Juni 2006 erfolgte Einstellung des Vertriebs der Jeanshose “Nero” stellt sich danach nicht als eine durch einen Vollstreckungsdruck ausgelöste Befolgung des Verbots dar.’

Voor de schade als gevolg van de ‘vrijwillige’ opvolging van het verbod tussen informele mededeling en betekening vangt verzoekster dus bot. Hetzelfde lot treft de schade ontstaan nadat de *einstweilige Verfügung* was ingetrokken. Toch is de gang van verzoekster naar het BGH niet vergeefs geweest. Haar vordering voor de schade

273. BGH 10 juli 2014, NJW-RR 2015, 54 (*Nero*).

in de periode vanaf betekening tot aan intrekking was door het betreffende Berufungsgerichts eveneens afgewezen. Kort samengevat was zij naar het oordeel van het Berufungsgerichts er niet in geslaagd te bewijzen dat de beëindiging van de activiteiten een (rechtstreeks en ongewild) gevolg was geweest van het verbod in kort geding. Hier komt het BGH verzoekster te hulp:

‘Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteizustellung sei für die weitere Befolgung des ausgesprochenen Unterlassungsgebots nach der Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb am 6. Juli 2006 nicht ursächlich, wird der Situation der Klägerin als Vollstreckungsschuldnerin nicht gerecht. (...)’

Mit der Zustellung der mit Ordnungsmittelandrohung versehenen Beschlussverfügung im Parteibetrieb hatten die Beklagten die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung geschaffen. Der Schuldner muss bei einer solchen Sachlage damit rechnen, dass der Gläubiger jederzeit von der Vollstreckungsmöglichkeit Gebrauch macht und im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die in der Beschlussverfügung ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung die Festsetzung von Ordnungsmitteln beantragt. Bei einer solchen Sachlage ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Befolgung des Unterlassungsgebots nicht freiwillig, sondern zur Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen erfolgt (...). Damit beugt der Schuldner sich einem Vollstreckungsdruck. Davon ist auch vorliegend auszugehen.²⁷⁴

7.3.11.2 *De omvang van de schade*

De *Schadenersatzanspruch* beperkt zich tot de schade die door de *Vollstreckung* wordt geleden.²⁷⁵ Het is niet vereist dat de *Vollstreckung* van het *Arrest* ook daadwerkelijk is afgerond. De beoordeling van de omvang van de schade geschiedt met inachtneming van de algemene uitgangspunten voor schadevergoedingsverplichtingen in het Duitse recht, in het bijzonder §§ 249 e.v. BGB.²⁷⁶ Wanneer partijen het oneens zijn over deze omvang, dan wordt deze door de rechter op de voet van § 287 lid 1 BGB geschat. Zowel directe als indirecte schade kan voor vergoeding in aanmerking komen.²⁷⁷ Het Bundesgerichtshof heeft in het hiervoor reeds besproken *Nero*-arrest deze algemene uitgangspunten nog eens vastgelegd:

‘tz. 34. Der Schadenersatzanspruch erfasst grundsätzlich den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat-kausal verursachten,

274. Zie voor het Nederlandse recht in dit verband HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189 (*Duck/Hager*).

275. Of het afwenden van de *Vollstreckung* door het stellen van zekerheid (de *Sicherheitsleistung*).

276. § 249 BGB: ‘(1) Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. (2) ¹Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadenersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. ²Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.’

277. BGH 19 september 1985, NJW 1986, 1107.

unmittelbaren oder mittelbaren Schaden einschließlich des infolge des Vollzugs von Verbotsverfügungen entgangenen Gewinns des Schuldners. (...) Für die Bemessung des Schadens nach § 945 ZPO gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff. BGB. (...) (...) Der Geschädigten kommen die Beweiserleichterungen des § 287 Abs. 1 ZPO zugute; bei besonderen Schwierigkeiten des Schadensnachweises ist ein Mindestschaden zu schätzen.²⁷⁸

7.3.11.3 *Jurisprudentie § 717 en § 945 ZPO, strenge(re) eisen 'tweede' causaal verband?*

De jurisprudentie over § 945 ZPO is relatief schaars. Omdat de beoordeling van de schadevergoedingsplicht na ten onrechte tenuitvoerlegging van een gerechtelijke uitspraak op de voet van § 717 ZPO langs dezelfde lijnen wordt bepaald, wordt jurisprudentie over dat artikel ook in de analyse betrokken. Die schade beperkt zich namelijk nadrukkelijk niet tot terugbetaling of ongedaanmaking, maar omvat in beginsel alle schade die door de tenuitvoerlegging is geleden. De gewezen geëxecuteerde moet gecompenseerd worden voor al het nadeel dat is ontstaan door het tenuitvoerleggen van de voorlopige uitspraak.²⁷⁹

In algemene zin geldt dat het Duitse recht een sterke(re) verknochtheid van de schade met de *Vollstreckung* vereist. Dat betreft bijvoorbeeld schade door het enkele bekend worden van het *Arrest*, zogenoemde *Rufschaden*.²⁸⁰ Deze kan naar zijn aard niet tot een verplichting tot het vergoeden van schade leiden, omdat deze volgt uit het *bekend worden van het Arrest* en niet de *Vollstreckung* zelf.²⁸¹ Hetzelfde geldt voor schade als gevolg van gederfde winst.²⁸² Hierbij speelt een rol dat het Duitse recht huiverig is voor risico's die voor de executant niet 'voorzienbaar' zijn waardoor een wanverhouding zou kunnen ontstaan tussen het door executie geïncasseerde bedrag en de omvang van de schade als gevolg van die executie die via § 717 ZPO wordt gevorderd. Daardoor zouden schuldeisers met een voorlopige titel in te veel gevallen afzien van het gebruikmaken van die titel, zo heeft het BGH in een arrest uit 1982 overwogen:

'Entfällt der Titel später, dann sollen die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des Vollstreckungszugriffs schadensrechtlich ausgeglichen werden. Aber darauf ist die vorgesehene Gefährdungshaftung auch zu begrenzen. Wollte man anders entscheiden, dann würde das dem Gläubiger aus gutem Grund eingeräumte Recht, schon aus einem vorläufigen Titel zu vollstrecken, in einer Weise ausgehöhlt und entwertet werden, die nicht hingenommen werden kann. Es erscheint nicht billig, den Schuldner, der immerhin in einer Instanz unterlegen war, auch insoweit

278. BGH 10 juli 2014, NJW-RR 2015, 54 (Nero).

279. BGH 17 november 2005, NJW 2006, 443.

280. Ook wel aangeduid als *Kreditschaden*. Deze kan als een species van *Rufschade* worden beschouwd en komt erop neer dat de schuldenaar zich niet meer (naar behoefte) kan financieren als gevolg van het bekend worden van het *Arrest*.

281. Dit volgt uit het arrest van het BGH van 5 oktober 1982, NJW 1983, 232. Vergelijk ook Brox & Walker 2008, p. 714 en Stein/Jonas/Grunsky 2002, ZPO § 945 Rn. 6.

282. Zie Pfeil 2004, p. 11, Hartmann 2015, p. 2072 en BGH 5 oktober 1982, NJW 1983, 232.

von jedem Risiko zu entlasten, und andererseits das Haftungsrisiko des rechtmäßig vollstreckenden Gläubigers ins Unabsehbare zu steigern. Hier muß sich auswirken, daß der Gläubiger nur für ein zwar spezifisch gefährliches, aber an sich erlaubtes Tun haftet. Der Umfang dieser Haftung ist auf diese besonderen Gefahren einzuschränken. Anders könnte es sich, wie bemerkt, verhalten, wenn dem Gläubiger nach den Umständen der Entschluß zur Zwangsvollstreckung an sich, das heißt unabhängig von der erlaubten Gefährdung, zum Vorwurf gereichte, sein Tun sich also als Fehlverhalten darstellte. Dafür spricht aber im vorliegenden Falle nichts.²⁸³

Toegespijst op *Kredit- of Rufschaden* betekent dit dat deze in beginsel niet voor vergoeding ex § 945 ZPO in aanmerking kan komen. Alleen de schade die in een rechtstreeks verband staat tot de liquiditeitskrapte, namelijk als gevolg van het feit dat de schuldenaar tijdelijk niet over vermogensbestanddelen heeft kunnen beschikken, kan worden gevorderd.

Vergoeding van schade als gevolg van een transactie die geen doorgang vindt, kan alleen aan de orde komen wanneer, aldus het BGH, een rechtstreeks verband bestaat tussen de executie (of het beslag) en *het daardoor ontbreken van de financiële middelen om de transactie te kunnen aangaan*.²⁸⁴ Deze situatie duidt men aan als ‘*Liquiditätsmangel*’. Afhaken van de wederpartij als *gevolg van het Arrest* is dus, ook als dit bewezen kan worden, onvoldoende. Eenzelfde terughoudendheid is waar te nemen bij reputatieschade, de *Rufschaden*.²⁸⁵

Het BGB sluit verder vergoeding van immateriële schade in gevallen van risicoaansprakelijkheid expliciet uit.²⁸⁶ Een vergoeding voor daarvan te onderscheiden *gezondheidsschade* is enkel denkbaar wanneer er een direct verband tussen het *Arrest* en deze *gezondheidsschade* bestaat.²⁸⁷

283. BGH 5 oktober 1982, NJW 1983, 232, sub 2.

284. Aldus het BGH in laatstgenoemd arrest, vergelijk ook Pfeil 2004, p. 11.

285. Baglietto Bergmann 2007, p. 327. Deze komt in zijn vergelijking met het Spaanse recht op dit punt tot de volgende analyse: ‘Hinsichtlich der Reichweite des Schadenersatzanspruches geht das spanische Recht weiter als das deutsche, das sich auf den Ersatz der Vollziehungsschäden beschränkt. Da allen kausalen Schaden zu ersetzen sind [in het Spaanse recht, GM], kommt bspw. Auch ein Schadenersatz für die Rufschädigung in Betracht, die durch das Bekanntwerden der Entscheidung entsteht. Angesichts der Tatsache, daß der Schadenersatzanspruch verschuldensunabhängig ist, erscheint die Beschränkung des deutschen Rechts auf Vollziehungsschäden sachgerechter.’ Vergelijk ook Pfeil 2004, p. 11 die concludeert dat: ‘Für die vom BHG vorgenommene Haftungsbegrenzung auf Schäden aus dem eigentlichem Vollstreckungszugriff spricht, dass eine Haftung für Ruf- und Kreditschäden ein vom Vollstreckungsgläubiger regelmäßig nicht zu überschauendes Risiko bedeuten würde.’ Zie ook Brox & Walker 2008, p. 714.

286. Vergelijk onder meer Hartmann 2015, p. 2071. Een aanspraak ex § 253 lid 2 BGB is bij een vorm van risicoaansprakelijkheid enkel van toepassing vanwege rechtstreekse beschadiging van het lichaam, gezondheid, vrijheid of het seksuele zelfbeschikkingsrecht.

287. Walker 1993, p. 310 en Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO Rn. 8. Hierbij geldt ook dat derden rechten tegen de schuldeiser kunnen laten gelden nu naar Duits recht naasten van de schuldenaar ex §§ 844 en 845 BGB een eigen vordering jegens de schuldeiser kunnen hebben. Vergelijk Stein/Jonas/Grunsky 2002, § 945 ZPO Rn. 14. Dit is een uitzondering op de regel dat derden nimmer een beroep op § 945 ZPO toekomt.

Waar op het eerste gezicht de aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd beslag in abstracto eenzelfde aard lijkt te hebben als in het Nederlandse recht, volgt uit de jurisprudentie dat de Duitse rechter in concreto bij het bepalen van de omvang van de schade op basis van § 945 ZPO een grotere terughoudendheid aan de dag legt. Verschillende schrijvers merken op dat het feit dat een bepaalde schadepost, gemeten langs de maatstaf van § 945 ZPO, in onvoldoende causaal verband staat tot de voorlopige maatregel, niet uitsluit dat deze wel met een beroep op het generieke aansprakelijkheidsrecht (§§ 823 e.v. BGB) kan worden gevorderd.²⁸⁸ Dat lijkt een wat academische mogelijkheid; ik heb in de jurisprudentie geen relevante sporen van deze aanvullende route gevonden.

De behandeling van de verschillende schadeposten in de schadeprocedure na *Arrest* is verder in grote lijnen gelijk aan de Nederlandse rechtspraktijk. In vergelijking tot Nederland is wel een groter aantal discussies over de rol van bepaalde generieke leerstukken in het aansprakelijkheidsrecht, binnen het domein van de schadevergoeding na een bewarende of voorlopige maatregel, in hoogste instantie beslecht.²⁸⁹

7.3.11.4 *Hot Socks*, een voorzichtige verruiming van het vereiste causale verband?

In het *Hot Socks*-arrest uit 2015²⁹⁰ lijkt het Bundesgerichtshof een wat minder stringente benadering voor te staan dan in de vorige paragraaf is besproken. In deze procedure ging het om twee partijen die beide pantoffels produceerden die in de magnetron kunnen worden opgewarmd. De ene partij beschuldigde de andere van merkinbreuk en verkreeg een *einstweilige Verfügung* die het de andere partij verbood de pantoffels te vervaardigen of in het verkeer te brengen. Die partij hield zich aan dat verbod en haalde daartoe ook reeds geleverde partijen terug. Vervolgens werd de maatregel opgeheven. Het Landgericht Hamburg wees de schade als gevolg van het staken van de verkoop toe, maar de kosten in verband met het terughalen van geleverde partijen af, omdat deze in een te ver verwijderd verband zouden staan en derhalve niet onder het bereik van § 945 ZPO konden worden gebracht. Het BGH overweegt allereerst (opnieuw):

‘(...) Nach § 945 Fall 1 ZPO ist die Partei, die eine von Anfang an ungerechtfertigte einstweilige Verfügung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus deren Vollziehung entsteht. Die Vorschrift des § 945 ZPO beruht auf dem Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel auf Gefahr des Gläubigers erfolgt (...).’

Vervolgens overweegt het BGH:

‘a) Dabei kann ein Schaden der Klägerin wegen der durch die Rückholung bereits ausgelieferter Wärmepantoffeln aus dem Einzel- und Großhandel

288. Baglietto Bergmann 2007, p. 327-328. Zie verder ook Stein/Jonas/Münzberg 2002, § 717 ZPO, Rn. 53, Hartmann 2015, § 717, Rn. 17 en MüKoZPO/Götz, 5. Aufl. 2016, ZPO § 717, Rn. 28.

289. Zoals de rol van maatregelen ter beperking van de schade en voordeelsverrekening, zie verder Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 12.

290. BGH 19 november 2015, GRUR 2016/720-724 (*Hot Socks*).

verursachten Kosten entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht von vornherein verneint werden.

aa) Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen, dass sie nicht nur die Unterlassung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst (...).

bb) Der Klägerin war durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 verboten worden, ihre Wärmepantoffeln anzubieten, zu bewerben, zu importieren und/oder in den Verkehr zu bringen.

In Befolgung dieses Verbots war die Klägerin nicht nur verpflichtet, den weiteren Vertrieb ihrer noch nicht verkauften Wärmepantoffeln einzustellen. Es oblag ihr auch, bereits an den Groß- und Einzelhandel verkaufte Wärmepantoffeln zurückzurufen.'

Samenvattend, handelingen die in redelijkheid zijn uitgevoerd (zoals het terughalen van de pantoffels) en die als *rechtstreeks gevolg* van de bewarende maatregel kunnen worden beschouwd, komen voor vergoeding in aanmerking, ook als zij niet rechtstreeks in de (instructie van de) bewarende maatregel zijn terug te vinden.

7.3.11.5 Kosten schadebeperking, proceskosten

De kosten ter beperking van de schade komen naar Duits recht in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Dat betreft kosten om de gevolgen van het *Arrest* te voorkomen, zoals het stellen van zekerheid.²⁹¹ Dit gaat daarnaast op voor kosten om schade te beperken, zoals extra uitgaven voor reclame.²⁹² De kosten voor het voeren van een (vergeefse) procedure tot opheffing of *Widerspruch* kunnen echter niet via § 945 ZPO worden gevorderd. Reden hiervoor is dat deze niet door het gebruikmaken van het *Arrest* zelf zijn ontstaan, maar 'enkel' door de beslissing om het *Arrest toe te staan*.²⁹³ Ook hier klinkt de echo van een strengere eis aan het causale verband en de knip tussen de beslissing van de rechter enerzijds en het daadwerkelijk gebruikmaken van die beslissing anderzijds. Dat neemt niet weg dat mogelijk deze advocaat- en proceskosten via een beroep op § 823 lid 1 BGB zouden kunnen worden teruggevorderd.²⁹⁴

291. In Duitsland staat het buiten discussie dat de kosten (en gevolgen) van een bankgarantie of het anderszins stellen van zekerheid voor vergoeding in aanmerking komen, vergelijk Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 945, Rn. 12, Brox & Walker 2008, p. 713 en Walker 1993, p. 318.

292. BGH 1 april 1991, NJW 1993, 2685.

293. Zie Brox & Walker 2008, p. 714 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

294. § 823 lid 1 BGB: 'Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.'

7.3.12 Conclusies Duits recht

Het Duitse recht heeft een scherp(er) oog voor het belang van de bescherming van de schuldenaar,²⁹⁵ ook, of beter gezegd juist, wanneer de crediteur (althans de partij die een vordering pretendeert) bij wege van voorlopige rechterlijke beslissing maatregelen verzoekt om zijn positie te versterken.

Deze bescherming krijgt allereerst vorm in de fase voor het leggen van het *Arrest*. De mogelijkheid tot registratie van een verweer op voorhand is daarvan een voorbeeld. Motiveringseisen aan zowel *Anspruch* als *Arrestgrund* in het verzoekschrift tot het leggen zijn streng te noemen, zeker in vergelijking met de Nederlandse praktijk. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de goederenrechtelijke gevolgen van het *Arrest* verschillen met die van het Nederlandse conservatoir beslag.

Hoewel de aard van de aansprakelijkheidsnorm na ten onrechte gelegd beslag overeen lijkt te komen, zijn in de toepassing ervan wezenlijke verschillen waarneembaar. Deze betreffen onder meer de status van de beslissing van de rechter die het verlot tot het leggen van *Arrest* heeft verleend en de mogelijkheid van de beslaglegger om na afwijzing van zijn vordering zich als het ware te disculperen, door aan te (mogen) tonen dat er op het moment van het leggen van *Arrest* wél een *Arrestanspruch* was.

Invulling van normering van de aansprakelijkheid na een onterecht *Arrest*, met name ook de inpassing van rechtsfiguren uit het verbintenissen- en goederenrecht, is in de Duitse jurisprudentie meer tot wasdom gekomen. De afgewogen en genuanceerde toepassing van verjaring en eigen schuld zijn hier voorbeelden van. Eenzelfde genuanceerde benadering valt ook de positie van de beslaglegger na een gedeeltelijk afgewezen vordering ten deel.

