

9. De Hoge Raad gaat niet in deze redenering mee en doet de zaak vrij kort af. Het hof heeft geoordeeld dat opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat en beoordeeld of deze zich voordeed. Daarbij heeft het hof vastgesteld dat een belangrijke reden voor het opzeggen is gelegen in het willen wegnemen van een belemmering voor precarioheffing. Dus had het hof de vraag te beantwoorden of dit als een voldoende zwaarwegende grond kan worden aangemerkt. Of precario bij een andere vennootschap kan worden geheven is daarvoor niet relevant.

10. Kortom, staat eenmaal vast dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging is vereist, dan zal wel concreet moeten komen vast te staan dat een dergelijke grond zich voordoet. Nu in dit geval het oordeel dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging vereist is onaangetast bleef, moest dus komen vast te staan dat de gemeente een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond had. Als die grond gelegen zou kunnen zijn in de heffing van precario, doet aan de zwaarwegendheid eerder af dat die toch al geheven kon worden.

11. De uitkomst had mijns inziens ook anders kunnen zijn omdat het – om het zo te zeggen – precarioneutrale effect van de beëindiging (als een van de omstandigheden van het geval) ook een argument had kunnen zijn om niet het vereiste van een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond aan te nemen. Dat een gemeente na negentig jaar en een stelselwijziging in de energiesector orde op zaken wil stellen en alle aanbieders op dezelfde wijze wil reguleren, lijkt gerechtvaardigd. Dat marktpartijen erop mogen rekenen dat afspraken uit een wezenlijk ander verleden worden gecontinueerd, ligt niet voor de hand. Op zich had met deze twee argumenten mijns inziens kunnen worden volstaan. Daarbij is het in de huidige tijd meer en meer gebruikelijk⁷ dat overheden een vergoeding vragen voor het gebruik van hun eigendommen. Dat commerciële nutsbedrijven die kosten kunnen doorbelasten aan hun afnemers – nota bene binnen gereguleerde tariefstelsels – is eerder een argument dat tegen beperkingen op de mogelijkheid van opzegging pleit.

12. In zijn arrest van 12 februari 2019⁸ kwam het Hof Leeuwarden tot een ander oordeel in een vergelijkbare zaak. Het hof overwoog:

'4.24. De Overeenkomsten EGD/OVL hebben betrekking op het hebben, houden en exploiteren van de kabels en leidingen ten behoeve van de energievoorziening in de grond van de Overheden. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat een opzegging van de Overeenkomsten EGD/OVL niet tot gevolg heeft dat Enexis niet meer of slechts onder bijzondere bezwarende omstandigheden het OV-net kan exploiteren. Er is publiekrechtelijke regelgeving waaraan Enexis net als andere beheerders en energieleveranciers rechtsbescherming kan ontlenen. Weliswaar kan het zo zijn dat de opzegging van de civielrechtelijke overeenkomst voor Enexis tot gevolg heeft dat Enexis in het kader van het publiekrechtelijk kader met (hogere) kosten wordt geconfronteerd en dat de hoogte van de kosten minder voorspelbaar zijn dan onder de Overeenkomsten EGD/OVL, maar dat op zichzelf brengt niet mee dat uit de redelijkheid en billijkheid, de aard en inhoud van de overeenkomst en de overige omstandigheden van het ge-

val voortvloeit dat opzegging slechts bij een zwaarwegende grond kan geschieden. Het hof weegt daarin mee dat Enexis haar kosten in beginsel kan doorberekenen aan de afnemers. Onder deze omstandigheden is naar het oordeel van het hof geen zwaarwegende grond voor de opzegging vereist.'

13. De hogere kosten van de publiekrechtelijke regeling (ook in deze zaak ging het om precario) gaven het hof derhalve geen aanleiding tot het oordeel dat voor opzegging een voldoende zwaarwegende grond was vereist. Aan een onderzoek of de wens om precario te kunnen heffen een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond oplevert, wordt dan niet meer toegekomen. In een vergelijkbare casus kan dus tot een ander oordeel worden gekomen. Wellicht zijn er verschillen in de feitencomplexen die dit verklaren. Mijns inziens wordt hiermee wel aangetoond dat de opzegging van een duur-overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder contractuele of wettelijke regeling van de opzegging, een onzekere onderneming is. Wie daar niet eerst viereneenhalf jaar over wil procederen,⁹ regelt het beter vooraf.

mr. E.E. van der Kamp
Trip Advocaten & Notarissen

101

Afstemmingsregel, misbruik van executiebevoegdheid

Hoge Raad
24 april 2020, nr. 19/00155, ECLI:NL:HR:2020:806
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Wesseling-Van Gent)
Noot mr. G.J. de Bock

Burgerlijk procesrecht. Art. 419 lid 2 Rv. Afstemmingsregel. Art. 438 lid 2 Rv. Executiegeschil. Klaarblijkelijke misslag. Misbruik van bevoegdheid.

[Rv art. 257, 351, 360 lid 2, 419 lid 2, 438 lid 2; BW art. 3:13 lid 2]

Essentie: De voorzieningenrechter dient zijn uitspraak in beginsel af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. Deze afstemmingsregel geldt ongeacht of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Het feit dat de uitspraak van het hof in de bodemprocedure door de Hoge Raad is vernietigd, na het wijzen door het hof van het arrest in het executiegeschil, kan in cassatie niet in aanmerking worden genomen (art. 419 lid 2 Rv). Ook als er sprake zou zijn van een klaarblijkelijke misslag, dan brengt deze misslag niet zonder meer met zich mee dat het hof in de bodemprocedure evident een onjuist eindoordeel heeft bereikt. Dat eindoordeel kan na vernietiging en verwijzing alsnog gelijklopend zijn bij het slagen van een nog niet behandeld verweer. Executant maakt derhalve geen misbruik van bevoegdheid.

9 In het hier gepubliceerde arrest was opgezegd tegen 1 november 2014, gaf de rechtbank de gemeente op 3 februari 2016 gelijk, oordeelde het gerechtshof op 12 september 2017 anders en sprak de Hoge Raad op 29 maart 2019 het laatste woord. In andere zaken is het tijdsverloop niet wezenlijk anders.

7 Of verplicht. Denk aan de Wet markt en overheid, zoals opgenomen in de Mededingingswet.

8 ECLI:NL:GHARL:2019:1380.

Samenvatting: Ingevolge art. 419 lid 2 Rv kan het feit dat het arrest in de bodemprocedure inmiddels is vernietigd niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof in kort geding, omdat die vernietiging heeft plaatsgevonden nadat laatstgenoemde uitspraak is geweest (r.o. 3.2.1). Het hof moest zich in het onderhavige executiegeschil richten tot de ten tijde van het wijzen van het arrest meest recente uitspraak, te weten het (later vernietigde) tussen- en eindarrest van het hof in de bodemprocedure.

Onder verwijzing naar HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015 (Yukos/Promneftstroy) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 (KB-Lux) overweegt de Hoge Raad tevens dat afstemming diende plaats te vinden ongeacht of de arresten van het hof in de bodemprocedure in kracht van gewijsde waren gegaan. Dat door de curator cassatieberoep was ingesteld, doet derhalve niet af aan de afstemmingsregel (r.o. 3.2.2 en 3.2.3).

De Hoge Raad heeft in het arrest Ritzen/Hoekstra overwogen dat een uitzondering op de afstemmingsregel onder meer kan plaatsvinden indien de te executeren uitspraak berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag. De Hoge Raad roept in herinnering dat hij in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 gedeeltelijk is terugkomen op HR 22 april 1983, NJ 1984/145 (Ritzen/Hoekstra). Omdat in de cassatiemiddelen niet tegen de door het hof toegepaste Ritzen/Hoekstra-maatstaf was opgekomen, wordt beoordeeld op grond van misbruik van bevoegdheid (r.o. 3.4.1).

Uit het arrest Ritzen/Hoekstra volgt echter niet dat een klaarblijkelijke misslag steeds meebrengt dat de executant die deze uitspraak ten uitvoer legt, misbruik van bevoegdheid maakt (r.o. 3.4.3).

Het hof heeft in zijn oordeelsvorming betrokken dat de nog niet behandelde verweren van gedaagde (executant) tegen de vordering van de curator (geëxecuteerde) in de bodemprocedure kunnen leiden tot een gelijklopend eindoordeel. Daarnaast haalt het hof aan dat de curator niet heeft gesteld dat die andere verweren van gedaagde kansloos zijn. Dit oordeel van het hof in het executiegeschil komt erop neer dat, ook als sprake zou zijn van een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag, deze misslag als zodanig niet meebrengt dat het hof in de bodemprocedure evident een onjuist eindoordeel heeft bereikt, zodat executant geen misbruik maakt van haar bevoegdheid om tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.4.4).

