



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hof 's-Hertogenbosch 2007-06-26

Besten, M. den

Citation

Besten, M. den. (2007). Annotation: Hof 's-Hertogenbosch 2007-06-26. *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*, 1, 55-60. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13536>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13536>

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

beide instanties, tot aan deze uitspraak bepaald op € 28.532,43 (inclusief € 6.685,83 voor de eerste aanleg);

- wijst het door de Republiek Chili meer of anders gevorderde af;
- verklaart het incidenteel appel ongegrond.

NOOT

Noot mw. mr. dr. M. Freudenthal onder «JBPr» 2008/12.

8

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
26 juni 2007, nr. C0700185/HE, LJN BB0039
(mrs. Van Etten, Den Hartog Jager, Beekhoven
van den Boezem)
Noot mr. M. den Besten

Incidentele vordering tot schorsing tenuitvoerlegging uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis. Beoordelingscriterium.

[Rv art. 234, 351, 438]

De positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incidentele vordering ex art. 351 Rv – schorsing van de tenuitvoerlegging van een vonnis na aanwending van een rechtsmiddel daartegen – is een andere, ruimere, dan die van de executierechter in kort geding. Die positie vertoont naar het oordeel van het hof belangrijke overeenkomst met de positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incident op basis van art. 234 Rv, welk incident strekt tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van een uitspraak waaraan de rechter deze verklaring in eerste aanleg heeft onthouden. Laatstgenoemde omstandigheid biedt grond om aan te nemen dat de appelrechter op basis van hetzelfde criterium, namelijk de belangenafweging als bedoeld in HR 29 november 1996, NJ 1997, 684, dient te beoordelen of uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis in eerste aanleg op zijn plaats is.

A te B,
appellant,
eiser in het incident,
procureur: mr. P.C.A. van Baaren,

tegen
de *gemeente Heeze-Leende* te Heeze,
geïntimeerde,
verweerster in het incident,
procureur: mr. J.E. Benner.

1. *Het verloop van het geding in eerste aanleg (zaaknr. 454569, rolnr. 4705/06) (...; red.)*

2. *Het verloop van het geding in hoger beroep (...; red.)*

3. *Het incident (...; red.)*

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

4.1.1. A huurt sinds 1 mei 1998 van de gemeente een kantoorruimte gelegen te X (...) (hierna: “het kantoorpand”). De huurprijs van het kantoorpand bedraagt op dit moment € 1.355,= per maand.

4.1.2. A heeft gedurende lange tijd de huurtermijnen met betrekking tot het kantoorpand niet betaald. De gemeente heeft vervolgens in eerste aanleg ontbinding van de tussen partijen bestaande huurovereenkomst gevorderd, alsmede veroordeling van gedaagde om het kantoorpand te ontruimen. Voorts heeft de gemeente betaling gevorderd van een bedrag ad € 29.545,64, waarvan € 27.442,50 wegens huur, € 913,14 wegens rente en € 1.190,= wegens incassokosten, alsmede een bedrag ad € 1.355,= per maand vanaf 1 juni 2006 aan huur c.q. aan schadevergoeding wegens huurderving tot aan de ontruiming, te vermeerderen met rente en kosten als vermeld in de dagvaarding, met veroordeling van A in de kosten van het geding, e.e.a. voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

4.1.3. De kantonrechter heeft in zijn eindvonnis het gevorderde toegewezen en zijn vonnis, met uitzondering van de ontbinding, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

4.1.4. A heeft aan het vonnis van de kantonrechter geen gevolg gegeven voor wat betreft de ontruiming van het kantoorpand en is van dit vonnis in hoger beroep gekomen.

4.1.5. A heeft in kort geding voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch – kort gezegd – schorsing van de tenuit-

voerlegging gevorderd van het vonnis van de kantonrechter van 14 december 2006, voor zover dit betrekking heeft op de ontruiming van het kantoorpand, primair voor de duur van het appel, subsidiair voor de duur van de incidentele procedure in appel, meer subsidiair voor een door de voorzieningenrechter in redelijkheid te bepalen termijn.

