

direct op het moment van het aangaan van de schenkingsovereenkomst (op 1 januari 2003) een (uitwinbaar) vorderingsrecht tot het vermogen van B behoort. Toch zal niemand in dit geval willen beweren dat de schenking al op 1 januari 2003 is uitgevoerd, met als gevolg dat de schenking buiten de vijf-jaarstermijn van art. 4:67 sub e BW valt.

4. De strekking van de schenkingsovereenkomst

Art. 4:126 lid 1 BW bepaalt dat een schenking die nog niet bij overlijden van de schenker is uitgevoerd, alleen een quasi-legaat is indien de schenking ook de *strekking* heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker wordt uitgevoerd. Dit vereiste dient ertoe om quasi-legaten te onderscheiden van schenkingen (niet zijnde quasi-legaten) die door omstandigheden (bijvoorbeeld het plotseling overlijden van schenker) niet bij leven zijn uitgevoerd, maar die niet de *strekking* hadden om pas na overlijden te worden uitgevoerd. Voor laatstbedoelde schenkingen is de tweede zin van art. 4:66 lid 2 BW geschreven.

In de Parlementaire geschiedenis leest men dat de vaststelling of in een concreet geval sprake is van een schenking met de bedoelde strekking, dient te geschieden door uitlegging van de schenkingsovereenkomst.⁵ Het lijkt mij duidelijk dat bij een schenkingsovereenkomst waarvan de voornaamste opeisingsgrond wordt gevormd door het overlijden van de schenker (eventueel aangevuld met andere opeisingsgronden zoals het faillissement van schenker), de bedoelde strekking aanwezig is.⁶

Mr P.C. van Es*

5. Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2000-2001, 17 213, nr. 6, p. 3-4.
6. Zie ook Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2000-2001, 17 213, nr. 6, p. 4: "In het geval van een schenking met de strekking dat zij na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, zal deze in veel gevallen kunnen worden vastgesteld aan de hand van hetgeen in de overeenkomst is bepaald ten aanzien van de uitvoering van de schenking. Is deze voorzien op een tijdstip na het overlijden van de schenker, dan is de hierbedoelde strekking daarmee gegeven."

* Universitair docent notarieel recht, Universiteit Leiden.

Eis in de hoofdzaak bij beslag: recente ontwikkelingen*



Mr. M.R. van Zanten**

De vraag wat moet worden verstaan onder de eis in de hoofdzaak na het leggen van conservatoir beslag is van groot belang voor de rechtspraak. Immers indien de eis in de hoofdzaak op een onjuiste wijze wordt ingesteld heeft de beslagene de mogelijkheid in kort geding opheffing van het beslag te verzoeken, met het risico dat de beslaglegger de mogelijkheid verliest zich te verhalen op deze goederen. In dat geval loopt de beslaglegger tevens het risico veroordeeld te worden tot betaling van de tengevolge van deze beslaglegging door de beslagene geleden schade. De advocaat die op een verkeerde wijze de eis in de hoofdzaak instelt loopt tegenover zijn cliënt ook de nodige (tuchtrechtelijke- en aansprakelijkheids) risico's. Het leggen van beslag bepaalt voor een deel het verdere verloop van de procedure, in die zin dat de wens om conservatoir beslag te leggen een beperking kan opleveren in de keuze van de in te stellen vordering. De grenzen op dit gebied worden al jarenlang afgetast. Een recent gepubliceerd arrest van het Gerechtshof Arnhem heeft de grenzen verder opgerekt. Hieronder zullen de grenzen worden besproken.

Inleiding

Art. 700 lid 3 Rv bepaalt dat, tenzij op het tijdstip van het verlop reeds een eis in de hoofdzaak is ingesteld, het verlop voor het leggen van conservatoir beslag door de voorzieningenrechter wordt verleend onder de voorwaarde dat het instellen van een dergelijke eis binnen een door de voorzieningenrechter vast te stellen termijn moet worden ingesteld. Het doel hiervan is te voorkomen dat een conservatoir beslag uitzichtloos en chicanerous wordt gelegd.¹ Het voorschrift houdt verband met de veronderstelling dat het beslag uiteindelijk in executie zal uitmonden.² Het conservatoir beslag loopt immers vooruit op de executie van een titel die de beslaglegger nog hoopt te verkrijgen. Het is dan ook van belang dat de gepretendeerde vorde-

* Een bewerkte versie van dit artikel is geplaatst in *Praktisch Procederen* 2005/1.

** Advocaat te Amsterdam.

1. F.M.J. Jansen, *Executie- en Beslagrecht*, Zwolle 1990, p. 305.
2. P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het Burgerlijk Procesrecht*, Deventer 2003, p. 369.

ringsrechten van de beslaglegger zo spoedig mogelijk "in de hoofdzaak" worden getoetst.³

De vraag rijst wat in dit verband onder het in dit artikel genoemde begrip hoofdzaak dient te worden verstaan. De wettekst verschaft op dit punt geen helderheid. De in het artikel gebruikte term hoofdzaak zegt immers nog niets over de aard van de daarmee bedoelde procedure. Ook de wetsgeschiedenis geeft hierop geen duidelijk antwoord. In de memorie van toelichting⁴ is de navolgende toelichting op het derde lid van art. 700 te lezen:

"Het derde lid (...) bevat een regel die door sommigen ook voor het huidige recht verdedigd wordt, hetzij in dier voege dat niet alleen binnen acht dagen een dagvaarding tot vanwaardeverklaring moet worden uitgebracht, maar ook de hoofdzaak zelf binnen die termijn aanhangig moet worden gemaakt (...), hetzij in dier voege dat de hoofdzaak in elk geval binnen een redelijke termijn zal moeten worden ingesteld op straffe van opheffing van het beslag door de rechter (...). Het derde lid sluit daar in zoverre bij aan dat de president die verlof tot het leggen van het beslag verleent in een geval dat de hoofdzaak nog niet is ingesteld, een termijn van ten minste acht dagen vaststelt, waarbinnen dit alsnog dient te geschieden. Wanneer het gaat om een vordering die in Nederland voor de gewone rechter ingesteld kan worden, ligt het voor de hand dat een termijn van acht dagen in de regel voldoende zal zijn. Denkbaar is echter dat, bij voorbeeld krachtens verdrag of overeenkomst, slechts een buitenlandse rechter bevoegd is of dat de hoofdzaak aan arbitrage binnen of buiten Nederland is onderworpen. In zodanige gevallen dient de president de vrijheid te hebben een langere termijn vast te stellen (...)."

