

# Opheffing conservatoir beslag na vrijwillige bankgarantie

M.A.J.G. Janssen<sup>1</sup>

**Kan een beslagene die met de beslaglegger afsprekt dat hij een bankgarantie zal stellen, in kort geding nog opheffing van het beslag vragen? Marc Janssen meent dat in dat geval niet snel tot afstand van recht en rechtsverwerking moet worden geconcludeerd. Omdat rechtspraak en literatuur niet eensluidend zijn heeft hij niettemin een advies voor degene die ‘vrijwillig’ een bankgarantie stelt.**

Art. 705 lid 1 Rv bepaalt dat de voorzieningenrechter die verlof tot het conservatoir beslag heeft gegeven, het beslag op vordering van elke belanghebbende kan opheffen, onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter.<sup>2</sup> Lid 2 van art. 705 Rv vermeldt de gronden voor opheffing van het conservatoir beslag: verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen; het summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht; of het onnodig zijn van het beslag; of, zo het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. Deze opsomming van opheffingsgronden is niet limitatief.<sup>3</sup>

Voor de praktijk is relevant de vraag of in geval de beslagene naar aanleiding van het beslag met de beslaglegger afsprekt dat hij een bankgarantie zal stellen, daarna ex art. 705 Rv in kort geding nog opheffing van het beslag kan vragen. Met andere woorden, heeft de beslagene zijn vorderingsrecht ex art. 705 Rv prijsgegeven door ‘vrijwillig’ vervangende zekerheid te bieden in de vorm van een bankgarantie?<sup>4</sup>

## NEGATIEF VOOR BESLAGENE

Raadpleging van de gepubliceerde rechtspraak leert dat een aantal voorzieningenrechters vorenstaande vraag in een voor de beslagene negatieve zin beantwoorden.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch diende te oordelen over een geval, waarin – teneinde tot opheffing van het beslag te geraken – door de beslagene een bankgarantie was gesteld,

waarin de hierna volgende bepaling voorkwam: ‘zulks tot (...) zekerheid voor de richtige nakoming van (...) al datgene, tot betaling waarvan de hoofdschuldenaar (...) ingevolge in kracht van gewijsde gegane beslissing van de bevoegde rechter (...) zal blijken verplicht te zijn.’ Volgens de voorzieningenrechter houdt een redelijke uitleg van deze bepaling in dat de bankgarantie bedoeld is om voort te duren totdat over de vordering waarvoor de zekerheid werd gesteld, bij gewijsde is beslist. Deze contractsbepaling derogeert, aldus de voorzieningenrechter, daarmee aan art. 705 Rv dat aan de beslagene gronden tot opheffing biedt, ook als nog niet bij gewijsde op het vorderingsrecht is beslist. Dat het hier om een standaardbepaling gaat, doet naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet ter zake: het stond partijen vrij om desondanks afzonderlijk overeen te komen dat niettegenstaande de hiervoor geciteerde passage, de garantie ook zou eindigen en worden teruggegeven, indien de vordering in eerste aanleg zou worden afgewezen ongeacht daartegen ingesteld hoger beroep.<sup>5</sup>

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle lijkt eenzelfde mening te zijn toegedaan.<sup>6</sup> Kernvraag was of de beslaglegger ook aan de termijn van art. 700 lid 3 Rv gebonden is (in het voorliggende geval diende de beslaglegger de eis in de hoofdzaak in te stellen twee weken na beslaglegging), nu de beslagene in onderling overleg ter opheffing van het beslag een bankgarantie ten behoeve van de beslaglegger had doen stellen. In deze zaak was in de in geding zijnde bankgarantie geen termijn opgenomen. De

beslagene was van oordeel dat de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn van twee weken derhalve onverminderd gold, zoals voor haar ook steeds de bedoeling is geweest. Dit standpunt volgde de voorzieningenrechter niet: wanneer partijen overeenkomen zekerheid te stellen en het beslag op te heffen, is een situatie ontstaan waarin de in art. 700 lid 3 Rv gestelde voorwaarde geen rol meer speelt. Zo (één van de) partijen een soortgelijke voorwaarde wilde(n) verbinden aan de zekerheid die voor het beslag in de plaats is gekomen, had zulks naar het oordeel van de voorzieningenrechter overeengekomen moeten worden, hetgeen niet was gebeurd.

Ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam volgt eenzelfde lijn.<sup>7</sup> Indien blijkens de tekst van de bankgarantie partijen zijn overeengekomen dat deze eerst komt te vervallen wanneer over de vordering, waarvoor de zekerheid werd gesteld, bij gewijsde negatief is beslist, kan het bepaalde in art. 705 lid 2 Rv niet (analoog) worden toegepast. Een bankgarantie strekt volgens de voorzieningenrechter weliswaar net als een conservatoir beslag tot zekerheid, maar is overigens van geheel andere aard dan een conservatoir beslag, omdat een bankgarantie, anders dan een conservatoir beslag, berust op een overeenkomst tussen partijen. Dienovereenkomstig luidt het oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in een recente uitspraak.<sup>8</sup>

Indien zonder enig voorbehoud door de beslagene een bankgarantie wordt gesteld in voormelde zin,<sup>9</sup> moet in beginsel, zo meent



de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam, worden aangenomen dat de bankgarantie ook daadwerkelijk voortduurt totdat over de vordering waarvoor de zekerheid is gesteld bij gewijsde is beslist, ook al zou moeten worden aangenomen dat de vordering van de beslaglegger in de bodemprocedure een geringe kans van slagen heeft. Bij dit laatste achtte de voorzieningenrechter relevant dat de beslagene – zonder voorbehoud – de bewuste garantie had gegeven. Gelet op een en ander kan de vraag of de beslaglegger haar vordering naar de eisen van art. 705 Rv summierlijk aannemelijk heeft gemaakt in de visie van de voorzieningenrechter niet (meer) aan de orde komen.

#### OF: BEVOEGDHEID GAAT NIET TELOOR

Er zijn echter ook diverse kortgedingsuitspraken waarin de hier aan de orde zijnde vraag in een voor de beslagene positieve zin wordt beantwoord, hetgeen mijns inziens juist is. De president van de Rechtbank Den Haag overwoog: ‘Tetteroo heeft als het ware gebruikgemaakt van de in het systeem van de wet opgesloten regel dat een beslag dient te worden opgeheven als blijkt dat er op een andere wijze voldoende zekerheid bestaat, in welk geval juist de begroting van de vordering door de president een rol speelt. In het systeem van de wet ligt echter evenzeer de regel opgesloten dat een beslag dient te worden opgeheven, voorzover summierlijk blijkt van ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor

- <sup>1</sup> Partner Kennismanagement Banning Advocaten 's-Hertogenbosch, tevens raadsheer plaatsvervanger Gerechtshof Amsterdam.
- <sup>2</sup> De verlofrecchter is bevoegd naast de voorzieningenrechter die bevoegd is volgens de normale kortgedingregels ex art. 254 Rv. Zie onder meer H.A. Stein, *Beslag en Executie*, 2002, p. 163 en HR 23 februari 1996, NJ 1996, 434.
- <sup>3</sup> De rechter kan ook in andere gronden aanleiding vinden het beslag op te heffen: beslag ten onrechte gelegd op goederen van een derde, dagvaarding in de hoofdzaak tegen een onnodig verwijderde

- datum of vormfouten die niet tot verval of nietigheid leiden. Zie A.J. Gieske, *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, 2005, aantekening 3 op art. 705 Rv. Zie voor de behandeling van recente rechtspraak ter zake E. Loesberg, ‘Enige beschouwingen over beslag- en executierecht’, in *JBP* 2004/4, p. 398-399.
- <sup>4</sup> Ik ga bij de beantwoording van deze vraag uit van een bankgarantie die eerst komt te vervallen indien over de vordering, waarvoor de zekerheid werd gesteld, bij gewijsde negatief is beslist.

