

FOCUSSEN OP SUMMIERLIJKE ONDEUGDELIJKHEID

Mag een civiele voorzieningenrechter het door een bestuursorgaan ingeroepen bestuursrechtelijk recht op (on)deugdelijkheid toetsen in een opheffingskortgeding?



Auteur: A.M.J.F. van Tilburg - 2014880
Klas: U-R4YD
Afstudeerorganisatie: Rassers N.V.
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Blok: DK8 – Afstuderen
Eerste afstudeerdocent: mr. J.P.E. Lousberg
Tweede afstudeerdocent: mr. P. van Harten
Afstudeermentor: mr. R.Th.J. van 't Zelfde

Breda, mei 2012

FOCUSSEN OP SUMMIERLIJKE ONDEUGDELIJKHEID

*Mag een civiele voorzieningenrechter het door een bestuursorgaan ingeroepen
bestuursrechtelijk recht op (on)deugdelijkheid toetsen in een opheffingskortgeding?*

Auteur:	A.M.J.F. van Tilburg - 2014880
Klas:	U-R4YD
Afstudeerorganisatie:	Rassers N.V.
Opleiding:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Blok:	DK8 – Afstuderen
Eerste afstudeerdocent:	mr. J.P.E. Lousberg
Tweede afstudeerdocent:	mr. P. van Harten
Afstudeermentor:	mr. R.Th.J. van 't Zelfde

Breda, mei 2012

VOORWOORD

Voor u ligt mijn scriptie, als eindresultaat van mijn afstudeeropdracht. Doel van een afstudeeropdracht is volgens de Juridische Hogeschool dat *'de student aantoon dat zij beginnend beroepsbeoefenaar is en dat zij zelfstandig een goed praktijkgericht, juridisch onderzoek kan opzetten, uitvoeren en presenteren'*. Ik hoop u te bewijzen dat ik al het hiervoor gekenschetste ben en kan. Met deze scriptie sluit ik mijn (deeltijd)studie aan de JHS af. Ik heb de studie met veel plezier gevolgd, wat voor een (niet onbelangrijk) deel te danken is aan mijn klasgenoten van klas 4Y.

Het onderwerp van mijn scriptie is het gevolg van het conservatoir beslag dat door het waterschap Brabantse Delta werd gelegd na de veelbesproken en -beschreven brand bij Chemie-Pack te Moerdijk. De reden voor mij om dit onderwerp te kiezen, is ingegeven door het feit dat het onderwerp conservatoir beslag mij altijd heeft geïntrigeerd. Het verbaast mij nog altijd hoe eenvoudig het in Nederland is om conservatoir beslag te leggen. De keuze voor het onderwerp van mijn afstudeeropdracht was dan ook niet moeilijk.

Het schrijven van mijn scriptie was echter niet eenvoudig, reden waarom ik graag een aantal mensen wil bedanken. Allereerst wil ik Rassers Advocaten bedanken voor het feit dat zij mijn studie mogelijk hebben gemaakt. Robert van 't Zelfde, mijn afstudeermentor, dank ik voor het onderwerp en zijn input. Mijn dank gaat daarnaast uit naar mijn eerste afstudeerdocent, John Lousberg, voor de prettige begeleiding. Mijn tweede afstudeerdocent, Peter van Harten, dank ik voor het beoordelen van mijn scriptie. Daarnaast dank ik hen die een kritische blik hebben willen werpen op mijn scriptie: Mark, René en Marnix.

Het volgen van een studie naast gezin en baan is niet altijd even makkelijk, en ik heb veel uren ten koste van vooral mijn gezin in deze opleiding gestoken. De ervaring en kennis die ik in die jaren heb opgedaan, zijn al die uren wat mij betreft meer dan waard gebleken. Ik heb het geduld van mijn vijf mannen - Halbe, Jelle, Hidde, Douwe en Thieme - echter danig op de proef moeten stellen. Mijn dank is oneindig groot: zonder jullie had ik het nooit gered!

Breda, mei 2012

Astrid van Tilburg

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting

1. Inleiding	7
1.1 Opdrachtgever.....	7
1.2 Probleembeschrijving	7
1.3 Doelstelling.....	8
1.4 Centrale vraag	8
1.5 Onderzoeksmethode	8
1.6 Leeswijzer	9
2. Beslagrecht.....	10
2.1 Doel conservatoir beslagrecht	10
2.2 Systeem conservatoir beslagrecht.....	10
2.3 Conservatoir beslag leggen	11
2.3.1 Vereisten verzoekschrift leggen van conservatoir beslag	11
2.3.2 Gang van zaken bij verlofverlening in de praktijk	11
2.3.3 Eis in de hoofdzaak	12
2.3.4 Wijze van beslagleggen.....	13
2.4 Gevolgen conservatoir beslag	13
2.5 Vordering tot opheffing van conservatoir beslag	14
2.5.1 Verzuim op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen.....	14
2.5.2 Ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht.....	15
2.5.3 Het niet nodig zijn van het beslag	15
2.5.4 Voldoende zekerheidstelling door de beslagene.....	16
2.5.5 Andere opheffingsgronden	16
2.6 Conservatoir beslag in de onderzochte procedure.....	16
2.7 Conclusie	18
3. Bestuursrecht.....	19
3.1 Doel voorlopige voorziening	19
3.2 Schorsing van een besluit in een voorlopige voorzieningenprocedure ex artikel 8:81 Awb	19
3.2.1 Onverwijlde spoed	20
3.2.2 Connexiteit	21
3.2.3 Bevoegde voorzieningenrechter	21
3.3 Treffen van voorlopige voorzieningen	22
3.3.1 Mogelijke voorlopige voorziening volgens wet(sgeschiedenis)	22
3.3.2 Mogelijke voorlopige voorzieningen volgens literatuur	22
3.3.3 Mogelijke voorlopige voorzieningen volgens jurisprudentie.....	22
3.4 Mogelijkheden tot opheffing van een (op een bestuursrechtelijk besluit gebaseerd) conservatoir beslag voor een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in een artikel 8:81 Awb-procedure	22
3.4.1 Mogelijkheden volgens wet(sgeschiedenis).....	23
3.4.2 Mogelijkheden volgens jurisprudentie	24

3.4.3	Mogelijkheid volgens bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in onderzochte procedure.....	25
3.5	Conclusie	25
4.	Civiel recht.....	27
4.1	Mogelijkheden voor opheffing van conservatoir beslag.....	27
4.2	Ondeugdelijkheid ingeroepen recht volgens wet(sgeschiedenis), literatuur en jurisprudentie	28
4.2.1	Invulling volgens wet(sgeschiedenis).....	28
4.2.2	Invulling volgens literatuur	29
4.2.3	Invulling volgens jurisprudentie.....	29
4.3	Ingeroepen recht in onderzochte procedure	30
4.3.1	Formele rechtskracht.....	31
4.4	Mogelijkheden voor civiele voorzieningenrechter tot toetsing van de (on)deugdelijkheid van een ingeroepen bestuursrechtelijk recht in een opheffingskortgeding	32
4.4.1	Met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang.....	32
4.4.2	Toetsing summierlijke (on)deugdelijkheid	33
4.4.3	Algemene regeling van artikel 254 Rv	34
4.4.4	Beslagsyllabus	36
4.5	Conclusie	36
5.	Conclusies en aanbevelingen	38
5.1	Conclusies.....	38
5.1.1	Beslagrecht	38
5.1.2	Bestuursrecht	38
5.1.3	Civiel recht	39
5.2	Aanbevelingen.....	40
6.	Evaluatie	42
7.	Jurisprudentieregister	43
8.	Literatuurlijst	45

Bijlagen

Bijlage A. Beslagsyllabus februari 2011

Bijlage B. Jurisprudentieoverzicht uitspraken voorzieningenrechters 2011

SAMENVATTING

De bedoeling van conservatoir beslag is om zekerheid te verkrijgen dat er bij de wederpartij na afloop van een gerechtelijke procedure nog iets te halen valt. Verlof tot het leggen van conservatoir beslag wordt verleend na slechts summier onderzoek van het verzoekschrift waarmee dat conservatoir beslag wordt verzocht, zonder de (aspirant)beslagene te horen. Een belangenafweging zal pas voor het eerst gebeuren tijdens een eventueel opheffingskortgeding. De opheffing van een conservatoir beslag is neergelegd in artikel 705 Rv, en wordt *onder meer* uitgesproken '*indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt*'. In dit onderzoek is de betekenis van deze opheffingsgrond en de mogelijkheden voor een civiele voorzieningenrechter een door een bestuursorgaan ingeroepen bestuursrechtelijk recht op (on)deugdelijkheid te toetsen in een opheffingskortgeding onderzocht. Dit is gedaan door wet(sgeschiedenis), literatuur en jurisprudentie te bestuderen. De betekenis van de opheffingsgrond blijkt niet uit de wet(sgeschiedenis); literatuur en voorzieningenrechters gaan uit van een bewijslastverdeling ten laste van de beslagene.

Het ingeroepen recht (ex artikel 700 lid 2 Rv) is in dit onderzoek een bestuursrechtelijk besluit. Uit het onderzoek blijkt dat een *bestuursrechtelijke* voorzieningenrechter niet bevoegd is een op een bestuursrechtelijk besluit gebaseerd conservatoir beslag op te heffen, die bevoegdheid komt exclusief aan de civiele voorzieningenrechter toe. Dit echter onverminderd de bevoegdheid van de 'gewone rechter' in de bodemprocedure, de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter is echter niet die 'gewone rechter'. Wanneer een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter bij een uitspraak op een verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen tot de conclusie komt dat het besluit - ter verzekering waarvan conservatoir beslag is gelegd - onrechtmatig is, moet ook hij een dergelijk conservatoir beslag op kunnen heffen.

De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over de vraag of een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) mag overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht. De beide civielrechtelijke colleges die zich in deze procedure hebben uitgelaten, hebben zich de vingers niet durven branden aan de beoordeling van de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht en beroepen zich daarbij beide op de leer van de formele rechtskracht. Het gevolg van het feit dat beide gerechtelijke colleges uitgaan van de leer van de formele rechtskracht, is dat bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit geen beoordeling van het ingeroepen recht plaatsvindt.

Een civiele voorzieningenrechter moet in een opheffingsgeschil, of het nu de civiele- of de bestuursrechter is die in de hoofdzaak over het ingeroepen recht moet oordelen, summierlijk de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht kunnen toetsen. Daarbij moeten '*alle omstandigheden van het geval*' worden aangevoerd en worden afgewogen, uiteraard met inachtneming van de beperkingen van een kortgedingprocedure. Tot '*alle omstandigheden van het geval*' behoren in ieder geval de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht en dus ook de mogelijke (on)deugdelijkheid van een ingeroepen bestuursrechtelijk recht. De wetgever moet zich daarom beraden over de inhoud van artikel 705 Rv en aan bestuursrechtelijke voorzieningenrechters de bevoegdheid toekennen een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit op te heffen. Daarnaast moet de Hoge Raad civiele voorzieningenrechters meer handvatten geven om, in opheffingskortgedingen waarbij om opheffing van een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit wordt verzocht, summierlijk de (on)deugdelijkheid van dat ingeroepen recht te toetsen.

INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de probleembeschrijving en de casus die heeft geleid tot dit onderzoek. Ingegaan zal worden op de opdrachtgever, de doelstelling, de centrale vraag met deelvragen en de onderzoeksmethode. Ten slotte volgt een leeswijzer.

1.1 Opdrachtgever

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van Rassers N.V., meer in het bijzonder in opdracht van mijn afstudeermentor, mr. R.Th.J. van 't Zelfde, partner bij Rassers. Mr. Van 't Zelfde is werkzaam in de sectie bestuursrecht van Rassers.

Rassers is een onafhankelijk Bredaas advocatenkantoor met een lange historie (het kantoor bestaat ruim 100 jaar). Rassers beschikt over juridische expertise op vrijwel ieder rechtsgebied. De advocaten en juristen die er werkzaam zijn, hebben allen hun eigen specialisaties.¹

1.2 Probleembeschrijving

Op 5 januari 2011 heeft op het terrein van Chemie-Pack te Moerdijk een grote brand gewoed. Bij het blussen van die brand is bluswater in de sloten, op en in de grond terechtgekomen. Het waterschap Brabantse Delta heeft - in verband met de spoedeisendheid - op 6 januari 2011 bestuursdwang toegepast en op kosten van Chemie-Pack reinigingswerkzaamheden verricht. Tot zekerheid van haar verhaal heeft het waterschap conservatoir beslag gelegd op de verzekeringspenningen onder de verzekeraar van Chemie-Pack. Het waterschap heeft haar ingeroepen recht (ex artikel 700 lid 2 Rv) gebaseerd op de bestuursdwangbeschikking van 6 januari 2011.

Chemie-Pack heeft op 14 februari 2011 bezwaar gemaakt tegen de bestuursdwangbeschikking. Vervolgens heeft zij op 12 april 2011 de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter gevraagd om het bestuursdwangbesluit te schorsen. Daarnaast heeft Chemie-Pack een vordering tot opheffing van het beslag ingesteld, zowel bij de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter (tegelijkertijd met de vordering tot schorsing van het bestuursdwangbesluit) als bij de civiele voorzieningenrechter. De grondslag van haar vordering hield onder andere in dat het besluit tot toepassing bestuursdwang ondeugdelijk was.

De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter heeft zich bij uitspraak van 21 april 2011 onbevoegd verklaard om de gelegde conservatoire beslagen op te heffen. Deze voorzieningenrechter heeft daarnaast het verzoek om schorsing van het besluit van het waterschap van 6 januari 2011 afgewezen (r.o. 2.4 en 2.6).²

Op 27 april 2011 heeft de civiele voorzieningenrechter de door Chemie-Pack gevraagde voorziening geweigerd. Overwogen wordt dat het vaste jurisprudentie is dat, als tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond, de civiele rechter uit moet gaan van de geldigheid van het besluit zolang het niet is vernietigd (r.o. 4.2).³

Chemie-Pack is in hoger beroep gekomen (bij spoedappèldagvaarding d.d. 2 mei 2011) van het oordeel van de civiele voorzieningenrechter. Het arrest van het gerechtshof heeft ook niet geleid tot een antwoord op de vraag of een civiele voorzieningenrechter een door een bestuursorgaan ingeroepen bestuursrechtelijk recht op (on)deugdelijkheid kan

¹ www.rassers.nl.

² V.zr. Rb. Breda 21 april 2011, L.J.N. BQ2058 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).

³ V.zr. Rb. Breda 27 april 2011, L.J.N. BQ2774 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).

toetsen wanneer om opheffing van een gelegd beslag wordt verzocht.⁴ Het gerechtshof onderschrijft de uitgangspunten die de civiele voorzieningenrechter heeft gehanteerd met betrekking tot de verhouding burgerlijke rechter/bestuursrechter. Ook het gerechtshof is van oordeel dat het niet kan treden in de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestuursdwangbesluit.

1.3 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is te onderzoeken of niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan het systeem van het conservatoir beslagrecht. Een beslagene (en iedere andere belanghebbende) kan volgens de wet opheffing vorderen bij de voorzieningenrechter die het verlot tot beslaglegging heeft verleend.⁵ Deze opheffing wordt (onder meer) uitgesproken indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht. Bij de opheffing van een conservatoir beslag gebaseerd op een besluit in de zin van de Awb wordt echter niet het ondeugdelijk karakter van het ingeroepen recht beoordeeld. De beslagene wordt bij een dergelijk conservatoir beslag gedwongen eerst het door de beslaglegger ingeroepen recht in de hoofdzaak te bestrijden, om pas daarna het beslag opgeheven te zien.

1.4 Centrale vraag

De hiervoor weergegeven probleembeschrijving leidt tot de volgende centrale vraag.

In artikel 705 Rv staat dat de voorzieningenrechter een conservatoir beslag kan opheffen 'indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht (...) blijkt'. Stel dat het ingeroepen recht een (bestuursdwang)besluit in de zin van de Awb is: mag/moet een (civiele) voorzieningenrechter dit besluit dan summierlijk op (on)deugdelijkheid toetsen?

Om tot een antwoord te komen op deze centrale vraag, worden de navolgende deelvragen beantwoord.

Beslagrecht

1. wat is (het systeem van) het conservatoir beslagrecht?
2. op welke manier kan een beslagene de opheffing van een conservatoir beslag bewerkstelligen?

Bestuursrecht

3. zijn er voor een bestuursrechter mogelijkheden om een - op een bestuursrechtelijk besluit (in de zin van de Awb) gebaseerd - conservatoir beslag op te heffen?
4. wanneer er geen mogelijkheden zijn, waarom niet?

Civil recht

5. wanneer is er volgens wet/literatuur/jurisprudentie sprake van ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht?
6. mag/moet de civiele voorzieningenrechter de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht toetsen wanneer sprake is van een conservatoir beslag gebaseerd op een besluit in de zin van de Awb?

1.5 Onderzoeksmethode

Dit onderzoek is uitgevoerd door wet(s)geschiedenis, literatuur en jurisprudentie te bestuderen. De gebruikte onderzoeksmethode is een inhoudsanalyse, wat het karakter van dit onderzoek zowel beschrijvend als oordeelvormend maakt. Voor wat betreft de wet(s)geschiedenis zijn de wetsontwerpen met kamernummers 16 593 ('Invoeringswet

⁴ Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, LJN BQ7541 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).

⁵ Art. 705 Rv.

Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet) en 22 495 (*Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Ambtenarenwet 1929 en andere wetten, alsmede intrekking van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie)*’) bestudeerd. De relevante artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht zijn bestudeerd. Bij het literatuuronderzoek is gebruik gemaakt van vakliteratuur (bijvoorbeeld handboeken en dissertaties) en artikelen uit juridische tijdschriften.

De manier waarop voorzieningenrechters de tweede opheffingsgrond van artikel 705 lid 2 Rv interpreteren, is bestudeerd aan de hand van vonnissen van voorzieningenrechters uit 2011. Vanzelfsprekend komt ook andere, relevante jurisprudentie aan de orde. Aangezien er geen (met deze casus vergelijkbare) jurisprudentie te vinden is, zijn de gevonden gegevens beoordeeld op bruikbaarheid voor de onderhavige casus.