De vraag of overige procedures dan genoemd in de wetsgeschiedenis hieronder vallen is overgelaten aan het oordeel van de rechter. De reden voor het niet vermelden van een aantal andere procedures zou kunnen zijn dat de wetgever op dat moment niet had gedacht aan de betreffende procedures. Er is derhalve niet sprake van een limitatieve opsomming. Het Gerechtshof Arnhem heeft onlangs bepaald dat ook het instellen van een vordering tot veroordeling tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat heeft te gelden als een eis in de hoofdzaak. Het is de vraag of dit een juiste beslissing is. De afgelopen jaren is een ontwikkeling te zien in de rechtspraak met betrekking tot de eis in de hoofdzaak, waarbij de vraag aan de orde kwam of de betreffende procedure als eis in de hoofdzaak heeft te gelden. Bij de beoordeling van deze vraag speelt een aantal factoren een rol, zoals de rechter (burgerlijke rechter of ook een andere overheidsrechter), de aard van de te verkrijgen uitspraak (vonnis in kort geding of in de bodemzaak) en de bedoeling van de wetgever. In het hierna volgende zullen deze factoren nader onder de loep worden genomen aan de hand van de

belangrijkste uitspraken op dit terrein. Vervolgens zal worden besproken of er sprake is van een (gewenste) veruiming van het begrip eis in de hoofdzaak, waarbij aan de hand van de jurisprudentie stil gestaan zal worden bij meer of minder geaccepteerde grensgebieden. Voor de rechtspraak is immers van belang dat voor het aanvangen van een procedure kan worden bepaald of voorafgaande aan de gewenste procedure conservatoir beslag kan worden gelegd.

Kort Geding

In zijn arrest van 26 februari 1999⁵ heeft de Hoge Raad overwogen dat het instellen van een eis in kort geding wordt aangemerkt als het instellen van de eis in de hoofdzaak. Voorafgaande aan de uitspraak in deze zaak hadden reeds diverse lagere rechters eenzelfde oordeel geveld. Ook in de literatuur was dit onderwerp veelvuldig besproken.⁶ De meerderheid van de schrijvers verdedigde voorafgaande aan deze uitspraak dat een kort geding wel degelijk dient te worden aangemerkt als hoofdzaak.

Het ging in deze, voor de rechtspraak belangrijke, zaak om het navolgende. Ajax heeft onder Reule conservatoir beslag tot afgifte laten leggen op een partij goederen, die waren voorzien van het Ajax-logo en het woordmerk AJAX, maar niet van licentiestickers. Vervolgens heeft Ajax met een beroep op inbreuk op merk- en auteursrechten in kort geding bij de president van de rechtbank gevorderd Reule te bevelen elke inbreuk op de aan Ajax toekomende merk- en auteursrechten met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden. Voorts heeft Ajax een aantal nevenvorderingen ingesteld, waaronder een vordering tot betaling van een voorschot van fl. 50.000,00 op de door Reule aan Ajax af te dragen winst en aan haar te vergoeden schade. Na bestrijding van de vorderingen van Ajax heeft Reule in reconventie onder meer opheffing van het, ter verzekering van haar hiervoor genoemde geldvordering, gelegde beslag gevorderd. De president van de rechtbank heeft de vorderingen van Ajax afgewezen en, onder toewijzing van de tegenvorderingen van Reule, Ajax bevolen het gelegde beslag op te heffen met gelijktijdige teruggave van de in beslag genomen zaken, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. Ajax heeft hoger beroep ingesteld. Het hof heeft het vonnis vernietigd, met uitzondering van de beslissing met betrekking tot de opheffing van het beslag. Het hof heeft beslist dat Reule

3. A.I.M. van Mierlo, Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering, art. 700 Rv, aantekening 10.
4. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet; aanpassing van de overige wetten; door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob; met medewerking van J.B. Rijpkema, Deventer 1992, p. 310.
5. HR 26 februari 1999, NJ 1999, 717 (Ajax/Reule), m.nt. H.J. Snijders.
6. Zie o.a. E.W.J. Hannema, TCR 1995, p. 28-30; E.W.J. Hannema, Advocatenblad 1995, p. 539-540; H. Stein, Advocatenblad 1995, p. 536-538; H. Stein, Advocatenblad 1996, p. 758; H. Oudelaar, Recht Halen: Inleiding in het executie- en beslagrecht, Deventer 1995, p. 149 noot 16.

elke inbreuk op aan Ajax toekomende merk- en auteursrechten moet staken en gestaakt moet houden. Voorts heeft het hof een termijn bepaald waarbinnen een bodemgeding moet worden aanhangig gemaakt als bedoeld in art. 50 lid 6 van de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Ajax heeft vervolgens beroep in cassatie tegen het arrest van het hof ingesteld. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis heeft de Hoge Raad overwogen dat de regering bij het bezigen van de termen "hoofdzaak" en "gewone rechter" een procedure voor ogen had waarin door de rechter "ten gronde" wordt beslist over de deugdelijkheid van de vordering waarvoor het conservatoir beslag is gelegd. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad niet dat men de mogelijkheid heeft willen uitsluiten dat ook een procedure in kort geding, strekkende tot toewijzing -bij wege van voorlopige voorziening- van de vordering waarvoor beslag is gelegd, voor de toepassing van art. 700 lid 3 Rv als hoofdzaak wordt aangemerkt. Vervolgens heeft de Hoge Raad overwogen:

"Conservatoir beslag is een middel tot bewaring van recht, dat ertoe strekt te voorkomen dat in beslag genomen goederen worden vervreemd en aldus niet meer door executoriaal beslag zouden kunnen worden getroffen op het tijdstip waarop met betrekking tot die goederen een executoriale titel is verkregen. Deze strekking levert een toereikende rechtvaardiging op voor de door de wettekst niet uitgesloten en inmiddels in de rechtspraak van kort geding rechters in eerste aanleg gangbaar geworden opvatting dat ook een vordering in kort geding, strekkende tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering waarvoor het conservatoir beslag is gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 (...). Het onderdeel is derhalve gegrond, met dien verstande dat alleen een kort geding dat strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd, voor de toepassing van art. 700 lid 3 en art. 704 als 'hoofdzaak' kan worden aangemerkt (curs. MvZ)."

Snijders merkt in zijn noot onder dit arrest terecht op dat de hiervoor cursief weergegeven passage een enkele keer uitlegproblemen kan geven. Het zal immers soms niet vooraf duidelijk zijn of de vordering waarvoor volgens het beslagexploot beslag wordt gelegd wel dezelfde is als de vordering die in kort geding is ingesteld. Deze onduidelijkheid kan (en moet) evenwel door de advocaat van de beslaglegger zelf op voorhand worden voorkomen door te zorgen dat zijn formulering in de dagvaarding in kort geding en die in het beslagrekest naadloos op elkaar aansluiten. Snijders wijst hier met recht op de noodzakelijke samenhang tussen de in het beslagrekest genoemde vordering en de in de hieropvolgende procedure aan het oordeel van de rechter voorgelegde vordering.⁸ Indien deze vorder-

ringen niet op elkaar aansluiten kan naar mijn mening niet worden gesproken van een beoordeling van de vordering waarvoor het beslag is gelegd. In dat geval kan ook niet sprake zijn van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv.

Het oordeel van de Hoge Raad is naar mijn mening in overeenstemming met de strekking van de wettelijke bepaling en doet tevens recht aan het belang dat de kort geding procedure inmiddels heeft gekregen in de rechtspraktijk. Het komt vaak voor dat na een kort geding vonnis geen bodemgeding wordt gestart. Het is dan ook wenselijk dat deze kort geding uitspraak, die tenslotte een voor executie vatbare titel op kan leveren, voldoende is voor de executie van het voorafgaande beslag, zonder dat daarnaast nog een bodemprocedure dient te worden gevoerd om het beslag te kunnen executeren. Uiteraard loopt de beslaglegger die de hoofdzaak in kort geding instelt het risico dat het door hem gelegde conservatoire beslag vervalt indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat de vordering zich niet leent voor behandeling in kort geding en de vordering wordt afgewezen. Indien deze uitspraak in kracht van gewijsde gaat zal het beslag immers ex art. 704 lid 2 Rv vervallen, tenzij de beslaglegger -zekerheidshalve- gedurende de door de voorzieningenrechter voor het instellen van de eis in de hoofdzaak bepaalde termijn, naast de kort geding vordering, tevens een bodemprocedure heeft ingesteld. Met de uitspraak in deze zaak heeft de Hoge Raad de piketpaaltjes gezet voor toekomstige beslissingen over de eis in de hoofdzaak.

