

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74150>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-22 and may be subject to change.

**JBPR 2008/62**

**Rechtbank Rotterdam**

29 augustus 2008, 313268/KG ZA 08-780;  
LJN BE9488.

( Mr. Geerdes )

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Fairmount Marine BV te Rotterdam,  
eiseres,  
advocaten: mr. R.B. Gerretsen, mr. N.W.M. van den Heuvel en mr. H.E. Schweers te Rotterdam,  
tegen  
de naamloze vennootschap Fairstar Heavy Transport NV te Rotterdam,  
gedaagde,  
advocaten: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen en mr. N.A. van Loon te Amsterdam.

Beslag op optierechten

[Rv - 475 lid 1]

## » **Samenvatting**

Elk van de onderhavige beslagen optierechten belichaamt een aan Fairmount verleend recht om in 2012 tegen een tevoren vastgestelde prijs een bepaalde sleepboot van een bepaalde cv te kopen. (...) Het [had] voor de hand gelegen – zo komt het de voorzieningenrechter voor – dat Fairstar beslag had gelegd onder de rechthebbende op deze rechten, Fairmount, en niet onder de cv, die immers geen rechthebbende is.

Fairstar heeft kennelijk afgezien van het leggen van beslag onder Fairmount en is in plaats daarvan overgegaan tot het leggen van derdenbeslag op het optierecht onder de cv. (...)

Anders dan partijen mogelijk van mening zijn, belichamen de onderhavige optierechten geen rechten op levering maar houden zij het recht in op het sluiten van

een wederkerige overeenkomst met de cv's tot de aankoop van de sleepboten tegen een tevoren vastgestelde prijs. (Zou, daarentegen, in de optierechten een recht op levering wél besloten liggen, dan is het nog hoogst twijfelachtig of het door Fairstar gelegde derdenbeslag wel voldoet aan het door art. 475 lid 1 Rv gestelde en overeenkomstig art. 718 Rv toepasselijke vereiste dat sprake moet zijn van een beslag op een vordering die Fairmount (de geëxecuteerde) uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding met de cv rechtstreeks zal verkrijgen. Reden hiervoor is dat de aanspraak op levering afhankelijk is van een nog af te leggen wilsverklaring en van een verschuldigde tegenprestatie, de betaling van de koopprijs.)

Tegen deze achtergrond bezien ligt het voor de hand dat Fairstar na het door haar gelegde derdenbeslag verhaal zal nemen door middel van het zélf sluiten van een overeenkomst met de cv's tot aankoop van de sleepboten en vervolgens betaling van de bijbehorende vastgestelde koopprijs aan de cv's.

## » **Uitspraak**

**Partijen worden hierna aangeduid als “Fairmount” respectievelijk “Fairstar” dan wel “FHT”.**

### ***1. Het verloop van het geding***

(...; *red.*)

### ***2. De vaststaande feiten***

2.1. Fairmount oefent een scheepvaartbedrijf uit en is op 30 mei 2007 overgenomen door het Franse bedrijf Louis Dreyfus Armateurs SAS (hierna: LDA).

2.2. Fairstar is destijds opgericht met als doel de aankoop van twee pontons, genaamd de “Fjord” en de “Fjell”, en

vervolgens het ombouwen/“converteren” van deze pontons tot/in schepen.

2.3. Op 30 juni 2005 hebben Fairstar en Fairmount een managementovereenkomst gesloten, die per 20 juli 2006 is aangepast. In deze overeenkomst wordt Fairstar aangeduid als de “Owner” en Fairmount als de “Manager”. Aan het begin van artikel 2 van de managementovereenkomst wordt uiteengezet wat het werkgebied is van Fairmount:

“Scope of work

MANAGER shall on OWNER’s behalf (until) the termination of this Management Agreement under the terms hereof):

– supervise the design, construction and completion of the Vessels,

– procure the necessary design and engineering work for developing the Vessels to complete semisubmersible heavy transportation vessels, including supervise design of, procurement to, if applicable, installation on, and outfitting, construction, testing and completion of the Vessels, all of which to be further defined in the Building Contract with the Builder, manage the engineering and operation of the Vessels under all heavy transportation contracts and

– other potential usages of the Vessels

all:

i. as fully set out in Sub-Clause 2.1-2.16,

ii. in accordance with sound vessel management practices,

iii. by an organization properly staffed with qualified personnel and with relevant experience.”

Artikel 12 van de managementovereenkomst betreft de

beëindiging (“Termination”) van die overeenkomst. Onderdeel 12.3 van dit artikel luidt als volgt:

“12.3. OWNER may cancel this Management Agreement if MANAGER materially fails to perform his duties and obligations hereunder in accordance with the provisions hereof, after first having given MANAGER 5 (five) days to remedy such failure and then having failed to remedy, in which case OWNER may give written notice of termination for cause, effective upon receipt, and MANAGER shall, upon such notice being given, receive any unpaid part of MANAGER’s remuneration here-under for a period up to the date of OWNER’s written notice, less any amount rightfully due to OWNER at such time which OWNER may thus set off.”

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van partijen is in artikel 15 van de management-overeenkomst het volgende bepaald:

“15.0. Liability

15.1. Save for the extent of liability as is expressly undertaken by MANAGER pursuant to Sub Clause 15.2, OWNER hereby acknowledges that OWNER himself has full and sole responsibility for design and engineering of, procurement of equipment to, installation on, and outfitting, construction, testing and completion, including supervision thereof, of the Vessels, and acknowledges that no liability or other responsibility shall attach to MANAGER in relation thereto, including fitness for use, or condition of, the Vessels.

15.2. MANAGER shall have no liability or responsibility to OWNER, nor will OWNER hold MANAGER liable or responsible for or in respect of any matter or thing arising, as a consequence of, or in connection with, the performance by

MANAGER of the services provided therein, except insofar as the same is proved solely to be the result of MANAGER's willful misconduct or gross negligence, save where the same is recoverable under any insurances of OWNER or in respect of the Vessels."

2.4. Bij brief van 23 juli 2007 heeft Fairstar de managementovereenkomst opgezegd.

2.5. Bij de uitoefening van haar bedrijf maakt Fairmount gebruik van een vijf- dan wel zestal sleepboten, die eigendom zijn van vijf dan wel zes Nederlandse commanditaire vennootschappen. Het gaat hier om MPC Scheepsfonds Fairmount Sherpa C.V., die eigenaar is van de sleepboot "Fairmount Sherpa", MPC Scheepsfonds Fairmount Ranger C.V., eigenaar van de sleepboot "Fairmount Summit", althans van de sleepboot "Fairmount Ranger", MPC Scheepsfonds Fairmount Alpine C.V., eigenaar van de sleepboot "Fairmount Alpine", MPC Scheepsfonds Fairmount Glacier C.V., eigenaar van de sleepboot "Fairmount Glacier", MPC Scheepsfonds Fairmount Expedition C.V., eigenaar van de sleepboot "Fairmount Expedition" en MPC Scheepsfonds Fairmount Summit C.V., eigenaar van de sleepboot "Fairmount Summit". Het gaat hier om zgn. "special purpose companies": het enige vermogensbestanddeel van elke cv is de desbetreffende sleepboot.

Ieder van deze cv's heeft één beherend vennoot en een aantal commanditaire vennoten. Deze commanditaire vennoten zijn private investeerders die via hun participaties in de desbetreffende cv zorg dragen voor een deel van de financiering van de desbetreffende sleepboot. Hanzevast Shipping B.V. (hierna: Hanzevast) is enig aandeelhouder en bestuurder van de beherende vennoten van de cv's. Tevens voert Hanzevast het management van deze boten.

2.6. Fairmount is met iedere cv een overeenkomst van tijdbeverchting (Time Charter Agreement) aangegaan, op grond waarvan zij de sleepboten voor een in de bevrachtingsovereenkomst bepaalde tijd in gebruik heeft. De bevrachtingsovereenkomsten voorzien in Addendum 2 in het recht voor Fairmount om op een bepaald moment de sleepboten tegen een vaste prijs te kopen – aangehaald voor zover van belang:

"1. The parties confirm that the Time Charter provides that the Charterers have the option to purchase the Vessel. For the avoidance of doubt, the following provision is restated (...):

#### Transfer of the Vessel

The Charterers have the option to purchase the Vessel five years after delivery of the Vessel by the shipyard for the net value of USUSD [volgt het bedrag waartegen de optie kan worden uitgeoefend; voorzieningenrechter]. (...) Option shall be invalid after five years and six months after delivery of the Vessel (...)

