

62

Gerechtshof Leeuwarden
20 april 2010, nr. 200.050.386/01,
LJN BM2250
(mr. Kuiper, mr. Fikkers, mr. De Hek)
Noot mr. M.R. van Zanten

Executoriaal beslag. Misbruik van bevoegdheid. Opheffing beslag. Verbod executieveiling.

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 438, 447, 448, 509; BW Boek 3 art. 276; BW Boek 5 art. 122 lid 3]

Executoriaal beslag op appartementsrecht is vexatoor omdat de executieopbrengst naar verwachting veel minder is dan de door de hypotheek gedekte schuld aan de bank.

[Appellante] te [vestigingsplaats],
appellante,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna te noemen: de [appellante],
advocaat: mr. R. Klarus, kantoorhoudende te Emmen,
tegen
[geïntimeerde] te [woonplaats],
geïntimeerde,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna te noemen: [geïntimeerde],
advocaat: mr. A.J. Elema, kantoorhoudende te Assen.

Het geding in eerste instantie
(...; red.)

Het geding in hoger beroep
(...; red.)

De grieven
(...; red.)

De beoordeling

Ten aanzien van de feiten

1. Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 2 (2.1. tot en met 2.15) van genoemd vonnis is geen grief ontwikkeld, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Kort weergegeven gaat het in deze procedure om het volgende:

1.1. [Geïntimeerde] is eigenaar van het appartementsrecht, plaatselijk bekend [adres], kadastraal bekend gemeente [E], sectie F 13539, appartementsindex A52, verder: het appartement. Deze woning ligt in het complex Angelslo. [Geïntimeerde] is uit dien hoofde lid van de [appellante].

1.2. [Geïntimeerde] betaalt maandelijks een bijdrage van € 119,25 aan de [appellante], alsmede een bedrag van € 92,15, als voorschot op de stookkosten. Zij heeft hierin geen achterstand.

1.3. Op het appartement rusten twee hypotheeken ten gunste van de ABN AMRO Bank. De hypotheekschuld bedraagt in hoofdsom € 112.000,58.

1.4. De [appellante] heeft aan de [geïntimeerde], gelijk aan alle appartamenteigenaren, in 2006 een naheffing stookkosten opgelegd van € 2.012,04. [Geïntimeerde] heeft deze uiteindelijk voldaan.

1.5. In de vergadering van de [appellante] van 21 mei 2008 is besloten tot de financiering van groot onderhoud door middel van een eenmalige bijdrage, welke voor het appartement van [geïntimeerde] is gesteld op € 6.500,=. In de vergadering van de [appellante] van 28 augustus 2008 is besloten deze eenmalige bijdrage in twee termijnen te gaan heffen, waarvan de eerste termijn – groot € 3.500,= – verviel op 1 september 2008.

1.6. [Geïntimeerde] heeft de haar toegezonden factuur van 2 september 2008 niet voldaan, evenmin als de aanmaning van 25 september 2008.

1.7. De kantonrechter te Assen heeft [geïntimeerde] bij vonnis van 25 maart 2009 veroordeeld tot betaling van € 3.550,= te verhogen met de

geliquideerde proceskosten tot een bedrag van € 586,44 en met de contractuele rente over € 3.500,=.

1.8. De [appellante] heeft bij brief van 11 mei 2009 op betaling van de door de kantonrechter toegewezen bedragen aanspraak gemaakt. [Geïntimeerde] heeft hieraan niet voldaan. Wel heeft zij om betaling in termijnen verzocht. De [appellante] heeft dit verzoek afgewezen.

1.9. De [appellante] heeft vervolgens beslag doen leggen op het appartementsrecht.

1.10. Ten tijde van de beslaglegging had [geïntimeerde] het appartement te koop staan met een vraagprijs van € 128.500,=.

