



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, 60-67. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13537>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13537>

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

«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. Cassatiegangsters 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, LJV 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

vordering van geïntimeerde, welke hij thans door executie tracht te innen, al vóór het arrest waarbij deze vordering werd toegewezen door verrekening is voldaan, levert het doorzetten van de executie misbruik van recht op. Volgt een bevel tot staking van de executie en opheffing van het door geïntimeerde gelegde executoriaal beslag.

*Boten- en Caravanhandel Pirouette BV te Dru-
nen,
appellante,
procureur: mr. Ph.C.M. van der Ven,
tegen
Johannes Nicolaas Berendrecht te Rotterdam,
geïntimeerde,
procureur: mr. J.E. Lenglet.*

*1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 165859/
KG ZA 06-472)
(...; red.)*

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

*3. De gronden van het hoger beroep
(...; red.)*

4. De beoordeling

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

4.1.1. Tussen Berendrecht en Pirouette is vanaf 1994 een aantal procedures gevoerd. Berendrecht is in 1997 in staat van faillissement verklaard. Dat faillissement is op 28 november 1997 geëindigd door homologatie van een akkoord van 12,5%.

4.1.2. Bij arrest van dit hof van 25 januari 2001 is, voor zover thans van belang, Pirouette veroordeeld om aan Berendrecht te betalen een bedrag van f 125.000,= (wegens geldlening) met wettelijke rente vanaf 14 juli 1994. Op 8 juni 2004 is het arrest aan Pirouette betekend met bevel tot betaling, waaraan Pirouette niet heeft voldaan. Op 25 juli 2005 is vervolgens executoriaal beslag gelegd op de onroerende zaak van Pirouette te Sint Willibrord aan de Dorpstraat 280. Bij exploit van 8 november 2005 is aan Pirouette aangezegd dat als notaris belast met de executoriale verkoop is aangewezen mr. J.H.M.R. van Eeden.

4.1.3. Daarop heeft Pirouette bij exploit van 21 november 2005 in kort geding gevorderd dat Berendrecht zal worden gelast deze executie te

staken, gestaakt te houden en de beslagen op de onroerende zaak op te heffen. Bij vonnis van 21 december 2005 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda het op 25 juli 2005 gelegde beslag opgeheven, daartoe onder meer overwegende dat volgens de eigen berekening van Berendrecht hij per saldo niet meer dan € 22.398,40 van Pirouette te vorderen heeft en dat Pirouette een vordering op Berendrecht van € 73.550,= in verrekening mocht brengen, zodat Berendrecht per saldo niets van Pirouette te vorderen had.

4.1.4. Het zojuist genoemde bedrag van € 73.550,= was onderdeel van een (schade-staat)procedure tussen partijen die is geëindigd met een arrest van dit hof van 14 juni 2005. Daarin heeft het hof de aan Berendrecht toe te rekenen schade van Pirouette – huurdering wegens het vanaf medio oktober 1994 tot en met 31 oktober 1996 niet kunnen exploiteren van Club Moonlight – over genoemde periode naar redelijkheid begroot op € 73.550,= (incl. rente) en voor recht verklaard dat Pirouette ten tijde van de homologatie van het akkoord – dat voor deze vordering van Pirouette verbindend is – op 28 november 1997 een vordering tot schadevergoeding had op Berendrecht van € 73.550,=. Berendrecht werd veroordeeld tot betaling van 12,5% daarvan of € 9.193,75 met wettelijke rente vanaf 28 november 1997.