Minitrial

Het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft in zijn arrest van 12 december 2002⁹ de vraag beantwoord of het opstarten van een zogenaamde "minitrial" kan gelden als het instellen van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv. Een minitrial is een tussen partijen overeengekomen wijze van niet bindende geschillenoplossing. De doelstelling van de minitrial is het op minnelijke wijze bemiddelen bij geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst. Er is geen sprake van een juridische procedure, maar van mediation. De rechtbank had in deze zaak overwogen dat ervan kan worden uitgegaan dat het starten van een niet-bindend-adviesprocedure als voorzien in art. 23 lid 6 van de tussen partijen gesloten mantelovereenkomst

7. Dit begrip wordt niet nader uitgelegd. Ik lees dit als "inhoudelijke toetsing" te stellen tegenover de "summierlijke toetsing" van de vordering door de voorzieningenrechter bij het verlenen van het verlot.
8. Zie ook A.L.M. van Mierlo, Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering, art. 700 Rv, aant. 11. Teneinde discussie te voorkomen over de vraag of de vordering strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd, verdient het volgens Van Mierlo aanbeveling de formulering in de dagvaarding in kort geding naadloos te laten aansluiten bij die in het beslagrekest.
9. Gerechtshof 's-Gravenhage 12 december 2002, NJkort 2003/17 (Triathlon/Rolff Elektrogroothandel).

niet kan worden aangemerkt als het instellen van de eis in de hoofdzaak. Tegen deze overweging is geen grief gericht. Het hof merkt ten overvloede op dat dit oordeel juist is en overweegt:

“Als hoofdzaak kan worden aangemerkt een procedure die strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd (HR 25 [lees: 26] februari 1999, NJ 1999, 717). Aangenomen moet worden dat [een] minitrial –dit is volgens lid 6 een niet-bindend-adviesprocedure– niet als hoofdzaak kan worden aangemerkt.”

Het hof heeft in deze zaak geoordeeld dat het starten van een niet-bindend-adviesprocedure niet valt onder de door de Hoge Raad in het arrest Ajax/Reule geformuleerde definitie van eis in de hoofdzaak. Op basis van de hiervoor geciteerde overweging van het hof ligt de vraag voor de hand of het starten van een bindend adviesprocedure wel zal kunnen worden aangemerkt als het instellen van de eis in de hoofdzaak. Wet en jurisprudentie geven geen antwoord op deze vraag. Vaststaat dat het bindend advies inhoudende dat de ene partij aan de andere partij een bepaald bedrag dient te voldoen niet rechtstreeks leidt tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling en derhalve niet valt onder de hiervoor genoemde definitie van de Hoge Raad uit het arrest Ajax/Reule. Indien de verplichting niet wordt nagekomen dient de andere partij bij de rechter een rechtsvordering tot nakoming van het bindend advies in te stellen. Indien de bindend-adviesprocedure niet als eis in de hoofdzaak heeft te gelden, zal de beslaglegger derhalve de hoofdzaak moeten instellen bij de rechter, zij het niet in een procedure ten principale. Immers, in een dergelijke procedure ten principale zal de eiser niet ontvankelijk moeten worden verklaard tengevolge van het bindend-adviesbeding, welk beding een exclusieve bevoegdheid aan de bindend adviseur toekent. Hij heeft echter nog wel de mogelijkheid tot het instellen van een kort geding waarbij aan de voorzieningenrechter wordt verzocht de wederpartij, zo nodig op straffe van verbeurte van een dwangsom, te veroordelen tot nakoming van het bindend advies. Bij een dergelijke procedure loopt de eisende partij evenwel het hiervoor reeds genoemde risico dat de voorzieningenrechter bepaalt dat de zaak in kwestie zich niet leent voor behandeling in kort geding, zulks onder afwijzing van de vordering. Zoals reeds vermeld leidt deze beslissing, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan, tot verval van het gelegde beslag van rechtswege. Van Mierlo heeft opgemerkt dat dit hem toch wel een wat merkwaardige –mogelijke– consequentie lijkt van het tussen partijen overeengekomen bindend-adviesbeding. Hij heeft er dan ook voor gepleit dat als instellen van de eis in de hoofdzaak tevens heeft te gelden het ahangig maken van de bindend-adviesprocedure.¹⁰ Hij stelt daarbij dat het bindend advies op dit punt op één lijn staat

met een procedure voor de overheidsrechter en de arbitrale procedure. Volgens Van Mierlo is op basis van de huidige jurisprudentie slechts van belang dat de vordering ter verzekering waarvan de beslaglegging is geschied, binnen de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn ter toetsing op deugdelijkheid wordt voorgelegd aan een daartoe, door wet dan wel partijen, aangewezen derde, in de regel een rechter, arbiter of bindend adviseur. Hij voegt daaraan toe dat de bij de derde, in dit geval de bindend adviseur, te volgen rechtsgang behoorlijk en met voldoende waarborgen is omkleed. Mediation en minitrial wijken op een aantal punten aanmerkelijk af van arbitrage en bindend advies zodat Van Mierlo tot de conclusie komt dat de aanvang van deze eerste twee alternatieve vormen van geschillenbeslechting vooralsnog – zonder een expliciete wettelijke regeling op dit punt niet kan worden geschouwd als het instellen van de eis in de hoofdzaak. Hoewel naar mijn mening met recht vanuit de regering en de rechtspraktijk mediation wordt bevorderd en deze vorm van geschillenbeslechting een steeds belangrijkere rol in de rechtspraktijk speelt, deel ik de mening van Van Mierlo dat het starten van deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting niet kan worden aangemerkt als het instellen van de eis in de hoofdzaak, zolang op dit punt nog geen wettelijke regeling bestaat. Zo vindt de mediation plaats op basis van overeenstemming tussen beide partijen omtrent het voeren van de mediation procedure. Het op deze wijze instellen van de eis in de hoofdzaak door de beslaglegger levert een probleem op indien de wederpartij niet instemt met de mediation en hij het de beslaglegger op deze wijze onmogelijk maakt de eis in de hoofdzaak in te stellen door het aanvangen van de mediation. Dit leidt tot een ongewenste impasse. Indien op enig moment op basis van een wettelijke regeling zou worden bepaald dat het instellen van de eis in de hoofdzaak kan geschieden door middel van het aanvangen van de mediation verdient dit punt aandacht.

