

## **HC 13, 17-10-2017, Executie**

Op het tentamen gebruik je RV, KEI en BW. BW heb je op het tentamen nodig om te kijken of de procedure een verzoekschrift- of dagvaardingsprocedure is. Ook kan je hier kijken naar welke rechter bevoegd is, de meest algemene regels staan wel in RV. Bij personen- en familierecht staat absolute competentie in BW. BW materiële privaatrecht is ook belangrijk voor de bewijslastverdeling.

Conservatoir beslag staat in art. 700 e.v. Rv (boek 3). Bij die regeling wordt teruggegrepen op de regeling van executoriaal beslag van boek 2 art. 430 e.v. Rv. Conservatoir beslag leg je als een soort zekerheid voor de toekomst, voor het geval je in het gelijkgesteld kan worden door de rechter. Er zijn drie vormen van verhaalsexecutie, namelijk verhaalbeslag in Rv, recht van parate executie: pand en hypotheek in het BW en faillissementsexecutie in de Fw. Als het verhaalsbeslag is leg je beslag op goederen van je schuldenaar. Er bestaat ook leveringsbeslag en maritaal beslag.

### **Executie**

Executie wordt geregeld in art. 430 e.v. Rv (boek 2). Het gaat om de verwezenlijking van een recht. Het is neergelegd in een veroordelend vonnis, notariële akte of een andere authentieke akte. Je haalt je recht door op wettelijke wijze met wettelijke middelen dwang uit te oefenen. Executoriaal beslag is de eerste stap van de executie.

### **Dogmatisch perspectief**

Je begint bij een subjectief recht, die vindt zijn aanspraak op een prestatie van een ander jegens jou, en die ander is verplicht te presteren. Dat recht is vastgelegd in het BW, maar kan ook in andere wetten zijn vastgelegd. Dat subjectieve recht op een prestatie van een ander geeft vervolgens ook het recht om de prestatie via de rechter af te dwingen als de ander niet nakomt. Naar de rechter stappen is een dwangmiddel. De rechter moet ook een veroordeling uitspreken tot nakoming van de verplichting ex art. 3:296 BW. Je hebt ook recht op een gebod of een verbod. Daarnaast kan de rechter ontruiming, een dwangsom of reële executie bevelen. Je hebt ook het recht om samen naar een notaris te stappen om de vordering in een akte vast te laten leggen. Vrijwillig leg je je dan alvast vast. Als je het bij de notaris vastlegt, dan kan je met de authentieke akte executeren. Executie geldt als vrijwillige nakoming, dan komt je weer in het BW bij art. 3:297 BW. De verbintenis gaat dus teniet.

### **Algemene regels executie**

Je hebt een titel nodig, iets wat je legitimeert en wat je aan de deurwaarder moet geven. Als je het aan de deurwaarder geeft, bepaalt art. 434 Rv dat de overhandiging van de executoriale titel aan de deurwaarder hem machtigt tot het doen van de gehele executie. Je sluit een overeenkomst van opdracht tot het verrichten van diensten die erop gericht zijn de titel te executeren. In art. 430 Rv (belangrijkste artikel uit eerste titel) worden de titels genoemd die executoriaal zijn: vonnis, beschikking, notariële aktes et cetera. Je hebt ook een beschikking waarbij een dwangbevel is gegeven tot betaling van de Awb die een executoriale titel geeft. Ook een dwangbevel van de ontvanger der belastingen is een executoriale titel. Notariële akte is de belangrijkste vorm van een authentieke akte, daarover gaat het arrest Rabobank/Visser. Wil een notariële akte executoriale kracht hebben, moet hij aan bepaalde voorwaarden voldoen. Die voorwaarden staan in dit arrest. De vordering moet bestaan ten tijde van het verlijden (opstellen en rechtsgeldig verklaren) van de akte, want het is een instemming, je legt jezelf vrijwillig vast op eventuele dwangmaatregelen in de toekomst. De grote van de vordering moet voor de schuldenaar uit de akte te halen zijn. Een grosse executeer je op. Je herkent deze aan in de kop 'in naam van de koning' en in de voet 'afschrift voor grosse'. Als het een notariële akte is zet de griffier niet uitgegeven voor grosse, maar de notaris. Het is dus een afschrift van de akte. Eerst betekenen je, daarna komt de executie. Soms moet de executie beginnen met bevel om te presteren plus een wachttermijn van twee dagen. Executoriaal beslag leg je doordat de deurwaarder aanwijst waarop hij beslag legt. Van het exploit geeft hij een afschrift aan de beslagene. De manier waarop je conservatoir beslag legt is hetzelfde art. 702 Rv (schakelbepaling).