1.11. Dit beslag is op voet van artikel 509 Rv overgenomen door ABN AMRO Bank.

De procedure in eerste aanleg

2. [Geïntimeerde] heeft, stellend dat de [appellante] misbruik van recht heeft gemaakt door beslag te leggen op het appartementsrecht, opheffing van het gelegde beslag gevorderd alsmede een verbod op de door ABN AMRO Bank voorgenomen executieveiling.

De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen toegewezen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Voorts heeft de voorzieningenrechter de [appellante] in de kosten van de procedure veroordeeld.

De ontvankelijkheid van de [appellante] in haar appel

3. [Geïntimeerde] heeft betoogd dat de [appellante] geen (spoedeisend) belang bij haar vordering in appel heeft en dat zij ten onrechte niet de ABN AMRO Bank, haar medegedaagde in eerste aanleg, bij dit geding betrokken heeft.

Het hof overweegt dat voor de [appellante], als gedaagde in eerste aanleg, niet de verplichting geldt om een spoedeisend belang aannemelijk te maken. Deze ontvankelijkheidseis geldt alleen voor de oorspronkelijk eisende partij. Reeds het feit dat de [appellante] in eerste aanleg in het ongelijk is gesteld en is veroordeeld in de kosten van de procedure, maakt dat zij een voldoende procesbelang in appel heeft.

Er is geen rechtsregel die de [appellante] verplicht om haar medegedaagde in eerste aanleg in dit geding op te roepen. De exceptio pluris litis consortium doet zich hier niet voor, aangezien geen sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding.

Het hof verwierpt dan ook de door [geïntimeerde] opgeworpen ontvankelijkheidsweren.

De beoordeling van de grieven

4. De grieven strekken ten betoge dat de voorzieningenrechter ten onrechte de executieveiling heeft verboden. De opheffing van het gelegde beslag wordt niet afzonderlijk aangevochten.

De voorzieningenrechter heeft aangenomen dat de [appellante] zich schuldig maakt aan misbruik van recht. Hiertegen keren zich de grieven 3 en 4. Het hof zal eerst deze grieven behandelen.

5. De [appellante] heeft executoriaal beslag gelegd op het appartementsrecht van [geïntimeerde] teneinde betaling te verkrijgen voor het bedrag waarvoor het hiervoor onder 2.7 vermelde vonnis van de kantonrechter van 25 maart 2009 – dat onherroepelijk is – haar een titel heeft verschaft. Dat de [appellante] nog stelt een aantal andere vorderingen op [geïntimeerde] te hebben, dient hierbij verder buiten beschouwing te blijven nu zij voor die vorderingen niet over een dergelijke titel beschikt.

6. Het hof overweegt dat ingevolge de hoofdregel van artikel 3:276 BW de schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar kan verhalen. Het appartementsrecht wordt niet uitgezonderd in de artikelen 447 en 448 Rv, zodat de [appellante] in beginsel bevoegd is om tot verhaal van haar vordering het appartementsrecht uit te winnen.

7. Naar het oordeel van het hof maakt een schuldeiser evenwel in beginsel misbruik van zijn bevoegdheid om zich (na het leggen van executoriaal beslag) op bezittingen van zijn schuldenaar te verhalen, indien te verwachten valt dat de opbrengst van die executoriale verkoop op geen enkele wijze in mindering strekt op de vordering waarvoor het beslag oorspronkelijk werd gelegd.

8. In dit geval gaat het om een appartementsrecht dat geruime tijd te koop heeft gestaan met een vraagprijs van € 128.500,= – zonder dat daarvoor serieuze belangstelling bestond – en dat is belast met een hypothecaire schuld van in hoofdsom € 112.000,58, terwijl de totale schuld aan de ABN AMRO Bank – die tevens door de tweede hypothecaire inschrijving werd gedekt – ten tijde van de behandeling in eerste aanleg € 116.611,91 bedroeg.