2. The parties agree that the Charterers may exercise their option to purchase the Vessel by giving written notice to the Owners not less than three (3) months prior to 30th April 2011. The sale and purchase agreement shall be set out in a Memorandum of Agreement to be signed by the parties (...) and upon completion of the sale of the Vessel to the Charterers, the Time Charter shall terminate forthwith without notice or other writing signed by either party.

(...)

5. The Owners may sell the Vessel to a third party only in the event that the Charterers have not exercised their aforesaid option to purchase the Vessel and the Charterers have received written notice from the Owners not less than three (3)

months prior to the date of the intended sale (...).

(...)”.

Gelet op de data waarop de sleepboten inmiddels zijn opgeleverd (“delivered”) heeft de in de optierechten opgenomen vijfjaarstermijn tot gevolg dat iedere sleepboot eerst op een zekere datum in 2012 gekocht kan worden.

Het bedrag waartegen een optierecht kan worden uitgeoefend, de koopprijs van de sleepboot, verschilt per optierecht/sleepboot. Zo bedraagt de koopprijs van de “Fairmount Summit” bijvoorbeeld € 14.623.200,=, die van de “Fairmount Alpine” € 16.290.000,=, die van de “Fairmount Glacier” € 16.290.000,= en die van de “Fairmount Expedition” € 17.104.500,=.

2.7. Aan de zijde van Fairmount/LDA bestaat het voornemen de sleepboten eerder te verwerven dan eerst in 2012 overeenkomstig de optierechten. Het is de bedoeling dat de opties voortijdig worden “gelicht” en dat de sleepboten voor de optieprijs worden overgenomen van de cv’s. Hiertoe zijn door LDA vijf vennootschappen opgericht waarin de sleepboten moeten worden ondergebracht – ook bij deze vennootschappen gaat het om zogeheten “special purpose companies” (SPC’s). Deze vijf SPC’s zijn met de beherend vennoten van de cv’s, Hanzevast en Fairmount overeengekomen dat de sleepboten in ruil voor betaling van de optieprijs worden overgedragen aan de SPC’s. Dit heeft geresulteerd in het opstellen van een koopovereenkomst, genaamd “Sale and Purchase Agreement”.

2.8. Op verzoek van Fairstar is in de periode eind juli-begin augustus 2008 ten laste van Fairmount conservatoir derdenbeslag gelegd onder ieder van de hierboven genoemde cv’s op – in essentie – het optierecht van Fairmount met

betrekking tot de aan ieder van die cv’s in eigendom toebehorende sleepboot en is begin augustus 2008 ten laste van Fairmount conservatoir derdenbeslag gelegd onder diverse banken, een en ander zoals is beschreven onder 1 van de kortgedingdagvaarding.

2.9. Aan genoemde beslagen is, blijkens het beslagrekest, door Fairstar ten grondslag gelegd dat Fairmount toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de managementovereenkomst, als gevolg waarvan de conversie van de Fjord en de Fjell aanzienlijk meer heeft gekost dan was begroot en de oplevering van beide schepen met ruim anderhalf jaar is vertraagd, alsmede dat Fairmount onrechtmatig heeft gehandeld. Over dit onrechtmatig handelen van Fairmount wordt in het beslagrekest het volgende gesteld:

“1.6. Fairmount Marine werd wegens voornoemde wanprestatie als manager van de Conversie afgehaald, waarna FHT [Fairstar; voorzieningenrechter] vervolgens zelf de leiding over de Conversie ter hand heeft genomen. FHT heeft in dat verband extra kosten moeten maken om [...] de Conversie – die in een ronduit desastreuze staat verkeerde – weer op de rails te krijgen en tot een goed einde te brengen.

1.7. Ondanks dat Fairmount Marine niet meer verantwoordelijk was [voor] de Conversie, bleef zij onder de Managementovereenkomst verantwoordelijk voor het exploiteren van de Fjord en de Fjell en dus voor de commerciële relatie van FHT dienaangaande. Inmiddels is echter gebleken dat Fairmount Marine ook deze verplichting onder de Managementovereenkomst niet naar behoren is nagekomen en daarbij zelfs onrechtmatig jegens FHT heeft gehandeld. Zo is Fairmount Marine namens FHT een charterovereenkomst voor de Fjord met Heerema Marine Contractors (HMC)

aangegaan voor een prijs die ver onder de gangbare marktprijs ligt, dit om een bestaand geschil tussen HMC en Fairmount Marine zelf af te kopen. FHT heeft als gevolg van het niet bedingen van een marktconforme prijs door Fairmount Marine aanzienlijke schade geleden.

1.8. Daarnaast heeft Fairmount Marine vanaf het moment dat zij van de Conversie was gehaald stelselmatig getracht om het conversieproces onder leiding van FHT in de wielen te rijden.”

2.10. De vordering tot zekerheid waarvan genoemde beslagen strekken is door de voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen voorlopig begroot op € 56.000.000,=. Bij wijze van eis in de hoofdzaak heeft Fairstar op 18 juni 2008 een verzoek tot arbitrage ingediend bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI).

2.11. Ondertekening van de onder 2.7 bedoelde Sale and Purchase Agreement heeft (nog) niet plaatsgehad.

### **3. Het geschil**

3.1. De gewijzigde vordering luidt dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. de op 30 juli 2008, 5 augustus 2008 en 11 augustus 2008 gelegde derdenbeslagen opheft;

2. Fairstar verbiedt opnieuw beslagverlof te verzoeken ten laste van Fairmount Marine zonder te bewerkstelligen dat Fairmount Marine wordt gehoord alvorens op het beslagrekest wordt beslist, zulks op straffe van een dwangsom van € 500.000,= voor iedere overtreding van dit verbod;

3. Fairstar veroordeelt in de kosten van dit geding.

3.2. Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten heeft Fairmount hieraan

– kort samengevat en zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag gelegd:

– de door Fairstar gepretendeerde vordering waarvoor de beslagen zijn gelegd is ondeugdelijk;

– de door Fairstar onder de cv's gelegde derdenbeslagen op de optierechten schaden de belangen van Fairmount en van de cv's in dusdanig grote mate dat de belangen die Fairstar met deze beslagen stelt te behartigen hier niet tegen opwegen;

– de door Fairstar onder de cv's gelegde derdenbeslagen op de optierechten zijn ten onrechte gelegd, omdat naar Nederlands recht dergelijke beslagen op optierechten als de onderhavige niet mogelijk zijn.

3.3. Fairtrust (lees: Fairstar; red.) heeft de vordering van Fairmount gemotiveerd betwist.

### **4. De beoordeling**

4.1. Tegen de eiswijziging heeft Fairstar geen bezwaar gemaakt.

4.2. Elk van de onderhavige beslagen optierechten belichaamt een aan Fairmount verleend recht om in 2012 tegen een tevoren vastgestelde prijs een bepaalde sleepboot van een bepaalde cv te kopen. Eigenaar van dit recht, althans rechthebbende op dit recht, is Fairmount. Ter zitting heeft de raadsman van Fairstar, naar aanleiding van de vraag van de voorzieningenrechter of Fairstar als beslaglegger de optierechten wil uitoefenen, aangegeven dat te verwachten valt dat bepaalde derden geïnteresseerd zullen zijn in de optierechten, kennelijk omdat deze een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen, en dat Fairstar dan ook van plan is de optierechten aan zulke derden te verkopen. Gelet op deze kennelijk door Fairstar beoogde (executoriale) verkoop van de in de

optierechten belichaamde rechten tot aankoop van de sleepboten tegen een vastgestelde prijs had het voor de hand gelegen – zo komt het de voorzieningenrechter voor – dat Fairstar beslag had gelegd onder de rechthebbende op deze rechten, Fairmount, en niet onder de cv, die immers geen rechthebbende is.

