

zo de appeler rechter uitdrukkelijk en gemotiveerd heeft afgezien van uitvoerbaarverklaring bij voorraad, deze beslissing niet in het incident kan worden bevestigd en vermoedelijk slechts op grond van nova kan worden getracht de Hoge Raad tot een ander oordeel te bewegen.²³ Die situatie doet zich om te beginnen in casu niet voor, omdat het Hof niet op grond van een inhoudelijke beoordeling en afweging van belangen heeft afgezien van uitvoerbaarverklaring bij voorraad, maar (uitsluitend) op de formele grond dat naar het oordeel van het Hof uitvoerbaarverklaring bij voorraad van een afwijzende beslissing (inhoudende ondergrondverklaring van het verzet) niet mogelijk is.

17. Ook overigens plaatst de Ontvanger – mede in het licht van de in par. 15 vermelde opvattingen – vraagtekens bij de juistheid van de opvatting van Veegens/Korthals Altes en Groen. In hun optiek zou bij een uitdrukkelijke en gemotiveerde afwijzing van de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad door de appeler rechter in cassatie moeten worden gekozen voor een zelfstandige klacht in een principaal dan wel incidenteel cassatieberoep. Een dergelijke klacht ontbreekt echter voldoende belang in de zin van art. 3:300 BW indien het arrest van Uw Raad een definitief einde aan het geschil maakt. Een oordeel over uitvoerbaarverklaring bij voorraad zou dan als monster na de maaltijd komen. In casu komt na verwerving van het cassatieberoep van X, al definitief een einde aan de schorsende werking van het verzet, zodat de Ontvanger geen belang meer heeft bij een klacht in een incidenteel beroep.²⁴ Mocht het arrest (onverhoopt) luiden vernietiging en verwijzing, dan zal uitvoerbaarverklaring veelal niet meer in aanmerking komen. Een tweede bezwaar tegen de opvatting van Veegens/Korthals Altes en Groen is dat een klacht in een principaal of incidenteel cassatieberoep enkel kan leiden tot een beoordeling van de beslissing van, afweging door het Hof. Een incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad in cassatie strekt nu juist ertoe Uw Raad op basis van de op dat moment voorhanden informatie ertoe te bewegen de uitspraak alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verkla-

ren. Ten derde komt een onderscheid tussen enerzijds de mogelijkheid van een incidentele vordering in geval van nova en anderzijds bij gebreke daarvan enkel de mogelijkheid van een zelfstandige klacht de Ontvanger eenzijdig niet praktisch haanteerbaar voor.

Opheffing van de schorsende werking van het door X ingestelde verzet

18. De Ontvanger heeft in feitelijke instanties²⁵ reeds uitgebreid uiteengezet waarom in casu aanleiding bestaat voor opheffing van de schorsende werking van het door X ingestelde verzet. Kort weergegeven komt een en ander op het volgende neer. X legt aan zijn vordering ten grondslag dat de aan hem opgelegde (twaalf) aanslagen zijn gebaseerd op onrechtmatig verkregen bewijs, en dat de Ontvanger eerst tot dwanginvoering kan overgaan indien de rechtmatigheid van de desbetreffende aanslagen vaststaat. Door X, zijn aan zijn verzet geen stellingen ten grondslag gelegd die betrekking hebben op uitvaardiging en betekening van de dwangbevelen dan wel anderszins de invordering als zodanig raken. Het verzet van X is derhalve uitsluitend gegrond op de stelling dat de aanslagen ten onrechte aan hem zijn opgelegd. De desbetreffende aanslagen staan inmiddels onherroepelijk vast, aangezien Uw Raad in zijn arrest van 29 april 2005²⁶ het daartegen gerichte cassatieberoep van X heeft verworpen.

19. Zoals hiervoor, onder 14, reeds aan de orde kwam, is doortrekking van de schorsende werking slechts mogelijk voorzover de belastingplichtige die in verzet is gekomen tegen de tenuitvoerlegging van een dwangbevel teneinde schorsing van de tenuitvoerlegging te bewerkstelligen, zijn bevoegdheid daartoe misbruikt. Van misbruik is onder andere sprake als het verzet, gelet op hetgeen de belastingplichtige ter ondersteuning daarvan heeft aangevoerd, zo duidelijk kansloos is dat het belang van de belastingplichtige bij schorsing van de tenuitvoerlegging niet opweegt tegen het belang van de Ontvanger bij voortzetting daarvan.

20. De Ontvanger is van oordeel dat te dezen de bevoegdheid om op grond van art. 17 lid 1 lw 1990 verzet te doen, in bovengenoemde zin door X wordt misbruikt, aangezien (i) door hem geen gronden zijn aangevoerd die in art. 17 lw 1990 als verzetgrond zijn aanvaard²⁷, en (ii) de wél aangevoerde gronden inmiddels tot in hoogste instantie door de belastingrechter onjuist zijn bevonden. Tegen deze achtergrond moest – althans moet – het verzet X voorbaat kansloos worden geacht. Voorts is meer in het algemeen aanmerkelijk dat de onderhavige verzetprocedure voor X, geen ander doel (meer) dient dan te profiteren van de schorsende werking die art.

25 Korthalsdehalve zij verwezen naar hetgeen de Ontvanger bij conclusie van antwoord, conclusie van dupliek en memorie van productie 1 MwA.

26 Productie 1 MwA.

27 Sterker nog: X heeft uitsluitend gronden aangevoerd die op grond van art. 17 lw 1990.

17 lw 1990 aan het instellen van verzet toekent. Zulks moge blijken uit het feit dat in cassatie op een termijn van ruim een half jaar is gedagvaard hetgeen eerder doet denken aan de wens de zaak zo lang mogelijk te vertragen dan aan de wens zo snel mogelijk een oordeel van Uw Raad te krijgen. X maakt derhalve misbruik van zijn bevoegdheid tot het instellen van verzet, zodat de vordering van de Ontvanger tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het door het Hof Amsterdam bekrachtigde vonnis van de Rechtbank Amsterdam toewijsbaar is.

Conclusie

21. Deze conclusie strekt ertoe (zie echter ook voetnoot 3) dat Uw Raad overgaat tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 23 maart 2006 bekrachtigde vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 9 juli 2003, voorzover daarbij het verzet van X, ex art. 17 lw 1990 ongegrond is verklaard, kosten rechtens.

Conclusie A-G mr. Huydecoper:

Feiten en procesverloop

1) In deze zaak wordt een beslissing gevraagd in een incident strekkend tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad op de voet van art. 234 jo. art. 418a Rv., van de in de vorige instantie gegeven (eind)beslissing. Met het oog hierop meen ik met een korte samenvatting van 'het voorafgaande' te kunnen volstaan: de vragen die, eerder in deze procedure speelden, en ook de vragen die in het principaal cassatieberoep spelen, komen in dit incident maar gedeeltelijk aan de orde.

2) De procedure waarin het onderhavige incident wordt opgeworpen betreft een aantal door de verweerder ten principale, de Ontvanger, tegen de eiser ten principale, X, uitgevaardigde dwangbevelen. Bij die dwangbevelen werden navorderingsaanslagen inkomstenbelasting betreffende de jaren 1986 tot en met 1996 (met verhogingen wegens aan X verweten 'ontregelmatigheden'), ingevorderd.

X, heeft tegen deze dwangbevelen overeenkomstig art. 17 Invorderingswet 1990 (Iw) verzet gedaan.

3) Verzet op de voet van art. 17 Iw schorft de tenuitvoerlegging van de dwangbevelen waartegen verzet wordt gedaan (uiteraard: voorzover het verzet zich tegen verdere tenuitvoerlegging van het dwangbevel keert). Schorsing geldt ook, wanneer een verzet in eerste aanleg of in appel is afgewezen en de opposant een (verder) rechtsmiddel aanwendt.²

4) De Ontvanger heeft in de eerste aanleg verzocht dat (met verwerving van de argumenten waarop het verzet van X, berustte) alsnog uitvoer-

1 Dat is bij HR 18 februari 2005, NJ 2006, 324 m.nt. HJS, rov. 3.5.2 beslist voor het geval van dwangbevelen waarbij bestuursrechtelijke dwangsommen werden ingevorderd. De vergaande mate van gelijkheid tussen de voor dat geval voorziene procedure en de onderhavige rechtvaardigt dat ook de onderhavige procedure hetzelfde wordt aangemerkt. – Zie ook de conclusie van A-C Langemeijer voor het aangehaalde arrest, alinea's 2.6 – 2.11.

baarverklaring bij voorraad werd verleend. C de rechtbank afgewezen, op gronden die in samenvat. dat een dergelijk verlangen allee in reconventie (of in een afzonderlijke prc waarbij de procedure in kort geding zich als hand liggend aandient) geldend kan wort maakt. Die weg had de Ontvanger in deze z. bewandeld.