De te verwachten opbrengst van het appartement bij executoriale verkoop is door [geïntimeerde] – door de [appellante] niet betwist – op € 80.000,= gesteld.

Bij deze stand van zaken zou de opbrengst van de executoriale verkoop van het pand – na aftrek van de kosten – integraal naar de ABN AMRO Bank gaan en zou de [appellante] daarvan geen cent wijzer worden. [Geïntimeerde] heeft er terecht op gewezen dat de door haar voorgestelde betalingsregeling – al dan niet nog te versterken met loonbeslag – voor de [appellante] een gunstiger resultaat oplevert.

9. Nu derhalve te verwachten valt dat ook na de executoriale verkoop de schuld van [geïntimeerde] aan de [appellante] niet zal verminderen terwijl zij wel met een aanzienlijke restschuld aan de ABN AMRO zal worden geconfronteerd, maakt de [appellante] zich in beginsel schuldig aan misbruik van recht indien zij de executieveiling zou doorzetten. Feiten of omstandigheden, die het oordeel kunnen dragen dat de [appellante] door toch te executeren geen misbruik van recht maakt, zijn gesteld noch gebleken.

10. De [appellante] heeft voor het eerst in appel heeft aangevoerd dat zij gelet op artikel 5:122, derde lid, BW – dat bepaalt dat de opvolgend eigenaar mede aansprakelijk is voor bijdragen die in het lopende of voorafgaande boekjaar opeisbaar zijn geworden – wel degelijk belang heeft bij executoriale verkoop.

Het hof overweegt dat, wat hiervan ook zij, dit de [appellante] niet kan baten aangezien op het tijdstip waarop partijen arrest hebben gevraagd – op 23 maart 2010 – de in artikel 5:122, derde lid, BW gestelde termijn voor het opeisbaar

worden reeds verstreken was voor de hier aan de orde zijnde extra onderhoudsbijdrage van € 3.500,=.

11. Het hof passeert voorts het verweer van de [appellante] dat [geïntimeerde] heeft nagelaten het besluit van de vergadering van eigenaren van 8 juli 2009 om geen betaling in termijn toe te staan op voet van artikel 5:130 BW in rechte aan te vechten.

Daargelaten dat de [appellante] blijkens de overgelegde stukken reeds in een groot aantal rechtszaken tegen haar leden (en voormalige administrateur) is betrokken hetgeen niet het doel van een dergelijke rechtspersoon kan zijn – vormt een zodanig besluit geen rechtvaardiging voor het in strijd met enig redelijk belang aansturen op een executoriale verkoop. De bevoegdheid om beslag te leggen en tot executoriale verkoop over te gaan is alleen gegeven tot inning van een vordering, niet om een voorbeeld te stellen aan andere leden van de [appellante] die weigerachtig zijn om extra heffingen te betalen.

12. Het hof is derhalve niet gebleken dat de [appellante] thans een deugdelijk belang heeft bij de executoriale verkoop van het appartement. Die verkoop moet dan ook als vexatoir worden aangemerkt. Het hof laat daar of het bestuur van de [appellante] in dezen in wezen handelt ter bevoordeling van Salamanca BV, zoals [geïntimeerde] heeft aangevoerd, nu zulks het bestek van dit kort geding te buiten gaat.

13. Beide grieven falen.

14. De grieven 1 en 2, die betrekking hebben op andere mogelijke gronden voor stopzetting van de executie, behoeven, gelet op het voorgaande, geen behandeling.

De slotsom

15. Het hof zal het vonnis waarvan beroep bekrachtigen en de [appellante] in de kosten van het hoger beroep veroordelen, voor wat het geliquideerde salaris van de advocaat van [geïntimeerde] betreft te begroten op 2 punten naar tarief II.

16. Ter voorkoming van een nieuwe procedure overweegt het hof ten overvloede op dat het de [appellante] niet vrijstaat de niet-geliquideerde proceskosten langs de weg van artikel 6, derde lid, van haar splitsingsreglement alsnog volledig op [geïntimeerde] te verhalen.