4.1.5. Bij arrest van dit hof van 25 juli 2006 is het vonnis van de voorzieningenrechter van 21 december 2005 vernietigd en heeft het hof bepaald dat het executoriale beslag van 25 juli 2005 wordt opgeheven voor zover dit is gelegd tot verhaal van een hogere vordering dan € 5.000,=. Het hof oordeelde onder meer dat Pirouette slechts tot een bedrag van € 9.193,75 mocht verrekenen aangezien het meerdere niet kon worden afgedwongen (art. 6:127 lid 2 BW) en gesteld noch gebleken was dat vóór de homologatie van het akkoord al een beroep op verrekening was gedaan of verrekening had plaatsgevonden. Tevens overwoog het hof dat door Pirouette niet was gesteld dat toepassing van art. 6:127 lid 2 BW in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof nam – mede op grond van thans niet relevante overwegingen – voorschans aan dat de vordering van Berendrecht minder dan € 5.000,= beliep.

Van dit arrest is geen beroep in cassatie ingesteld.

4.2.1. Pirouette heeft Berendrecht (opnieuw) in kort geding gedagvaard bij exploit van 5 oktober 2006 en (opnieuw) gevorderd dat Berendrecht wordt gelast de executie van de onroerende zaak te staken en gestaakt te houden en de beslagen daarop op te heffen. Daartoe heeft Pirouette gesteld dat zij het oordeel van het hof over de (beperkte) verrekeningsmogelijkheid in het arrest van 25 juli 2006 niet verwacht had en dat zij daarom geen aandacht had besteed aan verrekening vóór de homologatie van het akkoord of aan de redelijkheid en billijkheid die zich tegen een verbod tot verrekening zou kunnen verzetten.

4.2.2. Pirouette heeft bij de inleidende dagvaarding van 5 oktober 2006 en bij brief van 11 oktober 2006 ter voorbereiding van de behandeling van het kort geding in eerste aanleg stukken overgelegd waaruit volgens haar blijkt dat vóór de homologatie van het akkoord een beroep op verrekening is gedaan door Pirouette zelf (in haar memorie van grieven in de zaak onder rolnr. 97/0218 bij het hof) en door de advocaat van Berendrecht en de curator in het faillissement van Berendrecht (op de verificatievergadering op 19 november 1997). Volgens Pirouette is de juridische strijd tussen partijen vanaf het begin “één grote verrekeningsoefening” geweest.

4.2.3. Daarnaast heeft Pirouette in de procedure voor de voorzieningenrechter gesteld dat het in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid om haar een beroep op verrekening te ontzeggen aangezien beide thans in geding zijnde vorderingen voortvloeien uit dezelfde procedure (vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda van 18 maart 1997, rolnr. 20438 HA ZA 95-225, gedeeltelijk vernietigd door dit hof bij arrest van 25 januari 2001; in deze procedure werd Pirouette uiteindelijk veroordeeld om aan Berendrecht een geldlening van f 125.000,= met rente terug te betalen en werd Berendrecht in reconventie veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat, welke schadevergoeding bij arrest van dit hof van 14 juni 2005 werd begroot op € 73.550,=). Pirouette beroept zich op HR 31 januari 1992, NJ 1992, 686 en stelt dat in dit geval de vorderingen voortvloeien uit hetzelfde feitencomplex, namelijk een verdeling na beëindiging samenleving.

4.2.4. Nu de vordering is verrekend is executie onrechtmatig, althans levert dit misbruik van

recht op, aldus Pirouette. Bovendien bestaat er een restitutierisico aangezien zij het geld na een gewonnen bodemprocedure niet meer op Berendrecht zou kunnen verhalen.

4.2.5. Berendrecht heeft in eerste aanleg verstek laten gaan.

4.3. In het vonnis, waarvan thans beroep, heeft de voorzieningenrechter als maatstaf voorgesteld dat slechts dan staking van de tenuitvoerlegging van een vonnis kan worden bevoelen als de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid. Dit kan het geval zijn als het vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de tenuitvoerlegging op grond van na de uitspraak voorgevallen of aan het licht gekomen feiten aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

De voorzieningenrechter overwoog vervolgens dat gesteld noch gebleken is dat het arrest op een juridische of feitelijke mislag berust terwijl ook niet is gebleken van nieuwe feiten die aan de zijde van Pirouette een noodtoestand doen ontstaan. De door Pirouette gestelde nieuwe feiten – de verrekening van € 73.550,= – zijn door het hof reeds beoordeeld in het arrest van 25 juli 2006 en in het onderhavige executiegeschil kan geen hernieuwde beoordeling van het oorspronkelijke executiegeschil plaatsvinden, aldus de voorzieningenrechter.

