



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

Franke, M.E.

Citation

Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. Meijers-reeks. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

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

5 | De voorwaardelijke rechtvaardiging

5.1 VOORAF

5.1.1 Bevoegdheid en onzekerheid

In de voorgaande hoofdstukken waren de volledige en de onvolledige rechtvaardigingen aan de orde.

In dit hoofdstuk wordt de derde en laatste groep rechtvaardigingen besproken: de groep die ik de voorwaardelijke rechtvaardigingen noem. Het gaat om bevoegdheden die het voor de handelende mogelijk maken op een bepaald moment te handelen, maar waarbij het voortbestaan van die bevoegdheid op het moment van de handeling niet zeker is. De handelende baseert zich in dat geval dus op een 'wankele' bevoegdheid.

5.1.2 Enkele voorbeelden

Een voorbeeld van een dergelijke rechtvaardiging is de bevoegdheid tot het leggen van conservatoir beslag, voorafgaand aan de procedure met betrekking tot de zaak waarop beslag is gelegd:

'In het algemeen fungeert het als een middel een of meer delen van het vermogen van de beslagene te blokkeren. Beslag heeft tot gevolg dat de beslagene de bevoegdheid verliest om over het beslagen goed te beschikken. De beslagene kan het goed, hangende de procedure waarin de pretenties van de beslaglegger op hun juistheid worden onderzocht of hangende de maatregelen die genomen moeten worden om tot uitwinning te komen, niet vervreemden.'¹

De mogelijkheid tot het leggen van beslag is de bevoegdheid van de beslaglegger een zaak te onttrekken aan de beschikkingsmacht van de beslagene, iets wat in een andere situatie een inbreuk op het eigendomsrecht van de beslagene zou opleveren. Doel van het conservatoire beslag is die zaak voor de beslaglegger veilig te stellen, totdat duidelijkheid is verkregen over de rechtspositie van beide partijen. Dat betekent dat ten tijde van het leggen van het beslag

1 F.H.J. Mijnsen, *Algemene aspecten van beslag en executie* (preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap), Deventer: Kluwer 1983, p. 3.

helemaal niet duidelijk is of de beslaglegger in het gelijk zal worden gesteld. Maar met het beslag kan de beslaglegger bereiken dat, *als* hij in het gelijk wordt gesteld, hij in ieder geval over de zaak zal kunnen beschikken. Zonder het beslag zou de rechthebbende de zaak hangende de procedure immers volkomen rechtmatig kunnen vervreemden en daarmee een eventueel verhaal illusoir kunnen maken.

Maar een probleem doet zich voor wanneer de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak wordt afgewezen.² Het beslag vervalt van rechtswege als deze afwijzing in kracht van gewijsde is gegaan.³ En de beslaglegger is aansprakelijk voor de schade van de beslagene. Algemeen wordt aangenomen dat deze aansprakelijkheid gegrond is op onrechtmatige daad.⁴ Hoe is dat te rijmen met de bevoegdheid die de wet uitdrukkelijk toekent aan de beslaglegger om het goed te beslaan?⁵

Het zelfde probleem doet zich voor bij de executant die een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis ten uitvoer legt, terwijl de beroepstermijn nog niet is verlopen, of zelfs al hoger beroep tegen het vonnis is ingesteld.⁶ En bij de executant van een kort geding vonnis, terwijl de bodemprocedure nog loopt. Beide executanten hebben de bevoegdheid het oorspronkelijke vonnis te executeren,⁷ maar nemen daarbij het risico dat het vonnis waarop zij hun handelen baseren, later wordt vernietigd of opzij gezet.

Hiermee te vergelijken is de situatie waarin de overheid strafvorderlijk optreedt tegen iemand jegens wie een 'redelijk vermoeden van schuld' (vgl. art. 27 Sv) bestaat. Ten tijde van het optreden bestaat nog geen zekerheid over de juistheid van het vermoeden; pas gedurende het verloop van de strafprocedure kan duidelijk worden of het vermoeden wordt bevestigd. Ook hier wordt dus vooruitgelopen op een latere uitkomst. En ook hier is de grondslag van de aansprakelijkheid in het geval het vermoeden uiteindelijk niet wordt bevestigd – in de zin dat de verdachte onschuldig blijkt – onrechtmatige daad,⁸

2 Of als de eis in de hoofdzaak niet wordt ingesteld. De eis in de hoofdzaak móet worden ingesteld na een gelegd beslag en wel binnen een bepaalde termijn, zie art. 700 lid 3 Rv en HR 3 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0347, NJ 2004/557 (*Ontvanger/Heelhorst*) en HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2587, NJ 2007/103 (*Wessex/Itera*).

3 Zie artikel 704 lid 2 Rv.

4 Vaste jurisprudentie sinds HR 27 december 1929, ECLI:NL:HR:1929:287, NJ 1930, p. 1433. Zie ook (i.v.m. executoriaal beslag) HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 (*Ontvanger/Bos*).

5 Over deze kwestie recentelijk uitvoerig: Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020.

6 Zoals bijv. in HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189 (*Oyster Pond*).

7 Zie voor het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis: art. 233 Rv (de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking: art. 288 Rv) en het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde kort geding vonnis: art. 258 Rv, jo 430 e.v. Rv.

8 Zie bijv. HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346 (*Staat/politiebeampte S*) en HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*). Vaste leer sinds HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1355, NJ 1995/727. Let wel: de hier besproken situatie

terwijl het optreden aan het begin van de strafvorderlijke gang als gerechtvaardigd en rechtmatig wordt aangemerkt.

5.1.3 Verschil met de onvolledige rechtvaardiging

De zojuist geschetste gevallen tonen een zekere gelijkenis met de bevoegdheden die in het vorige hoofdstuk zijn beschreven. Ook bij de daar besproken onvolledige rechtvaardigingen heeft de handelende ten tijde van de schade veroorzakende handeling immers een bevoegdheid tot de handeling. En uiteindelijk schiet ook die bevoegdheid tekort om de daad te rechtvaardigen.

Het verschil tussen beide typen bevoegdheid is echter dat het bij de onvolledige rechtvaardiging gaat om een bevoegdheid die ten tijde van het handelen weliswaar aanwezig is en blijft, maar *op zichzelf* tekort schiet om het handelen volledig te rechtvaardigen. Bij de bevoegdheid die in dit hoofdstuk wordt beschreven, gaat het om een bevoegdheid die ten tijde van het schade toebrengende handelen op zichzelf compleet is, maar waarbij niet zeker is of de rechtsverhouding waarop zij is gebaseerd, blijft *voortbestaan*.

5.1.4 Schuld en toerekening?

In de literatuur wordt het probleem van het beslag dat later ten onrechte blijkt te zijn gelegd, of de executie van een vonnis dat later wordt vernietigd, traditioneel bijna uitsluitend behandeld bij het onderwerp schuld en toerekening op grond van artikel 6:162 lid 3.⁹ Dat is opmerkelijk. Bezien vanuit het leerstuk schuld en toerekening is er namelijk nauwelijks sprake van een bijzonder probleem. Wie willens en wetens een handeling begaat waartoe hij een bepaalde bevoegdheid nodig heeft, zonder dat zeker is dat hij die bevoegdheid houdt, neemt zelf het risico dat de bevoegdheid uiteindelijk toch niet blijkt te bestaan. In dit opzicht verschilt het handelen van de beslaglegger of de voortijdige executant niet van de vergunninghouder die alvast gaat bouwen in afwachting van de definitieve vergunning en later moet ondervinden dat de vergunning

moet worden onderscheiden van de in par. 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*), waar de gevolgen jegens derden aan de orde waren.