- <sup>5</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 mei 2002, NJ 2002/512.
- <sup>6</sup> 18 september 2003, NJF 2004/99.
- <sup>7</sup> 18 maart 2004, NJF 2004/275 en 18 augustus 2005, nrs. 319495/KG 05-1266 SR (n.g.).
- <sup>8</sup> 28 juli 2005, zaaknr. 197510/KG ZA 05-666 (n.g.). In gelijke zin Hof Amsterdam 27 september 2001, SES 2003/133 en voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 25 november 2003, SES 2005/15.
- <sup>9</sup> Bankgarantie vervalt eerst indien over de vordering, waarvoor de zekerheid werd gesteld, bij gewijsde negatief is beslist.



beslag is gelegd. Het standpunt van Tetteroo komt er nu op neer dat Stroeks vordering ondeugdelijk is, voorzover zij een bedrag van f 10.000 te boven gaat. Zou dat inderdaad summierlijk aannemelijk worden, dan zou Tetteroo naar ons oordeel terecht verlangen dat Stroek met een lagere, daaraan aangepaste zekerheid genoegen neemt.<sup>10</sup>

De president van de Rechtbank Middelburg deelt dit oordeel: de bevoegdheid ex art. 705 Rv gaat door vrijwillige opheffing van het beslag níét teloor.<sup>11</sup> De aard van deze bevoegdheid staat daaraan in de weg. In dit verband wijst de voorzieningenrechter er op dat deze er namelijk mede toe strekt om, ook wanneer de door het beslag getroffenene om haar moverende redenen geen kort geding tot opheffing aanspant, als gevolg van die opheffing nadien rijzende geschillen over de opheffingsvoorwaarden te beslechten.

Zie ten slotte in dienovereenkomstige zin de president van de Rechtbank Arnhem: 'Als uitgangspunt moet gelden dat de bankgarantie is afgegeven in ruil voor het opheffen van beide gelegde conservatoire beslagen op de onroerende zaak. De bankgarantie moet dus worden beschouwd als een vervangende zekerheid. Met Pro-Vorm is de president voorshands van oordeel dat in die omstandigheden analoog aan de grondslag voor het

opheffen van een beslag een gestelde zekerheid moet worden opgeheven of vervangen door een lagere als summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van (een gedeelte van) de vordering.'<sup>12</sup>

De literatuur is met betrekking tot de hier aan de orde zijnde rechtsvraag verdeeld. Loesberg<sup>13</sup> meent dat, indien de beslagene naar aanleiding van een beslag met de beslaglegger afsprekt dat hij een bankgarantie zal stellen, hij in beginsel geen opheffing van het beslag meer kan vragen. Dit standpunt motiveert hij door verwijzing naar de hiervoor behandelde, in gelijke zin luidende, uitspraken van een aantal voorzieningenrechtters. Blaauw<sup>14</sup> alsmede Ynzonides<sup>15</sup> verwijst naar de visie zoals die door de president van de Rechtbank Middelburg in zijn hiervoor vermelde uitspraak wordt gehuldigd: de bevoegdheid art. 705 Rv gaat in verband met de door de president genoemde argumenten door de vrijwillige opheffing van het beslag níét teloor. Zoals gezegd deel ik deze opvatting en de argumentatie daarvan in de hiervoor behandelde kortgedinguitspraken.

#### **'BIJZONDER HINDERLIJK'**

Bij de invoering van art. 705 Rv heeft de wetgever er op gewezen dat het belang van een behoorlijke regeling van de vordering tot

opheffing van het beslag met name is gelegen in het schrappen van de voordien geldende vanwaardeklaringsprocedure.<sup>16</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat art. 705 Rv waarborgt dat als eenmaal verlof tot beslag is gegeven er ook steeds een Nederlandse rechter bevoegd is ter zake van de opheffing. Art. 705 Rv beoogt te voorzien in het gat dat was ontstaan als gevolg van de schrapping van de vanwaardeklaringsprocedure. Daardoor was er geen procedure meer, waarin de rechter nog afzonderlijk over de formele rechtmatigheid van het gelegde conservatoire beslag oordeelt. Broekveldt merkt in dit verband op dat in de procedure waarin de rechter of arbiter moet beslissen over de eis in de hoofdzaak, niet over het beslag zelf gedebatteerd wordt, maar alleen over de vraag of de tegen de beslagdebiteur ingestelde vordering al dan niet toewijsbaar is.<sup>17</sup>