De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt de [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die aan de zijde van [geïntimeerde] tot aan deze uitspraak op € 313,= aan verschotten en € 1.788,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat, waarvan te voldoen aan de griffier, die daarmee zal handelen overeenkomstig het bepaalde in art. 243 Rv, € 234,75 aan verschotten en € 1.788,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat; verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Inleiding

In deze zaak gaat het om het antwoord op de vraag of een executoriaal beslag op een onroerende zaak dient te worden opgeheven en de executie van dat beslag dient te worden geschorst indien de opbrengst naar verwachting minder is dan de door de hypotheek gedekte schuld aan de bank.

2. Eerste aanleg

De Vereniging van Eigenaars Woningen en Winkelcentrum Angelslo ("VvE") beschikt ter zake van een eenmalige vordering betreffende groot onderhoud op Darinka Skerlic ("Skerlic") over een toewijzend vonnis en heeft executoriaal beslag gelegd op haar appartementsrecht. ABN AMRO Bank NV ("ABN"), ten behoeve van wie een eerste en tweede hypotheekrecht is gevestigd op het appartement, heeft in verband met het beslag haar vordering opgeëist, de executie op de voet van art. 509 Rv overgenomen en de

executoriale verkoop aangezegd. Skerlic voldeed overigens aan haar verplichtingen jegens ABN. Skerlic vordert in kort geding op grond van misbruik van recht een verbod op de door ABN voorgenomen executie, alsmede opheffing van het beslag.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen stelt in zijn vonnis van 28 oktober 2009 voorop dat de VvE zich jegens haar leden in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid moet gedragen. Voldoende aanneemelijk is geworden dat Skerlic steeds aan haar maandelijkse hypothecaire verplichtingen heeft voldaan. Zij kon echter de vordering ter zake van de eenmalige bijdrage voor groot onderhoud niet in een keer voldoen. Zij was bereid dit bedrag in termijnen te voldoen en heeft dit aanbod ter zitting herhaald. Skerlic heeft haar appartement te koop aangeboden, opdat zij uit de verkoopopbrengst haar schuld aan de VvE zou kunnen voldoen. De voorzieningenrechter heeft op dit punt overwogen dat de verkoopopbrengst bij executoriale verkoop beduidend lager zal zijn dan bij onderhandse verkoop. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat de VvE misbruik maakt van haar bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van het vonnis door het leggen van executoriaal beslag op het appartement en door te willen overgaan tot de executoriale verkoop van het appartement en zo ABN te dwingen tot overname van die executie met alle kosten van dien. Om die reden zal het beslag worden opgeheven, waarmee de grondslag voor de executiebevoegdheid van ABN komt te vervallen. Er volgt een verbod tot executie zolang Skerlic, in afwachting van de (onderhandse) verkoop van het appartementsrecht, de met de VvE te treffen betalingsregeling nakomt.

3. Hoger beroep

De VvE gaat in hoger beroep. In appel wordt belang gehecht aan het vaststaande feit dat de te verwachten opbrengst van de executoriale verkoop te laag zal zijn voor betaling van de vordering waarvoor beslag is gelegd. Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep. Volgens het hof (in r.o. 7) "maakt een schuldeiser in be-

ginsel misbruik van bevoegdheid om zich (na het leggen van executoriaal beslag) op bezittingen van zijn schuldenaar te verhalen, indien te verwachten valt dat de opbrengst van die executoriale verkoop op geen enkele wijze in mindering strekt op de vordering waarvoor het beslag oorspronkelijk werd gelegd." De voorgestelde betalingsregeling zal gunstiger zijn voor de VvE. Het hof overweegt (in r.o. 9) vervolgens: "Nu derhalve te verwachten valt dat ook na de executoriale verkoop de schuld van Skerlic aan de VvE niet zal verminderen terwijl zij wel met een aanzienlijke restschuld aan de ABN AMRO zal worden geconfronteerd, maakt de VvE zich in beginsel schuldig aan misbruik van recht indien zij de executieveling zou doorzetten." Ten slotte is het hof niet gebleken van een deugdelijk belang bij de executoriale verkoop van het appartement op grond waarvan die verkoop dan ook als vexatoor moet worden aangemerkt.