Ook de benadering van de situatie van een gesneefde doch inhoudelijk niet beoordeelde vordering van de beslaglegger is illustratief voor het fijnmazige beoordelingskader na ten onrechte gelegd *Arrest* in het Duitse recht. Deze benadering van het *Sachs Urteil* en *Subsumtionschluss* biedt inspiratie voor de Nederlandse praktijk. Daarbij speelt ook een rol dat het Nederlandse recht op zichzelf uit de voeten kan met een 'schaduwprocedure in de schadeprocedure', zoals bijvoorbeeld de jurisprudentie over beroepsfouten van advocaten uitwijst.

In het Duitse recht is het uitgangspunt dat compensatie moet volgen voor al het nadeel dat door het tenuitvoerleggen van de voorlopige uitspraak is ontstaan.²⁹⁶ Dat algemene uitgangspunt lijkt op het eerste gezicht gelijk aan dat in het Nederlandse recht. Bij nadere beschouwing blijkt dat het Duitse recht een aantal schade-posten met wat meer terughoudendheid beoordeelt en voor enkele, zoals immateriële schadevergoeding, ten principale geen rol ziet weggelegd. In vergelijking met de schadebepaling op basis van de hypothetische vergelijking in Nederland is de schadevergoedingsplicht in Duitsland beperkter. Er wordt een sterk(er) causaal

295. Zie ook Westerhof 2013, p. 21.

296. BGH 17 november 2005, NJW 2006, 443.

verband geëist tussen de schade en de bewarende maatregel. In Nederland is *herstel van de positie van de beslagene* bij schadebepaling het uitgangspunt (als ware er *geen beslag gelegd*), in Duitsland lijkt dat veeleer het *lot van het beslagen vermogensdeel* (als ware *het vermogensdeel niet beslagen*).

De grondslag voor aansprakelijkheid is zelfs na meer dan honderd jaar min of meer ongedefinieerd, in tegenstelling tot de Nederlandse die op enig moment door de Hoge Raad strak in het pak van de onrechtmatige daad is genaaid. Het feit dat er wel een heldere rechtsingang is om schade te kunnen vorderen, de wettelijke bepaling § 945 ZPO, zorgt voor de nodige souplesse om zowel de norm zelf, als de doorwerking van andere rechtsbegrippen daarbinnen, voortdurend nader vorm te blijven geven. § 945 ZPO definieert niet de aard van de aansprakelijkheid zelf. Daardoor is er, zoals ook recente jurisprudentie van het Bundesgerichtshof uitwijst, volop ruimte om het recht verder te ontwikkelen.

Hoofdstuk 8

Slotbeschouwing en belangrijkste conclusies

Spaanse Villa 'Het is zeer de vraag of het veranderen van een ingeburgerde wet, welke dat ook mag wezen, wel zulke evidente voordelen kan hebben dat ze tegen de nadelen opwegen. Want een staat is als een bouwwerk samengevoegd uit verschillende delen, die onderling zo hecht met elkaar zijn verbonden dat je onmogelijk één onderdeel kunt ondermijnen zonder dat de hele structuur eronder te lijden heeft. De wetgever van de Thuriërs verordende dat iedereen die een van de oude wetten afschaffen of een nieuwe invoeren wilde, zich met een touw om zijn hals aan het volk moest vertonen: dan kon hij, als de vernieuwing niet ieders goedkeuring wegdroeg, op staande voet gewurgd worden.'¹

8.1 Het pannebier van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft twee 'landmark' arresten gewezen die als fiere banieren boven het bouwwerk van de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag wapperen. Het hoogste en richtinggevende punt van het bouwwerk is daarmee ontegenzeggelijk bereikt. De eerste vlag is het arrest *Snel/Ter Steege* uit 1965, waarin de aansprakelijkheid van de beslaglegger door de Hoge Raad als een 'risicoaansprakelijkheid' is gedefinieerd.² De tweede vlag is de hypothetische vergelijking, als methode om de door de beslagene na afwijzing van de vordering van de beslaglegger geleden schade te bepalen, in het arrest *Forward/Huber*, in 2011.³

Het huis is echter nog lang niet gereed. Al struikelend over proces- en verbintenisrechtelijke voetangels en klemmen moet de beslagene zijn weg naar de bovenste verdieping vinden. Op zolder zijn de muren nog niet af en heeft de beslagene meer last van de wind dan de beslaglegger. Die constatering is niet alleen van zelfstandige betekenis. Zij is ook in een breder verband van belang. De Hoge Raad heeft de aansprakelijkheid na een onterecht gelegd beslag namelijk nogal stellig als mitigerende factor gepositioneerd voor het processuele nadeel van de beslagene in een (kort) geding tot opheffing van het beslag.⁴ Na een onterecht beslag zou sprake zijn van een sterke positie voor de beslagene, die de zwakkere positie in dat (kort) geding

1. Michel de Montaigne, *De essays*, vertaald en toegelicht door Hans van Pinxteren, zesde druk, Amsterdam: Uitgeverij Athenaeum-Polak & Van Gennep 2012, p. 153.

2. HR 15 april 1965, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*).

3. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

4. HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruitertij/MBO-Ruiters*) (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl). Vergelijk r.o. 3.3: '(...) 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. (...)'

tot opheffing zou moeten compenseren. Bij nadere beschouwing is van een dergelijke sterke positie niet gebleken, laat staan dat deze als compensatie voor de nadelige positie in een kort geding tot opheffing zou kunnen worden beschouwd. Daarvoor zijn de verbintenrechtelijke en processuele nadelen voor de beslagene te talrijk en zwaarwegend.

8.2 Het fundament

Grondslag vordering

De problemen voor de beslagene beginnen bij het fundament van het bouwwerk: de aard en grondslag van de vordering van de beslagene na een onterecht beslag. Het intensieve debat dat hierover vanaf halverwege de negentiende eeuw is gevoerd is ook na het arrest *Snel/Ter Steege* niet geluwd. Is deze grondslag nu een rechtmatige daad die wél een verplichting tot vergoeding van schade impliceert, een onrechtmatige daad of een sui generis risicoaansprakelijkheid *buiten* onrechtmatige daad? Uiteindelijk is de aansprakelijkheid van de beslaglegger door de Hoge Raad in 1995 in het arrest *Ontvanger/Bos* zonder specifieke overweging in de sleutel van de onrechtmatige daad geplaatst.⁵ Nadere beschouwing leert dat zowel de kwalificatie ‘onrechtmatige daad’ als de karakterisering ‘risicoaansprakelijkheid’ schuurt en knelt. Zo is een van de toetsstenen om een daad als onrechtmatig te definiëren dat deze daad zonder meer achterwege had dienen te blijven. Ook is de status van het verlot van de voorzieningenrechter onduidelijk in dit stelsel, zowel in aanvang als nadat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen.

Aard en kenmerken vordering

De vordering tot vergoeding van schade na onterecht beslag is vatbaar voor overdracht. Zodra de schade zich heeft voorgedaan, beschikt de beslagene over een bestaande vordering tot verhaal van schade als gevolg van een ten onrechte gelegd beslag. Dat is echter wel een bijzondere bestaande vordering, omdat zij eerst in rechte kan worden afgedwongen wanneer de vordering van de beslaglegger (onherroepelijk) is afgewezen en daarmee komt vast te staan dat het beslag inderdaad onterecht is gelegd. Het gegeven dat de vordering tot aan de onherroepelijke afwijzing van de vordering van de beslaglegger nog niet daadwerkelijk geldend kan worden gemaakt, maakt de vordering geen voorwaardelijke verbintenis als bedoeld in artikel 6:21 BW. In genoemde bepaling gaat het immers om vorderingen die bij rechtshandeling van een toekomstige gebeurtenis afhankelijk zijn gemaakt. De desbetreffende vordering van de beslagene kan in alle stadia van de procedure in de hoofdzaak (zelfs voordat deze is begonnen maar hij reeds schade door het beslag lijdt) rechtsgeldig zijn overgedragen of bezwaard. Andersom is de vordering ook vatbaar voor beslag door schuldeisers van de beslagene.

Andere grondslagen?

De vraag is of er naast de verbintenis uit hoofde van onrechtmatige daad geen andere bronnen van verbintenissen kunnen worden gevonden die, alleen of in samenhang, de verplichting tot het vergoeden van schade kunnen dragen. Complicerende factor hierbij is het geval dat door het handelen van de beslaglegger geen te corri-

5. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*), r.o. 4.2.

geren vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Daardoor vallen diverse alternatieven in Boek 6 BW af. De ongerechtvaardigde verarming complementeert het stelsel van bescherming van het vermogen door ook herstel te bieden wanneer een persoon *sine causa* is verarmd zonder dat dit tot voordeel van een ander heeft gestrekt. Maar ook een actie op grond van die verarming vindt zijn basis in de onrechtmatige daad.

Door de kwalificatie onrechtmatige daad komt het gegeven dat de partijen direct na het beslag in een bijzondere verhouding tot elkaar komen te staan *en dat vervolgens gedurende een lange periode blijven*, onvoldoende tot zijn recht. De aansprakelijkheid van de beslaglegger wordt in deze benadering als het ware geparkeerd om pas weer op te duiken als de vordering van de beslaglegger waarvoor het beslag is gelegd, definitief wordt afgewezen. Hierdoor blijft buiten beeld dat de beslaglegger zich bewust is (of in elk geval zou moeten zijn) dat hij *voortdurend* (meer) schade kan toebrengen en hij zijn gedrag niet alleen bij het leggen van beslag, maar ook daarna bij het handhaven hiervan, mede zou moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de beslagene. Dit volgt uit artikel 6:2 lid 1 BW, dat bepaalt dat schuldeiser (in dit geval de beslagene) en schuldenaar (de beslaglegger) verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en de nadere invulling hiervan in artikel 3:12 BW. Hun bijzondere verhouding zou kunnen worden gekenschetst als een ‘waarborgverbintenis’. Die verbintenis bestaat hieruit dat de beslaglegger door het leggen van beslag de verplichting op zich neemt de hierdoor veroorzaakte schade te zullen vergoeden wanneer zijn vordering wordt afgewezen.

Een ‘singuliere beoordeling’ op basis van onrechtmatige daad vormt voor de aansprakelijkheid na een ten onrechte uitgevoerde *executie* na een later vernietigd vonnis of arrest geen bezwaar. Er wordt geëxecuteerd en dat was onterecht. Eén handeling en één beoordelingsmoment. Bij de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag is dit problematischer. Daarin kan de beslagene niet alleen gedurende lange tijd feitelijk niet beschikken over zijn vermogensbestanddeel, ook doen zich gedurende die periode gebeurtenissen voor die de aansprakelijkheid van de beslaglegger nader (zouden moeten) kleuren.

De Hoge Raad heeft gekozen voor een scherpe afbakening tussen de beoordeling via de onrechtmatige daad na conservatoir beslag voor geheel afgewezen vorderingen en de toets van misbruik van recht voor gedeeltelijk toegewezen vorderingen. Dit onderscheid in beoordelingskader leidt tot fundamentele verschillen in uitkomsten, die zich in goed af te bakenen situaties in redelijkheid niet laten rechtvaardigen. Dit is vooral het geval wanneer zich in de procedure in de hoofdzaak een duidelijk ‘momentum’ voordoet waarbij de beslaglegger zich in redelijkheid opnieuw zou dienen te beraden over (onverkorte) handhaving van het beslag. Meestal valt dit momentum nog samen met de situatie waarin (of waarna) de gepretendeerde vordering van de beslaglegger uiteenvalt in voor de uiteindelijke beoordeling twee eenvoudig en helder te onderscheiden delen. Die laatste situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de beslagene voor een later (deels) afgewezen vordering zekerheid biedt en de andere vordering(en) integraal worden afgewezen.

Dit laatste was het geval in het arrest *Kranenburg/Kranenburg c.s.*⁶ Of, een stap verder, wanneer door de beslagene aan een gedeeltelijke toewijzing aan het vonnis wordt *voldaan*, het beslag of de vervangende garantie gehandhaafd blijft en de vordering uiteindelijk in hogere instantie, voor een lager bedrag dan de betaalde som, wordt toegewezen. Voor die situaties zou het beoordelingskader vanaf een dergelijk te onderscheiden beoordelingsmoment door de onrechtmatige daad moeten worden gedictieerd, in plaats van misbruik van recht.

Bijzondere omstandigheden

De herkomst en rationale van de ‘aansprakelijkheid behoudens bijzondere omstandigheden’ in de overwegingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad is op zichzelf verklaarbaar gelet op de positie van de Hoge Raad in gevallen waarin deze een ‘klare lijn’ trekt in een complex krachtenveld met verschillende belangen en deze lijn dient te motiveren. Het ontsnappingsluik ‘behoudens bijzondere omstandigheden’ op zolder lijkt echter ruim vijftig jaar na *Snel/Ter Steege* in de praktijk wat overbodig. In de schaarse gevallen dat deze ‘bijzondere omstandigheden’ aanwezig werden geacht, had evengoed naar de generieke correctiemechanismen van de toerekening naar de redelijkheid op de voet van artikel 6:98 BW, de eigen schuld van de beslagene op grond van 6:101 BW of de ad-hocbijstelling door de rechter via artikel 6:109 lid 1 BW kunnen worden gegrepen. Er lijkt geen behoefte aan deze beperking in de omschrijving van de aansprakelijkheid.

8.3 Paalwormen in de heipalen

Ontbreken materiële beoordeling

Mocht de vordering van de beslaglegger om processuele redenen sneuvelen en er geen materiële beoordeling van zijn vordering plaatsvinden, dan staat dit naar de huidige stand van de jurisprudentie niet aan risicoaansprakelijkheid in de weg. Dit geldt onder meer bij verval van instantie en verjaring. Wanneer echter het feit dat een inhoudelijke behandeling niet heeft plaatsgevonden in de risicosfeer van de beslagene zelf ligt, zou er ruimte moeten zijn voor een ‘trial within a trial’, waarin de beslaglegger de kans krijgt alsnog vast te laten stellen dat hij wel degelijk een vordering heeft, of beter gezegd, gehad had.

Verjaring

De grondboor van de verjaring legt de beperkingen van het fundament en de daarin gehanteerde fictie bloot. Naar de stand van de jurisprudentie in feitelijke instanties lijkt de vordering van de beslagene na een onterecht gelegd beslag onverkort onderworpen aan de verjaringsregels van artikel 3:310 BW. De specifieke aard van deze vordering rechtvaardigt echter een andere behandeling. Hierbij moet bijzondere betekenis worden toegekend aan het gegeven dat de beslagene, bij gebreke van een onherroepelijke uitspraak in de procedure waarin over de vordering waarvoor het beslag is gelegd wordt beslist, niet daadwerkelijk in staat is zijn schadevergoedingsvordering in rechte af te dwingen. Dit zou betekenen dat alvorens de vordering daadwerkelijk in rechte kan worden afgedwongen de vordering reeds verjaard zou kunnen zijn. Wanneer de overwegingen van de Hoge Raad in het

6. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

arrest *De Leeuw/Pinocchio*⁷ op de verjaringsvraag van de vordering na onterecht beslag betrokken zou worden, zou dit impliceren dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt nadat de vordering van de beslaglegger onherroepelijk is afgewezen.

8.4 Losse traptreden naar boven

Artikel 701 Rv en voorlopig beslag

Er zijn wel mogelijke verklaringen maar geen valide redenen voor de verwaarloosbare inzet van artikel 701 Rv. Het beslag op basis van een ‘voorlopig verlof’ is op zijn beurt geen oplossing voor het vergroten van de mogelijkheden om in een vroeg stadium zekerheid voor beslagschade te verkrijgen. Het lijkt eerder de structurele onderbenutting van artikel 701 Rv te versterken.

Opheffing

Wanneer de beslagene stelt dat de vordering van de beslaglegger ondeugdelijk is, dient hij dit in kort geding aannemelijk te maken. Ook wanneer de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg is afgewezen en de beslagene (al dan niet opnieuw) opheffing vordert, blijft de beslagene processueel in het nadeel. Het gegeven dat de vordering in eerste aanleg is afgewezen, is enkel een element in de afweging van de rechter en heeft geen materiële consequenties voor de bewijspositie van de beslagene.

Zekerheid ter opheffing, bankgaranties

De beslag vervangende bankgarantie is te aantrekkelijk voor conservatoire beslagleggers. Niet valt in te zien waarom een conservatoir beslaglegger met een betwiste vordering zich boven alle andere (zekerheids)gerechtigden op het vermogen van de beslagdebiteur zou moeten kunnen verheffen. Daarnaast is het gelet op de aard van het beslag en de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger onjuist dat de beslagene zichzelf hiermee berooft van zijn mogelijkheden om direct, en bij daartoe relevante momenta in de procedure in de hoofdzaak, te trachten zich te bevrijden van de door hem ter opheffing van het beslag geboden zekerheid.

Hoewel vaak in de jurisprudentie het stellen van zekerheid buiten het kort geding tot opheffing als ‘vrijwillig’ wordt betiteld is evident dat van een werkelijk vrije keuze geen sprake is. Wanneer als gevolg van het stellen van deze zekerheid het beslag wordt opgeheven is hiermee de verplichting om de schade te vergoeden na afwijzing van de vordering niet komen te vervallen. Die schade bestaat vanaf het moment van het stellen van de zekerheid uit de gevolgen van dat stellen en de kosten ervan. De beoordeling of deze schade daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking komt, zal langs dezelfde lijnen dienen te lopen als schade als gevolg van het beslag zelf.

Proceskosten gerelateerd aan het onterechte beslag

De Hoge Raad is duidelijk over de vraag of na onterecht beslag kosten verbonden aan pogingen om het beslag opgeheven te krijgen integraal dienen te worden vergoed. Dit is niet het geval. Dat is onbevredigend, omdat de beslagene door tegen

7. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Leeuw/Pinocchio*).

het beslag te ageren invulling geeft aan zijn schadebeperkingsplicht. Daarnaast is dit moeilijk te rijmen met de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat de beslagene zodanig dient te worden gecompenseerd dat hij in de toestand wordt gebracht 'als ware er geen beslag geweest'.

Eigen schuld

De aard van de aansprakelijkheid van de beslaglegger sluit een beroep op eigen schuld aan de zijde van de onterecht beslagene niet uit. Uitzonderingen op deze regel vormen naar mijn oordeel verwijten dat de beslagene processuele mogelijkheden onbenut heeft gelaten.

Risicoaansprakelijkheid, of nee, toch niet?