In appel stelde de Ontvanger hetzelfde ve aan de orde, en besliste het Hof daarop in o komstige zin. Overigens verwierp het Hof – de rechtbank had gedaan – de namens X. ti dwangbevelen ingebrachte bezwaren.

5) Van de kant van X. is cassatieberoep het arrest van het Hof ingesteld. Als gevolg duurt de schorsing van de tenuitvoerlegging dwangbevelen voort. De Ontvanger heeft in c incidenteel gevorderd dat alsnog uitvoerbaar ring bij voorraad plaatsvindt, hetzij van het van het Hof, hetzij van de beslissing van de rec in de eerste aanleg.

Namens X. is (schriftelijk) tegen de incit vordering verweer gevoerd.

6) Een eerste vraag bij de beoordeling incidentele vordering van de Ontvanger lijkt het feit dat het Hof het in die instantie geda zoek van dezelfde strekking niet heeft gehoni eraan in de weg staat dat een vordering van d strekking in cassatie wordt (beoordeeld en) to zen.

Ik zou denken dat dat niet het geval is (di de bedoelde omstandigheid niet aan beoorde eventuele toewijzing in de weg staat). Er is e meer aanleiding om daar zo over te denken wa zoals in het onderhavige geval, de 'lagere' recit uitvoerbaarverklaring niet op inhoudelijke gr achterwege heeft gelaten, maar op grond v ontvankelijkheidsbezwaar (dat in cassatie ni de orde is³).

7) Een tweede vraag die dan opkomt is of beslissingen zoals die in de onderhavige z waarbij verzet tegen een dwangbevel als onge is beoordeeld – vatbaar zijn voor tenuitvoerle of althans: of ten uitvoerlegging bij voorraad d;

2 T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2005, Van Maanen, i aant. 1 onder a); Conclusie A-G Ten Kate voor HR 26 ap NJ 1991, 456, alinea 12 en voor HR 1 juni 1990, NJ 19 alinea 14 met verwijzing naar verdere bronnen. Ande Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, 2005, nr 151), met verwijzing naar HR 26 april 1991, NJ 1991, dat arrest (anders dan in de hiervóór aangehaalde cc bij dit arrest) staat echter niets over dit onderwerp. Burgerlijke Rechtsvordering (Iosbi), Numann, art. 23: aant. 4; Reehuis-Slob, Parlementaire Geschiedenis Nieuwvoering Boeken, 3. 5 en 6 (Wijzigging van het Wetb Burgerlijke Rechtsvordering e.a.), 1992, p. 30.

3 In deze (cassatie-)instantie heeft de Ontvanger (in uitvoerbaarverklaring bij voorraad expliciet (incidenteel) vorderd, een mogelijkheid die de wet ook expliciet Daarmee speelt het probleem van het al-dan-niet ver in een vordering in reconventie, zoals dat in de vorige ties voorlag, in deze instantie volgens mij geen rol.

natoire uitspraken.¹⁴ Naar het oordeel van de Ontvanger leent de uitspraak houdende afwijzing van het verzet tegen een dwangbevel zich echter naar zijn aard eveneens voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Die uitspraak creëert immers in zekere zin een nieuwe toestand, zodat de gelijkoms opkomt met een constitutionele uitspraak, waarvoor in specifieke gevallen (faillissement, opheffing van beslag) reeds is aangenomen dat dergelijke uitspraken uitvoerbaar bij voorraad kunnen worden verklaard (zie hiervoor, onder 6). Voorts ziet men in de praktijk dat in gevallen waarin de schorsende werking in reconventie of in kort geding wordt opgeheven, die (constitutieve) uitspraak doorgaans ook uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard¹⁵, zonder uitvoerbaarverklaring bij voorraad zou de opheffing immers haar werking weer verliezen zodra een rechtsmiddel met schorsende werking wordt ingesteld. Gevallen als het onderhavige, waarin aan de schorsende werking van het verzet door een afwijzende uitspraak een einde komt tot dat een rechtsmiddel tegen de uitspraak wordt aangewend, zijn daarmee vergelijkbaar. Het verzet schorst ingevolge art. 17 lw 1990 de tenuitvoerlegging van het dwangbevel. Wordt het verzet afgewezen, dan eindigt daarmee de schorsende werking. Wordt een rechtsmiddel ingesteld, dan herleeft op dat moment de schorsende werking van het verzet. Is de ondergrondverklaring van het verzet echter uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan herleeft de schorsende werking ondanks het aanwenden van een rechtsmiddel niet. Pas als de uitspraak van de (lagere) rechter in beroep wordt vernietigd en het verzet (alsnog) gegrond wordt bevonden, is geen verdere tenuitvoerlegging meer mogelijk.

11. De Ontvanger realiseert zich dat het verzet tegen het dwangbevel in de Invorderingswet 1990 niet op zichzelf staat. Onze wetgeving bevat talloze dwangbevelen met de mogelijkheid van verzet. De wijze waarop de gevolgen van dat verzet zijn uitgewerkt, is echter verre van consistent. Een groot aantal wetten verklaart de regeling van artikel 17 lw 1990 van overeenkomstige toepassing.¹⁶ In bepaalde gevallen schorst verzet tegen een dwangbevel de tenuitvoerlegging niet, doch kan in kort geding een voorziening op dit punt worden gevorderd. In andere gevallen wordt enkel geregeld dat het verzet wel schorsende werking heeft (zoals in de . . . in nog weer

14 Zie Par. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., 1992, p. 27.
 15 Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Zutphen 11 januari 2006, VN 2006, 724 (vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad); Rechtbank Amsterdam 10 augustus 2005, VN 2005, 4114 (vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad); Vzng. Rechtbank Amsterdam 11 mei 2006, VN 2006, 3528 (vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad); Vzng. Rechtbank Amsterdam 26 mei 2005, VN 2005, 3120 (vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad); Vzng. Rechtbank Den Haag 26 januari 2004, VN 2004, 1318 (vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad).
 16 Zie bijvoorbeeld art. 28 Lokodenswet, art. 77b Luchtvaartwet, art. 32 Algemene wet inkomensafhankelijke regelgeving. Zie voor een overzicht de Invorderingswet Invorderingswet 1990. Zie bijvoorbeeld art. 40 A-bediidsomstandigheidswet, art. 10:12 Arbeidslijfwet, art. 444 Drank- en Horecawet.

andere gevallen schorst verzet de tenuitvoerlegging ook, doch kan de rechter op verzoek van de wederpartij de schorsing opheffen.¹⁸ Deze laatste categorie gevallen duidt erop dat de wetgever in die gevallen de mogelijkheid van opheffing van de schorsing in formeel heeft willen regelen.

Het gaat daar immers om dagvaardingsprocedures (verzet moet bij dagvaarding worden ingesteld), doch schorsing kan worden verzocht, zodat een formeel eis in reconventie bij aanvang van de procedure niet nodig lijkt te zijn. Hierbij sluit in de ogen van de Ontvanger aan aanvaarding van de mogelijkheid van uitvoerbaarverklaring bij voorraad van een uitspraak houdende afwijzing of ongrondbevinding van het verzet tegen een dwangbevel op de voet van art. 17 lw 1990.

12. In de (lagere) rechtspraak wordt over bovengaande problematiek (uitvoerbaar bij voorraad en reconventie en, of kort geding) uiteenlopend geoordeeld.²⁰ Aan de Ontvanger zijn in ieder geval twee (gepubliceerde) uitspraken bekend waarin de ongrondverklaring van het verzet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard met het doel de schorsende werking, ook gedurende een eventuele procedure in appel, aan het verzet te ontzeggen. De eerste uitspraak betreft Rechtbank Den Haag 14 mei 2003, VN 2003, 3625, waarin de Rechtbank de vorderingen afwees en de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaarde ter opheffing van de schorsende werking van het verzet. De Rechtbank overwoog (in r.o.v. 3.4): 'Nu R en Angel Mode niets concreets naar voren hebben gebracht ter onderbouwing van hun