9 Aldus Asser/Sieburgh 6-IV 2019/110, die het probleem bespreekt bij dwaling omtrent de feiten in verband met toerekening op grond van de verkeersopvattingen ex artikel 6:162 lid 3 BW. Zie ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162, lid 3, aant. 43 e.v. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat de executant van een voorlopig vonnis in een heel andere situatie verkeert dan wie ten onrechte meent dat hij eigenaar is van een zaak die hij beschadigt, of de automobilist die geen voorrang verleent op een punt waar hij geen zijstraat kan vermoeden (Asser-Sieburgh 6-IV 2019/110, eerste alinea). De eigenaar en de automobilist gaan uit van een onjuiste voorstelling van zaken. De executant heeft geen onjuiste voorstelling: hij weet alleen niet zeker of de stand van zaken blijft zoals deze nu is.

wordt vernietigd.¹⁰ Dat het risico van gokken¹¹ wordt toegerekend aan de gokker, is evident.

5.1.5 Onrechtmatigheid?

Moeilijker is het probleem in te kaderen in het leerstuk binnen een ander vereiste van artikel 6:162: dat van de onrechtmatigheid.

De bevoegdheid waarop de beslaglegger of de executant zijn handelen baseert, is van invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling. In principe is het handelen van de beslaglegger en executant rechtmatig. Als de bevoegdheid waarop het handelen was gebaseerd later wegvalt, heeft dat invloed op het oordeel over de onrechtmatigheid. Het handelen van de beslaglegger en executant wordt dan – achteraf bezien – als onrechtmatig beschouwd. En precies daarin ligt de kern van de moeilijkheid om de bevoegdheid van de beslaglegger en executant te karakteriseren. Is hun handelen nu rechtmatig, vanwege het bestaan van de bevoegdheid? Of is het onrechtmatig, vanwege het – achteraf – wegvallen van die bevoegdheid?

Alle redenen om dit type bevoegdheden en hun gevolgen voor het oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van de handeling nader te beschouwen in verband met de grondslag van de aansprakelijkheid.

5.2 GRONDSLAG VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

5.2.1 Inleiding

De beslaglegger en de executant die zich baseren op een bevoegdheid die later wordt vernietigd, zijn aansprakelijk voor de schade die zij door hun beslag respectievelijk executie hebben toegebracht.

De rechtvaardiging daarvoor kan worden gevonden in de omstandigheid dat degene die beslag legt dat nog van waarde moet worden verklaard, *weet* dat het niet zeker is dat het beslag inderdaad van waarde zal worden verklaard. De beslaglegger heeft de bevoegdheid om te handelen, vooruitlopend op zijn nog – definitief – te halen gelijk. Daarbij neemt hij het risico dat hij dat gelijk uiteindelijk niet zal krijgen, en dat hij dus zal blijken te zijn vooruitgelopen op iets wat uiteindelijk niet is gekomen. Dat geldt ook voor wie

10 De houder van een bouwvergunning die reeds met bouwen begint voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd op grond van een door belanghebbende(n) ingesteld bezwaar of beroep, heeft de door zo'n vernietiging ontstane schade in beginsel geheel aan zijn eigen schuld te wijten, zie HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, NJ 1997/396 (*Gemeenschappelijk Eigendom/gemeente Den Haag*).

11 In dit geval: gokken op het voortbestaan van een bepaalde bevoegdheid.

executeert binnen de beroepstermijn of hangende de appelprocedure, of voor wie een kort geding-vonnis executeert. Die executant weet dat de uitspraak waarop hij zijn handelen baseert, kan worden vernietigd, en dat hij dan aansprakelijk zal zijn voor de schade die zijn wederpartij door de voortijdige executie lijdt.

Als grondslag voor die aansprakelijkheid zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Omdat in dit hoofdstuk wordt uitgegaan van een normaal gebruik van de besproken bevoegdheden, blijft misbruik van bevoegdheid als grondslag van aansprakelijkheid buiten beschouwing.¹²

5.2.2 Rechtmatige daad

Volgens Slagter is de grondslag van de aansprakelijkheid van de executant van een vonnis een rechtmatige daad:

‘Executie van een vonnis ten gronde is m.i. rechtmatig, ook al wordt dit in hoger beroep vernietigd, tenzij men van misbruik van recht kan spreken. Deze vernietiging doet aan de rechtmatigheid evenmin iets af, als het “omgaan” van de Hoge Raad het karakter van de reeds uiteindelijk berechte handelingen verandert.’¹³

Op de mogelijkheid van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad van de executant wordt ook – en met kennelijke instemming – gewezen door Vranken.¹⁴ Hij constateert:

‘Het aantal gevallen waarin het gewrongen aandoet om te werken met de traditionele onrechtmatigheidscategorieën van (thans) art. 6:162 BW is de laatste tijd sterk toegenomen.’¹⁵

12 Daarover bijv. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440 (*Hoda/Mondi Foods*), r.o. 4.5.2.

13 Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding* (diss.) 1952, p. 98. Voor de executie van een kort geding vonnis ligt het volgens Slagter anders. Het vonnis in kort geding ziet Slagter slechts een ordemaatregel, waarbij de rechterlijke uitspraak geen rechtvaardiging geeft. Of de executie rechtmatig was of niet, wordt pas in het geding ten gronde uitgemaakt (*De rechtsgrond van de schadevergoeding* (diss.) 1952, p. 99). Deze onderscheiding verdient mijns inziens geen navolging. Op een kort geding vonnis hoeft immers niet per definitie een bodemprocedure te volgen. Als de bodemprocedure niet volgt, blijft het karakter van de executie van het kort geding vonnis (in de visie van Slagter) onzeker. Dat is niet wenselijk.

14 Vranken, in zijn bespreking van het hierna, in par. 5.3.2 (*Handelen zonder recht of titel*) te behandelen proefschrift van A.A. Van Rossum, *Boekbespreking* 1992, p. 495-498.

15 Vranken, *Boekbespreking* 1992, p. 497.

Vranken stelt daarbij de retorische vraag

‘of de ontwikkelingen ook op andere terreinen inmiddels niet zo ver zijn voortgeschreden dat het aansprakelijkheidsrecht kan/moet worden uitgebreid met een aansprakelijkheid uit *rechtmatige daad*’.¹⁶

Mijn bezwaar tegen deze benadering is al verwoord in het vorige hoofdstuk. Het is gericht tegen de principiële onjuistheid van de gedachte dat de uitoefening van een bevoegdheid als logisch gevolg zou hebben dat de handeling dus rechtmatig is. Het enkele bestaan van een bevoegdheid tot handelen impliceert nog geen rechtmatigheid, zo heb ik verdedigd.

Bij de executie van een nog niet onherroepelijk vonnis of bij het leggen van een beslag geldt het genoemde bezwaar overigens nog sterker dan in de situatie die in het vorige hoofdstuk is besproken, waarbij de handelende zich op een onvolledige rechtvaardiging beroept. Bij een onvolledige rechtvaardiging heeft iemand gehandeld op grond van een bevoegdheid die hij heeft en houdt. Alleen is die bevoegdheid niet geheel toereikend of schort iets aan de wijze waarop de handelende die bevoegdheid heeft uitgeoefend. Bij de executie van een vonnis dat later wordt vernietigd, of het leggen van een beslag dat niet van waarde wordt verklaard, loopt de handelende vooruit op zijn nog te halen gelijk, maar krijgt hij uiteindelijk *volledig ongelijk* – en het risico daarop was hem bekend op het moment van handelen.