In dit onderzoek zijn de argumenten en conclusies onderbouwd (aan de hand van wet, literatuur en jurisprudentie) en verantwoord met een bronvermelding. De bronvermelding voldoet aan de daaraan gestelde vereisten.⁶ Verder zijn de betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek van belang. Betrouwbaarheid van een onderzoek houdt in dat het resultaat stabiel en duurzaam is. Wanneer dit onderzoek over een tijdje opnieuw wordt uitgevoerd, levert het dezelfde resultaten op. Dit met de kanttekening dat, wanneer de Hoge Raad nieuwe jurisprudentie ontwikkelt, het onderzoeksresultaat kan afwijken. Om tot de gemaakte argumenten en conclusies te komen is de juiste methode gebruikt, waardoor de onderzoeksresultaten valide zijn.

1.6 Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport bestaat uit drie inhoudelijke hoofdstukken, te weten de hoofdstukken 2, 3 en 4. In die hoofdstukken komen achtereenvolgens aan bod:

- een beschrijving van het conservatoire beslagrecht en de manier waarop een beslagene de opheffing van een conservatoir beslag tot stand kan brengen;
- een beschrijving van de voorlopige voorziening in het bestuursrecht en de (on)mogelijkheden voor een bestuursrechter om een conservatoir beslag, gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit, op te heffen; en
- een beschrijving van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht volgens wet/literatuur/jurisprudentie en de (on)mogelijkheid voor een civiele voorzieningenrechter om de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht te toetsen wanneer er sprake is van een conservatoir beslag gebaseerd op een besluit in de zin van de Awb.

Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een korte conclusie.

De keuze om de hoofdstukken op deze manier in te delen, is een bewuste. Als eerste wordt namelijk het conservatoire beslagrecht en de opheffing van een conservatoir beslag beschreven (de eerste twee deelvragen), daarna worden de voorlopige voorzieningen in het bestuursrecht en de bevoegdheden van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter beschreven (deelvragen drie en vier) en ten slotte komt het hoofdonderwerp aan bod: de mogelijkheid voor een civiele voorzieningenrechter om de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht te toetsen wanneer er sprake is van een conservatoir beslag gebaseerd op een besluit in de zin van de Awb (deelvragen vijf en zes). Het antwoord op de centrale vraag wordt met name gevonden in hoofdstuk 4. In hoofdstuk 5 zijn de conclusies en aanbevelingen opgenomen. In hoofdstuk 6 volgt de evaluatie van het onderzoek, hoofdstuk 7 bevat het jurisprudentieregister en hoofdstuk 8 de geraadpleegde en aangehaalde literatuur.

⁶ Bastiaans e.a. 2010.

BESLAGRECHT

*'4.1 Volgens artikel 705 lid 2 Rv dient een conservatoir beslag onder meer te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt. Daarom moet degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kort-gedingprocedure, aannemelijk maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is. [...] Die beoordeling kan niet geschieden los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen.'*⁷

Voordat een antwoord kan worden gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek, is het belangrijk om te weten wat het systeem en het doel van het conservatoir beslagrecht is. In dit hoofdstuk wordt daarover een uitleg gegeven. Daarnaast wordt beschreven hoe een beslagene opheffing van het ten laste van hem gelegde beslag kan bewerkstelligen.

2.1 Doel conservatoir beslagrecht

Hoe makkelijk is het voor een schuldeiser zijn gerechtvaardigde, door een rechter toegewezen, vorderingen daadwerkelijk op te eisen? Wanneer het voor een schuldeiser namelijk niet mogelijk is om zijn aanspraken te verzilveren, dan kan men zich afvragen hoe doeltreffend een civielrechtelijke procedure is.

Ter illustratie: schuldeiser A met een vordering op schuldenaar B kan bang zijn dat B het hem (A dus) onmogelijk zal maken om zijn vordering vergoed te krijgen. A kan (bijvoorbeeld) vrezen dat hij zijn goederen niet geleverd zal krijgen. Artikel 3:276 BW bepaalt daarom dat A zijn vordering kan verhalen op alle eigendommen van B. Maar wat kan A doen als B zijn eigendommen wegmaakt, weggeeft, verkoopt, verhuurt of met pand of hypotheek bezwaart? Voor die gevallen kent het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) titel 4: de zogenaamde *'middelen ter bewaring van een recht'* (artikel 700-770 Rv). Het belangrijkste middel daarvan is het conservatoir beslag. De bedoeling van conservatoir beslag is om zekerheid te verkrijgen dat er bij de wederpartij na afloop van de (vaak dure) gerechtelijke procedure nog iets te halen valt. Op deze manier is het voor A mogelijk om, voordat hij zijn aanspraken in een procedure aanhangig maakt, (conservatoire) maatregelen te nemen en zo zijn vorderingen veilig te stellen.⁸

2.2 Systeem conservatoir beslagrecht

De titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarin het conservatoir beslag is opgenomen (titel 4), bestaat uit negen afdelingen. De algemene bepalingen, die op alle vormen conservatoir beslag van toepassing zijn, staan in de eerste afdeling (artikel 700-710a Rv). De afdelingen twee tot en met negen geven voor de verschillende vormen van conservatoir beslag een aanvullende of afwijkende regeling. Er is bijvoorbeeld een regeling voor beslag in handen van de schuldenaar (artikel 711-713 Rv), conservatoir beslag onder derden (artikel 718-723 Rv) en conservatoir beslag op onroerende zaken (artikel 725-727 Rv).⁹ De voorschriften die gelden voor het leggen van executoriaal beslag op een goed van de soort als in conservatoir beslag genomen wordt, zijn zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing verklaard (zie artikel 702 lid 1 Rv).¹⁰ In plaats van de executoriale titel wordt in het beslagexploot het verlot van de voorzieningenrechter vermeld (artikel 702 lid 1 Rv). In de artikelen die gaan over

⁷ Vزر. Rb. Breda 27 april 2011; LJN BQ2774 (r.o. 4.1).

⁸ Meijsen & Jongbloed 2010, p. 9.

⁹ Meijsen & Jongbloed 2010, p. 25-26.

¹⁰ De regeling voor executoriaal beslag staat in Boek 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 430-620 Rv). Om executoriaal beslag te kunnen leggen is een titel (bijvoorbeeld een vonnis; zie art. 430 Rv) vereist. Executoriaal beslag heeft als doel het bezit van een schuldenaar te verkopen voor de uitvoering van die titel.

conservatoir beslag wordt ook een verwijzing gegeven naar de artikelen van het executoriaal beslag die van toepassing zijn.¹¹

Naast de in deze titel opgenomen artikelen is de zogenaamde ‘Beslagsyllabus’ van groot belang.¹² De Beslagsyllabus is een zogenaamde rechtersregeling, waarin wordt omschreven welke eisen er gelden voor het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag en hoe de summiere beoordeling door de voorzieningenrechter plaatsvindt.¹³

2.3 Conservatoir beslag leggen

Een partij die conservatoir beslag wil leggen heeft voorafgaand verlof (ook wel het ‘beslagverlof’ genaamd) van de voorzieningenrechter van de rechtbank nodig (artikel 700 lid 1 Rv).

2.3.1 Vereisten verzoekschrift leggen van conservatoir beslag

De beslagleggende partij richt zich door middel van een verzoekschrift tot de voorzieningenrechter van de bevoegde rechtbank (artikel 700 lid 2 Rv).¹⁴ Dat verzoekschrift moet worden ingediend door een advocaat. In artikel 700 lid 2 Rv worden tevens de eisen genoemd die een verzoekschrift tot het leggen van conservatoir beslag moet bevatten; zoals hierboven al uitgelegd kan deze informatie ook worden gevonden in de Beslagsyllabus.¹⁵ In een aantal gevallen vereist het Nederlandse beslagrecht ook dat de beslaglegger ‘vrees voor verduistering’ aantoont.¹⁶ Vrees voor verduistering houdt in dat er een reëel risico is dat de (aspirant)beslagene verhaal door de (aspirant)beslaglegger van diens vordering in belangrijke mate zal bemoeilijken door het vervreemden of op een andere manier wegmaken van zijn goederen of vermogen.¹⁷ Bij derdenbeslag (de vorm van beslag die in de onderhavige procedure speelt) geldt dat vereiste echter niet.

De bevoegde rechter blijkt uit artikel 700 lid 1 Rv. Dit artikel is volgens de Memorie van Toelichting zo gekozen:

*‘...dat zoveel mogelijk bij de bevoegdheid in de hoofdzaak is aangesloten, maar er in elk geval een bevoegde president in Nederland is, wanneer het gaat om zich in Nederland bevindende zaken.’*¹⁸

Dit betekent dat, wanneer er een voorzieningenrechter aangewezen kan worden die bevoegd is beslagverlof te verlenen, daarmee in beginsel ook de bevoegdheid is gegeven om in Nederland beslag te leggen.¹⁹

2.3.2 Gang van zaken bij verlofverlening in de praktijk

In de praktijk duurt de procedure waarbij conservatoir beslag wordt verzocht maximaal één dag en hoeven partijen niet te verschijnen. Het gegeven dat partijen niet hoeven te verschijnen volgt onder meer uit de parlementaire geschiedenis²⁰ en uit de tekst van artikel 279 lid 1 Rv. Bij het toetsen van en oordelen over het verzoek om conservatoir beslag te mogen leggen, krijgt een voorzieningenrechter normaal gesproken dus alleen informatie van de beslaglegger door middel van diens verzoekschrift. De beslagene wordt gewoonlijk niet gehoord en daarmee wordt de (aspirant)beslaglegger als het ware ‘op zijn

¹¹ Art. 720 Rv verwijst bijvoorbeeld naar de artikelen 475 (derde lid), 475a tot en met 475i, 476a en 476b, 479 en 479a.

¹² Te raadplegen via: www.rechtspraak.nl.

¹³ Bijlage A, p. 7.

¹⁴ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 111-112.

¹⁵ Zie ook Jongbloed 2008, p. 98.

¹⁶ Bij de beslagen op grond van art. 711, 714, 725 en 768 Rv.

¹⁷ Tuil 2011.

¹⁸ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 117.

¹⁹ Gieske 2011 (T&C Rv), art. 700, aant. 2a.

²⁰ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 113.

woord geloofd'.²¹ De reden waarom de (aspirant)beslagene niet wordt gehoord is een legitieme: de voorzieningenrechter en de (aspirant)beslaglegger willen begrijpelijkerwijs geen aandacht vestigen op het toekomstig verlot. Wanneer men dat wel doet, en de beslagene raakt met het verlot bekend, kan de beslaglegger daarvan onaangename gevolgen ondervinden. Een (aspirant)beslagene kan dan bijvoorbeeld het goed waarop zijn schuldeiser beslag wil leggen met opzet kwijtraken, verkopen, aan een ander weggeven, verhuren of met pand of hypotheek bezwaren.

De meestal toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter is niet voorzien van een (zeer veel tijd kostende) motivering.²² Uit een door de voorzieningenrechter verleend verlot, kan dus niet worden afgeleid wat de motivatie voor de verlotverlening was. De beoordeling van het verzoekschrift resulteert in een goedkeuring door middel van (slechts) een handtekening van de voorzieningenrechter onder het verzoekschrift. Verlening van het verlot door de voorzieningenrechter vindt reeds plaats na summier onderzoek (zie artikel 700 lid 2 Rv) en een afweging van de belangen van verzoekster en de (aspirant)beslagene. Vanwege dit summiere onderzoek, is de kans echter klein dat de voorzieningenrechter tot de conclusie zal komen dat het motief dat aan het verzoekschrift tot het leggen van beslag ten grondslag ligt oneigenlijk of ondeugdelijk is. In beginsel wordt een geloofwaardig - en juridisch logisch - klinkend verlot dus gehonoreerd met toewijzing van het verlot om conservatoir beslag te mogen leggen.²³

2.3.3 Eis in de hoofdzaak

Het verlot wordt verleend onder de voorwaarde dat het instellen van de eis in de hoofdzaak gebeurt binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn (artikel 700 lid 3 Rv). Wanneer dat niet (of te laat) gebeurt, dan vervalt het beslag van rechtswege. De bedoeling van deze bepaling is dat degene die het beslag legt zo spoedig mogelijk na het leggen van het beslag een procedure aanhangig moet maken waarin de omvang en de deugdelijkheid van de vordering kan worden getoetst. In artikel 700 lid 3 Rv wordt gesproken over een termijn van minimaal acht dagen.²⁴

Welke eis in de hoofdzaak mogelijk is, blijkt onder meer uit de parlementaire geschiedenis. De term 'eis in de hoofdzaak' is volgens de wetgever een ruime omschrijving en kan bijvoorbeeld zijn:

- het aanhangig maken van een dagvaardingsprocedure en het indienen van een verzoekschrift;
- het aanhangig maken van een arbitrageprocedure (nationaal of internationaal);
- het instellen van een eis in reconventie.²⁵

Jurisprudentie geeft daarnaast nog andere voorbeelden van een 'eis in de hoofdzaak', te weten:

- een vordering in kort geding (waarbij de vordering dan wel moet strekken tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling waarvoor het conservatoir beslag is gelegd),²⁶

²¹ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 113.

²² In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 januari 2008, wordt dit nader toegelicht: 'Meestal behoeft een toewijzend beslagverlot niet te worden voorzien van een (nadere, expliciete) motivering - deze kan immers uit het gestelde in het verzoekschrift volgen - voor een afwijzing van een verlot is dat anders en dient altijd een motivering te volgen.' Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2008, LJN BC3830.

²³ Snijders, Klaassen en Meijer 2007, p. 452.

²⁴ In de Beslagsyllabus wordt gesproken over een termijn van veertien dagen: bijlage A, p. 8. Zie voor de meest recente versie uit juni 2011, www.rechtspraak.nl. Een langere termijn kan op verlot worden toegestaan. De termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak is op verlot te verlengen (artikel 700 lid 3 Rv); dat kan ook door een deurwaarder worden gedaan (artikel 710a Rv).

²⁵ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 114, zie ook Kamerstukken I 1984/85, 16 593, nr. 141a, p. 12-13.

²⁶ HR 26 februari 1999, NJ 1999, 717.

- bestuursrechtelijk verhaalsrecht;²⁷
- een belastingaanslag. De belastingaanslag geldt als eis in de hoofdzaak; het dwangbevel is de executoriale titel.²⁸

2.3.4 Wijze van beslagleggen

De daadwerkelijke beslaglegging bestaat gewoonlijk uit een mededeling van een deurwaarder, het zogenaamde beslagexploot. Bij beslag op een roerende zaak gebeurt dat doordat de deurwaarder die roerende zaak daadwerkelijk in beslag neemt (daarbij moet het goed worden beschreven in het exploit);²⁹ bij derdenbeslag (beslag op vorderingen of roerende zaken van de schuldenaar die onder derden berusten) gebeurt dat door de betekening van het beslagexploot door de deurwaarder aan die derde. De deurwaarder moet het door de voorzieningenrechter afgegeven verlof (tezamen met het verzoekschrift waarop dit verlof is gegeven) tegelijk met het beslagexploot aan de beslagene betekenen.³⁰

2.4 Gevolgen conservatoir beslag

Conservatoir beslag wordt gelegd ter bewaring van het recht van een schuldeiser. Dit conservatoire beslag creëert echter geen voorrang op andere schuldeisers. De beslaglegger/schuldeiser mag zich dus niet bij voorrang op het beslagen goed verhalen.

Beslag heeft wel andere rechtsgevolgen, namelijk:

1. onttrekking van goederen aan het beslag is strafbaar;³¹
2. onttrekking aan beslag is onrechtmatig;³²
3. de beslaglegger kan bepaalde rechtshandelingen van de beslagene met betrekking tot het beslagen goed negeren.³³

Dit laatste rechtsgevolg wordt de blokkerende werking van beslag genoemd. Tegenover derden zijn de rechtshandelingen van de beslagene echter wel geldig.

De wet somt de verschillende rechtshandelingen die niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen ook op, namelijk:

- bij alle vormen van beslag worden vervreemding, bezwaring en onderbewindstelling genoemd;
- bij sommige vormen van beslag worden verhuring,³⁴ verpachting³⁵ en vervrachting genoemd;³⁶
- alleen bij derdenbeslag wordt de afstand van de vordering genoemd.³⁷

Deze wettelijke bepalingen hebben tot doel te voorkomen dat de rechten van de beslaglegger worden aangetast. Ze hebben echter wel als uitgangspunt dat de beslagene (ondanks het beslag) beschikkingsbevoegd blijft, zodat hij, met andere woorden, relatief beschikkingsbevoegd is.³⁸ De handelingen van de beslagene tegenover derden zijn immers wel geldig. Ten opzichte van de beslaglegger zijn de handelingen van de beslagene echter nietig, en kunnen ze niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.

²⁷ Pres. Rb. Amsterdam 22 november 2001, KG 2001, 298. Zie ook bijlage A, p. 9.

²⁸ HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 557.

²⁹ Art. 440 lid 1 Rv.

³⁰ Art. 475 lid 1 Rv; Meijssen & Jongbloed 2010, p. 26 e.v.

³¹ Art. 198 Sr. Op de gedraging staat een maximale gevangenisstraf van vier jaar of een geldboete van ten hoogste € 19.000,-- (per 1 januari 2012); artikel 23 Sr.

³² Art. 6:162 BW, zie ook HR 2 december 1994, NJ 1995, 746, HR 30 mei 1995, NJ 1995, 622 en Hof Leeuwarden 13 september 2011, JOW 2012, 13.

³³ Van Mierlo (*Boek II. Inleiding executie- en beslagrecht*), aant. 8.

³⁴ Art. 453a lid 1, 505 lid 2, 566 lid 2 en 567 Rv

³⁵ Art. 505 lid 2 Rv.

³⁶ In art. 475h lid 1; in het kader van beslag op schepen; art. 566 lid 2 en 567 Rv.

³⁷ Van Mierlo (*Boek II. Inleiding executie- en beslagrecht*), aant. 8.

³⁸ Mijnsen & Van Mierlo 2009, p. 13.