4.1.6. A heeft tijdens dit kort geding aangekondigd in de appelprocedure de onderhavige incidentele vordering op basis van art. 351 Rv in te zullen dienen. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 7 februari 2007 de gemeente geboden de ontruiming van het kantoorpand te staken en gestaakt te houden totdat het hof op de incidentele vordering heeft beslist, teneinde hem de mogelijkheid te bieden effectief van de mogelijkheid tot het indienen daarvan gebruik te maken.

4.1.7. A heeft de bedoelde incidentele vordering ter rolle van 13 februari 2007 bij incidentele memorie ingediend en schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis van 14 december 2006 gevorderd.

4.1.8. A heeft aan zijn incidentele vordering ten grondslag gelegd dat schorsing van de executie kan plaatsvinden op de grond dat het ten uitvoer leggen van het vonnis in strijd zal zijn met de redelijkheid en billijkheid omdat bijvoorbeeld de belangen van de geëxecuteerde te zwaar worden geschaad in relatie tot de belangen van de executant en de geëxecuteerde in een noodtoestand komt. Uit de jurisprudentie blijkt volgens A weliswaar dat voor schorsing van de tenuitvoerlegging vereist is dat de executant – mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde – geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn executiebevoegdheid in afwachting van hoger beroep (bijvoorbeeld in geval van een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag), maar A suggereert dat in casu een ander criterium toepasselijk is waar hij stelt dat een veroordeling tot ontruiming van andere orde en omvang is dan een veroordeling tot betaling van geld.

4.1.9. Met betrekking tot de wederzijdse belangen voert A – kort gezegd – aan dat hij in geval van ontruiming hangende de beroepsprocedure onevenredig in zijn belangen wordt geschaad, gezien de aanzienlijke schade die hij zal lijden en het onherstelbaar karakter van de gevolgen van ontruiming. In dit verband wijst hij op het feit dat hij vervangende kantooruimte

moet vinden en zijn bedrijf moet verhuizen. Daarbij komt volgens A de continuïteit en het voortbestaan van de onderneming in gevaar, terwijl acht medewerkers en hun gezinnen daarvan voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn. Problemen zullen zich in het bijzonder voordoen bij verplaatsen van het netwerk en de service hubs, terwijl diverse gegevens aan de Belastingdienst en andere instanties moeten worden aangeleverd in de periode waarin de gemeente ontruiming wenst. Met betrekking tot het belang van de gemeente stelt A dat zij geen incassorisico loopt, daar de huurachterstand volledig is aangezuiverd en A bovendien heeft aangeboden de huur voor de komende maanden vooraf te betalen, althans daarvoor zekerheid te stellen. De gemeente heeft volgens A dan ook geen rechtens te respecteren belang meer bij ontruiming, hetgeen de gemeente tijdens het kort geding zou hebben erkend. A voert tenslotte aan dat de gemeente nooit haast heeft gemaakt en ook om die reden het hoger beroep in deze procedure wel moet kunnen afwachten.

(...; *red.*)

4.1.13. De gemeente heeft bij incidentele memorie van antwoord gemotiveerd verweer gevoerd, daarbij onder meer stellend dat het onderhavige incident op basis van hetzelfde criterium dient te worden beoordeeld als een schorsingsverzoek in kort geding, zoals het Hof Arnhem oordeelde in zijn arrest van 24 oktober 2006, NJF 2007, 4. Voor schorsing van de executie van een ontruimingsvonnis is volgens de gemeente blijkens vaste jurisprudentie vereist dat de executant – mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde – geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij het uitoefenen van zijn executiemogelijkheid hangende het appel, hetgeen wordt aangenomen in geval van een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag, of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

4.1.14. Volgens de gemeente heeft A niet aangevoerd of aannemelijk gemaakt dat in het onderhavige geval aan genoemd criterium is voldaan, nu de enkele mogelijkheid van een kans van slagen van het hoger beroep (welke kans door de gemeente wordt betwist en overigens

in dit incident volgens de gemeente buiten beschouwing dient te blijven) geen misbruik van bevoegdheid oplevert, ook niet in geval van een onevenredigheid van belangen.