Voorts vraagt Broekveldt terecht aandacht voor het feit dat een duidelijke wettelijke regeling als in art. 705 Rv van wezensbelang is als tegenwicht voor de liberale wijze waarop de voorzieningenrechtters verlof plegen te verlenen voor het leggen van conservatoir beslag: aldus fungeert het (kort) geding tot opheffing van een conservatoir beslag tevens als een soort 'informeel appel' tegen de verlofbeschikking.

In dit verband acht ik mede van belang dat volgens de tekst van art. 705 lid 2 Rv het beslag dient te worden opgeheven, indien één (van de aldaar genoemde) opheffingsgronden aan de orde is.<sup>18</sup> Aldus bezien verzetten de ratio, alsmede de aard van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter ex art. 705 Rv zich ertegen om (spoedig) te concluderen dat door het 'vrijwillig' stellen van een bankgarantie de beslagene voor zichzelf de weg van art. 705 Rv heeft afgesneden.

Vergelijk in deze president Rechtbank Middelburg, 9 april 1987, SES 1987/126: 'Beslaglegging wordt immers in het algemeen zonder verhoor van de wederpartij toegestaan, waarbij bij het verlenen van verlof tot beslaglegging wordt afgegaan op de stellingen van de verzoeker. Indien deze niet juist blijken te zijn of andere gronden blijken te bestaan waarom beslaglegging onjuist of na belangenafweging ongewenst is moet opheffing van het beslag op korte termijn mogelijk zijn, ook indien de mate van hinderlijkheid van het beslag voor de beslagene niet zeer groot is. Hetzelfde geldt voor een in de plaats van het beslag gekomen bankgarantie, immers beslag kan bijzonder hinderlijk zijn en indien de beslagene als snelste oplossing om tot opheffing van het beslag te komen kiest voor verstrekking van een bankgarantie moet ook op korte termijn in k.g. aan de orde gesteld kunnen worden of de beslaglegger op die bankgarantie al dan niet recht heeft.'<sup>19</sup>

#### UI TERSTE TERUGHOUDENDHEID

Gelet op een en ander mag door de beslaglegger niet (spoedig) worden aangenomen dat de beslagene afstand heeft gedaan van zijn recht om in een kort geding ex art. 705 Rv teruggave van de bankgarantie te vorderen, met name indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht. Aan het aannemen van afstand van recht worden – terecht – strenge eisen gesteld.<sup>20</sup> Voor de totstandkoming van een afstand van recht is een op het prijsgeven van dat recht gerichte wil van de rechthebbende vereist, die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Bij het ontbreken daarvan kan afstand van recht ook op gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij rusten. Indien afstand van recht leidt tot een verlies van een vorderingsrecht zoals het onderhavige, hetgeen bepaald ernstige rechtsgevolgen heeft,<sup>21</sup> ligt het niet voor hand om (spoedig) te concluderen dat gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij aanwezig was.<sup>22</sup> Zoals A-G Leijten het formuleert: 'Een recht prijsgeven behoort niet tot de normale menselijke manieren van doen. De meeste mensen staan op hun recht en dan loopt het niet gemakkelijk weg.'<sup>23</sup> Zeker het afstand doen van bevoegdheden die partijen uit hoofde van het burgerlijk procesrecht toekomen, ligt bepaald niet in de rede en derhalve dient uiterste terughoudendheid te worden betracht bij de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is.<sup>24</sup>