Noties die verbonden zijn aan de eigenlijke in de wet opgenomen risicoaansprakelijkheden kunnen niet onverkort worden losgelaten op de bijzondere sui generis risicoaansprakelijkheid na ten onrechte gelegd beslag. De wettelijke risicoaansprakelijkheden hebben gemeen dat zij in zekere zin zijn geabstraheerd van het eigen handelen en de wil van de aansprakelijke (rechts)persoon. Er is geen sprake van eigen handelen maar juist aansprakelijkheid voor handelen van een ander (minderjarige, ondergeschikte, opdrachtnemer), een zaak (opstal) of een dier. Noties verbonden aan deze wettelijke risicoaansprakelijkheden leiden tot het verkeerde spoor. Na een onterecht beslag lijkt dan ook eerder een flauwer dan een nauwer causaal verband voor de aansprakelijkheid en vergoedingsplicht voor de hand te liggen.

Proportionele aansprakelijkheid

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid kan in de praktijk worden toegepast na onterecht gelegd beslag. Dit leent zich er ook goed voor omdat, mede door tijdsverloop, in veel gevallen getwist kan worden of er niet twee of meer oorzaken voor de geleden schade zijn. Gelet op het generieke karakter van zowel de geschonden norm als de geleden schade kan echter geen sprake zijn van automatische toepassing bij onzekerheid over causaliteit, maar hangt het van de omstandigheden van het geval af of de proportionele aansprakelijkheid van stal kan worden gehaald.

Omkeringsregel en bewijsvermoeden

Er is geen plaats voor generieke toepassing van de omkeringsregel na onterecht beslag. Het enkele feit dat gewezen beslagene door tijdsverloop min of meer structurele bewijsnood ondervinden maakt dat niet anders. Evenmin lijkt ruimte te bestaan voor introductie van een 'wettelijk vermoeden' van causaal verband. De beslagene moet het in beginsel doen met de hoofdregel van artikel 150 Rv en de bewijslast dragen van de door hem gestelde schade.

Aansprakelijkheid van derden

Mogelijkheden om anderen dan de beslaglegger aan te spreken, zoals diens advocaat, bestuurders van de beslagleggende vennootschap en de deurwaarder, beperken zich tot uitzonderingssituaties.

Voor de advocaat zijn deze beperkt tot een ernstige schending van artikel 21 Rv, die zijn oorsprong heeft in zijn eigen positie als 'dominus litis'. Daarnaast kan hij aansprakelijk zijn voor beslagschade als het beslag is gelegd voor een 'apert kansloze' vordering.

Het is van belang de aansprakelijkheid van de bestuurder goed te onderscheiden van die van de beslagleggende vennootschap. Voor de laatste is er sprake van risicoaansprakelijkheid. Voor de bestuurder gelden eigen, zelfstandige beoordelingskaders. Vereiste is allereerst de wetenschap dat er een zeer grote kans bestond dat de vordering waarvoor beslag is gelegd zou worden afgewezen. In de jurisprudentie wordt door rechtbanken en hoven vaak een strengere norm aangehouden (wetenschap van het feit dat de vordering kansloos was, of, ook wel, vrijwel kansloos was) maar deze past naar mijn mening niet binnen de in het arrest *Air Holland* geformuleerde maatstaf.⁸ Daarnaast is noodzakelijk dat de bestuurder op enig moment wist dat de vennootschap (niet langer) verhaal kon bieden voor de schadevergoeding aan de beslagene, wanneer de vordering van de vennootschap waarvoor beslag was gelegd zou worden afgewezen. Als de bestuurder al aansprakelijk is voor beslagschade, is het zeer wel mogelijk dat de omvang van zijn verplichting tot het vergoeden van schade verschilt met die van de vennootschap, omdat de vereisten voor de onrechtmatige daad van de bestuurder op een ander, later, moment zijn vervuld. Schending van een eigen, persoonlijke zorgvuldigheidsnorm (vergelijk het *Spaanse Villa*-arrest)⁹ lijkt zich enkel te kunnen voordoen bij persoonlijke schending van de waarheidsplicht ex artikel 21 Rv. Dit kan de beslagene enig perspectief bieden wanneer de vordering waarvoor beslag is gelegd *niet* is afgewezen en de vennootschap zelf niet aansprakelijk kan worden gehouden op de voet van artikel 3:13 BW.

De deurwaarder kan zich bij een onterecht conservatoir beslag niet zonder meer ter disculpatie beroepen op de aan hem verstrekte opdracht. Desalniettemin lijkt de ruimte om de deurwaarder na onterecht beslag aansprakelijk te houden beperkt tot gevallen waarbij de deurwaarder, zonder enig nader onderzoek en naar objectieve maatstaven, het onrechtmatig karakter van het te leggen beslag had dienen te onderkennen en op die grond de opdracht had moeten weigeren.

8.5 Tocht op zolder, beslagene in de kou

De Hoge Raad heeft in het arrest *Forward/Huber*¹⁰ heldere spelregels gegeven voor het bepalen van de omvang van schade na ten onrechte gelegd beslag. Deze regels, die kunnen worden samengevat als een vergelijking van de werkelijke situatie met die waarin het beslag achterwege zou zijn gebleven, bieden op het eerste gezicht een mooi perspectief op integrale vergoeding van de schade. Maar eerst en vooral dwingt deze hypothetische schadevergelijking de beslagene om maatwerk te leveren, door het hypothetische verschil te concretiseren door dit te stellen en te bewijzen.

8. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, NJ 2014/195, JOR 2015/1, m.nt. U.B. Verboom (*Air Holland*).
9. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2013/40, m.nt. W.J.M. van Anel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).
10. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. L.P. Broekveldt (*Forward/Huber*).

Per saldo betaalt de beslagene dan vaak de rekening voor het ‘verwateren’ van het causaal verband tussen beslag en schade door de duur van de procedure in de hoofdzaak. Het zorgt er ook voor dat schades veelal niet (direct) in reconventie worden afgedaan maar in een separate (schadestaat)procedure. In veel gevallen kan de beslagene gedurende het beslag of de periode dat ter opheffing van dat beslag een bankgarantie is gesteld, (in)direct niet over een bepaalde geldsom beschikken. Een (deels) forfaitair systeem is verdedigbaar en mogelijk; daardoor zou een groot gedeelte van de gevallen op eenvoudige basis kunnen worden afgedaan. Bovendien zou het bestaan van een dergelijk stelsel bijdragen aan zorgvuldige afwegingen door schuldeisers wanneer zij zichzelf de vraag stellen of en zo ja op welke goederen zij conservatoir beslag leggen. Alles overziend heeft de beslagene beduidend meer hinder van de in paragraaf 1.7 genoemde vijftien knelpunten dan de beslaglegger. De enige uitzondering daarop vormt de positie van de beslaglegger bij het ontbreken van een inhoudelijke afwijzing van zijn vordering.

8.6 Gluren bij de burens

Bij de Belgische burens ligt met name de voortuin er aanmerkelijk beter bij. Het digitale beslagregister is daarvan een voorbeeld. Maar ook het hang- en sluitwerk van de voordeur is steviger. De beslagrechter toetst de verzoeken tot het leggen van bewarend beslag op basis van strengere criteria. In dit verband is een sprekend verschil met het Nederlandse recht dat voor een vordering die in eerste aanleg is afgewezen in ginsel geen bewarend beslag kan worden gelegd.

Het bereiken van de bovenste verdieping is een moeilijker opgave. Hoofdoorzaak daarvan is dat, door de afwijzing van de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak, de beslissing van de beslagrechter om het bewarend beslag toe te staan niet wordt geraakt. Niet op basis van de afwijzing van de vordering in de hoofdzaak, maar enkel na een succesvol regulier verzet tegen de beslissing van de verlofprechter het beslag toe te staan, is de beslaglegger wel ‘zonder meer’ gehouden tot het vergoeden van de schade. Gelet op de voor de (aspirant-)beslagene aanmerkelijk betere positie in de fase voorafgaand en tijdens het bewarend beslag, zullen in de praktijk echter veel beslagen worden voorkomen dan wel vroegtijdig beëindigd worden, waar deze beslagen in de Nederlandse praktijk wel zouden zijn gelegd respectievelijk gehandhaafd. Daarmee wordt beslagschade (meer) voorkomen en beperkt.

Het huis van de Duitse burens is robuust. Dat begint al bij de stoep met het centraal register voor de registratie van ‘verweer op voorhand’. De belangrijkste les die echter van de bouwtekening van dat huis kan worden geleerd is dat hoe meer de grondslag van de vordering na onterecht beslag in het midden wordt gelaten en als een sui generis figuur door de praktijk zweeft, des te groter de ruimte is om tot een afgewogen stelsel te komen voor de aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd bewarend beslag. Sprekende voorbeelden zijn de fijnmazige verdeling van de bewijslast, de verschillende beoordelingsruimtes van de schadevergoedingsrechter afhankelijk van de processuele uitkomsten, de status van de beslissing van de rechter die het verlot heeft verleend in verschillende situaties en de omgang met gevallen waarin een materiële afwijzing van het vorderingsrecht van de beslaglegger ontbreekt.

8.7 **Renoveren of nieuwbouw?**

In dit onderzoek is een aantal suggesties gedaan om het huidige bouwwerk te stabiliseren. Het pleidooi om te komen tot een benadering van de aansprakelijkheid op basis van de verbintenisrechtelijke verhouding die door het leggen van beslag ontstaat, is van meer fundamentele aard. Hetzelfde geldt, in het verlengde hiervan, voor het verruilen van het beoordelingskader 'misbruik van recht' voor dat van de onrechtmatige daad in situaties waarbij duidelijk onderscheid dient te worden gemaakt in de status van het gedeelte van de vordering dat is toegewezen en het gedeelte dat niet is toegewezen.

Dat neemt niet weg dat met een combinatie van de in dit onderzoek voorgestelde pragmatische en praktische bewegingen een evenwichtiger stelsel kan worden bereikt. Een sprekend voorbeeld is het, al dan gestimuleerd door nieuwe vingerwijzingen in de Beslagsyllabus, daadwerkelijk en effectief gebruiken van artikel 701 Rv. Hiernaast zouden andere interventies het evenwicht tussen beslaglegger en beslagene kunnen versterken, zoals het komen tot een eenduidiger benadering van de eisen aan garanties ter opheffing van beslagen en een andere status van de aanspraak uit deze garanties in geval van faillissement van de beslagene.

Introductie van een specifieke wettelijke rechtsingang in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering lijkt niet noodzakelijk om uiteindelijk een evenwichtiger benadering van de aansprakelijkheid van de beslaglegger na onterecht gelegd conservatoir beslag te bereiken.

Desalniettemin zou een dergelijke bepaling in één keer een aantal tussenmuren dat nu scheef staat in het bouwwerk in een andere richting kunnen draaien. Het artikel zou dan als volgt kunnen luiden:

1. De rechter zal op vordering van degene die is getroffen door een beslag dat is gelegd ingevolge artikel 711, 715, 717, 718, 724, 724a, 737, 765 of 768 gelasten dat degene die om deze maatregel heeft gevraagd de door deze maatregel toegebrachte schade vergoedt, indien het beslag is komen te vervallen of de vordering als bedoeld in artikel 700 waarvoor de maatregel is verzocht hem bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is ontzegd; de bepalingen van afdeling 10 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn op deze vordering van de getroffene van toepassing.
2. Indien de eis als bedoeld in artikel 700 lid 3 wordt toegewezen is degene die om deze maatregel heeft verzocht enkel gehouden schade te vergoeden indien door deze maatregel misbruik van recht is gemaakt als bedoeld in artikel 13 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.
3. Het vorige lid is eveneens van toepassing indien de eis als bedoeld in artikel 700 lid 3 gedeeltelijk is toegewezen met dien verstande dat, indien degene die is getroffen door het beslag aantoonbaar dat degene die om de maatregel heeft verzocht voor of hangende de procedure in de hoofdzaak een gedeeltelijke betaling heeft ontvangen of een aanbod tot betaling of voldoende zekerheid heeft afgewezen, welke het in rechte toegewezen gedeelte van de vordering

waarvoor de maatregel is verzocht te boven gaat, het eerste lid van toepassing is voor de schade vanaf de dag van deze betaling of dit aanbod.

Artikel 310, 313 en 316 tot en met 321 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn van toepassing, met dien verstande dat de termijn van verjaring van een rechtsvordering van degene die is getroffen door een beslag als bedoeld in het eerste lid van dit artikel eerst aanvangt op de dag, volgende op die waarop de beslissing omtrent de eis als bedoeld in artikel 700 lid 3 in kracht van gewijsde is gegaan.

Summary

Liability after wrongly levied prejudgment attachment¹

A party that alleges that it has a claim against another party has an interest in a provisional measure to secure its recovery of this claim until the court has decided the claim. A prejudgment attachment is such a provisional measure in the Netherlands.

If the court ultimately denies the attachor's claim, the attachment will have been wrongly levied. And if the attachee has suffered damage because of the prejudgment attachment, the attachee will want to recover this from the attachor.

Chapter 1 provides an introduction to the research, while laying out the purpose of it and placing it in context. The research is couched in a broader examination of the relationship between the attachor's and the attachee's positions. Protection of the prejudgment attachee is based on three pillars. The first pillar is the substance and assessment of the application for permission to levy the attachment. Generally, the attachee is not heard as part of this process. In addition, the interim relief judge assesses this application in a summary manner. In recent years, however, the requirements for the application – and thus the information which is furnished to the interim relief judge – have been heightened in practice. The second pillar of protection consists of the opportunity – in interim relief proceedings or otherwise – to lift the attachment. If the attachee does this based on the assertion that the attachor's claim is 'prima facie unfounded', then it faces a difficult task. The attachee has to make a reasonable case for this assertion; hence, the attachor need not make a plausible argument that it has a claim. The Dutch Supreme Court has affirmed these principles in several rulings. The fact that the claim was denied initially is merely one element in the court's assessment and does not substantively affect the attachee's case. It has been recognized that this puts the attachee at a disadvantage, but it is in part deemed justifiable because of the fact that the ex-attachee can seek damages if the attachment turns out to have been wrongly levied. This gets us to the third pillar, which is the subject of this research.

Despite its long history, the doctrine of damages after wrongly levied prejudgment attachments is still very much evolving in terms of both its theory and legal practice. It is complex, utilises constructions which jump back and forth in time, and intertwines procedural law and contractual law aspects, thereby giving it a hybrid character. All of the issues and sub-issues must be analysed from different property law, contractual law, attachment law and procedural law angles.

1. Bij het vertalen van de door mij samengestelde samenvatting ben ik geholpen door Hendriks & James. Vanzelfsprekend komt deze geheel voor mijn verantwoordelijkheid.

Chapter 2 discusses the legal history. It describes the evolution of the idea of damages after wrongful attachments. This idea has a long history. Nevertheless, a strong, theoretical foundation and/or clear statutory framework for this have always been lacking. Consequently, it is likewise unclear from a legal-political standpoint how the attachor's and attachee's positions relate (or should relate) to each other within the context of damages after wrongly levied prejudgment attachments.

The grounds for liability after wrongful attachments are examined in **Chapter 3**. The question is whether such grounds now lie in a lawful act which nonetheless implies an obligation to compensate damage, an unlawful act, or *sui generis* strict liability outside of an unlawful act. These questions remained unanswered even after 1965, when the Dutch Supreme Court held that, 'unless there are special circumstances', levying a prejudgment attachment will lead to strict liability if the attachor's claim is denied. In 1995, the Supreme Court, without making a specific finding, placed this right within the sphere of unlawful acts. The characterisation 'unlawful act' and the characterisation 'strict liability' are at odds with one another. Issues surrounding the limitation period, for example, expose this tension. Under the case law, in fact-finding bodies the attachee's claim after a wrongly levied attachment seems entirely subject to the prescription rules provided in Section 3:310 of the Dutch Civil Code ('DCC') [BW]. Yet the specific nature of this claim justifies not having the limitation period start to run until the attachee is actually capable of asserting its claim.

In the relevant Supreme Court's decisions since 1965 'liability unless there are special circumstances' forms part of the conclusion of the standard findings. The rationale of this particular finding lies within the Supreme Court position as highest court. This implies the Supreme Court on the one hand provides reasoning which may be applied to similar cases, while on the other hand it is unforeseeable which varieties may occur in the future. In the few instances where these 'special circumstances' were deemed present, the generic corrective mechanisms of imputation according to reasonableness under Section 6:98 DCC, the attachee's contributory negligence under Section 6:101 DCC, or the court's ad hoc adjustment under Section 6:109(1) DCC could have been seized on just as well. With hindsight, since 1965 there has been no need for this limitation in the description of liability, and this phrase creates unnecessary confusion.

This chapter talks about various other complications, too, such as the absence of a substantive denial of the attachor's claim. It argues that, if the attachee has to bear the risk of the lack of substantive treatment of the claim, a 'trial within a trial' should be considered possible. The attachor would still get the opportunity to establish in the damages proceedings that it does, or rather, did, indeed have a claim.

The nature of the claim is also examined. This claim arises when the damage occurs, and can be transferred and encumbered from that time. Chapter 3 also advocates a different determination of the grounds for the damages claim for attachor claims that have been denied in whole or in part. The characterisation 'unlawful act' undervalues the fact that the parties are in a special relationship to each other imme-

diately after the attachment and remain that way for a long time. As a result, it is forgotten that the attachor understands (or should in any event understand) that it can continually bring about damage (or more damage) and should, not only in levying the attachment, but afterwards as well, let its actions be guided in part by the attachee's legitimate interests. Their special relationship could be regarded as a 'warranty obligation'. This obligation would consist of the attachor's being responsible, in levying the attachment, for compensating the damage if its claim is denied.

A 'singular assessment' based on an unlawful act would not preclude liability after execution is wrongly carried out after a judgment or ruling which is later reversed. Execution occurred, and that was wrong. This becomes more problematic with liability after a wrongly levied attachment. Not only may the attachee in fact lose control of its property for a long time, but events which should further colour the assessment framework for the attachor's liability may also transpire during this period.

The Dutch Supreme Court has opted for a sharp delineation between an assessment based on an unlawful act after prejudgment attachment for claims denied in full and a review of abuse of law for claims granted in part. This distinction in the assessment framework leads to fundamental differences in outcomes which cannot reasonably be justified in situations which can easily be demarcated. This is especially the case if there is an obvious 'crucial point' in the proceedings in the main action, with the attachor reasonably having to consider again whether to maintain the attachment in whole or in part.

The attachee's position until the attachor's claim has been decided definitively is discussed in **Chapter 4**. The existing options for offering the attachee security for compensation of its potential damage arising from the attachment are being underutilised. That particularly holds true for the interim relief judge's *ex officio* powers under Section 701 of the Dutch Code of Civil Procedure ('DCCP') [Rv] to make permission for levying the attachment conditional on security being provided for attachment damage. The 'provisional attachment' introduced in practice seems not to provide a counterweight, but rather, to bolster the structural underutilisation of Section 701 DCCP. After the attachment has been levied, the attachee also has very limited options for obtaining security for its damage.