4. Misbruik van bevoegdheid bij executie onroerende zaak

Algemeen

In de praktijk speelt bij de executie van onroerende zaken vaak de vraag of er – mede gelet op de met een hypotheek verzekerde vordering van de bank – sprake is van een overwaarde voor de executant in een executiegeschil. Gelet op de huidige economische situatie en de huizenmarkt, is te verwachten dat ook in de toekomst vaak sprake zal zijn van (voorgenomen) executies van onroerende zaken waarbij naar verwachting geen overwaarde zal resteren voor de beslaglegger. Hypotheekhouders zien zich dan ook in toenemende mate geconfronteerd met beslagen die het ongewenste effect hebben dat zij de executie moeten overnemen, terwijl de cliënt aan al zijn verplichtingen voldoet en het onderpand bij executie waarschijnlijk onvoldoende zal opbrengen om hun vordering te voldoen. Uit de jurisprudentie met betrekking tot het executeren van onroerende zaken blijkt dat twee vragen vaak een belangrijke rol spelen. Ten eerste is dat de vraag of en zo, ja onder welke omstandigheden een vexatoor beslag leidt tot

misbruik van bevoegdheid. Ten tweede speelt regelmatig de vraag of in geval van een opgelegd executieverbod het executoriale beslag komt te vervallen. Hierop wordt hieronder nader ingegaan.

Vexatoor beslag en misbruik van bevoegdheid

Het arrest van de Hoge Raad van 24 november 1995 (NJ 1996, 161, *Tromp/Regency*) wordt beschouwd als standaardarrest. Er was in deze zaak beslag gelegd op meerdere percelen en de vraag was of de beslaglegger niet had kunnen volstaan met beslag op één perceel. De Hoge Raad heeft overwogen dat de vraag of het leggen van conservatoir beslag vexatoor en daarom onrechtmatig is, in beginsel dient te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen. Eerder had de Hoge Raad (Hoge Raad 22 april 1983, NJ 1984, 145, *Ritzen/Hoekstra*) al overwogen dat de rechter in een executiegeschil slechts staking van de tenuitvoerlegging van het vonnis kan bevelen: "indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan." In zijn noot onder dit arrest heeft Heemskerk opgemerkt dat het uitgangspunt is de bevoegdheid van de executant tot tenuitvoerlegging en dat de rechter staking van die tenuitvoerlegging slechts mag bevelen in geval van misbruik van bevoegdheid. Hij verwijst daarbij naar art. 3:13 lid 1 BW, waarin is bepaald dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Dit beginsel uit het vermogensrecht geldt ook voor de uitoefening van proces-

suele bevoegdheden en ook voor de executie van een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak (HR 30 oktober 1992, NJ 1993, 4). Uit vorenstaande arresten volgt mijns inziens dat indien een beslag dat als vexatoor, en derhalve onrechtmatig kan worden beschouwd, door de beslaglegger wordt voortgezet altijd sprake zal zijn van misbruik van bevoegdheid. In deze zin komen vexatoor beslag en misbruik van bevoegdheid samen en zal de voorzieningenrechter staking van de executie van een dergelijk onrechtmatig beslag kunnen bevelen.