18 Zie bijvoorbeeld art. 5:26 Awb, art. 72ac, 71q en 85 Elektriciteitswet 1998, art. 60a en 65 Gaswet.
 19 Uitvoerbaarverklaring bij voorraad kan immers ook op informele wijze worden verzocht. Denk aan de daagdelijke afwijzing van de vordering van eiser de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.
 20 De rechtspraak varieert – grofweg – van (i) situaties waarin de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de ongrondverklaring van het verzet is afgewezen, omdat de Ontvanger daartoe een vordering in reconventie of in kort geding zou moeten instellen (zie Rechtbank en Hof Amsterdam in de onderhavige zaak, Rechtbank Haarlem 4 juni 2003, VN 2003, 3625, en Rechtbank Den Bosch 31 juli 1998, VN 1999, 426); (ii) situaties waarin de reconventionele vordering tot opheffing van de schorsende werking is afgewezen bij gebrek aan belang, omdat het verzet ongrond is verklaard (Rechtbank Haarlem 22 december 2004, VN 2005, 918) of de vordering in conventie reeds uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (Rechtbank Amsterdam 10 augustus 2005, VN 2005, 4114); (iii) situaties waarin in reconventie of in kort geding de schorsende werking bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnoot 12), (iv) situaties waarin in kort geding de schorsende werking is opgeheven totdat eventueel bij rechtelijke uitspraak anders is beslist (Vzng. Rechtbank Amsterdam 20 mei 2005, VN 2005, 3120), of zelfs wanneer tegen het vonnis in de verzetproceduur eventueel hoger beroep en, of cassatieberoep wordt ingesteld (Vzng. Rechtbank Den Bosch 30 oktober 2003, VN 2003, 5822), tot (v) situaties waarin in conventie het verzet bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis ongrond is verklaard, terwijl de vordering tot opheffing van de schorsende werking in reconventie is afgewezen omdat niet gebrek is van misbruik van de invorderingswet (Rechtbank Den Bosch 19 mei 2000, 26:007, HA ZA 98 – 134) (niet gepubliceerd, maar aan deze conclusie gehecht).

vordering zal het vonnis uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.¹

De tweede uitspraak is van de Rechtbank Amsterdam van 10 augustus 2005, VN 2005, 4114. De Ontvanger had in die zaak in reconventie gevorderd voor recht te verklaren dat het ingestelde verzet geen schorsende werking heeft, althans de schorsende werking aan dat verzet te ontzeggen. De Rechtbank wees de reconventionele vordering af, daartoe (in r.o.v. 1.4) overwegende:

'Ten aanzien van de eerste twee dwangbevelen geldt dat het verzet bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad ongrond wordt verklaard, zodat de Ontvanger tot tenuitvoerlegging daarvan kan overgaan. De Ontvanger heeft dan ook geen belang (meer) bij de gevorderde verklaring voor recht, zodat dit deel van zijn vordering afgewezen wordt.'

13. In de literatuur is, voorzover de Ontvanger bekend, geen aandacht besteed aan de (on)mogelijkheid om de schorsende werking aan een verzet ex art. 17 lw 1990 te ontzeggen door middel van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de uitspraak waarbij het verzet ongrond wordt verklaard. Blijvens zijn annotatie bij het hiervoor, in voetnoot 9, genoemde arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005 erkent Snijders die mogelijkheid uitdrukkelijk wél!

(...) De opvatting die wel voorziet in schorsing door instelling van een rechtsmiddel is minder bestand nu de executant die een dooitslaggevend belang heeft bij opheffing van de schorsing daar in de beroepsprocedure zelf om kan verzoeken en er dus niet een extra belastende, separate procedure voor hoeft te voeren. De Hoge Raad vermeldt dit ook. Hij beroept zich ter zake op art. 5:26 lid 4 Awb. Deze bepaling ziet strikt genomen slechts op de opheffing van de door het verzet zelf veroorzaakte schorsing. Zij kan echter heel goed per analogiam worden toegepast op het appel tegen een vonnis op een verzet en het cassatieberoep tegen een arrest in dat appel. Eleganter lijkt de rechtstreekse weg van art. 234 Rv (voor de gewone rechtsmiddelen verzet en appel) en 353 lid 1 jo. art. 234 Rv (voor het gewone rechtsmiddel van cassatie), die voorzien in de mogelijkheid van een incidentele vordering in beroep die strekt tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van een niet uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak.¹

14. Praktisch gezien kan dus langs de weg van uitvoerbaarverklaring bij voorraad hetzelfde resultaat worden bereikt als met een vordering in reconventie of in kort geding. De weg van uitvoerbaarverklaring bij voorraad is echter eenvoudiger, efficiënter en goedkoper. Voorts worden op deze manier een verduubelling van procedures en – mogelijk tegenstrij-

21 Zoals in voetnoot 12 is opgemerkt, betreft het genoemde arrest niet de schorsende werking van het verzet tegen een dwangbevel ex art. 17 lw 1990, maar de daarmee vergelijkbare regeling van art. 5:26 Awb.

dige uitspraken door verschillende rechters verden. Vanzelfsprekend geldt dat bij de beoorde van de vraag of de (afwijzende) uitspraak uitvoerbaar bij voorraad moet worden verklaard (lees: de schsende werking moet worden opgeheven), deze maastaf moet worden aangelegd als bij de beoorling van een vordering in reconventie of in kort ding. Volgens rechtspraak van Uw Raad is doording van de schorsende werking slechts moge wanneer een eventueel beroep van de belastingdige op de schorsende werking van zijn verzet misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) zou leid Van misbruik is onder andere sprake indien het zet is gebaseerd op zodanige gronden dat het verzet bij voorbaat kansloos moet worden geacht.²² Ontvanger zal hierna, in par. 18 e.v., uiteenzet waarom in casu aanleiding bestaat voor opheff van de schorsende werking van het verzet van X.

Uitdrukkelijke beslissing Hof geen beletsel v incidentele vordering

15. Dat het Hof op de vordering van de Ontvger tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad in r.o.v. uitdrukkelijk (afwijzend) heeft beslist, laat de mogelijkheid om in cassatie bij incidentele vordering uvoerbaarverklaring bij voorraad te vorderen, onvlet. Zie (weliswaar nog onder het oude recht van v1992, doch op dit punt bestaat geen verschil met nadien – in 1992 en 2002 – in werking getred recht) voor cassatie A-G Ten Kate in par. 14 van z conclusie voor HR 1 juni 1990, NJ 1990, 587:

'Nu de voorlopige tenuitvoerlegging noch do de rechtbank noch door het hof is gelast en overige voorschriften van art. 405 Rv in acht z genomen is deze vordering in beginsel onvank lijk, ook indien een desbetreffende vordering de eerdere aanleg zou zijn afgewezen – overige ontbreke te dien aanzien in casu in elk geval el motivering – of zelfs in het geheel niet zou z ingesteld.

Zie voor het hoger beroep Van Maanen in T&C Bu gerlijke Rechtsvordering, aantekening 1 a en 2 bij a 234 Rv.

'De regeling van het artikel is toepasselijk ongi acht de reden voor het achterwege blijven va uitvoerbaarverklaring bij voorraad, die gelege kan zijn in het ontbreken van een daartoe strel kende nevenvordering (...), in rechterlijke slo digheid (...), dan wel in een gemotiveerde besli sing.

(...) is uitvoerbaarheid bij voorraad in het boden vonnis gemotiveerd afgewezen, dan zal de kol geding rechter daarin geen verandering brengen en biedt alleen de rechtsgang van het hier bespre ken artikel (enige) kans.

16. Veegens/Korthals Altes en Groen merke op – strikt genomen met betrekking tot het tot 199 gelidende recht; niet duidelijk wordt welk standpun zij op dit punt innemen voor het huidige recht – da

22 Zie HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411.

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

8 juni 2007, nr. C06/242HR
(Mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapeus, A. Hammerstein, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk; A-G Huy-decooper)

m.nt. prof. mr. A.L.M. van Mienlo
JOL 2007, 412
LJN BA1525
RvdW 2007, 554

Iw art. 17 lid 2; Rv art. 223

Invoering. Incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Alleen een zwaarwegend belang van de Ontvanger kan rechtvaardigen dat de schorsende werking die het verzet ingevolge art. 17 lid 2, tweede zin, Iw 1990 heeft op de tenuitvoerlegging van het dwangbevel, wordt opzeggend. Daarvan is sprake wanneer de belasting-schuldige zijn bevoegdheid misbruikt door de aan het verzet verbonden schorsing van de tenuitvoerlegging in te roepen, en bijv. wanneer het verzet zo duidelijk kansloos is dat het belang van de belastingsschuldige bij schorsing van de tenuitvoerlegging niet opweegt tegen het belang van de Ontvanger bij voortzetting van de tenuitvoerlegging. De aard van de verzetprocedure verzet zich niet tegen dat een rechterlijke uitspraak, waarbij het verzet tegen een dwangbevel ongrond wordt verklaard, op verzoek van de Ontvanger op de voet van art. 233 Rv uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Daarvoor is niet een daartoe strekkende vordering in conventie van de Ontvanger vereist; voldoende is dat een daartoe strekkend verzoek wordt gedaan op zodanig duidelijke wijze dat de belastingsschuldige niet wordt tekortgedaan in zijn recht zich daartegen te verdedigen.