4.1.15. Met betrekking tot de door A aangevoerde belangen stelt de gemeente dat de kantonrechter heeft overwogen dat het feit dat A economisch afhankelijk is van het administratiekantoor een omstandigheid is die geheel voor zijn risico komt, nu hij onterecht de huur niet heeft betaald. Daar tegenover stelt de gemeente haar eigen (overigens volgens haar stellingen niet om bijzondere redenen spoedeisende) belang om de huurrelatie te beëindigen. De gemeente wijst erop dat de kantonrechter reeds heeft geoordeeld dat dit belang zwaarder weegt dan het belang van A. De gemeente komt tot de slotsom dat A er niet in is geslaagd aan te tonen dat er een rechtsgrond bestaat voor schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis in eerste aanleg.

4.2. Het hof overweegt omtrent het door partijen gestelde als volgt.

4.3. Voor zover A bedoelt te betogen dat het door hem in punt 8 van zijn incidentele memorie aangehaalde criterium in casu niet zou gelden omdat het hier een ontruimingszaak betreft, kan deze stelling niet als juist worden aanvaard: het arrest van de Hoge Raad waarin dit criterium is geformuleerd (HR 22 april 1983, NJ 1984, 145) betreft eveneens een veroordeling tot ontruiming. Wel bestaan naar het oordeel van het hof andere argumenten om bedoeld criterium in de onderhavige zaak niet voorop te stellen, al hoewel de door de Hoge Raad genoemde maatstaf evenmin tot schorsing zal kunnen leiden. Deze argumenten houden verband met de omstandigheid dat het hiervoor bedoelde criterium door de Hoge Raad is geformuleerd met betrekking tot een vordering tot schorsing van de executie van een vonnis op basis van art. 438 Rv in kort geding, en niet met betrekking tot een incidentele vordering zoals de onderhavige. De kortgeding-rechter dient in het algemeen zeer terughoudend te zijn voor zover zijn oordeel ingrijpt in hetgeen door de bodemrechter is bepaald, terwijl in dit geval voorts een bijzonder belang bestaat bij het voorkomen dat het executiegeschil in een verkapt appel ontaardt. De positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incident als het onderhavige is een andere, ruimere, dan die van de executierechter in kort

geding. Die positie vertoont naar het oordeel van het hof belangrijke overeenkomst met de positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incident op basis van art. 234 Rv, welk incident strekt tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van een uitspraak waaraan de rechter deze verklaring in eerste aanleg heeft onthouden. Laatstgenoemde omstandigheid biedt grond om aan te nemen dat de appelrechter op basis van hetzelfde criterium, namelijk de belangenafweging als bedoeld in HR 29 november 1996, NJ 1997, 684, waarbij – zoals de Hoge Raad ook overwoog – de kans van slagen van het rechtsmiddel in de regel buiten beschouwing dient te blijven, dient te beoordelen of uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis in eerste aanleg op zijn plaats is, onafhankelijk van de vraag of ter beoordeling voorligt of uitvoerbaarheid bij voorraad alsnog aan de uitspraak in eerste aanleg moet worden verbonden, dan wel daaraan alsnog moet worden onthouden (vgl. Conclusie A-G Lange-meijer voor HR 16 maart 2007, NJ 2007, 163, onder 3.3).

4.4. Toepassing van de beide hiervoor besproken criteria leidt tot een afwijzing van de onderhavige incidentele vordering.

4.5. Wat betreft de afweging van belangen van partijen stelt het hof voorop dat de gemeente bij de in eerste aanleg verkregen uitvoerbaarverklaring bij voorraad belang heeft; de gemeente heeft dit belang naar het oordeel van het hof niet verloren als gevolg van het feit dat A inmiddels de huurachterstand heeft aangezuiverd en te kennen heeft gegeven de huur vooruit te willen betalen of daarvoor zekerheid te willen stellen. De uitvoerbaarheid bij voorraad heeft in het algemeen tot doel de gerechtigde niet langer te laten wachten op hetgeen hem – althans voorshands na een volledig en afgesloten onderzoek in eerste aanleg – toekomt. Reeds hierin ligt het belang van de gemeente besloten.