Belastingaanslag

In zijn arrest van 3 oktober 2003¹¹ heeft de Hoge Raad overwogen dat ook de oplegging van de belastingaanslag door de Inspecteur –die de rijksbelastingen heft– ter verzekering van de voldoening waarvan het door de Ontvanger –die de rijksbelastingen invordert– gelegde conservatoir beslag strekt, als eis in de hoofdzaak heeft te gelden. Het ging in deze zaak om het volgende. De Ontvanger heeft na daartoe verkregen verlof van de voorzieningenrechter conservatoir beslag doen leggen onder zichzelf ten laste van Heemhorst ter verzekering van ver-

10. A.I.M. van Mierlo, *Eis in de hoofdzaak bij beslag*, WPNR (1999) 6373, p. 726, alsmede in *Ars Aequi* 53 (2004) 2, p. 130-131 en in *Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 700 Rv, aant. 11.

11. HR 3 oktober 2003 RvdW 2003, 155 (Ontvanger/Heemhorst); NJ 2004/557, m.nt. H.J. Snijders; *Ars Aequi* 53 (2004) 2, p. 127 e.v., m.nt. A.I.M. van Mierlo.

haal van twee nog op te leggen naheffingsaanslagen loon- en omzetbelasting. De voorzieningenrechter heeft de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak bepaald op 2 maanden na datum beslag. Binnen deze termijn heeft de Inspecteur van de Belastingdienst ondernemingen Almelo aan Heemhorst een naheffingsaanslag opgelegd. Een procedure bij de burgerlijke rechter is niet aanhangig gemaakt. Heemhorst heeft de Ontvanger na het verstrijken van de termijn van 2 maanden na beslag bij wege van prorogatie voor het Gerechtshof Arnhem gedagvaard. In deze procedure heeft hij kort gezegd betaling van het door de Ontvanger onder zichzelf in beslag genomen bedrag gevorderd. Heemhorst heeft gesteld dat dit beslag nietig is omdat de Ontvanger niet binnen de termijn van 2 maanden na beslag een eis in de hoofdzaak heeft ingesteld. De Ontvanger heeft zich verweerd met de stelling dat de naheffingsaanslag moet worden aangemerkt als eis in de hoofdzaak. Het hof heeft het verweer van de Ontvanger verworpen onder toewijzing van de vordering van Heemhorst. De Hoge Raad heeft het arrest vernietigd en de vordering van Heemhorst alsnog afgewezen. Hiertoe heeft hij onder meer overwogen dat uit de wettekst van de artt. 700 lid 3 Rv en 704 (oud) Rv niet volgt dat de rechter die ten gronde dient te beslissen over de deugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd steeds de burgerlijke rechter dient te zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers dat de hoofdzaak ook aanhangig kan worden gemaakt bij de buitenlandse rechter of bij een arbiter. De voorwaarden waaronder dit heeft te geschieden en de vereisten hiervoor worden niet omschreven in de wetsgeschiedenis. De Hoge Raad heeft vervolgens aldus overwogen:

"3.4 Indien voor een belastingschuld conservatoir beslag wordt gelegd door de ontvanger, ligt het om de volgende redenen weinig voor de hand het begrip 'hoofdzaak' aldus uit te leggen dat dit een voor de burgerlijke rechter aanhangige procedure dient te zijn. Het conservatoir beslag strekt naar zijn aard ertoe over te gaan in een executoriaal beslag (vgl. art. 704 lid 1 (oud) Rv). De overgang van het beslag in de executoriale fase wordt bewerkstelligd door een onherroepelijk geworden (in de regel: rechterlijke) beslissing ten voordele van de beslaglegger in een procedure waarin toetsing plaatsvindt van de grondslag en omvang van het door de beslaglegger ingeroepen vorderingsrecht. De door de president te bepalen termijn waarbinnen de eis in de hoofdzaak dient te zijn ingesteld (art. 700 lid 3 (oud) Rv) heeft als doel te verzekeren dat -binnen deze termijn- die procedure aanhangig wordt gemaakt. De ontvanger kan echter zichzelf een executoriale titel verschaffen door, nadat de inspecteur de aanslag heeft vastgesteld, een dwangbevel uit te vaardigen (art. 14 Invorderingswet 1990 (...)). Toetsing van de gegrondheid en de omvang van de door de inspecteur opgelegde aanslag, ter verzekering van de voldoening waarvan het door de ontvanger gelegde con-

servatoir beslag strekt, vindt niet plaats door de burgerlijke rechter maar, gelet op de taakverdeling tussen deze en de belastingrechter, door laatstgenoemde."

In deze overweging heeft de Hoge Raad een aantal criteria genoemd dat van belang is voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een eis in de hoofdzaak. Allereerst heeft de Hoge Raad aangegeven dat een conservatoir beslag ertoe strekt *over te gaan in een executoriaal beslag*. Dat wil zeggen dat een uitspraak moet kunnen worden verkregen die voor executie vatbaar is. In de onderhavige zaak is de executoriale titel het door de ontvanger zelf uitgevaardigde dwangbevel. Voorts heeft hij overwogen dat deze overgang plaatsvindt door een *onherroepelijk* geworden beslissing. Hierbij dient de opmerking te worden geplaatst dat naar mijn mening niet sprake behoeft te zijn van een onherroepelijk geworden uitspraak. Volgens art. 430 Rv levert de grosse van een in Nederland gewezen vonnis een executoriale titel op. Art. 704 lid 1 Rv spreekt van een in de hoofdzaak door de beslaglegger verkregen executoriale titel die voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden. Na betekening van deze titel gaat het conservatoir beslag over in een executoriaal beslag. Niet noodzakelijk is dat er geen rechtsmiddelen meer openstaan tegen deze uitspraak, dat wil zeggen dat deze onherroepelijk is. Indien het vonnis op grond van art. 233 Rv uitvoerbaar bij voorraad is verklaard brengt dit met zich dat de executie van het vonnis kan worden aangevangen, dan wel voortgezet nadat daartegen een rechtsmiddel is aangewend, zulks in afwijking op de hoofdregel¹² dat de executiebevoegdheid wordt geschorst door het aanwenden van een rechtsmiddel. Bij deze in het arrest genoemde beslissing dient een *toetsing* plaats te vinden van de *grondslag en de omvang van het ingeroepen vorderingsrecht*. Hieruit blijkt dat in de hoofdzaak niet uitsluitend de grondslag van de vordering dient te worden getoetst. Ook de omvang van het vorderingsrecht dient te worden getoetst in de hoofdzaak. Toetsing vindt volgens de Hoge Raad in het geval van een belastingaanslag niet plaats door de burgerlijke rechter maar door *de belastingrechter*. Deze redenering is niet geheel zuiver. Immers, de executoriale titel, zoals bedoeld in het arrest Ajax/Reule betreft nu juist een titel die het resultaat is van de toetsing van de gegrondheid en de omvang van het vorderingsrecht. In de onderhavige procedure is er allereerst een executoriale titel (het dwangbevel) krachtens welke executie op basis van art. 12 Invorderingswet 1990 kan plaatsvinden. De genoemde (rechterlijke) toetsing vindt eerst daarna plaats. Dit is derhalve een van het arrest Ajax/Reule afwijkende situatie die in het onderhavige arrest uiteindelijk niet heeft geleid tot een afwijkend oordeel. De Hoge Raad heeft de conclusie, dat in deze zaak sprake is van een eis in de hoofdzaak,