### **Rabobank/Visser**

In Rabobank/Visser gaat over een executiegeschil. Executiegeschil staat in art. 438 en 438a Rv. 438a begint met een verzoekschrift. Art. 438 komt het meeste voor. In Rabo/Visser was er een executiegeschil. De heer Visser had zijn hypotheek verleend op zijn erfpachtrecht. Dan zie je een beperkt recht wat gebruikt wordt als zekerheidsgoed. De Rabobank had niet genoeg aan die hypotheek en wilde de notariële hypotheekakte ook gebruiken als executoriale titel. Als je executeert als hypotheekhouder heb je het recht van parate executie, dan hoef je de deurwaarder niet in te schakelen en hoef je ook geen beslag te leggen. Het kent ook beperkingen, namelijk alleen het vermogensbestanddeel waar het hypotheek op berust. De grosse van de notariële akte levert een executoriale titel op. Dan kan je ook beslag leggen op andere vermogensbestanddelen van de schuldenaar, bijvoorbeeld de inboedel (levert niet veel op), maar ook op de vordering van de werknemer op zijn werkgever, dus het salaris. De Rabobank had beslag gelegd, de hypotheekakte aan de deurwaarder gegeven en wilde dat de deurwaarder verhaalsbeslag legde op het inkomen van de heer Visser. Visser werd geconfronteerd met een executoriaal beslag. De vordering moet bestaan ten tijde van de akte en de omvang moet in de akte te vinden zijn. Visser vroeg opheffing van het executoriaal beslag. Je moet in art. 438 Rv kijken, want er is al een executoriale titel. Hier zie je dat of bij de rechtbank of bij de voorzieningenrechter moet worden geprocedeerd. Een kort geding bij de voorzieningenrechter gebeurt het meest.

### **Ritzen/Hoekstra**

Hier gaat het om een ontruimingsgeschil, ook een executiegeschil. Een huurovereenkomst werd ontbonden, en de huurders werden veroordeeld om uit het pand te gaan. Kantonrechter bevoegd omdat het een huurzaak is. Het echtpaar zei dat ze ook een tegenvordering hebben op de verhuurder, namelijk een vordering tot schadevergoeding. Ze gingen in hoger beroep. Toch kwam ineens de deurwaarder. Art. 555 Rv gaat over ontruiming. Drie dagen van tevoren moet ontruiming worden aangegeven door de deurwaarder. Het echtpaar startte een executiegeschil bij de voorzieningenrechter om schorsing van de executie te bewerkstelligen totdat in appel beslist is. De HR bepaalde dat de verhuurder kon doorgaan, maar dat de huurders later schadevergoeding konden vorderen als er sprake is van misbruik van recht. Hoger beroep had dus geen schorsende werking. Ook als de onevenredigheidstoets van art. 2:13 BW is geschaad, kan het zijn dat je recht hebt om te executeren, maar dat je er toch geen gebruik van mag maken, omdat je dan misbruik maakt van je bevoegdheid. Er kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid bij een aperte vergissing van een kennelijke misslag van de rechter die het vonnis gewezen heeft. Ook als het gaat om een wijziging van omstandigheden na het vonnis die als de rechter dat geweten had, had gezorgd dat de rechter anders had beslist, waardoor de persoon in een noodtoestand raakt. Maar als hoofdargument is dat de kantonrechter het verkeerd heeft gedaan, want er was een tegenvordering, dat gaat niet door. Inhoudelijke argumenten kunnen niet meer in het executiegeschil aan de orde komen, daarvoor is het te laat.

### **Reële executie**

Art. 3:296 BW drukt uit dat je recht hebt op veroordeling dat de ander nakomt. Dat geldt voor afgifte van onroerende zaken, dus je moet ze leeg opleveren. Geldt ook bij roerende zaken die je gekocht hebt. Art. 491 Rv geeft een voorziening voor de reële executie aan degene die daar recht op heeft, zodat je precies krijgt waar je recht op hebt, en geen genoegen hoeft te nemen met schadevergoeding. Art 3:297 BW zegt dat een afgedwongen afgifte geldt als vrijwillige nakoming, dus als een levering. Koopovereenkomst van huis scheidt recht op levering. Leveringsakte moet worden ingeschreven in de registers. Daarmee ben je eigenaar geworden. Aan de leveringsakte moet de verkoper deelnemen, het is een vrijwillige handeling. Hoe dwing je iemand die niet een wilsverklaring af wil leggen om die toch af te leggen? De oplossing staat in art. 3:300/301 BW, je kan de rechter vragen zijn vonnis executoriaal te verklaren.

### **HC 14, 19-10-2017, kort geding**

Het kort geding is één van de belangrijkste vormen van het burgerlijk proces. 50% van de gevallen is een kort geding.