4.6. Aan de door A aangevoerde omstandigheden, waaronder de aanzienlijke schade die hij als gevolg van de ontruiming zal leiden, het gevaar dat de ontruiming voor het voortbestaan van zijn onderneming vormt en de gevolgen daarvan voor zijn werknemers, komt voorts naar het oordeel van het hof, die hiermee het eerder oordeel van de kantonrechter volgt, niet een zodanig gewicht toe dat deze een toewijzing van de gevorderde schorsing van de ten-

uitvoerlegging van het vonnis rechtvaardigen. Het hof merkt nog op dat deze stellingen door de kantonrechter zijn meegewogen, in het kader van de beantwoording van de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, maar te licht bevonden. Deze beslissing komt het hof niet voor als een kennelijke misslag. Aan dit oordeel van het hof doet het onherstelbaar karakter van de door A gestelde gevolgen niet af.

4.7. Alle omstandigheden in aanmerking nemend is het hof van oordeel dat voornoemde belangenafweging in het voordeel van de gemeente dient te worden beslist.

(...; *red.*)

4.10. De incidentele vordering moet mitsdien worden afgewezen. De beslissing omtrent de kosten van het incident zal worden aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak. De hoofdzaak zal naar de rol worden verwezen voor memorie van grieven aan de zijde van A.

5. De uitspraak

Het hof:

in het incident:

wijst de incidentele vordering tot schorsing van de executie van het vonnis van 14 december 2006 af;

reserveert de kosten van dit incident tot het eindarrest;

in de hoofdzaak:

verwijst de zaak naar de rolzitting van 10 juli 2007 voor memorie van grieven aan de zijde van A;

houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Inleiding

In de onderhavige procedure staat de vraag centraal aan de hand van welk criterium – dat van art. 438 Rv of dat van art. 234 Rv – de toewijsbaarheid van een incidentele vordering ex art. 351 Rv – schorsing van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis na aanwending van een rechtsmiddel daartegen – dient te worden beoordeeld. Hieronder bespreek ik in hoeverre deze beoordelingscriteria van elkaar verschillen.

2. Verloop van de procedure

Op vordering van de gemeente Heeze-Leende

(verhuurder kantoorruimte) heeft de kantonrechter de met A bestaande huurovereenkomst wegens betalingsachterstanden ontbonden, en A bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis veroordeeld tot – kort samengevat – ontruiming van het gehuurde en betaling van de huurachterstand. A heeft in de appelprocedure tegen dit vonnis ex art. 351 Rv een incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging daarvan ingesteld. Aan deze vordering heeft A ten grondslag gelegd dat zijn belangen onevenredig zouden worden geschaad in geval van ontruiming hangende de appelprocedure, gelet op het onherstelbare karakter van de gevolgen van die ontruiming, en de voor hem daaruit voortvloeiende schade.

3. Beoordeling incidentele vordering ex art. 351 Rv

Volgens de gemeente dient deze incidentele vordering beoordeeld te worden op basis van hetzelfde criterium als een schorsingsverzoek in kort geding ex art. 438 Rv. Dit criterium is geformuleerd in HR 22 april 1983 (Ritzen/Hoekstra), NJ 1984, 145 (m.nt. WHH), r.o. 3.2: “In een dergelijk executiegeschil met betrekking tot een ontruimingsvonnis kan de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van dat vonnis bevelen, 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 (...)”. De achterliggende gedachte daarbij is dat de taak van de rechter in een executiegeschil naar zijn aard beperkt is. Deze rechter zal in beginsel de executorialle titel moeten respecteren, evenals de bevoegdheid van de executant om tot executie over te gaan. In een executiegeschil kunnen slechts de wijze van executie, alsmede de rechtmatigheid en opportuniteit daarvan, aan de orde komen. Daarmee wordt voorkomen dat het executiegeschil onttaardt in een verkapt appel.

Het hof oordeelt in r.o. 4.3 evenwel dat de positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incidentele vordering ex art. 351 Rv een andere, ruimere, is dan die van de executierechter in kort geding ex art. 438 Rv. Deze vertoont volgens hem meer

overeenkomst met de positie van de appelrechter bij de beoordeling van een incident ex art. 234 Rv: de vordering tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van een uitspraak, waaraan de rechter in eerste aanleg deze verklaring heeft onthouden (de spiegelbeeldige situatie van het onderhavige geval). Om die reden moet het criterium van art. 438 Rv volgens het hof niet voorop gesteld worden.