12. Neergelegd in de artt. 145 Rv (verzet), 350 lid 1 Rv (hoger beroep) en 404 Rv (cassatie).

nader onderbouwd. Hiertoe heeft hij overwogen dat met verplichte inschakeling van de burgerlijke rechter in de hoofdzaak geen redelijk belang wordt gediend, aangezien de beoordeling van een eventueel op de opgelegde aanslag volgende bezwaar en beroepsprocedure uiteindelijk zal plaatsvinden door de belastingrechter. Op grond van het vorenstaande zou een burgerlijke rechter zijn oordeel moeten aanhouden tot het moment waarop op dat bezwaar door de inspecteur, dan wel -in het tegen diens beslissing ingestelde beroep- door de belastingrechter onherroepelijk is beslist. Hiermee wordt volgens de Hoge Raad een stelsel verkregen dat gelijkenis vertoont met de vroegere vanwaardeverklaringsprocedure, die nu juist als nodeloos complicerend is afgeschaft. Voorts heeft de Hoge Raad, voor zover hier van belang, het navolgende overwogen:

"3.6 In de rechtspraak van voorzieningenrechters in eerste aanleg wordt dan ook veelal ervan uitgegaan dat -anders dan het hof in de onderhavige zaak heeft aangenomen- een door de inspecteur opgelegde aanslag mede kan worden aangemerkt als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Tegen deze aanslag kan bezwaar worden gemaakt bij de inspecteur en tegen diens uitspraak op dat bezwaar kan beroep worden ingesteld bij de belastingrechter. In de onderhavige procedure is deze opvatting subsidiair door de ontvanger verdedigd; Heemhorst heeft daartegen een aantal bezwaren naar voren gebracht, welke hierna zullen worden beoordeeld. (...) Heemhorst (heeft) gesteld dat het opleggen van een aanslag niet een procedure is waarin door de rechter ten gronde wordt beslist over de deugdelijkheid van de vordering waarvoor het conservatoir beslag is gelegd, terwijl moet worden aangenomen dat de regering met de term 'hoofdzaak' in de artt. 700 lid 3 en 704 (oud) Rv juist wél een zodanige procedure voor ogen had. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 26 februari 1999 (...) dient inderdaad tot uitgangspunt dat de regering met de term 'hoofdzaak' een procedure voor ogen had zoals thans door Heemhorst bedoeld. Aangenomen moet echter worden dat de regering daarbij niet aan een door de ontvanger gelegd conservatoir beslag heeft gedacht, terwijl haar achterliggende bedoeling wel degelijk wordt verwezenlijkt in de opvatting dat een door de inspecteur opgelegde aanslag mede kan worden aangemerkt als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Zoals hiervoor overwogen is die bedoeling immers dat binnen de termijn die daartoe is gesteld door de rechter die het verlot tot beslaglegging verleent, een procedure aanhangig wordt gemaakt waarin de gegrondheid en de omvang van de vordering ter verzekering van de voldoening waarvan het te leggen conservatoir beslag strekt, kunnen worden getoetst. In gevallen als de onderhavige strekt de termijnstelling tot een spoedige oplegging van de aanslag en nadat deze is opgelegd kan de belastingplichtige daartegen bezwaar maken en, zo

nodig, vervolgens beroep instellen bij de belastingrechter. Aan deze stelling van Heemhorst komt daarom niet of nauwelijks betekenis toe. (...)"

In deze overweging, waarin de Hoge Raad vasthoudt aan zijn in het arrest Ajax/Reule geformuleerde criterium, heeft de Hoge Raad overwogen dat de regering waarschijnlijk niet heeft gedacht aan de belastingaanslag als eis in de hoofdzaak, maar dat haar bedoeling is geweest dat de hoofdzaak een procedure is waarin de gegrondheid en de omvang van de vordering ter verzekering van de voldoening waarvan het conservatoir beslag strekt kunnen worden getoetst.¹³ Deze overweging heeft mijn instemming. De Hoge Raad heeft betekenis toegekend aan de door de wet toegekende mogelijkheden van toetsing van de belastingaanslag door de belastingrechter, hetgeen inderdaad ook naar mijn opvatting in overeenstemming is met de strekking van art. 700 lid 3 Rv. Dat deze toetsing ook na het verkrijgen van de executoriale titel kan plaatsvinden doet daar voor de Hoge Raad kennelijk niet aan af.

Vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat

In zijn arrest van 27 april 2004¹⁴ heeft het Gerechtshof Arnhem in kort geding overwogen dat ook de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat heeft te gelden als een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv. In deze zaak ging het om het volgende. Van Ree heeft haar wederpartij (verder: "geïntimeerde") voor de rechtbank Utrecht gedagvaard tot vergoeding van de door haar -in verband met afgebroken onderhandelingen- geleden schade, op te maken bij staat. Op 2 december 2003 heeft Van Ree conservatoir beslag gelegd op een door geïntimeerde op 24 oktober 2003 verkochte onroerende zaak. Zij had daarvoor een verzoekschrift ingediend bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht, waarin zij had verzocht haar vordering te begroten op € 200.000. De voorzieningenrechter heeft dit verzoek gehonoreerd op de navolgende wijze:

"Toegestaan als verzocht, met begroting van de vordering op € 200.000 (...), verstaat dat verzoeksters de eis in de hoofdzaak hebben ingesteld."

In dit kort geding tot opheffing van het door Van Ree gelegde beslag dient de vraag te worden beantwoord of de vordering van Van Ree bij dagvaarding van 1 december 2003 inderdaad heeft te gelden als een eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Geïntimeerde is van mening dat dit niet het geval is. Hij stelt daartoe dat de door Van

13. Zie ook Van Mierlo in zijn hiervoor in noot 11 aangehaalde annotatie onder het arrest, p. 129 onder 2.

14. Gerechtshof Arnhem 27 april 2004, NJF 2004, 496; JBP 2004/57, m.nt. M.A.J.G. Janssen. Er is geen beroep in cassatie ingesteld. Zie voor een bespreking van dit arrest tevens: M.A.J.G. Janssen, *Advocaatblad* 2004, p. 700-704.

Ree ingestelde procedure slechts tot een declaratoire uitspraak kan leiden, aangezien de vordering van Van Ree ertoe strekt vast te stellen of geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld, respectievelijk jegens haar schadeplichtig is. Vervolgens dient in een afzonderlijke procedure, de schadestaatprocedure, te worden bepaald welk bedrag hij eventueel dient te voldoen. Volgens geïntimeerde levert laatstgenoemde procedure pas de noodzakelijke basis voor tenuitvoerlegging op, alsmede voor het te gelde maken van het beslag. Dit geldt temeer nu Van Ree in haar dagvaarding in eerste aanleg heeft gesteld dat een accountant de schade zal moeten berekenen. Uit de gepubliceerde tekst maak ik op dat de voorzieningenrechter in eerste aanleg op vordering van geïntimeerde heeft overwogen dat Van Ree bij haar dagvaarding van 1 december 2003 niet de door art. 700 lid 3 Rv verlangde eis in de hoofdzaak heeft ingesteld. Het hof legt de navolgende overweging aan zijn beslissing ten grondslag:

