

De onverdeelde executieopbrengst. Wie is recht-hebbende na faillissement?

Mr. M.J.W. van Ingen en mr. B.G. Arends¹

Inleiding

Aan alles komt een eind, dus ook aan de executie van vermogensbestanddelen van de schuldenaar. In geval van faillissement van de schuldenaar bepaalt artikel 33 Fw dat de (niet voltooide) gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, vóór het faillissement aangevangen, dadelijk een einde neemt wanneer het faillissement een feit is.² Dat roept de vraag op wanneer die executie nu precies voltooid is. Die vraag is relevant in de situatie dat de schuldenaar faillieert, nádat het beslagen of gecureerde object openbaar is verkocht en de opbrengst ter verdeling in handen is gesteld van de notaris of deurwaarder, doch vóórdat daadwerkelijk verdeling heeft plaatsgevonden. Wie is in dat geval rechthebbende ten aanzien van die opbrengst, de curator of de executerende beslaglegger? De meningen daarover lopen in literatuur en jurisprudentie uiteen, doch de Hoge Raad heeft recent uitsluitel gegeven. In het hierna volgende worden de verschillende visies besproken.

Een noemenswaardige uitspraak in dit verband werd gedaan op 3 december 1997 door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht.³ In die casus was, na de executie van een onroerende zaak, de opbrengst door de notaris in handen gesteld van een bewaarder, zulks op de voet van artikel 3:270 lid 3 BW. Nadien faillieerde de geëxecuteerde en de curator maakte aanspraak op de gesepareerde opbrengst. De voorzieningenrechter was van oordeel dat na de executie de opbrengst niet langer behoorde tot het

vermogen van de geëxecuteerde maar een afgescheiden vermogen vormde dat ter verdeling toekwam aan de bij de rangregeling betrokkenen. Ter zake van het beroep van de curator op de toepassing van artikel 33 Fw oordeelde de voorzieningenrechter dat dit de curator niet kon baten, nu geen sprake meer was van de gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, maar van verdeling van de opbrengst van de executie.

Van Hees, in diens annotatie bij deze beschikking, onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter. Volgens Van Hees heeft de geëxecuteerde in diens vermogen na de feitelijke verkoop slechts een vordering op de bewaarder ter zake van het eventuele surplus na executie. Die conclusie wordt door Van Hees gestoeld op het feit dat na de executie andere crediteuren niet meer kunnen toetreden tot de verdeling.⁴ Daar waar de wet spreekt over beslag op de opbrengst of koopsom (zoals in art. 480 lid 1 Rv, art. 551 lid 1 Rv, art. 3:253 lid 1 BW en art. 3:270 lid 2 en 5 BW) heeft de wetgever volgens van Hees steeds het oog gehad op de vordering van de geëxecuteerde ter zake van het surplus.⁵ Enige jaren daarvoor kwam de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg tot een tegengestelde conclusie.⁶ Ten onrechte, aldus Van Hees, nu dat niet zou passen in het wettelijk systeem. Gelet op de meer recente jurisprudentie bestaat thans reden om aan dat standpunt te twijfelen.

Is de executieopbrengst een afgescheiden vermogen?

Buiten faillissement heeft te gelden dat na de executieverkoop de opbrengst in handen wordt gesteld van de deurwaarder of notaris. Deze voldoet de met de executie samenhangende kosten en tracht vervolgens de netto executieopbrengst te verdelen. Tot die verdeling zijn slechts de beslagleggers en beperkt gerechtigden, alsmede de geëxecuteerde gerechtigd. Worden partijen het niet eens over de verdeling, dan dient de opbrengst gestort te worden bij een bewaarder en kan een rangregelingprocedure ex artikel 481 Rv gestart worden.

1 De auteurs zijn verbonden aan Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V. De auteurs danken mr. S.M.M. van Dooren die deze bijdrage mogelijk maakte door zijn kritische opmerkingen, maar bovenal door aan te tonen dat de Hoge Raad het op 25 januari jl. bij het juiste eind had. Deze bijdrage verscheen eerder in het *Tijdschrift voor Insolventierecht en Zekerheden*.