Betrokkene heeft de Ontvanger gedagvaard en verzet aangezet tegen de tenuitvoerlegging van dwangbevelen. De Ontvanger heeft de vordering bestreden en zijn conclusie van antwoord verzocht het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De rechtbank heeft het verzet tegen de dwangbevelen ongrond verklaard. Zij heeft haar vonnis echter niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard omdat de Ontvanger geen daartoe strekkende vordering in conventie heeft ingesteld. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Ook het hof heeft, op dezelfde grond als de rechtbank, zijn arrest – of het vonnis van de rechtbank – niet (alsnog) uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Betrokkene heeft beroep in cassatie ingesteld. De Ontvanger heeft een incidentele vordering gedaan tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het door het hof bekrachtigde vonnis van de rechtbank, voorzover daarbij het verzet van betrokkene ongrond is verklaard.

• Prof. mr. A.L.M. van Mienlo, hoogleraar burgerlijk (proces)recht Erasmusuniversiteit Rotterdam.

Bij de beoordeling van de incidentele vordering dient tot uitgangspunt dat, ingevolge art. 17 lid 2, tweede zin, Iw 1990, verzet de tenuitvoerlegging van het dwangbevel schorst. Deze regel is tot stand gekomen ondanks de daaraan verbonden bezwaren die bij de parlementaire discussie door de minister naar voren zijn gebracht. Daarom kan alleen een zwaarwegend belang van de Ontvanger rechtvaardigen dat de schorsende werking van het verzet wordt opgezegd. Dit is het geval wanneer de belastingsschuldige die op de voet van art. 17 lid 2, tweede zin, Iw 1990 verzet heeft gedaan tegen de tenuitvoerlegging van een dwangbevel, zijn bevoegdheid misbruikt door de aan het verzet verbonden schorsing van de tenuitvoerlegging in te roepen. Daarvan is sprake als het verzet, gelet op hetgeen de belastingsschuldige ter ondersteuning daarvan heeft aangevoerd, zo duidelijk kansloos is dat het belang van de belastingsschuldige bij schorsing van de tenuitvoerlegging niet opweegt tegen het belang van de Ontvanger bij voortzetting van de tenuitvoerlegging (vgl. HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411). In dit geding is sprake van een duidelijk kansloos verzet. Nu voorts voldoende is gebleken dat de Ontvanger, gelet op de aanzienlijke omvang van de ingevorderde bedragen en de geruime tijd die na het opleggen van de aanslagen is verstreken, belang heeft bij onverwijld invordering, is de incidentele vordering van de Ontvanger toewijsbaar. De aard van de verzetprocedure verzet zich niet tegen dat een rechterlijke uitspraak, waarbij het verzet tegen een dwangbevel ongrond wordt verklaard, op verzoek van de Ontvanger op de voet van art. 233 Rv uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. De omstandigheid dat zodanige uitspraak als zodanig niet voor executie vatbaar is legt onvoldoende gewicht in de schaal voor een tegengestelde opvatting, aangezien in de verzetprocedure in wezen de deugdelijkheid van het – wél voor executie vatbare – dwangbevel ter beoordeling staat. Het voorgaande brengt tevens mee dat de in art. 17 lid 2 Iw 1990 neergelegde schorsende werking van de verzetprocedure, die ook geldt wanneer na ongrondverklaring van het verzet in eerste aanleg de verzetprocedure in hoger beroep (of cassatieberoep) wordt voortgezet, door de rechter opgezegd kan worden door zijn uitspraak waarbij het verzet ongrond is verklaard (of waarbij het beroep tegen zodanige uitspraak wordt verworpen) uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, in dien aan de hiervoor vermelde eisen is voldaan. Gevolg daarvan is dan dat de schorsende werking van de verzetprocedure niet herleeft door het aanwenden van een rechtsmiddel tegen die uitspraak. Daarvoor is niet een daartoe strekkende vordering in conventie van de Ontvanger vereist. Voldoende is dat een daartoe strekkend verzoek wordt gedaan op zodanig duidelijke wijze dat de belastingsschuldige niet wordt tekortgedaan in zijn recht zich daartegen te verdedigen.

X., te Y., België, eiser tot cassatie, verweerder in het incident, adv. mr. P. Garreisen,

De Ontvanger van de Belastingdienst/Amsterdam, te Amsterdam, verweerder in cassatie, eiser in het incident, adv. mr. M. Ynzonides.

Hof:

4. Beoordeling

X. is krachtens artikel 17 van de Invoeringswet 1990 (hierna: IW) tegen de tenuitvoerlegging van de genoemde dwangbevelen in verzet gekomen bij de rechtbank te Amsterdam. De rechtbank heeft in het vonnis waarvan beroep dat verzet ongrond verklaard, met veroordeling van X. – uitvoerbaar bij voorraad – in de gedingkosten. Aan een verzoek van de Ontvanger om het vonnis ook overigens uitvoerbaar bij voorraad te verklaren is de rechtbank voorbij gegaan, daartoe overwegende dat het door de Ontvanger met dat verzoek beoogde resultaat, namelijk de opheffing van de schorsende werking van de verzetprocedure ten opzichte van de tenuitvoerlegging van de dwangbevelen, slechts kan worden bereikt door een daartoe strekkende conventionele vordering, welke niet is ingesteld.

4.2 De grieven die X. tegen het vonnis waarvan beroep heeft aangevoerd, lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Zij strekken ten betoefte dat ondanks het voorschift van artikel 17, derde lid, IW, voor zover inhoudende dat het verzet niet kan zijn gegrond op de stelling dat de belastingaanslag ten onrechte of tot een te hoog bedrag is vastgesteld, de rechtbank marginaal de verschuldigdheid van de desbetreffende belastingbedragen had moeten toetsen, nu de aanslagen en de – als strafsancties aan te merken en daarom aan artikel 6 van het EVRM onderworpen – administratieve verhogingen niet onherroepelijk zijn. Deze toets dient, aldus X., in zijn voordeel uit te vallen op de, ook in de cassatieprocedure door X. aangevoerde, grond dat de aanslagen en de verhogingen de verboden vruchten vormen van de onrechtmatige huiszetting op de 12^e verdieping en de onrechtmatige verstreking van de daarbij verkregen informatie door de ECD aan de belastingdienst en de FIOD, waardoor zowel de heffing van de in geding zijnde belasting en verhogingen als de invordering ervan, jegens hem onrechtmatig is (want in strijd met de hier aan de overheid geboden zorgvuldigheid).

4.3 Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat krachtens artikel 9, elfde lid, IW door de indiening van een bezwaar- of beroepschrift inzake een aanslag de verplichting tot betaling van hetgeen uit hoofde van die aanslag verschuldigd is, niet wordt geschorst. Ook ondanks dat bezwaar of dat beroep staat het de Ontvanger daarom in beginsel vrij om de hem wettelijk ten dienste staande invorderingsmaatregelen te nemen. Op de voet van het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 1996 (LJN AA2050), is zulks niet anders indien de betalingsplicht betrekking heeft op een niet onherroepelijke (als 'criminal charge' in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM aan te merken) administratieve verhoging.

4.4 Het voorschift van artikel 17, derde lid IW, voor zover inhoudende dat het verzet niet kan zijn gegrond op de stelling dat de belastingaanslag ten onrechte of tot een te hoog bedrag is vastgesteld, geldt daarom ook bij de beoordeling van het door X.

gedane verzet. Terecht ligt echter in X.'s gr sloten en is door de Ontvanger niet bestred rechter die omtrent het verzet heeft te oort verzet desondanks gegrond kan bevind grond dat aan de aanslag ter invordering het dwangbevel is uitgevaardigd, zodanig; gende gebreken klevden dat de ontvanger ir gaan, in welk geval de tenuitvoerlegging ir met die gebreken als onrechtmatig jegens 4.5 De vraag die derhalve ter beant voorligt is of zodanig zwaarwegende omst den zich hier voordoen. Naar voortvloeit ui onder 4.3 en 4.4, eerste volzin, is overwoog omstandigheden niet gelegen in het feit d slagen en de verhogingen niet onherroep staan en dat die verhogingen als 'criminal' opgemelde zin dienen te worden bescho aanzien van hetgeen X. heeft gesteld on FIOD, is evenmin van zodanige omstan 12^e verdieping en de ter beschikking stell (beweerdelijke) onrechtmatige huiszoeke sprake. De Derde Meervoudige Belastingk het hof heeft immers de hier in geding zijnd ten gronde getoetst en daarom trent in het; 31 juli 2002 ten nadele van X. overwoog; als hiervoor onder 3.1.5. weergegeven. X. J voldoende feiten en omstandigheden gest

4.6 Dit betekent dat de grieven falen e verzet terecht ongrond is verklaard. Het Ontvanger vrij de tenuitvoerlegging te v behoudens voor zover deze door het verz aanhangigheid van een geding, daarom rechtbank, hof of Hoge Raad) is geschorst i het bepaalde in artikel 17, tweede lid, IW.