Fairstar heeft kennelijk afgezien van het leggen van beslag onder Fairmount en is in plaats daarvan overgegaan tot het leggen van derdenbeslag op het optierecht onder de cv. In dat verband overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Anders dan partijen mogelijk van mening zijn, belichamen de onderhavige optierechten geen rechten op levering maar houden zij het recht in op het sluiten van een wederkerige overeenkomst met de cv's tot de aankoop van de sleepboten tegen een tevoren vastgestelde prijs. (Zou, daarentegen, in de optierechten een recht op levering wél besloten liggen, dan is het nog hoogst twijfelachtig of het door Fairstar gelegde derdenbeslag wel voldoet aan het door artikel 475 lid 1 Rv gestelde en overeenkomstig artikel 718 Rv toepasselijke vereiste dat sprake moet zijn van een beslag op een vordering die Fairmount (de geëxecuteerde) uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding met de cv rechtstreeks zal verkrijgen. Reden hiervoor is dat de aanspraak op levering afhankelijk is van een nog af te leggen wilsverklaring en van een verschuldigde tegenprestatie, de betaling van de koopprijs.)

Tegen deze achtergrond bezien ligt het voor de hand dat Fairstar na het door haar gelegde derdenbeslag verhaal zal nemen door middel van het zélf sluiten van een overeenkomst met de cv's tot aankoop van de sleepboten en vervolgens betaling van de bijbehorende vastgestelde koopprijs aan de cv's. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is echter onvoldoende gebleken dat Fairstar bereid is om zulke

overeenkomsten met de cv's aan te gaan. Weliswaar heeft haar raadsman aan het einde van de zitting uiteindelijk te kennen gegeven dat Fairstar, voor zover dat rechtens noodzakelijk is, bereid is tot aankoop van de sleepboten van de cv's tegen de vastgestelde prijs over te gaan, maar hier staat tegenover dat Fairstars bereidheid op dit punt door geen enkel in het geding gebracht stuk wordt onderbouwd, hetgeen nog sterker spreekt nu gesteld noch gebleken is dat Fairstar de financiële mogelijkheden heeft om de sleepboten van de cv's aan te kopen. In dit verband is van belang dat Fairstar, als gezegd, om haar moverende redenen er duidelijk de voorkeur aan geeft de door haar beslagen optierechten aan geïnteresseerde derden te verkopen in plaats van zelf over te gaan tot aankoop van de sleepboten.

Voor zover Fairstar verhaal wil nemen via een andere wijze dan door middel van het zélf aankopen van de sleepboten van de cv tegen de vastgestelde prijzen, zou dit erop neer moeten komen dat Fairstar op zoek gaat naar een derde die met de cv de overeenkomst tot aankoop van de sleepboot tegen de vastgestelde prijs wil aangaan op het in het optierecht vermelde tijdstip en derhalve zal overgaan tot uitoefening van het optierecht. Nog afgezien van mogelijke andere complicaties is geenszins gebleken dat Fairstar er op korte termijn in zal slagen zo'n koper te vinden, zeker nu Fairstar hetgeen Fairmount heeft gesteld omtrent de waardedaling van de sleepboten en het daaruit voortvloeiende financiële risico van het eerst in 2012 in eigendom verwerven van deze sleepboten (dagvaarding onder 21) in het geheel niet heeft betwist. Gelet op vorenbedoelde grote onzekerheid ten aanzien van de vatbaarheid voor daadwerkelijke executie van de beslagen optierechten en op de ter zitting gebleken grote nadelige gevolgen van deze beslagen voor de cv's en Hanzevast – het gaat hier om derden die niets van doen hebben met hetgeen door Fairstar ten grondslag wordt

gelegd aan de vordering tegen Fairmount –, komt de voorzieningenrechter op grond van een belangenafweging tot het oordeel dat de vordering tot opheffing van alle onder de cv's gelegde derden-beslagen op de optierechten moet worden toegewezen.

4.3. Niet gebleken is dat de in de hoofdzaak gestarte arbitrageprocedure al heeft geresulteerd in een (proces)stuk waarin de punten zijn weergegeven die Fairstar aan arbitrage wenst te onderwerpen – partijen doelen in dit verband op een zogeheten “statement of claim”. Bij gebreke van een dergelijk stuk zal de voorzieningenrechter bij de beoordeling van de vraag of summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van het door Fairstar ingeroepen recht (art. 705 lid 2 Rv) tot uitgangspunt nemen de onderbouwing van Fairstars vorderingen zoals deze is vermeld in het beslagrekest.

4.4. Naar Fairstar stelt, is Fairmount haar verplichtingen met betrekking tot de conversie van de Fjord en de Fjell niet, althans niet behoorlijk, nagekomen en heeft de conversie diensgevolge aanzienlijk meer gekost dan was begroot en is de oplevering van beide schepen met ruim anderhalf jaar vertraagd.

Zoals is bepaald in de hierboven onder rov. 2.3 weergegeven bepaling 15.2 van de managementovereenkomst, is de aansprakelijkheid van Fairmount in dit verband beperkt tot gevallen van “willful misconduct” en “gross negligence”. Aan de orde is dan ook de vraag of hiervan sprake is geweest.

4.5. Volgens Fairstar heeft Fairmount zich bij de uitoefening van haar uit de managementovereenkomst voortvloeiende managementtaak met betrekking tot de conversie van de twee pontons tot schepen, namelijk “to supervise the design, construction and completion of the Vessels”, schuldig gemaakt aan, zoals zij het noemt, “structureel mismanagement”.

Zie daarvoor onder 1.19-1.37 van de kortgeding-pleitnota van Fairstar. Ter onderbouwing van dit beweerdelijke structureel mismanagement van Fairmount verwijst Fairstar in haar pleitnota naar “de hoofdstukken 3 en 4 van het OK-verweerschrift”, waarna Fairstar in haar pleitnota, onder 1.21-1.32/onder (a)-(g), nog (nader) ingaat op zeven specifieke voorvallen, die door haar worden aangeduid als “belangrijke accenten”.

De bewijslast waarmee de beslagene heeft te maken die een kort geding begint ter opheffing van het ten laste van hem gelegde beslag is een verhoudingsgewijs zware: zolang niet summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, moet het beslag in beginsel blijven liggen. Het bewijsrisico ligt bij de beslagene, aangezien bij twijfel ten aanzien van de deugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd zonder dat op het eerste gezicht is aangetoond dat deze vordering ondeugdelijk is, het beslag in beginsel moet blijven liggen, hoe belastend dat ook kan zijn voor de beslagene. Het voorgaande laat onverlet dat aan de stelplicht van de beslaglegger, zeker waar het gaat om zulke verre gaande vorderingen als in casu, redelijke eisen mogen worden gesteld. Met andere woorden: wie miljoenen van een ander claimt, moet dat wel deugdelijk onderbouwen.

In het beslagrekest wordt slechts in zeer algemene zin gewag gemaakt van wanprestatie aan de zijde van Fairmount. Van een “statement of claim” of een vergelijkbaar processtuk van Fairstar in de arbitrageprocedure waarin de grondslag van haar claim nader is onderbouwd, is, als gezegd, geen sprake. Voorafgaande aan het onderhavige kort geding heeft Fairstar evenmin een (proces)stuk, zoals een conclusie van antwoord, ingediend waarin haar vordering waarvoor beslag is gelegd nader is onderbouwd. (Fairstar heeft voorafgaande aan het onderhavige kort



geding volstaan met het in het geding brengen van drie ordners met daarin de processtukken van de door Oude Maas Beheer B.V. tegen Fairstar aanhangig gemaakte procedure voor de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam.)

Op grond van een en ander is de voorzieningenrechter met Fairmount van oordeel dat Fairstar ter onderbouwing van de niet-ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor de beslagen zijn gelegd niet kan volstaan met een verwijzing naar twee hoofdstukken van haar verweerschrift in de Ondernemingskamerprocedure, die tezamen bovendien bijna 24 A4-formaat-bladzijden beslaan. Dit brengt met zich dat de voorzieningenrechter ter beoordeling van het beweerdelijke structureel mismanagement van Fairmount vooral acht zal slaan op vorenbedoelde, in de pleitnota van Fairstar specifiek beschreven, zeven voorvallen.