An attachment is often lifted because an attachee manages to furnish a bank guarantee. This guarantee puts prejudgment attachors in an inordinately advantageous position. It is inconceivable why a prejudgment attachor with a disputed claim should be able to elevate itself above any other parties entitled (whether through security interests or not) to the attachee-debtor's property. Moreover, given the nature of the attachment and the attachor's strict liability, it is not right that it thereby robs itself of its possibilities to try directly, and at relevant crucial points in the proceedings in the main action, to release itself from the security provided to lift the attachment.

Although the case law frequently describes the furnishing of security outside of interim relief proceedings to lift attachments as ‘voluntary’, this is obviously not really a free choice. If furnishing such security results in an attachment being lifted, the obligation to compensate the damage after the claim is denied will not be extinguished. This damage consists of the consequences ensuing from the furnishing of security from the time that it is furnished.

Chapter 5 focuses on the damages procedure and the damage itself, including problems relating to calculating and apportioning the damage, contributory negligence and the burden of proof.

Concepts relating to the actual strict liability stated in the law cannot be applied in full to the specific, *sui generis* strict liability arising after an attachment has wrongly been levied. After a wrongful attachment, then, a more attenuated rather than a closer causal connection for the liability and compensation obligation seems logical.

The doctrine of proportional liability may be applied in practice after a wrongfully levied attachment. It is quite suitable for this too because, partly through the passage of time, it could be disputed in many cases whether there were two or more causes for the damage suffered. In view of the generic nature of both the standard violated and the damage suffered, proportional liability should not, however, automatically come into play if there is uncertainty about causality, but should depend on the circumstances of the case.

The ‘rule of reversal’ must not generically be applied after wrongful attachments. The mere fact that, due to the passage of time, ex-attachees systematically have to deal with a lack of evidence to a greater or lesser degree does not change this conclusion. Nor does there appear to be any possibility for introducing a ‘legal presumption’ of a causal connection. The attachee must in principle follow the main rule in Section 150 DCCP and bear the burden of proof.

In *Forward v Huber*, the Dutch Supreme Court, as the basis for determining the damage, formulated the rule that, after a wrongful prejudgment attachment, the attachee should be compensated such that it is placed in the same position ‘as if there had not been an attachment’. That seems to offer the prospect of ‘full compensation’, but appearances are deceiving. This hypothetical damage comparison forces the attachee to tailor its arguments to specifying, asserting and proving the abstract, hypothetical difference. On balance, the attachee are often given short shrift in the ‘dilution’ of the causal connection between the attachment and the damage, on account of the duration of the proceedings in the main action. In many situations, the attachee suffers damage because it does not have direct or indirect control of a particular monetary amount during the attachment or the period that a bank guarantee has been furnished to lift the attachment. This chapter explains why a flat-rate system is defensible and possible for this most common type of damage.

Costs incurred for attempts to get the attachment lifted are not compensated in full, but based on the fixed rate. This is unsatisfactory, because, by challenging the attachment, the attachee is fulfilling its statutory duty to mitigate its damage. This is also difficult to reconcile with the rule in *Forward v Huber*.

A party whose property has wrongly been attached may encounter insufficient or no options for recovery from the attachor. Accordingly, after the proceedings in the main action, it may often have to resort to complicated attempts to hold third parties liable in whole or in part for the damage it has suffered. **Chapter 6** examines this issue. Such attempts involve going after, successively, the attachor's lawyer, the bailiff, the directors of the company levying the attachment, and 'underlying parties'.

As to lawyers, these options appear to be limited to a claiming a serious violation of Section 21 DCCP (the obligation to inform the court truthfully and completely), which originates from the lawyer's own position as '*dominus litis*'. In addition, he/she may be liable for attachment damage if the attachment was levied for a 'patently frivolous' claim.

Directors can likewise be liable for serious violations of Section 21 DCCP and for levying attachments for claims which they know have no chance of success. They can also be liable if, while the proceedings in the main action are pending, they deliberately undermine the company's recovery position, so that the claim for attachment damage cannot or can no longer be recovered from the company.

Bailiffs cannot simply invoke the orders given to them to exculpate themselves from liability for wrongful prejudgment attachments. Nonetheless, the instances in which bailiffs may be held liable for wrongful attachments appear limited to situations in which the bailiff, without any further investigation and under objective standards, should have realised the unlawful nature of the attachment to be levied and should have refused his/her services for that reason.

Court sanctioning of a prejudgment measure on the one hand and compensation if it later turns out that this was wrongly levied on the other hand requires a leap through theoretical hoops in attachment, procedural and contract law. An important aspect of this research is comparative in nature, in order to investigate whether and how Belgian and German law leap through these hoops and which lessons may be learned from this for Dutch legal practice. **Chapter 7** details the results of this investigation.

In § 945 of its Code of Civil Procedure [ZPO], Germany provides a specific opportunity to bring a legal action seeking damages after a wrongful attachment [*Arrest*]. This opportunity to bring an action does not address the grounds for the claim after a wrongful attachment. Hence, the possibilities for achieving a balanced system for liability after wrongly levied prejudgment attachments are broader than in the Netherlands. Striking examples of this can be seen in the intricate allocation of the burden of proof, the various degrees of discretion for the damages court depending on the procedural outcomes, the status of the decision by the court which

granted the permission in various situations, and the approach to cases in which a substantive denial of the attachor's cause of action is lacking.

In Belgium, the potential attachee's position is given greater protection in the phase prior to a possible attachment. This is exemplified in the digital attachments register and more stringent review by the attaching court of requests for prejudgment attachments, including in the requirement of 'urgency'. Once the prejudgment attachment has been levied, though, the attachee is, on balance, in a worse position after the attachor's claim has been denied. The primary reason is that denial of the attachor's claim in the main action does not affect the authority of the attaching court's earlier decision to allow the prejudgment attachment. The attachor, however, is 'automatically' obliged to compensate the damage – not based on the denial of the claim in the main action, but merely after a successful, regular objection to the decision by the court granting permission to levy the attachment.

Chapter 8 includes a final consideration of this subject, with the most important conclusions being discussed in conjunction with each other. It concludes that the contract-law and procedural difficulties for the attachee in getting its damage compensated are not only numerous, but also formidable.

This observation is not only significant in and of itself but it is also relevant in a wider context. In particular, the Dutch Supreme Court has quite emphatically positioned liability after a wrongly levied attachment as a mitigating factor for the procedural disadvantage which the attachee has in interim relief or other proceedings to lift the attachment. After a wrongful attachment, the attachee is supposedly in a stronger position, which should make up for the weaker position in the proceedings to lift the attachment. Upon further consideration, though, such a strong position is not apparent, nor indeed can it be regarded as making up for the disadvantageous position in interim relief proceedings to lift the attachment.

The argument is made that a combination of the pragmatic and practical shifts proposed in this research could lead to a more balanced system. The actual and effective use of Section 701 DCCP is one example here. Other interventions could also enhance the balance between the attachor and attachee. For instance, a more clear-cut approach to the requirements for guarantees to lift attachments and a different status for the claim under these guarantees in bankruptcy/liquidation proceedings could be adopted.

Introducing a specific statutory basis in the DCCP to institute legal action does not seem necessary to ultimately achieve a more balanced approach to the attachor's liability after a wrongfully levied prejudgment attachment. Since such statutory provisions might, however, simultaneously realign several aspects which are off-kilter in the current system, this chapter sets forth a proposal for these provisions.

Lijst verkort aangehaalde literatuur en publicaties

A

Van den Akker 2001

E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Akkermans & Van Dijk 2012

A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17, p. 157-177.

Asser e.a. 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser/Asser 2013

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/De Serière 2-IV 2018

V.P.G. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6 Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

B

Baert 1980

K. Baert, 'Algemene beginselen van bewarend beslag', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1980, p. 280-308.

Baglietto Bergmann 2007

R. Baglietto Bergmann, *Der einstweilige Rechtsschutz nach der neuen spanischen Zivilprozessordnung und der deutschen Zivilprozessordnung* (diss.), Frankfurt am Main: Peter Lang 2007.

Beerens, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*

D. Beerens, in: A.J.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018.

Blaauw 2002

J.H. Blaauw, *Het kort geding* (serie: Recht en Praktijk nr. 10a), Deel A, Algemeen Deel, Deventer: Kluwer 2002.

De Blécourt 1967

A.S. de Blécourt, bewerkt door H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht*, zevende druk, ongewijzigde oplage met aanvullingen van J.A. Ankum, Groningen: Wolters-Noordhoff 1967.

Boersen 2012

S.L. Boersen, 'Beslagparadijs Rotterdam? Het scheepsbeslag beschouwd in het licht van de gewijzigde beslagsyllabus', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2012, afl. 1, p. 1-12.

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Preadvies Nederlandse Juristen-Vereeniging), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Bort 1702

P. Bort, 'Tractaet Handelende van Arresten', in: *Alle wercken van Mr. Pieter Bort: begrepen in ses tractaeten, waer in 't breede verhandelt werden I het Hollandts Leen-recht, II. proceduyren in criminele saecken te houden, III. de domeynen van Hollandt, IV. de hoogte van ambachtsheerlijkheden, V. complainte, ende VI. d'arresten: alles met authentijecque handtvesten en andere munimenten bevestight*, tweede druk, Leiden 1702.

Van Boneval Faure 1869

R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, rubriek Mengelwerk, *W* 1869 (3096), p. 3-4.

Van Boneval Faure 1900

R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht in vijf delen*, deel II, vierde herziene druk, Leiden: Brill 1900.

Boekman 2012

S. Boekman, *Advocatenrecht*, bewerkt door F.A.W. Bannier, Deventer: Kluwer 2012.

Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*

R.J.B. Boonekamp, in: A. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online, bijgewerkt 9 september 2018).

Broekveld, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

L.P. Broekveldt, in: A.I.M. van Mierlo, T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Vlas (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Brox & Walker 2008

H. Brox & W.D. Walker, *Zwangvollstreckungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2008.

Brijs e.a. 2015

S. Brijs, C. de Muynck, R. Lindemans & J. de Fauw, 'Overzicht van Rechtspraak. Beslag- en executierecht (2008-2014)', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2015, afl. 1, p. 279-480.

C

Callens 2009

P. Callens, 'Gevolgen van de Handhavingsrichtlijn op de aansprakelijkheid van de uitvoerder van een beslag inzake namaak', in: *Jaarboek Handelspraktijk en Mededinging*, Mechelen: Wolters Kluwer 2009, p. 789-809.

Coppens 1997

E.C. Coppens, 'Eén grote onzekerheid, De invoering van de Franse wetgeving in de Zuidelijke Nederlanden na 1795', in: O. Moorman van Kappen & E.C. Coppens (red.), *De Bataafse omwenteling en het recht*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1997, p. 197-218.

Cremers 1983

M.P.J.A. Cremers, 'Het opheffen van conservatoire beslagen. Ontwerp invoeringswet Boeken 3-6 NBW (1^e gedeelte)', *NJB* 1983, p. 692-696.

D

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Dirix 2016

E. Dirix, *Beslagrecht. Kort begrip van het beslag- en executierecht*, Leuven: Acco 2016.

Dirix & Broeckx 2010

E. Dirix & K. Broeckx, *Beslagrecht*, Mechelen: Wolters Kluwer 2010.

Van Dunné 1972

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen; een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1972.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de Contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

E

Ekelmans 2004

J. Ekelmans, 'Naar een nieuwe balans bij de toedeling van kosten van een procedure?', in: M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-166.

Engelhard & Van Maanen

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW, deel A15), Deventer: Kluwer 2008.

Enders & Börstinghaus 2016

P. Enders & U. Börstinghaus, *Einstweiliger Rechtsschutz*, Bonn: ZAP Verlag 2016.

Everwijn Lange 1888

E.J. Everwijn Lange, *Executoir-arrest op inschulden* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: B. van Mantgem 1888.

F

Feenstra 2002

R. Feenstra & L.C. Winkel, *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002.

Fletcher 1972

G.P. Fletcher, 'Fairness and utility in tort theory', *Harvard Law Review* 1972, p. 537-573.

G

Gerretsen 2013

R.B. Gerretsen: 'Zekerheidstelling voor beslagschade', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.N. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer, liber amicorum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 93-106.

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen 2014

I. Giesen, 'Over "oude" gedachten die niet zomaar voorbij gaan: voortschrijdend inzicht inzake Bewijs en aansprakelijkheid?', *VR* 2014, afl. 9, p. 335-339.

Gieske, in: *T&C Rechtsvordering* 2018

A.J. Gieske, commentaar op art. 701 Rv, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Van Gilse 1868

J.A. van Gilse, *Iets over de uitvoerbaarheid van vonnissen bij voorraad* (diss. Leiden), Amsterdam: C.A. Spin & Zoon 1868.

De Goede 1949

A. de Goede, *Nederlandsche Rechtsgeschiedenis Deel 1*, Leiden: Stenfert Kroese 1949.

Greger 2009

R. Greger, *Vorschläge zur Mondernisierung des Rechts der einstweilige Verfügung*, Nürnberg: Universität Erlangen 2009.

Van der Grinten 1940

W.C.L. van der Grinten, 'Aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid en schuld', *RM Themis* 1940, p. 404-428.

H

Van Hamelsveld 1834

W.Y. van Hamelsveld, *Verzameling van gewijsden van het Hoog Geregts hof te 's-Gravenhage*, Deel IV uit delen III en IV, Rotterdam: Wed. J. Allard 1832-1834.

Harreman 2007

M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige beslaglegging. Vreemde eend in de bijt van het aansprakelijkheidsrecht?', in: N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke & C. Rijckenberg (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391-424.

Hartmann 2015

P. Hartmann, *Zivilprozessordnung, mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, München: Verlag C.H. Beck 2015.

Heemskerk 1988

W.H. Heemskerk, 'Een ontruiming bij voorraad in Steenwijkerwold', in: E.A. Alkema (red.), *NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug. Beschouwingen van de huidige annotatoren naar aanleiding van 75 jaar Nederlandse Jurisprudentie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Van Herreweghe 2017

V. van Herreweghe, *Beslagzakboekje*, Mechelen: Wolters Kluwer 2017.

Van den Heuvel, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

N.W.M. van den Heuvel, commentaar op art. 700 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Van den Honert 1839

J. van den Honert, *Handboek voor de burgerlijke rechtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden; met eene voorrede van F.A. van Hall*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839.

Hummel 2010

K.H. Hummel, *De bankgarantie als beslagvervangende zekerheid*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2010.

Huydecoper 2006

J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten, L. Strikwerda, L. Timmerman & H.M. Wattendorff (red.), *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006.

J

Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*

K.J.O. Jansen, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Jansen 2009

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Monografieën BW, deel B45), Deventer: Kluwer 2009.

Jansen 1990

F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Janssen 2011

M.A.J.G. Jansen, 'Opheffing (ex. art. 705 Rv) van een "vrijwillig" gestelde bankgarantie', *FIP* 2011, p. 38-42.

De Jong 2011

G.T. de Jong, 'De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling', *WPNR* 2011 (6874), p. 125-133.

Jongbloed 2003

A.W. Jongbloed, 'Oostenwind', in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars & P.A.W. Piepers (red.), *Aan Wil Besteed: Liber amicorum aangeboden aan prof. mr. W.G.Ph.E. Wedekind*, Deventer: Kluwer 2003, p. 411-424.

Jongbloed e.a. 2007

A.W. Jongbloed, A.L.H. Ernes e.a., *Herbalans. Beschouwingen naar aanleiding van het rapport Uitgebalanceerd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Jongbloed 2011

A.W. Jongbloed, 'Nieuwe regels voor conservatoire beslagen', *FIP* 2011, afl. 8, p. 222-224.

Jongbloed 2016

A.W. Jongbloed, 'De curator met tunnelvisie, annotatie Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166 (X/Curator)', *AA* 2016, p. 745-752.

K

Kamphuisen 1943a

P.W. Kamphuisen, 'De positie van partijen na vonnis in kort geding I', *NJB* 1943, nr. 3, p. 17-21

Kamphuisen 1943b

P.W. Kamphuisen, 'De positie van partijen na vonnis in kort geding II', *NJB* 1943, nr. 3, p. 29-33.

Van Kasbergen 2016

S.W. van Kasbergen, 'Het Europees bankbeslag: de voor- en nadelen ten opzichte van een Nederlands conservatoir derdenbeslag onder een bank', *WPNR* 2016 (7128), p. 970-979.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW, deel B35), Deventer: Kluwer 2007.

Klaassen 2009

C.J.M. Klaassen, 'De eerste klap is een daalder waard', in: N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke & C. Rijckenberg (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 323-349.

Klaassen 2013

C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14, p. 119-129.

Klaassen, Meijer & Snijders 2017

C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van der Kwaak 1990

D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.

Van der Kwaak 1996

D.J. van der Kwaak, 'Ontwikkelingen op het gebied van de opheffing van beslagen', *NJB* 1996, 45/46, p. 1893-1897.

Van der Kwaak 2000

D.J. van der Kwaak, 'Uitgangspunten voor het toepassen van rechtsmisbruik en de onrechtmatige daad in het beslagrecht', *Trema* 2000, afl. 1, p. 11-16.

L

Laenens e.a. 2012

J. Laenens, D. Scheers, P. Thiriar, S. Rutten & B. Vanlerberghe, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2012.

Van der Linden 1794

J. van der Linden, *Verhandeling over de judicieele practijc, of form van procedeeren, door de hoven van justitie in Holland gebruikelijk, eerste deel*, Leiden: A. en J. Honkoop 1794.

Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*

S.D. Lindenbergh, 4.7. Cessie bij BW Boek 6, in: A. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Lindenbergh, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*

S.D. Lindenbergh, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer (boek en online, bijgewerkt 28 januari 2019).

Lindjer 2006

V.C.A. Lindjer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

De Lange 2005

D.F. de Lange, 'Schadevergoeding na ontorechte vervolging niet alleen bij toepassing dwangmiddelen', *MvV* 2005, afl. 3, p. 55-58.

Loesberg 2004

E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over beslag en executierecht', *JBPR* 2004/4, p. 392-400.

Lokin 2004

J.H.A. Lokin, 'De receptie van de Code Civil in de Noordelijke Nederlanden', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXI* 2004, p. 1-15.

M

Van Malssen 2014

T. van Malssen, 'Tussen wal en schip. De rechtspositie van vrijgesproken verdachten in civiele schadevergoedingsprocedures Nederlands Juristenblad', *NJB* 2014/1508, p. 2018-2024.

Van der Meer 2011

A.J. van der Meer, 'HR 8 juli 2011: gemiste kans of taak voor de wetgever?', *BER* 2011, afl. 1, p. 30-41.

Van der Meer 2013

A.J. van der Meer, 'Naar een snellere en efficiëntere rechtspraak in beslagzaken', *BER* 2013, afl. 7, p. 30-34.

