



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Dreiging met executie van een vonnis: onrechtmatigheid en eigen schuld

Castermans, A.G.

Citation

Castermans, A. G. (2016). Dreiging met executie van een vonnis: onrechtmatigheid en eigen schuld. *Ars Aequi*, 65(11), 849-854. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46384>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46384>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Dreiging met executie van een vonnis: onrechtmatigheid en eigen schuld

Prof.mr. A.G. Castermans

HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189 (*Oyster Pond*); (mrs. E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders; A-G Vlas)

1 Verloren uitzicht

Hendrikus Hager woonde al jaren in het groen van Oyster Pond op Sint Maarten. Hij had vanaf zijn terras uitzicht op de oceaan, totdat Duck International Ltd. hem het ontnam door de bouw van Villa Conch en een extra verdieping op de Coral Beach Club.¹

Bij vonnis van 12 mei 2009, op vordering van Hager, veroordeelde het Gerecht in Eerste Aanleg Duck om binnen een maand na betekening van het vonnis de villa en de bovenste verdieping af te breken, onder bepaling van een dwangsom van US\$ 5.000 per dag tot een maximum van US\$ 1.000.000. Duck tekende hoger beroep aan tegen dit vonnis. Hager liet het vonnis op 29 juni 2009 aan Duck betekenen. Vervolgens maakte Duck een begin met de afbraak van de villa en de verdieping. Ondertussen vorderde Duck schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis.²

Op 16 juli 2009 heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie de tenuitvoerlegging van het vonnis geschorst. Bij vonnis van 17 december 2010 heeft het hof het vonnis van 12 mei 2009 vernietigd. Het vonnis van het hof van 17 december 2010 is in kracht van gewijsde gegaan.³ Bij nader inzien hoefde Duck de villa en de bovenste verdieping van het clubhuis niet af te breken.

Ondertussen had Duck in de periode van 29 juni 2009 tot 16 juli 2009 US\$ 93.424,15 verspijkerd aan de afbraak van de villa en de verdieping. Hij vordert veroordeling van

Hager tot betaling van deze kosten. Hager zou aansprakelijk zijn voor de door haar geleden schade, omdat hij heeft aangedrongen op de nakoming van een vonnis dat naderhand is vernietigd. Het Gerecht in Eerste Aanleg wijst de vordering van Duck toe, maar het Gemeenschappelijk Hof van Justitie vernietigt het vonnis en wijst de vordering van Duck alsnog af:

‘Nu Duck is aangevangen met de afbraakwerkzaamheden tijdens de periode dat de schorsingsvordering bij het Hof aanhangig was, zonder overleg met Hager en zonder een spoedmaatregel te vragen, en overigens ook (ruim) voordat de dwangsommen zouden worden verbeurd (een maand na betekening), dient te worden geoordeeld dat de afbraakkosten die Duck heeft gemaakt voor haar risico dienen te komen. De vordering in conventie van Duck om Hager te veroordelen tot betaling van deze kosten zal dan ook worden afgewezen’ (r.o. 3.3).

Duck stelt cassatieberoep in. De centrale vraag is voor wiens rekening de kosten van de afbraakwerkzaamheden komen. Wie draagt het risico van de executie van het vonnis dat in hoger beroep is vernietigd?

2 Uitspraak⁴

Het cassatiemiddel bestaat uit negen onderdelen. De eerste drie onderdelen staan centraal in de uitspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad vat ze samen:

1 ‘Judge orders demolition of Coral Beach Club buildings’, *The Daily Herald* 19 mei 2009, p. 8.

2 Voor een beeld van de afbraakwerkzaamheden, zie: <http://smn-news.com/st-maarten-st-martin-news/8951-duck-demolition-beginstwo-weeks-behind-court-order>.

3 Een civiele uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba heet een vonnis.

4 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189, *JA* 2016/85 m.nt. J.D. Kraaikamp, *JIN* 2016/87 m.nt. G.J. de Bock & R.A.G. de Vaan, *Prg.* 2016/129 en *RvdW* 2016/440.

