

Meeliften op de executie-opbrengst bij faillissement

MW. MR. M.N. DE GROOT

In de literatuur bestond discussie omtrent het antwoord op de vraag aan wie de resterende, maar nog niet verdeelde, executieopbrengst toebehoort na het faillissement van de geëxecuteerde. Op 29 april 2011 heeft de Hoge Raad zich over deze vraag uitgelaten en voor het eerst geoordeeld dat de executie van een aan de schuldenaar toebehorende zaak is voltooid op het moment dat de zaak aan de executiekoper wordt geleverd. Na de levering, en dus na voltooiing van de executie, valt de (restant-)executieopbrengst buiten het vermogen van de geëxecuteerde en derhalve buiten diens faillissement.

Inleiding

Op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken, speelt het beslag- en executierecht geen rol meer. Immers, op grond van art. 33 van de Faillissementswet ('Fw') heeft de faillietverklaring tot gevolg dat alle gerechtelijke tenuitvoerleggingen op enig deel van het vermogen van de schuldenaar die voor het faillissement waren aangevangen 'dadelijk een einde' nemen en dat gelegde beslagen komen te vervallen.¹

In verband met het bepaalde in art. 33 Fw kan de vraag worden gesteld wanneer sprake is van een gerechtelijke tenuitvoerlegging en wat precies valt te verstaan onder het vermogen van de schuldenaar. Deze vraag is beantwoord in het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* van de Hoge Raad van 29 april 2011.²

Feitencomplex arrest *Ontvanger/Eijking q.q.*

Aan het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* ligt het navolgende feitencomplex ten grondslag. In verband met een belasting-schuld van € 94.262,61, heeft de Ontvanger op 21 september 2004 en op 11 mei 2006 ten laste van A.V. Bogosyan ('Bogosyan') executoriaal beslag gelegd op de onroerende zaak die aan Bogosyan in eigendom toebehoort. Naast de Ontvanger hadden nog andere schuldeisers van Bogosyan beslag gelegd op de aan Bogosyan toebehorende onroeren-

de zaak. Vervolgens heeft de eerste hypotheekhouder, ING Bank N.V., de onroerende zaak van Bogosyan op 16 augustus 2006 op grond van art. 3:268 lid 2 BW onderhands verkocht voor een koopprijs van € 325.000,00. De levering van de onroerende zaak aan de executiekoper heeft eveneens op 16 augustus 2006 plaatsgevonden. Na voldoening van de executiekosten en de vordering van ING Bank N.V. uit de koopprijs, resteerde een bedrag van € 63.046,73 op de kwaliteitsrekening van de notaris. Nog voordat de verdeling en uitkering van deze restant-executieopbrengst heeft plaatsgevonden, wordt Bogosyan bij vonnis van 19 september 2006 failliet verklaard met aanstelling van mr. H.M. Eijking tot curator.

Aangezien kennelijk geen overeenstemming was bereikt over de verdeling van de restant-executieopbrengst van € 63.046,73, heeft de Ontvanger om een gerechtelijke rangregeling verzocht. Blijkens een proces-verbaal van verdeling van 8 mei 2008 heeft de rechter-commissaris geoordeeld dat de restant-executieopbrengst in de boedel valt. De Ontvanger kon zich echter niet vinden in het oordeel van de rechter-commissaris en stelde zich op het standpunt dat de gehele restant-executieopbrengst aan hem moet worden uitbetaald. Derhalve heeft de rechter-commissaris partijen op grond van art. 57 lid 4 Fw verwezen naar de terechtzitting van 25 januari 2008 voor het aanhangig maken van een renvooiprocedure.

Beoordeling geschil door de Rechtbank Amsterdam in de renvooiprocedure³

In de renvooiprocedure heeft de Ontvanger zijn vordering

¹ Art. 33 Fw geldt niet voor pand- en hypotheekhouders, ofwel separatisten. Zij kunnen immers op grond van art. 57 Fw hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is.

² HR 29 april 2011, LJN BP4948 (*Ontvanger/Eijking q.q.*). Deze uitspraak is tevens verschenen in «JOR» 2011, 208, m.nt. J.J. van Hees, *NJ* 2011, 372, m.nt. A.J.M. van Mierlo en «JBPr» 2011, 3, m.nt. L.P. Broekveldt.

³ Rb. Amsterdam 29 april 2009, LJN BI3446, «JOR» 2009, 210, m.nt. C. Rijckenberg.

tot uitkering van de gehele restant-executieopbrengst onderbouwd door te stellen dat de restant-executieopbrengst buiten de faillissementsboedel zou vallen aangezien deze ten tijde van het uitspreken van het faillissement ook al geen deel meer uitmaakte van het vermogen van Bogosyan. De restant-executieopbrengst vormt dan ook een afgescheiden vermogen, dat onder de schuldeisers moet worden verdeeld.