Meijers 1936,

E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen "waarschijnlijkheid" en "schuld" voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 1936 (3445), p. 1-6.

Meijssen 2012

M. Meijssen, 'Meer over conservatoir beslag, evenwichtig omgaan met een ingrijpend middel', *BER* 2012, afl. 7, p. 14-19.

Meijssen 2013

M. Meijssen, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.

Meijssen 2014

M. Meijssen, 'Beslagsyllabus augustus 2014; over binding, transparantie, grijismaken, zekerheidstelling en bewijsbeslag', *BER* 2014, afl. 6, p. 20-26.

Meijssen & Jongbloed 2010 (Research Memorandum)

M. Meijssen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland, Zekerheid en persiemiddel* (Serie Research Memoranda 2010, nr. 2), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Meijssen-Tierates 2008

M. Meijssen-Tierates, 'De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag', *Praktisch Procederen* 2008, p. 165-170.

Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

A.I.M. van Mierlo, in: A.I.M. van Mierlo, T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Vlas (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Van Mierlo 2003a

A.I.M. van Mierlo, 'Het Beta-project', *AA* 2003, afl. 3, p. 184-190.

Van Mierlo 2003b

A.I.M. van Mierlo, 'Hoda International/Mondi Foods', *AA* 2003, afl. 10, p. 773-778.

Van Mierlo 2006

A.I.M. van Mierlo, 'Rohde Nielsen/De Donge', *AA* 2006, afl. 2, p. 112-115.

Molkenboer 2003

G.J.P. Molkenboer, 'X/Linssen q.q.', *Tvl* 2003, p. 17-19.

Molkenboer 2012

G.J.P. Molkenboer, 'De voorwaardelijke vordering van de "onterecht conservatoir beslagene" tijdens de hoofdzaak, een kwetsbaar bezit', *BER* 2012, afl. 8, p. 16-22.

Molkenboer 2013

G.J.P. Molkenboer, 'Schadevergoeding na onterecht beslag: Somewhere over the rainbow', *BER* 2013, afl. 7, p. 18-23.

MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl. 2016

W. Krüger & T. Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, München: C.H. Beck 2016.

Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018

H.J. Musielak & W. Voit, m.m.v. M. Huber & R. Lackmann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag Franz Vahlen 2018.

Musielak/Voit/Lackmann, 15. Aufl. 2018

H.J. Musielak & W. Voit, m.m.v. M. Huber & R. Lackmann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag Franz Vahlen 2018.

N

Nieskens-Ispording 1991

B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht. Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.

Nispen 2015

C.J.J.C. van Nispen, 'Bewijsbeslagen in en buiten IE', in: A.M.E. Verschuur, P.G.F.A. Geerts & R.C.K. van Oerle (red.), *gIElen, een bekend begrip*, Deventer: Kluwer 2015, p. 215-228.

O

Oudelaar 2000

H. Oudelaar, *Recht halen. Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Oudeman 1875 deel II

A. Oudeman, *Het Nederlandsch wetboek van burgerlijke regtsvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en door formulieren in praktijk gebragt, vierde druk, drie delen*, Groningen: J.B. Wolters 1875.

P

Parl. Gesch. BW Boek 3

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. BW Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & J.B. Rijpkema, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992.

Pede 2005

V. Pede, 'Enkele beschouwingen aangaande de aansprakelijkheid van de beslaglegger bij een onterecht beslag inzake namaak in het licht van twee recente cassatiearresten', *I.R.D.I.* 2005, p. 379-385.

Pede 2010

V. Pede, 'Schadevergoeding bij onterecht beslag inzake namaak. Quo vadis?', *I.R.D.I.* 2010, p. 274-275.

Pfeil 2004

B. Pfeil, *Die Haftung des Gläubigers und seines Anwalts für durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verursachte Schäden* (diss. Bielefeld), Bielefeld: Universität Bielefeld 2004.

De Pinto 1857

A.A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van burgerlijke regtsvordering, tweede gedeelte*, Den Haag: Gebroeders Belinfante 1857.

Van der Plas & Beunk 2018

C.G. van der Plas & D. Beunk, 'Het Europees bankbeslag in Nederland. Een herijking van beslagroutes in grensoverschrijdend verband', *BER* 2018, afl. 6, p. 30-40.

R

Van Rossem-Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (2 delen), vierde druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.

Van Rossum 1990

A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

S

Van Schaick 1987

A.C. van Schaick, *De aansprakelijkheid voor het executeren van een kort-gedingvonnis dat in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld*, Deventer: Kluwer 1987.

Scheers & Thiriar 2016

D. Scheers & P. Thiriar, 'Actualia gerechtelijk recht: Potpourri all the way', Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2016, p. 59-67.

Scholten 1914

P. Scholten, 'De "schuld" in de leer der onrechtmatige daad', *WPNR* 2310 (4 april 1914) p. 165-166.

Schotman & Jongbloed

A.H. Schotman & A.W. Jongbloed, 'Hoe grijzer hoe wijzer? Discussiepunt: de grijze lijst', *BER* 2013, afl. 5, p. 18-23.

Seinen 2014

C.J.A. Seinen, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht. Sancties op schending van de waarheidsplicht', *TCR* 2014, afl. 3, p. 84-95.

Seinen 2016

C.J.A. Seinen, 'Annotatie bij het vonnis van de Vzgnr. Noord-Holland 23 september 2015', *IER* 2016/11, p. 60-63.

Sicking 2012

S. Sicking, 'Meer over beslag, verhandelingen over conservatoir beslag', *BER* 2012, afl. 7, p. 21-22.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Slagter 1952

W.J. Slagter, *De Rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Luctor et Emergo 1952.

Smeehuijzen 2008

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

Smeehuijzen 2011

J.L. Smeehuijzen, 'De vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW bij (i) de fout van een adviseur, (ii) regres bij hoofdelijkheid, (iii) toekomstige schade en (iv) onrechtmatige strafvervolgving', *NTBR* 2011, p. 74-88.

Soerjatin 2016

E.M. Soerjatin, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Coporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2016, p. 3-36.

Star Busmann 1972

C.W. Star Busmann, m.m.v. W.H. Ariëns, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.

Stein 1980

P.A. Stein, 'De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad', *NJB* 1980, p. 707-719.

Stein/Jonas/Grunsky 2002, Stein/Jonas/Münzberg 2002

F. Stein & M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, verzorgd door C. Berger, R. Bork, W. Brehm, W. Grunsky, D. Leipold, W. Münzberg, H. Roth, P. Schlosser & G. Wagner, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

T

Thoe Schwartzenberg 2007

H.W.B. Thoe Schwartzenberg, 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen)', *WPNR* 2007 (6697), p. 129-135.

Thoe Schwartzenberg & Jongbloed 2014

H.W.B. Thoe Schwartzenberg & A.W. Jongbloed, *Beslag en executie voor de rechtspraak*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014.

Tjittes 2002

R.P.J.L. Tjittes, 'Eerder opheffing van conservatoir beslag', *RM Themis* 2002, p. 65-66.

Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*
T.F.E. Tjong Tjin Tai, in: A.I.M. van Mierlo, T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Vlas (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

V

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, deel 4), Deventer: Kluwer 2015.

Verkijk 2010

R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verstijlen 2015

F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Coporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 323-349.

Vos de Wael 1865

A.F. Vos de Wael, *Over conservatoir arrest onder derden* (diss. Leiden), Leiden: Boekdrukkerij van A.W. Sythoff 1856.

W

Walker 1993

W.D. Walker, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 1993.

Westerhof 2013

W.H.Z. Westerhof, 'Conservatoir beslag in Europa; een kijkje over de grens', *BER* 2013, afl. 6, p. 19-23.

Westerhof 2015

W.H.Z. Westerhof, 'Conservatoir beslag in Europa; een kijkje over de grens (deel II)', *BER* 2015, afl. 6, p. 30-35.

Van der Wiel 2004,

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

De Wijkerslooth 1993

J.L. de Wijkerslooth, 'Het recht gaat aan constructies ten onder', *RM Themis* 1993, p. 316-324.

Y

Ynzonides 2001

M. Ynzonides, in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2001.

Ynzonides 2007

M. Ynzonides, P. Ingelse, F.B. Bakels e.a., *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Ynzonides & De Boer 2016

M. Ynzonides & M.H. de Boer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2016, 35, p. 2546-2560.

Z

Van Zanten 2011

M.R. van Zanten, 'Misbruik van beslagrecht, steeds vaker gebruikt', *BER* 2011, afl 1, p. 20-24.

Zhou 2008

C. Zhou, *Einstweiliger rechtsschutz in China und im europäischen Justizraum* (diss. Heidelberg), Baden-Baden: Nomos 2008.

Zöller/Volkommer 2012

R. Geimer c.s., m.m.v. M. Volkommer, *Zöller Zivilprozessordnung*, 29e druk, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2012.

Besproken en geciteerde jurisprudentie

Verwezen wordt naar de paragraafnummers waarin de uitspraak is opgenomen. In de vetgedrukte paragrafen wordt de betreffende uitspraak uitgebreid in de hoofdtekst besproken.

Hof van Justitie van de Europese Unie		Par. nrs.
HvJ EU 16 juli 2015, <i>NJ</i> 2017/32, m.nt. L. Strikwerda	<i>Diageo/Simiramida</i>	3.7.1
ECLI:EU:C:2015:471		
HvJ EU 28 juli 2016, <i>IER</i> 2016/54, m.nt. C. Vrenden-	<i>United Video Proper-</i>	5.6.4.3
ECLI:EU:C:2016:611 barg	<i>ties</i>	
Hoge Raad der Nederlanden		
HR 4 april 1912	<i>W</i> 1912/9358, m.nt. J. Wolter- beek Muller	<i>Biesing/Weissen- bruch</i> 1.2, 2.5.4, 3.2.2.1
HR 13 juni 1913	<i>NJ</i> 1913, p. 782, <i>W</i> 1913/9531, m.nt. E.E. Meijers	<i>Nicola/Maatschappij van Weldadigheid</i> 3.2.2.1
HR 31 januari 1919	<i>NJ</i> 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff	<i>Lindenbaum/Cohen</i> 3.2.2.1
HR 29 oktober 1926	<i>NJ</i> 1929, p. 1379-1382, m.nt. E.M. Meijers	2.5.4.
HR 27 december 1929	<i>NJ</i> 1930, p. 1433	<i>Het Broekhuis/Broeks</i> 2.5.4, 3.2.2.1
HR 23 december 1932	<i>NJ</i> 1933/984	3.2.2.2
HR 2 november 1933	<i>NJ</i> 1934/302	3.12.1
HR 5 november 1936	<i>NJ</i> 1937/250, m.nt. E.M. Meijers	5.6.6
HR 15 november 1957	<i>NJ</i> 1957/67, m.nt. L.E.H. Rutten	<i>Baris/Riezenkamp</i> 3.4.3
HR 30 januari 1959	<i>NJ</i> 1959/548	<i>Quint/te Poel</i> 3.2.3
HR 20 maart 1959	<i>NJ</i> 1959/246	<i>Smits/Heyman q.q.</i> 1.2, 4.5
HR 6 april 1962	<i>NJ</i> 1965/116	3.2.2.2
HR 1 mei 1964	<i>NJ</i> 1965/339, m.nt. J.H. Beekhuis	3.2.2.2
HR 15 april 1965	<i>NJ</i> 1965/331, m.nt. D.J. Veegens	2.5.2, 2.6, 2.7.2, 3.2.2.1, 3.2.3 , 3.6.1, 3.7.1, 3.7.6, 3.11.1, 3.11.3, 5.2.9.4, 5.6.4.1, 7.3.8.2, 8.1

HR 13 juni 1975	NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten	<i>Amercentrale</i>	5.3.2, 5.8
HR 8 oktober 1976	NJ 1977/485, m.nt. W.H. Heemskerk		3.2.2.3, 3.2.3, 3.5
HR 6 april 1979	NJ 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>Kleuterschool Babbel</i>	6.3.4.1
HR 5 oktober 1979	NJ 1980/43, m.nt. G.J. Scholten	<i>Tauber/Verheij</i>	5.2.9.7 , 6.4.1, 5.6.6
HR 13 maart 1981	NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>Haviltex</i>	3.9.10.5
HR 16 oktober 1981	NJ 1983/778, m.nt. P.A. Stein		4.7.5.2
HR 25 maart 1983	NJ 1984/629, m.nt. C.J.H. Brunner		5.4.2
HR 22 april 1983	NJ 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk	<i>Ritzen/Hoekstra</i>	3.3.2
HR 16 november 1984	NJ 1985/547, m.nt. W.H. Heemskerk en L. Wichers	<i>Ciba Geigy/Voorbaak</i>	3.2.2.2, 3.4.1, 5.6.6
HR 12 april 1985	NJ 1986/809, m.nt. C.J.H. Brunner		6.2.3.3
HR 20 december 1985	NJ 1986/231		3.2.3
HR 9 mei 1986	NJ 1987/252, m.nt. M. Scheltema	<i>Staat/Van Gelder</i>	5.2.9.8
HR 26 september 1986	NJ 1987/253, m.nt. M. Scheltema	<i>Hoffman-La Roche</i>	3.5
HR 6 februari 1987	NJ 1988/57	<i>Saskia Mulder</i>	5.2.9.5
HR 18 december 1987	NJ 1988/340, m.nt. W.C.L. van der Grinten	<i>OAR/ABN</i>	3.2.2.2, 3.2.3
HR 7 april 1989	NJ 1989/532		3.2.7.1
HR 6 oktober 1989	NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer	<i>Beklamel</i>	6.3.2 , 6.3.3.4
HR 26 januari 1990	NJ 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>Staat/Bekkers</i>	3.2.7.1
HR 16 november 1990	NJ 1991/55	<i>Rebecca Visser</i>	5.4.3
HR 21 februari 1992	NJ 1992/321	<i>Van Gastel en Van Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.</i>	3.2.4.1 , 3.6.1, 3.7.6, 3.8.3, 4.9, 5.2.2, 5.2.9.7, 5.2.9.8
HR 3 april 1992	NJ 1992/411, m.nt. J.M.M. Maeijer	<i>Van Waning/Van der Vliet</i>	6.3.4.1
HR 1 juli 1993	NJ 1995/150, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>Staat/NCB</i>	5.2.9.8
HR 24 december 1993	NJ 1994/214	<i>Leebeek/Vrumona</i>	5.4.8.1
HR 15 april 1994	NJ 1995/258, m.nt. H.J. Snijders	<i>Roham/McGregor</i>	5.6.2
HR 29 april 1994	NJ 1995/727, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema		3.2.7.3

HR 10 juni 1994	NJ 1994/766, m.nt. J.M.M. Maeijer	<i>Romme/Bakker</i>	6.3.3.4
HR 23 december 1994	NJ 1995/512, m.nt. G.J.M. Corstens		3.2.7.3
HR 13 januari 1995	NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>Ontvanger/Bos</i>	3.2.2.2, 3.2.5 , 3.4.1, 3.6.1, 3.7.1, 3.7.6, 3.12.1, 5.6.15
HR 13 januari 1995	NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>De Heel/Korver</i>	5.4.2
HR 2 juni 1995	NJ 1997/702	<i>Pierre Wilders I</i>	5.2.9.5
HR 20 januari 1995	NJ 1995/413, m.nt. H.E. Ras	<i>Smokehouse/Culimer</i>	5.2.5
HR 24 november 1995	NJ 1996/161	<i>Tromp-Franca/Regency</i>	3.2.6, 3.3.1, 3.3.2, 3.4.1
HR 5 januari 1996	NJ 1996/334		4.6.1
HR 23 januari 1996	NJ 1996/434	<i>DKHB/KIVO</i>	4.5
HR 26 januari 1996	NJ 1996/607	<i>Dicky Trading II</i>	5.4.2, 5.4.3
HR 19 april 1996	NJ 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn	<i>Maclou/Curatoren van Schuppen</i>	3.2.4.2
HR 14 juni 1996	NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders	<i>De Ruitery/MBO-Ruiters</i>	1.2, 4.5 , 4.10, 5.2.9.7, 8.1
HR 24 januari 1997	NJ 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner	<i>De Ridder/Staat</i>	5.2.9.8
HR 21 februari 1997	NJ 1997/347		3.9.10.5, 4.2
HR 2 mei 1997	NJ 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer	<i>Kip en Sloetjes/Rabobank</i>	5.6.16
HR 31 oktober 1997	NJ 1998/85	<i>Maatschappij van Assurantie/Zonneveld</i>	5.4.7, 5.8
HR 7 november 1997	NJ 1998/364	<i>Groskamp/Staat</i>	3.2.8, 4.9 , 5.2.9.8, 5.2.9.10
HR 14 november 1997	NJ 1998/113		4.8.2
HR 9 januari 1998	NJ 1998/586, m.nt. M.M. Mendel	<i>Rabobank/Erven Van Dam</i>	6.3.4.1
HR 29 mei 1998	NJ 1998/641		5.2.9.2
HR 12 juni 1998	NJ 1999/99, m.nt. A.R. Bloembergen		3.2.7.1
HR 26 juni 1998	NJ 1998/778	<i>Kramer/ABN AMRO</i>	5.4.3 , 5.4.7, 5.6.5 , 5.8
HR 23 oktober 1998	NJ 2000/15, m.nt. A.R. Bloembergen	<i>Seksueel misbruik</i>	3.9.5
HR 26 februari 1999	NJ 1999/717, m.nt. H.J. Snijders	<i>Ajax/Reule</i>	3.7.6
HR 25 juni 1999	NJ 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen		3.9.5
HR 18 februari 2000	NJ 2000/295, ECLI:NL:HR:2000:AA487	<i>New Holland Belgium/Oosterhof</i>	6.3.1