2 Meer precies: vanaf 00.00 uur op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken, wordt de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk, zo volgt uit de art. 20 en 23 Fw.

3 Pres. Rb. Utrecht 3 december 1997, *JOR* 1998/15 m.nt. J.J. van Hees (ABN/Bouw q.q.).

4 Een standpunt dat enige bijval vond. Zie M. Ynzonides in *Tv* 1998-4, p. 83, alsmede I. Spinath in zijn noot onder Vzr. Rb. Den Haag 22 juli 2005, *JOR* 2005/256.

5 Van Hees verwijst hierbij onder meer naar de Parlementaire Geschiedenis bij art. 480 en 457 Rv.

6 Pres. Rb. Middelburg 24 mei 1996, *KG* 1996/256 (Wind q.q./Matthijssen).

De verkoop heeft plaatsgevonden ten behoeve van hen die een beperkt recht hebben of beslag hebben gelegd. Na die verkoop kunnen andere crediteuren van de geëxecuteerde geen rechten meer doen gelden ten aanzien van (de opbrengst van) het verkochte. Hen rest slechts de mogelijkheid tot het leggen van beslag op het surplus. Dat past in de gedachte dat buiten faillissement iedere crediteur voor zijn eigen belangen dient te waken onder het motto: 'Wie het eerst komt, wie het eerst maakt.' De gedachte om dan de executieopbrengst aan te merken als afgescheiden vermogen, gelijk Van Hees als uitgangspunt neemt, is dan op zichzelf niet vreemd.

Op 12 januari 2001 oordeelde de Hoge Raad echter dat in een situatie waarin twee of meer partijen gelden storten op een bijzondere kwaliteitsrekening, het op die rekening gestorte saldo geen afgescheiden vermogen vormt. Volgens de Hoge Raad worden de gerechtigden '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 [...]. Wordt een van de deelgenoten failliet 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, mee dat het voorwaardelijk recht dat aan de deelgenoot toekwam in diens faillissement valt'.⁷

In een later gewezen arrest benadrukte de Hoge Raad andermaal dat met het aannemen van een afgescheiden vermogen terughoudend dient te worden omgegaan, nu dit immers met zich brengt dat een uitzondering wordt aangenomen op het in artikel 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. Die terughoudendheid is ook op zijn plaats gelet op de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer die daarbij bij uitstek zijn verbonden, aldus de Hoge Raad.⁸

De Hoge Raad stelt derhalve zo hoge eisen aan een afgescheiden vermogen, dat het lastig wordt de executieopbrengst waartoe partijen (waaronder ook de geëxecuteerde) gerechtigd zijn, nog langer als zodanig te kwalificeren. Het uitgangspunt dat geen sprake is van een afgescheiden vermogen brengt in ieder geval met zich dat de aanspraak op de onverdeelde executieopbrengst nog

steeds gerekend dient te worden tot het vermogen van de geëxecuteerde. Daarmee wankelt de theorie van Van Hees, die immers tot uitgangspunt nam dat dit niet langer het geval was.

In afwijking van de theorie van Van Hees oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem op 16 mei 2007.⁹ De voorzieningenrechter overwoog dat deponering van (het restant van) de executieopbrengst weliswaar plaatsvindt ten behoeve van de beslagleggers, maar nog geen betaling aan een van hen inhoudt en daarmee blijft vallen in het vermogen van de geëxecuteerde.

In die zaak deed zich overigens nog een complicerende factor voor. Op een onroerende zaak werden diverse conservatoire beslagen gelegd, waarna de hypotheekhouder executeerde. De hypotheekhouder zag ingevolge artikel 3:271 BW diens vordering voldaan en de resterende executieopbrengst werd gestort bij een bewaarder. Dan failliet de geëxecuteerde. Dat geeft de voorzieningenrechter aanleiding te overwegen (r.o. 4.9) dat onduidelijk is wie recht heeft op welk deel van het depot, waarmee dit nog steeds geacht wordt onderdeel uit te maken van het vermogen van de geëxecuteerde, terwijl de schuldeisers een persoonlijk recht hebben op (een deel van) het depot, maar geen zakelijk rechthebbende daarop zijn.