#### ***a. Problemen met het ontwerp***

4.6. Fairstar verwijt Fairmount dat het proces van conceptual design naar basic design naar detailed design, dat door Fairmount werd uitbesteed (aan onder andere het Bureau voor Scheepsbouw (BvS)), slecht is gemanaged. Aan het design werd, aldus Fairstar, tijdens de conversie gesleuteld, een standaardfout die steevast tot vertraging en extra kosten en gedoe met de werf leidt. Zie haar pleitnota.

Volgens Fairstar heeft de conversie vanwege managementfouten van Fairmount (aanzienlijke) vertraging opgelopen (met schade voor Fairstar, waaronder gederfde winst, als gevolg). Waar Fairstar doelt op managementfouten van Fairmount in de ontwerpfase, moet het dan ook gaan om fouten die (aanzienlijke) vertraging van het conversieproces tot gevolg hebben gehad.

Voor zover Fairstar Fairmount al verwijt dat zij niet zélf de ontwerpen heeft vervaardigd maar dat werk heeft uitbesteed, valt, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, niet in te zien waarom Fairmount daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Zo volgt uit de derde overweging aan het begin van de managementovereenkomst – aangehaald voor zover relevant – slechts dat Fairmount expertise heeft in het managen van en toezien op het ontwerpen, maar niet dat zij tevens expertise heeft in het ontwerpen zélf:

“WHEREAS:

(...)

3. MANAGER has the expertise in managing and supervising the design (...) of the Vessels and all associated services connected thereto.”

Aan de orde is voorshands dus de vraag of er iets mis is gegaan bij dit door Fairmount verrichte managen van en toezicht op het ontwerp van de boten.

Waar Fairstar in haar pleitnota nog slechts twee korte volzinnen wijdt aan de gebrekkige (beheer)werkzaamheden van Fairmount met betrekking tot het ontwerp (zie hierboven), wijdde Fairstar destijds in haar verweerschrift in de Ondernemingskamerprocedure hieraan nog twee volle A4-formaat-bladzijden. Destijds stelde Fairstar zich kennelijk op het standpunt dat Fairstar in de fout was gegaan door de gehele leiding van het project uit te besteden aan BvS, terwijl Fairmount wist, althans had behoren te weten, dat BvS daarvoor een te volle orderportefeuille had, maar in haar pleitnota ontbreekt iedere bespreking van deze omstandigheid, terwijl een en ander ook overigens tijdens de zitting niet aan de orde is geweest. De enkele bewering van Fairstar dat alle designs door Fairmount zijn uitbesteed en slecht zijn gemanaged is,

mede in dit licht bezien, volstrekt onvoldoende voor een oordeel dat Fairmount ter zake van het managen van en het toezicht op de ontwerpen zich schuldig heeft gemaakt aan “willful misconduct” en/of “gross negligence”.

### ***b. Gebrek expertise MSL***

4.7. Fairstar verwijt Fairmount dat zij voor de conversie van de pontons zonder deugdelijke (risico-)analyse een werf heeft geselecteerd, Malta Shipyards Ltd (MSL), die niet geschikt was. Zo moest MSL, die slechts een reparatiewerf was, allerlei werkzaamheden uitbesteden aan onderaannemers.

Ter zitting is gebleken dat Fairmount, die tot taak had op zoek te gaan naar een werf voor de uitvoering van de conversiewerkzaamheden, haar keuze voor MSL eerst heeft voorgelegd ter goedkeuring aan Fairstar, waarna Fairstar haar goedkeuring aan deze keuze heeft gegeven pas nadat (onder anderen) haar president-commissaris [president-commissaris], aan wie beide partijen, zo is ter zitting gebleken, grote deskundigheid toedichtten, had geadviseerd om met MSL in zee te gaan.

Reeds op grond van een en ander is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende gebleken dat Fairmount met de keuze van MSL zich niet schuldig heeft gemaakt aan “willful misconduct” en/of “gross negligence”, zodat Fairmount voor de eventuele nadelige gevolgen van deze keuze niet aansprakelijk is.

### ***c. Stilzitten Fairmount***

4.8. Volgens Fairstar valt het Fairmount te verwijten dat zoveel tijd gemoeid is geweest met het afgeven van de voor de werkzaamheden van MSL benodigde bankgarantie. Toen chief executive officer [chief executive officer] van Fairstar zich

er uiteindelijk mee ging bemoeien, was de garantie binnen één dag geregeld.

Als reactie op dit verwijt heeft Fairmount ter zitting ten verweve aangevoerd dat er geen sprake van is dat Fairmount drie maanden lang heeft stilgezeten in plaats van tijd te besteden aan het regelen van een bankgarantie. [Bestuurder van Fairmount], bestuurder van Fairmount, is namelijk dag in dag uit bezig geweest met de bankgarantie. Op het moment dat [chief executive officer] zich ermee ging bemoeien lag het benodigde stuk dankzij Fairmount voor tekening gereed.

Fairstar heeft een en ander vervolgens niet meer (gemotiveerd) betwist.

Daarmee is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende gebleken dat Fairmount zich wat betreft het regelen van de bankgarantie niet schuldig heeft gemaakt aan “willful misconduct” en/of “gross negligence”, zodat Fairmount voor de eventuele nadelige gevolgen hiervan niet aansprakelijk is.

### ***d. [Fleet manager]***

4.9. In april 2006 heeft Fairmount de heer [fleet manager] als zogeheten “fleet manager” in dienst genomen, in welke functie [fleet manager] verantwoordelijk was voor onder meer de controle en goedkeuring van de ontwerptekeningen.

[Fleet manager], die, zo is gebleken, ook door Fairstar beschouwd wordt als een bekwame technicus, zou, zo stelt Fairstar, voortdurend op eigen houtje wijzigingen hebben aangebracht in reeds goedgekeurde ontwerpen en zodoende zich niets hebben aangetrokken van het Fairmount Marine Steering Committee, een commissie van bestuurders van beide partijen, die tot taak had voorgestelde ontwerp wijzigingen te evalueren en goed- of af te keuren. [Fleet manager], aldus Fairstar, zou het Steering

Committee stelselmatig hebben genegeerd en gepasseerd.

Ter zitting is [fleet manager] geconfronteerd met deze beschuldigingen van Fairstar aan zijn adres. In reactie op deze beschuldigingen heeft [fleet manager] ontkend dat hij steeds een andere weg dan het Steering Committee opging.

Dat [fleet manager] diverse keren wijzigingen heeft laten aanbrengen in de ontwerptekeningen is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende aannemelijk geworden. Nog afgezien van de omstandigheid dat dit (laten) aanbrengen van zulke wijzigingen in de ontwerptekeningen behoorde tot het takenpakket van [fleet manager], als controleur van de ontwerptekeningen, valt echter niet in te zien dat deze wijzigingen in de ontwerptekeningen op zichzelf moeten leiden tot “willful misconduct” en/of “gross negligence” aan de zijde van Fairmount, [fleet manager]s werkgever, zeker omdat, naar [fleet manager] onweersproken heeft verklaard, hij moest constateren dat er technische verschillen waren tussen enerzijds de contracten van de werf en anderzijds de contracten die Fairstar had gesloten met onderaannemers en hij vanwege alle door hem geconstateerde onvolkomenheden een heleboel e-mailberichten aan Fairstar heeft gestuurd, hetgeen door Fairstar allemaal niet is betwist. Kortom, wil er sprake zijn van “willful misconduct” en/of “gross negligence” aan de zijde van Fairmount, dan moet sprake zijn geweest van het bewust omzeilen door [fleet manager] van het Steering Committee. Nu [fleet manager] zulks echter expliciet ter zitting heeft weersproken en Fairstar op dit punt vervolgens niet nader is ingegaan, is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende gebleken dat Fairmount zich op dit punt niet schuldig heeft gemaakt aan “willful misconduct” en/of “gross negligence”, zodat Fairmount voor de eventuele nadelige gevolgen van de

door/namens [fleet manager] in de ontwerptekeningen aangebrachte wijzigingen niet aansprakelijk is.