2.5 Vordering tot opheffing van conservatoir beslag

Tegen een door de voorzieningenrechter verleend verlof tot conservatoir beslag staat geen hoger beroep open (artikel 700 lid 2 Rv). Een rechtsmiddel tegen de verlofverlening is volgens de wetgever niet mogelijk, omdat de wet een alternatief heeft om tegen de verlofverlening op te komen.³⁹ Een andere reden is dat er door de beslaglegger op het aan hem verleende verlof moet worden voortgebouwd.⁴⁰ De beslaglegger moet op grond van het gegeven verlof conservatoir beslag (kunnen) leggen en het is daarbij niet wenselijk om afhankelijk te zijn van een eventueel aanhangig rechtsmiddel in verband met de geldigheid van deze maatregelen. Voor de beslaglegger kan het van het grootste belang zijn dat hij verlof krijgt om conservatoir beslag te mogen leggen, reden waarom hij wel tegen de weigering van verlof kan opkomen. Vervolgens is eventueel ook cassatie nog mogelijk.

De beslagene (en iedere andere belanghebbende) kan opheffing vorderen bij de voorzieningenrechter die het verlof tot beslaglegging heeft verleend. De opheffing wordt onder meer uitgesproken bij de vier in artikel 705 lid 2 Rv geformuleerde opheffingsgronden, namelijk bij:

- verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen;
- ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht;
- het niet nodig zijn van het beslag;

of

- voldoende zekerheidstelling door de beslagene.

Dit zijn niet de enige opheffingsgronden; de voorzieningenrechter kan het beslag ook op andere dan de in dit artikel opgesomde opheffingsgronden opheffen. Het besluit tot opheffing van een beslag kan echter niet geschieden los van een afweging van de wederzijdse belangen. Het feit dat de beslaglegger zijn vordering niet aannemelijk maakt, hoeft niet te leiden tot opheffing van het conservatoire beslag; zelfs dan nog moet een belangenafweging plaatsvinden.⁴¹ Het kan ook voorkomen dat de beslaglegger zijn vordering wel degelijk aannemelijk maakt, maar dat dit niet voldoende is om de ingrijpende gevolgen van het conservatoire beslag voor de schuldenaar te rechtvaardigen.⁴²

2.5.1 Verzuim op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen

De eerste opheffingsgrond die in artikel 705 lid 2 genoemd wordt, is ‘*verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen*’. Hieruit lijkt de opheffing voorgeschreven te worden bij vormverzuim (zoals het niet in aanmerking nemen van bepaalde voorschriften met betrekking tot het beslagexploot).⁴³ Artikel 705 lid 3 Rv verklaart echter artikel 438, tweede lid, vierde zin Rv van toepassing:

‘Hij kan gedurende de executie herstel bevelen van verzuimde formaliteiten met bepaling welke op het verzuim gevolgde formaliteiten opnieuw moeten worden verricht en te wiens laste de kosten daarvan zullen komen.’

Daaruit blijkt dat de voorzieningenrechter opheffing van een conservatoir beslag wegens verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen kan weigeren, en (in plaats daarvan) herstel van het verzuim kan bevelen.⁴⁴ Volgens de parlementaire geschiedenis is de controle op de inachtneming van de voorgeschreven vormen in beginsel aan de deurwaarder overgelaten. Een verzuim op dit punt kan tot opheffing van het beslag leiden, maar daartoe moet de beslagene het initiatief nemen.⁴⁵

³⁹ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 19.

⁴⁰ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 19.

⁴¹ HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge).

⁴² Kamerstukken I 1984/85, 16 593, nr. 141a, p. 11.

⁴³ Art. 702 jo. 440 Rv.

⁴⁴ Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, p. 384.

⁴⁵ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 111.

2.5.2 Ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht

De volgende opheffingsgrond, de *'ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht'*, is volgens recent onderzoek meer dan de helft van de aangevoerde opheffingsgronden (om precies te zijn net iets meer dan 60%).⁴⁶ Op grond van deze opheffingsgrond wordt in ruim 29% van de gevoerde opheffingskortgedingen het conservatoire beslag inderdaad opgeheven. Daar staat echter tegenover dat in ongeveer hetzelfde aantal opheffingskortgedingen (bijna 31%) het conservatoir beslag *niet* wordt opgeheven.⁴⁷ Zoals uit de tekst van artikel 705 lid 2 Rv blijkt, toetst de voorzieningenrechter *summierlijk* de deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht. Bij diens beoordeling is de voorzieningenrechter niet gebonden aan de wettelijke regels omtrent bewijslastverdeling, en het oordeel van de bodemrechter bindt de voorzieningenrechter niet.⁴⁸ De Hoge Raad zegt in het arrest 'De Ruiters/MBO-Ruiters' namelijk dat het:

*'in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kort-gedingprocedure aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is. De kort-gedingrechter zal evenwel hebben te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd.'*⁴⁹

Toetsing aan de (on)deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht vereist een voorlopige inschatting van de rechtspositie van de beslaglegger. Wanneer de beslaglegger beslag heeft gelegd voor een kennelijk niet bestaande, verjaarde of anderszins al te zwakke vordering dient het conservatoire beslag te worden opgeheven. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de belangen van partijen.⁵⁰ Wanneer de vordering in de hoofdzaak is afgewezen - maar er nog een rechtsmiddel openstaat of is ingesteld - dient de voorzieningenrechter die afwijzing mee te wegen. Hij kan de vordering tot opheffing desondanks afwijzen, zelfs wanneer er geen sprake is van een kennelijke misslag in de hoofdzaak.⁵¹

2.5.3 Het niet nodig zijn van het beslag

De derde opheffingsgrond die genoemd wordt, is *'indien summierlijk van het onnodige van het beslag blijkt'*. Als de beslaglegger niet bang hoeft te zijn dat na het verkrijgen van een executoriale titel geen verhaal meer mogelijk is, is het conservatoir beslag onnodig. Onnodig beslag wordt ook wel aangeduid met het begrip 'vexatoir beslag'. Een beslag is vexatoir, wanneer de beslagene (bijvoorbeeld) een beroep kan doen op zijn aansprakelijkheidsverzekering.⁵² Conservatoir loonbeslag wordt in de jurisprudentie vaak (te) ingrijpend en belastend genoemd. De beslaglegger die een minder belastende zekerheid niet heeft onderzocht, wordt op zijn vingers getikt (loonbeslag is onnodig; *'overkill'*).⁵³ De vraag of een conservatoir beslag vexatoir en daarmee onrechtmatig is moet in beginsel worden beantwoord:

'aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de

⁴⁶ Meijsen & Jongbloed 2010.

⁴⁷ Meijsen & Jongbloed 2010, p. 73 en 74.

⁴⁸ Dit in tegenstelling tot de voorzieningenrechter in een 'gewoon' kort geding; zie HR 19 mei 2000, NJ 2001, 470 (De Staat/Varkenshouders).

⁴⁹ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiters/MBO-Ruiters), r.o. 3.3.

⁵⁰ Gieske 2011 (T&C Rv), art. 705, aant. 3d.

⁵¹ HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).

⁵² Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2006, NJF 2007, 81.

⁵³ Pres. Rb. Leeuwarden 3 mei 1996, KG 1996, 183.

*eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen.*⁵⁴

2.5.4 Voldoende zekerheidstelling door de beslagene

De laatste opheffingsgrond die in artikel 705 lid 2 Rv wordt genoemd, is *'als het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld.'*

Wanneer voor een geldvordering conservatoir beslag is gelegd, moet dit conservatoir beslag worden opgeheven wanneer door de beslagene voldoende zekerheid wordt gesteld. Hiervoor wordt meestal gebruik gemaakt van een bankgarantie (gesteld door een gerenommeerde Nederlandse bank).⁵⁵ De zekerheid kan ook worden aangeboden in de vorm van een depot (bij bijvoorbeeld een notaris).⁵⁶ Zekerheidsstelling is echter geen verplichting voor de beslagene. Het gaat om een tegemoetkoming van de beslagene, de beslaglegger kan deze zekerheidsstelling niet opeisen.⁵⁷

2.5.5 Andere opheffingsgronden

Ook andere opheffingsgronden blijken uit wet en jurisprudentie. Een conservatoir beslag wordt bijvoorbeeld opgeheven:

- wanneer het beslag wordt gelegd op goederen bestemd voor de openbare dienst (artikel 703 Rv);
- wanneer het beslagen goed niet meer onder de aangewezen bewaarder rust, maar onder de beslaglegger;⁵⁸
- wanneer in het verzoekschrift een volkomen onvolledig beeld is gegeven van de juridische situatie. In deze situatie past een onmiddellijke opheffing van het beslag;⁵⁹
- wanneer het voortduren van het beslag om andere redenen niet kan worden gerechtvaardigd;⁶⁰
- wanneer een gelegd beslag op grond van een verdrag niet is toegestaan;⁶¹
- wanneer niet binnen een redelijke tijd een schadestaatprocedure aanhangig is gemaakt ('misbruik van recht').⁶²

2.6 Conservatoir beslag in de onderzochte procedure

In de literatuur⁶³ wordt geregeld gewezen op de eenvoudige wijze waarop in Nederland conservatoir beslag wordt toegestaan. Een verzoek tot het leggen van conservatoir beslag dat voldoet aan de vereisten van artikel 278 jo. 700 Rv, geloofwaardig⁶⁴ en juridisch logisch is, wordt in beginsel ingewilligd. De inhoud van een dergelijk verzoekschrift kan uiterst summier zijn,⁶⁵ en bestaat vaak uit maar een paar pagina's

⁵⁴ HR 24 november 1995, NJ 1996, 161 (Tromp-Franca/Regency; r.o. 3.4), Kamerstukken I 1984/85, 16 593, nr. 141a, p. 11.

⁵⁵ Vزر. Rb. Amsterdam 15 juni 2011, LJV BR3172 (Trafigura Beheer/Amsterdam Port Services).

⁵⁶ Uit de uitspraak van de rechtbank Arnhem mag worden afgeleid dat storting op de derdengeldrekening van de advocaat van beslagene onvoldoende zekerheid vormt: Rb. Arnhem 6 oktober 2004, LJV AR5512.

⁵⁷ HR 14 december 2001, LJV AD6098; NJ 2002, 45, zie ook HR 25 maart 2005, LJV AR7350 en HR 28 januari 2011, LJV BO4930.

⁵⁸ Vزر. Rb. Almelo 12 augustus 2003, NJF 2004, 95.

⁵⁹ Vزر. Rb. Breda 29 augustus 2007, LJV BB3121.

⁶⁰ HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).

⁶¹ Vزر. Rb. Leeuwarden 14 juli 2011, LJV BR2994; zie ook: vزر. Rb. Arnhem 31 augustus 2011, LJV BT6355.

⁶² Vزر. Rb. Breda 13 augustus 2011, LJV BR2701, NJF 2011, 405.

⁶³ Onder andere Huydecoper 2006.

⁶⁴ Ook voor verzoekschriften strekkende tot conservatoir beslagverlening geldt de waarheidsplicht van art. 21 Rv; zie ook HR 25 maart 2011, LJV BO9675, NJB, 741. Uit dit arrest blijkt dat de waarheidsplicht geldt voor alle procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Vgl. ook: Vزر. Rb. Haarlem 29 juli 2011, LJV BR3950.

⁶⁵ Zie voor de vereisten hierboven § 2.3 alsmede artikel 700 lid 2 Rv en de Beslagsyllabus.

(waarbij het pas sinds juni 2011 verplicht is bewijsstukken te overleggen).⁶⁶ Het verlov wordt verleend na slechts summier onderzoek van het verzoekschrift waarmee dat conservatoir beslag wordt verzocht, waardoor er voor een echte afweging van belangen geen plaats is.⁶⁷ De verlovverlening vindt plaats door middel van slechts een goedkeurende handtekening (soms zelfs een stempel), en het conservatoir beslag wordt vaak nog op dezelfde dag, als waarop de verlovverlening heeft plaatsgevonden, gelegd.

Opheffing van een conservatoir beslag is daarentegen niet eenvoudig. Het enige verweer tegen een verleend verlov is voor de beslagene het opheffingskortgeding van artikel 705 Rv. Regels van stelplicht en bewijslast gelden in een opheffingskortgeding niet, maar volgens de Hoge Raad is het toch in de eerste plaats aan degene die de opheffing van het conservatoir beslag vordert om aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is.⁶⁸ De jurisprudentie⁶⁹ die is gevolgd op het arrest 'De Ruiterij/MBO-Ruiters' en de literatuur gaan inmiddels uit van een bewijslastverdeling, waarbij de bewijslast op de beslagene rust. Daarbij vindt wel steeds een belangenafweging plaats.⁷⁰ Huydecoper en Cremers zijn echter van mening dat deze bewijslast op de beslaglegger moet rusten.⁷¹ Zij voeren als argument aan dat de beslaglegger, die zonder dat de beslagene gehoord is verlov heeft gekregen om conservatoir beslag te leggen, een ongewenste machtspositie heeft.

De mogelijkheid om conservatoir beslag te kunnen leggen is van belang voor de beslaglegger vanwege het waarborgen van verhaal voor zijn vordering, indien in de hoofdprocedure zijn vordering wordt toegewezen. Tegenover diens belang staat echter het belang van de beslagene om over de door het beslag getroffen goederen te kunnen beschikken. Wanneer er sprake is van een conservatoir derdenbeslag is het belang van de beslagene misschien nog wel groter. Reden hiervoor is dat derden door dat conservatoir beslag zullen verwachten dat de beslagene geen verhaal meer biedt. Banken kunnen de met de beslagene gesloten kredietovereenkomst heroverwegen en handelspartners zullen met het plaatsen van orders wachten. Het financiële nadeel van een conservatoir (derden)beslag kan voor de beslagene dus bijzonder groot zijn. Mocht de beslaglegger beslag hebben gelegd en diens vordering blijkt ongegrond, dan is hij aansprakelijk voor de schade. Maar aangezien gerechtelijke procedures lang duren, zal er geruime tijd zijn verstreken voordat de eventuele aansprakelijkheid van de beslaglegger is vastgesteld. Daar komt bij dat een dergelijke procedure bewijstechnisch erg lastig is. Daarmee is de beslagene er echter nog niet: hij moet vervolgens ook bewijs leveren van de schade die daardoor is ontstaan, wat opnieuw vele jaren kan duren.⁷²

Door voorzieningenrechtters wordt op dit moment meer belang gehecht aan de belangen van de beslaglegger, dan aan de belangen van de beslagene.⁷³ Er is, zoals hiervoor al vermeld, een ongewenste (machts)positie voor de beslaglegger ontstaan.

Dat de hiervoor geschetste werkwijze en het besproken nadeel voor de beslagene inderdaad in de praktijk gebruikelijk is, moge wel blijken uit de aan dit onderzoek ten grondslag liggende procedure. Het waterschap Brabantse Delta heeft bij verleend verlov

⁶⁶ Beslagsyllabus juni 2011, p. 4-5.

⁶⁷ Klaassen 2009, p. 314.

⁶⁸ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO-Ruiters). Tjittes 2002 meent dat 'artikel 705 lid 1 Rv. zo geformuleerd moet worden dat een conservatoir beslag wordt opgeheven, tenzij de beslaglegger zijn vordering summierlijk aannemelijk maakt'.

⁶⁹ HR 13 juni 2003, NJ 2005, 77 (Daan/Bremen), HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge) en HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).

⁷⁰ Gieske 2011 (T&C Rv), art. 705, aant. 3c.

⁷¹ Cremers 1983, Huydecoper 2006, zie ook Oudelaar 1992, p. 168, Tjittes 2002 en Thoe Schwartzenberg 2007.

⁷² Meijsen & Jongbloed 2010, p. 98.

⁷³ Tjittes 2002.

(op 26 januari, 31 januari en 15 februari 2011) op 31 januari (tweemaal) en op 16 februari 2011 conservatoir beslag onder de verzekeringsmaatschappijen van Chemie-Pack gelegd. De verzoekschriften strekkende tot het verkrijgen van dit conservatoir beslag bestonden (per verzoekschrift) uit maximaal vijf (!) pagina's. Op deze eenvoudige wijze verkreeg het waterschap verlof om conservatoir beslag ten laste van Chemie-Pack te mogen leggen voor een bedrag van € 12.430.000,--. Voor wat betreft het nadeel voor de beslagene: ten tijde van het hoger beroep is het voor Chemie-Pack onmogelijk om lonen en loonkosten van haar personeel te betalen.⁷⁴

2.7 Conclusie

In Nederland is een conservatoir beslag snel gelegd. Met een verzoekschrift van slechts een paar pagina's kan binnen enkele uren conservatoir beslag worden gelegd. Het verzoekschrift behoeft slechts de aard van het beslag dat de (aspirant)beslaglegger wenst te leggen, het recht dat deze wenst in te roepen en de omvang van de vordering (of, wanneer die nog niet vaststaat; het maximumbedrag) te bevatten. Pas sinds juni 2011 moeten daar bewijsstukken aan worden toegevoegd. Verlof wordt verleend na summier onderzoek, waardoor voor een echte belangenafweging geen plaats is. Die belangenafweging kan pas gebeuren tijdens een eventueel opheffingskortgeding.

Een conservatoir beslag kan voor een beslagene bijzonder ingrijpend zijn. Dat hangt natuurlijk af van datgene waar het conservatoir beslag op is gelegd; een beslag op een onroerende zaak zal (normaal gesproken) minder ingrijpend zijn dan het conservatoire beslag op een handelsvoorraad. De enige manier voor een beslagene om op te komen tegen een gelegd conservatoir beslag is het opheffingskortgeding. Daarbij komt hij echter wel in een mindere positie te verkeren dan de beslaglegger; literatuur en jurisprudentie gaan er vandaag de dag van uit dat uit artikel 705 lid 2 Rv een bewijslastverdeling volgt, waarbij de bewijslast op de beslagene rust.

⁷⁴ Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, *LJN BQ7541* (r.o. 4.7.3.).

BESTUURSRECHT

*'2.4 De voorzieningenrechter verklaart zich onbevoegd voor zover het verzoek om voorlopige voorziening strekt tot opheffing van de beslagen. In zoverre heeft het verzoek om voorlopige voorziening immers geen betrekking op een besluit waartegen bezwaar of beroep mogelijk is, reeds nu het niet gaat om een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan. Verder overweegt de voorzieningenrechter - onder verwijzing naar artikel 8:3 van de Awb - dat ook een besluit van verweerder om het waterschap te bewegen tot opheffing van de beslagen, niet vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.'*⁷⁵

In dit hoofdstuk wordt een uitleg gegeven over doel en systeem van de voorlopige voorziening in het bestuursrecht. Daarnaast wordt duidelijk gemaakt of de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter de mogelijkheid heeft om een conservatoir beslag, gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit, op te heffen.