HR 28 april 2000	NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloem- bergen, ECLI:NL:HR:2000:AA5635	<i>Van Hese/De Schelde</i>	3.9.1
HR 19 mei 2000	NJ 2001/407, m.nt. H.J. Sniijders, ECLI:NL:HR:2000:AA5870		4.5
HR 19 mei 2000	NJ 2000/603, m.nt. H.J. Sniijders, ECLI:NL:HR:2000:AA5863		3.9.10.4, 3.12.1, 5.6.8
HR 19 januari 2001	NJ 2001/524, ECLI:NL:HR:2001:AA9556	<i>Ter Hofte/Oude Mon- nik Motors BV</i>	5.4.2
HR 23 februari 2001	NJ 2001/431, m.nt. J.B.M. Vran- ken en Th.M. de Boer, ECLI:NL:HR:2001:AB0199	<i>Advocatenmaatschap X/Mr. Overes q.q.</i>	3.7.7
HR 30 maart 2001	NJ 2003/615, m.nt. M. Schelte- ma, ECLI:NL:HR:2001:AB0801		3.2.7.3
HR 14 december 2001	NJ 2002/45, ECLI:NL:HR:2001:AD6098	<i>Van den Wilden- berg/Van Leeuwen</i>	4.7.1
HR 8 februari 2002	NJ 2002/196, ECLI:NL:HR:2002:AD7326	<i>Maarssens Bouwbe- drijf</i>	6.3.1
HR 15 februari 2002	NJ 2002/197, ECLI:NL:HR:2002:AD4004		4.3.2.2
HR 24 mei 2002	NJ 2003/268, m.nt. T. Koop- mans, ECLI:NL:HR:2002:AD9600		3.9.10.2
HR 22 november 2002	NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilf- gaarde, ECLI:NL:HR:2002:AE8474	<i>Oberdorf/Linssen q.q.</i>	3.12.2
HR 24 januari 2003	NJ 2003/300, ECLI:NL:HR:2003:AF0694	<i>BASF/Rensink</i>	3.9.7
HR 11 april 2003	NJ 2003/440, JBPR 2004/14, m.nt. A. van Hees, ECLI:NL:HR:2003:AF2841	<i>Hoda Internation- al/Mondi Foods</i>	3.2.5, 3.3, 3.3.1, 3.8.3
HR 2 mei 2003	NJ 2004/291, m.nt. H.J. Sniijders, ECLI:NL:HR:2003:AF5892		3.2.4.2, 4.4.1
HR 10 oktober 2003	NJ 2003/680, ECLI:NL:HR:2003:AF9416	<i>S/Van Gerven</i>	3.9.7
HR 31 oktober 2003	NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Per- ron, ECLI:NL:HR:2003:AL8168	<i>Saelman</i>	3.9.5, 3.9.9
HR 5 december 2003	NJ 2004/150, JBPR 2004/14, m.nt. A. van Hees, ECLI:NL:HR:2003:AL7059	<i>Kranenburg/Kranen- burg c.s.</i>	3.2.5, 3.8.2, 3.8.4, 3.13, 4.8.4, 8.2
HR 26 november 2004	NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Per- ron, JA 2005/4, m.nt. J.L. Smee- huijzen, ECLI:NL:HR:2004:AR1739		3.9.1, 3.9.7
HR 25 november 2005	NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers, ECLI:NL:HR:2005:AT9060	<i>Rohde Nielsen/De Donge</i>	1.2, 4.5, 4.6.1, 4.7.5.6, 4.8.1, 4.10

HR 25 november 2005	NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner, ECLI:NL:HR:2005:AU4042	<i>Skeeler-arrest</i>	5.4.5
HR 20 januari 2006	NJ 2006/78, ECLI:NL:HR:2006:AU4529	<i>B/Interpolis</i>	5.4.6, 5.8
HR 24 maart 2006	NJ 2007/377, m.nt. C.J.H. Brunner, ECLI:NL:HR:2006:AU7492	<i>Geldermalsen/Plamen-co</i>	3.9.7
HR 31 maart 2006	NJ 2011/250, ECLI:NL:HR:2006:AU6092	<i>Nefalit/Karamus</i>	5.3.3.3
HR 21 april 2006	RvdW 2006/424, ECLI:NL:HR:2006:AV2637	<i>Bouma q.q. en Lemstra q.q. en Ontvanger</i>	3.3.2, 5.4.4 , 5.4.7, 5.8
HR 30 juni 2006	NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders, ECLI:NL:HR:2006:AV1559	<i>Bijl/Van Baalen</i>	1.2, 3.8.3, 4.5 , 4.8.1, 4.10, 5.2.9.7, 7.2.6.3, 7.2.8.5, 7.2.11
HR 13 oktober 2006	NJ 2007/432, m.nt. J.B.M. Vranken, ECLI:NL:HR:2006:AV6956	<i>Begaclaim</i>	3.2.7.3
HR 8 december 2006	NJ 2006/659, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758	<i>Ontvanger/Roelofsen</i>	6.3.1, 6.3.3.1
HR 19 januari 2007	NJ 2007/63, JA 2007/42, m.nt. J.L. Brens, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541		3.7
HR 2 februari 2007	NJ 2007/92, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564	<i>Juresta</i>	5.4.5
HR 8 februari 2008	NJ 2008/92, ECLI:NL:HR:2008:BB6196	<i>Bruns c.s./Golden Anchor</i>	3.6.1, 3.7.1, 3.8.1, 4.9, 5.2.2, 5.2.9.5, 5.2.9.6
HR 11 april 2008	NJ 2008/225, ECLI:NL:HR:2008:BC5602		3.2.2.2, 3.2.4.1
HR 25 april 2008	NJ 2008/262, ECLI:NL:HR:2008:BC5603	<i>Frieslandhal</i>	5.3.1, 5.3.2
HR 16 mei 2008	NJ 2008/285, ECLI:NL:HR:2008:BD1674	<i>Romein Staalbouw/Diepvries Services</i>	5.2.9.4
HR 27 juni 2008	NJ 2008/476, ECLI:NL:HR:2008:BD1842		5.5.3
HR 5 september 2008	NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo, ECLI:NL:HR:2008:BC9351		4.4.10
HR 27 maart 2009	NJ 2009/579, m.nt. A.I.M. van Mierlo, ECLI:NL:HR:2009:BH1544	<i>MSD/Euromedia</i>	4.7.5.2
HR 5 juni 2009	NJ 2009/257, ECLI:NL:HR:2009:BH5410		5.5.3

HR 25 september 2009	NJ 2009/460, JBPR 2009/55, m.nt. <i>Hagemeyer/Ceteco</i> M.A.J.G. Janssen, ECLI:NL:HR:2009:BI8517		4.3.2.2 , 4.4.11
HR 22 november 2009	NJ 2009/597, JBPR 2010/5, m.nt. M.R. van Zanten, ECLI:NL:HR:2009:BJ8836		3.3.1
HR 27 november 2009	NJ 2014/201, ECLI:NL:HR:2009:BH2162	<i>World Online</i>	5.4.5
HR 22 januari 2010	NJ 2011/269, ECLI:NL:HR:2010:BK1639		4.4.10
HR 9 april 2010	NJ 2010/215, ECLI:NL:HR:2010:BL1118		3.9.2, 3.9.4, 3.9.6, 3.9.8
HR 25 juni 2010	RvdW 2010/817, ECLI:NL:HR:2010:BM2409		5.2.9.7, 5.6.1
HR 10 september 2010	RvdW 2010/1015, ECLI:NL:HR:2010:BM5846		5.2.3
HR 24 december 2010	NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ECLI:NL:HR:2010:BO1799		5.3.3.2
HR 28 januari 2011	ECLI:NL:HR:2011:BO4930	<i>Marexion/Baboprint</i>	4.6.3
HR 25 maart 2011	NJ 2012/627, m.nt. H.J. Snijders, ECLI:NL:HR:2011:BO9675		6.2.3.1 , 7.3.5.6
HR 27 mei 2011	NJ 2011/254, ECLI:NL:HR:2011:BP5622		2.7.1
HR 8 juli 2011	NJ 2011/309, JBPR 2012/5, m.nt. <i>Forward/Huber</i> L.P. Broekveldt, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823		3.1, 4.4.2, 4.6.1, 5.4.6, 5.5.1 , 5.6.2, 5.6.3, 5.6.4.1, 5.6.6, 5.6.8, 8.1, 8.6
HR 16 december 2011	NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstij- len, ECLI:NL:HR:2011:BU4204	<i>Prakke/Gips</i>	3.2.4.2
HR 23 december 2011	NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde, ECLI:NL:HR:2011:BT7193	<i>X/DNB en AFM</i>	5.2.10
HR 3 februari 2012	NJ 2012/95, JOR 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen, ECLI:NL:HR:2012:BU4914		5.5.1, 5.6.7
HR 6 april 2012	NJ 2012/233, ECLI:NL:HR:2012:BV7828	<i>Grand Café Du- kalAchmea</i>	5.6.4.1
HR 6 april 2012	NJ 2016/196, m.nt. C.E. du Per- ron, ECLI:NL:HR:2012:BU3784	<i>ASR/Achmea</i>	3.9.4
HR 13 april 2012	NJ 2012/445, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPR 2012/902, m.nt. L.P. Broekveldt, ECLI:NL:HR:2012:BV2629	<i>Staalduinen/Tiethoff</i> <i>q.q.</i>	5.6.2

HR 12 oktober 2012	<i>RvdW</i> 2012/1287, ECLI:NL:HR:2012:BX5638		3.9.1, 3.9.3, 3.9.6 , 3.9.10.5
HR 23 november 2012	<i>NJ</i> 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde, <i>JOR</i> 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten, ECLI:NL:HR:2012:BX5881	<i>Spaanse Villa</i>	6.3.1, 6.3.4.1, 8.4
HR 30 november 2012	<i>RvdW</i> 2012/152, ECLI:NL:HR:2012:BY0662		6.3.3.1
HR 14 december 2012	<i>NJ</i> 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:HR:2012:BX8349	<i>Nationale Nederlanden/zoon en moeder</i>	5.3.3.3 , 5.4.6
HR 21 december 2012	<i>NJ</i> 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:HR:2012:BX7491	<i>Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer</i>	5.3.3.3
HR 11 januari 2013	<i>NJ</i> 2013/48, ECLI:NL:HR:2013:BX9830	<i>Griffioen/De Groot</i>	5.2.3, 5.5.4 , 5.6.4.1
HR 19 februari 2013	<i>NJ</i> 2013/402, m.nt. M.J. Borgers, ECLI:NL:HR:2013:BX5566		3.7.1
HR 22 februari 2013	<i>RvdW</i> 2013/312, ECLI:NL:HR:2013:BY6104		5.2.8
HR 19 april 2013	<i>NJ</i> 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, ECLI:NL:HR:2013:BY6108	<i>Koot Beheer/Tideman</i>	3.2.4.3
HR 12 juli 2013	<i>NJ</i> 2014/520, m.nt. J.B.M. Vranken, ECLI:NL:HR:2013:BZ7397		3.2.7.3
HR 18 juli 2013	<i>JA</i> 2013/108, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721		5.4.2
HR 13 september 2013	<i>NJ</i> 2014/455, m.nt. H.B. Krans, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958	<i>Molenbeek Invest/Begeer</i>	4.4.6 , 4.4.11, 6.2.3.3, 7.2.6.2
HR 7 februari 2014	<i>RvdW</i> 2014/290		3.2.7.3
HR 4 april 2014	<i>NJ</i> 2014/195, <i>JOR</i> 2015/1, m.nt. U.B. Verboom, ECLI:NL:HR:2014:829	<i>Air Holland</i>	6.3.3.1 , 8.4
HR 5 september 2014	<i>NJ</i> 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde, ECLI:NL:HR:2014:2628	<i>Tulip Air</i>	6.3.4.1
HR 5 september 2014	<i>NJ</i> 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde, ECLI:NL:HR:2014:2627	<i>RCI Financial Services/Kastrop</i>	6.3.2 , 6.3.3.3
HR 19 december 2014	<i>NJ</i> 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen, ECLI:NL:HR:2014:3678	<i>K/Benedictus q.q.</i>	3.9.8
HR 27 februari 2015	<i>NJ</i> 2015/240, m.nt. P. van Schilfgaarde, <i>JOR</i> 2015/248, m.nt. R.J. van der Weijden, ECLI:NL:HR:2015:499		6.3.3.2
HR 17 april 2015	<i>NJ</i> 2017/155, m.nt. A.I.M. van Mierlo, <i>AA</i> 2015/0794, m.nt. A.W. Jongbloed, <i>JBPR</i> 2015/50, m.nt. M.R. van Zanten, ECLI:NL:HR:2015:1074	<i>Hwang/Nidera</i>	1.2, 4.4.11, 4.5
HR 29 mei 2015	<i>NJ</i> 2015/267, ECLI:NL:HR:2015:1406		6.1

HR 12 juni 2015	NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans, <i>K/Rabobank</i> JOR 2016/17, m.nt. G.J.P. Molkenboer, ECLI:NL:HR:2015:1600		5.6.4.1, 5.6.4.7, 6.4.2
HR 18 september 2015	NJ 2015/382, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, ECLI:NL:HR:2015:274	<i>Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland</i>	3.9.10.5, 6.3.4.1
HR 22 september 2015	NJ 2016/5, m.nt. J.M. Reijntjes, ECLI:NL:HR:2015:2756		3.2.7.4
HR 13 november 2015	RvdW 2015/1238, ECLI:NL:HR:2015:3308		3.7.8, 3.10
HR 29 januari 2016	NJ 2016/92, ECLI:NL:HR:2016:154		6.2.3.1
HR 5 februari 2016	NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen, ECLI:NL:HR:2016:199	<i>Rabobank/Verdonk q.q.</i>	3.2.4.2, 3.2.4.3
HR 1 april 2016	NJ 2016/189, ECLI:NL:HR:2016:542	<i>Duck/Hager</i>	3.12.1, 7.3.7.2, 7.3.11.1
HR 3 juni 2016	NJ 2018/56, m.nt. H.J. Snijders, ECLI:NL:HR:2016:1087		3.7.2
HR 3 juni 2016	NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ECLI:NL:HR:2016:1052	<i>De Leeuw/Pinocchio</i>	3.9.8, 3.9.9, 3.12.1, 8.4
HR 24 juni 2016	NJ 2016/400, m.nt. S. Perrick, ECLI:NL:HR:2016:1271		4.9.1
HR 10 februari 2017	NJ 2018/4, ECLI:NL:HR:2017:214		5.3.1
HR 17 februari 2017	NJ 2017/115, ECLI:NL:HR:2017:273		5.5.1
HR 23 juni 2017	RvdW 2017/725, ECLI:NL:HR:2017:1141		4.4.2, 4.4.3, 4.6.1, 4.6.3, 6.2.3.2, 6.2.3.4 5.2.9.4
HR 17 november 2017	RvdW 2017/1211, ECLI:NL:HR:2017:2898		
HR 18 mei 2018	NJ 2018/428, m.nt. D.W.F. Verkade, ECLI:NL:HR:2018:721	<i>Becton/Braun</i>	3.7.1, 5.6.4.3
HR 22 juni 2018	RvdW 2018/761, ECLI:NL:HR:2018:974		5.2.9.2, 5.2.9.4, 5.2.9.7
HR 6 juli 2018	RvdW 2018/843, ECLI:NL:HR:2018:1101		3.2.1, 4.4.1, 6.2.1
HR 6 juli 2018	NJ 2018/319, ECLI:NL:HR:2018:1115	<i>X/Gravene B.V.</i>	5.6.4.2, 6.2.4.2
HR 23 november 2018	JA 2019/13, ECLI:NL:HR:2018:2047		3.9.8
HR 5 april 2019	RvdW 2019/463, ECLI:NL:HR:2019:547		3.2.4.2
HR 5 april 2019	RvdW 2019/464, ECLI:NL:HR:2019:516		6.5.1

Gerechtshoven

Hoogerechtshof Den Haag 18 juli 1820	Van Hamelsveld 1834 IV, p. 332-336	2.4.3
Provinciaal Gerechts- hof van Holland 4 november 1840	Rechtspraak in Nederland III, p. 16	2.3.1
Hof Den Haag 20 juni 1913	NJ 1913, p. 812	4.6.2
Hof Den Haag 2 no- vember 1914	NJ 1915/110	2.6
Hof Amsterdam 8 februari 1921	NJ 1922, p. 565	2.3.1
Hof Amsterdam 7 december 1921	NJ 1923, p. 395	4.6.2
Hof Den Haag 15 oktober 1923	W 1923/11196	4.6.2
Hof Amsterdam 23 september 1949	NJ 1950/717	2.5.4
Hof Amsterdam 23 november 1949	NJ 1950/717	3.2.2.1
Hof Den Bosch 20 december 1960	NJ 1962/232	5.2.9.7
Hof Den Bosch 28 februari 1985	kenbaar via HR 20 december 1985, NJ 1986/231	3.2.3
Hof Arnhem 7 de- cember 1993	NJ 1995/737	4.4.3
Hof Amsterdam 23 januari 2003	JBPR 2003/29, <i>Moëll'Invité</i> m.nt. A.W. Jongbloed	4.3.1.2
Hof Amsterdam 23 maart 2003	NJF 2006/305, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6774	4.7.5.5
Hof Den Bosch 11 november 2003	JOR 2004/115, m.nt. E. Loesberg, ECLI:NL:GHSHE:2003:AO1606	6.2.3.3
Hof Den Haag 21 september 2004	S&S 2004/131	4.6.2
Hof Den Haag 28 december 2004	S&S 2007/109	4.6.2.
Hof Amsterdam 28 juli 2005	JBPR 2005/70, m.nt. M. Freudent- hal, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU5257	4.4.2, 4.4.10
Hof Amsterdam 23 maart 2006	JOR 2006/167, m.nt. G.J.P. Mol- kenboer	4.7.5.4
Hof Arnhem 27 juni 2006	NJF 2006/416, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5556	6.2.3.1
Hof Amsterdam 10 augustus 2006	JBPR 2007/9, m.nt. F.J.H. Hovens	4.4.3

Hof Leeuwarden 23 augustus 2006	<i>JOR</i> 2006/236, m.nt. A.J. Verdaas, ECLI:NL:GHLEE:2006:AY6866	6.3.2
Hof Arnhem 3 oktober 2006	<i>JOR</i> 2007/22, m.nt. M.M.H.B.F. Lambie, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0609	4.8.3
Hof Den Bosch 7 februari 2007	ECLI:NL:GHSHE:2007:BA1868	4.4.2
Hof Leeuwarden 20 juni 2007	<i>JOR</i> 2007/313, m.nt. E. Loesberg, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA7847	4.7.5.4
Hof Amsterdam 26 juni 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6135	5.6.3
Hof Arnhem 27 juni 2006	ECLI:NL:GHARN:2006:AY5556	6.2.3.1
Hof Den Bosch 4 september 2007	ECLI:NL:GHSHE:2007:BB3161	5.6.2
Hof Arnhem 18 april 2008	ECLI:NL:GHARN:2008:BD2713	4.4.2, 4.4.11
Hof Leeuwarden 9 september 2008	<i>JA</i> 2008/167, m.nt. A.L.M. Keirse, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772	5.2.9.7, 5.6.1 5.2.9.10
Hof Den Haag 21 oktober 2008	<i>JRV</i> 2009/112 ECLI:NL:GHSGR:2008:BG2694	5.6.13, 5.6.14 6.3.2, 6.3.3.3
Hof Den Haag 25 november 2008	ECLI:NL:GHSGR:2008:BH0780	5.6.8
Hof Leeuwarden 10 februari 2009	<i>JOR</i> 2009/148, m.nt. A.C.W. Pijls, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4574	3.7.6 , 3.7.7, 3.12.4, 5.3.3.4 , 3.12.4, 5.4.1, 7.3.9.2, 7.3.9.5
Hof Leeuwarden 24 februari 2009	ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7546	4.7.5.4 , 4.7.5.5
Hof Den Bosch 11 maart 2009	<i>JIN</i> 2009/297, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5998	3.3.1
Hof Den Bosch 17 april 2009	<i>NTFR</i> 2009/1481, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ0674	5.6.4.2
Hof Amsterdam 10 januari 2010	ECLI:NL:GHAMS:2012:BV0477	6.2.3.2
Hof Den Bosch 30 maart 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ2702	3.9.2
Hof Den Haag 13 juli 2010	<i>JOR</i> 2011/130	5.6.17
Hof Den Haag 7 oktober 2010	<i>JBPR</i> 2010/52, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9816	4.4.11
Hof Den Haag 22 februari 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8234	3.9.6 , 6.2.3.2
Hof Den Bosch 12 april 2011	ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1261	6.3.3.1, 6.3.3.2