“3.6 Het hof stelt voorop dat, anders dan geïntimeerde heeft gesteld, de vordering van Van Ree niet tot een declaratoire uitspraak leidt, nu Van Ree blijkens de formulering van het petitum niet een verklaring voor recht heeft gevorderd, maar –voor zover relevant– heeft gevorderd dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot vergoeding van de door haar geleden schade, op te maken bij staat. Een dergelijke, op art. 612 e.v. Rv gebaseerde vordering moet in beginsel steeds als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv worden beschouwd. Een vordering tot betaling van schadevergoeding heeft immers tot doel een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling te verkrijgen ter voldoening van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, ook indien de rechter –ongeacht de formulering van het petitum– tot de conclusie komt dat hij het beloop van de schade niet dadelijk kan begroten en hij de zaak ter vaststelling daarvan –zonodig ambtshalve– naar de schadestaatprocedure moet verwijzen. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat voor de hand ligt dat de regering bij het gebruik van de termen ‘hoofdzaak’ en ‘gewone rechter’ een procedure voor ogen had waarin de rechter ten gronde beslist over de deugdelijkheid van de vordering waarvoor het conservatoir beslag is gelegd. De overgang van het conservatoir beslag in de executoriale fase wordt bewerkstelligd door een onherroepelijk geworden (in de regel: rechterlijke) beslissing ten voordele van de beslaglegger in een procedure waarin toetsing van de grondslag en de omvang van het door de beslaglegger ingeroepen vorderingsrecht plaatsheeft. In de regel zullen de grondslag en, indien een grondslag aanwezig is, ook de omvang van dit vorderingsrecht in dezelfde procedure kunnen worden vastgesteld.

Het voorgaande brengt echter mee dat, als de omvang van het vorderingsrecht eerst in een afzonderlijke (vervolg)procedure kan worden vastgesteld, aan de mogelijkheden voor de crediteur om ter zake van dat vorderings-

recht beslag te doen leggen geen afbreuk wordt gedaan. Deze uitleg doet het meest recht aan het doel van het conservatoir beslag, dat ertoe strekt voor de crediteur met het oog op executie zekerheid te scheppen, onder meer doordat na de beslaglegging ten nadele van de beslaglegger geen vervreemding van een beslagen goed meer kan plaatsvinden, waardoor wordt voorkomen dat het niet meer door een executoriale titel is verkregen.”

Het hof heeft voorop gesteld dat de vordering in deze zaak blijkens de formulering van het petitum niet tot een declaratoire uitspraak leidt. De gepubliceerde uitspraak geeft geen inzicht in de exacte formulering van het petitum. Ik ga er dan ook van uit dat Van Ree inderdaad niet een verklaring voor recht heeft gevorderd, maar slechts een veroordeling tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat. In de procedure zal, nu de hoogte van de vordering verder niet aan de orde komt, de vraag of geïntimeerde onrechtmatig jegens Van Ree heeft gehandeld evenwel de essentiële rechtsvraag zijn. Eerst als die vraag bevestigend zal zijn beantwoord kan in een op de uitspraak volgende schadestaatprocedure de vraag aan de orde komen wat het beloop is van de ten gevolge van deze, vaststaande, onrechtmatige daad door geïntimeerde aan Van Ree te vergoeden schade. Vaststaat dat het vorderen van een verklaring van recht niet als het instellen van een eis in de hoofdzaak kan worden aangemerkt, aangezien hieruit geen executoriale titel kan resulteren.¹⁵ Het is derhalve van belang voor de eiser in de hoofdzaak dat zijn in het petitum geformuleerde vordering niet zal kunnen worden aangemerkt als een verklaring voor recht. Een vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat zal gepaard kunnen gaan met een verklaring voor recht dat sprake is van onrechtmatig handelen, dan wel zulks impliceren. Voor het grote belang dat moet worden gehecht aan de formulering van het petitum wordt verwezen naar het door Snijders en Van Mierlo naar aanleiding van het arrest Ajax/Reule gestelde over de overeenkomst tussen beslagrekest en eis in de hoofdzaak (zie hiervoor onder Kort Geding). Het hof overweegt dat de rechter, ongeacht de formulering van het petitum, zonodig ambtshalve, een zaak naar de schadestaatprocedure moet verwijzen indien hij tot de conclusie komt dat hij het beloop van de schade niet dadelijk kan begroten. Dit is juist. De rechter is in deze kwestie op grond van art. 612 Rv niet gebonden aan het petitum van eiser en kan een schadestaatprocedure gelasten, ook in het geval waarin slechts een bepaald bedrag is gevorderd, terwijl hij ook de schade kan begroten als slechts vergoeding van schade nader op te maken bij staat is gevorderd.¹⁶ Hiermee geeft het hof aan dat het petitum in zoverre niet alles beslissend is dat, indien eiser veroordeling tot betaling van een bepaald bedrag vordert,

15. Hof Amsterdam 19 juli 2001, KG 2001, 196; P.A. Stein/A.S. Rueb, a.w., p. 369 noot 30.

16. A.W. Jongbloed 2002, (T&C Rv), art. 612 Rv. aant. 3.

in plaats van een veroordeling tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat, ook in dat geval verwijzing naar de schadestaatprocedure kan plaatsvinden. Dus ook indien de eis in de hoofdzaak een duidelijke vordering tot betaling van een bepaald bedrag is (en derhalve in ieder geval als eis in de hoofdzaak heeft te gelden) kan een verwijzing naar de schadestaatprocedure plaatsvinden. Dat is juist. Echter, in dit geval was specifiek in het petitum een veroordeling tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat gevorderd, een vordering, net als de verklaring voor recht, van onbepaalde waarde derhalve. Mijns inziens is dat een andere situatie dan de situatie waarin in de hoofdzaak betaling van een bepaald bedrag wordt gevorderd en later een verwijzing naar de schadestaat plaatsvindt. Immers, gekeken moet worden naar de formulering van het petitum teneinde te kunnen beoordelen of sprake is van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv.

Het hof heeft voorts, in de uit het arrest Ontvanger/Heemhorst te kennen overweging, gesteld dat

“de overgang van het conservatoir beslag in de executoriale fase wordt bewerkstelligd door een onherroepelijk geworden (in de regel: rechterlijke) beslissing ten voordele van de beslaglegger in een procedure waarin toetsing van de grondslag en de omvang van het door de beslaglegger ingeroepen vorderingsrecht plaatsheeft”.

Ik verwijs naar hetgeen ik naar aanleiding van het arrest Ontvanger/Heemhorst heb gesteld met betrekking tot deze overweging. Van belang is dat ook het hof bevestigt dat toetsing van grondslag én omvang van het vorderingsrecht dient plaats te vinden in de hoofdzaak. In de onderhavige zaak ligt dat lastig, omdat toetsing van de omvang van het vorderingsrecht eerst plaatsvindt in de schadestaatprocedure. Het hof lost dit probleem op in zijn volgende overweging waarin hij stelt dat de hiervoor vermelde overweging met zich brengt dat, indien de omvang van het vorderingsrecht eerst in een afzonderlijke (vervolg-)procedure kan worden vastgesteld, aan de mogelijkheden voor de crediteur om ter zake van dat vorderingsrecht beslag te doen leggen geen afbreuk wordt gedaan. Immers, deze uitleg doet het meest recht aan het doel van het conservatoir beslag, dat ertoe strekt voor de crediteur met het oog op executie zekerheid te scheppen, onder meer doordat na beslaglegging ten nadele van de beslaglegger geen vervreemding van een beslagen goed meer kan plaatsvinden, waardoor wordt voorkomen dat het niet meer door een executoriale titel is verkregen.¹⁷ Teneinde deze overweging van het hof te kunnen beoordelen dient het karakter van de schadestaatprocedure eerst nader te worden onderzocht.