3.1 Doel voorlopige voorziening

Het bestuursrecht moet zowel de rechtszekerheid als de bestuurlijke slagvaardigheid dienen. Een besluit van een bestuursorgaan krijgt daarom na zijn publicatie onmiddellijk juridische gevolgen.⁷⁶ Mocht een belanghebbende het niet eens zijn met een besluit, dan kan deze tegen dat besluit bezwaar maken door een bezwaarschrift in te dienen bij het bestuursorgaan dat dat besluit genomen heeft. Het bestuursorgaan moet vervolgens beslissen op het door de belanghebbende ingediende bezwaarschrift. Is de belanghebbende het daarna nog steeds niet eens met de door het bestuursorgaan genomen beslissing op bezwaar, dan kan hij daartegen beroep instellen (in de meeste gevallen bij de rechtbank, sector bestuursrecht).⁷⁷

Het indienen van een bezwaarschrift schorst de werking van het besluit echter niet.⁷⁸ Voor een belanghebbende kan het van het grootste belang zijn om een snelle beslissing van een rechter te krijgen, vooral omdat met de afhandeling van het bezwaarschrift geruime tijd gemoeid kan zijn. Een snelle beslissing van een rechter is met name van belang wanneer door de uitvoering van een besluit aanzienlijke schade wordt toegebracht of een onomkeerbare situatie ontstaat. Om die reden heeft de wetgever in titel 8.3 van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht een regeling opgenomen, genaamd: 'voorlopige voorziening en onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak' (artikel 8:81-8:87 Awb). Met een verzoek om een voorlopige voorziening kan een belanghebbende de voorzieningenrechter van de rechtbank vragen de werking van een besluit te schorsen of verzoeken om een andere passende (voorlopige) voorziening. De bedoeling van de voorlopige voorziening is om moeilijk of niet te keren ontwikkelingen die het nut aan een bodemprocedure zouden kunnen ontnemen, te voorkomen.

3.2 Schorsing van een besluit in een voorlopige voorzieningenprocedure ex artikel 8:81 Awb

Zoals hiervoor al vermeld, heeft titel 8.3 van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht betrekking op de voorlopige voorzieningenprocedure.

Over de reden om een voorlopige voorziening te treffen zegt de parlementaire geschiedenis:

'Reden om een voorlopige voorziening te treffen is er naar onze mening, indien het besluit naar het voorlopig oordeel van de rechter onrechtmatig is en dit ook los van de vraag of de gevolgen van de uitvoering van het besluit onomkeerbaar zijn - bij de

⁷⁵ Vزر. Rb. Breda 21 april 2011; LJN BQ2058 (r.o. 2.4).

⁷⁶ Van Ballegooij e.a. 2008, p. 204.

⁷⁷ Art. 7:1 jo. 8:1 Awb.

⁷⁸ Art. 6:16 Awb bepaalt immers dat bezwaar of beroep niet de werking van het besluit waartegen het is gericht schorst, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald.

*uitvoering van een onrechtmatig besluit kan een bestuursorgaan, juridisch gezien, immers geen belang hebben - of indien de rechter twijfels heeft over de rechtmatigheid van het besluit en de uitvoering van het besluit tot onomkeerbare gevolgen leidt.'*⁷⁹

Uit het woord 'voorlopige' kan worden afgeleid dat de beslissing die de voorzieningenrechter zal nemen, niet leidt tot een definitieve uitspraak in het geschil. Een einduitspraak is immers voorbehouden aan de bodemrechter. Dat staat ook in de Memorie van Toelichting.⁸⁰ De voorzieningenrechter mag overigens wel meteen uitspraak in de hoofdzaak doen; dat volgt uit artikel 8:86 Awb. Uit het woord 'voorziening' kan tevens worden afgeleid dat de bodemrechter zich aan de beslissing (voorziening) niet gebonden hoeft te weten. De wetgever stelt in de Memorie van Toelichting:

*'Een voorlopige voorziening is hoezeer zij ook tot effect kan hebben dat het geschil feitelijk gezien definitief wordt beslist een ordemaatregel voor in beginsel de duur van het bestuursrechtelijk geding ten principale.'*⁸¹

De voorlopige voorziening moet ook betrekking hebben op (de werking van) het bestreden besluit of de uitspraak.⁸²

3.2.1 Onverwijlde spoed

Uit artikel 8:81 lid 1 Awb blijkt dat er voor het vragen van een voorlopige voorziening in ieder geval sprake moet zijn van spoedeisendheid. Het artikel spreekt immers over *'indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist'*. Die onverwijlde spoed is vaak gelegen in het feit dat vanwege de onmiddellijke uitvoering van een besluit onomkeerbare gevolgen in het leven worden geroepen.

In de Memorie van Toelichting schrijft de wetgever dat:

*'in deze procedure in het kader van de vereiste belangenafweging in de regel centraal zal staan de spoedeisendheid van de (gevraagde) voorziening, veelal vanwege de onmogelijkheid de eventuele gevolgen van (de uitvoering van) het besluit nog te herstellen. De uitspraak van de president komt tot stand op grond van een afweging van enerzijds het belang van betrokkenen dat een onverwijlde voorziening wordt getroffen en anderzijds het door de onmiddellijke uitvoering of niet-uitvoering van een besluit te dienen belang.'*⁸³

In de Memorie van Antwoord staat daarentegen:

*'Bij de beoordeling van de vraag of het verzoek om een voorlopige voorziening moet worden toegewezen speelt het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit een belangrijke rol. Indien de president over de rechtmatigheid van het besluit geen twijfel heeft, zal het verzoek om een voorlopige voorziening worden afgewezen. De vraag naar de onomkeerbaarheid speelt ook een rol, maar deze moet wel worden geplaatst in de sleutel van het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid.'*⁸⁴

De wetgever lijkt met deze laatste uitleg noch de spoedeisendheid, noch de onomkeerbaarheid, maar integendeel de rechtmatigheid van het betrokken besluit centraal te stellen.

Jurisprudentie over 'onverwijlde spoed', waarover artikel 8:81 lid 1 Awb spreekt, is toegespitst op de omstandigheden van de betreffende casus. Af te leiden valt echter dat er alleen bij onomkeerbare gevolgen aanleiding kan bestaan om een voorlopige voorziening te treffen en dat deze onomkeerbare gevolgen basisvoorwaarde zijn.⁸⁵ Wanneer bijvoorbeeld een bestuursorgaan een bestreden besluit heeft genomen en daarna vervolgens verklaart niet tot uitvoering van dat besluit over te zullen gaan, zal er

⁷⁹ Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 23.

⁸⁰ Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 157: 'Hoewel dus een voorlopige voorziening het geschil niet ten gronde kan beslissen [...]'.
⁸¹ Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 157.

⁸² M. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 474. HR 14 november 1997, NJ 1998, 113.

⁸³ Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 158.

⁸⁴ Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 23.

⁸⁵ Vz. ABRvS 22 februari 2007, 200609169/2.

normaal gesproken geen sprake zijn van onverwijlde spoed.⁸⁶ Ook wanneer een beslissing op bezwaar of beroep niet lang zal uitblijven of wanneer het belang van verzoeker niet dusdanig spoedeisend is dat deze niet kan wachten op de uitkomst van de bodemprocedure, zal onverwijlde spoed normaal gesproken niet worden aangenomen.⁸⁷ Uitsluitend financieel belang is volgens vaste jurisprudentie ook geen reden voor een voorlopige voorziening.⁸⁸ Wanneer er echter sprake is van een situatie waarbij de continuïteit van een betrokken onderneming wordt bedreigd, of wanneer er sprake is van een acute noodsituatie, is dat weer wel een reden voor een voorlopige voorziening.⁸⁹

3.2.2 Connexiteit

Artikel 8:81 Awb zegt dat de voorzieningenrechter bevoegd is een voorlopige voorziening te treffen indien:

'tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld.'

Dit is het zogenaamde 'connexiteitsvereiste': de voorwaarde om een (ontvankelijke) voorlopige voorziening in te kunnen dienen (artikel 8:81 Awb). Er moet dus:

- in de hoofdzaak een (hoger) beroep zijn ingediend bij de bevoegde bestuursrechter, dan wel
- bezwaar of administratief beroep aanhangig is gemaakt.⁹⁰

Uit het voorgaande kan tevens afgeleid worden dat het bestreden besluit een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. De mogelijkheid van het instellen van bezwaar en beroep is immers direct gekoppeld aan het begrip besluit uit voornoemd artikel.⁹¹ Zoals hiervoor in § 3.2 gesteld moet de gevraagde voorlopige voorziening volgens vaste jurisprudentie ook verband houden met het besluit waartegen in de bodemprocedure wordt opgekomen.⁹² Als aan deze eis van samenhang tussen 'hoofdzaak' en gevraagde 'voorlopige voorziening' niet is voldaan, dan is het verzoek voorlopige voorziening kennelijk niet ontvankelijk.⁹³

De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter kan dus een voorlopige voorziening treffen wanneer onverwijlde spoed dit, gelet op de betrokken belangen, noodzakelijk maakt en aan het connexiteitsvereiste is voldaan (artikel 8:81 lid 1 Awb).⁹⁴ Daarbij kan de voorzieningenrechter een voorlopig oordeel geven over de (on)rechtmatigheid van het bestreden besluit, maar dat hoeft niet.

3.2.3 Bevoegde voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is (of kan worden) in de hoofdzaak is ook bevoegd om van de voorlopige voorziening kennis te nemen. Dit betekent dat de voorzieningenrechter van de rechtbank waar al een beroepschrift is ingediend, bevoegd is om van de voorlopige voorziening kennis te nemen. Wanneer een voorlopige voorziening wordt verzocht tijdens een bezwaarschriftprocedure, is de voorzieningenrechter van de rechtbank bevoegd die na de beslissing op bezwaar bevoegd zal zijn om op het daartegen ingestelde beroep te beslissen. De relatieve competentie van de voorzieningenrechter in een voorlopige voorzieningenprocedure kan uit artikel 8:7 Awb worden afgeleid.

⁸⁶ Vz. ABRvS 24 oktober 2000, AB 2001, 35.

⁸⁷ Vz. ABRvS 27 juni 2006, zaaknummer 200601215/2.

⁸⁸ Vz. ABRS 14 september 2001, AB 2001, 320.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld: Vz. CRvB 17 december 2002, KG 2003, 67; vz. CBB 8 maart 2005, JB 2005, 161; vz. CBB 30 juni 2005, AB 2005, 433; vzr Rb. Rotterdam, 5 juli 2007, LJN BA9472.

⁹⁰ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 684.

⁹¹ Art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb.

⁹² Pres. CRvB 27 april 1995, KG 1995, 296.

⁹³ Vz. ABRS 25 februari 2011, JB 2011, 98.

⁹⁴ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 682.

3.3 Treffen van voorlopige voorzieningen

Een voorlopige voorziening is dus alleen mogelijk wanneer tegelijkertijd tegen hetzelfde besluit een bezwaarschriftprocedure (zoals in de onderhavige procedure), administratief beroep of een bodemprocedure bij de rechtbank aanhangig is.

3.3.1 Mogelijke voorlopige voorziening volgens wet(s)geschiedenis

In de wetsgeschiedenis worden geen voorbeelden van mogelijke voorlopige voorzieningen genoemd. Wel kan een voorlopige voorziening '*verschillende maatregelen*' inhouden, te weten:

- een (gehele of gedeeltelijke) schorsing van het bestreden besluit;
- een andere maatregel; of
- beide.⁹⁵

De wetgever heeft zich blijkbaar niet willen binden aan mogelijke voorlopige voorzieningen. Uit de wetsgeschiedenis valt ook geen andere toelichting af te leiden. De mogelijkheid dat een bestuursrechter bevoegd kan zijn een conservatoir beslag op te heffen, wordt in de wetsgeschiedenis niet besproken.

Uit de tekst van artikel 8:81 Awb kan ook niets over inhoud of vorm van de te vragen voorlopige voorziening(en) worden afgeleid.

3.3.2 Mogelijke voorlopige voorzieningen volgens literatuur

Volgens de literatuur kan een voorlopige voorziening strekken tot:

- al dan niet gedeeltelijke schorsing van het besluit of de uitspraak;
- opheffing van de schorsende werking van bezwaar of beroep; of
- een andere passende maatregel.

Schorsing van een besluit heft de rechtswerking op; de belanghebbende mag dan geen gebruik van het besluit maken of het bestuur mag geen bestuursdwang opleggen.⁹⁶ Ook in de literatuur wordt echter niets gezegd over een mogelijke bevoegdheid van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter tot het opheffen van conservatoire beslagen.

3.3.3 Mogelijke voorlopige voorzieningen volgens jurisprudentie

Uit jurisprudentie wordt echter wel verschillende soorten voorlopige voorzieningen afgeleid; waarvan sommige ook vergaand zijn, bijvoorbeeld:

- de voorlopige voorziening tot toelating van een leerling op een LOM-school;⁹⁷
- de voorlopige voorziening dat B&W binnen twee weken aan een belanghebbende een tijdelijke vergunning moeten verlenen;⁹⁸
- de voorlopige voorziening dat verzoeker een visum voor kort verblijf dient te worden verstrekt.⁹⁹

Een mogelijke bevoegdheid van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter tot het opheffen van conservatoire beslagen volgt echter niet uit de jurisprudentie.

3.4 Mogelijkheden tot opheffing van een (op een bestuursrechtelijk besluit gebaseerd) conservatoir beslag voor een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in een artikel 8:81 Awb-procedure

In de casus met betrekking tot Chemie-Pack is er sprake van een conservatoir beslag waarbij het ingeroepen recht (ex artikel 700 lid 2 Rv) is gebaseerd op een

⁹⁵ Kamerstukken II 1991/92 22 495, nr. 3, p. 157.

⁹⁶ M. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 474 e.v., Van Ballegooij e.a. 2008, p. 150 e.v.,

⁹⁷ Pres. Rb. Amsterdam 18 augustus 1995, LJV AH5375.

⁹⁸ Vzr Rb. Leeuwarden 20 juli 2009, LJV BJ3108.

⁹⁹ Vzr Rb. 's-Gravenhage zp Maastricht 15 mei 2006, LJV AX1923.

bestuursrechtelijk besluit.¹⁰⁰ Wanneer een belanghebbende een dergelijk conservatoir beslag opgeheven wenst te zien, dan is de eerste gedachte om te proberen dat bestuursrechtelijk besluit van de tafel te krijgen. Het is immers dat besluit waarop het conservatoir beslag is gebaseerd. Zoals hiervoor al is gebleken, wordt door het indienen van een bezwaarschrift de werking van het besluit niet geschorst. De manier om de (bijzonder ingrijpende) gevolgen van dat besluit tegen te gaan is dus om een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van de rechtbank te vragen. Daarbij moet er natuurlijk wel sprake zijn van 'onverwijlde spoed' en 'connexiteit'.

3.4.1 Mogelijkheden volgens wet(s)geschiedenis)

Artikel 8:81 lid 1 Awb luidt:

'Indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.'

Noch uit de tekst van dit artikel, noch uit wetsgeschiedenis en literatuur kan worden afgeleid welke soorten voorlopige voorzieningen er gevraagd kunnen worden. Zoals uit § 3.3 bleek kan uit het artikel niet worden afgeleid dat de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter bevoegd is een conservatoir beslag, gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit, op te heffen.

Het artikel dat betrekking heeft op het opheffen van een conservatoir beslag, artikel 705 lid 1 Rv, bepaalt vervolgens:

'De voorzieningenrechter die verlof tot het beslag heeft gegeven kan, rechtdoende in kort geding, het beslag op vordering van elke belanghebbende opheffen, onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter.'

Uit deze bepaling volgt dat, wanneer er verlof is gegeven voor een conservatoir beslag, er ter zake van de opheffing ook altijd een andere Nederlandse rechter bevoegd is.¹⁰¹ Volgens dit artikellid komt de opheffing van een conservatoir beslag naast aan de civiele voorzieningenrechter, ook aan de 'gewone' rechter toe.

Wat wordt vervolgens onder 'gewone' rechter verstaan? In de Memorie van Toelichting is hierover te vinden:

*'is het beslag uit hoofde van het verlof eenmaal gelegd, dan waarborgt artikel 705, dat er ook steeds een rechter is, aan wie opheffing van het beslag kan worden gevraagd, en artikel 767 dat over de hoofdzaak een beslissing in Nederland kan worden uitgelokt, zodat het conservatoir beslag in de executoriale fase kan geraken.'*¹⁰²

Vervolgens vermeldt de Memorie van Toelichting dat artikel 705 lid 1 Rv:

*'waarborgt dat, als eenmaal verlof tot het beslag is gegeven, er ook steeds een Nederlandse rechter bevoegd is ter zake van de opheffing. Tot uitdrukking is voorts gebracht dat de bepaling niet afdoet aan de bevoegdheid van de gewone rechter tot opheffing.'*¹⁰³

Omdat aangenomen mag worden dat een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter ook een 'gewone' rechter is, lijkt uit de tekst van de Memorie van Toelichting van artikel 705 Rv te volgen dat ook deze voorzieningenrechter bevoegd is een conservatoir beslag op te heffen.

¹⁰⁰ De bestuursdwangbeschikking d.d. 6 januari 2011.

¹⁰¹ Kamerstukken II 1980/81 16 593, nr. 3, p. 112; zie ook HR 23 januari 1996, NJ 1996, 434 (DKHB/KIVO) conclusie A-G mr. Vranken onder 23 en 24.

¹⁰² Kamerstukken II 1980/81 16 593, nr. 3, p. 112.

¹⁰³ Kamerstukken II 1980/81 16 593, nr. 3, p. 115.

Uit de Memorie van Antwoord blijkt vervolgens echter het volgende:¹⁰⁴

‘De bevoegdheid van artikel 705 berust op een andere gedachte. Hier wordt vastgeknoopt aan het door de president eerder gegeven verlof tot het leggen van het conservatoir beslag. Dat ligt voor de hand omdat het hier geregelde kort geding in wezen tegen dit verlof opkomt en het onwenselijk is dat in geval de ene president verlof tot het leggen van het beslag heeft gegeven, daartegen bij een andere president kan worden opgekomen door het vorderen van opheffing, uiteraard afgezien van de bevoegdheid tot opheffing van de gewone rechter in de bodemprocedure.’