‘Onderdeel 1 klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de partij die door dreiging met executie van dwangsommen de wederpartij heeft gedwongen tot nakoming van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd. Onderdeel 2 klaagt kort gezegd dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is althans onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel wijst erop dat het hof de volgende stellingen van Duck niet in zijn beoordeling heeft betrokken:

(i) Het was voor Duck noodzakelijk om, wilde zij niet het risico van de verbeurte van dwangsommen lopen, vanaf 29 juni 2009 alvast een begin te maken met de afbraak van het gebouwde. Bij een ongunstige uitkomst van de schorsingsprocedure zou er veel te weinig tijd overblijven om nog binnen de termijn van één maand na de betekening aan het vonnis te voldoen.

(ii) Hager heeft het vonnis van 12 mei 2009 laten betekenen en dwangsommen laten aanzeggen in de wetenschap dat Duck hoger beroep had ingesteld.

(iii) Hager is door zijn toenmalige advocaat gewezen op het risico dat het vonnis van 12 mei 2009 in hoger beroep geen stand zou houden en op het feit dat aansprakelijkheidsrisico's kleefden aan de executie van het vonnis. Ook Duck heeft Hager voor die risico's gewaarschuwd.

Onderdeel 3 klaagt dat indien het oordeel van het hof aldus moet worden begrepen dat sprake is van eigen schuld van Duck, zijn oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting' (r.o. 3.3.1).

De Hoge Raad stelt voorop dat:

‘[v]olgens vaste rechtspraak moet worden aangenomen dat de partij die door dreiging met executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis de wederpartij heeft gedwongen tot nakoming van dat vonnis voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd (vgl. onder meer HR 19 mei 2000, ECLI: NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603).

De betekening van het vonnis aan de wederpartij ter inleiding van de executie is in beginsel voldoende om aan te nemen dat sprake is van dreiging met executie als bedoeld in deze rechtspraak. Door die betekening geeft de executant immers te kennen nakoming van het vonnis te verlangen.' (r.o. 3.3.2)

Deze lijn volgend slagen de eerste drie van de negen onderdelen van het cassatiemiddel:

‘Zoals de onderdelen 1-3 naar de kern genomen klagen, valt het oordeel van het hof niet in overeenstemming te brengen met vorenstaande regels. Uit de betekening van het vonnis van 12 mei 2009, dat uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, volgde immers dat Hager nakoming van de daarin uitgesproken veroordeling verlangde. Daarvan uitgaande was er, anders dan het hof heeft overwogen, voor Duck geen aanleiding om het initiatief te nemen voor overleg met Hager over de nakoming van het vonnis, maar lag het eerder op de weg van Hager overleg met Duck te gaan voeren. Dat werd niet anders toen Duck bij het hof schorsing van de executie had gevorderd, waarvan Hager op de hoogte was. Het hof heeft geen omstandigheden vastgesteld waaruit anders voortvloeit.

In een geval als het onderhavige is, anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, in beginsel niet van belang dat de veroordeling inhoudt dat tot een maand na betekening van het vonnis de gelegenheid bestaat om het bevel na te leven voordat dwangsommen worden verbeurd. De veroordeelde is immers aanstonds gehouden tot nakoming van het vonnis en in dit geval hield het vonnis in dat Duck binnen een maand na de betekening de in het vonnis genoemde villa en verdieping diende af te breken.

De klachten treffen derhalve doel.' (r.o. 3.3.3)

De Hoge Raad vernietigt het bestreden vonnis en wijst het geding terug naar het hof ter verdere behandeling en beslissing.

De Hoge Raad behandelt in één en dezelfde overweging de drie genoemde onderdelen van het cassatiemiddel. Dat alleen al maakt het lezen van de uitspraak geen sinecure, omdat die drie onderdelen verschillende klachten inhouden, van uiteenlopende aard en met verschillende materieel- en procesrechtelijke onderwerpen. Duidelijk is dat de Hoge Raad vasthoudt aan de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt (par. 3.1). Heeft hij hieraan nog iets willen toevoegen? Het antwoord op deze vraag ligt besloten in de behandeling van de stellingen van Duck waaraan het hof volgens het tweede onderdeel van het cassatiemiddel niet voorbij had mogen gaan (par. 3.2) en aan de volgens het derde onderdeel onjuiste toepassing van artikel 6:101 BW met betrekking tot Ducks eventuele eigen schuld (par. 3.3) De conclusie is dat het arrest meer leert dan alleen de bevestiging van de hoofdregel.