Dingenis Meulenberg, in zijn hoedanigheid van curator van [A] B.V., kantoorhoudende te Zwolle, eiser tot cassatie, hierna: de curator, advocaat: F.E. Vermeulen, tegen [verweerster], gevestigd te [plaats], verweerster in cassatie, hierna: [verweerster], niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Wesseling-Van Gent)

Het gaat in deze zaak in de eerste plaats over de verhouding tussen een veroordeling in de bodemzaak tot betaling van een geldbedrag en de vordering in kort geding tot terugbetaling

van hetgeen ter voldoening aan de veroordeling in de bodemzaak reeds is betaald. In dat kader wordt ingegaan op de vordering tot ongedaanmaking en de afstemmingsregel. De bijzonderheid is dat het arrest van de appelrechter in de bodemzaak waarop het arrest van de appelrechter in kort geding is afgestemd, inmiddels door de Hoge Raad is vernietigd, met verwijzing van dit geding naar een ander hof.

Daarnaast heeft deze zaak betrekking op de geldende maatstaf van misbruik van bevoegdheid van executie in de zin van art. 3:13 BW, in het bijzonder indien sprake is van een klaarblijkelijke juridische misslag.

1. Feiten¹ en procesverloop²

1.1. Het geschil tussen verweerster in cassatie (hierna: [verweerster]) en eiser tot cassatie (hierna: de curator) draait om een aantal uit 2010 daterende, samenhangende transacties tussen [verweerster], [A] B.V. en de Liberiaanse vennootschap [B] (hierna: [B]).

1.2. [verweerster] heeft in 2010 het merendeel van haar aandelen in [A] B.V. aan [B] verkocht voor een bedrag van een half miljoen euro. De afspraken die over de betaling van de koop-som zijn gemaakt, kwamen erop neer dat [B] deze niet aan [verweerster] zou voldoen, maar aan [A] B.V., en dat door die betaling voor hetzelfde bedrag een vordering uit lening zou ontstaan van [verweerster] op [A] B.V. [B] heeft deze betaling echter nooit gedaan.

1.3. Bij het geschil dat hieruit is voortgevloeid, wordt een centrale rol gespeeld door de aandeelhouder en statutair directeur van [B], [betrokkene 1]. Deze is op 20 mei 2010 – tegelijk met de aandelenoverdracht aan [B] – tevens benoemd tot enig statutair directeur van [A] B.V.

1.4. [betrokkene 1] heeft na die benoeming op 15 juni 2010 in zijn nieuwe hoedanigheid opzettelijk in strijd met de waarheid aan [verweerster] bevestigd dat [B] namens [verweerster] een half miljoen euro heeft betaald (de lening).

De discussie die hierop volgde, betreft het beroep op verrekening dat [verweerster] heeft gedaan van haar vordering tot terugbetaling van deze lening (in wezen dus de betaling van de koopprijs van de aandelen) met een rekening-courant-schuld die zij aan [A] B.V. had.

1.5. Na het faillissement van [A] B.V. heeft de curator veroordeling van [verweerster] gevorderd tot betaling van de schuld uit rekening-courant. Deze procedure wordt hierna aangeduid als de procedure in de bodemzaak. De rechtbank Overijssel heeft die vordering bij vonnis van 11 december 2013 toegewezen en [verweerster] veroordeeld tot betaling aan de curator van een bedrag van € 547.386,=. De rechtbank heeft daarbij het verrekeningsverweer van [verweerster] verworpen.

1.6. Ter uitvoering van deze veroordeling heeft [verweerster] op 27 december 2013 een bedrag van € 591.063,= aan de curator betaald.

1.7. [verweerster] is van het onder 1.5 genoemde vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het hof heeft dit vonnis bij arrest van 24 oktober

1 Zie rov. 3.1-3.6 van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11020 (hierna: het bestreden arrest).

2 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in hoger beroep rov. 2 van het bestreden arrest. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1 van de rechtbank Overijssel van 5 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1041, JOR 2018/191, m.nt. J.B.A. Jansen.

2017³ vernietigd, waarbij het beroep van [verweerster] op verrekening alsnog is gehonoreerd, en [verweerster] slechts veroordeeld tot betaling van een restantschuld van € 16.509,29 met wettelijke rente. De curator is veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties ten bedrage van € 40.804,52. Beide veroordelingen zijn uitvoerbaar bij voorraad verklaard.⁴

1.8. De curator heeft op 23 januari 2018 cassatieberoep tegen dit arrest ingesteld.

1.9. Twee weken nadien heeft [verweerster] bij dit kort geding inleidende dagvaarding van 7 februari 2018 gevorderd dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Overijssel de curator veroordeelt tot terugbetaling aan [verweerster] van het bedrag van € 591.063,=, vermeerderd met wettelijke rente, na aftrek van het bedrag van € 17.234,54.

De curator heeft in reconventie gevorderd [verweerster] te verbieden het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 24 oktober 2017 ten uitvoer te leggen tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement van [A] plaatsvindt, althans [verweerster] te gebieden zekerheid te stellen door middel van een bankgarantie voor een bedrag gelijk aan het bedrag dat de curator krachtens het arrest van het hof aan [verweerster] moet betalen, voordat die betaling plaatsvindt, dan wel door storting van het bedrag op een kwaliteitsrekening van een notaris, een en ander op straffe van een dwangsom.

1.10. De voorzieningenrechter in de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle heeft bij kortgedingvonnis van 5 maart 2018 in conventie de vordering afgewezen en in reconventie [verweerster] verboden het arrest van het hof ten uitvoer te leggen tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement van [A] plaatsvindt.

De voorzieningenrechter kwam, kort gezegd, tot het oordeel (in conventie) dat het vereiste spoedeisende belang van [verweerster] onvoldoende is onderbouwd en (in reconventie) dat het hof in het arrest van 24 oktober 2017⁵ een juridische mislag heeft begaan door aan te nemen dat voor verrekening van de leenschuld met de rekening-courantschuld een juridische grondslag bestond; het kwam de voorzieningenrechter onaanvaardbaar voor dat enkel door de verklaring van [betrokkene 1] een verrekenbare vordering uit hoofde van terugbetaling van een geldlening in het leven is geroepen.

1.11. [verweerster] is, onder aanvoering van negen grieven, van dit vonnis, zowel in conventie als in reconventie,⁶ in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden. Zij heeft daarbij, kort gezegd, gevorderd dat haar vordering alsnog wordt toegewezen en dat die van de curator wordt afgewezen.

1.12. De curator heeft de grieven bestreden.

1.13. Het hof heeft bij kortgedingarrest van 18 december 2018 het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle van 5 maart 2018 voor zover dat in conventie en in reconventie is geweest, vernietigd en heeft in zoverre opnieuw rechtdoende, voor zover thans van belang:

– in conventie de curator veroordeeld om aan [verweerster] een bedrag van € 591.063,= te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 december 2013, na aftrek van € 17.234,54;

– in reconventie de vordering van de curator afgewezen;

– het arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard; en

– het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.14. De curator heeft tegen dit arrest tijdig⁷ cassatieberoep ingesteld.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De curator heeft zijn standpunt schriftelijk toegelicht.

1.15. De Hoge Raad heeft bij arrest van 15 februari 2019 de arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016 en van 24 oktober 2017 in de bodemzaak vernietigd en het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch verwezen ter verdere behandeling en beslissing.⁸

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen.

2.2. *Onderdeel 1*, dat als titel draagt 'Afstemming met bodemprocedure' berust op de premisse⁹ dat de Hoge Raad in het ten tijde van de indiening van het onderhavige cassatieberoep nog aanhangige cassatieberoep in de bodemzaak, de arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016 en van 24 oktober 2017 zal vernietigen.

Het onderdeel betoogt in twee subonderdelen dat, indien en zodra dat is geschied, de door [verweerster] aan de bodemprocedure ontleende titel met terugwerkende kracht komt te vervallen die het hof in het bestreden arrest ten grondslag heeft gelegd aan zijn uitspraak.

Volgens *subonderdeel 1.1* kan als gevolg hiervan de toewijzing van het hof van [verweerster]'s vordering tot terugbetaling, die 'voortvloeit uit een door de bodemrechter in hoger beroep gegeven beslissing', evenmin in stand blijven, omdat het fundament onder dit oordeel is weggeslagen, aldus het subonderdeel. Het subonderdeel betoogt dat, nu het hof in kort geding een zelfstandige veroordeling tot betaling heeft uitgesproken, de curator, gelet op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, genoodzaakt is cassatieberoep in te stellen voor het geval de Hoge Raad de in de bodemprocedure gewezen arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden vernietigt.