De gevraagde voorzieningen zijn mitsdien afgewezen.

(...; red.)

4.5.1. Pirouette heeft als grief tegen het vonnis opgeworpen dat de voorzieningenrechter een onjuiste maatstaf heeft aangelegd (appeldagvaarding/memorie van grieven sub 12), aangezien de gehanteerde maatstaf de schorsing van de executie van een bodemvonnis betreft, terwijl het hier gaat om de schorsing van de executie van een uitspraak in kort geding. Volgens Pirouette geldt hier de maatstaf wat het oordeel van de bodemrechter zou zijn over het standpunt van Pirouette, inhoudend dat vóór de homologatie van het akkoord al verrekend was. Daarover is in het arrest van 25 juli 2006 niets gezegd. Het betreft hier volgens Pirouette dus nieuwe stellingen, die niet

door de voorzieningenrechter inhoudelijk zijn beoordeeld.

4.5.2. Berendrecht heeft daartegen in gebracht dat dit een schoolvoorbeeld is van een herhalingsverbod, aangezien op dezelfde gronden in dezelfde situatie zonder aanvoering van nieuwe feiten hetzelfde geschil, opnieuw in kort geding, aan de rechter wordt voorgelegd. Pirouette vraagt in feite een verkapte beoordeling van het vorige executiegeschil, waarin in hoogste feitelijke instantie en zonder dat daartegen cassatie is ingesteld, een oordeel is gegeven, aldus Berendrecht.

4.5.3. Het hof stelt in de eerste plaats voorop dat het hier, anders dan Pirouette kennelijk veronderstelt, niet gaat om een vordering tot schorsing van de executie van een uitspraak in kort geding – Pirouette veronderstelt blijkbaar: het arrest van 25 juli 2006 –, maar om een vordering tot schorsing van de executie van het arrest (in een bodemgeschil) van 25 januari 2001. Dat is immers de executoriala titel die Berendrecht door middel van executoriala beslag op een onroerende zaak ten uitvoer wenst te leggen, waaraan niet afdoet dat met de uitspraak van 25 juli 2006 aan de executie zekere beperkingen zijn gesteld.

4.5.4. Het hof stelt voorts voorop, dat aan een kort gedingvonnis geen gezag van gewijsde toekomt; in latere procedures tussen dezelfde partijen staat, anders dan bij een uitspraak in een bodemprocedure het geval is (indien daarop een beroep wordt gedaan), niet onbetwistbaar vast wat de rechter omtrent hun rechtsbetrekking in een eerder kort geding-vonnis heeft beslist (HR 16 december 1994, NJ 1995, 213).

Het hof leest niet in het vonnis, waarvan beroep, dat de voorzieningenrechter het gezag van gewijsde – en dan nog ambtshalve – op het arrest van 25 juli 2006 zou hebben toegepast. De grief van Pirouette waarin zij daarover klaagt (appeldagvaarding/memorie van grieven sub 17 en 19) wordt verworpen.

In kort geding kan meerdere malen de rechtmatigheid van de executie van dezelfde rechterlijke uitspraak aan de orde worden gesteld. Indien dat op precies dezelfde feiten en omstandigheden en met aanvoering van precies dezelfde gronden gebeurt als in een eerder kort geding, zal evenwel het belang bij deze tweede vordering ontbreken en/of zal dat misbruik van procesrecht kunnen opleveren, en zal de vordering op die grond worden afgewezen.

4.5.5. In dit kort geding dient opnieuw te worden beoordeeld of de executie door Berendrecht van het arrest van 25 januari 2001 rechtmatig is, tenzij de thans aangevoerde feiten en omstandigheden precies dezelfde zijn als in het kort geding dat is geëindigd met de uitspraak van dit hof van 25 juli 2006.