Noot

3.1 Hoofdregel: executant draagt executierisico

Gelijk krijgen van de rechter is één, gelijk houden is iets anders. De eiser die zijn vordering kreeg toegewezen, moet op zijn tellen passen, hoeveel vertrouwen het rechterlijk oordeel hem ook geeft. In hoger beroep kan de andere partij haar stellingen aanscherpen, verbeteren en concretiseren.⁵ Zij kan, bijvoorbeeld, in tweede instantie wél worden toegelaten tot of slagen in bewijs. De rechter kan eventuele fouten van de eerdere rechter herstellen of tot een andere afweging komen. Dwong de eiser de andere partij toch tot naleving van het eerste vonnis voordat dit in kracht van gewijsde was gegaan, dan handelt hij in beginsel onrechtmatig wanneer dit vonnis met de daarin begrepen veroordeling wordt vernietigd.⁶

Zulk handelen is niet alleen onrechtmatig, maar ook toerekenbaar aan de executant. Zo overwoog de Hoge Raad in het geval van de achteraf voorbarige executie van een kortgedingvonnis:

5 F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 249.

6 Zie HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, NJ 1999/367 en HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603 m.nt. H.J. Snijders als ook, onder meer, A.C. van Schaick,

Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 122. Mutatis mutandis geldt het zelfde voor het executeren van een verstekvonnis dat na verzet wordt vernietigd (W. Heemskerk, *Hugenholtz/Heems-*

kerk. Hoofddijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015, p. 165 en 189) of van een kort geding-vonnis dat wordt gevolgd door een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure (HR 16 november 1984, NJ 1985/547 (*Ciba/Geigy*)).

‘Voorts mag er, gegeven de aard van het [kortgedingvonnis], van worden uitgegaan dat degeen die als voormeld met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op – kort gezegd – een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden’.⁷

Aangezien de schuld van de executant wordt verondersteld, is het begrijpelijk dat dit type gevallen wordt gezien als een voorbeeld van risicoaansprakelijkheid of dat wordt aangenomen dat de toerekenbaarheid niet is gebaseerd op schuld maar op grond van verkeersopvattingen.⁸

Tot zover is er weinig nieuws onder de zon, anders dan dat de Hoge Raad in het *Oyster Pond*-arrest voor het eerst uitdrukkelijk heeft overwogen dat het betekenen van een vonnis alleen al voldoende is om aan te nemen dat er sprake is van onrechtmatige dwang.⁹

3.2 Uitzonderingen op de hoofdregel

Ervan uitgaande dat het hof in de *Oyster Pond*-zaak de hoofdregel tot uitgangspunt nam, welke aanleiding zag het hof dan om een uitzondering aan te nemen? Het hof wees aansprakelijkheid van Hager af, onder meer omdat Duck ten onrechte zou hebben nagelaten voorafgaande aan de afbraakwerkzaamheden te overleggen met Hager. Duck richtte zich hiertegen met een motiveringsklacht, neergelegd in het tweede onderdeel van het cassatiemiddel:

‘Indien het hof het in onderdeel 1 gestelde niet miskent, zijn het oordeel van het hof dat de afbraakkosten die Duck heeft gemaakt voor haar risico dienen te komen, en de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd, in het bijzonder omdat het hof in dat geval niet (kenbaar) de hiervoor achter (i) tot en met (iii) genoemde stellingen van Duck bij dat oordeel en die gedachtegang heeft betrokken [nummering aangepast, AGC].’

Het hof zou onvoldoende inzicht hebben geboden in zijn gedachtegang door geen woord te wijden aan een aantal stellingen die Duck al bij het Gerecht in Eerste Aanleg heeft betrokken.¹⁰ De Hoge Raad vond deze stellingen belangrijk genoeg om ze nagenoeg letterlijk weer te geven (zie paragraaf 2).

