

De (on)mogelijke gevolgen van HR 20 december 2019 (*Hotel-Restaurant De Zeester*)

D.C. THEUNIS*

Hoe uitvoerbaarverklaring bij voorraad hoger beroep van nut kan ontdoen, kort geding feitelijk onmogelijk kan maken en de facto tot unusrechtspraak kan leiden bij te strikte interpretatie van dit arrest.

De Hoge Raad wijdt in zijn arrest van 20 december 2019 (*Hotel-Restaurant De Zeester*)¹ een zogenoemd *obiter dictum* aan de maatstaven voor schorsing/staking van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak.² Het valt in het kader van rechtszekerheid toe te juichen dat de Hoge Raad zijn arresten uitgebreider motiveert dan noodzakelijk is voor de beslissing in het voorliggende geval. Zo ook hier. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep, maar laat het daar niet bij. Hij gaat uitgebreid in op de maatstaven voor schorsing van de tenuitvoerlegging.³ Zo'n vordering kan immers op twee manieren worden ingediend: i) als vordering in kort geding en ii) als incidentele vordering in hoger beroep. Voor de beoordeling van dergelijke vorderingen werden in de jurisprudentie enigszins van elkaar verschillende maatstaven gehanteerd. Die maatstaven heeft de Hoge Raad in dit arrest in een overweging ten overvloede zoveel mogelijk gelijkgetrokken. Dat valt vanuit rechtseenheid en uniformiteit toe te juichen. Wel valt te betreuren dat hierop voor bepaalde gevallen een uitzondering lijkt te worden gemaakt. Een uitzondering die naar mijn mening onnodig en onjuist zou zijn. Het gevaar bestaat dat indien men de overwegingen niet op juiste wijze in onderling verband beschouwt, men daaraan onjuiste conclusies kan verbinden. Conclusies die dogmatisch onjuist zijn en die bovendien consequenties zouden hebben die de Hoge Raad niet zal hebben bedoeld. Dat zou met name klemmen in gevallen waarin de nakoming van een uitspraak onomkeerbare gevolgen heeft. Daarbij kan worden gedacht aan een exhibitie (843 Rv)-vordering die is toegewezen in een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis.

Hieronder licht ik eerst kort het juridisch kader toe. Daarna bespreek ik de overwegingen van de Hoge

Raad, licht ik toe hoe het arrest in mijn optiek dient te worden begrepen en bespreek ik de mogelijke procesrechtelijke consequenties van het arrest bij een (te) strikte interpretatie.

1. Schorsing tenuitvoerlegging

Uitspraken worden in de regel uitvoerbaar bij voorraad verklaard, hetzij omdat dit is gevorderd of verzocht (zoals bijna altijd gebeurt, art. 233/288 Rv), hetzij ambtshalve in kort geding (art. 258 Rv). Een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak kan direct ten uitvoer worden gelegd. Hoger beroep heeft dan geen schorsende werking (art. 350 lid 1/360 lid 1 Rv).⁴ Wil een veroordeelde partij de tenuitvoerlegging schorsen, dan dient zij dat in rechte te vorderen (behoudens het vanzelfsprekende geval dat de eiser executie vrijwillig zou opschorten). Schorsing kan worden gevorderd in kort geding (ex art. 438 lid 2 Rv) en/of bij wijze van incident in hoger beroep worden gevorderd of verzocht (art. 351/360 lid 2 Rv). Dergelijke schorsingsvorderingen en -verzoeken noem ik hierna 'schorsingsvorderingen'.

2. De overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad zet eerst uiteen welke maatstaven gelden voor de vordering tot schorsing van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in kort geding, de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in een incident in hoger beroep en de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van een nog niet uitvoerbaar verklaard vonnis.

Voor de schorsingsvordering in kort geding gold de maatstaf die de Hoge Raad formuleerde in zijn arrest

* Mr. D.C. Theunis is advocaat bij Blaisse en redacteur van dit tijdschrift.

1. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, JBPR 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*).

2. In dit artikel spreek ik kortweg van 'schorsing' van de tenuitvoerlegging.

3. De Hoge Raad behandelt in dit arrest ook de maatstaven voor de incidentele vorderingen tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad (art. 234 Rv en 351/360 lid 2 Rv) en zekerheidstelling (art. 235 Rv, evt. ook in hoger beroep en in een verzoekschriftprocedure). Deze bespreek ik hieronder slechts voor zover relevant voor de schorsingsvordering.