Uit de laatste zin wordt afgeleid dat de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter niet bevoegd is om een conservatoir beslag op te heffen. De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter is immers niet de rechter in de bodemprocedure. Dat is de ‘gewone’ bestuursrechter.

De gedachte achter de exclusieve bevoegdheid van de civiele voorzieningenrechter om een conservatoir beslag op te heffen zoals in de Memorie van Antwoord verwoord, is in de praktijk overigens geen realiteit meer. Het is immers wel erg toevallig wanneer de voorzieningenrechter die het verlof tot het leggen van conservatoir beslag verleent, ook dezelfde is die zich buigt over het verzoek tot opheffing van dat beslag. Bovendien is de wijze van verlofverlening (de toetsing en afweging), zoals op dit moment gebruikelijk, erg veranderd sinds de totstandkoming van de Memorie van Antwoord (I) (1984-1985). De vereisten van een verlofrekest worden tegenwoordig door een gerechtssecretaris beoordeeld.¹⁰⁵ Daar komt nog bij dat in artikel 705 lid 2 Rv een tweetal opheffingsgronden worden genoemd, die zich niet richten tegen het verleende verlof, te weten:

- de grond waarbij beslag wordt opgeheven bij verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen; en
- de grond waarbij conservatoir beslag (gelegd voor een geldvordering) wordt opgeheven, wanneer voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld.

Het laatste argument tegen de stelling dat een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter eventueel bevoegd kan zijn om een conservatoir beslag op te heffen, is te vinden in het Verslag van een mondeling overleg tevens Eindverslag.¹⁰⁶ In artikel 705 lid 1 Rv staat dat de voorzieningenrechter die verlof tot het beslag heeft gegeven ‘...het beslag op vordering van elke belanghebbende kan opheffen.’ Het eindverslag vermeldt dat ‘op vordering van’ wijst op een dagvaardingsprocedure en dus niet op een bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningenprocedure.

3.4.2 Mogelijkheden volgens jurisprudentie

De rechtspraak is over de invulling van het bevoegdheidsvereiste niet eenduidig; er zijn uitspraken waaruit afgeleid kan worden dat de bestuursrechter wel degelijk bevoegd kan zijn om een conservatoir beslag op te heffen. Uit jurisprudentie die betrekking heeft op rechterlijke bevoegdheid bij de opheffing van conservatoir beslag volgt onder meer dat:

- volgens de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven slechts de overheidsrechter bevoegd is tot opheffing van conservatoir beslag;¹⁰⁷
- volgens de president van de rechtbank ’s-Hertogenbosch alleen de president die het verlof verleend heeft, bevoegd is om het beslag op te heffen;¹⁰⁸
- volgens de kantonrechter Roermond met ‘gewone rechter’ wordt bedoeld, de rechter die bevoegd is in de hoofdzaak.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Kamerstukken I 1984/85 16 593, nr. 141a, p. 10.

¹⁰⁵ Meijsen-Tierates 2008; Meijsen & Jongbloed 2010 p. 43. Zie ook Hof ’s-Hertogenbosch 11 november 2003, JOR 2004, 115.

¹⁰⁶ Kamerstukken I 1985/86 16 593, nr. 106a, p. 4.

¹⁰⁷ Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven 21 maart 1994, BR 1995, 71.

¹⁰⁸ Pres. Rb. ’s-Hertogenbosch 27 oktober 1994, KG 1994, 422; anders: Pres. Rb. Zutphen 21 augustus 1992, KG 1992, 337.

¹⁰⁹ Ktr. Roermond 1 juli 2009, LJN BJ1227; zie voor een ander oordeel: Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 2 maart 2007, NJF 2007, 210.

Het eerste gedachtestreepje leidt tot de conclusie dat een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter bevoegd is een conservatoir beslag op te heffen. De reden hiervoor is duidelijk: ook een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter is een overheidsrechter.

Het tweede gedachtestreepje spreekt voor zich. De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter heeft het verlov niet verleend en is dus ook niet bevoegd om het verlov op te heffen. Ook uit het derde gedachtestreepje volgt dat de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter niet bevoegd kan zijn om het conservatoire beslag op te heffen. Op het eerste gezicht gaat het hier wel om de rechter die bevoegd is in de hoofdzaak, namelijk de bestuursrechter. De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter is echter niet de bevoegde bestuursrechter in de hoofdzaak. Verder volgt uit de uitspraak van de kantonrechter te Roermond dat opheffing van het beslag *'aanhangig gemaakt kan worden in de hoofdzaak, bijvoorbeeld door middel van eis in reconventie of bij provisionele eis'*. In die uitspraak heeft de gedaagde in de hoofdzaak, eiser in het incident, bij incidentele conclusie opheffing van het beslag gevorderd. In de onderhavige procedure is echter sprake van een voorlopige voorzieningenprocedure waarbij Chemie-Pack opheffing van het conservatoire beslag vordert. Een voorlopige voorzieningenprocedure is, zoals hiervoor is gebleken, niet de hoofdzaak.

De vraag kan natuurlijk gesteld worden of een bestuursrechter niet de mogelijkheid moet krijgen om een conservatoir beslag op te heffen. Dat kan zeker praktisch zijn wanneer een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in zijn uitspraak tot de conclusie komt dat het besluit, ter verzekering waarvan conservatoir beslag is gelegd, onrechtmatig is. Uit de wet blijkt echter niet van steun voor een dergelijk standpunt. In de artikelen 700 en 705 Rv wordt uitdrukkelijk gesproken over de voorzieningenrechter die verlov kan leggen en gelegde beslagen kan opheffen. Dat volgt ook uit de jurisprudentie, want het merendeel van de jurisprudentie over de bevoegdheid tot opheffing uitgaat van de exclusieve bevoegdheid van de voorzieningenrechter die het verlov heeft verleend.

3.4.3 Mogelijkheid volgens bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in onderzochte procedure

In de casus met betrekking tot Chemie-Pack verklaart de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter zich onbevoegd om kennis te nemen van het verzoek tot opheffing van de conservatoire beslagen, omdat het verzoek om voorlopige voorziening geen betrekking heeft op een besluit waartegen bezwaar of beroep mogelijk is, omdat het niet gaat om een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan.¹¹⁰ Daarnaast verklaart de voorzieningenrechter zich onbevoegd om kennis te nemen van het verzoek om het dagelijks bestuur te verplichten de conservatoire beslagen op te laten heffen. Hij overweegt:

*'ook een besluit van verweerder om het waterschap te bewegen tot opheffing van de beslagen, is niet vatbaar voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.'*¹¹¹

3.5 Conclusie

Uit wet(sgeschiedenis), literatuur en jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat een bestuursrechter niet de mogelijkheid heeft om een conservatoir beslag op te heffen. Slechts de civiele voorzieningenrechter, dan wel de gewone rechter die bevoegd is in de hoofdzaak, is hiertoe bevoegd.

De bevoegdheid van de civiele voorzieningenrechter is te herleiden naar de parlementaire geschiedenis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De reden die wordt genoemd in de Memorie van Antwoord (1) (dat het onwenselijk is dat wanneer een voorzieningenrechter verlov tot het leggen van het beslag heeft gegeven, daartegen bij een andere voorzieningenrechter kan worden opgekomen) is gelet op de dagelijkse

¹¹⁰ V.zr. Rb. Breda 21 april 2011; LJN BQ2058 (r.o. 2.4).

¹¹¹ V.zr. Rb. Breda 21 april 2011; LJN BQ2058 (r.o. 2.4).

praktijk van verlofverlening geen realiteit meer. De voorzieningenrechter die het verlof verleent, is immers niet steeds ook de voorzieningenrechter die over de opheffing van het conservatoir beslag beslist. Bovendien worden in de dagelijkse praktijk verlofrekestten meestal door gerechtssecretarissen beoordeeld.

CIVIEL RECHT

*'4.4.2. Naar het oordeel van het hof heeft de voorzieningenrechter terecht vastgesteld dat hij niet tot het oordeel kan komen dat de vordering van het Waterschap summierlijk ondeugdelijk is.'*¹¹²

De mogelijkheid voor een civiele voorzieningenrechter om de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht te toetsen wanneer er sprake is van een conservatoir beslag gebaseerd op een besluit in de zin van de Awb komt in dit hoofdstuk aan bod. Onderzocht is wat volgens wet(sgeschiedenis) en literatuur de invulling is van de tweede opheffingsgrond van artikel 705 lid 2 Rv en hoe voorzieningenrechters in de praktijk omgaan met de jurisprudentielijn die de Hoge Raad heeft uitgezet.

4.1 Mogelijkheden voor opheffing van conservatoir beslag

De beslagrechter kan een conservatoir beslag opheffen, indien er sprake is van één van de in artikel 705 lid 2 genoemde opheffingsgronden (zie § 2.5). Hier wordt de aandacht gericht op de opheffingsgrond *'indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht'* (in dit hoofdstuk steeds Opheffingsgrond 2 genoemd).

Artikel 705 lid 1 Rv luidt:

'De voorzieningenrechter die verlof tot het beslag heeft gegeven kan, rechtdoende in kort geding, het beslag op vordering van elke belanghebbende opheffen, onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter.'

Uit wet(s)geschiedenis en jurisprudentie blijkt dat de bevoegdheid van deze voorzieningenrechter een aanvullende bevoegdheid is; hij is bevoegd naast de voorzieningenrechter die bevoegd is volgens de normale kortgedingregels van artikel 254 Rv.¹¹³ Uit de algemene regeling van het kort geding volgt volgens Broekveldt ook de mogelijkheid tot opheffing van een conservatoir beslag.¹¹⁴

Volgens sommigen is een basisvereiste voor toewijzing van een vordering, waarbij om opheffing van een conservatoir beslag wordt verzocht, het spoedeisende belang dat de beslagene daarbij heeft.¹¹⁵ De regeling van artikel 705 Rv is immers een uitwerking van de algemene regeling van artikel 254 Rv inzake het kort geding. Over die spoedeisendheid bestaat echter bij voorzieningenrechters geen eenstemmigheid, zo blijkt uit jurisprudentie. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad meent dat artikel 705 Rv een eigen rechtsgang biedt ten behoeve van de opheffing van beslagen en dat:

*'een spoedeisend belang blijkens de parlementaire geschiedenis geen voorwaarde is voor toegang tot deze rechtsgang.'*¹¹⁶

Het Hof 's-Gravenhage ziet dat echter anders:

*'evenals de voorzieningenrechter heeft geoordeeld is spoedeisendheid van de zaak ook in een procedure ex artikel 705 Rv vereist om een voorziening in kort geding te kunnen krijgen.'*¹¹⁷

Chemie-Pack heeft in deze procedure zeker een spoedeisend belang. Zij streeft naar het voortbestaan van haar onderneming en richt zich op een adequate afhandeling van de gevolgen van de brand op 5 januari 2011. Een beslag op verzekeringspenningen, waardoor verzekeringsmaatschappijen niet tot uitkering van de verzekerde bedragen

¹¹² Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, LJV BQ7541 (r.o. 4.4.2.).

¹¹³ Kamerstukken I 1984/85 16 593, nr. 141a, p. 9; HR 23 februari 1996, NJ 1996, 434 (DKHB/KIVO).

¹¹⁴ Broekveldt 2003, p. 670.

¹¹⁵ Janssen 2009, p. 288, zie voor een andere mening: Meijssen & Jongbloed 2010, p. 30.

¹¹⁶ Vzv. Rb. Zwolle-Lelystad 23 maart 2006, LJV AV6351 (r.o. 4.1); zie ook Pres. Rb. Rotterdam 19 februari 1998, LJV AH7550, vzv. Rb. Arnhem 3 februari 2009, LJV BH2962 en vzv. Rb. Rotterdam 28 februari 2010, LJV BL6039.

¹¹⁷ Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, JIN 2006, 456, NJF 534 (r.o. 5).

overgaan, komt dan bijzonder ongelukkig uit. Dat blijkt ook: het is voor Chemie-Pack onmogelijk om de lonen en loonkosten van haar personeel te betalen.¹¹⁸

4.2 Ondeugdelijkheid ingeroepen recht volgens wet(sgeschiedenis), literatuur en jurisprudentie

Opheffingsgrond 2 is een van de gronden waarbij opheffing onder meer wordt uitgesproken (artikel 705 lid 2 Rv). Zoals uit onderzoek blijkt, is Opheffingsgrond 2 meer dan de helft van de aangevoerde opheffingsgronden in opheffingskortgedingen.¹¹⁹

Hoe wordt deze opheffingsgrond volgens wet(sgeschiedenis), literatuur en jurisprudentie ingevuld?

4.2.1 Invulling volgens wet(sgeschiedenis)

Artikel 705 lid 2 Rv luidt:

'De opheffing ^(a)wordt ^(b)onder meer uitgesproken bij verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag blijkt, of, zo het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld.'

Globale lezing van het bovenstaande maakt twee dingen duidelijk:

- a. de in dit lid opgesomde opheffingsgronden zijn imperatief:

*'de rechter moet in beginsel tot opheffing overgaan als summierlijk van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht is gebleken.'*¹²⁰

De wetgever heeft immers niet geschreven dat de opheffing kan worden uitgesproken; er staat de opheffing wordt uitgesproken.¹²¹

- b. de in dit artikellid gegeven opsomming legt geen beperking op; ook andere opheffingsgronden kunnen reden zijn om het verzoek tot opheffing toe te wijzen (er staat niet voor niets dat de opheffing onder meer wordt uitgesproken; zie ook de Memorie van Toelichting).¹²²

Uit de tekst van artikel 705 lid 2 valt verder geen verduidelijking van de woorden van Opheffingsgrond 2 af te leiden.

De precieze betekenis van deze opheffingsgrond blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. In de Memorie van Toelichting wordt alleen opgemerkt dat er sprake is van een niet-limitatieve opsomming van opheffingsgronden, die voor zichzelf spreken. Volgens de wetgever moet immers bedacht worden dat deze opheffingsgronden ook al in de huidige wet zijn vermeld.¹²³ Artikel 732 lid 1 Rv (oud) luidde immers:

'De opheffing van het beslag zal worden gelast, ... indien na verhoor van partijen summierlijk van de ondeugdelijkheid der vordering of van het onnodige van het beslag mocht blijken.'

Hieruit wordt afgeleid dat wanneer de beslagene summierlijk de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht aantoon, de voorzieningenrechter het beslag moet opheffen.

In de wetsgeschiedenis is wel de kritiek van Cremers over Opheffingsgrond 2 terug te vinden.¹²⁴ Hij stelt dat aan deze opheffingsgrond een bewijslastverdeling ten laste van de beslagene ten grondslag ligt, terwijl de beslaglegger bij het verzoek om conservatoir beslag te mogen leggen in feite 'op zijn woord wordt geloofd'.¹²⁵ Cremers vindt dat de beslaglegger de bewijslast moet dragen van de deugdelijkheid van het ingeroepen recht;

¹¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, LJV BQ7541 (r.o. 4.7.3.).

¹¹⁹ Zie hiervoor onder § 2.5.2.

¹²⁰ HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (nr. 3.16 conclusie A-G Verkade).

¹²¹ Zie ook Jongbloed 2008, p. 107.

¹²² Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 115.

¹²³ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 115.

¹²⁴ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 113.

¹²⁵ Cremers 1983.

niet de beslagene. Omdat de artikelen 732 lid 1 Rv (oud) en 705 lid 2 Rv (nieuw) bijna woordelijk overeenstemmen, mag volgens hem verwacht worden dat de bewijslastverdeling op eenzelfde manier zal worden uitgelegd.

De wetgever meent echter dat Cremers uitgaat van een onjuiste uitleg van artikel 705 Rv, omdat:

*'het hier immers gaat om een beoordeling van wat door beide partijen in het kort geding naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal onderbouwd, waarbij al het beschikbare materiaal terstond in de afweging kan worden betrokken en de proceshouding van partijen niet bepaald wordt door de vraag wie naderhand bewijs moet leveren.'*¹²⁶

Opheffingsgrond 2 wordt door de wetsgeschiedenis dus niet als een bewijslastverdeling beschouwd; de opheffingsgrond wordt daarin echter niet nader toegelicht.

4.2.2 Invulling volgens literatuur

Zoals hiervoor al uitgelegd, stelt Cremers dat aan Opheffingsgrond 2 een bewijslastverdeling ten laste van de beslagene ten grondslag ligt. Hij vindt ook dat de beslaglegger de bewijslast moet dragen van de deugdelijkheid van zijn ingeroepen recht. Cremers staat hierin niet alleen, zijn standpunt wordt ook door anderen gedeeld.¹²⁷ Zij menen dat de beslaglegger verhoudingsgewijs in een veel betere positie verkeert dan de beslagene en dat een bewijslastomkering ten gunste van de beslagene daarom gerechtvaardigd is.¹²⁸

De discussie in de literatuur in verband met Opheffingsgrond 2 spitst zich dus toe op de vraag of er een bewijslastverdeling in moet worden gelezen.¹²⁹ Opheffingsgrond 2 wordt ook in de literatuur niet nader toegelicht.

4.2.3 Invulling volgens jurisprudentie

De invulling die door de voorzieningenrechters aan Opheffingsgrond 2 wordt gegeven, ligt in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹³⁰ Deze lijn is:

- volgens artikel 705 lid 2 Rv dient een conservatoir beslag te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt;
- het ligt daarbij op de weg van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kortgedingprocedure, om aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is;
- het oordeel van de voorzieningenrechter omtrent de vraag of de vordering waarvoor het beslag is gelegd, deugdelijk of ondeugdelijk is, is niet meer dan een voorlopig oordeel en aan de motivering ervan moeten ook minder strenge eisen worden gesteld dan aan de motivering van de beslissing in de bodemprocedure.¹³¹ Het definitieve oordeel komt immers pas in de procedure in hoofdzaak;¹³²
- een conservatoir beslag kan na afweging van de belangen van partijen worden gehandhaafd, ook voor een vooralsnog geheel onbewezen vordering.¹³³

De Hoge Raad gaat dus uit van een bewijslastverdeling ten laste van de beslagene. Dat is echter niet steeds het geval geweest. De Hoge Raad geeft in een eerder arrest aan dat:

¹²⁶ Kamerstukken I 1984/85, 16 593, nr. 141a, p. 10.