Gelet op de hiervoor besproken ratio en aard van art. 705 Rv kan mijns inziens evenmin (spoedig) worden geconcludeerd tot rechtsverwerking aan de zijde van de beslagene. Rechtsverwerking vereist weliswaar geen wilsverklaring van de rechthebbende, nu deze haar grondslag vindt in de feitelijke gedragingen van de rechthebbende en het gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij daaraan mocht ontlenen.<sup>25</sup> Maar uit de rechtspraak met betrekking tot het vermogensrecht (deze geeft aanleiding voor de veronderstelling dat deze, mutatis mutandis, ook op de verwerking van processuele rechten toepasselijk kan worden geacht<sup>26</sup>) blijkt dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de vaststelling van de feiten die leiden tot de conclusie dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Het verwerken van een recht is immers een vergaande sanctie.<sup>27</sup>

De Hoge Raad heeft dan ook beslist dat 'enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking, immers daartoe is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd ingeval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken'.<sup>28</sup> Daarom ligt het niet voor de hand te concluderen dat het vorderingsrecht ex art.

<sup>10</sup> President Rechtbank Den Haag 23 januari 1985, KG/1985/46.

<sup>11</sup> President Rechtbank Middelburg, 9 april 1987, SES 1987/126 en 19 september 1993, KG 1993/365.

<sup>12</sup> President Rechtbank Arnhem 18 mei 1999, KG 99/235, (n.g.).

<sup>13</sup> E. Loesberg, *JBP* 2004/4, p. 399.

<sup>14</sup> J.H. Blaauw, *Het kort geding*, deel A, Algemeen deel, 2002, p. 283.

<sup>15</sup> *Vademecum burgerlijk procesrecht*, Executie en beslag, 2001, p. 141, noot 2.

<sup>16</sup> Memorie van toelichting, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering e.a.w., invoering Boeken 3, 5 en 6 (Rechuis-Slob, 1992), p. 313.

<sup>17</sup> L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag*, serie Burgerlijk Proces en Praktijk, 2003, p. 670.

<sup>18</sup> Zie ter zake alsmede over de diverse opheffingsgronden onder meer Blaauw, a.w., p. 274-284, Broekveldt, a.w., p. 672-676, alsmede H. Oudelaar, *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, Executie en Beslag, 2001, p. 69-72 en ten slotte A.I.M. van Mierlo,

*Losbladige Kluwer Burgerlijke Rechtsvordering*, aantekening 3 op art. 705 Rv. Uit de jurisprudentie blijkt overigens dat (1) de rechter enige vrijheid moet worden gelaten om in geval van een gering verzuim een daardoor getroffen beslag te sauveren, (2) dat indien de tweede opheffingsgrond aan de orde is (ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht, ook ingeval de beslagene erin slaagt 'aan te tonen' dat het door beslaglegger ingeroepen recht summierlijk ondeugdelijk is) de voorzieningenrechter de mogelijkheid heeft op grond van een belangenafweging te concluderen dat de opheffing van het beslag toch niet wordt uitgesproken. Zie uitgebreid ter zake M.A.J.G. Janssen, *Advocatenblad* 1996/17, HR 14 juni 1996, NJ 1997/481, r.o. 3.3, alsmede Blaauw, a.w., p. 277-280.

<sup>19</sup> President Rechtbank Middelburg, 9 april 1987, SES 1987/126.

<sup>20</sup> Zie uitgebreid ter zake R.P.J.L. Tjittes, *Monografie nieuw BW*, nr. A6a, Afstand van recht, met name p. 25-32.

<sup>21</sup> Zoals beslag op liquiditeit door handhaving van de bankgarantie totdat de veelal vele jaren lopende gerechtelijke procedure definitief is afgerond, met als niet denkbeeldig probleem dat indien de beslaglegger uiteindelijk in het ongelijk wordt gesteld, het maar de vraag is of de schade van de beslagene gelegen in de kosten van de bankgarantie en dergelijke daadwerkelijk op de beslaglegger kan worden verhaald.

<sup>22</sup> Zie ter zake Tjittes, a.w., p. 28-29.

<sup>23</sup> Conclusie voor HR 18 april 1986, NJ 1987/480.