De Hoge Raad honoreert de motiveringsklacht, zonder uitdrukkelijk te overwegen waarom het hof tekortschoot in de motivering, anders dan dat het bestreden oordeel

niet in overeenstemming valt te brengen met de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt. Wel verwoordt hij uitdrukkelijk de drie stellingen die volgens Duck door het hof ten onrechte onbesproken zijn gelaten. De vraag is of dit expliciet verwijzen naar deze stellingen iets zegt over de relevantie van die stellingen. Zouden ze er niet toe doen, dan had de Hoge Raad dat wel gezegd of dit onderdeel onbesproken gelaten. Daarom kan het de moeite lonen uit de stellingen gezichtspunten te destilleren die relevant zijn voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden wel of niet een uitzondering mag worden gemaakt op het beginsel dat de executant het executierisico draagt. Wat leren deze stellingen ons nu?

In *stelling i* betoogt Duck dat het noodzakelijk was een begin te maken met de afbraak van het gebouwde, om te voorkomen dat hij dwangsommen zou verbeuren. Hieruit zou een gezichtspunt kunnen worden afgeleid als ‘hoe langer de voorbereidingstijd die nodig is om uitvoering te geven aan het vonnis, hoe minder snel een uitzondering kan worden gemaakt op het beginsel dat de executant het executierisico ligt’. Zo’n gezichtspunt heeft in de *Oyster Pond*-zaak echter weinig gewicht: volgens de Hoge Raad is een maand voorbereidingstijd voor de afbraak van de villa en de verdieping ‘niet van belang’, omdat de veroordeelde ‘aanstonds’ gehouden is tot nakoming van het vonnis en het daarom in beginsel niet van belang is dat de veroordeling inhoudt dat tot een maand na betekening van het vonnis de gelegenheid bestaat om het bevel na te leven voordat dwangsommen worden verbeurd.

Met *stelling ii* heeft Duck willen beklemtonen dat Hager ten tijde van de betekening en aanzegging van de dwangsommen wist dat Duck hoger beroep had aangegetekend, omdat daaruit kan worden afgeleid dat Hager bekend was of had moeten zijn met het executierisico. De bekendheid met het hoger beroep spreekt in de Caraïbische rechtspraktijk niet voor zich, omdat daar het hoger beroep aanvangt ‘met een verklaring dat men van dat middel gebruik wil maken, door de eiser in beroep of diens daartoe gemachtigde ter griffie van het gerecht in eerste aanleg waar de beslissing is gegeven, afgelegd of aldaar schriftelijk ingediend’.¹¹ De stelling is op dit punt minder relevant voor de Nederlandse rechtspraktijk, omdat het instellen van hoger beroep hier gaat bij dagvaarding die

7 HR 16 november 1984, *NJ* 1985/547 (*Ciba/Geigy*); in dezelfde bewoordingen: HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, *NJ* 2008/225 en, fraai verwoord, Rb. Gelderland 12 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1491, *NJF* 2016/195. Eerder naar aanleiding van een ten onrechte gelegd beslag HR 15 april 1965, *NJ* 1965/331 m.nt. D.J. Veegens.

8 A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21; 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, nr. 110; K.J.O. Jansen, *Groene serie onrechtmatige daad*, artikel 162 lid 3 Boek 6 BW, aant. 43.2;

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Groene serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 1019g, aant. 2. Let op dat het betaalde kan gelden als onverschuldigd betaald; voor het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling is onrechtmatigheid noch toerekenbaarheid vereist (art. 6:203 BW), terwijl wettelijke rente is verschuldigd over het betaalde vanaf het moment van betaling; HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, *NJ* 2000/603 m.nt. H.J. Snijders.

9 Eerder over de betekenis van de betekening A.G. Castermans, ‘Onrechtmatige dreiging met executie van een in kort geding gewezen vonnis’, *TPR* 1987, p. 787; Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4189, r.o. 7; Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:651 (*Yukos*), r.o. 4.3.3. Over de schending door een advocaat van zijn informatieplicht ter

zake van het risico van betekening (en het causaal verband tussen die schending en de schade): HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, *NJ* 2007/92, *JA* 2007/43 m.nt. W.H. van Boom.

10 De noten in de cassatiedagvaarding staan vol verwijzingen naar de processtukken in feitelijke instanties, waarin Duck de stellingen heeft betrokken die het hof over het hoofd zou hebben gezien. Die verwijzingen zijn nodig, om duidelijk te maken wat het hof wordt verweten; E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 219.

11 Art. 270 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering van St. Maarten.

in de regel bij de betrokken partij of haar advocaat wordt uitgebracht. De deurwaarder legt vast op welk adres en bij welke persoon hij het stuk heeft achtergelaten. Als alles is goed gegaan, mag daarmee het instellen van het hoger beroep bekend worden verondersteld.