2.3. *Subonderdeel 1.2* betoogt dat het voorgaande eveneens volgt uit de door het hof toegepaste afstemmingsregel, op basis waarvan de rechter in kort geding zijn oordeel dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. Volgens het subonderdeel dient, indien de Hoge Raad de arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016 en van 24 oktober 2017 vernietigt, de kortgedingrechter zijn oordeel af te stemmen op het in de bodemprocedure door de rechtbank Overijssel gegeven vonnis van 11 december 2013.¹⁰ Afgaande op het in dat vonnis gegeven bodemoordeel kan [verweerster] geen aanspraak maken op terugbetaling van enig bedrag door de curator, nu [verweerster] volgens dat oordeel juist geen verrekenbare tegenvordering jegens [A] toekomt. Ook om

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9207.

4 Zie het als productie 2 bij de dagvaarding van 7 februari 2018 van [verweerster] (processtuknummer 1) overgelegde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 oktober 2017.

5 In rov. 3.5 van het bestreden arrest staat abusievelijk het arrest van 12 januari 2016.

6 Zie de appeldagvaarding van [verweerster] van 27 maart 2018 (processtuknummer 8).

7 De procesinleiding in cassatie is op 9 januari 2019 ingediend in het portaal van de Hoge Raad (de cassatietermijn bedraagt in deze zaak acht weken (art. 402 lid 2 Rv in verbinding met art. 339 lid 2 RV)).

8 HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:226, RvdW 2019/266; JOR 2019/150, m.nt. A.G. Castermans.

9 Procesinleiding p. 3-4.

10 Verwezen wordt naar het vonnis van de rechtbank Den Haag 22 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10789, rov. 4.7.

deze reden kan de toewijzing van het door [verweerster] gevorderde bedrag in dit kort geding geen stand houden, aldus het subonderdeel.

2.4. Ik merk allereerst op dat in geen van beide subonderdelen wordt vermeld tegen welke rechtsoverweging(en) wordt opgekomen. Daarnaast bevatten beide subonderdelen m.i. slechts een betoog over de gevolgen van een vernietiging van de arresten in de bodemzaak voor de in kort geding gevorderde terugbetaling van het bedrag dat [verweerster] ingevolge het vonnis van de rechtbank Overijssel van 11 december 2013 aan de curator heeft betaald.

Nu de subonderdelen geen klachten bevatten, behoeven zij geen verdere behandeling.

2.5. Desalniettemin ga ik op het betoog in, onder meer omdat zoals hiervoor onder 1.15 vermeld, de Hoge Raad inmiddels de arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016 en van 24 oktober 2017 in de bodemzaak heeft vernietigd, maar ook het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft verwezen ter verdere behandeling en beslissing. Die procedure is dus nog niet ten einde.

Vordering tot ongedaanmaking

2.6. In de bodemzaak heeft de curator als oorspronkelijke eiser een vordering tot betaling van de schuld uit rekening-courant van [verweerster] gevorderd. Deze vordering is door de rechtbank toegewezen, waarna [verweerster] de desbetreffende schuld heeft betaald.

[verweerster] is vervolgens in hoger beroep gegaan.

Het hof constateert in rov. 4.2 – in cassatie niet bestreden – dat het arrest van 24 oktober 2017 slechts een executoriale titel voor [verweerster] oplevert ter zake van de proceskostenveroordeling en dat in die procedure geen terugbetaling is gevorderd van wat zij uit hoofde van het vernietigde vonnis onverschuldigd aan de curator heeft voldaan.

2.7. Het hof heeft hier het oog op de vordering tot ongedaanmaking (art. 6:203 BW). Vaste rechtspraak is dat, met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel, aan een vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis in hoger beroep een vordering tot ongedaanmaking van de ingevolge dat vonnis verrichte prestatie kan worden verbonden.¹¹

2.8. Een dergelijke vordering is geen zelfstandige eis in reconventie, die ingevolge art. 353 lid 1 RV niet voor het eerst in appel mag worden ingesteld¹² en geldt evenmin als een grief.¹³ Een vordering tot ongedaanmaking kan daarom zelfs voor het eerst ter gelegenheid van het pleidooi worden ingediend, mits dit geen strijd met de goede procesorde oplevert.¹⁴

2.9. Het hof neemt vervolgens in rov. 4.3 aan dat het hof in de bodemzaak een vordering tot terugbetaling zou hebben gehonoreerd indien die zou zijn ingesteld en dat dit kort geding in zoverre tot herstel van een omissie dient.

2.10. Omdat er twee procedures aanhangig zijn over een en dezelfde kwestie – de veroordeling van [verweerster] tot betaling van de schuld uit rekening-courant in de procedure in de bodemzaak en de vordering tot terugbetaling van hetgeen ingevolge die veroordeling is voldaan in de kortgedingprocedure – dient afstemming plaats te vinden.

Afstemmingsregel

2.11. Het hof heeft over de noodzaak van 'afstemming' in rov. 4.3 het volgende overwogen:

'Anders dan [verweerster] heeft aangevoerd, ontnemt het feit dat het hof in de bodemzaak al een uitspraak ten gronde heeft gewezen aan dit kort geding niet het karakter van voorlopige voorziening. De zogenaamde afstemmingsregel brengt echter wel mee dat aan het spoedeisende belang geen hoge eisen kunnen worden gesteld indien de vordering – zoals in dit geval – voortvloeit uit een door de bodemrechter in hoger beroep gegeven beslissing. Gegeven die beslissing moet worden aangenomen dat het hof in de bodemzaak een vordering tot terugbetaling zou hebben gehonoreerd indien die zou zijn ingesteld. In zoverre dient dit kort geding tot herstel van een omissie. Aan de zijde van de curator zijn geen omstandigheden aangevoerd die eraan in de weg staan dat een dergelijk herstel in dit kort geding kan plaatsvinden; er is geen sprake van een dreigend boedeltekort, en van een voldoende relevant restitutie risico is niet gebleken. Voor zover is aangevoerd dat sprake is van een kennelijke misslag bij de in de bodemzaak gegeven beslissing (en dat die eraan in de weg staat dat de vordering in dit geding aannemelijk kan worden geacht), verwijst het hof naar hetgeen in dat verband hierna wordt overwogen.'

2.12. In zijn arrest van 24 april 2015¹⁵ heeft de Hoge Raad zijn duidelijke regel over de verhouding tussen de beoordeling in kort geding en het vonnis van de civiele bodemrechter herhaald¹⁶:

'3.3.2. De rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de civiele bodemrechter een vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, dient in beginsel zijn vonnis af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het vonnis, en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Onder omstandigheden kan er plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op dit uitgangspunt. Dit zal het geval kunnen zijn indien het vonnis van de civiele bodemrechter klaarblijkelijk op een misslag berust, alsook indien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter, ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen. (...)'

2.13. De reden van de verplichting tot afstemming wordt gegeven in rov. 3.3.3: de rechtsverhouding tussen partijen in een contradictoair gevoerde civiele bodemprocedure wordt anders dan in kort geding zo nodig na bewijslevering en rapportage door deskundigen, in beginsel bindend tussen partijen vastgesteld, afgezien van de mogelijkheid daartegen een rechtsmiddel in te stellen.

11 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3 met verwijzing naar HR 20 maart 1913, NJ 1913, blz. 636. Zie in dat verband ook mijn conclusie vóór genoemd arrest uit 2004, onder 2.5-2.8. Zie verder HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1263, NJ 2018/71, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.

12 Zie A. Hammerstein, T&C Rv, commentaar op art. 353 Rv, aant. 2.b.; Burgerlijke Rechtsvordering, Van Geuns en Jansen, art. 353 Rv, aant. 5; Burgerlijke Rechtsvordering, T.F.E. Tjong Tin Tai, art. 136 Rv, aant. 8.

13 Burgerlijke Rechtsvordering, Van Geuns en Jansen, art. 353 Rv, aant. 6.

14 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4039, NJ 2007/140, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2.

15 ECLI:NL:HR:2015:1128.

16 Zie ook HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, NJ 2001/407, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.2 en HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015, NJ 2011/304 m.nt. H.B. Krans, rov. 3.4.2.

2.14. Gelet op het voorgaande geeft de afstemming door het hof van zijn oordeel in de kortgedingprocedure in hoger beroep op de, ten tijde van het wijzen van zijn arrest, recentste uitspraak in de bodemzaak, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Die recentste uitspraak in de bodemzaak was het eindarrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 oktober 2017. Dat tegen dit arrest inmiddels cassatieberoep was ingesteld, doet hieraan niet af. Afstemming dient immers plaats te vinden ongeacht of de uitspraak waarnaar de kortgedingrechter zich moet richten, in kracht van gewijsde is gegaan.¹⁷

2.15. De omstandigheid dat het arrest in de bodemzaak van 24 oktober 2017 inmiddels is vernietigd, kan bij de toetsing van het bestreden oordeel in cassatie niet in aanmerking worden genomen. Ingevolge art. 419 lid 2 Rv kan de feitelijke grondslag voor het debat in cassatie slechts worden gevonden in de bestreden uitspraak en de feitelijke stukken van het geding. Feiten die zijn voorgevallen na de bestreden uitspraak kunnen derhalve niet in aanmerking worden genomen.¹⁸

2.16. Het betoog van onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

2.17. Als de vordering tot ongedaanmaking door [verweerster] bij de bodemrechter in de bodemzaak zou zijn ingediend, zou de toewijzing van deze vordering als gevolg van de vernietiging van de arresten in de bodemzaak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 16 januari 2016 en van 24 oktober 2017 eveneens zijn aangetast. Die koppeling ontbreekt nu.