<sup>24</sup> Vergelijk het overzicht van Tjittes (a.w., p. 17-22) over diverse gevallen in het burgerlijk procesrecht waarin de vraag of er sprake is van afstand van recht aan de orde kan komen.

<sup>25</sup> Zie Tjittes, a.w., p. 8-9, alsmede zijn artikel in *NTBR* 1999/7, p. 193-198.

<sup>26</sup> Zie ter zake B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Serie recht en praktijk, 2004, nr. 128, p. 178.

<sup>27</sup> Aldus terecht Tjittes in *NTBR* 1999/7, p. 194.

<sup>28</sup> HR 29 september 1995, NJ 1996/89.



705 Rv op grond van rechtsverwerking niet meer aan de orde kan komen.

#### REDELIJK EN BILLIJK

Ook aan de redelijkheid en billijkheid kan een argument worden ontleend voor de opvatting dat de weg van art. 705 Rv in de hier voorliggende casus (onder bepaalde omstandigheden) wel degelijk nog open ligt. Hiervoor verwijs ik naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad: ook als volgens de tekst van een bankgarantie deze garantie van kracht blijft totdat over de vordering waarvoor de zekerheid werd gesteld bij gewijsde is beslist, dient de begunstigde mee te werken aan (in elk geval) vermindering daarvan indien uit het verloop van de procedure en met name de voorliggende rechterlijke uitspraken – ook al zijn zij nog niet in kracht van gewijsde gegaan – blijkt dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat het bedrag van de bankgarantie (veel) te hoog is.<sup>29</sup> Door niet in te stemmen met vermindering van de bankgarantie, oordeelde de voorzieningenrechter, had niet alleen de begunstigde van de bankgarantie, maar ook diens enige (feitelijke) bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens de steller van de bankgarantie en derhalve werden beiden hoofdelijk aansprakelijk geacht voor de schade die de begunstigde had geleden doordat de bankgarantie onverkort werd gehandhaafd (e.g. provisiebetalingen aan de bank, blokkering van de liquiditeit, daarmee gepaard gaande problematiek bij de financiering van bedrijfsactiviteiten en buitengerechtigde kosten).

Niet valt in te zien waarom dit anders zou zijn als het gaat om een ‘vrijwillig’ gestelde

bankgarantie. Dat een dergelijke bankgarantie berust op een overeenkomst tussen partijen verschaft de begunstigde niet (onder alle omstandigheden) het recht om onverkort aanspraak te maken op het handhaven van de bankgarantie. Zie in dit verband ook een uitspraak van de president van de Rechtbank Zwolle die er op wijst dat partijen bij het overeenkomen van een bankgarantie als hier aan de orde is tot elkaar zijn komen te staan in een verhouding die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in art. 6:2 BW en art. 6:248 BW.<sup>30</sup> Dit heeft tot gevolg dat aan de hand daarvan moet worden beoordeeld of de begunstigde in redelijkheid instandhouding van de overeengekomen bankgarantie kan verlangen (dan wel of er sprake is van misbruik van recht).<sup>31</sup>

In het aan de president voorgelegde geval was de garantie volgens de letterlijke tekst nog niet geëindigd, want van kracht totdat bij gewijsde (negatief) was beslist over de vordering waarvoor de zekerheid werd gesteld. De president achtte het in hoge mate onwaarschijnlijk dat een in te stellen cassatieberoep tegen het voor de begunstigde negatieve arrest van het hof – mede gelet op het (in hoge mate) feitelijke karakter daarvan – kans van slagen zou hebben. Tevens werd van belang geacht dat de procedure al enige jaren duurde en de oorspronkelijk beslagene/steller van de bankgarantie in twee instanties grotendeels in het gelijk was gesteld. In de gegeven omstandigheden was de president van oordeel dat de begunstigde in redelijkheid geen instandhouding van de bankgarantie kon verlangen. Dit was in de visie van de president temeer het geval nu niet was gebleken dat de oorspronkelijk be-

slagene/steller van de bankgarantie buiten de gestelde garantie geen verhaal bood en deze spoedeisend belang had bij teruggave van de bankgarantie wegens gebrek aan liquiditeit.