Ten slotte refereert het tweede onderdeel van het casatiemiddel aan *stelling iii* dat Hager door zijn toenmalige advocaat én door Duck is gewaarschuwd voor het risico dat het vonnis in hoger beroep geen stand zou houden en voor het aansprakelijkheidsrisico dat hierdoor aan executie van het vonnis kleefde. De Hoge Raad wijdt er geen specifieke aandacht aan, maar het ligt voor de hand dat de omstandigheid dat de executant gewaarschuwd is voor het executierisico, een reden is het executierisico bij de executant te laten. Ook deze stelling zal waarschijnlijk geen school maken, aangezien de executant weet of behoort te weten dat de executie slechts een wankel grondslag heeft. Een waarschuwingsplicht is hiervoor niet nodig.

Deze door Duck aangevoerde stellingen hangen alle drie samen met de uitvoering van het uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis. Duidelijk is dat deze een plaats toekomen in het debat over de verdeling van het executierisico. De lange tijd die is gemoeid met uitvoering, de kennis van het instellen van hoger beroep tegen het vonnis en het waarschuwen voor de risico's pleiten elk voor het handhaven van de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt. Daarentegen zal het spiegelbeeld van deze omstandigheden – korte tijd, gebrek aan wetenschap, geen waarschuwing – geen rol van betekenis spelen in het debat, juist vanwege de strekking van de hoofdregel.

Wat zou wel kunnen gelden als uitzondering op de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt? In de literatuur wordt als voorbeeld genoemd het beslag dat wordt gelegd voor een vordering die later slechts voor een deel blijkt te bestaan.¹² In zo'n geval wordt algehele risicoaansprakelijkheid niet op haar plaats geacht. De aansprakelijkheid moet worden beoordeeld naar de hogere maatstaven van misbruik van recht:

‘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 Mondt 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 Mondt ten tijde van de beslaglegging niet over voldoende informatie beschikte en dat een substantieel gedeelte van het door Mondt gevorderde is toegewezen’.¹³

Een dergelijk geval deed zich in de *Oyster Pond*-zaak niet voor. Indien in hoger beroep de grondslag voor de gedwongen afbraak van de villa wel en van de bovenste verdieping van het clubhuis niet stand had gehouden, dan nog zou er geen aanleiding zijn geweest de maatstaf voor aansprakelijkheid te veranderen, aangezien de gevolgen van zo'n situatie zich makkelijk hadden laten splitsen: rechtmatige executie ten aanzien van de villa, onrechtmatige executie ten aanzien van de verdieping.

Een tweede voorbeeld van een uitzondering op de hoofdregel betreft een beslag dat is gelegd in verband met de sluiting van recreatiefaciliteiten bij een hotel op Bonaire. De vordering waarvoor beslag werd gelegd werd afgewezen, omdat de sluiting van tijdelijke aard bleek te zijn. De beslagleggers verweerden zich tegen aansprakelijkheid wegens onrechtmatig beslag met de stelling dat de beslagene het ten tijde van het leggen van het beslag zélf had doen voorkomen dat de faciliteiten voorgoed zouden zijn gesloten.¹⁴

In de *Oyster Pond*-zaak heeft Hager, voor zover ik kan zien, geen omstandigheden aan Ducks zijde genoemd die zijn beslissing om het vonnis te executeren hebben beïnvloed, in weerwil van het risico dat ligt besloten in het betekenen van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis. Stel dat Duck in eerste aanleg geen geconcretiseerd verweer had gevoerd en de rechter had Hagers vordering mede hierdoor toegewezen. Stel vervolgens dat Duck later, in hoger beroep, wel geconcretiseerd verweer had gevoerd. De partij die in eerste instantie haar licht onder de korenaal houdt, ontnemt de wederpartij de mogelijkheid het executierisico in te schatten. Zou dit aanleiding kunnen zijn voor een uitzondering op het beginsel dat de executant het executierisico draagt? Deze casus is vergelijkbaar met een beslag dat is gelegd op basis van een onjuiste, maar door de beslagene zelf geschetste situatie. Daarvoor pleit bovendien dat de partij die relevante stellingen aan de borst houdt, in strijd handelt met artikel 21 Rv. In een civiele procedure zijn partijen 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.