Daarbij kan nog worden gewezen op een ander theoretisch bezwaar tegen de gedachte van rechtmatigheid in gevallen als deze, en daarop is al in 1914 gewezen door Paul Scholten: niet goed is te verklaren dat de rechtmatigheid van de beslaglegging en executie van een vonnis afhankelijk is van een latere gebeurtenis, namelijk de uitspraak in de bodemprocedure of hoger beroep/cassatie.¹⁷

Wanneer men spreekt van ‘gewrongen’ constructies, is het goed stil te staan bij de positie van de handelende partij, de executant, die een definitieve uitspraak niet belooft af te wachten, maar vooruitlopend op die uitspraak alvast gaat executeren, en uiteindelijk ongelijk krijgt in de definitieve uitspraak. Als iets wringt, dan is het toch dit – achteraf gebleken onterechte – gebrek aan geduld, waardoor aan de wederpartij schade wordt toegebracht, aan te merken als rechtmatig – in de zin van zorgvuldig – handelen. Dat zelfde geldt voor de handelende die een beslag legt dat uiteindelijk geen stand kan houden, waardoor aan de beslagene schade wordt berokkend. Het is volstrekt gekunsteld te zeggen dat deze beslaglegger rechtmatig handelt. Rechtmatig is juist het handelen van de beslagene, die zijn goed moet verdedigen tegen de preten-

16 Vranken, *Boekbespreking* 1992, p. 497, cursivering in origineel.

17 P. Scholten, ‘De “schuld” in de leer der onrechtmatige daad’, *WPNR* 1914/2310 1914, p. 66, l.k.

ties van de beslaglegger en door de laatste wordt gedwongen tot het voeren van een – naar later blijkt: zinloze – kostbare procedure.

5.2.3 Risicoaansprakelijkheid

Een andere grondslag wordt wel gevonden in risicoaansprakelijkheid, een term die op twee manieren is op te vatten. Enerzijds in de beperkte zin van aansprakelijkheid zonder dat schuld vereist is, waarbij toerekening op grond van wet of verkeersopvattingen plaatsvindt. Anderzijds in de ruime zin van aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid.¹⁸

In verschillende West-Europese landen wordt in de hierboven beschreven gevallen (van executie van een vonnis etc.) een risicoaansprakelijkheid van de handelende aangenomen in de ruime zin van aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid en schuld.

Het Duitse wetboek kent een wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de beslaglegger en executant, in § 717-2 en 945 Zivilprozessordnung (ZPO). Daarbij regelt § 717-2 ZPO de vergoedingsplicht bij de executie van eindoordeelen die ‘für vorläufig vollstreckbar erklärt’ zijn (dus uitvoerbaar bij voorraad verklaard) en § 945 ZPO bij de executie van kort gedingvonnissen en opgeheven beslagen. In beide gevallen rust op de executant/beslaglegger een verplichting de wederpartij schade te vergoeden. Deze aansprakelijkheid wordt als een risicoaansprakelijkheid beschouwd. Het gaat namelijk om

‘verschuldensunabhängige Haftung’.¹⁹

Ook het Belgisch wetboek kent een expliciete regeling van de tenuitvoerlegging van een voorlopig vonnis. In artikel 1398 lid 1 Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) is geregeld dat de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen kan toestaan (behoudens uitzonderingen die de wet bepaalt).²⁰ Lid 2 van artikel 1398 Ger.W. voegt daaraan toe:

‘De tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt niettemin alleen op risico van de partij die daartoe last geeft en onverminderd de regels inzake kantonnement.’²¹

18 Vgl. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 403.

19 Zöller, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, § 717-2 Rn 3, II (Herget). Daarbij wordt gehandeld op risico („auf Gefahr“) van de executant, zie Zöller, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, § 945 Rn 3 (Vollkommer).

20 Over artikel 1398 lid 1 Ger.W. Zie de annotatie van Laenens onder Hof van beroep Antwerpen 27 september 1989, R.W. 1990-1991, p. 299-300. Zie verder *Becommentarieerd Wetboek Gerechtelijk recht*, bijgewerkt door Kurt Van Damme 1999-2000, p. 653-654. Het betreft een vorm van ‘foutloze risicoaansprakelijkheid’, J. Laenens, *Handboek Gerechtelijk recht* 2016, p. 2016.

21 Kantonnement is een geldsom die de schuldenaar in bewaring kan geven, als waarborg voor de schuld in hoofdsom, rente en kosten. Zie artikel 1403 e.v. Ger.W.

Het Hof van Cassatie legt dit tweede lid als volgt uit:

‘Dat daaruit volgt dat de partij die een dergelijk vonnis doet uitvoeren, bij gehele of gedeeltelijke hervorming of vernietiging ervan, boven de teruggave van hetgeen zij ingevolge de hervormde of vernietigde beslissing heeft ontvangen, de schade dient te vergoeden die door de enkele tenuitvoerlegging is ontstaan, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek is vereist.’²²

De aansprakelijkheid van de executerende partij wordt beschouwd als een zuivere risicoaansprakelijkheid. Broeckx spreekt van een ‘foutloze’ aansprakelijkheid, die moet worden gesteld tegenover aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,²³ en los van schuld.²⁴

In de Nederlandse rechtspraak komt men de term risicoaansprakelijkheid in dit verband wel tegen,²⁵ maar het begrip wordt dan in enge zin gebruikt, om aan te geven dat wordt gehandeld op eigen risico.²⁶ Met de term risicoaansprakelijkheid wordt hier echter, anders dan in België, geen aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid aangeduid: in Nederland is de grondslag van aansprakelijkheid voor dit type gevallen onrechtmatige daad.²⁷ De term risicoaansprakelijkheid geeft dan aan – het is zojuist opgemerkt – dat de beslaglegger op eigen risico handelt, en dat de schade hem om die reden wordt toegerekend.

Zo overweegt de Hoge Raad met betrekking tot het *conservatoir beslag*:

‘dat degene die een conservatoir beslag legt, voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade – bijzondere omstandigheden daargelaten – door hem moet worden vergoed, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet

22 Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 184-185.

23 K. Broeckx, noot onder Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, p. 186-188.

24 A. van Oevelen & D. Lindemans, ‘Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter’, *TvPr.* 1985, p. 1051-1100, m.n. 1064-1067. Vgl. voor het Belgisch recht ook Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 216, die tot dezelfde conclusie komt.

25 Zie bijv. HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, *NJ* 2003/440 (*Hoda/Mondi Foods*), r.o. 4.5.2: ‘Op de beslaglegger rust een risicoaansprakelijkheid voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering geheel ongegrond is’.

26 Zie bijv. de conclusie van A-G Langemeijer voor het in de vorige noot aangehaalde arrest: ‘De aangehaalde arresten zien op de situatie waarin de vordering geheel ongegrond is bevonden. De Hoge Raad oordeelt in zodanige gevallen dat degene die een beslag legt en handhaaft op eigen risico handelt en, bijzondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade dient te vergoeden indien het beslag achteraf ten onrechte gelegd blijkt te zijn, óók in het geval hij op verdedigbare gronden van zijn vordering overtuigd was en niet lichtvaardig heeft gehandeld’.

27 Zie daarover de volgende paragraaf, par. 5.2.4 (*Onrechtmatige daad*).

kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld'.²⁸

Evenzo overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de *executie van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis*:

'Het risico van tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog geen kracht van gewijsde heeft, is (...) voor de executant.'²⁹

De term 'risico' geeft in deze uitspraken (uitsluitend) aan waarom de schade aan de executant wordt toegerekend, dus waarom de schade voor zijn rekening komt in de zin van artikel 6:162 lid 3. Vóór 1992 was voor die toerekening schuld vereist – vergelijk de volgende uitspraak, met betrekking tot een *later vernietigd kort geding vonnis*. De Hoge Raad geeft eerst zijn oordeel omtrent de onrechtmatigheid van de (dreiging met) executie. Omtrent de schuld voegt de Hoge Raad daaraan de volgende overweging toe:

'Voorts mag er, gegeven de aard van het k.g.-vonnis, van worden uitgegaan dat degeen die (...) 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.'³⁰

In de Nederlandse rechtspraak wordt het handelen van de executant of beslaglegger dus toegerekend. Daarmee is evenwel nog (steeds) geen antwoord gegeven op de vraag naar de grondslag van de aansprakelijkheid.

5.2.4 Onrechtmatige daad

Naar Nederlands recht is de grondslag voor aansprakelijkheid onrechtmatige daad. Zo overwoog de Hoge Raad met betrekking tot een *executoriaal beslag*:

'Bijzondere omstandigheden daargelaten, is de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt.'³¹

28 HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, NJ 1965/331 (*Snel c.s./Ter Steege*), p. 1192, r.k.

29 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, NJ 1999/381 (*Meccano/Remco Toys c.s.*), r.o. 3.5.