4. Ook andere rechtsmiddelen hebben dan geen schorsende werking. Dat betreft verzet in geval van een verstekvonnis (art. 145 Rv) en cassatie tegen een uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest (art. 404 Rv). In dit artikel beperk ik mij gemakshalve tot het rechtsmiddel van hoger beroep tegen een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis (in kort geding of in een bodemprocedure).

van 22 april 1983 (*Ritzen/Hoekstra*).⁵ Deze maatstaf hield in dat de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging slechts kon schorsen in geval van misbruik van bevoegdheid. Dit werd als volgt omschreven:

‘In een dergelijk executiegeschil (...) 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 (...) 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 de na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.’⁶

Voor de schorsingsvordering in een incident in hoger beroep gold daarentegen de maatstaf uit HR 30 mei 2008 (*Newbay/Staat*).⁷ Deze maatstaf hield in 1) dat schorsing kon worden toegewezen indien het hof aan de hand van de te verrichten belangenafweging oordeelde dat het belang van degene die de veroordeling verkreeg, zwaarder weegt dan het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist – en waarbij de kans van slagen van het hoger beroep buiten beschouwing diende te blijven – en 2) dat indien in eerste aanleg gemotiveerd is beslist over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, sprake moet zijn van nieuwe feiten⁸ die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de eerdere beslissing.⁹

De Hoge Raad verklaarde de maatstaf uit *Newbay/Staat* in zijn arrest van 20 maart 2015 (*G/J*) van overeenkomstige toepassing op vorderingen tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad (234 Rv).¹⁰ Dit hield in dat ook bij de beoordeling over de uitvoerbaarverklaring van een niet reeds uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis – of niet reeds uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking – eveneens 1) het belang van degene die de veroordeling verkreeg, diende te worden afgewogen

tegen het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist – en waarbij de kans van slagen van het hoger beroep buiten beschouwing diende te blijven – en 2) dat indien de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in eerste aanleg gemotiveerd was afgewezen, sprake diende zijn van nieuwe feiten¹¹ die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de eerdere beslissing.¹² In *G/J* voegde de Hoge Raad daar in aanvulling op *Newbay/Staat* aan toe dat het vereiste van nieuwe feiten niet geldt indien niet is beslist op de uitvoerbaarverklaring bij voorraad (hetzij omdat die niet was gevorderd of verzocht, hetzij omdat op die vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet gemotiveerd is beslist in het vonnis of in de beschikking).¹³

Aldus bezien, verschilt de maatstaf uit *Ritzen/Hoekstra* van de maatstaf uit *Newbay/Staat* (en *G/J*) (en werden verschillende eisen gesteld aan eventuele nieuwe feiten). Waar volgens *Newbay/Staat* (en *G/J*) schorsing in een incident in hoger beroep mogelijk was op grond van een belangenafweging – en indien gemotiveerd is beslist over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad sprake is van nieuwe feiten (die bovendien rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de eerdere beslissing) –, was schorsing volgens *Ritzen/Hoekstra* in kort geding ook zonder nieuwe feiten mogelijk, zolang sprake was van misbruik van bevoegdheid. Bijvoorbeeld bij een kennelijke feitelijke of juridische misslag in het vonnis. Ik schrijf nadrukkelijk ‘bijvoorbeeld’ omdat de tekst van *Ritzen/Hoekstra* ruimte laat voor andere gevallen van misbruik van bevoegdheid. De Hoge Raad heeft het immers over ‘het geval kunnen zijn’. Dit wijst op voorbeelden; niet op vereisten. Steun voor die stelling biedt het arrest van 22 december 2006, waarin de Hoge Raad overwoog dat misbruik van bevoegdheid buiten het geval van kennelijke misslag niet uitgesloten is.¹⁴

Van een duidelijk onderscheid leek in de (lagere) jurisprudentie overigens geen sprake. De maatstaven werden veelal door elkaar gebruikt. Van Dam-Lely heeft dat in een lezenswaardig artikel over schorsing tenuitvoerlegging uiteengezet in het kader van (met name) ontruimingsvonnissen en -arresten.¹⁵ De grillige jurisprudentie riep de vraag op in hoeverre daadwerkelijk van verschillende maatstaven kon worden gesproken. Den Besten en Tjong Tjin Tai hebben betoogd dat de

5. HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575 (*Ritzen/Hoekstra*).

6. HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575 (*Ritzen/Hoekstra*), r.o. 3.2; geciteerd in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.3.3.

7. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5012 (*Newbay/Staat*).

8. Omschreven als ‘feiten en omstandigheden die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan’, hier en hieronder kortweg aangeduid als ‘nieuwe feiten’.

9. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5012 (*Newbay/Staat*), r.o. 3.2.3 en 3.2.4. Ook geciteerd in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.3.5.

10. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688 (*G/J*).

11. Omschreven als ‘feiten en omstandigheden die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan’, hier en hieronder kortweg aangeduid als ‘nieuwe feiten’.

12. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688 (*G/J*), r.o. 3.3.1 onder i) tot en met iv).

13. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688 (*G/J*), r.o. 3.3.1 onder v). Ook geciteerd in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.3.6.

14. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9224 (*Schmidt/Thunnissen*), r.o. 3.5. In gelijke zin bijv. ook A.I.M. van Mierlo in zijn noot onder dat arrest, *NJ* 2007/173, A-G Lücker in haar conclusie voor HR 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:666, 3.11 en Asser/Boonekamp *Procesrecht* 6 2020/171. Zie over de toepassing van deze maatstaven in het kader van de verschillende schorsingsvorderingen ook Asser/Boonekamp *Procesrecht* 6 2020/172 e.v.

15. J.H. van Dam-Lely, ‘De schorsing van de executie van (ontruimings)vonnissen in een incidentele vordering: in hoger beroep of in kort geding?’, *WR* 2017, afl. 8.

normen voor schorsing in een executiegeschil en in een incident in hoger beroep in wezen niet van elkaar verschillen.¹⁶ Tjong Tjin Tai noemde dat ook – terecht – wenselijk uit oogpunt van hanteerbaarheid. De maatstaf zou volgens hen neerkomen op een belangenafweging, welke in feite neerkomt op de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in *Ritzen/Hoekstra*.¹⁷

Wat daarvan zij, de Hoge Raad heeft de maatstaven voor schorsingsvorderingen in kort geding en in een incident in hoger beroep nu gelijkgetrokken. Daartoe heeft hij de maatstaf uit HR 20 maart 2015 (G/J) als uitgangspunt genomen en aangevuld met de overweging dat indien gemotiveerd is beslist over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad plaats is voor schorsing niet alleen in geval van nieuwe feiten (die rechtvaardigen dat van de eerdere beslissing wordt afgeweken), maar ook in geval van een kennelijke (feitelijke of juridische) misslag.¹⁸ De facto is de maatstaf uit G/J (waarin *Newbay/Staat* is begrepen) uitgebreid met de juridische misslag uit *Ritzen/Hoekstra* voor het geval dat gemotiveerd is beslist over uitvoerbaarverklaring bij voorraad. De Hoge Raad heeft deze maatstaf vervolgens van toepassing verklaard op schorsingsvorderingen in een incident in hoger beroep en in kort geding.¹⁹ De Hoge Raad overweegt dat hij hiermee terugkomt van zijn rechtspraak zoals ingezet met *Ritzen/Hoekstra* waar het gaat om vonnissen waartegen hoger beroep nog openstaat.²⁰ De nieuwe maatstaf geldt altijd voor schorsingsvorderingen in een incident in hoger beroep.²¹ Voor schorsingsvorderingen in kort geding geldt deze maatstaf indien hoger beroep tegen het ten uitvoer te leggen vonnis nog openstaat. De Hoge Raad heeft dat recent bevestigd in zijn arrest van 24 april 2020.²² Staat geen hoger beroep meer open, dan geldt voor een schorsingsvordering in kort geding de maatstaf uit *Ritzen/Hoekstra* onverkort.²³