Dat is evenwel geen reden voor een andere uitkomst. Het hof heeft, in cassatie niet bestreden, in rov. 4.3 – zakelijk weergegeven – geoordeeld dat de vordering in kort geding tot terugbetaling een ander karakter heeft en anders wordt beoordeeld dan de bodemzaak. Een kortgedinguitspraak heeft bovendien geen gezag van gewijsde.¹⁹ Indien de verwijzingsrechter in de bodemzaak het vonnis van de rechtbank Overijssel van 11 december 2013 bekrachtigt, waarin [verweerster] is veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van € 547.386,= (minus een bedrag van € 17.234,54)²⁰ en een tweede cassatieberoep achterwege blijft, dan levert die veroordelende uitspraak voor de curator een executoriale titel op met betrekking tot de betaling van deze geldsom. Het in stand blijven van het thans bestreden arrest, doet hieraan niet af.

2.18. *Onderdeel 2* is in de kern gericht tegen rov. 4.7, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld (voor de leesbaarheid citeer ik ook rov. 4.6):

‘4.6. Bij de hier te maken beoordeling staat voorop dat een executiegeschil zoals dit geen verkapt rechtsmiddel kan zijn tegen het oordeel van de rechter in de hoofdzaak. Schorsing van de executie in kort geding op grond van artikel 438 Rv is alleen mogelijk als sprake is van misbruik van (executie)recht als bedoeld in artikel 3:13 BW. Dat kan aan de orde zijn als het te executeren vonnis klaarblijkelijk berust op een juridische of feitelijke misslag, of indien door feiten die na het vonnis zijn

voorgevallen of aan het licht zijn gekomen klaarblijkelijk een noodtoestand voor de geëxecuteerde ontstaat, waardoor onverwijld tenuitvoerlegging onaanvaardbaar is (HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575).

4.7. Het voorgaande betekent dat de eventuele constatering dat sprake is van een juridische misslag niet zondermeer ertoe dwingt de executie van het arrest van 24 oktober 2017 te schorsen. Dat is alleen het geval indien om die reden gesproken moet worden van misbruik van executierecht door [verweerster]. In de woorden van de curator: als de Hoge Raad enkel en alleen tot cassatie en verwijzing naar een ander hof kan overgaan en het verwijzingshof niets anders kan doen dan de vorderingen van de curator volledig toewijzen. Dat deze zaak zal aflopen zoals de curator stelt, is echter allerminst zeker. Indien immers het oordeel van het hof al onjuist zou zijn dat plaats is voor verrekening van de leenschuld met de schuld uit rekening-courant, dan nog dient een aantal andere verweren tegen de vordering van de curator tot betaling van die laatste schuld te worden beoordeeld. Het hof is in de bodemzaak aan beoordeling van die subsidiaire verweren niet toegekomen. Dat betekent echter niet dat die verweren zonder belang zijn voor dit kort geding. Van misbruik van recht door [verweerster] is sprake indien ook de subsidiaire verweren als kansloos moeten worden aangemerkt. Dat die situatie zich voordoet, heeft de curator niet gesteld; hij heeft zich beperkt tot de constatering dat sprake is van een juridische misslag in wat het hof wel beoordeeld heeft. Het door de curator gestelde misbruik van recht is in zoverre dan ook feitelijk onvoldoende onderbouwd. Op die constatering moet alsnog de vordering van de curator stranden voor zover deze is toegewezen.’

2.19. Het bestreden oordeel heeft betrekking op de reconventionele vordering van de curator die, voor zover in hoger beroep nog van belang, is beperkt tot schorsing van de executie van de in het arrest van 24 oktober 2017 – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – aan de curator opgelegde verplichting de proceskosten (€ 40.804,52) van [verweerster] te vergoeden (rov. 4.5).

Het gaat dus om een executiegeschil.

2.20. Het onderdeel klaagt – samengevat – dat het oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de toe te passen maatstaf. Volgens het onderdeel vereist de door het hof in rov. 4.6 aangehaalde Ritzen-Hoekstra-maatstaf²¹ voor het aannemen van misbruik van (executie)recht slechts dat het te executeren arrest op een klaarblijkelijke juridische en feitelijke misslag berust. Genoemde maatstaf houdt niet de door het hof in rov. 4.7 voorgestane aanvullende eis in dat de executerende partij na vernietiging van het te executeren, op een misslag berustende arrest, ‘kansloos’ zal zijn in pogingen om in verdere, na vernietiging te voeren, procedures eenzelfde uitspraak te verkrijgen als is verkregen in het op een misslag berustende arrest.

Executiegeschil (art. 438 Rv)

2.21. Bij beoordeling van de vraag of een door de bodemrechter uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling kan worden geschorst, dient de ‘executierechtter’ de beslissingen van de bodemrechter te eerbiedigen. Hij mag deze niet terzijde stellen omdat hij een andere mening heeft.²² Hem komt, gelet op

17 Zie de hiervoor geciteerde rov. 3.3.2 van HR 24 april 2015.

18 Zie o.m. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2363, NJ 2012/245, rov. 3.4 laatste twee zinnen; A. Hammerstein, Commentaar op Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 419, aant. C.2; Burgerlijke Rechtsvordering, Korthals Altes, art. 419 Rv, aant. 4; B. Winters, T&C Rv, commentaar op art. 419 Rv, aant. 5.

19 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/252; Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 2018, nr. 159.

20 Er vanuit gaande dat de curator heeft voldaan aan de veroordeling tot betaling die is uitgesproken in het bestreden kortgedingarrest.

21 HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575, NJ 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ritzen/Hoekstra*), rov. 3.2.

22 Aldus W.H. Heemskerk in zijn annotatie van het in de vorige noot genoemde arrest.

het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, niet de bevoegdheid toe de juistheid van de desbetreffende uitspraak ten gronde te beoordelen.²³

Kort gezegd kan de rechter alleen schorsing van de executie bevelen indien de executant misbruik maakt van zijn bevoegdheid om een vonnis ten uitvoer te leggen.²⁴ Standaard-arrest in dit verband is HR 22 april 1983²⁵, waarnaar het hof in rov. 4.6 heeft verwezen. Daarin heeft de Hoge Raad het volgende geoordeeld:

‘3.2. In een dergelijk executiegeschil met betrekking tot een ontruimingsvonnis kan de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van dat vonnis bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.’

2.22. Bij de beoordeling of sprake is van misbruik van executiebevoegdheid gaat het, voor zover het betrekking heeft op de vaststelling of sprake is van een klaarblijkelijke juridische misslag, om de vraag of de te executeren veroordelende uitspraak op een klaarblijkelijke juridische misslag²⁶ berust, derhalve of er sprake is van een klaarblijkelijke juridische misslag in de rechtsgronden waarop de veroordelende uitspraak is gebaseerd.

In de onderhavige zaak is dit het oordeel van het hof dat plaats is voor verrekening van de leenschuld met de schuld uit rekening-courant. De overige, subsidiaire, verweren tegen de vordering van de curator tot betaling van de schuld uit rekening-courant, waaraan het hof in de bodemprocedure niet is toekomen en die geen deel uitmaken van de juridische grondslag van de desbetreffende veroordelende uitspraak, zijn bij de in het geding zijnde beoordeling dan niet relevant.

2.23. Dit strookt ook met de te onderscheiden taken en bevoegdheden van de bodemrechter enerzijds en de executierechter anderzijds. De beoordeling van de juistheid van de desbetreffende subsidiaire verweren tegen de vordering van de curator is immers in beginsel een taak van de rechter in de bodemprocedure.

2.24. Onderdeel 2 is mitsdien in zoverre terecht voorgesteld.

2.25. Nu het hof met zijn overweging in rov. 4.7: ‘Indien immers het oordeel van het hof al onjuist zou zijn dat plaats is

voor verrekening van de leenschuld met de schuld uit rekening-courant, in het midden heeft gelaten of dat oordeel van de bodemrechter op een klaarblijkelijke juridische misslag berust, dient vernietiging en verwijzing te volgen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018 en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/08/213787/KG ZA 18-36 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Overijssel van 5 maart 2018;

b. het arrest in de zaak 200.238.640/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018.

De curator heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De zaak is voor de curator toegelicht door zijn advocaat en mede door P.B. Fritschy.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018 en tot verwijzing.