30 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG4901, NJ 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4. Herhaald in HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602, NJ 2008/225.

31 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 (*Ontvanger/Bos*), r.o. 4.2. Over een niet aannemelijk gemaakte vordering waarvoor conservatoir beslag was gelegd: zie het oordeel van het hof, weergegeven in HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, NJ 2011/309 (*Administratiekantoor/Huber c.s.*), r.o. 3.2.2.

Voor het ten uitvoer leggen van een *nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis* moet volgens de Hoge Raad

‘in beginsel worden aangenomen dat de partij die door dreiging met executie van dwangsommen de veroordeelde heeft gedwongen tot medewerking aan uitvoering van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis, voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, onrechtmatig heeft gehandeld en deswege schadeplichtig is, wanneer het vonnis met de daarin begrepen veroordeling in hoger beroep wordt vernietigd’.³²

En ook voor het dreigen met *executie van een kort gedingvonnis* dient volgens de Hoge Raad:

‘in beginsel te worden aangenomen dat degeen die door dreiging met executie zijn wederpartij heeft gedwongen zich naar een in k.g. gegeven verbod te gedragen, onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in het bodemgeschil, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich van de desbetreffende handelingen onthield’.³³

Onrechtmatige daad is dus de grondslag voor de vergoeding van schade die door de handeling – dreigen met executie – wordt geleden. Hoe is deze onrechtmatigheid te rijmen met de bevoegdheid tot de handeling?

5.3 ONRECHTMATIGE DAAD: DOGMATISCHE ONDERBOUWING

5.3.1 De bevoegdheid en de onrechtmatigheid

De Nederlandse rechtspraak grondt de aansprakelijkheid van de beslaglegger of executant dus op onrechtmatige daad. Die grondslag heeft iets ongemakkelijks als men bedenkt dat de handelende executant of beslaglegger de *bevoegdheid* heeft tot de executie of het leggen van beslag. Het is lastig te beredeneren waarom men ondanks de aanwezigheid van die bevoegdheid toch onrechtmatig zou handelen. De frictie tussen de aanwezigheid van de bevoegdheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt beschreven door Broeckx voor het Belgische recht. Over de aansprakelijkheid uit artikel 1382-1383 Belgisch BW (onrechtmatige daad) schrijft zij:

32 HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, NJ 1999/367 (*Meewerken aan akte van verdeling*), r.o. 3.3. Zie ook de conclusie van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense, onder 5. Zie ook de annotatie van Snijders bij HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603 (*strafvoorderlijke inbeslagname van varkens*), m.nt. H.J. Snijders onder 3.b.

33 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1985:AG4901, NJ 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4. Zie ook de annotatie van Brunner bij het arrest die onder 1. voor verschillende executie- en beslagcasus de onrechtmatigheid bespreekt.

‘Deze grondslag valt (...) moeilijk te verdedigen. De fout van de executant kan niet gelegen zijn in het enkele feit tot executie te zijn overgegaan, aangezien de begunstigde over een uitvoerbare titel beschikte die hem daartoe machtigde. Het gebruik maken van een mogelijkheid die door de wet of de rechter op een wettige wijze is toegestaan, kan op zichzelf beschouwd bezwaarlijk als een onrechtmatige daad worden bestempeld. Er is geen sprake van een onrechtmatige daad aangezien de legitimatie van het rechterlijk vonnis in dit geval zeer sterk is.’³⁴

Kort gezegd is de gedachte deze: er kan niet onrechtmatig gehandeld zijn, omdat sprake was van een sterke bevoegdheid – de rechterlijke uitspraak. Die redenering (bevoegdheid dus rechtmatigheid) is in het vorige hoofdstuk verworpen,³⁵ maar zij brengt wel helder tot uitdrukking waarom de onrechtmatigheid van het handelen van de executant of beslaglegger niet evident is.

Natuurlijk kan men de onrechtmatigheid verklaren vanuit het feit dat het uiteindelijke vonnis – in hoger beroep, of in de bodemprocedure na een kort geding – met terugwerkende kracht het vonnis vernietigt waarop de handelende zijn handelen had gebaseerd. Daardoor heeft achteraf gezien de bevoegdheid tot handelen van de executant nimmer bestaan, en is dus sprake van handelen zonder bevoegdheid – een onrechtmatige daad.³⁶ Dat is juist. Maar daarbij moet worden bedacht dat de handelende *ten tijde van zijn handelen* de bevoegdheid bezat waarop hij zijn handelen baseerde. In zijn conclusie voor HR 6 april 1962 bespreekt Langemeijer instemmend de heersende leer, maar wijst op het bezwaar ervan:

‘Het is intussen niet te ontkennen, dat uit dogmatisch oogpunt die uitkomst zwakke zijden vertoont, deze namelijk dat onrechtmatig wordt geoordeeld een handelwijze, die, toen zij geschiedde, steun in de wet vond.’³⁷

Daarom is in de literatuur gezocht naar een (nadere) onderbouwing van de onrechtmatigheid van de handeling.

5.3.2 Handelen zonder recht of titel

In haar proefschrift over de aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen gaat Van Rossum uit van een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de executant. De verkla-

34 K. Broeckx, noot onder Hof van Cassatie (België) 7 april 1995, R.W. 1995-1996, p. 186, r.k.

35 Omdat de enkele aanwezigheid van een bevoegdheid de handeling nog niet tot een rechtmatige behoefte te maken, zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

36 Althans: wanneer daarbij schade wordt toegebracht aan een ander.

37 P.-G. Langemeijer, conclusie voor HR (Strafkamer) 6 april 1962, ECLI:NL:PHR:1962:AB5189, NJ 1965/115 (*Drefvelin/Wientjes*), p. 454, l.k., met verwijzing naar Kamphuisen, *De positie van partijen na vonnis in kort geding*, NJB 1943, p. 21.

ring van de onrechtmatigheid zoekt zij in het feit dat ‘zonder recht of titel’³⁸ is gehandeld:

‘Ik kom tot de conclusie dat de executant door een naderhand ten onrechte gegeven vonnis tenuitvoer te leggen, onrechtmatig heeft gehandeld. “Onrechtmatig” moet in dit verband in de oorspronkelijke betekenis van zonder-recht-handelen worden opgevat.’³⁹

Met de verklaring dat (achteraf beschouwd) zonder recht is gehandeld, is inderdaad te beredeneren waarom de executant aansprakelijk is. Achteraf beschouwd ontbreekt de titel voor het handelen van de executant immers.

Maar met deze redenering wordt volledig voorbij gegaan aan het feit dat de executant op het moment van zijn handelen wel degelijk het recht tot executie had. Hij beschikte over de geldige titel voor de executie: het vonnis waarin hij in het gelijk werd gesteld. Aan deze werkelijkheid doet Van Rossum, die concludeert tot een ‘zonder-recht-handelen’, met haar verklaring geen recht.

Een betere verklaring voor de aansprakelijkheid van de executant vindt men wanneer men de bevoegdheid van de executant niet (achteraf) ontkent, maar die bevoegdheid op de juiste wijze karakteriseert: als een voorwaardelijke bevoegdheid. Ik kom daarop zo dadelijk terug.

5.3.3 De variërende status van de rechtsbetrekking

Een apart standpunt in de discussie over de grond van de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de executant van een later vernietigd vonnis wordt verdedigd door Van der Kwaak,⁴⁰ die in zijn visie wordt bijgevalen door Sieburgh.⁴¹ Van der Kwaak heeft – als een van de weinige auteurs – een volledige theorie over de aansprakelijkheid bij een weggevalen rechtvaardiging, om welke reden hij uitgebreide bespreking verdient.

Van der Kwaak gaat uit van de gedachte dat

‘de kwalificatie van een handeling op het moment dat zij wordt verricht niet altijd vast *kàn* staan. Het bestaan en de inhoud van een rechtsbetrekking kunnen onzeker zijn.’⁴²

Zo’n onzekerheid doet zich voor in de hierboven genoemde gevallen, zoals dat van de executant die zich baseert op een vonnis dat nog niet in kracht

38 Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 60, bovenaan.