### ***e. Eigen belang van Fairmount***

4.10. Fairstar verwijt Fairmount dat zij de conversie bewust heeft willen vertragen, omdat Fairmount na een koersdaling van de Fairstar-aandelen mogelijkheden zag om zelf (dan wel met anderen) deze aandelen te kopen.

Het gaat hier om een zeer ernstig verwijt dat Fairstar Fairmount maakt: als juist blijkt te zijn dat Fairmount de conversie om genoemde reden in strijd met de belangen van Fairstar bewust heeft vertraagd, dan betekent dat zonder meer dat Fairmount zich opzettelijk heeft misdragen (“willful misconduct”). Hierbij is het echter niet voldoende dat Fairmount de wil had om de conversie te vertragen, maar is tevens vereist dat aan die wil door Fairmount uitvoering is gegeven in de vorm van een opzettelijke vertraging door Fairmount van de conversie. Hetgeen Fairstar ten grondslag legt aan haar hierbedoeld verwijt, is volstrekt onvoldoende voor het aannemen van vertraging van de conversie waarop door Fairmount bewust is aangestuurd. Zie daarvoor paragraaf 1.28 van de pleitnota van Fairstar, getiteld “Eigen belang van Fairmount” en ook de paragrafen 3.19-3.22 van het verweerschrift van Fairstar in de Ondernemingskamerprocedure, welke paragrafen eveneens betrekking hebben op het vermeende eigen belang van Fairmount. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter is dan ook voldoende gebleken dat op dit punt noch van “willful misconduct” noch van “gross negligence” van Fairmount sprake is geweest.

### ***f. Nieuw management op de werf***

4.11. In dit verband beweert Fairstar (FHT) allereerst dat door haar in december 2006 na een bezoek aan Malta is

geconstateerd dat Fairmount het management niet aankon en dat FHT het management zelf op zich zou nemen en [X] zou aanstellen als manager op de werf en verder dat er een design freeze werd afgesproken, zodat [fleet manager] geen wijzigingen meer in het ontwerp kon aanbrenge[n].

Hierna stelt Fairstar dat [fleet manager] vervolgens bleek die instructies in de wind te hebben geslagen en op eigen houtje allerlei wijzigingen in het ontwerp te hebben aangebracht alsmede dat de heren [Y.] en [fleet manager] weigerden hierover in januari 2007 naar Malta te komen “(hoewel was afgesproken daar nu iedere twee weken te vergaderen)” en dat het bestuur van FHT uiteindelijk besloot Fairmount van het conversieproces af te halen.

De vraag is welke concrete verwijten Fairstar Fairmount hier maakt.

Ten eerste lijkt Fairmount hier verantwoordelijk te worden gehouden voor het doorgaan door [fleet manager] met het aanbrenge[n] van wijzigingen in het ontwerp niettegenstaande de design freeze. In de tweede plaats verwijt Fairstar Fairmount hier dat zij, in de persoon van de heren [Y.] en [fleet manager], verstek heeft laten gaan bij vorenbedoelde vergadering op Malta in januari 2007.

Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, volstrekt onvoldoende van afspraken die hebben geleid tot een design freeze als hierboven bedoeld. De rol die Fairstar [fleet manager] toedicht is bovendien ter zitting door hem uitdrukkelijk weersproken. Verder is door Fairmount ter zitting zeer nadrukkelijk weersproken dat Fairmount van vorenbedoelde vergadering op Malta in januari 2007 bewust is weggebleven. De heer [chief executive officer], CEO van Fairstar, toonde geen enkele flexibiliteit,

aldus Fairmount, door niet akkoord te gaan met het door Fairmount voorgestelde uitstel. Pas toen besloten [Y.] en [fleet manager] om bij die vergadering verstek te laten gaan. Fairstar heeft dit relaas van Fairmount vervolgens niet weersproken.

Op grond van het bovenstaande is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende gebleken dat wat voornoemde twee voorvallen betreft geen sprake is geweest van “willful misconduct” of “gross negligence” van Fairmount.

### ***g. Oneigenlijke korting Heerema-contract***

4.12. Fairstar stelt dat in de periode in 2007 toen Fairmount op grond van de managementovereenkomst nog verantwoordelijk was voor het exploiteren van de Fjord en de Fjell zij namens Fairstar met Heerema Marine Contractors (hierna: Heerema) een charterovereenkomst is aangegaan voor een prijs die ver beneden de marktprijs ligt met het doel een bestaand geschil tussen Heerema en Fairmount zélf af te kopen. Omtrent deze kwestie vinden binnenkort voorlopige getuigenverhoren plaats. De overgelegde stukken bevatten wel enige aanwijzingen voor genoemde stellingen van Fairstar. De ondeugdelijkheid van de vordering van Fairstar op dit punt is dan ook niet summierlijk gebleken. In zoverre kan de gevorderde opheffing van de beslagen dan ook niet slagen.

4.13. Onder het hoofdje “Achtergrond” schetst Fairstar aan het begin van haar pleitnota een viertal omstandigheden die haar de ogen zouden hebben geopend “dat er van alles schortte aan de bedrijfsvoering onder regie van Fairmount”. Het gaat hier om:

– grove overschrijding van kosten en onzorgvuldige budgettering

- geheime afspraken tussen Capricorn en Fairmount
- geheime commissie [Y.], [Z.] en [A.]
- insider aandelentransacties.

Voor zover Fairstar deze omstandigheden in haar pleitnota of anderszins ter zitting al nader heeft toegelicht, gaat de voorzieningenrechter hieraan voorbij. Ten aanzien van de gestelde kostenoverschrijding/onzorgvuldige budgettering is onvoldoende inzichtelijk geworden hoe het zover is kunnen komen en wat de precieze rol van de vele betrokken partijen, waaronder ook werf en onderaannemers daarbij is geweest. Niet blijkt daardoor van “willful misconduct” of “gross negligence” van Fairmount.

Met betrekking tot de overige omstandigheden geldt dat zij geen betrekking hebben op het ontstaan van de schade die Fairstar stelt geleden te hebben en ter zake waarvan de onderhavige beslagen zijn gelegd.

4.14. Uit het vorenstaande volgt dat de hoogte van de schade voor beoordeling van de thans voorliggende vordering niet van belang is. Ten overvloede overweegt de voorzieningenrechter dat de post “noodzakelijke schikking met de scheepswerf” in het geheel niet onderbouwd is en reeds daarom buiten beschouwing gelaten moet worden. Ten aanzien van de gestelde verdragingschade had van Fairstar verlangd mogen worden dat zij die schade, gezien de omvang daarvan, met justificatoire bescheiden had onderbouwd.

4.15. Resumerend is de conclusie dat de vordering waarvoor het beslag kan blijven rusten, inclusie rente en kosten, nader begroot wordt op USUSD 2.500.000,= (zegge: twee miljoen vijfhonderdduizend Amerikaanse dollars). Tot zekerheid voor dit bedrag dient het onder Fortis Bank

Nederland N.V. (hierna: Fortis) ten laste van Fairmount gelegde derdenbeslag te blijven liggen. Gebleken is dat van alle onder de banken gelegde derdenbeslagen het onder Fortis gelegde beslag verreweg het meestomvattende is en dat dit beslag een waarde van ongeveer € 15.000.000,= vertegenwoordigt. Een en ander betekent dat Fairstar bij de overige onder de banken gelegde derdenbeslagen geen belang heeft.

De overige onder 2.8 bedoelde beslagen dienen derhalve te worden opgeheven.

4.16. Fairmount vordert dat de voorzieningenrechter bepaalt dat zij wordt gehoord alvorens wordt beslist op een nieuw beslagrekest van Fairstar.

De voorzieningenrechter acht termen aanwezig om te bepalen dat Fairstar bij een eventueel volgend beslagrekest een kopie van dit vonnis als productie aan de voorzieningenrechter dient over te leggen.