Hof Den Haag 19 april 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2135	4.9.1
Hof Amsterdam 26 april 2011	JOR 2011/346, m.nt. G.J.L. Bergervoet, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8047	4.7.3, 4.7.5.5
Hof Den Haag 6 september 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5041	5.2.3
Hof Amsterdam 20 september 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BT2007	5.2.8
Hof Den Haag 27 september 2011	NJF 2011/498, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU3371	4.4.10, 4.6.2
Hof Den Bosch 8 november 2011	RON 2012/10, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU4062	6.3.3.1
Hof Amsterdam 22 november 2011	JBPR 2012/52, m.nt. M.R. van Zanten, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7108	6.2.3.2
Hof Amsterdam 10 april 2012	JOR 2012/190, m.nt. B.J. van het Kaar, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW3378	7.2.5
Hof Den Bosch 24 juli 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2910	5.4.6, 5.6.7 , 5.4.7, 5.8
Hof Den Haag 12 februari 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1158	6.3.3.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013	ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783	5.2.9.10, 5.6.1
Hof Amsterdam 2 april 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3127	6.2.3.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013	ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7461	5.2.9.10, 5.6.1
Hof Amsterdam 7 mei 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:1472	6.2.3.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 oktober 2013	ECLI:NL:GHARL:2013:7950	3.8.4, 5.2.9.10
Hof Den Bosch 3 december 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:5883	5.2.9.9, 5.6.5, 5.2.9.10 5.6.15, 5.6.4.1
Hof Amsterdam 15 april 2014	S&S 2015/30, ECLI:NL:GHAMS:2014:1337	4.6.1
Hof Amsterdam 15 juli 2014	ECLI:NL:GHAMS:2014:2782	3.7.8, 3.10
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014	ECLI:NL:GHARL:2014:6020	5.6.12
Hof Amsterdam 23 september 2014	ECLI:NL:GHAMS:2014:3955	4.7.5.7

Hof Amsterdam 7 oktober 2014	<i>NJF</i> 2014/484, ECLI:NL:GHAMS:2014:4269	5.2.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015	<i>NJF</i> 2015/360, ECLI:NL:GHARL:2015:4201	4.7.3
Hof Amsterdam 28 juli 2015	<i>JOR</i> 2016/48, m.nt. E. Loesberg, ECLI:NL:GHAMS:2015:3081	6.4.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:140	5.2.9.4
Hof Den Haag 2 februari 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:95	5.7.1
Hof Den Haag 9 februari 2016	<i>NJ</i> 2018/136, m.nt. A.I.M. van Mierlo, ECLI:NL:GHDHA:2016:280	4.3.1.2, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.10 , 4.6.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.6.7, 4.7.4, 6.2.3.2, 6.2.3.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2016	<i>NJF</i> 2016/251, ECLI:NL:GHARL:2016:2174	5.6.4.2, 6.4.2
Hof Den Bosch 14 april 2016	<i>JOR</i> 2016/39, ECLI:NL:GHSHE:2015:1354	4.7.4
Hof Den Haag 7 juni 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:1551	5.2.9.7
Hof Den Haag 14 juni 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:1624	5.7.3, 5.7.4
Hof Den Haag 19 juli 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:2225	4.6.1
Hof Amsterdam 9 augustus 2016	<i>NJF</i> 2016/5, ECLI:NL:GHAMS:2016:3247	3.7.3, 5.2.9.4, 5.2.9.9
Hof Den Haag 30 augustus 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:2616	3.7.5 , 5.6.8
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:10098	3.9.10.5, 5.4.1, 5.2.10
Hof Amsterdam 10 januari 2017	ECLI:NL:GHAMS:2017:73	5.2.9.4, 5.2.9.7
Hof Den Bosch 7 februari 2017	<i>NJ</i> 2018/372, ECLI:NL:GHSHE:2017:419	6.2.1, 6.2.4.2
Hof Den Haag 7 november 2017	<i>JOR</i> 2018/51, m.nt. A. Steneker, ECLI:NL:GHDHA:2017:3066	6.5.1
Hof Den Haag 15 december 2017	<i>JBPR</i> 2018/24, m.nt. M.A.J.G. Janssen, ECLI:NL:GHDHA:2017:3576	4.4.3, 4.7.2, 4.4.11, 4.7.6, 4.6.2, 5.2.9.7, 5.2.9.10, 5.6.3
Hof Den Haag 29 mei 2018	ECLI:NL:GHDHA:2018:1565	3.7

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018	ECLI:NL:GHARL:2018:6717	1.4
Hof Den Bosch 19 februari 2019	ECLI:NL:GHSHE:2019:596	6.3.3.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2019	<i>JOR</i> 2019/142, m.nt. G.J.P. Molkenboer, ECLI:NL:GHARL:2019:1996,	5.6.7
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2019	ECLI:NL:GHARL:2019:2409	5.6.4.2
Rechtbanken		
Rb. Rotterdam 24 november 1896	W 3171	2.6
Rb. Middelburg 30 november 1898	W 7211	3.2.2.1
Rb. Amsterdam 10 mei 1907	W 8700	2.5.4, 3.2.2.1
Rb. Amsterdam 14 oktober 1908	W 8974	3.2.2.1
Pres. Rb. Amsterdam 12 oktober 1917	<i>NJ</i> 1917, p. 1254	4.6.2
Rb. Alkmaar 18 april 1918	<i>NJ</i> 1918, p. 985	2.5.4
Pres. Rb. Rotterdam 9 januari 1919	<i>NJ</i> 1919, p. 952	4.6.2
Pres. Rb. Den Haag 23 januari 1985	<i>KG</i> 1985/46	4.7.5.4
Pres. Rb. Dordrecht 26 juni 1986	<i>KG</i> 1986/319	4.9.1, 5.2.9.7
Pres. Rb. Utrecht 29 november 1994	<i>KG</i> 1995/77	4.9.2
Pres. Rb. Leeuwarden 28 maart 1996	<i>KG</i> 1996/173	4.7.1
Rb. Arnhem 18 mei 1999	<i>KG</i> 99/235 kenbaar uit Janssen 2011, p. 40	4.7.2, 4.7.5.7
Pres. Rb. Zwolle 2 december 1999	<i>KG</i> 2000/39	3.4.3, 4.8.4
Rb. Den Bosch (vzr.) 17 april 2000	<i>JOR</i> 2000/137	4.7.1, 4.7.4
Rb. Groningen 20 juni 2000	<i>AB</i> 2002/50, m.nt. S.E. Zijlstra, ECLI:NL:RBGRO:2000:AA6875	6.4.1
Rb. Den Bosch (vzr.) 2 mei 2002	<i>NJ</i> 2002/512, ECLI:NL:RBSHE:2002:AE2280	4.7.5.4
Rb. Haarlem (vzr.) 25 april 2003	<i>S&S</i> 2004/19, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI0059	4.7.1

Rb. Middelburg (vzr.) 12 augustus 2003	Kenbaar uit Gerretsen 2013, p. 96	4.6.2
Rb. Breda (vzr.) 15 augustus 2003	<i>NJF</i> 2003/43	4.6.2
Pres. Rb. Zwolle 18 september 2003	<i>NJF</i> 2004/99	3.2.8, 4.7.5.4, 4.7.5.2
Rb. Zwolle 17 november 2004	<i>JBPR</i> 2005/29, m.nt. A. van Hees, ECLI:NL:RBZLY:2004:AS3639	4.8.4, 6.3.2, 5.6.1
Rb. Leeuwarden 27 juli 2005	<i>JBPR</i> 2006/26, m.nt. B.T.M. van der Wiel, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU7488	5.6.15, 6.2.4.2
Rb. Utrecht 12 juli 2006	ECLI:NL:RBUTR:2006:AY4046	5.6.3
Rb. Amsterdam 20 december 2006	ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ6723	3.3.2, 5.6.13, 5.6.4.1
Rb. Middelburg 20 december 2006	ECLI:NL:RBMID:2006:BX9914	3.9.10.5, 5.6.4.2
Rb. Arnhem 8 augustus 2007	ECLI:NL:RBARN:2007:BB1997	5.2.3
Rb. Haarlem 31 augustus 2007	<i>JBPR</i> 2008/14, m.nt. A.W. Jongbloed, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB3263	4.7.2
Rb. Dordrecht 31 oktober 2007	ECLI:NL:RBDOR:2007:BB7171	3.6.1, 5.2.9.6, 5.2.2
Rb. Rotterdam 28 november 2007	ECLI:NL:RBROT:2007:BB9315	5.2.3
Rb. Utrecht 12 december 2007	ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9766	5.2.3, 5.6.12
Rb. Dordrecht 23 januari 2008	ECLI:NL:RBDOR:2008:BC2958	5.2
Rb. Rotterdam 26 maart 2008	ECLI:NL:RBROT:2008:BD6989	5.2.3
Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 juli 2008	ECLI:NL:RBLEE:2008:BD7682	4.7.1, 4.7.4
Rb. Rotterdam 27 augustus 2008	ECLI:NL:RBROT:2008BF2216	3.6.1, 5.2.2
Rb. Arnhem (vzr.) 4 december 2008	ECLI:NL:RBARN:2008:BH0298	
Rb. Rotterdam 28 januari 2009	<i>NJF</i> 2009/124, ECLI:NL:RBROT:2009:BH3196	5.2.9.7, 5.6.3
Rb. Den Haag 15 april 2009	<i>NJF</i> 2009/339, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI9339	6.4.1
Rb. Haarlem 10 juli 2009	<i>NJF</i> 2009/363, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3022	6.2.3.2
Rb. Alkmaar 19 augustus 2009	<i>NJF</i> 2009/478, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5669	2.7.2

Rb. Leeuwarden 26 augustus 2009	ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ6700	5.2.9.10, 5.6.18, 5.6.4.5, 5.6.4.7 4.4.10
Rb. Utrecht 14 oktober 2009	ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3179	4.4.10
Rb. Amsterdam (vzr.) 16 oktober 2009	<i>JOR</i> 2009/50, m.nt. M.A.J.G. Janssen	4.3.2.1
Rb. Amsterdam 10 december 2009	<i>NJF</i> 2010/339, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6080	6.4.1
Rb. Utrecht 10 maart 2010	ECLI:NL:RBUTR:2010:BL7122	5.2.9.9
Rb. Utrecht (vzr.) 7 mei 2010	<i>JOR</i> 2010/215, m.nt. E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2965	4.6.1 , 4.7.5.1, 4.6.2, 4.7.5.4
Rb. Arnhem 16 juni 2010	ECLI:NL:RBARN:2010:BN0289	5.6.3, 5.6.8, 5.6.5 4.9.2
Rb. Den Bosch 30 juni 2010	<i>JOR</i> 2010/291, m.nt. E. Loesberg, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN1389	4.9.2
Rb. Amsterdam 20 juli 2010	ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2000	3.3.2
Rb. Rotterdam (vzr.) 2 augustus 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BN3503	4.6.1
Rb. Haarlem (vzr.) 27 augustus 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BN8276	4.4.1, 4.4.2
Rb. Amsterdam 24 november 2010	ECLI:NL:RBAMS:2010:BP6669	5.2.3
Rb. Rotterdam 15 december 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BO8920	5.2.5, 5.6.3 5.2.9.7, 5.6.5
Rb. Dordrecht 5 januari 2011	ECLI:NL:RBDOR:2011:BP0594	3.7.4, 5.2.6
Rb. Rotterdam 9 maart 2011	<i>JA</i> 2011/90, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9785	3.9.2
Rb. Amsterdam (vzr.) 31 maart 2011	ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1704	4.4.2, 4.6.1,
Rb. Amsterdam (vzr.) 7 april 2011	<i>NJF</i> 2011/246, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3375	6.2.3.2.
Rb. Den Haag 20 april 2011	<i>NJF</i> 2011/227 ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2516	3.2.4.2.
Rb. Den Haag 18 juli 2011	<i>JOR</i> 2011/213, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8201	6.3.1, 6.3.3.4
Rb. Den Haag 27 juli 2011	ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1270	3.9.2
Rb. Rotterdam (vzr.) 27 juli 2011	ECLI:NL:RBROT:2011:BR5442	6.2.3.2
Rb. Haarlem (vzr.) 25 augustus 2011	ECLI:RBHAA:2011:BT2471	4.3.1.1, 4.6.1,

Rb. Rotterdam 30 november 2011	RON 2011/49, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9786	6.3.3.1
Rb. Haarlem (vzr.) 16 januari 2012	NJF 2012/210, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV3921	6.2.3.2
Rb. Den Haag 25 januari 2012	ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3087	5.6.15
Rb. Arnhem 29 februari 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BV8586	5.6.7, 5.6.15,
Rb. Amsterdam (vzr.) 7 maart 2012	JBPR 2012/16, m.nt. A. Stenekker en JOR 2011/311, m.nt. E.L.A. van Emden, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3172 <i>Trafigura</i>	4.7.4
Rb. Rotterdam 28 maart 2012	ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672	4.9.2
Rb. Utrecht 18 april 2012	ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3578	5.6.5
Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtshoofden) 26 juni 2012	ECLI:NL:RBAMS:YB0851	6.4.2
Rb. Den Haag 27 juni 2012	ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2026	5.2.3
Rb. Amsterdam (vzr.) 3 juli 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1655	6.2.3.4
Rb. Amsterdam (vzr.) 16 juli 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1660	6.2.3.4
Rb. Den Haag (vzr.) 2 augustus 2012	CR 2013/9, m.nt. H. Struik, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY9486	6.2.3.4
Rb. Zutphen 18 september 2012	JOR 2013/257, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX9445	3.2.4.2
Rb. Amsterdam (Kamer voor Gerechtshoofden) 4 december 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:YB0903	6.4.2
Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1030	3.3.9, 4.4.2, 4.4.8
Rb. Alkmaar (vzr.) 20 december 2012	ECLI:NL:RBALK:2012:BY6992	6.2.3.2
Rb. Amsterdam 22 januari 2013	ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9890	6.2.3.4
Rb. Noord-Nederland 4 februari 2013	NJF 2013/111, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ0437	6.2.3.2
Rb. Noord-Nederland (vzr.) 20 februari 2013	ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2157	4.7.5.4

Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013	ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2690	6.2.3.2
Rb. Rotterdam 27 februari 2013	ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6048	5.2.4, 5.6.5, 5.6.6, 5.6.13, 6.2.3.2
Rb. Amsterdam 12 maart 2013	<i>NJF</i> 2013/243, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789	6.2.4.2, 6.3.4.2 6.2.3
Rb. Rotterdam (vzr.) 28 maart 2013	ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6869	6.2.3.2
Rb. Den Haag 3 april 2013	<i>NJF</i> 2013/200,	3.2.4.2
Rb. Limburg 10 april 2013	ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ6930	5.6.3, 5.6.4.1,
Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2013	<i>Prg.</i> 2014/159, ECLI:NL:RBROT:2013:10910	6.2.3.2
Rb. Midden-Neder- land 29 mei 2013	ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1478	5.6.3
Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juli 2013	ECLI:NL:RBAMS:2013:4620	4.6.1
Rb. Midden-Neder- land (vzr.) 19 juli 2013	ECLI:NL:RBMNE:2013:3231	4.6.1, 6.2.3.3, 6.2.3.2
Rb. Amsterdam (vzr.) 22 juli 2013	ECLI:NL:RBAMS:2013:4806	4.4.6
Rb. Overijssel (vzr.) 29 juli 2013	<i>Prg.</i> 2013/270 ECLI:NL:RBOVE:2013:1654	6.2.3.2
Rb. Amsterdam 31 juli 2013	ECLI:NL:RBAMS:2013:6558	5.6.13,
Rb. Rotterdam 9 augustus 2013	<i>S&S</i> 2014/17, ECLI:NL:RBROT:2013:6323	4.7.5.4
Rb. Rotterdam (vzr.) 2 september 2013	ECLI:NL:RBROT:2013:7398	6.2.3.4
Rb. Den Haag 10 oktober 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:13481	3.3.2
Rb. Noord-Holland 20 december 2013	<i>JOR</i> 2014/35, ECLI:NL:RBNHO:2013:12721	5.6.16, 5.8
Rb. Amsterdam (Ka- mer voor Gerechts- deurwaarders) 7 januari 2014	ECLI:NL:TGDKG:2014:2	6.4.2
Rb. Amsterdam (Ka- mer voor Gerechts- deurwaarders) 7 januari 2014	ECLI:NL:TGDKG:2014:3	6.4.2
Rb. Almelo 11 juli 2014	ECLI:NL:RBOVE:2014:3891	6.2.3.2, 6.2.3.4
Rb. Rotterdam 3 september 2014	ECLI:NL:RBROT:2014:8040	5.6.6, 5.6.12