39 Van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging* 1990, p. 60. Zie ook p. 58 en 221.

40 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481-486. De basis voor zijn beschouwingen is reeds te vinden in zijn proefschrift *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss.), p. 134-136.

41 Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 31, 134, 164.

42 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k. Cursivering in origineel.

van gewijsde is gegaan. De onzekerheid kan volgens Van der Kwaak ook een andere oorzaak hebben, zoals in het geval van een rechtshandeling die vernietigbaar is, of een feitelijke handeling waarvan pas uit latere omstandigheden blijkt of deze rechtmatig of onrechtmatig is. In al deze gevallen wordt de onzekere rechtsbetrekking op een later moment zeker, aldus Van der Kwaak.⁴³ Tot die tijd is de handeling voorwaardelijk rechtmatig.⁴⁴ Van der Kwaak beschrijft op welke wijze de status van de rechtsbetrekking precies varieert:

‘Subjectieve rechten en daaraan verbonden bevoegdheden hebben in de processituatie een variërende status van een als gevolg van betwisting ontstane onzekere rechtstoestand (er is nog geen executoriale titel) naar een rechtstoestand die als enigermate vaststaand is te beschouwen (er is een executoriale titel die nog geen kracht van gewijsde heeft gekregen), om te eindigen met een rechtstoestand die volstrekt zeker is (er is een executoriale titel met kracht van gewijsde).’⁴⁵

De uiteindelijke zekerheid ontstaat meestal door een rechterlijk oordeel⁴⁶ over de situatie, namelijk als de kwalificatie omtrent de rechtsbetrekking definitief wordt vastgesteld. Zij kan ook door partijen worden ‘gecreëerd’, bijvoorbeeld door een dading.⁴⁷ In alle gevallen is in de visie van Van der Kwaak een belangrijke rol weggelegd voor het procesrecht:

‘Rechten kunnen (...), zij het tijdelijk, onzeker zijn, dikwijls door betwisting. Op zo’n moment stagneert het zelfregulerende systeem van het burgerlijk recht en verandert de aard van de rechtsbetrekking. Met behulp van het burgerlijk procesrecht wordt de rust hersteld en ontstaat opnieuw zekerheid.’⁴⁸

In het betoog van Van der Kwaak wordt in elk geval het dilemma duidelijk. De executant of beslaglegger verricht een handeling waartoe hij op dat moment bevoegd is. Maar niet zeker is dat die bevoegdheid zal blijven bestaan. Anders dan Van der Kwaak, zie ik echter het nut niet om te spreken van een voorwaardelijke rechtmatigheid. Een handeling is rechtmatig, of zij is het niet. Zij kan uiteindelijk onrechtmatig zijn, omdat de voorwaarde waarop de bevoegdheid steunde en op grond waarvan de handelende zijn handeling baseerde, niet wordt vervuld. Op die gedachte kom ik hierna nog terug.⁴⁹

Oneens ben ik het met Van der Kwaak op enkele andere cruciale punten in zijn betoog. Met name verschil ik met hem van mening over de variërende status van de rechtsbetrekking en de daarmee samenhangende ‘onzekere

43 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k.

44 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 482, l.k.

45 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 482, r.k.

46 Althans door het in kracht van gewijsde gaan van zo’n oordeel.

47 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 483, l.k.

48 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 486, r.k.

49 In par. 5.4 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging nader beschouwd*).

rechtstoestand', en over de kwalificatie van de handeling waaromtrent in rechte nog niets is vastgesteld. Ik zal dat nu uiteenzetten.

Ik begin met wat Van der Kwaak de onzekere status van de rechtsbetrekking noemt. Wanneer een subjectief recht door een ander wordt betwist, ontstaat eerst zekerheid als een executoriale titel, die dat recht voor vaststaand verklaart, kracht van gewijsde heeft gekregen, aldus Van der Kwaak.⁵⁰ In de tussentijd is de status weliswaar onzeker volgens Van der Kwaak, maar dat is tijdelijk.

Die gedachte is mijns inziens onjuist, en dat blijkt wanneer men bijvoorbeeld denkt aan de executie van een kort geding-vonnis. Wanneer de winnende partij een kort gedingvonnis executeert, is de status van de rechtsbetrekking onzeker in de visie van Van der Kwaak. Niet zeker is immers dat het vonnis stand zal houden in de bodemprocedure. Maar wat als geen bodemprocedure volgt? Dan komt geen verandering in wat Van der Kwaak de *tijdelijk onzekere status* noemt. Dat verandert niet door het feit dat het kort geding vonnis in kracht van gewijsde gaat. Want het kort geding-vonnis heeft een voorlopig karakter,⁵¹ dat volgens Van der Kwaak aan de onzekerheid geen einde maakt. In dat geval heeft de rechtsbetrekking in de terminologie van Van der Kwaak een *blijvend onzeker* karakter, wat in strijd is met Van der Kwaaks aanname dat de onzekerheid altijd tijdelijk is. Men kan redeneren dat de onzekerheid in zo'n geval is opgeheven door de kennelijke berusting van de wederpartij, die de mogelijkheid van hoger beroep (of het starten van een bodemprocedure) onbenut heeft gelaten. Maar dat enkele feit brengt geen verandering in de *rechtsbetrekking* die partijen hebben. De berusting door de wederpartij maakt hooguit een einde aan de onzekerheid *die de executant heeft* over de vraag of de titel waarop hij zijn handelen baseerde onaangetast zal blijven of niet.

En daarmee kom ik op de kern van wat Van der Kwaak stelt. De onzekerheid die hij beschrijft, is niet de *juridische* onzekerheid over 'de mate waarin bestaan en inhoud van een rechtsbetrekking vaststaan'. Het is uitsluitend de *feitelijke* onzekerheid die partijen hebben of hun visie op de rechtsbetrekking de juridisch juiste zal blijken te zijn. Maar dat probleem doet zich voor bij ieder geschil tussen partijen. En het feit dat partijen dat geschil hebben, en uiteindelijk misschien ook aan de rechter voorleggen, beïnvloedt het vaststaan van hun rechtsbetrekking – of de mate waarin deze vaststaat – niet.

De onjuistheid van de gedachte van Van der Kwaak blijkt ook wanneer men het karakter van het rechterlijk oordeel in de beschouwing betreft. De rechter die in hoger beroep het vonnis van de lagere rechter bevestigt of

50 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 481, l.k.

51 Aldus ook Van der Kwaak, onder verwijzing naar art. 292 (oud, nu: 254 jo 257) Rv.

vernietigt,⁵² maakt geen eind aan een onzekere rechtsbetrekking, maar stelt vast hoe de rechtsbetrekking is en was.⁵³ Door dat oordeel verandert dus niet de status van de rechtsbetrekking, maar hooguit de eventuele onzekerheid die partijen over die rechtsbetrekking hadden. Ik schreef dat hierboven al. Mijns inziens voegt Van der Kwaak aan de vraag naar het waarom van de aansprakelijkheid in de situatie van een vernietigd vonnis en dergelijke, in wezen niets anders toe dan de (op zichzelf juiste) stelling dat onzekerheid bestaat voor partijen over hoe hun rechtsbetrekking uiteindelijk zal worden gekwalificeerd door de rechter.