De curator betwist de stelling van de Ontvanger en heeft hiertoe aangevoerd dat in het onderhavige geschil de gerechtelijke tenuitvoerlegging op het moment van de faillietverklaring niet was voltooid aangezien de verdeling en uitkering van de restant-executieopbrengst nog niet had plaatsgevonden. Op grond van art. 20 Fw juncto art. 33 Fw heeft de faillietverklaring tot gevolg dat gerechtelijke tenuitvoerleggingen op enig deel van het vermogen van de schuldenaar die voor faillissement waren aangevangen, dadelijk een einde nemen. Nu er ten tijde van de faillietverklaring nog sprake was van een 'lopende' gerechtelijke tenuitvoerlegging, valt de restant-executieopbrengst in de faillissementsboedel aldus de curator.

De Rechtbank Amsterdam volgt het betoog van de curator en oordeelt dat ten tijde van het faillissement van Bogosyan de gerechtelijke tenuitvoerlegging op de onroerende zaak nog niet was voltooid. De Rechtbank Amsterdam heeft hiertoe overwogen dat uit (de indeling van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ('Rv') volgt dat de rangregeling onderdeel is van de gerechtelijke tenuitvoerlegging. Voorts oordeelt de Rechtbank Amsterdam dat de restant-executieopbrengst geen afgescheiden vermogen vormt aangezien hiervoor op grond van art. 3:276 BW een wettelijke basis of overeenkomst is vereist, en daarvan in het onderhavige geschil geen sprake is. In verband met het voorgaande wordt de vordering van de Ontvanger dan ook door de Rechtbank Amsterdam afgewezen. De Ontvanger heeft tegen het vonnis van de Rechtbank Amsterdam sprongcassatie ingesteld.

Beoordeling Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 29 april 2009 en oordeelt voor het eerst met zoveel woorden dat uit het arrest *Ontvanger/Brink q.q.*⁴ volgt dat de executie van een aan de beslagschuldenaar toebehorende zaak is voltooid als de zaak aan de executiekoper is geleverd. De zaak behoort dan niet meer tot het vermogen van de beslagschuldenaar. De Hoge Raad gaat echter nog een stap verder en overweegt dat in het verlengde van het arrest *Ontvanger/Brink q.q.* tevens moet worden aangenomen dat de executieopbrengst na levering aan de executiekoper buiten het vermogen van de geëxecuteerde valt. De Hoge Raad acht deze uitkomst ook in lijn met het doel van de executie, nu deze ertoe strekt de opbrengst van

de executie veilig te stellen ten behoeve van de beslagleggers en andere in de wet genoemde rechthebbenden.

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de executieopbrengst na levering buiten het vermogen van de geëxecuteerde valt, kan de vraag gesteld worden tot welk vermogen

In verband met het bepaalde in art. 33 Fw kan de vraag worden gesteld wanneer sprake is van een gerechtelijke tenuitvoerlegging en wat precies valt te verstaan onder het vermogen van de schuldenaar

de executieopbrengst dan wel behoort. Ook op deze vraag gaat de Hoge Raad in. De op de kwaliteitsrekening gestorte restant-executieopbrengst behoort tot het vermogen van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven, ieder voor zover het diens aandeel in de gemeenschap betreft. De Hoge Raad herhaalt zijn overweging uit het arrest *Koren q.q./Tekstra q.q.*⁵ dat uit art. 25 Wet op het Notarisambt volgt dat de notaris als lasthebber van de gerechtigden tegenover de kredietinstelling (de bank) bij uitsluiting bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening. De gezamenlijke rechthebbenden zijn deelgenoot in een gemeenschap als bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. De deelgenoten hebben bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling. Indien één van de deelgenoten failliet wordt verklaard, dan brengt het beginsel dat de curator vermogensrechtelijk dezelfde positie inneemt als de gefailleerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad, met zich dat het voorwaardelijk recht dat aan de deelgenoot toekwam in diens faillissement valt.

Conclusie

De Hoge Raad heeft zich voor het eerst in dit arrest expliciet uitgelaten over 1) het moment waarop de executie is voltooid en 2) over het antwoord op de vraag tot wiens vermogen de restant-executieopbrengst, die is gestort op de kwaliteitsrekening van de notaris, toebehoort in geval van faillissement van de geëxecuteerde.