Het hof is van oordeel dat dat laatste niet het geval is.

Weliswaar speelt ook nu de vraag naar de verrekening van een vordering van Pirouette op Berendrecht een rol alsmede de vraag voor welk bedrag verrekend kan worden, maar daarbij speelt, anders dan in het kort geding in 2005/2006, thans ook een rol de vraag of in het verleden een beroep op verrekening is gedaan en of verrekening heeft plaatsgevonden. Dat aspect heeft het hof uitdrukkelijk niet beoordeeld (arrest van 25 juli 2006, r.o. 4.5.3) en daaromtrent zijn door Pirouette thans stukken overgelegd die in het vorige kort geding niet in het geding waren gebracht.

4.5.6. De voorzieningenrechter heeft op zichzelf met juistheid de in r.o. 4.3 van dit arrest weergegeven maatstaf aangelegd. De grief waarin Pirouette een andere maatstaf bepleit, faalt dan ook.

Het arrest waaraan deze maatstaf is ontleend (HR 22 april 1983, NJ 1984, 145) betrof een situatie waarin schorsing van de executie van een bij voorraad uitvoerbaar vonnis werd gevorderd in afwachting van de uitslag van het hoger beroep daarvan. In het onderhavige geval vordert Pirouette schorsing van de executie van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak (het arrest van 25 januari 2001). Ook ten aanzien daarvan kan in beginsel staking of een verbod tot executie worden gevorderd (HR 5 november 1993, NJ 1994, 154).

4.5.7. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis, waarvan beroep, echter een verkeerde toepassing aan de op zichzelf juiste maatstaf gegeven door deze maatstaf toe te passen op het arrest van 25 juli 2006 (het vorige executiegeschil) in plaats van op de uitspraak op basis waarvan de executie plaats vindt: het arrest van 25 januari 2001. De voorzieningenrechter heeft zich immers – ten onrechte – afgevraagd of het arrest van 25 juli 2006 op een juridische of feitelijke misslag berust of dat gebleken is van nieuwe na dit arrest voorgevallen feiten die een noodtoestand aan de zijde van Pirouette doen ontstaan. Deze vragen dienen echter, evenals

in het vorige executiegeschil, te worden gesteld ten aanzien van het arrest van 25 januari 2001. De grief van Pirouette waarin zij erover klaagt dat de voorzieningenrechter ten onrechte niet aan een inhoudelijke beoordeling is toegekomen (appeldagvaarding/memorïe van grieven sub 8,9 en 19) slaagt mitsdien.

Het hof zal de vordering van Pirouette opnieuw beoordelen.

4.6. Uit de uitspraak van de HR van 22 december 2006 (NJ 2007, 173) moet worden afgeleid 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. Zo'n geval deed zich in de aangehaalde uitspraak voor, aangezien daar vaststond dat de geëxecuteerde aan de verbintenis tot nakoming waar-toe hij bij het te executeren arrest was veroordeeld al had voldaan, zij het, zoals achteraf was komen vast te staan, al vóórdat het arrest was geweest en niet pas daarna. Het te executeren arrest is dan materieel uitgewerkt aangezien de verbintenis tot nakoming waarvoor wordt geëxecuteerd, al is teniet gegaan door voldoening van de vordering. In een zodanig geval levert executie van dat arrest misbruik van recht op.

4.7. Naar het oordeel van het hof doet zich in het onderhavige geval een vergelijkbare situatie voor.

Pirouette is bij arrest van 25 januari 2001 veroordeeld om aan Berendrecht een bedrag van f 125.000,= met rente te betalen. Zij beroept zich er echter op dat haar verplichting tot betaling door verrekening (met een, uit dezelfde rechtsstrijd met Berendrecht voortvloeiende, vordering van haar op Berendrecht van € 73.550,= per 28 november 1997) teniet is gegaan.