Oneens ben ik het verder, en daarmee kom ik op het tweede punt, met de kwalificatie die Van der Kwaak hecht aan de handeling waaromtrent in rechte nog niets is vastgesteld. Zo'n handeling is voorwaardelijk rechtmatig in de visie van Van der Kwaak. Als voorbeelden van zulke handelingen noemt Van der Kwaak niet alleen de executie van een kort geding vonnis of een ander vonnis dat aan vernietiging bloot staat; hij schetst ook een parallel met vernietigbare rechtshandelingen. Een vernietigbare rechtshandeling is geldig, totdat zij wordt vernietigd. Volgens Van der Kwaak is dat een 'voorwaardelijke geldigheid'.⁵⁴

De redenering van Van der Kwaak doet denken aan de formulering van Paul Scholten. Die schreef in 1914 over de aansprakelijkheid van de beslaglegger:

'Het recht veroorlooft de daad uitdrukkelijk, (...) hoe kan men zoo'n handeling onrechtmatig heeten? Ik meen dat het antwoord op deze vraag moet worden gezocht door te onderscheiden naar het tijdstip, naar hetwelk de handeling beoordeeld wordt. Op het ogenblik dat de handeling verricht wordt is zij geoorloofd. (...) Zij is dus rechtmatig, verzet ertegen is strafbaar. Intusschen kan het karakter van rechtmatigheid slechts onder voorbehoud worden toegekend. De wet eischt naast het voorloopige onderzoek een definitief oordeel van den rechter over de handeling. Naast de beoordeling a priori staat die a posteriori. (...) En nu kan blijken dat de handeling die op het eerste gezicht geoorloofd scheen, toch eigenlijk niet rechtmatig was. Blijkt de vordering, waarvoor het beslag was gelegd, niet te bestaan, dan wordt de van waarde verklaring geweigerd. En daarmee valt de rechtmatigheid der handeling.'⁵⁵

Scholten spreekt niet van een voorwaardelijke geldigheid, zoals Van der Kwaak, maar wel van een 'onder voorbehoud' toekennen van 'het karakter

52 Ten overvloede: hetzelfde geldt uiteraard voor de bodemrechter die na een kort geding over de zaak oordeelt, of de rechter die zich in de hoofdprocedure uitspreekt over de gegrondheid van een gelegd beslag.

53 Over de werking van de uitspraak in hoger beroep zie *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 (Hoger beroep) 2018/7.

54 Van der Kwaak, *De variërende status* 1997, p. 486, l.k.

55 P. Scholten, 'De schuld in de leer der onrechtmatige daad', *WPNR* 1914/2310, p. 166, l.k.

van rechtmatigheid'. Het is de vraag wat deze omschrijvingen bijdragen aan een beter begrip van het probleem.

Om te blijven bij de vergelijking die Van der Kwaak maakt met het contractenrecht: een vernietigbare rechtshandeling is gewoon geldig, totdat zij wordt vernietigd.⁵⁶ Door elke vernietigbare rechtshandeling voorwaardelijk geldig te noemen, wordt een enorme hoeveelheid voorwaardelijkheid in het recht geïntroduceerd. Immers: veel van de door een minderjarige gesloten overeenkomsten kunnen worden vernietigd. Maar het zou te ver voeren alle door minderjarigen gesloten rechtshandelingen als slechts voorwaardelijk geldig aan te merken. Dat zelfde geldt voor alle andere rechtshandelingen die bloot staan aan een mogelijke vernietiging op een andere grond, of nietigverklaring. Denk bijvoorbeeld aan een testament dat door een notaris ten behoeve van een oudere erflater, met een broze (geestelijke) gezondheid is opgesteld. Na overlijden van de erflater hebben de erfgenamen de mogelijkheid een dergelijk testament te laten nietig verklaren. Zij zullen daartoe moeten aantonen dat de wil van de erflater ontbrak, of dat de wil van de erflater door de notaris gezien de omstandigheden onmogelijk kan zijn getoetst.⁵⁷ Als de erfgenamen slagen in dat bewijs, zal het testament nietig verklaard worden.⁵⁸ Maar het is toch niet vol te houden dat alle testamenteën die door erflaters met een broze gezondheid en op hoge leeftijd worden opgesteld slechts 'voorwaardelijk geldig' zouden zijn. Het zijn geldige rechtshandelingen, die evenwel aan de mogelijkheid van vernietiging bloot staan.⁵⁹

Zo is ook de handeling van de executant van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis (om bij dat hierboven gegeven voorbeeld te blijven) volstrekt rechtmatig, totdat de hogere rechter het vonnis waarop hij zijn handelen baseerde, vernietigt. Niet de geldigheid van de handeling is voorwaardelijk, maar de *bevoegdheid* waarop de executant zijn handelen baseerde.

56 Zoals Van der Kwaak overigens zelf ook tot uitgangspunt neemt.

57 Zie artikel 3:33 BW. Om te toetsen of de erflater geacht moet worden zijn wil te kunnen bepalen, heeft de KNB voor de notaris een protocol opgesteld met een te volgen stappenplan, waarin een aantal factoren wordt genoemd die meebrengen dat nader onderzoek van de wilsbekwaamheid geïndiceerd is (te raadplegen via www.recht.nl). De genoemde slechte geestelijke (of lichamelijke) gezondheid van de erflater, of diens hoge leeftijd, zijn twee van die indicatoren. Over dit stappenplan Franke, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6960, JA 2018/7, m.n.t. Franke, onder 6.

58 Zie art. 3:32 lid 2 BW.

59 Ook Molkenboer heeft kritiek op de visie van Van der Kwaak, waarbij, in de woorden van Molkenboer wordt uitgegaan van een 'temporele rechtvaardigingsgrond'. Hij vat die kritiek zo samen: 'de rechtvaardigingsgrond is er of is er niet', zie Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020, p. 83.

5.3.4 De voorwaardelijke bevoegdheid

Degene die een vonnis executeert dat nog aan een vernietigingsmogelijkheid bloot staat, of beslag legt vooruitlopend op de hoofdprocedure, is daartoe wettelijk bevoegd.⁶⁰ Maar hij weet ook (aan het begin van dit hoofdstuk werd het al beschreven) dat zijn bevoegdheid een 'wankele' is. Zolang het definitieve oordeel in de zaak niet is gegeven, bestaat de kans hij uiteindelijk ongelijk krijgt. De handelende heeft dus (slechts) de bevoegdheid om te handelen, vooruitlopend op zijn nog te halen gelijk. Anders gezegd: hij heeft weliswaar de bevoegdheid om te handelen, maar onzeker is of die bevoegdheid zal blijven bestaan.

Het gaat om een voorwaardelijke *bevoegdheid*; het vonnis (de titel) staat aan vernietiging bloot. Wanneer de titel wegvalt, is er (achteraf) geen rechtvaardiging voor het handelen en is de daad dus (achteraf) onrechtmatig. Maar wanneer de titel niet, of zonder succes, wordt aangevochten, blijft de titel intact en blijft de handeling dus rechtmatig.

5.4 DE VOORWAARDELIJKE RECHTVAARDIGING NADER BESCHOUWD

5.4.1 De aard van de voorwaarde

In het bovenstaande is verklaard waarom, in bepaalde gevallen waarin de handelende op het moment van handelen een bevoegdheid tot handelen heeft, er toch aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan bestaan voor de gevolgen van dat handelen. Het betreft de gevallen waarin de handelende zich baseert op een voorwaardelijke bevoegdheid. Om wat voor type voorwaarde gaat het daarbij precies?

In de gevallen die in dit hoofdstuk zijn aangeduid, gaat het om een bevoegdheid, die de handelende voldoende en volledig recht geeft om de beoogde handeling te verrichten, maar waarbij op het moment dat de handeling wordt verricht, niet zeker is dat die bevoegdheid zal blijven voortbestaan.

Voorbeelden daarvan zijn hierboven al gegeven. Het betreft de executant, die zich baseert op een vonnis dat slechts als voorlopige voorziening is gegeven en in de hoofdprocedure terzijde kan worden gesteld, of een vonnis dat in beroep kan worden vernietigd. Of de beslaglegger, die na verlof van de voorzieningenrechter beslag legt, en daarbij het risico kans loopt dat zijn eis in de hoofdzaak wordt afgewezen. De executant en de beslaglegger baseren zich op een titel, die hen de bevoegdheid geeft tot handelen. Maar zij weten dat het voortbestaan van hun bevoegdheid niet zeker is.