### **Casus**

Leveren is hier essentieel, daarmee gaat het eigendom over. Art. 705 Rv: de voorzieningenrechter heft het beslag op. In hoger beroep wordt dat vernietigd. De opheffing is een uitvoerbaar bij voorraad (uvbv) verklaard vonnis. Dus ondanks het hoger beroep vindt de opheffing direct plaats, ex nunc. Het beslag is dus weg, maar conservatoir beslag was het eerste rechtsfeit. Daarna verkoop en levering, en daarna gaat het beslag eraf. Kan er overdracht terwijl er conservatoir beslag is? Het gevolg van beslag is blokkerende werking (per beslagvorm in de wet). Bij conservatoir beslag ga je met de regeling van art. 702 Rv terug naar de regeling van executoriaal beslag. Blokkerende werking voor roerende zaken staat in art. 453a en voor onroerende zaken in 505 Rv. Art. 505 zegt dat als er beslag ligt op een goed, er bepaalde rechtshandelingen die daarna verricht worden, niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. Erfpacht of vruchtgebruik of erfdienstbaarheid etc. die kunnen niet worden ingeroepen tegen de beslaglegger. Beslag creëert een bescherming van de beslaglegger. Ontvanger/de Jong-arrest geldt voor roerende zaken. Maar voor onroerende zaken heeft de HR vlak daarvoor een arrest gewezen, Forward/Huber, wat dezelfde uitleg geeft, namelijk wat is de blokkerende werking van dat beslag. De HR zegt dat het beslag de beschikkingsbevoegdheid niet aantast, het maakt de beslagene niet-beschikkingsonbevoegd. Het verhindert de rechtsgeldige overdracht niet. De beslaglegger kan ondanks de vervreemding nog steeds zijn beslagrechten uitoefenen onder de verkrijger. In casu is hij dus eigenaar geworden, maar de beslaglegger kan zijn recht onder hem nog vervolgen (hoofdregeel). De beslagene is echter wel strafbaar voor het vervreemden, hij kan dus ook vervolgd worden.

Door het opheffingsvonnis gaat het beslag eraf. Het is uitvoerbaar bij voorraad verklaard, het werkt direct. In hoger beroep wordt het opheffingsvonnis vernietigd. Wat gebeurt er als er in hoger beroep een vonnis in eerste aanleg wordt vernietigd? Dat heeft terugwerkende kracht, werking ex tunc. De HR geeft aan dat het vonnis is vernietigd, maar met eerbiediging van de wijziging van de rechtstoestand met betrekking tot het huis. Het beslag herleeft dus, maar met restrictie (derden bescherming ter goede trouw). Wijziging in de rechtstoestand die tussen de opheffing en het vernietigingsvonnis hebben plaatsgevonden met betrekking tot het huis moet dus worden geëerbiedigd. Maar is er een wijziging van de rechtstoestand? Als een huis verkocht wordt in weerwil van het beslag gaat de eigendom over, het goed is dan eigendom van de verkrijger, maar hij kan het niet inroepen tegen de beslaglegger. Maakt dat het anders als het een tijdje eraf is geweest? De HR zegt dat je eerst de vraag moet beantwoorden of het beslag de rechtstoestand van het huis wijzigt. Qua eigendom niet, maar het beslag scheidt een eigendom wat belast is met een beslag. Als er beslag op ligt en het er weer afgaat, wijzigt het de rechtstoestand. Als het beslag eraf is en daarna komen er allemaal rechten op dan is het vrij en onbezwaard. Maar geldt dat ook voor een verkoop die al plaatsgevonden heeft voor de opheffing? De HR zegt ja. Je kan dus theoretisch misbruik maken, maar je loopt een groot financieel risico en ook nog eens strafrechtelijk. Dus de opheffing doet het beslag verdwijnen. Daarna herleeft het beslag weer. Wijziging van de rechtstoestand moet je eerbiedigen, en dat geldt ook in deze situatie. Wijziging van een rechtstoestand is er wel als het beslag eraf of erop komt. Conclusie: er kan geen beslag meer worden uitgeoefend! De wijziging in de rechtstoestand moet worden eerbiedigt. Advies is dan om te zoeken naar een ander verhaalsobject.