4.17. Aangezien beide partijen ten dele in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd, in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

## ***5. De beslissing***

De voorzieningenrechter,

begroot de vorderingen waarvoor de beslagen zijn gelegd nader op USD 2.500.000,=

bepaalt het bedrag tot zekerheid waarvan het onder Fortis gelegde derdenbeslag ten laste van Fairmount kan blijven liggen op (de tegenwaarde van) USD 2.500.000,= en heft dit beslag voor het meerdere op;

heft alle overige beslagen ten laste van Fairmount op;

verstaat dat Fairstar bij een eventueel volgend beslagrekest een kopie van dit

vonnis als productie aan de voorzieningenrechter dient over te leggen;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten, in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

wijst het meer of anders gevorderde af.

## » Noot

1. Vijf speciaal daarvoor opgerichte commanditaire vennootschappen zijn ieder eigenaar van een sleepboot. Fairmount heeft jegens iedere cv het recht om, als Fairmount dat wil, de sleepboot van die cv in 2012 tegen een nu reeds vastgestelde prijs (die per sleepboot verschilt) te kopen. Fairstar wenst op deze optierechten van Fairmount jegens de cv's conservatoir verhaalsbeslag te leggen. De rechtbank dient zich in dit verband te buigen over de volgende vragen: zijn deze optierechten vatbaar voor beslag? Zo ja, op welke wijze dient beslaglegging plaats te vinden en op welke wijze kunnen de beslagen optierechten worden geëxecuteerd?

2. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, moet het optierecht nader worden geduïd. Allereerst kan worden vastgesteld dat een optierecht als het onderhavige een vermogensrecht is als bedoeld in art. 3:6 BW (en dus een goed als bedoeld in art. 3:1 BW). Het is echter geen vorderingsrecht, maar een wilsrecht. Als het wilsrecht wordt uitgeoefend, ontstaan er twee vorderingen: de vordering tot levering van de sleepboot en de vordering tot betaling van de koopprijs. Vóór de uitoefening van het wilsrecht bestaan deze vorderingen nog niet, ook niet voorwaardelijk. Vgl. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200, m.nt. W.M. Kleijn (Staal Bankiers/Ambags q.q.), r.o. 3.2. Voor de vraag of op deze toekomstige vorderingen beslag kan worden gelegd, is ingevolge art. 475 Rv beslissend of zij rechtstreeks

zullen worden verkregen uit een ten tijde van het beslag (en dus vóór de uitoefening van het wilsrecht) reeds bestaande rechtsverhouding. Aan dit vereiste wordt mijns inziens voldaan. Ten tijde van het beslag bestaat tussen Fairmount en de cv's reeds een overeenkomst waarin de cv's zich hebben verbonden de sleepboten tegen de afgesproken prijzen te leveren als Fairmount dat wil. Maakt Fairmount van laatstgenoemd wilsrecht gebruik, dan worden de vorderingen tot levering van de sleepboten die daardoor ontstaan, rechtstreeks verkregen uit de reeds tussen Fairmount en de cv's bestaande rechtsverhoudingen. Vgl. HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, m.nt. H.J. Snijders; «JBPr» 2004/68, m.nt. A.W. Jongbloed (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO), r.o. 3.5; S.C.J.J. Kortmann, noot bij Pres. Rb. Utrecht 6 september 2001, NJ 2002/70 (Melinga/McGregor), onder 4; en A. Steneker, Van beslag op kredietruimte, de dingen die voorbijgaan, *NTBR* 2005, p. 179. Volgens de rechtbank in de onderhavige zaak is dit "hoogst twijfelachtig", omdat "de aanspraak op levering afhankelijk is van een nog af te leggen wilsverklaring en van een verschuldigde tegenprestatie, de betaling van de koopprijs" (r.o. 4.2, derde alinea). Dit laatste is echter onjuist. De vordering tot levering van de sleepboot ontstaat door het enkele afleggen van de wilsverklaring. Betaling van de koopprijs is voor het ontstaan van de vordering tot levering niet vereist. Zie over de vraag of de beslaglegger het wilsrecht mag uitoefenen, hierna onder 5.

3. Bij beantwoording van de vraag of beslag op het wilsrecht zelf mogelijk is, moet als vertrekpunt worden genomen dat alle goederen van een schuldenaar, met uitzondering van – kortweg – eerste levensbehoeften, vatbaar zijn voor verhaal door schuldeisers en dus voor beslaglegging (art. 3:276 BW). Wel moet als eis gelden dat de zaken of vermogensrechten waarop verhaal wordt

gezocht, economische waarde vertegenwoordigen en dat deze economische waarde door middel van executie kan worden gerealiseerd. Met andere woorden: beslagen goederen moeten bij executie geld kunnen opleveren, waarop de beslaglegger zijn vordering op de beslagene kan verhalen. Het beslagobject, in casu het wilsrecht, moet dus executeerbaar zijn. Wanneer wordt geëxecuteerd door middel van overdracht, moet het wilsrecht door de beslaglegger kunnen worden overgedragen. Wanneer wordt geëxecuteerd door middel van inning of uitoefening, is overdraagbaarheid niet vereist, maar moet het wilsrecht door de beslaglegger kunnen worden uitgeoefend.

4. De overdraagbaarheid van een wilsrecht is afhankelijk van de overdraagbaarheid van het recht dat door uitoefening van het wilsrecht in het leven wordt geroepen. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 314. De vordering die door uitoefening van het wilsrecht ontstaat, zou op grond van de wet, de aard van het recht, of een partijbeding, onoverdraagbaar kunnen zijn (art. 3:83 leden 1 en 2 BW). Zo is volgens de Hoge Raad het wilsrecht tot benutten van kredietruimte naar zijn aard onoverdraagbaar, omdat voor de kredietverlener de persoon van de kredietnemer van groot belang is (HR 29 oktober 2004, «JBPr» 2004/68 (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO), r.o. 3.6). Met toepassing van dit criterium is volgens mij het wilsrecht van Fairmount om in 2012 een bepaalde sleepboot te kopen tegen een vastgestelde prijs, wél overdraagbaar. Er is geen reden om aan te nemen dat de vordering tot levering van de sleepboot, die ontstaat als het wilsrecht wordt uitgeoefend, niet overdraagbaar is. Vgl. Hof Arnhem 22 oktober 2002, nr. 01/037, LJN AF3445, r.o. 5.7. Volgens de beslaglegger in de onderhavige zaak viel ook te verwachten dat bepaalde derden geïnteresseerd zullen zijn in de optierechten, kennelijk omdat deze een

aanzienlijke waarde vertegenwoordigen (r.o. 4.2).

5. De vraag of een wilsrecht door een beslaglegger mag worden uitgeoefend, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, aldus ook de Hoge Raad in HR 29 oktober 2004, «JBPr» 2004/68 (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO), r.o. 3.6, derde alinea. De wet staat in een aantal gevallen uitoefening van wilsrechten van de beslagene door de beslaglegger toe (art. 477 lid 4 en 479m lid 1 jo. 479p lid 1 Rv), maar niet zeker is of deze bepalingen toepassingen zijn van een meer algemeen geldende regel. Als zou worden aangenomen dat dat wel zo is, dan is verdedigbaar dat wilsrechten door een beslaglegger kunnen worden uitgeoefend wanneer met de uitoefening daarvan geen of nauwelijks verdere rechtsgevolgen in het leven worden geroepen dan het ontstaan van een opeisbare vordering. Vgl. W. Sniijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 1999, p. 584. In het onderhavige geval ontstaat door uitoefening van het wilsrecht niet alleen een vordering tot levering van een sleepboot, maar ook een schuld tot betaling van de koopprijs, maar verder worden er geen of nauwelijks andere rechtsgevolgen in het leven geroepen. Verdedigbaar is dat de beslaglegger in een geval als het onderhavige bevoegd is tot uitoefening van het wilsrecht, onverminderd de bevoegdheid van de beslaglegger om het wilsrecht *an sich* executoriaal over te dragen (zie hiervóór onder 4).