¹²⁷ Bewijslast ten laste van de beslagene: Cremers 1983 en Huydecoper 2002. Voor een andere mening: Jongbloed 2008, p. 108.

¹²⁸ Zie voor andere auteurs: Meijssen & Jongbloed 2010, p. 64.

¹²⁹ Broekveldt 2003, p. 670.

¹³⁰ Met name de arresten: HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO-Ruiters) en HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde/Nielsen).

¹³¹ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO-Ruiters), r.o. 3.3 en HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde/Nielsen) r.o. 3.8.

¹³² HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (zie punt 5 conclusie van A-G Hartkamp).

¹³³ HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde/Nielsen) r.o. 3.9.

*'het miskent dat bij de vraag of een beslag als het onderhavige kan worden opgeheven, een bewijslastverdeling in eigenlijke zin niet aan de orde is, nu het veeleer gaat om een afweging van belangen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd.'*¹³⁴

Dit is een beduidend ander standpunt dan de huidige lijn van de Hoge Raad, waarbij het op de weg van de beslagene ligt om aan te tonen dat het door de beslaglegger ingeroepen recht ondeugdelijk is. Het hiervoor geciteerde arrest ligt wel op een lijn met het standpunt van de wetgever in de Memorie van Antwoord (I).¹³⁵ Waarom de Hoge Raad dit standpunt heeft verlaten, is echter niet duidelijk.

Aan de hand van de arresten van de Hoge Raad zijn een aantal uitspraken van voorzieningenrechters in 2011 beoordeeld op de manier waarop zij Opheffingsgrond 2 interpreteren.¹³⁶ Allen geven, evenals de Hoge Raad, aan dat sprake is van een bewijslastverdeling. Een gebruikte formulering is bijvoorbeeld:

*'Volgens artikel 705 lid 2 Rv dient het beslag te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt. Dit brengt mee dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert om met inachtneming van de beperkingen van de voorzieningenprocedure aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk of onnodig is (HR 14 juni 1996, NJ 1997/481). Er zal evenwel beslist moeten worden aan de hand van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd. Die beoordeling kan niet geschieden los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen, waarbij dient te worden beoordeeld of het belang van de beslaglegger bij handhaving van het beslag op grond van de door deze naar voren gebrachte omstandigheden zwaarder dient te wegen dan het belang van de beslagene bij opheffing van het beslag.'*¹³⁷

Het onderzoek naar de uitspraken van de voorzieningenrechters uit 2011¹³⁸ heeft duidelijk gemaakt dat zij op dezelfde lijn zitten als door de Hoge Raad uitgezet in het arrest 'De Ruiterij/MBO-Ruiters'. De Hoge Raad geeft tegenwoordig dus een andere invulling aan Opheffingsgrond 2 dan in eerdere rechtspraak is neergelegd en de wetgever heeft bedoeld.

4.3 Ingeroepen recht in onderzochte procedure

Het ingeroepen recht (ex artikel 700 lid 2 Rv) in de onderhavige kwestie is een bestuursrechtelijk besluit.¹³⁹ Er is nog geen rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag of een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) mag overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht.

Zowel de civiele voorzieningenrechter van de rechtbank Breda:

*'Naar vaste jurisprudentie dient de burgerlijke rechter indien, zoals hier aan de orde, de geldigheid van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in het voor hem gevoerde geding in geschil is, en gebruik is gemaakt van een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang, uit te gaan van de geldigheid van het besluit, zolang het niet is vernietigd.'*¹⁴⁰

als het Gerechtshof in 's-Hertogenbosch:

*'Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de civiele rechter geen oordeel geeft over de rechtmatigheid van besluiten' [...]*¹⁴¹

stippen in hun uitspraken de leer van de formele rechtskracht aan.

¹³⁴ HR 27 januari 1995, NJ 1995, 669 (Bigott c.s./Doucal Freezezone).

¹³⁵ Kamerstukken I 1984/85, 16 593, nr. 141a, p. 9.

¹³⁶ Bijlage B; jurisprudentieoverzicht voorzieningenrechters 2011.

¹³⁷ Vزر. Rb. Zwolle 9 november 2011, LJN BV2207.

¹³⁸ Bijlage B.

¹³⁹ Besluit van 6 januari 2011 tot toepassing van bestuursdwang.

¹⁴⁰ Vزر. Rb. Breda (sector civiel) 27 april 2011, LJN BQ2774 (r.o. 4.2).

¹⁴¹ Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, LJN BQ7541 (r.o. 4.4.3.).

4.3.1 Formele rechtskracht

Een besluit van een bestuursorgaan krijgt na zijn publicatie onmiddellijk juridische gevolgen; het krijgt, met andere woorden, onmiddellijk rechtskracht. Wanneer tegen een besluit een bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang doorlopen is, heeft dat voor de belanghebbende tot gevolg dat van de juistheid van dat besluit moet worden uitgegaan.¹⁴² De Hoge Raad duidt dit aan met de term 'formele rechtskracht'; dit beginsel wordt in de jurisprudentie gebruikt om aan te geven dat een besluit van een bestuursorgaan *'onaantastbaar is geworden'*.¹⁴³ In het arrest 'Heesch/Van de Akker' heeft Van de Akker immers geen gebruik gemaakt van de Arob-rechtsgang, waardoor de beschikking van de gemeente Heesch onaantastbaar is geworden. In het arrest 'Kaveka' wordt de leer van de formele rechtskracht als volgt geformuleerd:

*'de burgerlijke rechter, wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan dient uit te gaan dat het besluit zowel wat betreft zijn wijze van totstandkoming als wat betreft zijn inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met de algemene rechtsbeginselen.'*¹⁴⁴

Soms wordt de leer van de formele rechtskracht ook wel de rechtmatigheidsfictie genoemd. Wanneer een burger een besluit niet of tevergeefs heeft aangevochten, wordt het besluit immers als rechtmatig beschouwd.¹⁴⁵ Een rechtmatig besluit kan voor een belanghebbende echter onrechtmatig zijn.¹⁴⁶

De leer van de formele rechtskracht, zoals door Hoge Raad tot uitdrukking gebracht, berust op de navolgende grondslagen:

- handhaving van de voor het bestuursrecht kenmerkende korte bezwaar- en beroepstermijnen, waarmee de rechtszekerheid is gediend;
- handhaving van de wettelijke rechtsmachtverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter;
- de rechtseenheid. Voorkomen moet worden dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de bestuursrechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze;
- de efficiënte rechtsbedeling. Ten aanzien van overheidsbesluiten moet de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratiefrechtelijke procedure worden genomen.¹⁴⁷

De laatste drie argumenten worden door de Hoge Raad ook wel het belang van een doelmatige taakverdeling genoemd.¹⁴⁸

De Hoge Raad heeft een aantal uitzonderingen aanvaard op de formele rechtskracht, waaronder:

1. de overheid heeft de onrechtmatigheid van de beschikking erkend;¹⁴⁹ en
2. de burger kan niet verweten worden geen beroep te hebben ingesteld.¹⁵⁰

Geen van beide noch andere uitzonderingen doet zich in deze casus voor.

¹⁴² Vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/v.d. Akker).

¹⁴³ HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (zie cassatiemiddel III.3).

¹⁴⁴ HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 (Kaveka).

¹⁴⁵ Kortmann 2009.

¹⁴⁶ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 779.

¹⁴⁷ HR 7 april 1995, AB 1995, 541 (m.nt. Th.G. Drupsteen), NJ 1997, 166 (m.nt. M. Scheltema) (Smit-Staat), onder 2.1.3.

¹⁴⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 711. HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 (Kaveka).

¹⁴⁹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 718.

¹⁵⁰ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 717. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/v.d. Akker).

4.4 Mogelijkheden voor civiele voorzieningenrechter tot toetsing van de (on)deugdelijkheid van een ingeroepen bestuursrechtelijk recht in een opheffingskortgeding

Een beslagene kan pas voor het eerst tegen een ten laste van hem gelegd beslag opkomen in een opheffingskortgeding, waarbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet worden genomen. Een opheffingskortgeding is een kortgedingprocedure (zoals al bleek in § 4.1), en in een dergelijke procedure zijn de wettelijke bewijsregels niet van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat de beoordeling van de vordering tot opheffing van het conservatoire beslag niet kan gebeuren zonder dat daarbij een afweging van de belangen van partijen plaatsvindt.¹⁵¹ Het beginsel van hoor en wederhoor moet daarbij in acht worden genomen, maar dat betekent nog niet dat beide partijen over gelijke wapens beschikken. Beslagverlof creëert immers een ongelijkheid, omdat de beslaglegger bij wijze van spreken 'op zijn blauwe ogen wordt geloofd'. Deze ongelijkheid wordt voortgezet in het opheffingskortgeding en blijkt ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad (bewijslastverdeling ten laste van de beslagene).¹⁵² De Hoge Raad stelt het verhaalsrisico van de beslaglegger voorop en conservatoir beslag kan zelfs bij een afwijzend vonnis in een bodemprocedure gehandhaafd blijven.¹⁵³

De beslagene wordt in een opheffingskortgeding geconfronteerd met een bewijslastverdeling ten laste van zichzelf, reden waarom Thoe Schwartzberg van mening is dat sprake is van schending van het beginsel 'equality of arms' van artikel 6 EVRM.¹⁵⁴ Naast Thoe Schwartzberg zijn ook anderen van mening dat de bevoorrechte positie van de beslaglegger op deze manier wel erg groot wordt.¹⁵⁵ Partijen moeten in een civiele procedure, zonder dat daarbij de ene partij een slechtere positie heeft dan de andere partij, de gelegenheid hebben om hun zaak te presenteren. Dit volgt uit het gelijkheidsbeginsel. In de onderhavige procedure gaat de civiele voorzieningenrechter echter 'simpel' aan de bewijslevering voorbij door zich te beroepen op 'een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang'. Het vorenstaande leidt ertoe dat er in de onderhavige situatie sprake is van schending van het rechtsbeginsel 'equality of arms'.

4.4.1 Met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang

De civiele voorzieningenrechter van de rechtbank Breda gaat uit van de aan het arrest 'Smits/Staat' ontleende rechtsregel, inhoudende dat:

*[...] 'indien tegen een besluit van een bestuursorgaan een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, maar deze rechtsgang niet is gebruikt, de burgerlijke rechter, ingeval de geldigheid van het besluit in het voor hem gevoerde geding in geschil is, in beginsel van die geldigheid dient uit te gaan, [...]'.*¹⁵⁶

Deze rechtsregel heeft in deze casus als consequentie dat het conservatoire beslag niet wegens een summierlijk ondeugdelijke grondslag kan worden opgeheven. Dat kan pas gebeuren wanneer het besluit in de daarop genomen beslissing op bezwaar is vernietigd, dan wel wanneer de bestuursrechtelijke rechter het besluit in de hoofdzaak heeft vernietigd. Een opheffingskortgeding wordt op deze manier zinloos, omdat er wordt

¹⁵¹ Tjong Tjin Tai (Boek I. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) aant. 5.

¹⁵² HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO-Ruiters) en HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde/Nielsen).

¹⁵³ HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).

¹⁵⁴ Thoe Schwartzberg 2007. Art. 6 EVRM vereist dat de processuele mogelijkheden van partijen met elkaar in evenwicht zijn (het gelijkheidsbeginsel).

¹⁵⁵ Onder andere Cremers 1983 en Huydecoper 2006.

¹⁵⁶ HR 7 april 1995, NJ 1997, 166 (Smits/Staat, r.o. 3.6), zie r.o. 4.2. van Vzr. Rb Breda 27 april 2011, LJN BQ2774.

uitgegaan van de *deugdelijkheid* van het door de beslaglegger ingeroepen recht, totdat de bestuursrechter daarover anders heeft beslist. Op deze manier wordt op onaanvaardbare wijze afbreuk gedaan aan het systeem van het conservatoir beslagrecht. Het ondeugdelijke karakter van het ingeroepen recht kan dan niet langer summierlijk worden beoordeeld, omdat de beslagene gedwongen wordt eerst het door de beslaglegger ingeroepen recht in de hoofdzaak te bestrijden, om pas daarna het beslag opheffen te zien.

Het feit dat de civiele voorzieningenrechter uitgaat van de rechtsregel van het arrest 'Smits/Staat', houdt ook in dat hij voorbijgaat aan het feit dat er in deze procedure nog helemaal geen sprake is van gebruikmaking van een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang.¹⁵⁷ Er is sprake van een bestuursrechtelijk besluit¹⁵⁸ waartegen nog bezwaar openstaat (ook wel primair besluit genoemd).¹⁵⁹ Dat besluit staat daarna ook nog open voor beroep (en eventueel hoger beroep). Een bestuursrechter kan ook niet oordelen over een primair besluit, omdat er eerst bezwaar moet worden gemaakt bij het bestuursorgaan dat dat besluit genomen heeft.¹⁶⁰ Er heeft tegen het primaire besluit dus geen met voldoende waarborgen omklede (administratiefrechtelijke) rechtsgang opengestaan.

De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter oordeelt op 21 april 2011:

*'Op basis van het vorenstaande verwacht de voorzieningenrechter dat het bestreden besluit rehtens stand kan en zal houden. Hierbij neemt hij in aanmerking dat verweerder het bestreden besluit nog volledig moet heroverwegen op grondslag van het bezwaar van verzoekster, en dat artikel 7:11 van de Awb de mogelijkheid biedt om elk gebrek van het te heroverwegen besluit te herstellen indien en voor zover de feitelijke grondslag van dit besluit niet wordt verlaten.'*¹⁶¹

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter ervan uitgaat dat het bestreden besluit nog volledig heroverwogen moet worden. Volgens hem is er dus nog geen onaantastbaar bestuursrechtelijk besluit, maar hij gaat er wel van uit dat het bestreden besluit rehtens stand zal houden.

Het voorgaande is geen omstandigheid die een voorzieningenrechter hoeft te beletten de deugdelijkheid van een door een bestuursorgaan (in dit geval: het waterschap) ingeroepen recht (summierlijk) te toetsen. Immers, uit jurisprudentie¹⁶² blijkt dat de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat het antwoord op de vraag of het primaire besluit rechtmatig of onrechtmatig is, in het algemeen afhangt van de besluitvorming die ná de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt.¹⁶³

4.4.2 Toetsing summierlijke (on)deugdelijkheid

De bestuursrechtelijke weg is in de onderhavige procedure nog niet doorlopen. Het besluit is nog aantastbaar, omdat geen sprake is van een bestuursrechtelijke bodemprocedure maar slechts van een bezwaarschriftenprocedure. Dit betekent dat in het kader van een opheffingskortgeding geen sprake is van een rechter die in een civiele bodemprocedure over de rechtmatigheid van het besluit moet oordelen, maar van een civiele voorzieningenrechter, die een voorlopig oordeel moet geven over de (on)deugdelijkheid van het door een bestuursorgaan ingeroepen recht. Er is nog geen besluit met formele rechtskracht en dat betekent dat de civiele voorzieningenrechter bevoegd is, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht, het bestuursrechtelijke recht te beoordelen. De civiele voorzieningenrechter moet daartoe,

¹⁵⁷ Kortmann 2009. Gelpke 2007.

¹⁵⁸ Het bezwaarschrift is op 14 februari 2011 ingediend.

¹⁵⁹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 546.

¹⁶⁰ Art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb.

¹⁶¹ V.zr. Rb. Breda 21 april 2011, LJN BQ2058 (r.o. 2.6).

¹⁶² HR 13 oktober 2006, AB 2007, 270; HR 19 december 2008, NJ 2009, 146.

¹⁶³ Van Ravens 2010.

binnen de beperkingen van het kort geding en met inachtneming van wat beide partijen hebben aangevoerd en eventueel met bewijsmiddelen ondersteund, een zo goed mogelijk oordeel kunnen vormen over de uitkomst van de procedure omtrent de vordering van de beslaglegger in de hoofdzaak.¹⁶⁴ Dit oordeel kan hij niet krijgen zonder summierlijk de (on)deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht mee te wegen.

In § 2.5.2 is al weergegeven dat de civiele voorzieningenrechter in civiele zaken summierlijk de deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht toetst. Het feit dat een civiele voorzieningenrechter tot een oordeel kan komen dat afwijkt van het oordeel van de civiele bodemrechter, heeft er nog nooit toe geleid dat die civiele voorzieningenrechter weigert om de deugdelijkheid van een ingeroepen recht te toetsen. Een bodemrechter kan tot een ander oordeel komen dan de voorzieningenrechter; dat is inherent aan het 'instituut' kort geding.¹⁶⁵ Dat mag de civiele voorzieningenrechter er echter niet van weerhouden om het ingeroepen recht summierlijk te toetsen. Het kan voorkomen dat een civiele voorzieningenrechter een beslag opheft, omdat hij meent dat summierlijk van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht blijkt; terwijl de (bodem)rechter in de hoofdzaak de vordering alsnog toewijst. Ook het omgekeerde komt voor: de civiele voorzieningenrechter heft het beslag niet op, terwijl de bodemrechter de vordering van de beslaglegger al wel heeft afgewezen (en er dus sprake is van summierlijke ondeugdelijkheid).¹⁶⁶ Geen van de hier omschreven situaties zijn een probleem, omdat het oordeel van een civiele voorzieningenrechter een *voorlopig oordeel* is, waaraan een bodemrechter niet is gebonden.

4.4.3 Algemene regeling van artikel 254 Rv

In § 4.1 is al uiteengezet dat de regeling van artikel 705 Rv een uitwerking is van de algemene regeling van artikel 254 Rv inzake het kort geding.