Hoe verhoudt zich de schadestaatprocedure tot de procedure waarin de wederpartij wordt veroordeeld tot vergoe-

ding van de schade nader op te maken bij staat? Niet in alle gevallen waarin door de eiser aanspraak wordt gemaakt op schadevergoeding wordt door de rechter in hetzelfde geding een beslissing gegeven omtrent de gehoudenheid tot schadevergoeding en de omvang van de schadevergoeding. Er kunnen meerdere redenen zijn waarom het gewenst of noodzakelijk kan zijn dat na de procedure waarin over de gehoudenheid tot vergoeding van de schade is geoordeeld (ook wel aangeduid als “hoofddeding”) een afzonderlijk geding aan het beloop van de schade wordt gewijd (de “schadestaatprocedure”).¹⁸ In een dergelijk geval wordt schadevergoeding nader op te maken bij staat gevorderd. De Hoge Raad heeft overwogen dat de schadestaatprocedure ertoe strekt de omvang van de verplichting tot vergoeding van schade vast te stellen en niet de grondslag van de aansprakelijkheid voor schade.¹⁹ De grondslag van de vergoeding van de schade is alsdan namelijk al vastgesteld in het hoofddeding, waarin veroordeling tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat wordt gevorderd, al dan niet te zamen met een vordering tot verklaring voor recht. De schadestaatprocedure zoals geregeld in de artt. 612-615b Rv vormt een bijzondere wijze van tenuitvoerlegging en valt als een voortzetting van het hoofddeding te zien.²⁰ Op basis van art. 613 lid 2 Rv is de rechter die in eerste instantie in het hoofddeding heeft geoordeeld exclusief bevoegd een oordeel te geven in de schadestaatprocedure. De omvang van de vordering wordt derhalve door dezelfde rechter in een afzonderlijke vervolprocedure beoordeeld.

De door het hof berechte zaak is de eerste gepubliceerde uitspraak waarin met zoveel woorden is bevestigd dat de vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat dient te worden beschouwd als de eis in de hoofdzaak. In een Antilliaanse zaak heeft de Hoge Raad in 1995²¹ indirect een oordeel gegeven over een dergelijke vordering als eis in de hoofdzaak. Het Gerecht in eerste aanleg heeft in deze zaak de vorderingen van de beslaglegger tot schadevergoeding nader op te maken bij staat en tot vanwaardeverklaring van het door haar ten laste van de beslagenen gelegde derdenbeslag toegewezen bij vonnis van 10 november 1993. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft dit vonnis bevestigd bij uitspraak van 16 augustus 1994 na

17. Uiteindelijk heeft Van Ree aan de toewijzende uitspraak van het hof niets gehad, aangezien de beslagen onroerende zaak na de opheffing van het beslag door de voorzieningenrechter uit het vermogen van geïntimeerde is geraakt. Inmiddels heeft de Rechtbank Arnhem (in de bodemprocedure) geïntimeerde veroordeeld tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat.

18. J. Gerretsen, *Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 2 voor art. 612 Rv.

19. HR 30 mei 1997, NJ 1998, 381 (Elink Schuurman/Van Gastel q.q.).

20. A.W. Jongbloed, a.w., art. 613 Rv., aant.2.

21. HR 24 november 1995, NJ 1996, 161 (Tromp en Tromp/Regency Residence N.V.).

door de beslagenen ingesteld hoger beroep. De Hoge Raad heeft, in een door de beslaglegger aanhangig gemaakte schadestaatprocedure, overwogen dat niet tot cassatie kan leiden de klacht van de beslagenen dat het Hof op de afloop van de schadestaatprocedure niet mocht vooruitlopen in die zin dat bij voorbaat en zonder specificatie of toelichting wordt uitgesloten dat die afloop alsnog de gelegde beslagen ook wat hun omvang betreft zou kunnen rechtvaardigen. De Hoge Raad heeft ter zake van de hoogte van de vordering overwogen dat het Hof kennelijk in aanmerking heeft genomen dat het Gerecht in eerste aanleg onbestreden had vastgesteld dat de vordering waarvoor de verkopers beslag legden, door hen was begroot op Af 35.000. Er waren tegen de overwegingen van het hof waaruit blijkt dat het door de beslaglegger gelegde beslag van waarde is verklaard geen middelen ingesteld inhoudende dat er geen sprake van een eis in de hoofdzaak is. Dit arrest geeft derhalve geen antwoord op de vraag of een dergelijke vordering heeft te gelden als eis in de hoofdzaak.

Ik keer terug naar het arrest van het Gerechtshof Arnhem. Het hof heeft in zijn uitspraak een ruime uitleg gegeven van het begrip eis in de hoofdzaak. Ook indien de rechter in de procedure die volgt op het conservatoir beslag (nog) geen oordeel kan geven over de omvang van het vorderingsrecht waarvoor beslag was gelegd heeft een dergelijke procedure, volgens het hof, in beginsel te gelden als eis in de hoofdzaak. Dat de omvang eerst in een afzonderlijke (vervolg) procedure kan worden vastgesteld doet daaraan niets af. Het is de vraag of deze uitspraak in cassatie stand zal (kunnen) houden. De verzoeker dient in zijn beslagrekest op grond van art. 700 lid 2 Rv naast het door hem ingeroepen vorderingsrecht, zo dit recht een geldvordering is, ook het bedrag, of zo dit nog niet vaststaat, het maximum bedrag daarvan, te vermelden. De voorzieningenrechter begroot vervolgens het bedrag waarvoor het conservatoir beslag kan worden gelegd. In de door de beslaglegger hierna ingestelde eis in de hoofdzaak wordt in het petitum echter niet meer over de omvang van het vorderingsrecht gesproken. Er wordt immers veroordeling tot schadevergoeding nader op te maken bij staat gevorderd, al dan niet samen met een vordering tot verklaring voor recht. Het vonnis waarin de gedaagde wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat, een eindvonnis volgens literatuur en jurisprudentie²², levert mijns inziens niet de noodzakelijke voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling op tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd. De hoogte van het vorderingsrecht wordt eerst in de, eventueel, hierop volgende schadestaatprocedure aan het oordeel van de rechter voorgelegd. Hoewel dit op grond van art. 613 lid 2 Rv dezelfde rechter is en sprake is van een bijzondere wijze van tenuitvoerlegging ben ik van mening dat het een stap te ver is om deze eis te beschouwen als eis in de hoofdzaak als

bedoeld in art. 700 lid 3 Rv. Er is namelijk een te grote afstand tussen de beoordeling van de gegrondheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd en het oordeel omtrent de omvang van die vordering.²³ Daarmee voldoet deze eis niet aan de door de Hoge Raad geformuleerde definitie van eis in de hoofdzaak.