Deze redenering lijkt op het eerste gezicht dogmatisch juist. Immers, zowel ten aanzien van het incident ex art. 234 Rv als het incident ex art. 351 Rv dient de appelrechter te beoordelen of de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis in eerste aanleg op zijn plaats is. Uit dien hoofde is het zuiver om ten aanzien van beide incidenten hetzelfde beoordelingscriterium te hanteren, dat overigens ook van belang is in het kader van de vraag of een vonnis überhaupt uitvoerbaar bij voorraad verklaard dient te worden en de vraag of aan een dergelijke verklaring (alsnog) de voorwaarde van zekerheidstelling moet worden verbonden (art. 233 resp. 235 Rv). Of het criterium van art. 234 Rv de appelrechter bij die beoordeling nu meer vrijheid geeft dan het criterium van art. 438 Rv vraag ik mij echter af.

4. Het criterium van art. 234 Rv

In het kader van een incidentele vordering tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren ex art. 234 Rv moeten de belangen van partijen worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet worden nagegaan of op grond van die omstandigheden het belang van degene die de veroordeling verkreeg, zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist (zie voor het bijna gelijklopende art. 53 Rv (oud): Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 27; alsmede HR 29 november 1996, NJ 1997, 684). De kans van slagen van het aangewende rechtsmiddel dient daarbij in beginsel buiten beschouwing te blijven (vgl. Conclusie A-G Langemeijer voor HR 16 maart 2007, NJ 2007, 163, onder 3.3 alwaar uitvoerig naar jurisprudentie wordt verwezen). Mogelijk ingrijpende gevolgen van het (alsnog) uitvoerbaar bij voorraad verklaren, welke later moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt, staan op zichzelf niet aan een dergelijke

verklaring in de weg, maar moeten worden meegewogen bij de beslissing of daartoe zal worden overgegaan (HR 28 mei 1993, NJ 1993, 468).

5. Verschillende criteria?

Zijn de beoordelingscriteria van art. 234 Rv en art. 438 Rv nu werkelijk zo verschillend als het hof ons in de onderhavige uitspraak doet voorkomen? Ik geloof van niet. In beide gevallen gaat het immers om een belangenafweging, waarbij het belang van de executant om in afwachting van de uitkomst van het hoger beroep reeds tot tenuitvoerlegging over te gaan, wordt afgewogen tegen de belangen van de veroordeelde bij het behoud van de bestaande toestand tot op dat rechtsmiddel is beslist. Daarmee komt de toets die wordt gehanteerd in beide gevallen in feite neer op de vraag of er sprake is van misbruik van executiebevoegdheid. In de woorden van het hiervoor aangehaalde arrest Ritzen/Hoekstra, r.o. 3.2: "(...) Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard". Uit HR 22 december 2006 (Schmidt/Thunnissen), NJ 2007, 173 (m.nt. A.I.M. van Mierlo), «JBPr» 2007/36 (m.nt. B.T.M. van der Wiel) – besproken in mijn noot onder «JBPr» 2008/9 – blijkt overigens dat zich bij (hoge) uitzondering ook buiten de in het arrest Ritzen/Hoekstra genoemde gevallen misbruik van executiebevoegdheid kan voordoen. Opmerkelijk is dat het hof in de onderhavige uitspraak anders oordeelt dan het in het verleden heeft gedaan. Zo oordeelde het in Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2004, «JBPr» 2004/59 (m.nt. M.O.J. de Folter) expliciet dat de Parlementaire Geschiedenis geen enkel aanknopingspunt biedt voor de stelling dat art. 351 Rv de appelrechter ruimere mogelijkheden biedt om de schorsing van de executie te bevelen dan de in de jurisprudentie ontwikkelde normen, waarvan de executierechter in kort geding dient uit te gaan (r.o. 3.4.3, vijfde alinea van dat arrest). En ook in Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005,