60 Zie art. 233 Rv jo 430 e.v. Rv, resp. 700 e.v. Rv.

De bevoegdheid in deze gevallen bestaat, onder de voorwaarde dat deze niet 'omver' wordt gehaald door een sterker recht; een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure of in hoger beroep/cassatie of een hoofdzaak waarin geen executoriale titel voor het beslag wordt gekregen. De bevoegdheid bestaat, zolang zij niet wordt opzij gezet door een 'onzekere gebeurtenis', dat wil zeggen: een pas later uitgesproken andersluidend vonnis in de bodemprocedure of hoofdzaak.

De voorwaarde zou, met een term uit het contractenrecht, kunnen worden gekarakteriseerd als een *ontbindende* voorwaarde: de bevoegdheid heeft volledige werking, de handeling is dus rechtmatig, maar die werking (en daarmee de rechtmatigheid) vervalt, zodra de onzekere gebeurtenis plaatsvindt.⁶¹ De ontbindende voorwaarde heeft in dit type gevallen terugwerkende kracht. Als de voorwaarde intreedt en de bevoegdheid vervalt, vervalt deze met terugwerkende kracht en dan wordt de bevoegdheid geacht nooit te hebben bestaan en de handeling geacht steeds onrechtmatig te zijn geweest.

5.4.2 Gevolg van de voorwaardelijkheid

Wie zijn handelen baseert op een voorwaardelijke bevoegdheid, neemt het risico dat zijn bevoegdheid op enig moment komt te vervallen. Het handelen wordt dus op een wankel basis verricht. En precies dat is wat de handelende zich moet en ook zal realiseren. Hij mag, met bijvoorbeeld het kort gedingvonnis in de hand, executeren. Maar hij weet dat als het vonnis wordt vernietigd in hoger beroep of opzijgezet in een bodemprocedure, de grond voor zijn handelen wegvalt, zijn handelen als onrechtmatig zal worden aangemerkt en hijzelf als vergoedingsplichtig, wanneer hij inmiddels schade heeft toegebracht. Hij handelt, zo wordt wel gezegd, voor eigen risico.⁶² De Hoge Raad beschrijft dat, voor de tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, zo:

'Het risico van tenuitvoerlegging (...) is (...) voor de executant.'⁶³

De voorwaardelijkheid van de bevoegdheid waarop de handelende zich baseert, verklaart waarom de handelende gedurende de periode waarin hij rekening moet houden met het wegvallen van zijn bevoegdheid, een zorgplicht kan hebben. Zo heeft de beslaglegger een zorgplicht voor de goederen die

61 De bevoegdheid in de eerder beschreven visie van Van der Kwaak is een opschortende voorwaarde: de bevoegdheid krijgt pas volledige werking zodra de gebeurtenis is ingetreden.

62 Zie bijv. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 162, lid 3, aant. 43.

63 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, NJ 1999/381 (*Meccano/Remco Toys c.s.*), r.o. 3.5. Recenter bijv. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189 (*Oyster Pond*), r.o. 3.3.2.

hij onder zijn beheer heeft. Die zorgplicht kan niet worden verklaard vanuit de later gebleken onrechtmatigheid, want op het moment waarop het beslag werd gelegd, was van onrechtmatigheid geen sprake. Zij kan ook niet worden verklaard vanuit de rechtmatigheid die bestaat op het moment waarop het beslag wordt gelegd, want niet in te zien is waarom een rechtmatige handeling een bijzondere zorgplicht zou meebrengen. Maar zij kan wel worden verklaard vanuit de voorwaardelijkheid van de bevoegdheid: de beslaglegger mag een goed tot zich nemen, maar hij heeft voor dat goed wel een bijzondere zorgplicht, omdat hij niet zeker weet of hij zijn recht op het goed behoudt en hij in staat zal moeten zijn het goed onbeschadigd terug te geven als hij het door hem gepretendeerde recht achteraf niet blijkt te hebben. Door Molkenboer wordt dat een ‘waarborgverplichting’ genoemd.⁶⁴

5.4.3 Een bijzondere toepassing: strafvorderlijk optreden

Ten slotte. In dit hoofdstuk is al verschillende keren ter sprake gekomen wat het gevolg is als de voorwaardelijke bevoegdheid wegvalt: voor het schade toebrengende handelen is dan (achteraf gezien) geen rechtvaardiging meer aanwezig. Het wordt daardoor als onrechtmatig beschouwd.

Dat gevolg geldt voor de beslaglegger die zijn gepretendeerde recht niet bevestigd ziet en ook voor de executant van een niet onherroepelijk vonnis. Het gevolg geldt ook voor een bijzondere type handeling waaraan de rechtvaardiging kan komen te ontvallen: het strafvorderlijk optreden. Dit type handelingen is voor de bespreking van de voorwaardelijke bevoegdheid illustratief, omdat het gehele strafproces is gericht juist op het onderzoeken van de voorwaarde waarop het handelen jegens de verdachte vanaf de vroegste opsporingsfase gebaseerd is. Die stelling vergt enige toelichting.

Als tegen iemand een ‘redelijk vermoeden van schuld’ aan een strafbaar feit bestaat (vgl. artikel 27 Sv), dan kan die persoon als verdachte worden aangemerkt en kan tegen hem strafvorderlijk worden opgetreden. Op grond van een verdenking kan bijvoorbeeld een politie-inval in de woning van de verdachte worden gedaan. Op het moment waarop de inval plaatsvindt, bestaat uiteraard alleen nog maar het *vermoeden* van schuld. De inval heeft immers (in combinatie met andere strafvorderlijke bevoegdheden in de opsporingsfase) juist ten doel om bevestiging van de juistheid van het vermoeden te krijgen. Pas gedurende de loop van de strafprocedure kan worden vastgesteld – althans bewezenverklaard – of iemand inderdaad het feit heeft begaan waarvan hij verdacht werd.

64 G.J.P. Molkenboer, *Drie stellingen*, WPNR 2020/7302, p. 833. Zie ook zijn proefschrift: Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag* (diss.) 2020, p. 83-85 en 409.

Op het moment van het toepassen van een strafvorderlijk middel, is dus niet zeker dat degene jegens wie het redelijke vermoeden bestaat, ook daadwerkelijk schuldig zal worden bevonden. Die zekerheid bestaat op dat moment niet; niettemin kan het noodzakelijk zijn om toch al op te treden voordat daadwerkelijk zekerheid bestaat. Bij het strafvorderlijk optreden tegen de verdachte neemt de politie (de overheid) dan ook het risico dat zij optreedt tegen de verkeerde, dat wil zeggen: degene die, naar later zal blijken, ten onrechte werd verdacht. Het strafrechtelijke optreden is gerechtvaardigd en dus rechtmatig, onder de voorwaarde dat uit de strafzaak blijkt dat de verdachte niet onschuldig is.⁶⁵ Wanneer aan die voorwaarde is voldaan, was het strafvorderlijk optreden niet onrechtmatig.⁶⁶ Wanneer niet aan de voorwaarde is voldaan, en uit het strafdossier uiteindelijk blijkt dat de verdachte onschuldig is, komt de ‘aanvankelijk in de gerezen verdenking gelegen rechtvaardiging voor dat optreden (...) te ontbreken’, aldus de Hoge Raad.⁶⁷ Het strafvorderlijk optreden wordt dan tegenover de gewezen verdachte als onrechtmatig aangemerkt,⁶⁸ tenminste: als de onschuld van die verdachte blijkt. In antwoord op prejudiciële vragen heeft de Hoge Raad deze lijn bevestigd en geoordeeld dat toepassing van het criterium niet in strijd met artikel 6 EVRM is.⁶⁹

De grondslag van de aansprakelijkheid van de staat in een geval als dit is goed te verklaren. Net als bij de executant of de beslaglegger, die de voorwaarde op grond waarvan hij handelt niet bevestigd ziet, is de overheid aansprakelijk jegens de gewezen verdachte, als uiteindelijk blijkt dat aan de voorwaarde waaronder zij haar optreden startte – dat de verdachte niet onschuldig zou blijken – niet is voldaan. In elk van die gevallen moet het handelen, dat gebaseerd was op een onzeker element, achteraf beschouwd als onrechtmatig worden aangemerkt.⁷⁰

65 Zie bijv. HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346 (*Staat/politiebeampte S*). Vaste leer sinds HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1355, NJ 1995/727.