Zie ik het goed, dan geeft de Hoge Raad daarmee aan dat bij schorsingsvorderingen in kort geding en in een incident in hoger beroep primair een belangenafweging dient te worden gemaakt – tussen het belang van degene die de veroordeling verkreeg en het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand – en dat niet primair moet worden getoetst aan nieuwe feiten, kennelijke misslag of misbruik van bevoegdheid. Het is immers de belangenafweging die voorop wordt

gesteld in de nieuwe maatstaf. Dat ligt voor de hand in kort geding waarbij de belangen van partijen in beginsel altijd dienen te worden afgewogen en niet valt in te zien waarom voor een schorsingsvordering in een incident in hoger beroep een andere maatstaf zou moeten gelden. De belangenafweging is in *Ritzen/Hoekstra* – waarin het ging om een schorsingsvordering in kort geding – als vereiste onderbelicht gebleven. Dat arrest is primair geschreven vanuit misbruik van bevoegdheid. Misbruik van bevoegdheid staat in de nieuwe maatstaf niet (langer) voorop. Dat betekent echter niet dat misbruik van bevoegdheid als grond voor schorsing van de tenuitvoerlegging zou zijn uitgesloten. Voor schorsingsvorderingen in kort geding waarbij geen hoger beroep meer openstaat, geeft de Hoge Raad ook uitdrukkelijk aan dat misbruik van bevoegdheid een grondslag is voor schorsing.²⁴ Maar daaruit kan niet worden afgeleid dat misbruik van bevoegdheid niet zou kunnen worden ingeroepen in een incident in hoger beroep of in kort geding waarbij hoger beroep nog wel openstaat. Steun daarvoor biedt het Hoge Raad-arrest van 24 april 2020, waarin de Hoge Raad ook de maatstaf misbruik van bevoegdheid hanteert.²⁵ Bovendien kan misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrond niet worden uitgesloten. Het verbod op misbruik van bevoegdheid is immers wettelijke verankerd (art. 3:13 BW). Misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrond is naar mijn mening ook niet in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, nu de vraag naar misbruik van bevoegdheid eerst in het incident in hoger beroep of in kortgeding aan de orde komt (en in eerste aanleg niet is beoordeeld). Zo wijst ook Boonekamp er – terecht – op dat een beroep op misbruik van bevoegdheid iets anders is dan ingrijpen in de executie van een rechterlijke uitspraak op grond van een inhoudelijke toetsing van de juistheid daarvan.²⁶ A-G Lückers wijst in haar conclusie voor het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* ook op misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrond in kort geding – zonder onderscheid te maken naar de mogelijkheid van hoger beroep.²⁷ Sterker nog, zij wijst erop dat misbruik van bevoegdheid ook kan worden aangenomen buiten de door de Hoge Raad genoemde voorbeelden – nieuwe feiten en kennelijke feitelijke of juridische misslag.²⁸ De Hoge Raad is daar ook in meegegaan.²⁹

16. Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB0039, *JBPR* 2008/8, m.nt. M. den Besten; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing', *TCR* 2009, afl. 1, p. 1-7.

17. Anders dan Den Besten betoogde Tjong Tjin Tai overigens dat daarbij de kans van slagen van het rechtsmiddel een rol moet kunnen spelen.

18. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.4.3.

19. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.5.1 resp. r.o. 5.6.1.

20. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.6.3.

21. Daarbij dient te worden bedacht dat als men in een incident in hoger beroep schorsing vordert (ex art. 351 Rv), men per definitie in hoger beroep procedeert. Hoger beroep is in die gevallen dus altijd mogelijk – en daarvan is per definitie ook gebruikgemaakt.

22. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:806, r.o. 3.4.1.

23. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.7.1.

24. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.7.1.

25. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:806, r.o. 3.4.2, zij het dat in cassatie niet was opgekomen tegen toepassing van deze maatstaf door het hof. Echter, ik veronderstel dat indien de Hoge Raad toepassing van deze maatstaf zou afkeuren, hij dat in het arrest zou hebben aangegeven. Dat heeft de Hoge Raad niet gedaan.

26. Asser/Boonekamp *Procesrecht* 6 2020/171.

27. A-G Lückers, ECLI:NL:PHR:2019:666.

28. A-G Lückers, ECLI:NL:PHR:2019:666, 3.11.

29. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.7.2.