Dat betoog onderbouwt Pirouette met de navolgende stukken:

– het proces-verbaal van de verificatievergadering in het faillissement van Berendrecht van 19 november 1997, waarbij Berendrecht in persoon aanwezig was en Pirouette vertegenwoordigd werd door haar raadsman. Uit het proces-verbaal blijkt dat de raadsman van Berendrecht stelt dat de vordering van Pirouette op Berendrecht eigenlijk het saldo moet zijn van de wederzijdse vorderingen van Berendrecht en Pirouette, waarna de rechter-commissaris de vordering van Pirouette mede gelet op de tegen-

vorderingen van Berendrecht op nihil heeft gesteld.

– de memorïe van grieven van Pirouette van 17 juni 1997 in een procedure tussen partijen bij dit hof onder rolnr. 97-0218. Pirouette geeft daarin de financiële verhouding tussen Berendrecht en haar per 17 november 1997 weer en zij saldeert de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde vorderingen over en weer (die van Berendrecht op Pirouette wegens geldlening, die van Pirouette op Berendrecht wegens huurder-ving van het pand van Club Moonlight).

– een vonnis van de Rechtbank Breda van 27 september 1996, waarbij een verzoek van (onder meer) Pirouette om Berendrecht failliet te verklaren is afgewezen, waarin wordt overwogen dat Berendrecht zich op verrekening heeft beroepen; voorts heeft de raadsman van Berendrecht blijkens het proces-verbaal van 27 september 1996 tijdens de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring gezegd dat Berendrecht bezwaar had tegen betaling vanwege alle vorderingen over en weer.

4.8. Berendrecht is op deze stellingen niet inhoudelijk ingegaan.

Naar het voorlopig oordeel van het hof kunnen de stellingen in de memorïe van grieven van 19 juni 1997 en de uiting van (de raadsman van Berendrecht ter zitting van 19 november 1997 als verrekeningsverklaringen – die in iedere vorm kunnen geschieden en van ieder van de tot verrekening bevoegde partijen kan uitgaan – ten aanzien van de hier in geding zijnde vorderingen worden beschouwd.

Het vonnis van 27 september 1996 onderbouwt de – niet weersproken – stelling van Pirouette dat de vele vorderingen van partijen over en weer plachten te worden verrekend.

Dat brengt mee dat voorshands aangenomen moet worden dat de vordering van Berendrecht die hij thans door executie tracht te innen – te weten de vordering op Pirouette van f 125.000,= wegens geldlening – al vóór het arrest van 25 januari 2001 waarbij deze vordering werd toegewezen, door verrekening voldaan is.

Onder die omstandigheden levert het doorzetten van de executie misbruik van recht op.

4.9. De vordering van Pirouette is mitsdien in haar geheel toewijsbaar.

Het vonnis, waarvan beroep, zal worden vernietigd. Berendrecht zal als de in het ongelijk

gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

5. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda, waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

gelast Berendrecht om de executie van het pand aan de Dorpstraat 280 te Sint Willibrord, kadastraal bekend gemeente Rucphen, sectie M nummer 1976 te staken en gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom van € 5.000,= voor iedere dag of dagdeel dat Berendrecht daarmee in gebreke blijft;

heft op de door of namens Johannes Nicolaas Berendrecht gelegde beslagen op de onroerende zaak aan de Dorpstraat 280 te Sint Willibrord, kadastraal bekend Rucphen sectie M nummer 1976, groot 27 are een centiare;

veroordeelt Berendrecht in de kosten van het geding in beide instanties, tot op heden aan de zijde van Pirouette begroot op € 319,32 voor verschotten en € 527,= voor salaris procureur in eerste aanleg en € 374,32 voor verschotten en € 894,= voor salaris procureur in hoger beroep;