Hij kan dat doen zowel bij de oordeelsvorming als de sanctionering.¹⁵ Over de reikwijdte van deze verplichting bestaat verschil van mening.¹⁶ In de praktijk wordt de bepaling weinig streng gehanteerd. Toch wringt het, als een partij om haar moverende redenen de kaken op elkaar houdt en daardoor een veroordeling aan de broek krijgt, om vervolgens in hoger beroep door openhartiger te zijn zowel de vernietiging van de veroordeling te bereiken als schadevergoeding vanwege de gedwongen uitvoering van het inmiddels vernietigende vonnis. Gaat het om verzwijging van feiten die tot een voor de tegenpartij gunstige

12 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Groene serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 1019g, aant. 2.

13 HR 11 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2841, NJ 2003/440 (*Hoda / Mondt*), r.o. 4.5.2; in dezelfde zin HR 5 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AL7059, NJ 2004/150, r.o. 3.4.2.

14 HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92, r.o. 5.4.3.

15 I. Giesen, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 81.

16 Giesen 2015, nr. 79; L. Wijnbergen, ‘Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden geachte gevolgtrekking’, *WPNR* 2011, 6908, p. 974-979; H.J. Snijders, onderdeel 6 van zijn noot onder HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, NJ 2012/627.

afloop van de procedure zouden hebben kunnen leiden, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoefde te zijn, dan is er sprake van bedrog en daarmee van een herroepbare uitspraak.¹⁷ Zwijgen ten eigen nadele wordt vanzelfsprekend niet op deze wijze gesanctioneerd, maar is er wel aanleiding dit zwijgen te belonen met het leggen van het executierisico bij de tegenpartij, zelfs al heeft dat zwijgen de tegenpartij belet in het inschatten van het executierisico?

Tegen het aannemen van een uitzondering pleit – behalve de eventuele beperkte lezing van artikel 21 Rv – dat de functie van het hoger beroep nu eenmaal is partijen in de gelegenheid te stellen de in eerste instantie gemaakte fouten te herstellen. Voorts heeft te gelden dat de executant die een uitvoerbaar bij voorraad verklaard verstekvonnis executeert, aansprakelijk is indien dat vonnis in de verzetprocedure geen stand houdt. Dus waarom zou de wel verschenen gedaagde slechter af zijn, ook al heeft hij artikel 21 Rv geschonden? Beide tegenwerpingen zullen in de beoordeling kunnen worden betrokken. Niet iedere in hoger beroep te herstellen fout zal gelden als een schending van artikel 21 Rv. Bovendien is het executeren van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard verstekvonnis extra risicovol, omdat de executant elk verweer mist. Van de partij die zich stelt en verweert in een procedure, mag worden verwacht dat zij artikel 21 Rv respecteert.

Wat hiervan zij, een zwart-wit-resultaat – wel of geen aansprakelijkheid – kan onbevredigend zijn als beide partijen op een of andere wijze hebben bijgedragen aan de ontstane situatie. Er is daarom aanleiding te onderzoeken of een tussenoplossing mogelijk is.

3.3 *Eigen schuld*

Artikel 6:101 BW biedt de wettelijke grondslag voor zo'n tussenoplossing.¹⁸ De bepaling is gegeven voor het geval dat enerzijds een partij aansprakelijk is voor schade die een ander lijdt en anderzijds de schade mede het gevolg van een omstandigheid die aan die ander is toe te rekenen. Eerst moet worden bepaald in welke mate de aan elk toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen tot de schade. De vergoedingsplicht van de aangesproken partij wordt verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen. Vervolgens moet worden beoordeeld of er aanleiding is een billijkheidscorrectie toe te passen. De vraag is dan of de billijkheid een andere verdeling vergt wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval.