Indien de vordering wel als eis in de hoofdzaak zou hebben te gelden dient op het volgende te worden gewezen. Wat is het lot van het conservatoir beslag, indien er wel sprake is van een veroordeling tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat, maar deze schadestaatprocedure nimmer wordt gevoerd? De beslaglegger kan niet tot executie van het beslag overgaan, immers de hoogte van zijn vordering staat nog niet vast. Hoewel de wet geen termijn heeft gesteld waarbinnen de schadestaatprocedure dient te worden ingesteld zou de beslagene, indien de beslaglegger wacht met het starten van de schadestaatprocedure, zich op enig moment kunnen beroepen op het arrest van het EHRM 23 maart 1994.²⁴ Onder verwijzing naar dit arrest zou de beslagene kunnen stellen dat een redelijke termijn in casu is overschreden.²⁵ Vervolgens zou hij in kort geding opheffing van het beslag dienen te vorderen, aangezien de beslaglegger daar geen enkel belang meer bij kan hebben. Zie hier een ongewenst effect van de aanvaarding van de vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat als eis in de hoofdzaak.

Conclusie

De afgelopen jaren zijn door de rechters de grenzen verkend van de definitie van de eis in de hoofdzaak. Inmiddels heeft de Hoge Raad bepaald dat de kort geding vordering en de belastingaanslag hebben te gelden als eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv, aangezien sprake zal kunnen zijn van een procedure die strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd. Om die reden heeft het Gerechtshof 's-Gravenhage geoordeeld dat het opstarten van een minitrial, een niet-bindend adviesprocedure, niet kan gelden als het instellen van een eis in de hoofdzaak. Het Gerechtshof Arnhem heeft onlangs de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij

22. zie A.I.M. van Mierlo, Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering, art. 615b Rv, aant. 2.

23. Verwezen wordt tevens naar Snijders in zijn eerdergenoemde noot onder NJ 1999, 717, waarin hij aangeeft dat de vordering zoals vermeld in het beslagrekest en de vordering in de hoofdzaak op elkaar moeten aansluiten. Het is de vraag of dit het geval is bij een vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat, nu in het beslagrekest de omvang van de vordering zal zijn genoemd. Zie ook Van Mierlo zoals aangehaald in noot 8.

24. EHRM 23 maart 1994, NJ 1994, 506 (Silva Pontes/Portugal).

25. Of sprake is van overschrijding van de redelijke termijn hangt af van de omstandigheden van het geval, de complexiteit van de zaak, het optreden van de justitiële autoriteiten en de houding van de klager en diens belangen in het conflict.

staat aangemerkt als eis in de hoofdzaak. Hierbij heeft het hof verwezen naar de wetgeschiedenis ter zake van art. 700 lid 3 Rv, alsmede de doelstelling van het conservatoir beslag. Het is de vraag of de Hoge Raad een dergelijke vordering ook zal willen aanmerken als eis in de hoofdzaak. Het verschil tussen de hiervoor genoemde procedures en de laatstgenoemde procedure rechtvaardigt een afwijzende beslissing door de Hoge Raad. Immers, in de gevallen waarin in de rechtspraak van de Hoge Raad of de wetgeschiedenis is aangenomen dat sprake is van een eis in de hoofdzaak (kort geding, belastingaanslag of arbitrage) wordt in de procedure die volgt op het beslag een oordeel

gevraagd over gegrondheid én omvang van het vorderingsrecht waarvoor beslag is gelegd. Vervolgens levert de verkregen titel een mogelijkheid op tot executie op tot het beloop van het in de uitspraak genoemde bedrag. Dat is niet het geval bij de vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. Daarin wordt slechts over de gegrondheid van het vorderingsrecht van de beslaglegger geoordeeld. In een dergelijke procedure sluit de formulering van de vordering in het beslagrekest niet aan op de in het petitum geformuleerde vordering. Het wachten is dan ook op een duidelijke uitspraak van de Hoge Raad over deze kwestie.

Pandrecht en orderpapier (II, slot)



Mr. drs. R. Zwitter*

6. De buitenissigheid van het arrest Bosman/Condorcamp

Er is nog een stelling van de advocaat-generaal in zijn conclusie onder het arrest EWL/Fortis waartegen ik mij zou willen verzetten. De advocaat-generaal veronderstelt op een zeker moment dat het stil pandrecht pas gevestigd is nadat het cognossement reeds was uitgegeven door de vervoerder. Het pandrecht kan dan volgens de advocaat-generaal echter niet tot stand komen. De advocaat-generaal beroept zich hiervoor op de leer uit het arrest Bosman/Condorcamp²²:

'Voor (per zeeschip verzonden) zaken waarvoor met goedvinden van de rechthebbende order-cognossementen zijn uitgegeven, kan vervolgens niet, ten nadele van de cognossementshouder (maar ook niet: met effect tegen de vervoerder, die immers gehouden is de betreffende zaken aan de cognossementshouder af te geven) een 'gewoon' pandrecht, en met name niet het bezitloos pandrecht waarom het in art. 3:237 BW gaat, worden gevestigd.'

In de casus bij dit arrest had Bosman, hoewel die zich expediteur noemt, het vervoer van schoenen op zich genomen en daarvoor een cognossement afgegeven aan de afzender, tevens verkoper van de schoenen, Pemaco. Bosman had echter via haar algemene voorwaarden²³ ook een pandrecht bedongen op alles wat Bosman onder zich had, waaronder de schoenen. Dit bedongen pandrecht wilde Bosman vervolgens tegenwerpen aan de ontvanger van het cognossement, Condorcamp, die de schoenen van

Pemaco had gekocht. Dat vond de Hoge Raad niet goed. Je kunt volgens de Hoge Raad niet buiten het cognossement om een pandrecht vestigen op de lading, althans niet met werking tegen derden-cognossementhouders. Letterlijk overwoog de Hoge Raad:

'Indien de eigenaar van per zeeschip verscheepte zaken ermee instemt dat voor die zaken verhandelbare cognossementen in het verkeer worden gebracht door afgifte daarvan aan de verschepers, geeft hij daarmee met werking tegen allen die van dit in het verkeer brengen op de hoogte zijn of behoren te zijn, de bevoegdheid prijs om ten nadele van hen aan wie deze cognossementen verhandeld zullen worden, pandrecht op die zaken te vestigen door die zaken zelf, en niet de cognossementen, in de macht van de pandhouder te brengen, zulks tenzij het beding waarop het betreffende pandrecht berust, en de vordering waarvoor dit wordt uitgeoefend, uit de inhoud van de cognossementen zelf blijken.'

Met allerlei haken en ogen zegt de Hoge Raad naar mijn mening dat een eigenaar die een cognossement aanneemt de bevoegdheid prijs geeft om pandrecht te vestigen op de betreffende zaken (buiten het cognossement om), althans

* Universitair hoofddocent handelsrecht aan de Erasmusuniversiteit.

22. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 Bosman/Condorcamp. Vgl. hierover onder meer G.J. v.d. Ziel, in: K.F. Haak e.a. (red), Uitspraak & Uitleg, 1998, p. 106 e.v.; K.F. Haak en R. Zwitter, Opdracht aan hulp-personen, 2003, p. 398, 399, 499 e.v.

23. Art. 19 Fenex voorwaarden.