Rb. Den Haag 17 september 2014	<i>IER</i> 2015/6, m.nt. J.C.S. Pincakers, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693	5.3.3.4 , 5.6.6
Rb. Overijssel (vzr.) 16 januari 2015	<i>NJF</i> 2015/155, ECLI:NL:RBOVE:2015:239	4.7.5.5
Rb. Almelo 11 juli (vzr.) 2014	ECLI:NL:RBOVE:2014:3891	6.2.3.1, 6.2.3.2
Rb. Oost-Brabant (vzr.) 6 maart 2015	<i>Prg.</i> 2015/116, ECLI:NL:RBOBR:2015:1231	6.2.3.12
Rb. Den Haag 19 mei 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:5740	4.7.1, 4.8.3
Rb. Den Haag (vzr.) 29 mei 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:7039	4.7.4
Rb. Den Haag 17 juni 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:7253	5.2.3, 5.6.12
Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 13 augustus 2015	<i>Prg.</i> 2015/267, ECLI:NL:RBZWB:2015:5416	6.2.3.2
Rb. Noord-Holland (vzr.) 23 september 2015	<i>IER</i> 2016/11, m.nt. C.J.-A. Seinen ECLI:NL:RBDHA:2015:11490	6.2.3.2, 6.2.3.3
Rb. Gelderland 21 oktober 2015	ECLI:NL:RBGEL:2015:7247	5.6.5, 5.6.10
Rb. Gelderland (vzr.) 12 februari 2016	<i>NJF</i> 2016/195, ECLI:NL:RBGEL:2016:1491	5.7.1
Rb. Den Haag 30 maart 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:3399	3.9.2
Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016	<i>JOR</i> 2016/138, m.nt. F.B. Bosvelt, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705	3.4.2.4
Rb. Rotterdam 18 mei 2016	<i>NJF</i> 2016/336, ECLI:NL:RBROT:2016:4166	3.2.4.2 6.2.4.2, 6.5.1
Rb. Rotterdam (vzr.) 28 juni 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:5141	6.2.3.4
Rb. Amsterdam (vzr.) 29 juni 2016	<i>NJF</i> 2016/377, ECLI:NL:RBAMS:2016:4113	6.2.3.2
Rb. Midden Nederland (vzr.) 1 juli 2016	ECLI:NL:RBMNE:2016:3599	6.2.3.2
Rb. Den Haag (vzr.) 12 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:7891	6.2.3.2, 6.2.3.3
Rb. Amsterdam (vzr.) 11 augustus 2016	<i>NJF</i> 2016/419, ECLI:NL:RBAMS:2016:5100	6.2.3.1
Rb. Amsterdam (vzr.) 26 augustus 2016	ECLI:NL:RBAMS:2016:6649	4.5
Rb. Rotterdam (vzr.) 10 oktober 2016	<i>NJF</i> 2016/495, ECLI:NL:RBROT:2016:8083	4.7.5.3

Rb. Amsterdam (vzr.) 18 oktober 2016	ECLI:NL:RBAMS:2016:6649	4.6.1
Rb. Amsterdam (vzr.) 21 oktober 2016	ECLI:NL:RBAMS:2016:7399	4.4.10, 4.6.1
Rb. Rotterdam 7 december 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:10059	5.1, 5.2.9.10, 5.2.9.7 , 5.6.1
Rb. Oost-Brabant (vzr.) 12 januari 2017	<i>NJF</i> 2017/183, ECLI:NL:RBOBR:2017:169	4.7.1
Rb. Midden-Nederland 25 januari 2017	<i>AR</i> 2017/984, ECLI:NL:RBMNE:2017:182	6.3.3.3
Rb. Rotterdam 26 april 2017	<i>S&S</i> 2017/101, ECLI:NL:RBROT:2017:4054	5.2.8
Rb. Amsterdam 12 juni 2017	ECLI:NL:RBAMS:2017:4359	5.6.3
Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017	<i>AR</i> 2017/3369, ECLI:NL:RBMNE:2017:2899	5.6.2, 5.6.11
Rb. Amsterdam (vzr.) 11 oktober 2017	<i>NJF</i> 2017/499, ECLI:NL:RBAMS:2017:7763	5.6.3
Rb. Noord-Holland (vzr.) 7 februari 2018	ECLI:NL:RBNHO:2018:910	4.3.2.2
Rb. Oost-Brabant 14 februari 2018	ECLI:NL:RBOBR:2018:724	3.9.2
Rb. Rotterdam 23 februari 2018	ECLI:NL:RBROT:2018:1608	6.2.3.2
Rb. Gelderland (vzr.) 1 maart 2018	ECLI:NL:RBGEL:2018:1217	4.4.7
Rb. Rotterdam 18 april 2018	ECLI:NL:RBROT:2018:3315	3.7, 5.7.4
Rb. Rotterdam 25 april 2018	ECLI:NL:RBROT:2018:4483	5.6.4.5, 5.6.4.6
Rb. Amsterdam (vzr.) 12 juli 2018	<i>JBPR</i> 2019/10, m.nt. E.L.A. van Emden, ECLI:NL:RBAMS:2018:5813	4.7.5.5
Rb. Overijssel 19 september 2018	ECLI:NL:RBOVE:2018:4056	5.3.2, 6.3.1 5.6.4.2
Rb. Midden-Nederland 31 oktober 2018	<i>NJF</i> 2019/81, ECLI:NL:RBMNE:2018:5425,	3.2.6, 5.7.4 3.10, 5.6.4.5 5.6.3, 5.6.6 6.3.3.3 , 6.3.3.2
Rb. Rotterdam 27 november 2018	ECLI:NL:RBROT:2018:9770	4.4.7

Rb. Overijssel (vzr.) 13 februari 2019,	ECLI:NL:RBOVE:2019:501	6.2.3.4
Rb. Rotterdam 1 maart 2019	ECLI:NL:RBROT:2019:1699	6.2.3.4
Rb Noord-Holland (vzr.) 27 maart 2019	ECLI:NL:RBNHO:2019:2526	4.4.11
Rb. Den Haag (vzr.) 26 maart 2019	ECLI:NL:RBDHA:2019:3235	6.2.3.2
Overig Nederland, Antillen		
Hof van Discipline 2 april 1986, 883	<i>Adv.bl.</i> 1987, p. 138	6.2.2
Hof van Discipline 25 augustus 1986, 893	<i>Adv.bl.</i> 1987, p. 417 en Boekman 2012, p. 136	6.2.2
Hof van Discipline 30 mei 1988/1122	<i>Adv.bl.</i> 1988, p. 494 en Boekman 2012, p. 127	6.2.1
Hof van Discipline 2 maart 1992/1607	Boekman 2012, p. 127	6.2.1
Hof van Discipline 31 augustus 2001, 3185	<i>Adv.bl.</i> 2003, p. 47 en Boekman 2012, p. 139	6.2.2
Raad van Discipline Amsterdam 31 ja- nuari 2012	ECLI:NL:TA- DRAMS:2012:YA2371	6.1, 6.2.4.1
Raad van Discipline Amsterdam 27 februari 2012	ECLI:NL:TA- DRAMS:2012:YA2494	6.2.3.1
Raad van Discipline Den Haag 27 augus- tus 2012	ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA3825	6.2.2, 6.2.3.3
Hof van Discipline Den Bosch van 16 december 2013	ECLI:NL:TAHVD:2013:368	6.2.4.2
Raad van Discipline Amsterdam 10 no- vember 2014	ECLI:NL:TADRAMS:2014:303	6.2.3.3
Raad van Discipline Amsterdam 7 sep- tember 2015	ECLI:NL:TADRAMS:2015:224	6.2.2
Raad van Discipline Den Haag 22 septem- ber 2015	ECLI:NL:TADRSGR:2015:236	6.2.3.3
Raad van Discipline Amsterdam 16 februari 2016	ECLI:NL:TADRAMS:2016:48	6.2.3.3

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 24 augustus 2016	ECLI:NL:OGCAA:2016:573	5.6.11, 6.2.2
Gerecht in Eerste Aanleg van Sint- Maarten 4 oktober 2016	ECLI:NL:OGAAM:2016:64	5.2.9.9, 5.6.6
Raad van Discipline Den Bosch 1 mei 2017	ECLI:NL:TADRSHE:2017:89	6.2.3.2
Raad van Discipline Arnhem-Leeuwar- den 27 september 2017	ECLI:NL:TADRARL:2017:227	6.2.2
Raad van Discipline Den Haag 23 april 2018	ECLI:NL:TADRSGR:2018:86	6.2.2
Raad van Discipline Arnhem-Leeuwar- den 23 juli 2018	ECLI:NL:TADRARL:2018:245	6.2.2
België		
Hof te Brussel 12 november 1816	<i>Journal de la Cour de Bruxelles</i> , To- me II, de 1816, Vos de Wael 1856, p. 222	2.4.3
Hof van Cassatie 14 september 1984	RW 1985-86, 894	7.2.6.1
Hof van Cassatie 7 april 1995	RW 1995-96, p. 184, m.nt. K. Broeckx	7.2.9.1
Hof van Cassatie 22 juni 2000	RW 2000-01/1166	
Hof van Cassatie 10 september 2004	Nr. C.03.0136.N, <i>Lampen-arrest</i>	7.2.10.4
Hof van Cassatie 17 februari 2005	RW 2007-08/2221, Nr. C.03.0475.F, <i>Distribois/Zürich c.s.</i>	7.2.10.2
Hof van Cassatie 11 maart 2005	RW 2007-08/192, Nr. C.03.0591.N/1, <i>Tapijten-arrest</i>	7.2.10.3
Hof van Cassatie 2 februari 2007	RW 2006-07/1679, Nr. C.05.0367.N	7.2.8.4
Hof van Cassatie 26 september 2008	RW 2009-10/237, Nr. C.07.0416.N	7.2.5
Hof van Cassatie 26 februari 2010	Nr. C.08.0597.F	7.2.9.2
Hof van Cassatie 12 januari 2012	JLMB 2012/1966, Nr. C.10.0660.N	7.2.6.3

Hof van Cassatie 28 februari 2013	RW 2013-2014/1425, Nr. C.12.0066.F	7.2.5
Hof van Cassatie 14 november 2014	Nr. C.13.0398.N, <i>Panda/Holder</i>	7.2.10.6
Hof van Cassatie 3 september 2015	Nr. C.14.0310.N	7.2.6.3
Hof van Cassatie van 23 februari 2015	Nr. C.14.0396.N	7.2.9.1
Hof van Cassatie 18 februari 2016	<i>P&B</i> 2016/140, Nr. C.15.0168.N	7.2.6.2, 7.2.6.4
Hof van Cassatie 24 november 2016	Nr. C.15.0333.F	7.2.6.3
Hof van Beroep Gent 17 januari 2005	RW 2007-08/1250	7.2.9.1
Hof van Brussel 15 december 2009	<i>RABG</i> 2010/8, m.nt. J. Lindemans en A. De Boeck in <i>RABG</i> 2011/0116, <i>I.R.D.I.</i> 2010, p. 274, m.nt. V. Pede	7.2.10.5
Hof van Beroep Luik 11 juni 2013	<i>JLMB</i> 2014/802	7.2.8.5
Beslagrechter Antwerpen 14 oktober 1982	<i>Rechtspr. Antwerpen</i> 1987/119, m.nt. J. Laenens	7.2.8.5
Beslagrechter Antwerpen 12 november 1992	RW 1992-93, 1169, m.nt. Van Haegenborgh	7.2.8.5
Beslagrechter Brussel 15 juni 2012	A.R. nr. 12/3964/A kenbaar via Brijs e.a. 2015, p. 322	7.2.3
Kantonrechter Brussel 8 oktober 2007	<i>JLMB</i> 2008/1286, m.nt. F. Georges	4.7.2, 7.2.8.4 4.11
Duitsland		
Reichsgericht 20 september 1882	<i>RGZ</i> 7/374	7.3.8.2
Reichsgericht 17 oktober 1890	<i>RGZ</i> 26/204-207	7.3.8.2
Reichsgericht 6 juni 1904	<i>RGZ</i> 58/236	7.3.8.2
Reichsgericht 31 januari 1908	<i>RGZ</i> 067/365 – 372, Reichsgericht 31 januari 1908,	7.3.9.3
Reichsgericht 6 november 1923	<i>RGZ</i> 108/253	7.3.8.2
Reichsgericht 8 januari 1934	<i>RGZ</i> 143/119	7.3.10.3
BGH 25 mei 1959	<i>NJW</i> 1959, 1272	7.3.8.2

BGH 1 december 1965	<i>BB</i> 66/267	7.3.10.3
BGH 9 mei 1978	<i>NJW</i> 1978, 2024	7.3.10.3
BGH 20 maart 1979	<i>NJW</i> 1980, 189, BGH 20 maart 1979,	7.3.10.1
BGH 16 mei 1980	<i>NJW</i> 1980, 2187, BGH 16 mei 1980	7.3.8.2
BGH 5 oktober 1982	<i>NJW</i> 1983, 232, BGH 5 oktober 1982	7.3.11.3
BGH 19 september 1985	<i>NJW</i> 1986, 1107, BGH 19 september 1985	7.3.11.2
BGH 7 juni 1988	<i>NJW</i> 1988, 3268	7.3.9.1
BGH 1 april 1991	<i>NJW</i> 1993, 2685	7.3.11.5
BGH 25 november 1993	<i>NJW</i> 1994, 1413, BGH 25 november 1993	7.3.10.2
BGH 15 mei 2003	<i>NJW</i> 2003, 2610, BGH 15 mei 2003	7.3.10.1
BGH 17 november 2005	<i>NJW</i> 2006, 443, BGH 17 november 2005	7.3.11.3, 7.3.12
BGH 20 juli 2006	<i>NJW</i> 2006, 2767	7.3.8.3 , 7.3.9.1
BGH 1 maart 2007	<i>NJW</i> 2007, 2485	
BGH 10 juli 2014	<i>NJW-RR</i> 2015, 54, BGH 10 juli 2014, <i>Nero</i>	7.3.7.2, 7.3.11.1 7.3.11.2
BGH 30 juli 2015	<i>NJW-RR</i> 2016, 485-490, BGH 30 juli 2015, <i>Piadina/Rückruf</i>	7.3.10.3
BGH 19 november 2015	<i>GRUR</i> 2016/720-724, BGH 19 november 2015, <i>Hot Socks</i>	7.3.11.4
Bundesfinanzhof 1978	<i>BB</i> 78/1203	7.3.4.1
OLG München 13 januari 1981	<i>NJW</i> 1983, 2577	7.3.4.1
OLG Stuttgart 5 januari 1996,	<i>NJW-RR</i> 1996, 775, OLG Stuttgart, 5 januari 1996	7.3.4.1
OLG München 7 maart 1996	<i>WRP</i> 1996/784, OLG München 7 maart 1996	7.3.4.1, 7.3.10.3
OLG Bremen 7 mei 2015	<i>NJOZ</i> 2015/1953	7.3.4.1
OLG München 13 oktober 2016	<i>WM</i> 2017/644	7.3.4.1

Dankwoord

Een groot voordeel voor de buitenpromovendus is dat hij of zij reeds een weg in de praktijk heeft afgelegd, daarbij talloze mensen ontmoetend, van wie belangrijke lessen zijn geleerd, met wie is gespard, die een blik op nieuwe inzichten hebben geopend, die hebben geprikkeld en geïnspireerd. Daar ben ik bijzonder dankbaar voor. Het feit dat het onmogelijk is al deze mensen hier op te noemen maakt mijn dankbaarheid er niet minder om.

Een aantal van hen wil ik in dit dankwoord persoonlijk bedanken. In de eerste plaats dank ik wijlen mijn patroon Piet Peters voor de warme en stevige wijze waarop hij mij bij mijn eerste stappen in de praktijk bij de hand heeft genomen. Dank ook aan Ronald Verdaas die mij stimuleerde om te gaan publiceren, waarmee uiteindelijk het vertrouwen kwam om aan dit avontuur te beginnen. Een bijzonder woord van dank richt ik tot Agnes Menken, met wie ik al achttien jaar mag samenwerken. Zij heeft mij de ruimte geboden dit proefschrift te schrijven en was ook intensief betrokken bij mijn vorderingen.

Veel dank ben ik verschuldigd aan mijn promotoren Ton Jongbloed en Toon van Mierlo. Ton, je voelde feilloos aan dat warme belangstelling over de voortgang, op gedoseerde momenten geuit, de meest effectieve manier was om mij progressie te laten boeken. Ik dank je voor de sturing wanneer dat nodig was en voor onze gesprekken, waarbij het niet alleen over de wetenschap ging maar ook over onszelf. Toon, zeer veel dank voor je scherpe blik en pen, de inzichten die je met mij deelde en vooral ook het laatste en enthousiaste duwen richting de eindstreep.

Vanzelfsprekend dank ik ook de leden van de leescommissie voor hun bereidheid om mijn manuscript te beoordelen, mr. dr. L.P. Broekveldt, prof. mr. A.L.M. Keirse, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. dr. S. Voet en prof. mr. C.J.J.C. van Nispen. De laatste dank ik ook voor het zorgvuldig vastleggen van ongerechtigheden in Nederlandse en Duitse taal, die hij bij lezing had aangetroffen.

Dank ook aan Antoine Paris, uitgever, Manon Müller, redacteur, en Marike Dubbel-dam, corrector, die allen veel werk hebben verzet om het proefschrift te gieten in het boek dat voor u ligt.

Langs de sportvelden, op het schoolplein, tijdens de rondvraag bij vergaderingen, maandag (en ook op andere dagen) op het werk, steeds diezelfde vraag uit vele monden: hoe is het met je proefschrift? Vaak zorgde die vraag voor instant ongemak omdat de stapels papieren en boeken al weer een tijdje onaangeroerd waren gebleven. Maar het diepere effect van al die interesse was dat ik weer motivatie kreeg om verder te schrijven.

Lieve Roelien, dank voor je warme belangstelling al die jaren. Het is heel verdrietig dat Tom sr. de afronding van dit onderzoek niet heeft mee mogen maken. Hij was met jou altijd even betrokken.

Lieve Cato, Tom, Matthijs en Jet, dank voor jullie steun in de afgelopen jaren. ‘Vraag het papa maar even niet meer’, zoals jullie onze vrienden influisterden die benieuwd bleven naar de voortgang, was een mooi voorbeeld van die steun!

Lieve Evelien, het voltooien van dit proefschrift is een teamprestatie, waarvoor ik je dubbel wil bedanken. Voor je liefdevolle steun aan mij, maar ook voor het geven van ruimte – in alle opzichten – om dit boek te schrijven.

Lieve ouders, dank voor alles wat jullie mij hebben meegegeven en het rotsvaste vertrouwen dat het boek er uiteindelijk zou komen. Aan jullie draag ik dit boek op.

Curriculum vitae

Gijs Molkenboer werd geboren in Oss op 13 april 1971. In 1989 behaalde hij zijn vwo-diploma aan het Titus Brandsma Lyceum aldaar. In hetzelfde jaar is hij Rechtsgeleerdheid gaan studeren aan de Universiteit Utrecht. In 1996 is hij afgestudeerd in de richtingen privaatrecht en strafrecht en als advocaat gaan werken bij achtereenvolgens De Jonge Peters Rammelink advocaten in Deventer en Holla Advocaten in 's-Hertogenbosch. In 2001 is hij dienst getreden bij SNS REAAL, waar hij heeft gewerkt als senior jurist, hoofd Bankrecht en directiesecretaris van REAAL. Na de splitsing van dit concern in 2015 is hij werkzaam voor VIVAT N.V., thans als Head Insurance Law & Litigation. Daarnaast is hij actief als docent, onder meer voor de Beroepsopleiding advocaten, en lid van de redactie van de Financieel Juridische Reeks en het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*.

Bijlage

Aantallen verlofrekesten

Bron: Raad voor de rechtspraak

Er wordt niet geregistreerd of een verlofrekest is af- of toegewezen

Toegewezen vorderingen tot vergoeding van schade na onterecht beslag worden evenmin geregistreerd

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
17.364	15.444	11.319	8.835	8.420	7.346	6.811	6.340	5.986
+ 10%	-11 %	-27%	-22%	-5%	-13%	-7%	-7%	-6%