Uit jurisprudentie blijkt dat voor de absolute bevoegdheid van de voorzieningenrechter beslissend is het recht waarin eiser vraagt te worden beschermd.¹⁶⁷ Wanneer een eiser zich op een burgerlijk recht of een schuldvordering in de zin van artikel 112 lid 1 Gw beroept, dan is de voorzieningenrechter steeds bevoegd. Dat geldt ook als dat geschil een publiekrechtelijk karakter heeft.¹⁶⁸ Zoals ook uit jurisprudentie blijkt, hoeft dit belang immers niet slechts civielrechtelijk te zijn.¹⁶⁹ De Hoge Raad zegt immers in *De Staat/Kabayel* (r.o. 3.4):

[...] 'In deze veronderstelling gaat het immers om een beschikking ter zake waarvan de rechter in kort geding heeft te beoordelen in hoeverre bij wege van voorlopige voorziening reeds de op grondslag van die beschikking gevorderde maatregelen op hun plaats zijn, in weerwil van een tegen die beschikking bij de administratieve rechter ingesteld beroep, waarop nog geen uitspraak is gedaan. In een zodanig geval dient de rechter in kort geding bij zijn beslissing omtrent de gevraagde voorziening in aanmerking te nemen welke uitspraak op het beroep bij de administratieve rechter mag worden verwacht, en zal hij na deze prognose de belangen van partijen bij toewijzing, respectievelijk weigering van de gevraagde voorziening in zijn beoordeling kunnen betrekken. Daarin ligt besloten dat hij niet van de regelmatigheid en rechtmatigheid van de in beroep aangevochten beschikking mag uitgaan, zonder dat hij zulks tevens op zijn verwachtingen omtrent de uitslag van dit beroep grondt.' [...]

De voorzieningenrechter mag niet van de rechtmatigheid van het in beroep aangevochten besluit uitgaan, zonder zijn verwachtingen omtrent de uitkomst van de

¹⁶⁴ Conclusie A-G Hartkamp bij HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481.

¹⁶⁵ En blijkt ook uit artikel 257 Rv.

¹⁶⁶ HR 30 juni 2006, NJ 2007, 483, *RvdW* 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).

¹⁶⁷ HR 26 maart 1971, NJ 1971, 434 (Elsloo).

¹⁶⁸ Tjong Tjin Tai (*Boek I. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg*), aant. 11.1. Tonkens-Gerkema (*T&C Rv*), art. 254, aant. 2b.

¹⁶⁹ HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 (*De Staat/Kabayel*).

procedure mee te wegen. Daartoe moet hij dan wel summierlijk de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht (kunnen) beoordelen.

De voorzieningenrechter fungeert als restrechter. Het feit dat er een andere bevoegde rechter (strafrechter, bestuursrechter) of een speciale rechtsgang (bijvoorbeeld arbitrage) is, maakt niet dat de voorzieningenrechter onbevoegd is. Als de aangewezen rechter of rechtsgang voldoende rechtsbescherming biedt, zal eiser door de voorzieningenrechter niet ontvankelijk worden verklaard. In spoedeisende gevallen is daarvoor wel vereist dat een met voldoende waarborgen omklede snelle rechtsgang openstaat, waarin eiser een met het kort geding vergelijkbaar resultaat kan bereiken.¹⁷⁰ Is dat niet het geval, dan kan de civiele voorzieningenrechter een voorziening verlenen.¹⁷¹

In de onderzochte casus stond een snelle rechtsgang open (namelijk de bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningenprocedure), maar de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter acht zich niet bevoegd om conservatoire beslagen op te heffen. Dat diens oordeel begrijpelijk is, wordt door wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie bevestigd.

Het oordeel van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter leidt er echter toe dat er in de onderhavige procedure geen andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan waarin conservatoire beslagen opgeheven kunnen worden. Gelet op het feit dat de regeling van artikel 705 Rv een uitwerking is van de algemene regeling van artikel 254 Rv inzake het kort geding, kan de civiele voorzieningenrechter hier - omdat er geen andere, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond - een voorziening treffen. Daarbij moet hij de belangen van partijen in aanmerking nemen en een voorlopige inschatting maken van de rechtspositie van de beslaglegger. Die voorlopige inschatting kan hij niet maken zonder dat hij summierlijk de (on)deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht beoordeelt.

Uit jurisprudentie blijkt ook nog het volgende. De President van de rechtbank Utrecht heeft een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag toegewezen, ook al meende de beslaglegger *'dat de burgerlijke rechter niet bevoegd was, omdat het hier een intern kerkelijke aangelegenheid betrof.'* Deze President heeft dat ingeroepen recht echter wel beoordeeld.¹⁷² Meer recent heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Dordrecht zich in vergelijkbare zin uitgelaten:

*'De bevoegdheid van de voorzieningenrechter om te oordelen over een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag kan niet los worden gezien van het wettelijk vereiste verlot van de voorzieningenrechter voor het leggen van een dergelijk beslag, die meebrengt dat de door de schuldeiser gepretendeerde vordering door de voorzieningenrechter summier wordt getoetst. Derhalve ligt, ook in het geval dat partijen arbitrage zijn overeengekomen, in de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om te oordelen over een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag besloten dat deze tevens bevoegd is de deugdelijkheid van de gepretendeerde vordering te toetsen als deze wordt bestreden. Het oordeel van voorzieningenrechter daarover bindt de bodemrechter, en dus ook de Raad van Arbitrage, niet.'*¹⁷³

Zoals hierboven in § 2.3 al beschreven heeft de (aspirant)beslaglegger verlot nodig van de voorzieningenrechter van de rechtbank om het conservatoir beslag te mogen leggen. Deze voorzieningenrechter toetst het verzoekschrift summierlijk (artikel 705 lid 1 Rv). Het feit de voorzieningenrechter tevens exclusief bevoegd is om te oordelen over een vordering tot opheffing van dat conservatoir beslag, brengt met zich mee dat hij de door de beslaglegger gepretendeerde vordering summierlijk moet toetsen. Het is immers aan

¹⁷⁰ HR 16 maart 1990, NJ 1990, 500 (D./De Staat); zie ook HR 27 april 2001, NJ 2002, 335.

¹⁷¹ Tjong Tjin Tai (Boek I. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) aant. 11.1 en Tonkens-Gerkema (T&C Rv), art. 254, aant. 2c.

¹⁷² Pres. Rb. Utrecht 13 juli 1999, LJN AH7994.

¹⁷³ Vزر. Rb. Dordrecht 28 januari 2010, LJN BL0609.

de voorzieningenrechter voorbehouden om, ook al is een andere rechter bevoegd, de deugdelijkheid van de door de beslaglegger gepretendeerde vordering summierlijk te toetsen. Dat geldt ook als deze vordering is gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit. Er is immers geen fundamenteel onderscheid tussen het enerzijds summierlijk onderzoeken van de deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht dat in een civiele bodemprocedure zal moeten worden aangetoond, en het anderzijds summierlijk onderzoeken van het recht van een beslaglegger die in een bestuursrechtelijk traject van bezwaar en beroep de deugdelijkheid van de aan het besluit ontleende vordering overeind zal moeten houden. Het oordeel van een voorzieningenrechter daarover bindt de bodemrechter (hier dus de bestuursrechter) immers niet.¹⁷⁴

4.4.4 Beslagsyllabus

Uit § 2.2 blijkt dat de Beslagsyllabus¹⁷⁵ voor de rechtspraak van groot belang is, omdat daarin wordt omschreven welke eisen er gelden voor het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag en hoe de summierse beoordeling door de voorzieningenrechter plaatsvindt.¹⁷⁶ De mogelijkheid voor een bestuursorgaan om conservatoir beslag te leggen en vervolgens een besluit te nemen dat als eis in de hoofdzaak geldt, is sinds februari 2011 in de Beslagsyllabus opgenomen.¹⁷⁷ Jurisprudentie hierover is vrijwel afwezig, omdat van deze mogelijkheid slechts sporadisch gebruik wordt gemaakt. Uit het feit dat deze mogelijkheid voor een bestuursorgaan in de Beslagsyllabus is opgenomen, wordt echter afgeleid dat de civiele voorzieningenrechter dan ook de mogelijkheid heeft dat besluit summierlijk op (on)deugdelijkheid te toetsen.

4.5 Conclusie

De regeling van artikel 705 Rv is een uitwerking van de algemene regeling van artikel 254 Rv inzake het kort geding. Opheffing van een conservatoir beslag wordt *onder meer* uitgesproken '*indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt*' (en een drietal andere imperatieve opheffingsgronden; artikel 705 lid 2 Rv). De betekenis van de tweede opheffingsgrond blijkt niet uit dit artikel. Ook uit de wetsgeschiedenis wordt de precieze betekenis van deze opheffingsgrond niet duidelijk; wat wel blijkt is dat de wetgever van mening is dat geen sprake is van een bewijslastverdeling. De literatuur spitst zich vooral toe op de vraag of in deze opheffingsgrond een bewijslastverdeling moet worden gelezen, wat de meeste auteurs inderdaad doen. De invulling die door de voorzieningenrechters aan het begrip '*indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt*' wordt gegeven, ligt in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad, namelijk een bewijslastverdeling ten laste van de beslagene. De lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet is daarmee in strijd met datgene wat de wetgever bedoeld heeft.

Het ingeroepen recht in de onderhavige kwestie is een bestuursrechtelijk besluit en de Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over de vraag of een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) mag overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht. Beide civielrechtelijke colleges, die zich in deze procedure hebben uitgelaten, halen de door de Hoge Raad geformuleerde leer van de formele rechtskracht, aan. De Hoge Raad heeft een aantal uitzonderingen aanvaard op de formele rechtskracht, maar deze doen zich in deze casus niet voor.

¹⁷⁴ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO-Ruiters).

¹⁷⁵ Te raadplegen via: www.rechtspraak.nl.

¹⁷⁶ Bijlage A, p. 7.

¹⁷⁷ Bijlage A, p. 9.

Beide gerechtelijke colleges gaan voorbij aan het feit dat in deze zaak nog geen sprake is van gebruikmaking van een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang. Wanneer wordt uitgegaan van de leer van de formele rechtskracht, kan een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit pas opgeheven worden indien de onrechtmatigheid van dat besluit in een bodemprocedure vast komt te staan. De in artikel 705 Rv aan de civiele voorzieningenrechter gegeven bevoegdheid is op deze manier zinloos. De civiele voorzieningenrechter moet in een opheffingsgeschil, of het nu de civiele- of de bestuursrechter is die in de hoofdzaak over het ingeroepen recht moet oordelen, summierlijk de deugdelijkheid van het ingeroepen recht kunnen toetsen. Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval aangevoerd en afgewogen worden, uiteraard met inachtneming van de beperkingen van een kortgedingprocedure.

Wanneer de beslagene aannemelijk moet maken dat zijn belangen bij opheffing zwaarder moeten wegen dan de belangen van de beslaghebber bij handhaving, dan moet de beslagene ervan uit kunnen gaan dat de civiele voorzieningenrechter daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking neemt en afweegt. Dat betekent ook dat de civiele voorzieningenrechter summierlijk de (on)deugdelijkheid van een bestuursrechtelijke besluit moet beoordelen. Een opheffingsprocedure is immers een kortgedingprocedure, en de voorzieningenrechter moet alle, door beide partijen aangevoerde argumenten, beoordelen om een afweging van de belangen te kunnen maken. Hij moet aan de hand van deze argumenten beoordelen of het beslag opheffen moet worden dan wel gehandhaafd moet blijven. Tot alle omstandigheden van het geval behoort ook de summierlijke beoordeling van het door de beslaglegger ingeroepen bestuursrechtelijke recht. Wanneer de civiele voorzieningenrechter dat niet doet, is sprake van schending van artikel 6 EVRM.

CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag:

‘Mag een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht?’

De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over deze vraag, zodat er geen vaste rechtspraak voorhanden is. In dit rapport is geprobeerd aan de hand van bestudering van wet(s)geschiedenis, literatuur en jurisprudentie, een antwoord te vinden op bovenstaande centrale vraag. Hieronder volgen de conclusies en worden de aanbevelingen gegeven.

5.1 Conclusies

5.1.1 Beslagrecht

Systeem conservatoir beslagrecht

De bedoeling van conservatoir beslag is dat een beslaglegger/schuldeiser zekerheid krijgt dat er bij zijn wederpartij, na afloop van een gerechtelijke procedure, nog iets te halen valt. De (aanstaande) beslaglegger kan verlof tot het leggen van conservatoir beslag verkrijgen van de civiele voorzieningenrechter van de rechtbank. Dat verlof wordt verkregen na slechts summier onderzoek van het verzoekschrift waarmee dat conservatoir beslag wordt gevraagd, waarbij voor een echte afweging van belangen geen plaats is. Die belangenafweging kan pas plaatsvinden tijdens een eventueel opheffingskortgeding, welk opheffingskortgeding de eerste mogelijkheid is waarmee de (aspirant)beslagene kan opkomen tegen het conservatoire beslag. Conservatoir beslag kan voor de beslagene bijzonder ingrijpend zijn, wat onder meer komt door het gegeven dat conservatoir beslag in Nederland snel en makkelijk gelegd kan worden.

Opheffing conservatoir beslag

In tegenstelling tot het leggen van conservatoir beslag is de opheffing van een conservatoir beslag niet eenvoudig. Opheffing van een conservatoir beslag is geregeld in artikel 705 Rv. Dit artikel is een uitwerking van de algemene regeling van artikel 254 Rv inzake het kort geding. In artikel 705 lid 2 Rv worden vier imperatieve opheffingsgronden genoemd op grond waarvan een voorzieningenrechter een conservatoir beslag moet opheffen. Daarnaast kan een voorzieningenrechter nog om andere redenen een conservatoir beslag opheffen.

5.1.2 Bestuursrecht

Mogelijkheden tot opheffing van conservatoir beslag voor bestuursrechtelijke voorzieningenrechter

Het ingeroepen recht in de onderhavige kwestie, waarop het conservatoire beslag ex artikel 700 lid 2 Rv is gebaseerd, is een bestuursrechtelijk besluit. Een bestuursrechter heeft niet de mogelijkheid om een dergelijk conservatoir beslag op te heffen. Dit blijkt uit wet(s)geschiedenis, literatuur en jurisprudentie. Slechts de *civiele* voorzieningenrechter is hiertoe exclusief bevoegd, dit onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter.

Redenen voor (on)mogelijkheden

Een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter is onbevoegd om conservatoire beslagen (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) op te heffen. De reden hiervoor is vooral af te leiden uit de wet(s)geschiedenis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Uit jurisprudentie blijkt ook dat de civiele voorzieningenrechter exclusief bevoegd is (natuurlijk onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter). In de Memorie van Antwoord (I) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt de reden genoemd voor deze bevoegdheid, namelijk dat:

‘het onwenselijk is dat in geval de ene president verlof tot het leggen van het beslag heeft gegeven, daartegen bij een andere president kan worden opgekomen door het vorderen van opheffing.’

Deze reden is echter in de praktijk niet meer gebruikelijk. De voorzieningenrechter die het verlof verleent, is immers niet steeds ook de voorzieningenrechter die over de opheffing van het conservatoir beslag beslist. Daarbij komt dat in de dagelijkse praktijk de vereisten van een verlofrekest door gerechtssecretarissen worden beoordeeld. Bovendien zijn er ook opheffingsgronden die zich in het geheel niet richten tegen het verleende verlof. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 8:81 Awb is ook geen (aanvullende) bevoegdheid voor een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter om conservatoire beslagen op te heffen af te leiden.

5.1.3 Civiel recht

Ondeugdelijkheid ingeroepen recht volgens wet/literatuur/jurisprudentie

Een beslagene kan proberen een conservatoir beslag opgeheven te krijgen, door een opheffingskortgeding aanhangig te maken bij de voorzieningenrechter. Die opheffing wordt onder meer uitgesproken *‘indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt’* (artikel 705 lid 2 Rv).

De betekenis van de tweede opheffingsgrond blijkt niet uit de wettekst van artikel 705 lid 2 Rv. Uit de wetsgeschiedenis wordt de precieze betekenis van deze opheffingsgrond ook niet duidelijk; de wetgever is van mening dat geen sprake is van een bewijslastverdeling. De literatuur is echter wel van mening dat in die opheffingsgrond een bewijslastverdeling moet worden gelezen. De invulling die door de voorzieningenrechters aan het begrip *‘indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt’* wordt gegeven, houdt ook een bewijslastverdeling (ten laste van de beslagene) in. De voorzieningenrechters volgen daarmee de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Mogelijkheid voor de civiele voorzieningenrechter tot toetsing van (on)deugdelijkheid van ingeroepen (bestuursrechtelijke) recht bij opheffing conservatoir beslag

De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over de vraag of een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) mag overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht. Beide civielrechtelijke colleges, die in deze procedure uitspraak hebben gedaan, beroepen zich op de door de Hoge Raad ontwikkelde leer van de formele rechtskracht. De Hoge Raad heeft een aantal uitzonderingen aanvaard op de formele rechtskracht, die zich echter in deze casus niet voordoen. Met het beroep op de formele rechtskracht gaan beide civielrechtelijke colleges voorbij aan het feit dat er in deze zaak nog geen sprake is van gebruikmaking van een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang, en dat er dus nog geen sprake is van formele rechtskracht.

Wordt wel uitgegaan van de leer van de formele rechtskracht, dan volgt daaruit dat een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit pas op inhoudelijke gronden opgeheven kan worden, indien de onrechtmatigheid van dat besluit in de bodemprocedure vast is komen te staan.

Een civiele voorzieningenrechter moet echter in een opheffingskortgeding, of het nu de civiele- of de bestuursrechter is die in de hoofdzaak over het ingeroepen recht moet oordelen, summierlijk de (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht kunnen toetsen. In een opheffingskortgeding moeten immers alle omstandigheden van het geval worden aangevoerd en worden afgewogen, waartoe ook de summierlijke (on)deugdelijkheid van het ingeroepen recht behoort. De civiele voorzieningenrechter is daartoe ook bevoegd, zeker wanneer het bestuursrechtelijk besluit nog aantastbaar is.

5.2 Aanbevelingen

Wetgever

De tweede opheffingsgrond *'indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt'* is op verschillende manieren uit te leggen. Het is aan de wetgever om aan die onduidelijkheid een einde te maken. Artikel 705 lid 2 Rv moet gewijzigd worden, zodanig dat daarin een bewijslastverdeling valt af te leiden. Een mogelijke formulering zou kunnen zijn:

'De opheffing wordt onder meer uitgesproken bij verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, indien summierlijk van het onnodige van het beslag blijkt, of, zo het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. Verder wordt een beslag opgeheven wanneer de beslaglegger zijn vordering niet aannemelijk maakt.'

De laatste zinsnede is een bewijslastverdeling die tot uitdrukking brengt dat het de beslaglegger is die moet aantonen dat het door hem ingeroepen recht deugdelijk is. De beslaglegger heeft immers het conservatoir beslag doen leggen en hij heeft er belang bij dat het conservatoir beslag gehandhaafd blijft, reden waarom hij aannemelijk moet maken dat zijn vordering gerechtvaardigd is (*'wie eist, die bewijst'*).