4.7 Hetgeen X. overigens nog heeft aar leidt niet tot een ander oordeel.

4.8 Het hof heeft geen acht geslagen o de Ontvanger in zijn memorie van antw heeft aangevoerd omtrent het arrest dat i is gewezen op het door X. ingestelde cassat noch op de bij die memorie overgelegde f op de grond dat X. niet in de gelegenheid i daarop te reageren. Anders dan de Ontvang lijk beoogt, heeft de eventuele uitvoo voorraadverklaring van de uitspraak houde grondverklaring van het verzet, niet tot g daarmee de schorsende werking (als omssc artikel 17, tweede lid, IW) van een teg

spraak ingesteld hoger beroep of cassatieberoep ongedaan wordt gemaakt. Voor zover de Ontvanger die schorsende werking ongedaan maakt wil zien, had het daarom op zijn weg gelegen daartoe een (reconventionele) vordering in te stellen, hetgeen hij niet heeft gedaan. De rechtbank is daarom terecht voortgebegaan aan het desbetreffende verzoek van de Ontvanger, evenals het hof dat zal doen.

5. Slotsom en kosten

De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep moet worden bekrachtigd. X, zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

Incidentele vordering:

1. De onderhavige incidentele vordering strekt tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Deze vordering zal in het navolgende integraal worden toegelicht, zodat de Ontvanger – daargelaten of partijen in een incident als het onderhavige überhaupt recht hebben op schriftelijke toelichting – op voorhand alziet van een schriftelijke toelichting in het incident. Tegen deze achtergrond verzoekt de Ontvanger Uw Raad uitdrukkelijk om na de conclusie van antwoord in dit incident van eiser tot cassatie, tevens incidenteel verweerder in cassatie ('X.'), aanstonds een datum te bepalen voor dagbepaling conclusie PG. Zon-der schriftelijke toelichting aan de kant van de Ontvanger bestaat immers geen aanleiding voor een schriftelijke toelichting aan de kant van X.

Inleiding en procesverloop

2. Bij dagvaarding van 17 september 2001 is X, op de voet van art. 17 Invorderingswet 1990 ('Iw 1990') bij de Rechtbank Amsterdam in verzet gekomen tegen de tenuitvoerlegging van een twaalfal tegen hem uitgevaardigde dwangbevelen. De Ontvanger heeft de Rechtbank bij conclusie van antwoord verzocht om bij afwijzing van de vorderingen van 'X, het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, teneinde te voorkomen dat na ongegrondverklaring van het verzet door de Rechtbank de schorsende werking van het verzet zou herleven bij een eventueel hoger beroep van X. De Rechtbank heeft in haar vonnis van 9 juli 2003 het verzet van X, ongegrond verklaard. De Rechtbank is echter voortgebegaan aan het verzoek van de Ontvanger om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De Rechtbank overweegt daartoe in r.o.v. 5.4:

"Het door de Ontvanger nagestreefde resultaat kan in de eerste aanleg alleen worden bereikt door in reconventie te vorderen dat de rechtbank de schorsende werking van het verzet in geval van hoger beroep op voorhand opheft. Een dergelijke vordering is niet ingesteld."

1. Zie par. 11 CVA.

3. Op het door X, tegen voormeld vonnis ingestelde hoger beroep heeft het Gerechtshof Amsterdam bij zijn arrest van 23 maart 2006 het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd. Het verzoek tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, dat de Ontvanger in hoger beroep heeft herhaald², heeft het Hof afgewezen, daartoe (in r.o.v. 4.8) overwegende:

"(...) Anders dan de Ontvanger kennelijk betoogt, heeft de eventuele uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de uitspraak houdende ongegrondverklaring van het verzet, niet tot gevolg dat daarmee de schorsende werking (als omschreven in artikel 17, tweede lid, Iw) van een tegen die uitspraak ingesteld hoger beroep of cassatieberoep ongedaan wordt gemaakt. Voor zover de Ontvanger die schorsende werking ongedaan maakt wil zien, had het daarom op zijn weg gelegen daartoe een (reconventionele) vordering in te stellen, hetgeen hij niet heeft gedaan. De rechtbank is daarom terecht voortgebegaan aan het desbetreffende verzoek van de Ontvanger, evenals het hof dat zal doen."

4. X, heeft bij dagvaarding van 23 juni 2006 cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het Hof. De Ontvanger heeft de datum waartegen hij was gedagvaard (22 december 2006), ingevolge art. 408 Rv vervroegd door X, bij exploit van 4 augustus 2006 op te roepen tegen de zitting van 15 september 2006.

5. In het onderhavige incident vordert de Ontvanger op de voet van art. 418a jo. art. 234 Rv uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 23 maart 2006 bekrachtigde vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 9 juli 2003, voorzover daarbij het verzet van X, ex art. 17 Iw 1990 ongegrond is verklaard³. Deze incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad strekt ertoe te bewerkstelligen dat in casu de schorsende werking die art. 17 lid 2 Iw 1990 aan het instellen van verzet verbindt, gedurende de procedure in cassatie aan het verzet wordt ontzegd.

Uitvoerbaarheid bij voorraad: algemeen

6. Uitvoerbaarheid bij voorraad is de eigenschap van een gerechtelijke uitspraak⁴ die meebrengt dat de tenuitvoerlegging⁵ ervan kan worden aange-

2. Voorzover nodig bij wege van incidenteel appel, zie voetnoot 27 MvA.

3. De uitvoerbaarverklaring bij voorraad in cassatie mogelijk is ten aanzien van het vonnis in eerste aanleg leidt de Ontvanger af uit HR 1 juni 1990, NJ 1990, 587. Het alternatief voor zijn uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het bekrachtigende arrest in hoger beroep, doch dat komt de Ontvanger minder zuver voor. Mocht Uw Raad evenwel van oordeel zijn dat de incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad in cassatie enkel betrekking kan hebben op het bestreden arrest in hoger beroep, dan verzoekt de Ontvanger Uw Raad de onderhavige vordering zo te behandelen dat deze ook ziet op uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het arrest van het Hof Amsterdam van 23 maart 2006.

4. Doorgaans betreft het een einduitspraak, doch ook tussenuitspraken kunnen uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Zie HR 29 april 2005, NJ 2006, 57.

5. Zowel in de zin van executie forcé als exécution par suite d'instances.

vangen dan wel voortgezet nadat daartegen een (gewoon) rechtsmiddel is aangewend, zulks in afwijking van de hoofdregel⁶ dat het aanwenden van een (gewoon) rechtsmiddel de tenuitvoerlegging schorst. Tot heden vormt veelal (impliciet) uitgangspunt dat slechts toewijzende uitspraken vatbaar zijn voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad⁷. Meer in het bijzonder gaat het dan om condemnatoire uitspraken, waarbij de wederpartij wordt veroordeeld tot een doen of laten. Discussie bestaat over de vraag of ook constitutieve uitspraken in aanmerking komen voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Een voorbeeld van een constitutieve uitspraak die op grond van de wet uitvoerbaar bij voorraad is, is het vonnis tot faillietverklaring. Een voorbeeld van een constitutieve uitspraak waarvan in de rechtspraak is aangenomen dat die zich leent voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad, is het vonnis tot opheffing van een beslag. Hoevel dit laatste voorbeeld wellicht beslagd kan worden als een enigszins oneigenlijke vorm van uitvoerbaarverklaring bij voorraad⁸, maakt de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in dit geval dat het beslag met het doen van de uitspraak aanstonds is opgeheven, waar dat anders eerst het geval zou zijn met het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak.

Uitvoerbaarheid bij voorraad bij afwijzing verzet ex art. 17 Iw 1990

7. De vraag die in dit incident aan Uw Raad wordt voorgelegd, is of ook de afwijzing van het verzet tegen een dwangbevel uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Die vraag is door Uw Raad niet eerder beantwoord en in de (lagere) rechtspraak wordt over deze problematiek verschillend geoordeeld (zie ook hierna onder 12).

8. De behoefte aan uitvoerbaarheid bij voorraad van uitspraken houdende afwijzing van het verzet tegen een dwangbevel, is gelegen in de omstandigheid dat de wet (art. 17 lid 2, tweede volzin 1990) schorsende werking verbindt aan het in rechte instellen van verzet overeenkomstig art. 17 Iw 1990. Dat verzet schorst in beginsel de tenuitvoerlegging van het dwangbevel voorzover deze door het verzet wordt bestreden. Aan deze schorsing komt een einde door het vonnis in de verzetprocedure, waarbij het verzet wordt afgewezen of ongegrond verklaard. Als tegen het vonnis waarbij het verzet tegen het dwangbevel is afgewezen of ongegrond verklaard, hoger beroep wordt ingesteld, moet wor-

6. Zie art. 145 Rv (verzet), art. 350 lid 1 Rv (hoger beroep) en art. 404 Rv (cassatie).

7. Zie bijvoorbeeld Snijders, Vronzoides en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer 2002, nr. 245.

8. Zie Van Heijl, De grondslag der uitvoerbaarverklaring bij voorraad, Helmond 1961, p. 9-10, alsmede Van Rossum, Uitvoerbaarheid bij voorraad van rechterlijke beslissingen, Arnhem 1995, p. 7 e.v.