De advocaat van de curator heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In deze zaak is aan de orde of de rechter in een kort geding de afstemmingsregel heeft geschonden als zijn oordeel is afgestemd op de ten tijde van het wijzen van zijn uitspraak meest recente uitspraak in de bodemprocedure, maar laatstgenoemde uitspraak na de uitspraak in het kort geding door de Hoge Raad is vernietigd. Voorts is aan de orde of het oordeel dat een uitspraak in de bodemprocedure berust op een klaarblijkelijke juridische misslag, steeds meebrengt dat de executant door tenuitvoerlegging van die uitspraak misbruik maakt van bevoegdheid.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) In 2010 hebben verscheidene samenhangende transacties plaatsgevonden tussen [verweerster], [A] B.V. (hierna: [A]) en de Liberiaanse vennootschap [B] Inc. (hierna: [B]).

(ii) [verweerster] heeft in 2010 het merendeel van haar aandelen in [A] voor € 500.000,= verkocht aan [B]. De afspraken die over de betaling van de koopsom zijn gemaakt, kwamen erop neer dat [B] deze niet aan [verweerster] zou voldoen, maar zou betalen aan [A] en dat met die betaling voor hetzelfde bedrag een vordering uit geldlening van [verweerster] op [A] zou ontstaan. [B] heeft deze betaling echter nooit verricht.

(iii) Bij het geschil dat hieruit is voortgevloeid, speelt [betrokkene 1], de aandeelhouder en statutair bestuurder van [B], een centrale rol. Hij is op 20 mei 2010, tegelijk met de aandelenoverdracht aan [B], benoemd tot enig statutair bestuurder van [A].

(iv) [betrokkene 1] heeft op 15 juni 2010, in zijn hoedanigheid van statutair bestuurder van [A], opzettelijk in strijd met de waarheid aan [verweerster] bevestigd dat [B] namens [verweerster] € 500.000,= aan [A] heeft betaald (de lening).

(v) Na het faillissement van [A] heeft de curator in rechte gevorderd dat [verweerster] zou worden veroordeeld tot beta-

23 Vgl. de tekst van de gegrond bevonden rechtsklacht in HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5441, NJ 2007/177, rov. 3.6 en 3.7.

24 Zie o.m. Vermogensrecht, P.A. Stein, art. 3:13 BW, aant. 17.11; Burgerlijke Rechtsvordering, Broekveldt, art. 438 Rv, aant. 5.1; Hugenholtz/Heemskerck, a.w., nr. 159; de conclusie van A-G Strikwerda vóór HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9224, onder 14 en de daar aangehaalde rechtspraak en literatuur. Zie ook de annotaties van dit arrest van A.I.M. van Mierlo in NJ 2007/173 en van B.T.M. van der Wiel in JBPR 2007/36.

25 Vindplaats hiervoor in noot 21.

26 Snijders/Klaassen/Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 2017, nr. 428 spreken m.i. ten onrechte over een ‘kennelijke (...) juridische misslag’. Een klaarblijkelijke juridische misslag is evidentier dan een kennelijke juridische misslag en legt de lat dus hoger.

ling van de schuld uit rekening-courant. [verweerster] heeft zich tegen die vordering verweerd met een beroep op verrekening van haar vordering tot terugbetaling van de lening met die rekening-courantschuld. Deze procedure wordt hierna aangeduid als de bodemprocedure.

(vi) De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen en [verweerster] veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 547.386,=. Het beroep op verrekening van [verweerster] is verworpen.

(vii) Ter uitvoering van deze veroordeling heeft [verweerster] op 27 december 2013 een bedrag van € 591.063,= aan de curator betaald.

(viii) Het gerechtshof heeft bij arrest van 24 oktober 2017 (hierna: het eindarrest in de bodemprocedure) het beroep van [verweerster] op verrekening alsnog gehonoreerd en het vonnis van de rechtbank in de bodemprocedure vernietigd.²⁷ [verweerster] is veroordeeld tot betaling van een restantschuld – na verrekening – van € 16.509,29 met wettelijke rente. De curator is veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties ten belope van € 40.804,52. Beide veroordelingen zijn uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

(ix) De curator heeft cassatieberoep tegen dit arrest ingesteld.

(x) De Hoge Raad heeft het tussenarrest en het eindarrest in de bodemprocedure vernietigd en het geding verwezen ter verdere behandeling en beslissing.²⁸

2.3.1. In dit kort geding, dat is aangespannen kort nadat de curator het hiervoor in 2.2 onder (ix) bedoelde cassatieberoep had ingesteld, vordert [verweerster] de curator te veroordelen tot terugbetaling aan [verweerster] van € 591.063,=, vermeerderd met wettelijke rente, en verminderd met een bedrag van € 17.234,54 (de hiervoor in 2.2 onder (viii) bedoelde restantschuld van [verweerster] met rente). De curator vordert in reconventie, voor zover in cassatie van belang, [verweerster] te verbieden de door het hof in het eindarrest in de bodemprocedure ten laste van de curator uitgesproken proceskostenveroordeling ten uitvoer te leggen tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement van [A] plaatsvindt.

2.3.2. De voorzieningenrechter heeft in conventie de vordering van [verweerster] afgewezen en haar in reconventie verboden het eindarrest in de bodemprocedure ten uitvoer te leggen tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement van [A] plaatsvindt.

2.3.3. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en, voor zover in cassatie van belang, in conventie de curator veroordeeld om aan [verweerster] een bedrag van € 591.063,= te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 december 2013, en te verminderen met een bedrag van € 17.234,54. Het hof heeft de reconventionele vordering van de curator afgewezen.²⁹

2.3.4. Met betrekking tot de afstemming van zijn oordeel in dit kort geding op het oordeel in de bodemprocedure heeft het hof als volgt overwogen:

‘4.3. Anders dan [verweerster] heeft aangevoerd, ontleent het feit dat het hof in de bodemzaak al een uitspraak ten gronde heeft gegeven aan dit kort geding niet het karakter van voorlopige voorziening. De zogenaamde afstemmingsregel brengt echter wel mee dat aan het spoedeisende belang geen

hoge eisen kunnen worden gesteld indien de vordering – zoals in dit geval – voortvloeit uit een door de bodemrechter in hoger beroep gegeven beslissing.

Gegeven die beslissing moet worden aangenomen dat het hof in de bodemzaak een vordering tot terugbetaling zou hebben gehonoreerd indien die zou zijn ingesteld. In zoverre dient dit kort geding tot herstel van een omissie. Aan de zijde van de curator zijn geen omstandigheden aangevoerd die eraan in de weg staan dat een dergelijk herstel in dit kort geding kan plaatsvinden; er is geen sprake van een dreigend boedeltekort, en van een voldoende relevant restitutierisico is niet gebleken. Voor zover is aangevoerd dat sprake is van een kennelijke misslag bij de in de bodemzaak gegeven beslissing (en dat die eraan in de weg staat dat de vordering in dit geding aannemelijk kan worden geacht), verwijst het hof naar hetgeen in dat verband hierna wordt overwogen.’

2.3.5. Met betrekking tot de vordering van de curator om [verweerster] te verbieden over te gaan tot tenuitvoerlegging van de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde proceskostenveroordeling in het eindarrest in de bodemprocedure, heeft het hof als volgt overwogen:

‘4.6. Bij de hier te maken beoordeling staat voorop dat een executiegeschil zoals dit geen verkapt rechtsmiddel kan zijn tegen het oordeel van de rechter in de hoofdzaak. Schorsing van de executie in kort geding op grond van artikel 438 Rv is alleen mogelijk als sprake is van misbruik van (executie)recht als bedoeld in artikel 3:13 BW. Dat kan aan de orde zijn als het te executeren vonnis klaarblijkelijk berust op een juridische of feitelijke misslag, of indien door feiten die na het vonnis zijn voorgevallen of aan het licht zijn gekomen klaarblijkelijk een noodtoestand voor de geëxecuteerde ontstaat, waardoor onverwijlde tenuitvoerlegging onaanvaardbaar is (HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575).

4.7. Het voorgaande betekent dat de eventuele constatering dat sprake is van een juridische misslag niet zondermeer ertoe dwingt de executie van het arrest van 24 oktober 2017 te schorsen. Dat is alleen het geval indien om die reden gesproken moet worden van misbruik van executierecht door [verweerster]. In de woorden van de curator: als de Hoge Raad enkel en alleen tot cassatie en verwijzing naar een ander hof kan overgaan en het verwijzingshof niets anders kan doen dan de vorderingen van de curator volledig toewijzen. Dat deze zaak zal aflopen zoals de curator stelt, is echter allerminst zeker. Indien immers het oordeel van het hof al onjuist zou zijn dat plaats is voor verrekening van de leenschuld met de schuld uit rekening-courant, dan nog dient een aantal andere verweren tegen de vordering van de curator tot betaling van die laatste schuld te worden beoordeeld. Het hof is in de bodemzaak aan beoordeling van die subsidiaire verweren niet toegekomen. Dat betekent echter niet dat die verweren zonder belang zijn voor dit kort geding. Van misbruik van recht door [verweerster] is sprake indien ook de subsidiaire verweren als kansloos moeten worden aangemerkt. Dat die situatie zich voordoet, heeft de curator niet gesteld; hij heeft zich beperkt tot de constatering dat sprake is van een juridische misslag in wat het hof wel beoordeeld heeft. Het door de curator gestelde misbruik van recht is in zoverre dan ook feitelijk onvoldoende onderbouwd. Op die constatering moet alsnog de vordering van de curator stranden voor zover deze is toegewezen.’