«JBPr» 2006/51 (m.nt. J.G.A. Linssen) stelde het hof voorop dat een incidentele vordering ex art. 351 Rv beoordeeld dient te worden aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde normen omtrent het schorsingsverzoek in kort geding (r.o. 4.8 van dat arrest). Gelet op het vorenstaande zie ik niet hoe het criterium van art. 234 Rv de appelrechter een ruimere beoordelingspositie zou geven dan die van de executierechter in kort geding ex art. 438 Rv, zoals het hof in r.o. 4.3 betoogt. Het hof wijst de incidentele vordering ex art. 351 Rv in het onderhavige geval na een afweging van de belangen van partijen af op basis van het criterium van art. 234 Rv, maar het merkt op dat het criterium van art. 438 Rv tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid (r.o. 4.3, tweede zin in fine). Dit laatste vormt naar mijn mening een extra indicatie dat het met de verschillen tussen de beide criteria wel meevalt. Bovendien maakt het voor A natuurlijk geen verschil of hij nu door de hond of door de kat gebeten wordt.

6. Cassatiegangers opgelet!

In het huidige wettelijke stelsel is in cassatie geen plaats meer voor een incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging, aldus HR 9 april 2004, NJ 2005, 130, «JBPr» 2004/46 (m.nt. G.J. Meijer) voor de dagvaardingsprocedure, en HR 8 april 2005, NJ 2005, 529, «JBPr» 2005/48 (m.nt. K. Teuben) voor de verzoekschriftprocedure. Uit het ontbreken van een met art. 351 Rv vergelijkbare bepaling voor de cassatieprocedure heeft de Hoge Raad afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om deze vordering voor de cassatieprocedure uit te sluiten. In plaats daarvan kan volgens de Hoge Raad in voorkomende gevallen een voorziening worden gevraagd aan de rechter in kort geding, welke feitelijke procesgang zich ook beter zou lenen voor een spoedige beoordeling en beslissing dan een incidentele vordering tot schorsing in cassatie. Wat er van het ontbreken van een met art. 351 Rv vergelijkbare bepaling voor de cassatieprocedure ook zij – kritisch over het oordeel van de Hoge Raad is Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 70, alwaar het ontbreken van een dergelijke bepaling voor een vergissing van de wetgever wordt gehouden – de door de Hoge Raad

gesuggereerde (alternatieve) rechtsgang van het executiegeschil ex art. 438 Rv maakt voor ons de cirkel rond. Hieruit blijkt impliciet dat de Hoge Raad van oordeel is dat met laatstgenoemde procedure hetzelfde resultaat bereikt kan worden als met een incidentele vordering ex art. 351 Rv. En dat resultaat kan slechts hetzelfde zijn, wanneer in beide procedures hetzelfde criterium wordt toegepast.

mr. M. den Besten

PhD-fellow burgerlijk procesrecht Universiteit Leiden

9

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
26 juni 2007, nr. KG C0601485/BR, LJN BA8346
(mrs. Bod, De Groot-van Dijken, Hofkes)
Noot mr. M. den Besten

Executiegeschil. Verkeerde toepassing maatstaf beoordeling misbruik van executiebevoegdheid. Uitbreiding maatstaf.

[Rv art. 438]

Naar het oordeel van het hof heeft de voorzieningenrechter in het vonnis, waarvan beroep, een verkeerde toepassing gegeven aan de op zichzelf juiste maatstaf van HR 22 april 1983 (Ritzen/Hoekstra), NJ 1984, 145, m.nt. WHH, door deze maatstaf toe te passen op een eerder executiegeschil tussen partijen in plaats van op de uitspraak op basis waarvan de executie plaatsvindt. De grief van appellante waarin zij erover klaagt dat de voorzieningenrechter ten gevolge hiervan ten onrechte niet aan een inhoudelijke beoordeling is toegekomen, slaagt. De vordering van appellante tot staking van de executie en opheffing van het gelegde executoriaal beslag wordt mitsdien opnieuw door het hof beoordeeld. Onder verwijzing naar HR 22 december 2006 (Schmidt/Thunnissen), NJ 2007, 173 (m.nt. A.I.M. van Mierlo), «JBPr» 2007/36 (m.nt. B.T.M. van der Wiel), oordeelt het hof dat zich bij (hoge) uitzondering ook buiten de gevallen van een feitelijke of juridische misslag of nieuwe feiten en omstandigheden misbruik van executiebevoegdheid kan voordoen. Nu voorshands moet worden aangenomen dat de