Naast het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, moet de Algemene wet bestuursrecht aangepast worden. De bevoegdheid tot opheffing van een conservatoir beslag, gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit, moet er ook komen voor een bestuursrechtelijke voorzieningenrechter. Dat kan immers zeer praktisch zijn wanneer de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in zijn uitspraak op een verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen tot de conclusie komt dat het besluit - ter verzekering waarvan conservatoir beslag is gelegd - onrechtmatig is. Aan artikel 8:86 Awb kan daartoe een tweede lid worden tussengevoegd, bijvoorbeeld in onderstaande zin:

Artikel 8:86 lid 2 Awb:

'Indien bij het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening tevens sprake is van een conservatoir beslag gebaseerd op het bestreden bestuursrechtelijk besluit en de voorzieningenrechter van oordeel is dat dat besluit onrechtmatig is, kan de voorzieningenrechter direct overgaan tot opheffing van het conservatoir beslag.'

Artikel 8:86 lid 2 wordt dan lid 3 Awb en wijzigt in onderstaande zin:

Artikel 8:86 lid 3 Awb:

'Op bovenstaande bevoegdheden van de voorzieningenrechter worden partijen in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, gewezen.'

(Civiele dan wel bestuursrechtelijke) voorzieningenrechter

Allereerst moet mijns inziens bij conservatoir beslagen gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit de huidige praktijk van verlofverlening (waarbij gerechtssecretarissen het beslagrekest beoordelen) verlaten worden. Enkel en alleen voorzieningenrechters dienen dergelijke beslagrekesten te beoordelen. Reden hiervoor is de bevoegdheid van een andere rechter in de bodemprocedure. Daardoor is het mijns inziens geraten om iemand met meer 'expertise' het beslagrekest te laten beoordelen. Op die manier kan het verzoekschrift waarmee het conservatoir beslag wordt verzocht indringender worden getoetst. Om het voor de rechtspraak mogelijk te maken hiermee rekening te houden, moet de Beslagsyllabus aangepast worden.

Met de invoering van bovengenoemde werkwijze, kan ook worden teruggegaan naar de oorspronkelijke intentie van de wetgever, genoemd in de Memorie van Antwoord (I). Het verzoekschrift van de beslaglegger is bij de verlofverlening 'summier beoordeeld' door de civiele voorzieningenrechter. Wanneer er een opheffingskortgeding aanhangig wordt gemaakt, kan diezelfde (verlofverlenende) voorzieningenrechter ook oordelen over de summierlijke (on)deugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht. Ook

de bovenstaande werkwijze - bij een conservatoir beslag waarbij het ingeroepen recht (ex artikel 700 lid 2 Rv) bestaat uit een bestuursrechtelijk besluit, is de verlofverlenende en de opheffende voorzieningenrechter een en dezelfde persoon - moet in de Beslagsyllabus worden opgenomen.

De aard van een (opheffings)kortgeding brengt daarnaast met zich mee dat een voorzieningenrechter de nodige vrijheid moet worden gelaten. Die vrijheid behoort mijns inziens in te houden dat het een voorzieningenrechter vrij moet staan een bestuursrechtelijk besluit, zeker wanneer dat nog aantastbaar is, in een opheffingskortgeding te beoordelen. Een voorzieningenrechter moet immers beoordelen of handhaving van het beslag gerechtvaardigd is. Die beoordeling kan niet plaatsvinden zonder alle argumenten af te wegen. Tot die argumenten behoort in ieder geval de deugdelijkheid van het ingeroepen bestuursrechtelijke recht. Aan de Hoge Raad wordt daarom de instructie meegegeven om in een voorkomend geval zijn rechtspraak daarop aan te passen.

Zoals hiervoor reeds gesteld brengt de aard van een opheffingskortgeding met zich mee dat een voorzieningenrechter de nodige vrijheid toekomt. De beslaglegger heeft er belang bij dat zijn conservatoir beslag gehandhaafd blijft. Om die reden moet de civiele voorzieningenrechter mijns inziens de bewijslast ten laste van de beslaglegger brengen. De beslaglegger moet zijn vordering aannemelijk maken en aantonen dat zijn ingeroepen recht deugdelijk is. Het beslag is met verlof van de voorzieningenrechter gelegd, maar de voorzieningenrechter heeft bij die verlofverlening altijd het nadeel dat hij de (aspirant)beslagene niet kan horen. Het feit dat de (aspirant)beslagene niet gehoord kan worden, mag er niet toe leiden dat het die beslagene is die summierlijk de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht aan moet tonen. De beslaglegger moet summierlijk de deugdelijkheid van zijn ingeroepen recht aantonen. Aan de Hoge Raad wordt daarom ook in dit verband de aanbeveling meegegeven om zijn rechtspraak daarop aan te passen.

Rechtspraak

De wetgever dient aan de onduidelijkheid van de tweede opheffingsgrond een einde te maken. Mocht dat echter niet gebeuren, dan is het voor de advocatuur noodzakelijk om de focus nog meer te leggen op de belangen van de beslagene. In een opheffingskortgeding moet de nadruk worden gelegd op de ingrijpende gevolgen van het conservatoire beslag voor de beslagene. Dat houdt in dat een opheffingskortgeding moet worden onderbouwd met bewijsstukken, bijvoorbeeld jaar-/maandcijfers, winst-/verliescijfers, redenen waarom een woning te koop staat, de reden waarom juist het beslag van die ene bankrekening moet worden opgeheven, en dergelijke.

In de onderzochte procedures wordt uitgegaan van de leer van de formele rechtskracht, waaruit volgt een conservatoir beslag gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit pas op inhoudelijke gronden opgeheven kan worden, indien de onrechtmatigheid van dat besluit vast is komen te staan. Om de beoordeling van die onrechtmatigheid te vergemakkelijken en te bespoedigen, kan de rechtspraak aan de respectievelijke voorzieningenrechters vragen de behandeling van de bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningenprocedure gelijktijdig met de behandeling van het opheffingskortgeding plaats te laten vinden. Op die manier kunnen de in de bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningenprocedure gevraagde voorzieningen tezamen met de gevraagde opheffing van het conservatoir beslag in het opheffingskortgeding worden behandeld en afgedaan. Zo kan ook voorkomen worden dat civiele- en bestuursrechtelijke voorzieningenrechter tegenstrijdige uitspraken doen.

EVALUATIE

Na een geschikt, actueel en voor mijzelf interessant afstudeeronderwerp gevonden te hebben, ben ik de - goed geoutilleerde - bibliotheek van Rassers Advocaten 'ingedoken'. Al snel had ik een grote hoeveelheid boeken en artikelen over conservatoire beslagen en bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningen bij elkaar gezocht. Gedurende mijn onderzoek heb ik ontbrekende informatie nog toegevoegd.

Ik had veel literatuur beschikbaar; mijn grootste probleem was echter dat er geen vaste rechtspraak voorhanden is. Het gevolg daarvan: ik was geneigd om door te blijven zoeken naar die ene 'perfect gelijkende' uitspraak. Die uitspraak heb ik - natuurlijk - niet gevonden.

Dit rapport berust voor een niet onaanzienlijk gedeelte op jurisprudentieonderzoek, omdat de Hoge Raad nog niet heeft geoordeeld over de centrale vraag van mijn afstudeeropdracht:

'Mag een civiele voorzieningenrechter bij een verzoek tot opheffing van een conservatoir beslag (gebaseerd op een bestuursrechtelijk besluit) overgaan tot beoordeling van dat besluit, in het kader van de beoordeling van het ingeroepen recht?'

Er is ook nauwelijks jurisprudentie van lagere gerechtelijke colleges te vinden. Ik heb mij daarom noodgedwongen moeten 'beperken' tot jurisprudentie over de tweede opheffingsgrond van artikel 705 lid 2 Rv *'indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt'*. Daartoe heb ik gevonden uitspraken (www.rechtspraak.nl) van voorzieningenrechters uit 2011 beoordeeld. In het rapport wordt natuurlijk ook verwezen naar andere van belang zijnde jurisprudentie. Het jurisprudentieregister van de onderzochte uitspraken uit 2011 is als een aparte bijlage opgenomen, waardoor het de leesbaarheid van dit rapport verhoogt.

De moeilijkheid van dit onderzoek zat met name in de grote hoeveelheid informatie in samenhang met het feit dat er geen vergelijkbare jurisprudentie te vinden is. Daardoor bleek het leggen van verbanden en trekken van conclusies erg lastig. Het switchen tussen de verschillende rechtsgebieden was ook lastig.

Ik denk dat het resultaat van mijn onderzoeksrapport interessant en bruikbaar kan zijn voor de advocaten binnen Rassers. Het leggen van conservatoire beslagen en het verzoeken om opheffing van dergelijke beslagen is immers zeer gebruikelijk in de advocatuur. Uit dit rapport blijkt dat beslagenen in opheffingskortgedingen in een beduidend slechtere positie verkeren dan beslagleggers. Zij moeten in opheffingskortgedingen nog meer de nadruk leggen op de voor hen nadelige effecten en hun belangen deugdelijk onderbouwen met bewijsmateriaal (bijvoorbeeld jaar-/maandcijfers of winst-/verliescijfers).

Wanneer dit onderzoek over een x-aantal jaren nogmaals wordt uitgevoerd, hangt het van de jurisprudentie (met name jurisprudentie van de Hoge Raad) af of daaruit dezelfde resultaten zullen voortvloeien. Immers, wanneer de Hoge Raad in een vergelijkbare casus uitspraak doet, zullen voorzieningenrechters zich op die uitspraak oriënteren. En dan kan het resultaat zomaar anders zijn.

Door dit onderzoek ben ik mij er, nog meer dan eerst het geval was, bewust van geworden hoe makkelijk het is om in Nederland conservatoir beslag te leggen.

JURISPRUDENTIEREGISTER

Hoge Raad der Nederlanden

HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (Heesch/Van de Akker).
 HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 746.
 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 (Bigott c.s./Doucal Freezone).
 HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 166 (Smits/Staat).
 HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 622.
 HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 161 (Tromp-Franca/Regency).
 HR 23 januari 1996, *NJ* 1996, 434 (DKHB/KIVO).
 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (De Ruiterij/MBO-Ruiters).
 HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113.
 HR 19 juni 1998, *NJ* 1998, 869 (Kaveka).
 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 (Ajax/Reule).
 HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 470 (De Staat/Varkenshouders).
 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 335.
 HR 14 december 2001, *LJN* AD6098, *NJ* 2002, 45.
 HR 13 juni 2003, *NJ* 2005, 77 (Daan/Bremen).
 HR 3 oktober 2003, *NJ* 2004, 557.
 HR 25 maart 2005, *LJN* AR7350, *JOR* 2005, 132.
 HR 25 november 2005, *NJ* 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge).
 HR 30 juni 2006, *NJ* 2007, 483, *RvdW* 2006, 670 (Bijl/Van Baalen).
 HR 13 oktober 2006, *AB* 2007, 270.
 HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 146.
 HR 28 januari 2011, *LJN* BO4930, *NJ* 2011, 57 (Marexion/Baboprint).
 HR 25 maart 2011, *LJN* BO9675, *NJB*, 741.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 23 januari 2003, *LJN* AV7627.
 Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, *JOR* 2004, 115.
 Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, *JIN* 2006, 456.
 Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2006, *NJF* 2007, 81.
 Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2008, *LJN* BC3830.
 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2010, *LJN* BN9816.
 Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, *LJN* BQ7541 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).
 Hof Leeuwarden 13 september 2011, *JOW* 2012, 13.

Rechtbanken

Rb. Arnhem 6 oktober 2004, *LJN* AR5512.

President / Vزر. Rechtbanken

Pres. Rb. Zutphen 21 augustus 1992, *KG* 1992, 337.
 Pres. Rb. Rotterdam 8 april 1994, *AB* 1995, 114.
 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 27 oktober 1994, *KG* 1994, 422.
 Pres. Rb. Amsterdam 24 januari 1995, *KG* 1995, 131.
 Pres. Rb. Amsterdam 18 augustus 1995, *LJN* AH5375.
 Pres. Rb. Leeuwarden 3 mei 1996, *KG* 1996, 183.
 Pres. Rb. Rotterdam 19 februari 1998, *LJN* AH7550.
 Pres. Rb. Amsterdam 22 november 2001, *KG* 2001, 298.

Vzr. Rb. Almelo 12 augustus 2003, *NJF* 2004, 95.
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 23 maart 2006, *LJN* AV6351, *NJF* 2006, 267.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage zp Maastricht 15 mei 2006, *LJN* AX1923.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2007, *NJF* 2007, 210.
Vzr. Rb. Rotterdam 5 juli 2007, *LJN* BA9472.
Vzr. Rb. Breda 6 september 2007, *LJN* BB3121.
Vzr. Rb. Groningen 31 oktober 2006, *LJN* AZ1556.
Vzr. Rb. Arnhem 3 februari 2009, *LJN* BH2962.
Vzr. Rb. Leeuwarden 20 juli 2009, *LJN* BJ3108.
Vzr. Rb. Rotterdam 28 februari 2010, *LJN* BL6039.
Vzr. Rb. Arnhem 5 oktober 2010, *LJN* BK8731.
Vzr. Rb. Breda 21 april 2011, *LJN* BQ2058 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).
Vzr. Rb. Breda 27 april 2011, *LJN* BQ2774 (Chemie-Pack/Waterschap Brabantse Delta).
Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2011, *LJN* BR3172 (Trafigura Beheer/Amsterdam Port Services).
Vzr. Rb. Leeuwarden 14 juli 2011, *LJN* BR2994.
Vzr. Rb. Haarlem 29 juli 2011, *LJN* BR3950.
Vzr. Rb. Breda 13 augustus 2011, *LJN* BR2701, *NJF* 2011, 405.
Vzr. Rb. Arnhem 31 augustus 2011, *LJN* BT6355.

Kantongerechten

Ktr. Roermond 1 juli 2009, *LJN* BJ1227.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Vz. ABRvS 24 oktober 2000, *AB* 2001, 35.
Vz. ABRS 14 september 2001, *AB* 2001, 320.
Vz. ABRvS 27 juni 2006, zaaknummer 200601215/2.
Vz. ABRvS 22 februari 2007, zaaknummer 200609169/2.
Vz. ABRS 25 februari 2011, *JB* 2011, 98.

Centrale Raad van Beroep

Pres. CRvB 27 april 1995, *KG* 1995, 296.
Vz. CRvB 17 december 2002, *KG* 2003, 67.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Vz. CBB 8 maart 2005, *JB* 2005, 161.
Vz. CBB 30 juni 2005, *AB* 2005, 433.

Raad van Arbitrage voor de Bouw(bedrijven)

Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven 21 maart 1994, *BR* 1995, 71.

LITERATUURLIJST

Aangehaalde en geraadpleegde literatuur**Van Angeren 2008**

J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Ballegooij e.a. 2008

Van Ballegooij e.a., *Bestuursrecht in het AWB-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Bastiaans e.a. 2010

M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Kluwer 2010.

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag*, Deventer: Kluwer 2003.

Gieske 2011 (T&C Rv), art. 700, aant. 2a en art. 705, aant. 3c en 3d

A.J. Gieske, 'Boek 3, Titel 4: Van middelen ter bewaring van zijn recht, afdeling 1', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2011.

Huydecoper 2006

J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties, Opstellen aangeboden aan prof. Mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006;

Janssen 2009

M.A.J.G. Janssen, 'Het beslagverlof en de conservatoire beslaglegging', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009;

Jongbloed 2008

A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Klaassen 2009

C.J.M., 'De eerste klap is een daalder waard', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009;

Meijssen & Jongbloed 2010

M. Meijssen en A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel*, Den Haag: SDU Uitgevers, 2010. Beschikbaar via www.rechtspraak.nl.

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2009.

Van Mierlo (Boek II. Inleiding executie- en beslagrecht) aant. 8

A.I.M. van Mierlo, 'Boek II. Inleiding executie- en beslagrecht', in: P. Vlas, M. Ynzonides & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Mijnssen & Van Mierlo 2009

F.H.J. Mijnssen en A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht*, Deventer: Kluwer, 2009;

Oudelaar 1992

H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1992;

Punt 2012

H.G. Punt, *Memo beslagrecht 2012*, Deventer: Kluwer, 2012;

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011;

Schreuder-Vlasblom 2008

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer, 2008;

Snijders, Klaassen en Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2007;

Snijders, Ynzonides en Meijer 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2002;

Tjong Tjin Tai (Boek I. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) aant. 5 en 11.1.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Boek I. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', in: P. Vlas, M. Ynzonides & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Tonkens-Gerkema (T&C Rv), art. 254, aant. 2b en 2c

W. Tonkens-Gerkema, 'Boek 1, Titel 2: Het kort geding, afdeling 14', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business, 2011.

Tijdschriften**Cremers 1983**

M.P.J.A. Cremers, 'Het opheffen van conservatoire beslagen. Ontwerp invoeringswet Boeken 3-6 NBW (1e gedeelte)', *NJB* 1983, p. 692.

Gelpke 2007

M.E. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *O&A* 2007, p. 155.

Kortmann 2009

C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', *RMThemis* 2009, p. 236 e.v.

Meijssen-Tierates 2008

M. Meijssen-Tierates, 'De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag', *PP* 2008, p. 165.

Van Ravels 2010

B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2010, p. 242.

Thoe Schwartzenberg 2007

H.W.B. Thoe Schwartzenberg, 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen)', *WPNR* 2007 (6697), p. 129-135.

Tjittes 2002

R.P.J.L. Tjittes, 'Eerder opheffing van conservatoir beslag!', *RMTh* 2002, p. 65-66.

Tuil 2011

M.L. Tuil, 'Herbezinnen op het beslagrecht?', *AA* 2011, p. 98-102.

Elektronische bronnen

www.rassers.nl; bezocht op 12 mei 2012.

www.rechtspraak.nl; bezocht op 12 mei 2012; ga naar landelijke regelingen; dan naar 'sector civiel recht', zoek vervolgens onder 'rechtbanken' de Beslagsyllabus juni 2011 op;

www.statengeneraaldigitaal.nl; bezocht op 9 mei 2012; ga naar "zoek kamerstuk", typ het kamerstuknummer in (hier 16 593 en 22 495) en zoek vervolgens het benodigde kamerstuk op.