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Inleiding

Het onderhavige arrest betreft een executiegeschil tussen partijen die sinds 1994 zijn verwickeld in een reeks van procedures over en weer. Pirouette vordert staking van de executie en opheffing van een door Berendrecht gelegd executoriaal beslag op een haar toebehorende onroerende zaak. Dit beslag is gelegd uit hoofde van een in kracht van gewijsde gegaan arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 25 januari 2001 (hierna: "het bodemarrest"). Vraag is in hoeverre van deze vordering kennis genomen kan worden, nu partijen reeds in een eerder stadium (in twee instanties) een executiegeschil hebben gevoerd met betrekking tot het bodemarrest. Na een bespreking van de feiten en het oordeel van het hof ga ik in op de door het hof gehanteerde maatstaf voor de beoordeling van

de vraag of in casu sprake is van misbruik van executiebevoegdheid.

2. Feiten en procesverloop

In het bodemarrest is Pirouette veroordeeld tot betaling van f 125.000,= plus rente aan Berendrecht wegens geldlening. Pirouette heeft in een eerder executiegeschil in kort geding ex art. 438 Rv staking van de executie en opheffing van het door Berendrecht gelegde beslag gevorderd, op grond van het feit dat zij een tegenvordering met de vordering van Berendrecht kan verrekenen. Deze tegenvordering – althans de hoogte daarvan – vloeit voort uit een schadestaatprocedure, waarin Hof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat de aan Berendrecht toe te rekenen schade van Pirouette – huurderving – in redelijkheid moet worden begroot op € 73.550,= (incl. rente). In verband met een (kort) tussentijds faillissement van Berendrecht, welk faillissement ex art. 161 Fw is geëindigd door homologatie van een akkoord van 12,5%, heeft het hof Berendrecht evenwel slechts veroordeeld tot betaling van € 9.193,75 (12,5% van € 73.550,=) plus rente.

De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft in het eerdere executiegeschil geoordeeld dat Pirouette haar tegenvordering voor € 73.550,= mag verrekenen, en om die reden het beslag opgeheven. Vervolgens heeft Hof 's-Hertogenbosch bij arrest van 25 juli 2006 – voor zover thans van belang – geoordeeld dat Pirouette slechts tot € 9.193,75 mag verrekenen, nu het meerdere gelet op het gehomologeerde akkoord niet kan worden afgedwongen (vgl. art. 6:127 lid 2 BW), en gesteld noch gebleken is dat Pirouette reeds vóór de homologatie van het akkoord een beroep op verrekening heeft gedaan of verrekening heeft plaatsgevonden. Het beslag is hierdoor – deels (zie r.o. 4.1.5 van het thans besproken arrest) – herleefd (vgl. in dit verband HR 23 februari 1996 (DKHB/KIVO), NJ 1996, 434).

Pirouette heeft vervolgens een nieuw executiegeschil aanhangig gemaakt, en daarin wederom staking van de executie en opheffing van het beslag gevorderd. Daartoe heeft Pirouette onder overlegging van stukken aangevoerd dat zij wel degelijk (meerdere malen) een beroep op verrekening heeft gedaan vóór de homologatie van het akkoord, zodat zij haar tegenvordering voor de volledige

€ 73.550,= mag verrekenen, en Berendrecht mitsdien misbruik maakt van zijn executiebevoegdheid door het bodemarrest ten uitvoer te leggen. Bij de beoordeling van de vorderingen van Pirouette heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank gebruikgemaakt van de maatstaf van HR 22 april 1983, (Ritzen/Hoekstra), NJ 1984, 145 (m.nt. WHH), r.o. 3.2: van misbruik van executiebevoegdheid kan sprake zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of de tenuitvoerlegging 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. Tegen die achtergrond heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het beroep op verrekening reeds in het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 25 juli 2006 is beoordeeld, en dat geen hernieuwde beoordeling van dat executiegeschil kan plaatsvinden, zodat de vorderingen van Pirouette afgewezen moeten worden. Tegen deze uitspraak richt zich het onderhavige hoger beroep.