6. Executie van het optierecht door middel van uitoefening van het wilsrecht door de beslaglegger, ligt volgens de rechtbank in het onderhavige geval voor de hand (r.o. 4.2, derde en vierde alinea). De rechtbank lijkt ervan uit te gaan dat de beslaglegger door uitoefening van het wilsrecht zelf partij wordt bij de overeenkomst met de cv, derhalve zelf verplicht wordt tot betaling van de koopprijs en zelf eigenaar wordt van de sleepboot als die wordt geleverd. Dat

lijkt mij niet juist. Mijns inziens wordt de beslagene partij bij de overeenkomst die door uitoefening van het wilsrecht ontstaat. De schuld tot betaling van de koopprijs is dan ook een schuld van de beslagene. Als de beslaglegger (mede) beslag heeft gelegd op de toekomstige vordering tot levering van de sleepboot (zie hiervóór onder 2), kan hij weliswaar levering van de sleepboot vorderen, maar zolang de koopprijs niet is betaald, kan de cv bevoegd zijn om haar verplichting tot levering van de sleepboot op te schorten op grond van art. 6:262 BW (exceptio non adimpleti contractus) of, als eerst levering en dan betaling zou plaatsvinden, op grond van art. 6:263 BW (onzekerheidsexceptie). Dit opschortingsrecht kan hij ook invoeren tegen de beslaglegger (art. 6:53 BW, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 211). Omdat het niet waarschijnlijk is dat de beslagene zelf zal betalen als op de vordering tot levering van de sleepboot beslag is gelegd, kan de beslaglegger ervoor kiezen om de koopprijs zelf te betalen (art. 6:30 BW), om zo levering van de sleepboot te kunnen afdwingen (zie daarover hierna onder 7). Wanneer aldus het wilsrecht wordt uitgeoefend en de koopprijs wordt betaald, dient de cv de sleepboot (in 2012) af te geven aan de deurwaarder (art. 477 lid 1 Rv). Daardoor wordt de beslagene eigenaar van de sleepboot, waarbij de levering heeft plaatsgevonden door middel van middellijke bezitsverschaffing als bedoeld in art. 3:110 BW. De beslaglegger mag de sleepboot slechts verder executeren volgens de regels die daarvoor gelden (art. 477 lid 5 Rv). In laatstgenoemde bepaling kan een toepassing van zaaksvervanging of substitutie worden gezien: bij inning van een beslagen vordering die recht geeft op iets anders dan geld, komt het beslag op het geïnde te rusten. Deze constructie vertoont sterke overeenkomsten met de inning van een vordering tot levering van een goed door een pandhouder, waarbij substitutie plaatsvindt op grond van art. 3:246 lid 5 BW. Zie daarover A. Steneker, noot bij Hof

's-Hertogenbosch 13 februari 2007, «JOR» 2007/162 (Lek Agro/Van de Pas).

7. De hiervóór beschreven weg van uitoefening van het wilsrecht door de beslaglegger en daaropvolgend betaling van de koopprijs door de beslaglegger, inning van de vordering tot levering van de sleepboot en verdere executie van de sleepboot zelf, is begaanbaar, maar ligt vol voetangels en klemmen. Deze weg zal alleen tot het voor de beslaglegger wenselijke resultaat leiden, als hij de koopprijs die hij heeft betaald, van de beslagene kan terugvorderen en die vordering op de executieopbrengst van de sleepboot mag verhalen.

8. Kan de beslaglegger de door hem betaalde koopprijs terugvorderen van de beslagene? Degene die op grond van art. 6:30 BW de schuld van een ander voldoet, heeft in beginsel geen verhaal op de schuldenaar. Nu hier voor een recht van regres of subrogatie een wettelijke basis ontbreekt (de betaling door de beslaglegger valt in ieder geval niet onder art. 6:150 onder a, b of c BW), blijft mijns inziens slechts de mogelijkheid over dat de beslaglegger de betaalde koopprijs terugvordert van de beslagene op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). De beslagene wordt immers verrijkt doordat hij van zijn schuld tot betaling van de koopprijs wordt bevrijd en doordat hij, als de beslaglegger de betaalde koopprijs niet op de executieopbrengst zou mogen verhalen, de opbrengst van de sleepboot minus alleen de oorspronkelijke vordering van de beslaglegger uitgekeerd krijgt, zonder dat hij daarvoor de tegenprestatie heeft betaald. Het is echter de vraag of het "redelijk" is als bedoeld in art. 6:212 BW dat de beslaglegger de betaalde koopprijs op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan terugvorderen van de beslagene, nu de schade die de beslaglegger lijdt, door eigen toedoen van de beslaglegger (namelijk door betaling van de koopprijs) is ontstaan, en de



verrijking de beslagene dus wordt opgedrongen. Verdedigbaar is dat dit toch “redelijk” is, omdat de beslagene toch ook zijn schuld aan de beslaglegger niet heeft voldaan, terwijl die inmiddels een executoriale titel heeft en voor de voldoening van zijn vordering op de beslagene heeft moeten overgaan tot beslaglegging. Zeker is het bestaan van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking echter niet.

9. Als zou worden aangenomen dat de beslaglegger de door hem betaalde koopprijs op grond van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen terugvorderen van de beslagene, dan is daarmee nog niet de vraag beantwoord of de beslaglegger die vordering ook op de executieopbrengst mag verhalen. Mijns inziens komen voor verhaal in aanmerking vorderingen die op het tijdstip van de executoriale titel (meestal is dit de grosse van een in Nederland gewezen rechterlijke uitspraak, maar ook bijvoorbeeld een notariële pand- of hypotheekakte kan blijken art. 430 lid 1 Rv een executoriale titel opleveren), reeds bestonden en in die titel worden omschreven en vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van de executoriale titel reeds bestaande en in die titel omschreven rechtsverhouding. Vgl. HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449, m.nt. H.J. Snijders (Rabobank/Visser). De eventuele vordering van de beslaglegger uit ongerechtvaardigde verrijking voldoet niet aan dit criterium, nu de beslaglegger pas nadat hij een executoriale titel heeft verkregen, de koopprijs zal betalen en de eventuele vordering uit ongerechtvaardigde verrijking door die betaling ontstaat. De beslaglegger kan zijn vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ook niet verrekenen met de schuld tot afdracht van het overschot van de executieopbrengst, zoals de pandhouder dat onder omstandigheden wel kan op grond van art. 3:253 lid 2 BW. De schuld tot afdracht van het overschot is immers geen schuld van de beslaglegger, omdat

niet hij, maar de deurwaarder het overschot onder zich heeft en verplicht is dit af te dragen aan de beslagene. Die schuld kan niet worden verrekend met de vordering van de beslaglegger op de beslagene, omdat niet is voldaan aan het wederkerigheidsvereiste van art. 6:127 lid 2 BW. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1345; en N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 115. Voor de beslaglegger resteert aldus nog slechts de mogelijkheid om nogmaals beslag te leggen, maar nu op het overschot van de executieopbrengst. Dit beslag moet worden gelegd onder de deurwaarder (art. 19 lid 5 Gerechtsdeurwaarderswet) en kan worden gelegd totdat het proces-verbaal van verdeling is gesloten (art. 490 Rv). Voor verhaal van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking op het overschot van de executieopbrengst op grond van dit beslag, zal de beslaglegger echter wel over een nieuwe executoriale titel dienen te beschikken, waarin de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wordt omschreven.

10. Het zal duidelijk zijn dat het hiervóór beschreven traject van executie door middel van uitoefening van het wilsrecht, buitengewoon riskant is. Wanneer andere schuldeisers van de beslagene cumulatief beslag leggen op het overschot van de executieopbrengst, zal de eerste beslaglegger dat overschot moeten delen met de andere beslagleggers. Wanneer de beslagene op een moment tussen de betaling van de koopprijs door de beslaglegger en de voldoening van de vorderingen van de beslaglegger uit de executieopbrengst, in staat van faillissement wordt verklaard, zal het beslag vervallen op grond van art. 33 lid 2 Fw en zal de beslaglegger niets anders resten dan aanmelding van zijn vorderingen ter verificatie (art. 26 Fw). Tot slot moet nog worden bedacht dat de gehele executie op deze manier niet eerder dan in 2012 kan worden afgerond. Als de beslagene voor die tijd faillieert, vervalt het beslag op grond

van art. 33 lid 2 Fw of eindigt de executie op grond van art. 33 lid 1 Fw. Dit alles maakt executie door middel van uitoefening van het onderhavige wilsrecht buitengewoon onaantrekkelijk. Een beslaglegger zou hiertoe alleen moeten overgaan als executie door middel van overdracht van het wilsrecht onmogelijk is, bijvoorbeeld omdat het wilsrecht en/of de vordering tot levering van de sleepboot onoverdraagbaar is op grond van een beding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW. De visie van de rechtbank dat het voor de hand ligt dat Fairstar op deze wijze verhaal zal nemen (r.o. 4.2, vierde alinea), deel ik dan ook niet.