Tot zover kan dat vonnis op weinig kritiek stuiten. De voorzieningenrechter voegt daar echter aan toe dat een omslagpunt is een betaling of een gebeurtenis die daarmee gelijk te stellen is en het depot doet overgaan in het vermogen van een schuldeiser. Wij menen dat slechts de betaling voor rekening en risico van de geëxecuteerde door de bewaarder met zich brengt dat de gelden tot het vermogen van de schuldeiser kunnen gaan behoren. Dit uitgangspunt brengt echter ook met zich dat relevant wordt wanneer artikel 33 Fw toepassing vindt.

Wanneer eindigt de executie?

Het feit dat geen sprake is van een afgescheiden vermogen maar van een deelgenootschap, behoeft niet te betekenen dat de uitkomst anders wordt. Denkbaar is immers dat bij faillisse-

ment de curator weliswaar betrokken raakt bij de verdeling, maar daarmee nog geen aanspraak kan maken op (enig deel van) de opbrengst. Van Hees heeft echter een tweede uitgangspunt, dat voortbouwt op diens aanname dat de executieopbrengst een afgescheiden vermogen vormt. Daar waar de executieopbrengst een afgescheiden vermogen vormt, kan artikel 33 Fw geen toepassing meer vinden omdat immers niet een vermogensbestanddeel van de geëxecuteerde wordt uitgewonnen, aldus Van Hees.¹⁰ Ook die redenering wankelt bij de vaststelling dat geen sprake is van een afgescheiden vermogen.

Voor de toepassing van artikel 33 Fw is verder vereist dat er nog sprake is van een lopende executie. In een op 25 januari 2008 gewezen arrest (zie SDU IF&Z 2008/3) bevestigde de Hoge Raad dat artikel 33 Fw strikt dient te worden toegepast.¹¹

In de procedure die tot dat arrest leidde, werden door de Ontvanger twee motorjachten executoriaal verkocht. Daags na de veiling, waarbij de motorjachten werden gegund, failliet de geëxecuteerde. Op dat moment dienden de motorjachten nog te worden geleverd aan de veilingkoper. De Ontvanger betoogde dat met de gunning ter veiling de motorjachten geen deel meer uitmaakten van het uitwinbaar vermogen van de geëxecuteerde, zodat zij niet meer tot de boedel van een nadien uitgesproken faillissement konden behoren. Die stelling, nagenoeg letterlijk ontleend aan de beschikking van de President van de Rechtbank Utrecht, waarmee wij ons betoog aanvingen, wordt door het Hof van de hand gewezen. Een dergelijke vermogensverschuiving is in strijd met het

7 HR 12 januari 2001, *JOR* 2001/50 (Koren q.q./Tekstra q.q.), m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker, r.o. 3.3.

8 HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (Beatrixziekenhuis/Van Dam q.q.). In het arrest betreft de Hoge Raad voorts dat de wetgever op dat uitgangspunt heeft voortgebouwd en ook slechts in twee zeer specifieke gevallen (art. 25 Wet op het Notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet) een uitzondering heeft aangenomen. De grond voor die uitzondering lag echter in de bescherming van het publiek dat erop mag vertrouwen dat de notaris en de deurwaarder gelden afgescheiden houden van hun eigen vermogen.

9 Vzr. Rb. Arnhem 16 mei 2007, LJN BA 6834/154764 (Westward Insurance).

10 Die redenering sluit aan bij het gegeven dat art. 33 Fw uitsluitend toepassing vindt ten aanzien van vermogensbestanddelen van de gefailleerde, vgl. tevens Hof Den Bosch 27 mei 1924, *NJ* 1925, p. 79.