Tot nu toe is het bestreden vonnis van het hof zo gelezen dat het gaat om de onrechtmatigheid van Hagers handelen. Het vonnis laat zich ook zo lezen dat Hager weliswaar

onrechtmatig heeft gehandeld door aan te dringen op uitvoering van het vonnis in eerste aanleg, maar dat Ducks schade niet aan Hager kan worden toegerekend als gevolg van omstandigheden die voor Ducks rekening komen op grond van artikel 6:101 BW. Het derde onderdeel van het cassatiemiddel gaat uit van deze alternatieve lezing. Duck formuleert een rechtsklacht die zoals samengevat door de Hoge Raad luidt dat, indien het oordeel van het hof 'aldus moet worden begrepen dat sprake is van eigen schuld van Duck, zijn oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting'. In de kern luidt de klacht ook hier dat het hof de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt over het hoofd heeft gezien door de schade alsnog ten volle toe te rekenen aan Duck.

In geval van onrechtmatig beslag is verschillende malen geprobeerd een deel van de schade die was geleden als gevolg van het onrechtmatig beslag voor rekening van de beslagene te laten.¹⁹ Saillant is de zaak van Simons die zich tegenover Slavenburg's Bank als borg had verbonden tot nakoming van vorderingen van de bank op een derde voor een bedrag van f 250.000. De bank sprak Simons als borg aan en legde ter verzekering van de vordering beslag onder Simons. Dat bleek niet terecht, omdat de bank bij een eerdere gelegenheid had verklaard dat zij geen aanspraak meer zou maken op de borgtocht. Simons wilde vergoeding van de schade die hij als gevolg van het beslag had geleden, maar zowel rechtbank als hof oordeelde dat de schade het gevolg is van de aan Simons toe te rekenen omstandigheid dat hij had nagelaten de bank erop te wijzen dat de borgtocht was beëindigd. Daarbij speelde een rol dat Simons had begrepen dat de bank in de veronderstelling verkeerde dat de borgtocht nog bestond en dat hij er niet op mocht vertrouwen dat er nog een latere gelegenheid zou volgen om de bank uit de droom te helpen. De Hoge Raad kon deze beslissing niet goed volgen:

'Indien het Hof mocht hebben geoordeeld dat de door Simons geleden schade het gevolg is van zowel het, door het Hof [...] als onrechtmatig aangemerkte, leggen van de beslagen door de bank, als het nalaten van Simons om aan de bank kenbaar te maken dat de borgtocht was geëindigd, én het Hof op de voet van art. 6:101 lid 1 [...] heeft geoordeeld dat de vergoedingsplicht van de bank geheel diende te vervallen omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist, dan zijn die oordelen zonder nadere motivering, welke ontbreekt, onbegrijpelijk.'²⁰

Hoewel Simons in deze zaak een poging deed de Hoge Raad met een rechtsklacht te verleiden tot een algemene regel – met als strekking dat het geen pas geeft in de beschreven omstandigheden de schade voor rekening van de beslagene te laten – liet de Hoge Raad het bij het honoreren van de motiveringsklacht. Het kan zijn dat de tijd niet rijp was voor het formuleren van zo'n regel voor

¹⁷ HR 4 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2162, NJ 1998/45 (*Goosen / Goosen*): wanneer een partij in een procedure feiten verzwijgt die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met

die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoefde te zijn, is er sprake van bedrog.
¹⁸ Het Burgerlijk Wetboek van Sint Maarten is op dit punt gelijk aan het Nederlandse. Zie: <http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/historie/Sint%20>

Maarten / 142367 / 142367_1.html
¹⁹ Tevergeefs, in HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger / Bos*), r.o. 4.5.
²⁰ HR 4 september 1998 ECLI:NL:HR:1998:ZC2693, NJ 1998/850, r.o. 3.4.

de toepassing van artikel 6:101 BW in de context van de bijzondere aansprakelijkheid van de beslaglegger of – meer in het algemeen – van de executant, al dan niet met toepassing van de billijkheidscorrectie. Het kan ook zijn dat de Hoge Raad in dit soort zaken ruimte wil houden voor de verdeling van het executierisico, mits deugdelijk gemotiveerd.