Het onderscheid tussen de te hanteren maatstaf voor een schorsingsvordering al naargelang hoger beroep openstaat tegen de beslissing waarin de uitvoerbaarverklaring is uitgesproken, is naar mijn mening onnodig en onjuist. Ik zie geen redelijk argument waarom de maatstaf in kort geding waarbij beroep niet meer openstaat anders zou moeten luiden dan in een incident in hoger beroep of in kort geding waarbij hoger beroep nog wel mogelijk is. Het enige verschil tussen beide gevallen is de mogelijkheid van hoger beroep. Bij incident in hoger beroep is per definitie hoger beroep ingesteld; in kort geding waarbij hoger beroep niet meer mogelijk is, is hoger beroep niet meer aan de orde. Maar waarom zou een raadsheer een andere maatstaf moeten toepassen dan een voorzieningenrechter? Of waarom zou een voorzieningenrechter bij eenzelfde vordering een andere maatstaf moeten toepassen vanwege het enkele feit dat hoger beroep wel of juist niet mogelijk is? De Hoge Raad onderkent dat zelf ook waar hij – terecht – overwoog dat de enkele omstandigheid dat een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in een incident in hoger beroep, anders dan in geval van een vordering in kort geding, wordt beoordeeld door de rechter die op het hoger beroep beslist, niet rechtvaardigt dat een andere maatstaf wordt toegepast.³⁰ En waarom zou het enkele feit dat beroep wel of niet openstaat betekenen dat een geëxecuteerde een verweermiddel of grondslag voor een schorsingsvordering – beroep op misbruik van bevoegdheid – wordt onthouden? Ik zie dat niet in. Te minder nu de wetgever beide routes naast elkaar mogelijk heeft gemaakt (kort geding: art. 438 Rv; incident in hoger beroep: art. 351 Rv).

Het onderscheid heeft bovendien ook vergaande consequenties voor de veroordeelde partij, te meer als nakoming niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Dit heeft vanzelfsprekend gevolgen voor de processtrategie van partijen. Ook dat pleit tegen het onderscheid, zoals ik hieronder bespreek.

3. De gevolgen van differentiatie naargelang hoger beroep al dan niet openstaat

Het hanteren van verschillende maatstaven al naargelang hoger beroep wel of niet openstaat, klemmt allereerst in het licht van het recht op hoger beroep. Wanneer men de tenuitvoerlegging van een vonnis niet kan schorsen in afwachting van hoger beroep en nakoming van het vonnis onomkeerbare gevolgen heeft, wordt het nut van hoger beroep in feite ontnomen indien de veroordeelde (al dan niet onder dwang van tenuitvoerlegging zoals het incasseren van dwangsommen) aan het vonnis voldoet en de gevolgen van nakoming onomkeerbaar zijn. De veroordeelde wordt dan aldus gedwongen te kiezen tussen twee kwaden: hetzij het vonnis nakomen, hetzij dwangsommen verbeuren. Het instellen van hoger beroep voorkomt (bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis) niet dat dwangsommen worden verbeurd. Het entameren van een schorsingskortgeding of het instellen van hoger beroep biedt evenmin soelaas tegen het verbeuren van dwangsom-

men indien sprake is van een korte termijn waarbinnen het vonnis moet zijn nagekomen (vaak twee tot vier weken). Daarvoor ontbreekt simpelweg te tijd om de procedure te doorlopen. Zelfs spoedappel gecombineerd met een verzoek tot verkorte termijnen zou langer duren dan een nakomingstermijn van twee tot vier weken – nog los van de vraag of er voldoende grondslag is voor spoedappel en verkorte termijnen.

Dwangsommen worden dan dus verbeurd voordat in hoger beroep zal zijn beslist. Dat kan – en zal in de regel – de veroordeelde partij dwingen tot nakoming. Nakoming klemmt echter met name waar de gevolgen onomkeerbaar zijn. Daarbij valt te denken aan het verstrekken van stukken op grond van een 843a Rv-vonnis. Indien die stukken eenmaal zijn verstrekt, heeft de wederpartij daarvan kennis kunnen nemen (en zal hij dat in de regel ook hebben gedaan). Een eventueel hoger beroep verandert dat niet. Hoger beroep betreft dan geen effectief rechtsmiddel meer (in de zin van art. 13 EVRM). Bovendien bestaat het risico dat het hoger beroep eenvoudig zou worden afgedaan wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW) indien reeds aan het vonnis is voldaan en ongedaanmaking feitelijk niet mogelijk is (zoals bij het verstekken van stukken). Juist in dat licht bestaat vooruitlopend op hoger beroep behoefte aan schorsing in kort geding.