Bij koop van de fiets van A door P is er nog geen levering. P wil zijn aanspraak veilig stellen door het leggen van beslag op de fiets. Hij is nog geen eigenaar. Hij heeft geen recht op de fiets, wel recht op levering. Dus ter bescherming van recht op levering moet hij beslag leggen. Normaliter bescherm je met je beslag je geldvorderingsrecht. Kan je beslag leggen op een recht op levering? Niet met verhaalsbeslag, want hij wil de fiets, geen geld. Je hebt te maken met conservatoir beslag. Levering van fiets gaat door bezitsverschaffing, afgifte. In dit geval art. 730 e.v. Rv. Je hebt toestemming van de voorzieningenrechter nodig art. 700 Rv. Plaats waar goed ligt van je beslag bepaalt de relatieve bevoegdheid. Het petitum is het verzoek zelf, dat staat in het verzoekschrift. In het verzoek moet je om verlov vragen tot het leggen van het beslag. In art. 700 lid 2 Rv staat dat je de aard van het beslag moet noemen (welk soort, hier leveringsbeslag ex 730), en het in te roepen recht. Ook moet je nog kijken naar art. 730 Rv of daar nog bijzondere regels staan die iets over het verzoekschrift zeggen. Als de beslagene de fiets dan verkoopt, volgt het beslag wel zoals is bepaald in Ontvanger/de Jong. Er is geen sprake van derdenbescherming art. 3:86 BW, want hij blijft beschikkingsbevoegd. Conservatoir leveringsbeslag kent een schakelbepaling naar het conservatoir verhaalsbeslag art. 734 Rv. Conservatoir verhaalsbeslag in art. 702 Rv kent een schakelbepaling dat teruggrijpt naar executoriaal

beslag. Art. 439 e.v. Rv gaat over de roerende zaken. Daar zoek je het antwoord. Derde te goeder trouw kan inbreuk maken op de blokkerende werking van beslag, art. 453a Rv.

### **Aard en strekking kort geding**

Bijzonder bij het kort geding is dat je niet gevolgd hoeft te worden door een bodemprocedure. Je kan een voorlopige voorziening vragen zonder dat je daarna naar de bodemrechter hoeft te stappen. Je moet je aan het vonnis houden en het kan geëxecuteerd worden. Het heeft dus bindende en executoriale kracht. Kort geding vonnis heeft geen gezag van gewijsde. In het Kloes/Fransman-arrest is dat bepaald. Als bodemrechter anders bepaalt, valt het kortgeding vonnis weg. Bodemrechter gaat voor, omdat hij beter onderzoek naar de feiten kan doen en dus een betere beslissing kan geven. Vonnis van de bodemrechter heeft wel gezag van gewijsde. Kracht van gewijsde is wat anders, ziet op uitputting van rechtsmiddelen. De voorzieningenrechter moet zich richten naar het oordeel van de bodemrechter, behalve als hij zich vergist heeft of als er wijzigingen zijn van omstandigheden na het oordeel. De voorzieningenrechter kan ook een noodverband leggen in afwachting van wat de appelrechter zegt. Het kort geding staat in het derde boek tweede titel Rv. Kort geding procedures beginnen met een dagvaarding. Maar soms kan het ook heel informeel, als er spoed bij is. Je kan met de wederpartij een vaststellingsovereenkomst maken dat je daarna niet naar de bodemrechter mag. De kortgedingrechter heeft een enorme vrijheid, hij kan op basis van belangen beslissen. De hele procedure van bewijzen geldt hier niet. In het Procter and Gamble-arrest had de rechter vastgesteld dat K onrechtmatig gehandeld had tegenover Procter and Gamble. Als eenmaal vaststaat dat je recht hebt op basis van materiële privaatrecht op basis waarvan je een bepaalde gedraging kan verlangen van de wederpartij, dan mag je naar de rechter stappen en dan zegt art. 3:296 BW dat de rechter het moet uitspreken. Geldt dat nou ook in kort geding? Overheerst ordemaatregel, of overheerst 3:296 BW? HR zegt aard van het kort geding brengt mee dat voorzieningenrechter belangenafweging mag maken en zo tot het oordeel kan komen dat het belang van de eiser al voldoende gediend is en dat hij niet per se een verbod hoeft uit te spreken en een andere voorziening kan uitspreken.

### **Kemkes/Samson**

Dwangsomveroordeling gaat lopen als er voldaan is aan twee voorwaarden: 1. Als je niet hebt voldaan aan de veroordeling. 2. Executie kan alleen maar beginnen als je niet eerst betekend hebt art. 430 lid 3 jo. art. 611a Rv. Bij Samson was aan deze twee voordelen voldaan. Kemkes begint na het kort geding een hoofdzaak. Bodemrechter zegt er is helemaal geen koopovereenkomst. Bodemrechter beslist anders dan kortgeding rechter. Samson heeft dus geen wanprestatie gepleegd en is ook geen schadevergoeding verschuldigd. Maar de dwangsom? Rechtbank en Hof zeggen dat hij die ook niet verschuldigd is. HR zegt je moet wel betalen! Het gaat niet om de koopovereenkomst, het gaat om het feit dat je je niet hebt gehouden aan het kort geding vonnis. Hij had dus hoger beroep moeten instellen tegen het kortgeding vonnis, want als hij dan gelijk krijgt dan heeft dat vonnis terugwerkende kracht.