In het *Oyster Pond*-arrest lijkt een stap in de richting van een regel te zijn genomen. De Hoge Raad honoreert immers de rechtsklacht over de onjuiste toepassing van artikel 6:101 BW, met dezelfde overweging die hij gebruikte voor de gegrondbevinding van de eerste twee onderdelen en met dezelfde uitwerking daarvan. Hieruit mag worden afgeleid dat de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt richting moet geven aan de toepassing van de artikel 6:101 BW. De vraag is hoe. Ten eerste is van belang dat de executant door de betekening van het vonnis te kennen geeft nakoming van de daarin uitgesproken veroordeling wenst, waaruit moet volgen dat er geen aanleiding is de veroordeelde partij eigen schuld in de schoenen te schuiven. Het feit dat de veroordeelde partij geen initiatief neemt voor overleg over de executie is dus geen omstandigheid gelegen om haar toe te rekenen in het kader van artikel 6:101 BW. Ten tweede maakt de Hoge Raad duidelijk dat dit niet anders is als die partij zelf schorsing van de executie had gevorderd en de executant hiervan op de hoogte was. Het hof had nogal werk gemaakt van de ‘aard van de schorsingsprocedure’, maar die is dus voor de toepassing van artikel 6:101 BW niet relevant. Ten derde acht de Hoge Raad voor toerekening van de schade aan de veroordeelde partij niet relevant de tijd die haar was gegund voor naleving van het vonnis tot het moment waarop dwangsommen zouden gaan lopen, in casu één maand, omdat zij ‘aanstonds’ gehouden is tot nakoming.

De regel lijkt te luiden dat uit de aard van de aansprakelijkheid van de executant volgt dat omstandigheden aan de zijde van de benadeelde partij die rechtstreeks samenhangen met de door de executant gewenste uitvoering van het vonnis, geen aanleiding vormen voor toerekening van de schade aan de benadeelde op grond van artikel 6:101 BW.

Dit zou kunnen verklaren waarom de omstandigheid dat Simons de Slavenburg's Bank niet heeft geïnformeerd over het beëindigen van de borgtocht wel is afgewogen tegen het onrechtmatig beslag door de bank en dat de Hoge Raad die zaak heeft terugverwezen om tot een beter gemotiveerde beslissing te komen, in plaats van een harde regel te geven. Simons informatieplicht hing niet samen met de uitvoering van enigerlei vonnis maar met het tot klaarheid brengen van de onderlinge, materiële rechtsverhouding. Om dezelfde reden is aan te nemen dat het in strijd met artikel 21 Rv achterhouden van relevante feiten en omstandigheden in de procedure die heeft geleid tot het uit te voeren vonnis, is aan te merken als een omstandigheid die kan worden toegerekend aan de benadeelde, als juist die feiten en omstandigheden hebben geleid tot de vernietiging van het vonnis in hoger beroep.

Zo is duidelijk dat toerekening in de zin van artikel 6:101 BW niet een louter feitelijke aangelegenheid is, waarbij het verband tussen een specifieke omstandigheid en de schade wordt vastgesteld. Er schuilt ook een normatief element in. Duck heeft weliswaar feitelijk zelf bijgedragen aan het intreden van de schade, alleen al door het startsein te geven van de afbraakwerkzaamheden, maar zijn bijdrage blijft in het kader van artikel 6:101 BW buiten beschouwing, omdat hij handelde als gevolg van verplichting tot uitvoering van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis, waarop Hager blijkens de betekening staat.²¹

3.4 Gewonnen uitzicht

Wat leert deze uitspraak ons nu? De Hoge Raad bevestigt de hoofdregel dat de executant het executierisico draagt. Het nemen van executiemaatregelen is in beginsel onrechtmatig als de grondslag ervan komt te vervallen. Op twee punten is de lijn uitgewerkt. Ten eerste lijdt de hoofdregel geen uitzondering als de motivering ervan te maken heeft met de uitvoering van het veroordelende vonnis zelf. Ten tweede geeft de hoofdregel ook richting aan de toepassing van artikel 6:101 BW. Bij aansprakelijkheid wegens het onrechtmatig aandringen op executie van een vonnis worden omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die te maken hebben met de uitvoering van het vonnis, niet aan hem toegerekend. ■

21 Ton Hartlief riep op de verschillende vormen van handhaving met elkaar te vergelijken, onder meer op het punt van de betekenis van de aard van de aansprakelijkheid: 'Aansprakelijkheid

voor onrechtmatige beslaglegging. Vreemde eend in de bijt van het aansprakelijkheidsrecht?', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 396-398. Ik

denk dat hier geen sprake is van verschil tussen de verschillende vormen van handhaven, als wel een verschil in de te wegen omstandigheid.