9. Zie art. 4 lid 5 Faillissementswet.

10. HR 20 januari 1995, NJ 1995, 413 (Smokehouse/Culimer).

11. Zie in het in het licht van de gedachte dat slechts (condemnatore) vonnissen die vatbaar zijn voor tenuitvoerlegging, zich lenen voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

den aangenomen dat de tenuitvoerlegging opnieuw wordt geschorst – en dus de schorsende werking van het verzet 'herleeft' – totdat in hoger beroep het verzet in voor de appellante negatieve zin w beslist.⁹ Hetzelfde geldt mutatis mutandis in g van cassatieberoep.

9. Doel van de uitvoerbaarverklaring bij v raad van de uitspraak waarbij het verzet ongegrond wordt verklaard, is derhalve om te voorkomen de schorsende werking van het verzet herleeft tegen die uitspraak hoger beroep of cassatiebeleid wordt ingesteld. Dat doel kan anders slechts worden bereikt door het instellen van een separate vordering tot opheffing van de schorsende werking van het verzet, hetzij in reconventie, hetzij in kort geding. Aan de reconventionele vordering tot opheffing de schorsende werking van het verzet kleef het zwaar dat voor het instellen van een dergelijke vordering niet steeds bij conclusie van antwoord aanleiding bestaat, terwijl die vordering later in procedure of in hoger beroep niet meer kan worden ingesteld. In die gevallen reest slechts de mogelijkheid van een kort geding. Ook het instellen een separate vordering in kort geding heeft ec niet steeds de voorkeur. Een afzonderlijk kort geding vergt immers tijd en brengt kosten met zich r. Bovendien zit de Ontvanger veelal niet te wad op nog weer een extra gerechtelijke procedure te de belastingsschuldige. Dat alles geldt temeer t de Belastingdienst zich de laatste jaren – sinds aanschrijving van het uitstelbeleid met ingang 1 januari 2004¹⁰ – geconfronteerd ziet met een nemend aantal verzetprocedures waarin belast schulden door het instellen van verzet tract uitstel van betaling te verkrijgen. Voor de Ontvanger is het praktisch niet haalbaar om in al die gevallen de verzetprocedure steeds een separaat geding aanhangig te maken teneinde de schorsende werking opgeheven te krijgen.

10. Voor de uitvoerbaarverklaring van vonnis houdende afwijzing van het verzet bes rechtens geen beletsel. Ingevolge art. 233 Rv kan rechter desgevorderd zijn uitspraak uitvoerbaar voorraad verklaren, tenzij uit de wet of uit de van de zaak anders voortvloeit. De wet lijkt voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad van een uitspraak houdende afwijzing van het verzet geen belemmering op te werpen, anders dan dat de wetgever oogen heeft gestaan de hiervoor genoemde condi-

12. Zie HR 18 februari 2005, NJ 2006, 324. Anders dan in de derhavige geval betreft deze zaak weliswaar de schorsende werking van rechtswege van het verzet tegen een dwangbevel ex art. 5:26 Awb, maar zoals ook in de Conclusie A-G (par is vermeld, is de achtergrond van die regeling vergelijk met die van art. 17 Iw 1990, zodat moet worden aangenomen dat ook voor de schorsende werking van art. 17 Iw 1990 dat daaraan een einde komt als het verzet wordt afgewend of ongegrond verklaard, en dat de schorsende werking her als hoger beroep (of cassatieberoep) tegen de afwijzende slissing wordt ingesteld.

13. Zie wijziging van de Leidraad Invordering per 1 januari 2 VNA 2004, 5.10.1, en de wijziging van de Leidraad Invord per 1 januari 2005, VN 2005, 4.11.

in aanmerking komt (en het door de Ontvanger beoogde effect kan bewerkstelligen⁴).

Volgens mij moet de zojuist omschreven mogelijkheid inderdaad – in alle genoemde varianten – aanmerkelijk worden gedeeld.

8) Het tegengestelde oordeel moet het vooral hebben van de gedachte, dat alleen uitspraken die zich voor executie lenen, voor uitvoerbaarverklaring in aanmerking kunnen komen. Dat zou dan niet gelaten worden voor uitspraken die louter constitutief of declaratoir zijn of waarin alleen afwijzend op vorderingen wordt beslist – er valt dan immers (afgezien van de kostenveroordeling) niets te executeren.

9) Hoewel op het eerste gezicht als logisch aansprekend, miskent deze gedachte de pluriformiteit van de rechtspraktijk. In die praktijk is (dan ook), zowel op het niveau van de wetgever als in de rechtspraak, al in een aantal varianten aangenomen dat, waar de behoeften en in aanmerking komende belangen dat rechtvaardigen, beslissingen die geen voor executie vatbaar dictum inhouden toch onmiddellijk uitvoerbaar kunnen worden verklaard (van rechtswege – dus: door de wet, of van rechterswege⁵).

10) De Ontvanger heeft in dit verband gewezen op de beslissing tot faillietverklaring (e.t.q.), en op de jurisprudentiële regels betreffende de uitspraak waarbij een beslag wordt opgeheven⁶. In die lijn kan ook worden gewezen op interlocutoire beslissingen: ook die houden gewoonlijk geen maatregelen in die zich voor executie in de meest directe betekenis van dat woord lenen – maar zij kunnen wel bij voortراء uitvoerbaar worden verklaard⁷. (Ook in dit geval is er in materieel opzicht geen sprake van 'executie'⁸; het gaat in wezen om besluiten over de procesindefinitie c.q. het procesbeleid. Dat dergelijke besluiten niet voor 'echte' executie vatbaar zijn neemt niet weg dat de praktijk behoefte heeft aan ruimte voor rechterlijke beleidsbepalingen op dit punt. Aan die behoefte blijkt een strikt doctrinaire uitleg van de ruimte voor 'uitvoerbaarverklaring', dus niet in de weg te hoeven staan.

11) De beslissingen waar het in deze zaak om gaat, passen in het beeld dat uit de zojuist besproken bronnen naar voren komt. Dat de door art. 17 lw geboden processing opgezet is als een verzetsprocedure, waarin beslissingen worden gevraagd over het al-dan-niet gegrond zijn van het verzet, mag niet het zicht erop ontneemen dat het voorwerp van die pro-

4 Dat effect is, dat alsnog met de executie van de in verzet aangevochten dwangbevelen kan worden doorgegaan (of begonnen).

5 Zie bijvoorbeeld Snijders - Yzonsides - Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2002, p. 226.

6 Vergelijkbare regels gelden bijvoorbeeld voor de surseance, zie art. 217 en art. 222 F. Igen beslissingen tot toepassing van de wettelijke schuldsanering staan geen gewone rechtsmiddelen open (art. 292 lid 1 F), zodat het probleem van voorlopige uitvoerbaarheid hier niet speelt.

7 HR 20 januari 1995, NJ 1995, 413 m.nt. HER, rov. 3.2.

8 HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.1.

9 Al wordt hier wel de uitdrukking 'execution par suite d'instance' gebruikt.

werking aan de kant van de dwangbevel-debiteur als rechtsmisbruik moet worden aangemerkt¹¹.

15) Dat betekent dat de ruimte die de Ontvanger wordt gelaten om de schorsende werking van verzet op de voet van art. 17 lw aan te vechten, (aanmerkelijk) wordt beperkt; maar dat lijkt mij geen reden om ook de procesrechtelijke middelen die hiervoor ten dienste staan, te beknootten. Inhoudelijk maakt de wet het de Ontvanger niet makkelijk om op dit punt zijn zin te krijgen – maar ik zie niet in waarom dat ook procesrechtelijke repercuussies zou moeten hebben, waarvoor ik overigens geen rechtvaardiging heb kunnen vinden.

16) Men zou daar misschien anders over moeten denken als aanvaarding van het middel dat in deze zaak wordt aangewend – de incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad in hogere instantie – de verweerder onvoldoende ruimte voor verweer tegen de vordering zou bieden¹². Ik zie echter niet in dat daarvan sprake zou zijn: de incidentele procedure zoals die in dit verband pleegt te worden gevolgd, laat alle ruimte voor behoorlijke toelichting van de wederzijdse standpunten, en zo nodig ook voor verdere instructie; en de beslissing die dan volgt moet ook aan de 'gewone' eisen, inclusief de motiveringseisen, voldoen.