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel neemt veronderstellenderwijze aan dat de Hoge Raad de in de bodemprocedure gewezen arresten zal vernietigen. Onderdeel 1.1 betoogt dat zodra dit

27 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9207.

28 HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:226.

29 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11020.

is geschied, de door [verweerster] aan de bodemprocedure ontleende titel, die door het hof in dit kort geding ten grondslag is gelegd aan zijn uitspraak, komt te vervallen. De toewijzing in dit kort geding van [verweersters] vordering tot terugbetaling, waarvan het hof heeft geoordeeld dat deze voortvloeit uit de door de bodemrechter in hoger beroep gegeven beslissingen, kan daarom evenmin in stand blijven. Onderdeel 1.2 voert aan dat dit eveneens volgt uit de afstemmingsregel, op grond waarvan de kortgedingrechter zijn oordeel dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. Als de door het hof in de bodemprocedure gewezen arresten door de Hoge Raad vernietigd zijn, dient het oordeel van de kortgedingrechter te worden afgestemd op het door de rechtbank in de bodemprocedure gewezen vonnis, dat inhoudt dat [verweerster] geen verkenbare tegenvordering op [A] heeft.

3.2.1. Dat de Hoge Raad de arresten in de bodemprocedure heeft vernietigd, is een feit dat ingevolge art. 419 lid 2 Rv niet in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof in dit kort geding, omdat die vernietiging heeft plaatsgevonden nadat laatstgenoemde uitspraak is geweest. Hierop stuit de klacht van onderdeel 1.1 af.

3.2.2. De rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de civiele bodemrechter een uitspraak in de hoofdzaak heeft gedaan, dient in beginsel zijn uitspraak af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenuitspraak of in een einduitspraak, in de overwegingen of in het dictum van de uitspraak, en ongeacht of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Onder omstandigheden kan er plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op dit uitgangspunt. Dit zal het geval kunnen zijn indien de uitspraak van de civiele bodemrechter op een evidente misslag berust, alsook indien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter, ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen.³⁰

3.2.3. Het hof heeft zijn oordeel in dit kort geding dus terecht afgestemd op de ten tijde van het wijzen van zijn arrest meest recente uitspraak in de bodemprocedure, te weten het hiervoor in 2.2 onder (viii) bedoelde eindarrest. Deze afstemming diende plaats te vinden ongeacht of dat eindarrest in kracht van gewijsde was gegaan, zodat daaraan niet afdoet dat op het tijdstip dat het hof in dit kort geding uitspraak deed, bekend was dat de curator tegen dat eindarrest cassatieberoep had ingesteld. De hierop gerichte klacht van onderdeel 1.2 faalt dus.

3.3. Onderdeel 2 klaagt dat het hof in de rov. 4.6 en 4.7 is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het maken van misbruik van (executie)recht, nu de door het hof aangehaalde Ritzzen/Hoekstra-maatstaf voor het aannemen van misbruik van (executie)recht slechts vereist dat het te executeren arrest berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag. Die maatstaf stelt niet als aanvullende eis dat de executerende partij na vernietiging van het te executeren, op een misslag berustende arrest, 'kansloos' zal zijn in pogingen om in verdere, na vernietiging te voeren procedures eenzelfde uitspraak te verkrijgen als is verkregen in het op een misslag berustende arrest. Voldoende is dat een misslag ten grondslag ligt aan de titel waarop de executie berust, aldus het onderdeel.

3.4.1. In zijn arrest van 20 december 2019³¹ is de Hoge Raad gedeeltelijk teruggekomen van zijn rechtspraak zoals ingezet met het arrest Ritzzen/Hoekstra van 22 april 1983³², waarin voor een executiegeschil in kort geding als maatstaf misbruik van bevoegdheid was voorgeschreven (art. 3:13 BW). De Hoge Raad heeft in het arrest van 20 december 2019 beslist dat, indien in kort geding op de voet van art. 438 lid 2 Rv wordt gevorderd dat de tenuitvoerlegging van een uitspraak waartegen een rechtsmiddel is ingesteld of nog openstaat, wordt verboden of geschorst, de vordering aan de hand van dezelfde maatstaf moet worden beoordeeld als een daartoe strekkend(e) vordering of verzoek als bedoeld in de art. 351 en 360 lid 2 Rv.³³

3.4.2. Bij de beoordeling van het middel moet evenwel van de maatstaf misbruik van bevoegdheid worden uitgegaan. In cassatie is immers niet opgekomen tegen deze door het hof gehanteerde maatstaf.

3.4.3. In het arrest Ritzzen/Hoekstra is met betrekking tot de maatstaf misbruik van bevoegdheid overwogen dat de rechter in een executiegeschil in kort geding slechts de staking van de tenuitvoerlegging van een uitspraak kan bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. De Hoge Raad heeft daarbij overwogen dat dat onder meer het geval zal kunnen zijn indien de te executeren uitspraak klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust.

Anders dan het onderdeel betoogt, volgt uit deze overwegingen niet dat het oordeel dat de te executeren uitspraak berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag, steeds meebrengt dat de executant die deze uitspraak ten uitvoer legt, misbruik van bevoegdheid maakt.

3.4.4. Het hof heeft in het midden gelaten of het oordeel van het hof in de bodemprocedure dat plaats is voor verrekening van de leenschuld van [A] met de schuld uit rekeningcourant van [verweerster], berust op een juridische misslag. Het heeft onderzocht of, als dat oordeel zou berusten op een juridische misslag, om die reden de tenuitvoerlegging van de proceskostenveroordeling door [verweerster] misbruik van executierecht zou opleveren. Het heeft geoordeeld dat dit niet het geval is omdat een aantal andere verweren van [verweerster] tegen de vordering van de curator tot betaling van de rekening-courantschuld, in de bodemzaak nog moet worden beoordeeld en dus allerminst zeker is hoe de zaak zal aflopen. Bij dat oordeel heeft het hof betrokken dat de curator niet heeft gesteld dat die andere verweren van [verweerster] kansloos zijn. Dit oordeel komt erop neer dat, ook als sprake zou zijn van een juridische misslag, deze misslag als zodanig niet meebrengt dat het hof in de bodemprocedure evident een onjuist eindoordeel heeft bereikt, zodat [verweerster] geen misbruik maakt van haar bevoegdheid om tot tenuitvoerlegging van de proceskostenveroordeling over te gaan. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel 2 faalt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

31 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026.

32 HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575.

33 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, rov. 5.6.2 en 5.6.3 in verbinding met rov. 5.3.2, 5.5.3 en 5.4.2.

30 Vgl. onder meer HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 en HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015 (Yukos).

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op nihil.

NOOT

1. De Hoge Raad geeft in r.o. 2.1 kernachtig weer waar het in deze zaak om draait. Er worden twee rechtsvragen beantwoord. Ten eerste is aan de orde of een rechter in kort geding de afstemmingsregel schendt als zijn oordeel is afgestemd op een ten tijde van het wijzen van zijn uitspraak meest recente uitspraak in de bodemprocedure, maar deze uitspraak in de bodemprocedure, na de uitspraak in het kort geding, door de Hoge Raad wordt vernietigd. Ten tweede is aan de orde de vraag of een klaarblijkelijke misslag in de bodemprocedure steeds meebrengt dat de executant door de tenuitvoerlegging van die uitspraak misbruik van bevoegdheid maakt.

2. Voor de bespreking van het onderhavige arrest zijn de feiten minder van belang. In ogenschouw dient te worden genomen dat dit arrest ziet op een executiegeschil in kort geding en dat tussen partijen ook een bodemprocedure loopt.

3. In de bodemprocedure is gedaagde aanvankelijk veroordeeld tot betaling van € 547.386,= aan eiser (een curator in faillissement) en is het beroep van gedaagde op verrekening verworpen. Gedaagde heeft uitvoering gegeven aan dit vonnis.

4. In hoger beroep heeft het hof, na het wijzen van een tussenarrest, bij eindarrest alsnog het beroep van gedaagde op verrekening gehonoreerd. Gedaagde is veroordeeld tot betaling aan de curator van (slechts) de restschuld na verrekening, zijnde € 16.509,29, te vermeerderen met wettelijke rente. De curator is veroordeeld in de kosten in beide instanties, zijnde € 40.804,52. Beide veroordelingen zijn door het hof uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De curator heeft tegen deze arresten van het hof cassatieberoep ingesteld.