#### VERSTANDIG VOORBEHOUD

De aard en ratio van art. 705 Rv verzetten zich ertegen om (spoedig) aan te nemen dat in geval door de beslagene vrijwillig een bankgarantie wordt afgegeven, waarin de bepaling is opgenomen dat deze van kracht blijft totdat over de vordering waarvoor de zekerheid werd gesteld bij gewijsde negatief is beslist, de weg van art. 705 lid 2 Rv is afgesneden. Afstand van recht en rechtsverwerking kunnen in dezen niet (spoedig) worden aangenomen. De belangen van de beslagene kunnen het alleszins rechtvaardigen dat hij ‘vrijwillig’ zekerheid stelt en zich niet (direct) wendt tot de voorzieningenrechter op basis van art. 705 Rv (e.g. grote spoed).<sup>32</sup>

Zoals bij elke overeenkomst wordt ook een overeenkomst tussen de beslagene en de beslaglegger op grond waarvan een bankgarantie wordt afgegeven, beheerst door de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid. Deze kunnen onder bepaalde omstandigheden de grondslag bieden voor een vordering tot teruggave van de ‘vrijwillig’ gestelde bankgarantie.

Gelet op het verschil van mening in de rechtspraak en de literatuur is het verstandig om vóór het ‘vrijwillig’ stellen van een bankgarantie zich uitdrukkelijk het recht voor te behouden de voorzieningenrechter op basis van art. 705 Rv te adiëren.<sup>33</sup> Dit voorbehoud dient in de tekst van de bankgarantie te worden opgenomen. ●

<sup>29</sup> 17 november 2004, NJF 2005/102.

<sup>30</sup> 21 december 1999, KG 2000/39.

<sup>31</sup> Zie ook voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 28 juli 2005, zaaknr. 197510/KG ZA 05-666 (n.g.), die uitdrukkelijk overweegt dat een vordering tot teruggave van de bankgarantie kan worden toegewezen indien sprake is van (nieuwe) feiten of omstandigheden op basis waarvan (ongewijzigde) instandhouding van de bankgarantie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is.

<sup>32</sup> Zie wellicht ten overvloede: president Rechtbank Arnhem 18 mei 1999, KG 99/235 (n.g.): ‘Volgens Pro-Vorm was de tijd tussen het tweede gelegde conservatoir beslag en het geplande transport van de onroerende zaak te kort om in kort geding

opheffing van dat beslag te vorderen. Aldus kan niet gezegd worden dat Pro-Vorm misbruik heeft gemaakt van recht door de onderhavige vordering in te stellen.’

<sup>33</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht (28 juli 2005, zaaknr. 197510/KG ZA 05-666, n.g.) stelt mijns inziens in dezen een te strenge eis door het volgende te overwegen (r.o. 3.8): ‘Daarvan is slechts sprake, indien de begunstigde van de bankgarantie met het betreffende door de debiteur gestelde voorbehoud akkoord is gegaan. Vaststaat tussen partijen dat het door Fun gestelde voorbehoud niet in de bankgarantie is opgenomen. Voorts dient uit de onder 3.7 weergegeven stelling van Fun te worden afgeleid dat de betreffende correspondentie slechts een

eenzijdige mededeling van de zijde van Fun betrof en niet een voorbehoud betrof op basis waarvan de bankgarantie zou worden afgegeven.’ De president van de Rechtbank Arnhem (18 mei 1999, KG 99/235, n.g.) stelt – terecht – minder eisen aan een voorbehoud als hier bedoeld: ‘Door Kraanen is niet weersproken de stelling van Pro-Vorm dat zij in het telefaxbericht aan Kraanen te kennen heeft gegeven dat zij weliswaar onvoorwaardelijk een bankgarantie zou afgeven, maar dat zij de president in kort geding zou verzoeken tot welk bedrag zij zekerheid zou moeten stellen voor de door Kraanen gepretendeerde vordering.’