Dat geldt te meer wanneer de (voorzieningen)rechter zijn vonnis motiveert over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Schorsing zou dan bij te strikte interpretatie van het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* slechts nog mogelijk zijn in geval van nieuwe feiten of een kennelijke feitelijke of juridische misslag (en niet wegens misbruik van bevoegdheid). Van nieuwe feiten of een kennelijke misslag zal echter slechts in weinig gevallen sprake zijn, zodat de (voorzieningen)rechter schorsing van zijn eigen uitspraak in kort geding en hoger beroep op voorhand feitelijk onmogelijk kan maken. Te meer gelet op het feit dat een schorsingsvordering in kort geding bij dezelfde rechtbank terechtkomt als de rechtbank die het vonnis heeft gewezen en die het vonnis gemotiveerd uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard. Dit werkt unusrechtspraak in de hand. En dat klemmt te meer bij uitspraken in kort geding waarin met spoed wordt beslist en waarbij de gewone bewijsregels niet gelden. In dit licht moet de mogelijkheid van een beroep op misbruik van bevoegdheid ook in deze gevallen mogelijk blijven – en lees ik het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* zo dat een beroep op misbruik van bevoegdheid ook mogelijk is indien de (voorzieningen)rechter de uitvoerbaarverklaring bij voorraad gemotiveerd heeft afgewezen.

Als dat anders zou zijn, zouden veroordeelde partijen beter geen verweer kunnen voeren op de gevorderde of verzochte uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Dit in een poging te voorkomen dat de rechter zijn beslissing over uitvoerbaarverklaring bij voorraad motiveert (zodat men daar later eventueel ook met een beroep op misbruik van bevoegdheid tegen kan opkomen). Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van de Hoge Raad. Het partijdebat dient transparant te worden gevoerd, zonder dat het (de facto) tot verlies van rechten

30. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, JBPR 2020/21 en *Ars Aequi* 2020, p. 384-392 (*Hotel-Restaurant De Zeester*), r.o. 5.6.2.

leidt. Evenzo kan het niet de bedoeling zijn geweest dat veroordeelde partijen de hoger beroepstermijn beter kunnen laten verstrijken zodat zij zich – ook bij een (te) strikte interpretatie van het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* – in kort geding tevens kunnen beroepen op misbruik van bevoegdheid.

4. Conclusie

Het valt toe te juichen dat de Hoge Raad, nota bene in een *obiter dictum*, in het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* verschillende maatstaven samenbrengt voor eenzelfde vordering tot schorsing van tenuitvoerlegging. Een onderscheid zoals uit eerdere jurisprudentie kon worden afgeleid, lijkt mij onnodig en onwenselijk. Zowel de voorzieningenrechter in kort geding als de raadsheer in een incident in hoger beroep dient een schorsingsvordering te beoordelen aan de hand van een afweging van het belangen van degene die de veroordeling verkreeg en het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand. Indien gemotiveerd is beslist over uitvoerbaarverklaring bij voorraad is niet alleen plaats voor schorsing in geval van nieuwe feiten – die rechtvaardigen dat van de eerder gegeven beslissing wordt afgeweken – maar ook in geval van een kennelijke feitelijke of juridische misslag en in geval van misbruik van bevoegdheid.

In het licht van het streven naar uniformiteit en rechtszekerheid valt echter te betreuren dat de Hoge Raad in het arrest *Hotel-Restaurant De Zeester* alsnog een onderscheid lijkt te maken, voor enerzijds schorsingsvorderingen in een incident in hoger beroep en in kort geding waarbij hoger beroep mogelijk is – waarbij misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrond expliciet wordt genoemd – en anderzijds schorsingsvorderingen in kort geding waarbij geen hoger beroep meer openstaat – waarbij misbruik van bevoegdheid niet expliciet als grondslag voor schorsing wordt genoemd. Een dergelijk onderscheid is naar mijn mening onnodig en onjuist. Ik zie geen redelijk argument waarom de maatstaf in kort geding waarbij beroep niet meer openstaat anders zou moeten luiden dan in een incident in hoger beroep of in kort geding waarbij hoger beroep nog wel mogelijk is. Ik zie evenmin in dat misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrondslag zou kunnen worden uitgesloten. Een dergelijk onderscheid zou bovendien rechtsongelijkheid en unusrechtspraak in de hand werken en partijen dwingen hun processtrategie daarop af te stemmen. Het is te hopen dat de Hoge Raad spoedig (nogmaals) de gelegenheid krijgt zich uit te laten over misbruik van bevoegdheid als schorsingsgrond bij schorsingsvorderingen in kort geding waarbij geen hoger beroep meer openstaat. Daarmee zouden de rechtszekerheid en rechtseenheid pas echt zijn gediend.