17) Daarmee heb ik de laatste vraag bereikt die deze zaak aan de orde stelt: kunnen de inhoudelijke gronden die de Ontvanger aanvoert, de (incidentele) vordering dragen?

De gronden waar het om gaat wat ik aldus samen, dat (woord aangevoerd dat) het middel een zo kleine kans van slagen heeft, dat handhaving van de schorsende werking in verhouding tot de belangen bij invordering-op-voorhand als exorbitant – en daarmee als rechtsmisbruik – moet worden aangemerkt.

18) Uit het al genoemde arrest HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411 m.nt. HJS, rov. 3.3 blijkt dat de afweging die de Ontvanger hier verdedigt, rechtens inderdaad tot het door hem gewenste resultaat kan leiden: wanneer datgene wat in de verzetsprocedure

11 Dat blijkt uit het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest; zie ook Wattel c.s., *Invordering*, 2001, p. 220.

12 Men kan op die gedachte komen omdat uitvoerbaarverklaring bij voorraad in de 'gewone' civiele procedure zelden de inzet vormt van inhoudelijk debat, en ook maar hoogst zelden aanleiding geeft tot een gemotiveerde beslissing van de rechter: het gaat hier (bijna altijd) om een 'hamerstuk' waarvoor zonder debat en zonder motivering wordt beslist. Ik denk dat dat rechtbank en hof mede voor de geest zal hebben gestaan toen zij oordeelden dat de Ontvanger hier naar een formele vordering in reconventie moest worden verwezen: een terloops verzoek om uitvoerbaarverklaring loopt een aanzienlijke kans op de beoordeling als 'hamerstuk' die ik zo-even beschreef, terwijl een 'heuse' reconventionele vordering een betere kans maakt op inhoudelijke aandacht van zowel de partijen als de rechter. Voor de gedachte die ik hier bij rechtbank en hof heb verondersteld, kan ik ook bepaald sympathie opbrengen. Maar bij een incidentele vordering zoals de Ontvanger die in deze casus-incidentie heeft ingesteld, is voor die gedachte geen plaats: in een incident als dit kunnen partijen hun vordering en verweer naar behoren presenteren en onderhouden, op zo'n vordering volgt een naar de 'gewone' maatstaven gevoerde beslissing. Ook aspecten van 'fair trial' leveren dus geen grond op om deze mogelijkheid van de hand te wijzen.

wordt aangevoerd zo duidelijk kansloos is dat belang bij schorsing – ik voeg toe: bij lange na niet opweegt tegen het belang bij voortzetting van de tenuitvoerlegging, is er inderdaad sprake van rechtsmisbruik, en kan dus op de schorsing geen beroep worden gedaan.

19) Het legitieme belang van de Ontvanger voortzetting van de tenuitvoerlegging vormt in dit zaak geen punt van geschil. De aanslagen waarvande in geding zijnde dwangbevelen zijn opgelevert tegenwoordigen een bedrag van zeer aanzienlijke omvang, en betaling is ook al zeer geruime tijd achterstallig. Bovendien is de fiscale procedure op deze aanslagen inmiddels (door verwerping van 10 namens X. ingestelde cassatieberoep¹³) geëindigd. Wat het fiscale traject betreft, staan de aanslagen inclusief de daarbij opgelegde verbodingen dus geruime tijd onherroepelijk vast.

20) Het zwaartepunt komt daardoor te liggen bij de vraag of de argumenten die in cassatie worden verdedigd een zodanig geringe kans van slagen hebben, dat het beroep op schorsende werking inderdaad als misbruik moet worden aangemerkt¹⁴.

Ik meen dat die vraag met 'ja' moet worden beantwoord. Ik licht dat toe als volgt:

21) Allereerst; zowel in de fiscale procedure over de grondigheid van de aan X. opgelegde aanslagen (inclusief verbodingen) die in de onderhavige zaak worden ingevorderd, als in de onderhavige zaak voor ten verweerde (slechts) één argument aanvoerd dat ook in het onderhavige cassatieberoep in een rol speelt. Dat argument bestaat er in dat aanslagen zijn opgelegd op grond van gegevens (zijn verkregen bij strafrechtelijke beslaglegging, de kantoren van de onderneming waarbij X. dienst betrokken was; terwijl voor die beslaglegging e gedeelte van het kantoor waar de bedoelde gegevens werden aangeetroffen. Daarom zou het gaan om 'besmette' informatie en/of om 'besmet' bewijs, en zij de fiscus ontoelaatbaar handelen door daarvan gebruik te maken.

In de fiscale procedure die met het in voetnoot 13 genoemde arrest is geëindigd is dat argument de gronde onderzocht. Daarin is het tenslotte gemoed verworpen.

22) In het namens X. voorgestelde cassatiemiddel wordt, samengevat weergegeven, aangevoerd

13 Bij HR 29 april 2005, VN 2005/33.4 (met toepassing van art. 81 RO).

14 In de rechtspraak van de Hoge Raad in incidentele geschillen betreffende uitvoerbaarverklaring bij voorraad wordt bestidig aangenomen dat de kans van slagen van het rechtsmiddel bij de te maken afweging buiten beschouwing moet blijven – zie bijvoorbeeld HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512, rov. 3.3 – HR 19 juni 1992, NJ 1992, 626, rov. 3.3; HR 26 april 1991, NJ 1991, 456, rov. 3.3 (slot). De beoordelingsmaatstaf die in art. 17 van HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411 m.nt. HJS voor beoordeling van de grondigheid van verzet tegen een fiscus dwangbevel wordt aangegeven, noodzaakt er echter toe, merities van het aangevoerde rechtsmiddel wel te onderzoeken. Ik denk daarom dat in dit geval van de Hoge Raad overtuiging aangeduide lijn moet worden afgeweken.

onde' op zeer beperkte gronden cassatieberoep als ingesteld en dat dat beroep met toepassing van art. 81 RO was verworpen; en dat in die procedure een beroep was gedaan op het feit dat de strafzaken X, zouden zijn geseponeerd, had voor het hof van de onderhavige zaak) aanleiding moeten zijn om in ruimere beoordelingsmarge voor de civiele rechter aan te leggen dan het hof heeft gedaan (onderdelen 1.3 en 1.11);

Het in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verkregen materiaal is onrechtmatig verkregen en onrechtmatig aan de aanslagen en dwangbevelen ten grondslag gelegd, waardoor zodanig aangewezen gebreken aan de aanslagen en dwangbevelen kleven dat de Ontvanger niet in rede-lijkheid tot tenuitvoerlegging heeft kunnen overgaan. Aaraan doen niet af de argumenten die het hof (in puntleend⁵, dit zou a fortiori gelden voor de opgelegde verhogingen, die immers een punitief karakter dragen (onderdelen 1.4 - 1.11 en 1.14).

In de hiervoór niet genoemde middelenonderdelen, vinden zich geen verdere dragende argumenten.

3) Om twee - niet geheel van elkaar onafhankelijke - redenen lijkt mij duidelijk dat de zojuist geschreven argumenten onduidelijk zijn. Ik acht dat bovendien in die mate klaarblijkelijk, dat het namens X. verdedigde standpunt als duidelijk kansloos moet worden aangemerkt.

De eerste van de zojuist door mij bedoelde redenen is deze, dat X.s argumentatie betreffende de rechtmatigheid van de gegevens waarop de hem opgelegde aanslagen berusten, ten gronde door de eilastingrechter is beoordeeld, en verworpen. Daar-nee staat voor de civiele rechter vast dat die argumenten onduidelijk zijn: de beslissing waarin die werden verworpen moet immers als zowel qua inhoud als qua wijze van totstandkoming worden aangemerkt als 'en règle'⁶.

4) Er is een buitengewoon smalle marge voor en oordeel in de andere zin - namelijk wanneer lijkt dat de beslissing van de 'andere' rechter tot stand is gekomen met miskenning van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak⁷.

Ofschoon namens X. wel toespelingen worden gemaakt op de mogelijkheid dat hiervan sprake zou zijn, lijkt mij duidelijk dat dat in de eerste verte niet het geval is. Niet ledere onregelmatigheid bij de

5 Ik merk op dat deze onderdelen mede tot uitgangspunt nemen dat het bij de aanvang van het onderhavige geding om nog niet onherroepelijk vaststaande aanslagen zou gaan; maar blijkens de verwijzing naar de inmiddels geëindigde cassatieprocedure in het fiscale traject, wordt regelijk erkend dat de aanslagen al geruime tijd onherroepelijk zijn, in dit opzicht zijn de klachten mij dan ook niet geheel duidelijk.

6 Zie bijvoorbeeld De Vries. De burgerlijke rechter in belastingzaken, diss. 1998, hoofdstuk 4; zie voor een vergelijkbaar probleem HR 21 april 2004, NJ 2006, 271, rov. 3.4.1.