Voor wat betreft het antwoord op de eerste vraag, oordeelt de Hoge Raad dat uit het arrest *Ontvanger/Brink q.q.* volgt dat voor voltooiing van de executie levering is vereist. In tegenstelling tot het onderhavige arrest, had in het arrest *Ontvanger/Brink q.q.* nog geen levering plaatsgevonden. Vandaar dat de Hoge Raad in die zaak het oordeel van het Gerechtshof Leeuwarden juist achtte dat de executie op de dag van faillietverklaring nog niet was voltooid aangezien nog geen levering had plaatsgevonden en dat derhalve de

4 HR 25 januari 2008, LJN BB8653, NJ 2008, 66 (*Ontvanger/Brink q.q.*).

5 HR 12 januari 2002, LJN AA9441, «JOR» 2001, 50 m.nt. Kortmann en Steneker (*Koren q.q./Tekstra q.q.*).

gerechtelijke tenuitvoerlegging op grond van art. 33 Fw dadelijk een einde nam. Hoewel de Hoge Raad in dit arrest heeft geoordeeld dat levering noodzakelijk is voor de voltooiing van de executie, blijkt hier echter niet uit dat de levering tevens beschouwd dient te worden als de eindfase van de executie.⁶ Gelet op het vorenstaande is de enkele verwijzing van de Hoge Raad naar het arrest *Ontvanger/Brink q.q.* als onderbouwing van zijn oordeel dat de execu-

coper concludeert dat de opbrengst van een executie, zolang niet daadwerkelijke betaling ten gunste van de desbetreffende crediteur(en) voor het faillissement van de schuldenaar heeft plaatsgevonden, in de faillissementsboedel valt. Zoals uit het vorenstaande is gebleken, heeft de Hoge Raad de conclusie van A-G Huydecoper niet tot de zijne gemaakt.

Het onderhavige arrest brengt dan ook met zich dat de concurrente schuldeisers van Bogosyan die conservatoir beslag hebben gelegd op de aan Bogosyan toebehorende onroerende zaak uitsluitend als gevolg van de executie door de hypotheekhouder de mogelijkheid hebben verkregen hun concurrente vordering op Bogosyan buiten het faillissement om te kunnen verhalen op de restant-executieopbrengst. De (conservatoire) beslagleggers liften dan als het ware mee met de executerende hypotheekhouder en hebben door het leggen van (conservatoir) beslag op de onroerende zaak een feitelijke voorrangspositie voor zichzelf gecreëerd.

A-G Huydecoper merkt in zijn conclusie op dat het voorgaande wellicht op gespannen voet staat met het beginsel van de *paritas creditorum*.⁹ Zoals echter reeds uiteengezet, heeft de Hoge Raad indachtig het systeem van het beslag en executierecht voor een geheel andere benadering gekozen door te oordelen dat de executie op het moment van levering wordt voltooid en dat de executieopbrengst buiten het vermogen van de geëxecuteerde valt. De (conservatoire) beslaglegger op de zaak of de koopprijs en de huurder als bedoeld in art. 3:264 lid 7 BW hebben aldus reeds voor het intreden van het faillissement een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling heeft verkregen, zodat van een aantasting van de *paritas creditorum* geen sprake kan zijn.

Overigens kan naar aanleiding van de uitkomst van het onderhavige arrest worden aangenomen dat de mogelijkheid tot 'meeliften' niet uitsluitend aan de (conservatoire) beslaglegger is voorbehouden. Ook andere mogelijke belanghebbenden bij de uitdeling van de executieopbrengst, zoals hypotheek- en pandhouders, de persoonlijk gebruiksgerechtigde in de zin van art. 3:282 BW, de beperkt gebruiksgerechtigde in de zin van art. 3:264 lid 7 BW en de schuldeisers die beslag hebben gelegd op de executieopbrengst, kunnen zich ter zake van hun vordering op de in-

De op de kwaliteitsrekening gestorte restant-executieopbrengst behoort tot het vermogen van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven, ieder voor zover het diens aandeel in de gemeenschap betreft

tie van een aan de schuldenaar toebehorende zaak voltooid is als de zaak aan de executiekoper is geleverd dan ook niet geheel begrijpelijk.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad met betrekking tot het antwoord op de tweede vraag dat 'hoewel daarmee [te weten, het oordeel van de Hoge Raad dat de executie is voltooid op het moment dat de zaak aan de executiekoper is geleverd] nog niet noodzakelijkerwijs is gegeven dat (ook) de executieopbrengst, zolang deze nog niet daadwerkelijk aan de beslaglegger(s) ten goede is gekomen, buiten

De (conservatoire) beslagleggers liften dan als het ware mee met de executerende hypotheekhouder en hebben door het leggen van (conservatoir) beslag op de onroerende zaak een feitelijke voorrangspositie voor zichzelf gecreëerd

het vermogen van de geëxecuteerde valt, ligt het wel in het verlengde van genoemd arrest [verwezen wordt naar het arrest *Ontvanger/Brink q.q.*] om zulks aan te nemen, en strookt zulks ook met het doel van de executie'.⁷