66 In hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) is besproken dat in dat geval niettemin op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding kan worden gevorderd, vgl. bijv. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, NJ 2010/95.

67 Vgl. nogmaals HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346 (*Staat/politiebeampte S*), r.o. 4.3.2.

68 Dat geldt ook als het strafvorderlijk optreden niet tot het toepassen van dwangmiddelen heeft geleid, dus als alleen activiteiten in het kader van opsporing en vervolging plaatsvonden. Zie HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.4.

69 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.15, wel worden strikte eisen aan toepassing van het criterium gesteld, en aan de motivering van afwijzing van een schadevergoedingsvordering.

70 De civiele rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt wordt, met enige verbazing zo lijkt het, beschreven door Dane (N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. Leiden), Tilburg: Celsus Juridische uitgeverij 2009, p. 241-242). Zij concludeert: ‘Ex nunc beoordeelde onrechtmatigheid, derhalve, en dat is de opvatting die in civilibus exclusief voor strafvorderlijke overheidshandelingen lijkt te worden toegepast ten aanzien van de gewezen verdachte’ (p. 242). Zoals uit het bovenstaande volgt, hoeft

Maar opmerkelijk is de extra voorwaarde voor aansprakelijkheid, dat de *onschuld* van de gewezen verdachte moet zijn gebleken. De voorwaarde is opmerkelijk, omdat in het strafproces de onschuld van de verdachte niet *kan* blijken, omdat die onschuld in het proces helemaal niet aan de orde is.⁷¹ Aan de orde is (alleen) de tenlastelegging; de procedure is gericht op de vraag of de feiten die daarin zijn opgenomen, uiteindelijk bewezen worden geacht. De Hoge Raad oordeelt echter dat als het vrijsprekend vonnis onvoldoende duidelijkheid over de onschuld van de verdachte verschaft, de rechter ‘mede aan de hand van de volgens hem juiste uitleg van de (bestanddelen van de) delictsomschrijving beoordelen of uit het vrijsprekend vonnis of het strafdossier blijkt van de onschuld’.⁷² In zijn noot onder het arrest is Vranken (m.i. terecht) heel kritisch over dit deel van het oordeel. Hij oppert in verband met de civiele rechter die het strafvonnis moet gaan uitleggen, de retorische vragen:

‘Kan hij dit wel, of hangt het af van (zijn interpretatie van) allerlei toevallige formuleringen die hij in de stukken aantreft? En (...) als de Hoge Raad er zo aan hecht dat de civiele schadevergoedingsrechter niet op de stoel van de strafrechter mag gaan zitten, bereikt hij op deze manier niet het omgekeerde?’⁷³

De extra voorwaarde van de gebleken onschuld heeft ook tot gevolg dat bij een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond, in welk geval in beginsel geen vrijspraak, maar ontslag van rechtsvervolging wordt gegeven, niet is voldaan aan het vereiste en de vervolging niet als onrechtmatig tegenover de gewezen verdachte geldt.⁷⁴ In de uitspraak van 2020 wordt die conclusie expliciet getrokken en van een onderbouwing voorzien. In het geval de strafzaak op andere wijze is geëindigd dan met vrijspraak

‘heeft de burgerlijke rechter die moet beoordelen of een verplichting tot schadevergoeding bestaat, meer ruimte voor een eigen beoordeling ten aanzien van de vraag of van de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken. In een dergelijk geval is het namelijk niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM als de motivering van de burger-

de beoordeling niet als ‘ex nunc’ te worden gekwalificeerd, en is zij niet exclusief voor dit type handelingen.

71 De onschuld van de verdachte geldt in de procedure juist als uitgangspunt, en het tegendeel moet bewezen worden, zoals Stolwijk in zijn afscheidsrede terecht heeft opgemerkt. S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en praesumptio innocentiae*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2007, p. 18 e.v., m.n. 24-29.

72 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.6.3, met verwijzing naar HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346 (*Staat/politie-beambte S.*).

73 Annotatie van Vranken bij HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*), m.nt. Vranken onder 17.

74 Ook daarop wijst Vranken in zijn annotatie bij het arrest, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*), noot onder 14 en 16.

lijke rechter tot uitdrukking brengt dat ten aanzien van de gewezen verdachte blijkens de stukken van de strafzaak nog “a state of suspicion” bestaat.⁷⁵

De onderscheiding tussen vrijspraak en ontslag van rechtsvervolgning lijkt mij in het algemeen te ver gaan. Ik zou menen dat in alle gevallen van ten onrechte ondergane strafvervolgning, de gewezen verdachte op grond van onrechtmatige daad aanspraak op schadevergoeding jegens de staat zou moeten hebben. Eventuele omstandigheden aan de zijde van de gewezen verdachte die rechtvaardigen dat niet diens gehele schade hoeft te worden vergoed, kunnen op grond van artikel 6:101 in de beoordeling van de hoogte van de vergoeding worden betrokken. Dat is eerder ook door Bakels bepleit.⁷⁶

Maar de Hoge Raad houdt vast aan zijn lijn. Hij benadrukt de noodzaak niet te treden in het onderzoek dat in de strafzaak is verricht.⁷⁷ Het oordeel van de Hoge Raad is wellicht te begrijpen vanuit een vrees voor ‘risicoaansprakelijkheid’ jegens de verdachte die ‘ondanks het stranden van de strafvervolgning *wel* schuldig was’.⁷⁸ Waarschijnlijk is het oordeel mede ingegeven door de overweging dat het ontwerp Wetboek van strafvordering een regeling met betrekking tot de vergoeding van schade kent;⁷⁹ een schadevergoeding in geval van onrechtmatig strafvorderlijk optreden (art. 6.6.4 ontwerp) en eventueel een op de billijkheid gegronde vergoeding na rechtmatig strafvorderlijk optreden (art. 6.6.5 ontwerp).

Tot slot is van belang dat het bovenstaande uitsluitend geldt *jegens de verdachte zelf*. Tegenover onschuldige, niet betrokken, derden is niet van belang of de verdenking jegens de verdachte wel of niet terecht is. Jegens hen is de overheid aansprakelijk uit onrechtmatige daad voor onevenredig nadelige gevolgen van het strafvorderlijk optreden. Dat is in het vorige hoofdstuk besproken.⁸⁰

75 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.14. Daarmee wordt bevestigd het oordeel in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim*), r.o. 3.6.2-3.6.3.

76 Bakels, *Schadevergoeding na een gestrande vervolging* 2006, p. 23-35.

77 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), r.o. 2.12 en 2.13).

78 Aldus annotator Lindenbergh onder het arrest, zie zijn annotatie bij HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), m.nt. Lindenbergh onder 6 (cursivering in origineel), zie ook onder 13.

79 Dat is ook de inschatting van annotator Lindenbergh onder het arrest, zie HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36 (*Prejudiciële beslissing strafvorderlijk optreden*), m.nt. Lindenbergh onder 8 en 9.

80 Zie par. 4.2.3 (*Bevoegdheden in de (semi-)publieke sfeer*), 4.5.2 (*Hoe de ontoereikende rechtvaardiging aan te vullen?*) en 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*), met verwijzingen naar rechtspraak.

5.5 SLOT

Met de bespreking van de voorwaardelijke rechtvaardiging zijn in dit tweede gedeelte van het boek alle drie door mij onderscheiden typen van rechtvaardigingen besproken.

Nu de verschijningsvormen van de rechtvaardiging duidelijk zijn, is het moment gekomen nader in te gaan op de beginselen die gelden voor de toepassing van rechtvaardigingen. Dat gebeurt in het volgende deel van het boek.