3. Het oordeel van het hof

Het hof oordeelt dat het eerdere executiegeschil niet in de weg staat aan kennisname van de onderhavige vorderingen van Pirouette, nu de rechtmatigheid van de executie van een rechterlijke uitspraak in beginsel meerdere malen in kort geding aan de orde gesteld kan worden. Een vordering tot staking van de executie wordt volgens het hof slechts afgewezen op basis van gebrek aan belang (art. 3:303 BW) of misbruik van procesrecht (vgl. HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 508 (m.nt. HJS)), indien daarbij precies dezelfde feiten, omstandigheden en gronden worden aangevoerd als in het eerdere executiegeschil (r.o. 4.5.4, tweede alinea). Dit laatste is in casu niet het geval, nu het hof in zijn arrest van 25 juli 2006 niet heeft beoordeeld of in het verleden een beroep op verrekening is gedaan of verrekening heeft plaatsgevonden, en Pirouette in dat verband thans aanvullende stukken heeft overgelegd, aldus het hof in r.o. 4.5.5.

Met betrekking tot de door de voorzieningenrechter gehanteerde maatstaf of sprake is van misbruik van executiebevoegdheid oordeelt

het hof in r.o. 4.5.6 en 4.5.7 dat deze weliswaar juist is, maar in het onderhavige geval ten onrechte wordt toegepast op het arrest van het hof van 25 juli 2006 in plaats van op het bodemarrest. Het hof beoordeelt de vorderingen van Pirouette vervolgens opnieuw.

4. Misbruik van executiebevoegdheid

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 in r.o. 4.6 dat zich bij (hoge) uitzondering ook buiten de gevallen van een feitelijke of juridische misslag of nieuwe feiten en omstandigheden – de beoordelingsmaatstaf van het hierboven aangehaalde arrest Ritzen/Hoekstra – misbruik van executiebevoegdheid kan voordoen. In het arrest Schmidt/Thunnissen ging het om een veroordeling van een partij tot betaling van een geldsom, waarbij achteraf bleek dat deze partij de geldsom reeds vóór de veroordelende uitspraak had voldaan.

A-G Strikwerda stelt in zijn conclusie vóór dat arrest sub 14 voorop dat de executierechter een beperkte taak heeft, en in het algemeen slechts in de executie zal mogen ingrijpen (a) indien door de geëxecuteerde wordt aangevoerd dat hij al aan het te executeren vonnis heeft voldaan, of (b) indien de executant zich door de executie schuldig maakt aan misbruik van bevoegdheid. Volgens A-G Strikwerda laat zich daarbij verdedigen dat geval (a) een bijzondere vorm van misbruik van executiebevoegdheid is, zodat de grond voor ingrijpen door de executierechter steeds misbruik van recht is. Daarbij is wel problematisch dat het voldoen aan een uitspraak vóórdat deze heeft plaatsgevonden, strikt genomen niet onder de gevallen (a) of (b) te scharen valt. A-G Strikwerda merkt sub 16 van zijn conclusie echter op dat die situatie op één lijn te stellen valt met geval (a), en voorts dat wanneer zou moeten worden aangenomen dat slechts een betaling ná een veroordelende uitspraak de executoriale titel teniet doet gaan, er in een dergelijk geval nog steeds sprake is van misbruik van executiebevoegdheid. De Hoge Raad volgt de A-G, en oordeelt dat het (in feite nogmaals) executeren van een uitspraak, nadat de geëxecuteerde reeds vóór die uitspraak aan de veroordeling heeft voldaan, misbruik van recht oplevert. Betoogd kan worden dat de

Hoge Raad aldus een uitbreiding heeft gegeven aan de beoordelingsmaatstaf uit het arrest Ritzen/Hoekstra. Immers, de Hoge Raad oordeelt dat ook de hierboven als (a) aangeduide gevallen, en de situaties die daarmee op één lijn te stellen vallen, misbruik van executiebevoegdheid opleveren.