11. Het wilsrecht van Fairmount om in 2012 een sleepboot te kopen tegen een vastgestelde prijs, is dus een vermogensrecht dat zowel door middel van overdracht als (althans, in theorie) door middel van uitoefening executeerbaar is. Beslaglegging zou dus, gelet op art. 3:276 BW, mogelijk moeten zijn. Maar hoe leg je beslag op een wilsrecht? Hier blijkt dat de regeling van beslag op rechten jegens derden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering enkele tekortkomingen vertoont in vergelijking met de regeling van pandrecht op rechten jegens derden in het BW. Het leggen van derdenbeslag is volgens art. 475 Rv slechts mogelijk op “vorderingen” op derden, terwijl het vestigen van een pandrecht mogelijk is op tegen één of meer bepaalde personen uit te oefenen “rechten” (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW en art. 3:239 lid 1 BW). Als daarom zou worden aangenomen dat op tegen derden uit te oefenen rechten die geen vorderingen zijn, geen derdenbeslag mogelijk is, zal voor beslag op de onderhavige optierechten moeten worden teruggevallen op de vangnetregeling van art. 474bb Rv (andere opties dan de onderhavige kunnen wellicht ook worden aangemerkt als “effecten op naam die geen aandelen zijn” als bedoeld in art. 474aa Rv). Conservatoir beslag is dan overigens slechts mogelijk “indien de schuldeiser

aantoont dat er gegronde vrees bestaat voor verduistering” (art. 711 lid 3 jo. lid 1 Rv), tenzij beslag wordt gelegd door een schuldeiser als bedoeld in art. 711 lid 2 Rv. De vraag of er in het onderhavige geval vrees voor verduistering van de optierechten kan bestaan en, zo ja, wanneer dat het geval is, laat ik hier verder rusten. In geval van beslaglegging op grond van art. 474bb Rv wordt beslag gelegd onder de rechthebbende op de rechten en wordt het beslagexploot betekend aan de derde (lid 3). Dit laatste maakt echter nog niet dat er sprake is van derdenbeslag. De derde hoeft bijvoorbeeld geen verklaring derdenbeslag af te leggen. De ratio van het leggen van derdenbeslag is echter dat de derde, in tegenstelling tot de beslagene, objectief en zonder tegenstrijdig belang kan verklaren wat hij aan de beslagene verschuldigd is. Zo bezien verdient mijns inziens het leggen van derdenbeslag op de onderhavige optierechten de voorkeur. De rechtbank houdt dit in r.o. 4.2, vierde alinea, kennelijk voor mogelijk.

12. Ook ten aanzien van de mogelijke wijzen van executie toont het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zich stugger dan het BW. Als derdenbeslag is gelegd, voorziet art. 477 Rv alleen in executie door middel van inning van de beslagen vordering. Wordt beslag gelegd op grond van art. 474bb Rv, dan voorziet art. 474bb lid 1 jo. 463 Rv alleen in openbare verkoop van het beslagen recht (waarna levering mijns inziens dient plaats te vinden met toepassing van art. 3:94 lid 1 BW; vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1279). Deze koppeling van de wijze van executie aan de wijze van beslaglegging zou kunnen verklaren waarom de rechtbank in r.o. 4.2 overweegt dat als de beslaglegger (Fairstar) de optierechten had willen verkopen, het voor de hand had gelegen dat zij beslag had gelegd onder de rechthebbende op die rechten (Fairmount), en dat nu Fairstar derdenbeslag heeft gelegd onder de cv's, het voor de hand ligt

dat zij verhaal neemt door middel van uitoefening van die rechten.

13. De executiemogelijkheden van een pandhouder zijn vele malen ruimer. Executie is zowel mogelijk door middel van inning (art. 3:246 lid 1 BW) als door middel van verkoop (art. 3:248 lid 1 BW, dat de pandhouder de bevoegdheid geeft het verpande “goed” te verkopen). Verkoop kan vervolgens in het openbaar plaatsvinden (art. 3:250 BW), maar met toestemming van de pandgever of de voorzieningenrechter kan het goed ook onderhands worden verkocht of voor een bepaald bedrag aan de pandhouder verblijven (art. 3:251 BW). Mijns inziens zou bij beslag de wijze van beslaglegging niet bepalend moeten zijn voor de wijzen waarop vervolgens kan worden geëxecuteerd. Op de onderhavige optierechten zou mijns inziens derdenbeslag moeten kunnen worden gelegd onder de cv's (zie hiervóór onder 6). Ten aanzien van de mogelijke wijzen van executie is er mijns inziens geen reden om de executoriale beslaglegger te beknotten in vergelijking met de tot executie bevoegde pandhouder. De optierechten zouden dus mijns inziens door de beslaglegger moeten kunnen worden verkocht (naar analogie van art. 3:248 e.v. BW), zowel in het openbaar als onderhands. De Parlementaire Geschiedenis leert dat de mogelijkheid van onderhandse verkoop van beslagen goederen bewust niet is geregeld, maar dat onderhandse verkoop wél mogelijk is als alle belanghebbenden (dat zullen zijn de beslagene en eventuele andere beslagleggers of beperkt gerechtigden) daarmee instemmen. De stap naar vervangende toestemming van de voorzieningenrechter als de beslagene toestemming weigert, lijkt dan nog een kleine. De regeringscommissaris sluit dit ook niet uit, maar volgens hem kan dit slechts in uitzonderlijke situaties en is dit geen algemeen redmiddel. Hij geeft echter ook aan dat, als de resultaten van

onderhandse executie (bij pand en hypotheek) gunstig blijken te zijn, kan worden overwogen onderhandse executie ook (in ruimere mate) bij beslag toe te staan. Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 196-197. Inmiddels, na bijna 17 jaar ervaring met onderhandse executie door pand- en hypotheekhouders, kunnen we deze voorzichtigheid mijns inziens wel laten varen en onderhandse executie (van roerende zaken en rechten jegens derden) door de beslaglegger toestaan met toestemming van de beslagene (en eventuele andere beslagleggers en beperkt gerechtigden) of van de voorzieningenrechter, naar analogie van art. 3:251 BW. Vgl. Asser/Vranken, *Algemeen deel*\*\*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 152; en E. Loesberg, noot bij Hof Arnhem 3 februari 2004, «JBPr» 2004/40 (Van den Dungen/Van Ark), onder 21. Als de beslaglegger het optierecht zelf zou willen uitoefenen, zal het er praktisch op neerkomen dat hij de koopprijs zal moeten betalen om in 2012 levering van de sleepboot te kunnen afdwingen. Vervolgens zou hij de sleepboot mijns inziens in het openbaar of (met toestemming van de beslagene of de voorzieningenrechter) onderhands moeten kunnen verkopen, zodat hij de uiteindelijke opbrengst van deze “tweetrapsexecutie” kan verantwoorden aan de beslagene (art. 477 lid 5 Rv). Wenst de beslaglegger de sleepboten na levering door de cv's zelf te houden of niet-executoriaal te verkopen, dan heeft dit te gelden als “verblijven” als bedoeld in art. 3:251 lid 1 BW (analogisch toegepast), en dient tussen beslagene en beslaglegger overeenstemming te bestaan over het bedrag waartegen dit geschiedt, of dient dit bedrag door de voorzieningenrechter te worden vastgesteld.

mr. A. Steneker, universitair hoofddocent  
burgerlijk recht Radboud Universiteit  
Nijmegen/Onderzoekcentrum  
Onderneming & Recht