5. Omdat gedaagde had nagelaten in de bodemprocedure bij het hof terugvordering uit hoofde van onverschuldigde betaling te vorderen, is gedaagde een executiekortgeding gestart tot terugbetaling van het verschil tussen de reeds betaalde veroordeling en de restschuld na verrekening op basis van de arresten van het hof. De curator heeft in reconventie, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat de in het eindarrest uitgesproken kostenveroordeling niet ten uitvoer mag worden gelegd tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement zal plaatsvinden. De voorzieningenrechter heeft de conventionele vordering afgewezen en de reconventionele vordering toegewezen. Gedaagde is van dit vonnis in hoger beroep gekomen.

6. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het vonnis in kort geding vernietigd en de curator veroordeeld tot betaling van € 591.063,=, te vermeerderen met wettelijke rente en te verminderen met de restschuld inclusief wettelijke rente. De reconventionele vordering van de curator is afgewezen. Tegen dit arrest heeft de curator cassatieberoep ingesteld.

7. Nadat het arrest in kort geding is gewezen, heeft de Hoge Raad in de bodemprocedure de arresten van het hof vernietigd en voor verdere behandeling verwezen naar een ander hof.

(i) Afstemmingsregel

8. In r.o. 3.2.1 wordt door de Hoge Raad ingegaan op de vernietiging door hem van de arresten van het hof in de bodemprocedure. De Hoge Raad overweegt daaromtrent dat het feit dat het tussen- en eindarrest zijn vernietigd en is verwezen naar een ander hof voor verdere behandeling niet in aanmerking kan worden genomen bij dit cassatieberoep in kort geding. Deze vernietiging is immers een feit dat niet kan worden gekend uit de bestreden uitspraak of uit de stukken van het geding (art. 419 lid 2 Rv). Het hof moest zich in het executiegeschil richten tot de ten tijde van het wijzen van het arrest meest recente uitspraak, te weten de arresten van het hof in de bodemprocedure, waarbij het beroep op verrekening door gedaagde was gehonoreerd.

9. Aan de afstemmingsregel ligt ten grondslag dat het primaat rust bij de (contradictoire) civiele bodemprocedure die met meer processuele en bewijsrechtelijke waarborgen is omkleed dan het kort geding en waaraan gezag van gewijsde wordt toegekend (vgl. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, r.o. 3.3.3). De bodemrechter is ingevolge art. 257 Rv ook niet gebonden aan een oordeel gegeven in kort geding, terwijl spiegelbeeldig de voorzieningenrechter op grond van de afstemmingsregel tot op zekere hoogte wel gebonden is aan een uitspraak in de bodemprocedure (Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/24; zie ook annotator H.B. Krans onder HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, randnrs. 4-7).

10. De afstemmingsregel beoogt tevens te voorkomen dat een executiegeschil als het onderhavige ontaardt in een verkaapt rechtsmiddel. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen staat hieraan in de weg. Het afstemmen van de uitspraak in kort geding op de uitspraak in een bodemprocedure dient de voorzieningenrechter ook ambtshalve te doen (Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/25 en 226).

11. In r.o. 3.2.2 herhaalt de Hoge Raad zijn uitgangspunt bij afstemming: 'De rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de civiele bodemrechter een uitspraak in de hoofdzaak heeft gedaan, dient in beginsel zijn uitspraak af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenuitspraak of in een einduitspraak, in de overwegingen of in het dictum van de uitspraak, en ongeacht of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan'. De afstemmingsregel wordt toegepast 'ongeacht of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan'. Dat in casu door de curator tegen het tussen- en eindarrest van het hof in de bodemprocedure cassatieberoep was ingesteld, doet derhalve niet af aan de toepasselijkheid van de afstemmingsregel.

12. Uit de rechtspraak volgen wel twee andere situaties waarin de afstemmingsregel niet van toepassing is. Ten eerste geldt de afstemmingsregel niet in cassatieprocedures in kort geding. Zij gaat alleen op voor rechters die over de feiten oordelen. De afstemmingsregel verdraagt zich niet met de aard van de cassatieprocedure die inhoudt dat het onderzoek daarin is beperkt tot de toepassing van het recht in en de motivering van de bestreden uitspraak tegen de achtergrond van de stukken van het geding als bedoeld in art. 419 lid 2 Rv aan de hand van de geformuleerde klachten (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:692, r.o. 3.3 onder c.).

13. Ten tweede geldt dat een vordering in kort geding tot opheffing van een conservatoir beslag, die erop is gebaseerd dat de vordering tot verzekering waarvan het beslag is gelegd door de bodemrechter in eerste aanleg is afgewezen, in het geval tegen dat vonnis hoger beroep is ingesteld, niet

zonder meer door de voorzieningenrechter kan worden toegewezen, ook niet onder het voorbehoud van klaarblijkelijke misslagen in de uitspraak van de bodemrechter. In een dergelijk geval zullen de wederzijdse belangen van partijen gewogen moeten worden. De omstandigheid dat de bodemrechter in eerste aanleg reeds een (afwijzende) uitspraak heeft gedaan, zal bij de weging van die belangen wél moeten worden meegenomen. In die zin is de uitspraak in de bodemprocedure niet zonder relevantie. De kans van slagen van het hoger beroep dient in het oordeel van de voorzieningenrechter echter weer buiten beschouwing te worden gelaten (vgl. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074 (*Hwang/Nidra*), r.o. 3.8; HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV 1559 (*Bijl/Van Baalen*), r.o. 3.6 met nadere toelichting in r.o. 3.4 en 3.5). De zelfde benadering geldt bij een vordering strekkende tot het verkrijgen van een verbod tot het treffen van conservatoire maatregelen (HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:599, r.o. 3.2).

14. Het niet van toepassing zijn van de afstemmingsregel moet overigens niet worden verward met de door de Hoge Raad daarop geformuleerde uitzonderingen. In r.o. 3.2.2 brengt de Hoge Raad die uitzonderingen nog eens naar voren: 'Dit zal het geval kunnen zijn indien de uitspraak van de civiele bodemrechter op een evidente misslag berust, alsook indien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter, ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen.' Bij dit citaat verwijst de Hoge Raad naar zijn uitspraken HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015 (*Yukos/Promneftstroy*) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 (*KB-Lux*).

15. Opvallend is dat de Hoge Raad in het *Yukos*-arrest aan de klaarblijkelijke misslag de clausulering heeft toegevoegd 'en de zaak dermate spoedeisend is dat de beslissing op een tegen dat vonnis aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht'. Hetzelfde kan worden terugvonden in HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870 (*Staat/NVV*). In onderhavige arrest en het *KB-Lux*-arrest is deze clausulering niet opgenomen (zie ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/31). Het al of niet door de Hoge Raad opnemen van de vraag of de uitspraak in de bodemprocedure kan worden afgewacht, is, mijns inziens, afhankelijk van de aard en inhoud van het te casseren arrest in kort geding. In een executiegeschil vloeit de spoedeisendheid in beginsel voort uit de aard van de zaak en kan de uitspraak in de bodemprocedure in hoger beroep gewoonlijk niet worden afgewacht (vgl. Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/71, en 188).

(ii) *Klaarblijkelijke misslag*

16. Voor het maken van een uitzondering op de afstemmingsregel dient er dus sprake te zijn van een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag of gewijzigde omstandigheden die nopen tot een andere beslissing. In deze noot zal niet worden stilgestaan bij een wijziging van omstandigheden, nu dat in casu niet speelde.

17. In het kader van het executiegeschil werden deze uitzonderingen het eerst gehanteerd in HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerck (*Ritzen/Hoekstra*) – zij het in het kader van misbruik van bevoegdheid door de executant (art. 3:13 lid 2 BW). In HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 is de Hoge Raad gedeeltelijk terugkomen op het arrest-*Ritzen/Hoekstra*. Omdat in de cassatiemiddelen in het onderhavige executiegeschil niet tegen de door het hof toegepaste *Ritzen/Hoekstra*-maatstaf was opgeko-

men, wordt de onderhavige zaak door de Hoge Raad afgedaan op grond van misbruik van bevoegdheid (r.o. 3.4.1).

18. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 december 2019 beslist dat, indien in kort geding op voet van art. 438 lid 2 Rv wordt gevorderd dat de tenuitvoerlegging van een uitspraak waartegen een rechtsmiddel is ingesteld of nog openstaat, wordt verboden of geschorst, de vordering aan de hand van dezelfde maatstaf moet worden beoordeeld als een daartoe strekkend(e) vordering of verzoek als bedoeld in art. 351 en 360 lid 2 Rv (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.6.2 en 5.6.3 in verbinding met r.o. 5.3.2, 5.5.3 en 5.4.2; HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429).