5. Toepassing ruimere misbruikcriterium

In het onderhavige geval doet zich volgens het hof een met het arrest Schmidt/Thunnissen vergelijkbare (met geval (a) op één lijn te stellen) situatie voor, nu voorshands moet worden aangenomen dat de vordering die Berendrecht thans door executie tracht te innen, al vóór het bodemarrest door verrekening is voldaan. Voorshands, omdat Berendrecht in het tweede executiegeschil in eerste aanleg verstek heeft laten gaan, en in de onderhavige procedure bij het hof niet inhoudelijk is ingegaan op de stelling van Pirouette dat zij reeds vóór de homologatie van het akkoord (meerdere malen) een beroep op verrekening heeft gedaan, zodat dit laatste ex art. 149 lid 1 Rv door het hof als vaststaand moet worden beschouwd. Gelet op het vorenstaande kan Pirouette haar tegenvordering voor de volledige € 73.550,= verrekenen, en levert het doorzetten van de executie misbruik van recht op, aldus het hof in r.o. 4.7 en 4.8. De vorderingen van Pirouette tot staking van de executie en opheffing van het beslag worden vervolgens alsnog toegewezen. Het is jammer dat Berendrecht in de onderhavige procedure niet is ingegaan op bovengenoemde stelling van Pirouette, zodat wij thans hebben uit te gaan van een processuele waarheid. Daarop voortbordurend heeft het hof mijns inziens echter terecht de (ruimere) maatstaf van het arrest Schmidt/Thunnissen gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of in casu sprake is van misbruik van executiebevoegdheid, en komt het op basis van die maatstaf tot een terechte conclusie. Niet valt immers in te zien hoe een achteraf gebleken beroep op verrekening (het onderhavige geval) verschilt van een achteraf gebleken betaling (Schmidt/Thunnissen).

In zijn annotatie bij het arrest Schmidt/Thunnissen merkt Van Mierlo op dat van het in dat arrest gehanteerde ruimere misbruikcriterium (óók in met geval (a) op één lijn te stellen situaties is sprake van misbruik van

recht) zo spaarzaam mogelijk gebruik moet worden gemaakt, en dat moet worden voorkomen dat het executiegeschil wordt gebruikt als verkapt appel. Van dat laatste is naar mijn oordeel in het thans besproken arrest geen sprake. Berendrecht zou – gelet op de litigieuze verrekening – door executie van het bodemarrest meer ontvangen dan hem toekomt, en dat kan nooit de bedoeling zijn. In een dergelijk geval moet het mogelijk zijn om in kort geding een staking van de executie te bewerkstelligen.

Opmerkelijk is tot slot dat de kwestie omtrent de verrekening pas in het tweede executiegeschil tussen partijen goed uit de verf is gekomen. Mede in dat verband moet worden gevreesd dat met het onderhavige arrest nog geen einde is gekomen aan de reeks procedures tussen partijen.

mr. M. den Besten
PhD-fellow burgerlijk procesrecht Universiteit Leiden

10

Gerechtshof Leeuwarden
10 oktober 2007, nr. 0700474, LJN BB5471
(mrs. Knijp, Zandbergen, Van der Hoek, Mollema)
Noot mr. M. Beekhoven van den Boezem

Dwangsom. Functie als dwangmiddel. Psychische stoornis. Onmogelijkheid.

[Rv art. 585 t/m 590]

In het onderhavige geval zal de daadwerkelijke toepassing van lijfswang onontkoombaar met zich brengen dat deze het karakter van een bestraffing aanneemt. Het hof schat de speciaal-preventieve werking van lijfswang in dit geval gering in, nu de stukken aanleiding geven tot de voorlopige conclusie dat een eventueel toekomstig normafwijkend gedrag van de betrokkene zal worden ingegeven door diens persoonlijkheids- en verslavingsproblematiek, en niet zozeer het resultaat zal zijn van een rationele afweging van voor- en nadelen van het plegen van een overtreding van de opgelegde verboden.