Het oordeel van de Hoge Raad dat óók de resterende, maar nog niet verdeelde, executieopbrengst buiten het faillissement van de geëxecuteerde valt is in overeenstemming met hetgeen door het merendeel van de schrijvers in de literatuur is betoogd.⁸ Opmerkelijk is dan ook dat A-G Huyde-

6 C.G. Breedveld-de Voogd merkt hierover op dat uit het eerdere arrest *Ontvanger/Brink q.q.* geen sluitende conclusie kan worden getrokken dat levering tevens beëindiging van de executie met zich brengt: 'De regel "voor het intreden van het einde der executie dient de geëxecuteerde zaak te zijn geleverd" kan men niet zomaar omdraaien in "wanneer de geëxecuteerde zaak is geleverd, is de executie beëindigd"' (C.G. Breedveld-de Voogd, 'Restantexecutieopbrengst op kwaliteitsrekening valt niet in failliete boedel', *Juridische Berichten voor het Notariaat*, 2011, 57).

7 Zie r.o. 3.4.1.

8 L.P. Broekveldt acht het oordeel van de Hoge Raad dat de executieopbrengst niet in het vermogen van de geëxecuteerde valt een logisch

gevolg van het oordeel van de Hoge Raad dat door levering de executie is voltooid: 'Het zou toch bepaald onlogisch zijn enerzijds het verkochte, betaalde én geleverde goed niet meer tot het vermogen van de nádien gefailleerde schuldenaar te rekenen, maar de er volledig voor in de plaats getreden opbrengst nog wel, en dat enkel op de grond dat de – toch min of meer technische en "juridisch-administratieve" – verdeling van die opbrengst tussen de beslaglegger(s) en eventuele andere rechthebbenden nog niet definitief is geëffectueerd, en de geëxecuteerde intussen failliet is verklaard' (L.P. Broekveldt, «JBPr» 2011, 3). Overigens geeft A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* in voetnoot 20 en in voetnoot 21 een overzicht van de relevante literatuur. 9 Zie onder paragraaf 13 e.v. van de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.*

middels gefailleerde geëxecuteerde verhalen op de restant-executieopbrengst.

Uit het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* volgt dan ook dat het voor een schuldeiser, zelfs in geval rekening gehouden moet worden met een toekomstig faillissement van de schuldenaar, het overwegen waard is beslag te leggen op de aan de schuldenaar toebehorende (on)roerende zaak. Hierdoor worden de kansen op voldoening van de vordering van de schuldeiser in een faillissementssituatie vergroot, aangezien hij zich alsdan kan verhalen op de restant-executieopbrengst, zelfs in geval de schuldenaar na de executie failliet wordt verklaard. Vanzelfsprekend is dit echter alleen zinvol indien er een restant-executieopbrengst te verwachten is en dient de te executeren (on)roerende zaak een overwaarde te hebben. Mocht de schuldenaar voor het voltooien van de executie (ofwel de levering) in staat van faillissement worden verklaard, dan komt het beslag op grond van art. 33 Fw alsnog te vervallen en zit er voor de schuldeiser niets anders op dan zijn vordering ter verificatie in te dienen bij de curator.

Overigens is het – zoals tevens door de Hoge Raad nog expliciet wordt overwogen in het onderhavige arrest – eveneens mogelijk naast beslag op het te executeren goed, beslag te leggen op de executieopbrengst. Ook hiervoor geldt echter dat dit slechts mogelijk is tot het moment dat de beslag schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard. Immers, in het geval dat er na verdeling van de executieopbrengst onder alle rechthebbenden een surplus zal resteren, heeft de geëxecuteerde een voorwaardelijk recht op toedeling van dit surplus. Deze voorwaardelijke vordering valt in het vermogen van de geëxecuteerde met als gevolg dat indien de geëxecuteerde in staat van faillissement wordt verklaard deze voorwaardelijke vordering in de faillissementsboedel valt op grond van art. 20 Fw.

Tenslotte wordt nog opgemerkt dat in het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* sprake was van executie van een onroerende zaak door de hypotheekhouder. Aangenomen moet worden dat het onderhavige arrest eveneens kan worden toegepast bij de executie van niet-registergoederen door de pandhouder of beslaglegger.¹⁰

Over de auteur

Mw. mr. M.N. de Groot is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.

¹⁰ Zie hiervoor de noot van J.J. van Hees onder het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.*, gepubliceerd in «JOR» 2011, 208.