Opheffing beslag

Naast de vraag of er sprake is van misbruik van bevoegdheid die kan leiden tot een verbod van deze executie, dient ook de vraag te worden beantwoord of daarbij ook het beslag dient te worden opgeheven. Het zou namelijk zo kunnen zijn dat op dit moment niet vast is komen te staan dat er sprake is van een opbrengst voor de beslaglegger maar dat dit in de toekomst wellicht wel het geval zal zijn. Indien de voorzieningenrechter naast schorsing van de executie ook het beslag opheft kan de debiteur daags daarna de onroerende zaak vervreemden of verder bezwaren zodat de crediteur dit verhaals-object voorgoed kwijtraakt. De Hoge Raad heeft op dit punt overwogen dat wanneer een beslag dat aanvankelijk vexatoor was uitsluitend omdat de beslaglegger niet mocht verwachten dat uit het beslag enig deel van zijn vordering zal kunnen worden voldaan, het vexatore karakter verliest doordat in een later stadium alsnog blijkt dat de vordering van de executant geheel of gedeeltelijk uit de opbrengst van het beslagene kan worden voldaan, de rechter in kort geding mag oordelen dat er geen reden is voor opheffing van het beslag (Hoge Raad 18 februari 2000, NJ 2000, 278).

Dit lijkt op het eerste gezicht een vreemde uitspraak. Doel van het beslag- en executierecht is dat de zaken van de geëxecuteerde te gelde worden gemaakt, zodat de executant zich uit de daardoor verkregen opbrengst kan voldoen (Gieske 2008, (T&C Rv), aant. 1 bij inleidende opmerkingen voor art. 439). Indien op enig mo-

ment aannemelijk is dat een executant bij executie van het executoriaal beslag niet zal kunnen worden voldaan, het beslag vexatoor is en de executie wordt verboden, dan dient dat beslag geen enkel doel meer. Indien de voorzieningenrechter het beslag dan niet opheft maar wel de executie verbiedt, zal een onwenselijke situatie ontstaan. Hoewel er geen executie zal plaatsvinden is het vermogensbestanddeel wel belast met een beslag en worden de geëxecuteerde en haar overige crediteuren daar wel (voor onbepaalde tijd) door benadeeld. Kortom, indien sprake is van een verbod van de executie dient het beslag in beginsel te worden opgeheven. Deze conclusie komt niet in strijd met het arrest van de Hoge Raad uit 2000. Uit het arrest blijkt dat de opportuniteit van een bevel in kort geding tot opheffing van het beslag ex nunc wordt vastgesteld. Niet van belang voor de beoordeling is dan of op enig moment eerder in de tijd sprake was van een vexatoor beslag. Indien dat beslag bij de beoordeling (inmiddels) niet meer vexatoor is behoeft het uiteraard niet te worden opgeheven.

5. Algemene stand van de rechtspraak bij executie onroerende zaken

In de rechtspraak is de vraag naar misbruik van bevoegdheid bij de executie van onroerende zaken vaak aan de orde gekomen. Hieronder zal een overzicht van de rechtspraak worden gegeven. Het arrest van de Hoge Raad van 24 november 1995, NJ 1996, 161 (*Tromp/Regency*) is hiervoor onder 4 reeds besproken.

De stelling dat het beslag ook kan en mag dienen als pressiemiddel om de geëxecuteerde, teneinde de verkoop van hun woning te voorkomen, tot betaling te dwingen wordt in de lagere rechtspraak verworpen. Het executoriale beslag dient tot verhaal op het beslagen vermogen en, bijzondere omstandigheden daargelaten, niet om de beslagene op oneigenlijke wijze in een dwangpositie te brengen (Rechtbank Breda 23 juli 1984, KG 1984/247). Indien geen redelijke verwachting bestaat dat pressie als gevolg van beslag enig financieel resultaat voor de beslaglegger ople-

vert, kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid (Hof 's-Gravenhage 21 april 1998, VN 1988/2562).