19. Deze nieuwe maatstaf voor het executiegeschil in kort geding noopt, kort gezegd, tot afstemming op de bestreden uitspraak in de bodemprocedure en afweging van de belangen van partijen in het licht van de omstandigheden van het geval (vgl. Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/172). De Hoge Raad laat daarbij (wederom) ruimte aan de voorzieningenrechter om in zijn oordeelsvorming te betrekken of de uitspraak in de bodemprocedure berust op een klaarblijkelijke misslag. Voorts heeft de Hoge Raad herhaald dat de kans van slagen van een rechtsmiddel in beginsel buiten beschouwing moet worden gelaten, maar dat dat beginsel zo moet worden begrepen dat dit er niet aan in de weg staat dat de rechter in zijn oordeelsvorming betreft of de bestreden beslissing berust op een klaarblijkelijke misslag (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.4.3, 5.4.4 en 5.8 onder b).

20. Wanneer kan er worden gesproken van een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag? In de conclusie onder HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551 (*Comprifalt/Compri Aluminium*) kiest A-G Asser terecht voor een strikte uitleg van deze begrippen. Er moet sprake zijn van 'een zo evidente vergissing in het recht of de feiten dat daarover geen enkele twijfel bestaat'. (A-G Asser onder HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551, randnr. 2.4; zie ook A-G Drijber onder HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, randnr. 3.6). De drempel voor een klaarblijkelijke misslag ligt hoog, maar er zijn sprekende voorbeelden in de rechtspraak te vinden: het in strijd met art. 611a lid 1 Rv uitspreken van een dwangsomveroordeling op de betaling van een koopsom (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10184; zie voor nuancering HR 23 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:113); het wijzen van een eindvonnis zonder dat het getuigenverhoor is afgesloten (Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2590); het toekennen van een (volledig) proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv zonder dat dit is gevorderd (Hof 's-Gravenhage, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8723).

21. Teneinde een verkapt rechtsmiddel te voorkomen, zal de voorzieningenrechter bij de beoordeling van een beroep op een klaarblijkelijke misslag grote terughoudendheid moeten betrachten. Dat de uitspraak de voorzieningenrechter onjuist of onvolledig voorkomt of daarover ook anders kan worden gedacht, is geen aanleiding om een klaarblijkelijke, dat wil zeggen evidente, misslag aan te nemen. De misslag moet op het eerste gezicht duidelijk zijn zonder nader relevant juridisch of feitelijk onderzoek naar de materiële juistheid van de uitspraak in de bodemprocedure (vgl. A-G Drijber onder HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, randnr. 3.7-3.8; Asser Procesrecht/Boonekamp 6, *Het kort geding*, 2020/173; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing', *TCR* 2009/1.1, par. 2; Hof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7901, r.o. 2.5).

22. Recent heeft de Hoge Raad in dit verband overwogen dat 'gebreken' in een uitspraak niet de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van een klaarblijkelijke misslag. Een spoorwisseling na een tussenvonnis is bijvoorbeeld geen klaarblijkelijke misslag. Het niet responderen op een verweer tegen een gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad levert eveneens geen klaarblijkelijke misslag op, hooguit een onvoldoende motivering van die uitvoerbaarverklaring bij voorraad (zie HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, r.o. 3.2.1).

23. De voorzieningenrechter ontkomt er niet aan om binnen die marginale inhoudelijke toetsing een (zekere) prognose over de afloop van de zaak in de bodemprocedure in de oordeelsvorming te betrekken. In het onderhavige arrest preciseert de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 dit vertrekpunt door te overwegen dat het hof in ogenschouw mocht nemen dat er in de bodemprocedure door gedaagde nog niet behandelde verweren waren aangevoerd die, ook al zou er sprake zijn van een klaarblijkelijke misslag, zouden kunnen meebrengen dat het hof in de bodemprocedure niet tot een onjuist eindoordeel is gekomen. Na vernietiging door de Hoge Raad is niet ondenkbaar dat het eindoordeel van het verwijzingshof gelijklopend is aan de bestreden uitspraak; het hof mocht dit van de Hoge Raad betrekken in zijn oordeelsvorming. Hierbij wordt meegewogen dat de curator niet heeft gesteld dat de andere, onbehandeld gebleven verweren van gedaagde in de bodemprocedure kansloos zijn. Dat een uitspraak berust op een klaarblijkelijke misslag brengt dus niet steeds mee dat de executant die deze uitspraak ten uitvoer legt, misbruik van bevoegdheid maakt (r.o. 3.4.3).

mr. G.J. de Bock
advocaat bij TeekensKarstens advocaten notarissen

102

Nalaten verjaring vordering te stuiten door advocaat wordt niet beoordeeld omdat stuiting in casu zinloos was

Hoge Raad
29 mei 2020, nr. 18/04275, ECLI:NL:HR:2020:986
(mr. Streefkerk, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Nalaten verjaring vordering te stuiten die aan cliënt was gecedeerd. Verweer dat stuiting zinloos zou zijn geweest omdat de cessie, naar achteraf is gebleken, niet was voltooid, waardoor cliënt geen rechthebbende op de vordering was. Motivering.

[BW art. 6:89]

Essentie: In deze zaak heeft het hof uitleg gegeven aan de vraag wat van een redelijk handelend advocaat verwacht mag worden bij de aanvaarding van een opdracht. Moet hij – zoals in dit geval bij de incasso van een gecedeerde vordering – alleen doen wat hem is opgedragen en niet meer dan dat? Of moet hij initiatief tonen en de juridische situatie eigener beweging onderzoeken? In dit geval onderzoek naar de vraag of

sprake was van verjaring en de vraag of de overdracht van de vordering perfect was. Daarbij heeft het hof ook aandacht gegeven aan de klachttermijn van art. 6:89 BW.

De Hoge Raad komt niet toe aan de beoordeling van deze kwestie en stelt vast dat de overtreding van deze norm de cliënt in dit geval niet kan baten omdat de onderwerpelijke vordering ook zou worden afgewezen als de advocaat alle normen in acht zou hebben genomen.

Samenvatting: Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, zal de Hoge Raad onderdeel 1.3 van het incidentele middel eerst behandelen omdat dit de verste strekking heeft.

Onderdeel 1.3 is gericht tegen het oordeel van het hof (in r.o. 3.5) dat [verweerder 1] aan [eiser] niet kan tegenwerpen dat een stuiting van de verjaring geen effect zou hebben gehad. Het onderdeel betoogt onder meer dat dit oordeel niet kan volgen uit de daaraan voorafgaande overwegingen dat [verweerder 1], voordat hij aan zijn werkzaamheden ter incasso van de vordering begon, zich ervan had moeten vergewissen dat [eiser] inderdaad rechthebbende op de vordering was geworden en dat hij de consequenties voor de rechtspositie van [eiser] van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden met hem had moeten bespreken. Het onderdeel betoogt dat ook als [verweerder 1] dit zou hebben gedaan, dit niets zou hebben veranderd aan de feitelijke situatie dat [eiser] ten tijde van de opdracht aan [verweerder 1] tot incasso van de vordering geen rechthebbende op de vordering was geworden, terwijl de cessie aan [eiser] door het faillissement van [B] ook niet meer kon worden voltooid en dat [verweerder 1] de verjaring dus niet rechtsgeldig zou hebben kunnen stuiten.

Deze klacht treft doel. [verweerder 1] heeft als verweer tegen de vorderingen van [eiser] aangevoerd dat stuiting van de vordering door [verweerder 1] (namens [eiser]) zonder effect zou zijn geweest, omdat [eiser] geen rechthebbende op de vordering was. Het hof heeft zijn oordeel dat [verweerder 1] dit niet aan [eiser] kan tegenwerpen, gemotiveerd met de overwegingen dat [verweerder 1] had moeten onderzoeken of [eiser] rechthebbende op de vordering was geworden en hij met [eiser] de consequenties voor diens rechtspositie had moeten bespreken van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden. Het onderdeel betoogt terecht dat die motivering ontoereikend is omdat naleving van deze verplichtingen door [verweerder 1] onverlet zou hebben gelaten dat [verweerder 1] de vordering niet namens [eiser] had kunnen stuiten nu laatstgenoemde daarop geen rechthebbende was.

De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zinloos zou zijn geweest, door [eiser] uitsluitend is bestreden met het argument dat ook door het hof aan zijn verwerping van het verweer van [verweerder 1] ten grondslag is gelegd, en dat in 3.2 ondeugdelijk is bevonden. Een en ander brengt mee dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zinloos zou zijn geweest, gegrond is. Na verwijzing is dan ook geen ander oordeel mogelijk dan dat [verweerder 1] niet aansprakelijk is voor het nalaten van die stuiting.

Gelet op hetgeen in 3.3 is overwogen, heeft [eiser] geen belang bij het middel in het principale beroep dat is gericht tegen het oordeel van het hof dat zijn recht om te klagen is vervallen. De in het middel aangevoerde klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.