7 HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131, rov. 3.4.1 - 3.4.3.

toetsing van de rechtmatigheid van de aanslag - en omdat dat aan de fiscale rechter voorbehouden moet blijven²⁰.

29) Ook hier geldt dat, voorzover een marge als aan het begin van de vorige alinea bedoeld al zou bestaan, overduidelijk is dat de fiscus en de fiscale rechter(s) ruimschoots binnen die marge zijn gebleven: de stellingen van de kant van X. die op de rechtmatigheid van de (verkriging van de) aan de aanslagen ten grondslag gelegde informatie gericht waren, zijn gewetensvol onderzocht, en ten slotte verworpen op gronden die zich als op z'n minst plausibel aandienen. Daarom de Ontvanger zich daar niet naar zou mogen richten, valt dan in het geheel niet in te zien.

30) Zo kom ik tot de slotsom waar ik eerder al op vooruit liep: mij lijkt de grondslag voor het tot in cassatie volgehouden verzet van X. dusdanig specieus, dat het - de belangen die betrokken zijn bij het nu eindelijk ter hand nemen van de invordering in aanmerking genomen - inderdaad rechtsmisbruik oplevert om te blijven staan op de door art. 17 lw. voorgeschreven schorsing.

Dat zo zijnde, meen ik dat de incidentele vordering voor toewijzing in aanmerking komt; waarbij mij juist lijkt om te kiezen voor de variant, dat de beslissing van het hof (alsonog) bij voorraad uitvoerbaar wordt verklaard²¹. Zoals ik eerder opmerkte meen ik, dat aan een beslissing in die zin inherent op zijn dat geen beroep meer kan worden gedaan op de schorsende werking van de nog niet 'uitgeprocedeerde' rechtsmiddelen, ten opzichte van de in deze procedure aangevochten dwangbevelen.

Conclusie

Ik concludeer dat de incidentele vordering van de Ontvanger in de primair aangevoerde variant vordering te worden toegewezen; met veroordeling van X. op de in het incident gevallen kosten.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: X. - heeft bij exploit van 17 september 2001 verweerder in cassatie - verder te noemen: de Ontvanger - gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd dat de rechtbank het door X. gedane verzet deugdelijk zal verklaren. X. zal verklaren tot goed opposant tegen de, in de dagvaarding nader omschreven, dwangbevelen en deze buiten effect zal stellen.

De Ontvanger heeft de vordering bestreden en bij conclusie van antwoord verzocht het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

De rechtbank heeft bij vonnis van 9 juli 2003 het verzet tegen de dwangbevelen ongegrond verklaard.

De rechtbank is voorbijgegaan aan het verzoek van de Ontvanger om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

Tegen dit vonnis heeft X. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. De Ontvanger heeft in hoger beroep bij conclusie van antwoord verzocht het door het hof te wijzen arrest uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

Bij arrest van 23 maart 2006 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot toewijzing van de incidentele vordering van de Ontvanger in de primair aangevoerde variant en tot veroordeling van X. op de in het incident gevallen kosten.

De advocaat van X. heeft bij brief van 30 maart 2007 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de incidentele vordering

3.1 Beoordeling van de incidentele vordering vindt plaats tegen de achtergrond van het volgende. Ten laste van X. zijn door de Ontvanger van de Belastingdienst/Amsterdam op 1 september 2001 twaalf dwangbevelen uitgevaardigd, strekkende tot invordering van aan X. opgelegde navorderingsaanslagen in de inkomtenbelasting, vermeerderd met administratieve boetes, over de jaren 1986-1996. X. heeft tegen de uitspraak op bezwaar tegen deze aanslagen van 1 maart 2001 beroep ingesteld bij de belastingkamer van het hof. Het hof heeft dit beroep bij arrest van 31 juli 2002 ten dele niet-ontvankelijk en voor het overige ongegrond verklaard. Het tegen deze uitspraak door X. ingestelde cassatieberoep is door de belastingkamer van de Hoge Raad bij arrest van 29 april 2005 verworpen.

3.2 In dit civiele geding, in eerste instantie aanhangig gemaakt op 17 september 2001, is X. in verzet gekomen tegen de tenuitvoerlegging van de vorenbedoelde dwangbevelen. De Ontvanger heeft de vordering bestreden en heeft tevens verzocht het vonnis, indien daarbij het verzet wordt afgewezen, uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

20 De gedachtegang achter deze regeling is dan ook bij uitstek legitiem. Het gaat er immers om, de beoordelingsfeer van de fiscale rechter (die de juistheid van de aanslag heeft te beoordelen) werkzaam af te bakenen van de beoordelingsfeer van de civiele rechter (die het handelen van de Ontvanger met uitzondering van, o.a., het punt van de deugdelijkheid van de aanslag, ter beoordeling heeft gekregen). Wat het middel aanvoert leidt er rechtstreeks toe dat beide stieren geheel of grotendeels komen te overlappen - in kennelijke strijd met de hier gegeven regels.

21 Ik denk dat de art. 234 jo. 418a Rv. in dit geval niet de mogelijkheid bieden om de in eerste aanleg gegeven uitspraak bij voorraad uitvoerbaar te verklaren (zoals namens de Ontvanger subsidiair is voorgesteld). Overigens doet het er niet zo heel veel toe, hoe men een oordeel als het hier verdedigde precies formuleert: inhoudelijk strekt z'n oordeel ertoe dat de schorsende werking van het ingestelde rechtsmiddelen (dus) opgeheven, en dat de daaruit voortvloeiende gevolgen (dus) intreden.

verkriging van informatie of bewijs maakt in fiscale, laat staan in civiele zaken, dat zulke informatie dan wel bewijs buiten beschouwing moeten worden gelaten¹⁸.

25) In de fiscale procedure die met de onderhavige civiele procedure 'gelijk op liep' heeft het hof zich gewetensvol verdiept in de vraag of 'bewijsuitsluiting' hier aangewezen was. Dat hof is op grond van de stellingen van de kant van X. die op de overtuigend - aandienen, tot de slotsom gekomen dat dat hier niet het geval was. Niets wijst er op - en van de kant van X. wordt ook niets aangevoerd dat erop wijst - dat hierbij aan enige regel, laat staan aan enig fundamenteel rechtsbeginsel voorbij is gegaan. Suggesties die ertoe tenderen dat het anders zou zijn, missen dus elke grond, en a fortiori elke deugdelijke grond.

26) Dit wordt niet anders doordat - zoals namens X. wordt aangevoerd - de hier bedoelde argumenten in de fiscale cassatieprocedure niet, of niet in volle omvang werden gehandhaafd, of dat sommige in de huidige procedure aangevoerde argumenten destijds niet zouden zijn aangevoerd. Het gaat er om dat de grondigheid van de aanslagen (en verhogingen) waar de in deze zaak spelende dwangbevelen op berusten, in een met behoorlijke waarborgen omklede rechtsgang is beoordeeld, en dat die aanslagen daarmee onaantastbaar zijn komen vast te staan.

27) De tweede reden waar ik in alinea 23 hiervoór op doelde, grijpt terug op art. 17 lw. Die bepaling geeft in lid 3 aan dat verzet tegen een dwangbevel niet gegrond kan zijn op de stelling dat de aan het dwangbevel ten grondslag liggende aanslag ten onrechte is vastgesteld.

Het hele betoog dat aan het middel ten grondslag ligt, strekt er nu juist, en strekt er uitsluitend toe dat de aanslagen in kwestie ten onrechte zijn opgelegd. Dat hele betoog komt dus in strijd met de hier bedoelde bepaling.

28) Van de kant van X. wordt aangevoerd dat de Ontvanger ook zelfstandig heeft te beoordelen of aan een aanslag die hij (de Ontvanger) wil invorderen niet zodanig zwaarwegende bezwaren kleven dat gedwongen invordering onrechtmatig zou zijn; maar daarop wordt er in dit opzicht inderdaad een marge bestaand waarbinnen nog, bij beoordeling van het handelen van de Ontvanger, toetsing van de rechtmatigheid van (definitief) vastgestelde aanslagen plaats kan vinden - die marge is zeker niet zo breed als het middel lijkt te veronderstellen. Wat het middel verdedigt is nauwelijks te onderscheiden van 'volle'

18 Zie over dit onderwerp uitgebreid Embregts. Uitsluitel over bewijsuitsluiting, diss. 2003, bijvoordeel bij nrs. 4.2.6 e.v. (strafrecht), hoofdstuk 6 (civielrecht), en nrs. 7.2.1 e.v. (fiscaal recht); alwaar wel verdere verwijzingen.

19 O.a. kenbaar uit de in voetnoot 13 aangegeelde vindplaats.