Een beslaglegger kan wel belang hebben bij handhaving van een beslag ook indien de executieopbrengst op het moment van beoordeling minder is dan de eerste hypothecaire lening maar de onderwaarde zou kunnen omslaan in een overwaarde (Hof Arnhem 22 juli 2008, LJN BD8654). Bij de beoordeling van de waarde van de onroerende zaak moet ook rekening worden gehouden met mogelijke waardevermeerdering door het herstel van gebreken en het feit dat een beslagene zich bij opheffing van het beslag op de onroerende zaak tot in lengte van dagen kan onttrekken aan zijn verplichtingen (Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, LJN BJ0413). Taxatierapporten spelen een rol bij de beoordeling van de stelling dat bij executie onvoldoende resteert voor de betaling van de beslaglegger (Rechtbank Haarlem 16 april 1993, VN 1993/1674; Rechtbank Arnhem 30 juni 2005, LJN AU1575). Zij geven echter niet altijd voldoende zekerheid voor de voorzieningenrechter omdat er vaak tegenstrijdige taxatierapporten worden overgelegd.

Mijns inziens dient in de procedure duidelijk te worden hoe hoog de daadwerkelijke vordering van de hypotheeknemer is per de datum van de voorgenomen executieveiling. De hypotheekhouder zal daarover informatie moeten verstrekken indien hij of de beslagene stelt dat de beslaglegger misbruik maakt omdat er geen overwaarde zou resteren. De hypothecaire inschrijving alleen is onvoldoende voor de beantwoording van de vraag of er sprake zal kunnen zijn van overwaarde bij executie. Dit punt is in de mij bekende jurisprudentie nog niet zo duidelijk aan de orde gekomen. Vaak wordt slechts vermeld dat op de betreffende zaak een hypotheek rust van een bepaald bedrag en niet wat de daadwerkelijke vordering van de hypotheekhouder is.

Overigens loopt een door de hypotheekhouder gestarte procedure jegens de executant niet altijd goed af. In een met de casus van het in deze noot besproken arrest van het Hof Leeuwarden vergelijkbare casus (Rechtbank Arnhem 24 december 2008, LJN BG9652) vorderde de bank

veroordeling van de executerende VvE in verband met de schade die zij heeft geleden door de executie, nu de VvE wist dat haar vordering niet uit de opbrengst van de veiling zou kunnen worden voldaan. Bovendien zou zij het middel van executie hebben gebruikt voor een ander doel. Zij heeft het middel van executie gebruikt om haar vordering te verhalen op de koper, welke mogelijkheid art. 5:122 lid 3 BW (dat bepaalt dat de opvolgend eigenaar van een appartementsrecht mede aansprakelijk is voor de bijdragen die in het lopende of voorafgaande boekjaar opeisbaar zijn geworden) haar gaf. De rechtbank wijst de vordering af nu de VvE zonder meer gerechtigd was tot executieverkoop over te gaan nu zij niet alleen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis had verkregen tegen de appartementseigenaren, maar daarnaast ook op grond van de wet gerechtigd was om haar vordering (ten dele) te verhalen op de koper van het appartementsrecht. Dat de VvE strikt genomen niet uit de koopsom is voldaan maakt nog niet dat zij misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. De betaling van de vordering van de VvE volgde immers rechtstreeks uit de executie. In de in deze noot besproken zaak VvE/Skerlic is een in appel gedaan beroep op art. 5:122 lid 3 BW afgewezen. Immers, op het tijdstip waarop partijen arrest hebben gevraagd was de in dit artikel gestelde termijn voor het opeisbaar worden reeds verstreken.

6. Conclusie

Het arrest van het Hof Leeuwarden is conform de heersende leer in de jurisprudentie met betrekking tot misbruik van bevoegdheid. Indien duidelijk is dat de executie niet zal leiden tot voldoening van de executant (en de geëxecuteerde en anderen hierdoor schade lijden) zal tot verbod van deze executie kunnen worden overgegaan. In dat geval dient ook tot opheffing van het executoriale beslag te worden overgegaan.

M.R. van Zanten

advocaat bij CMS Derks Star Busmann NV te Amsterdam