11 HR 25 januari 2008, *NJ* 2008/66 (Ontvanger/Brink q.q.).

gesloten stelsel van het goederenrecht en daarmee kon niet meer geleverd worden aan de veilingkoper. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het Hof: 'artikel 33 Faillissementswet staat daaraan nu juist in de weg, doordat de executie door de gunning nog niet was voltooid – daarvoor was levering van de schepen aan de veilingkoper vereist – en dus op de dag van de faillietverklaring dadelijk een einde nam [...].'

Wie zijn dan gerechtigd tot de executieopbrengst?

Op dit punt kunnen wij de balans opmaken. De executie is volgens de Hoge Raad in ieder geval pas voltooid nadat alle handelingen die nodig zijn, zijn verricht. Het voormelde arrest laat nog onbesproken de vraag of tot die handelingen ook de verdeling van de opbrengst behoort, maar duidelijk is wel dat die opbrengst geen afgescheiden vermogen vormt. Reeds daarmee zou geconcludeerd kunnen worden dat de, in handen van de deurwaarder of notaris gestelde, opbrengst het vermogen van de geëxecuteerde nog niet heeft verlaten. Zelfs menen wij dat de executie eerst ten volle is voltooid ten aanzien van ieder der schuldeisers indien zij hun deel van de opbrengst hebben ontvangen. Immers, na de executorialer verkoop, die voltooid is door de levering, komen hun respectievelijke rechten te rusten op de opbrengst.

Dat uitgangspunt wordt door de wet tot uitdrukking gebracht in tal van bepalingen. Bij de uitwinning van pandrecht op vorderingen komt ingevolge artikel 3:248 lid 1 jo. artikel 3:253 BW het pandrecht te rusten op het geïnde, waarna de executerende pandhouder zich hierop verhaalt. Bij de executie van roerende zaken strekt het beslag zich uit tot de opbrengst, waarna de executant zich hierop verhaalt, ingevolge artikel 480 lid 1 Rv.¹²

Dit brengt dan voorts met zich dat eerst de daadwerkelijke uitgevoerde verdeling de handeling is waarmee de executie ten volle is voltooid. Dit werd overigens onder het oude recht al door de Hoge Raad bevestigd.¹³

Afsluitende opmerkingen

Toch bevredigt deze conclusie niet geheel. Immers, artikel 33 Fw vormt de uitwerking van het zogenoemde fixatiebeginsel. Doel van het fixatiebeginsel is

dat men niet kan profiteren van het faillissement van de beslagschuldenaar.¹⁴ De door ons getrokken conclusie leidt er echter toe dat nu juist de overige crediteuren profiteren van het faillissement. Immers, zoals Van Hees terecht opmerkt, konden zij zonder het faillissement niet meer gerechtigd worden tot de executieopbrengst door daar beslag op te leggen.

Die uitwerking van het fixatiebeginsel is ook een belangrijke pijler onder het betoog van Van Hees. Onder het oude recht werd aangenomen dat in deze situatie de executieopbrengst weliswaar in de boedel viel, maar de beslagleggers het voorrecht wegens onbetaalde koopprijs toekwam.¹⁵ Dat, inmiddels vervallen voorrecht, deed wel recht aan het fixatiebeginsel op dit punt. Weliswaar verkregen de beslagleggers eerst via de uitdelingslijst na de omslag in de algemene faillissementskosten van artikel 182 Fw, maar de overige crediteuren waren eerst gerechtigd tot de opbrengst indien daarvan een surplus resteerde. Maar, als gezegd, aan alles komt een eind. Zelfs aan voorrechten.

12 Naar dat uitgangspunt laat zich ook verklaren dat de pandhouder nog aanspraak kan maken op de opbrengst van een aan hem verpande vordering die door een derde-beslagene aan de deurwaarder is voldaan ongeacht of hij een openbaar pandrecht heeft, vgl. HR 23 april 1999, *NJ* 2000/30 (TNB/Sisal).

13 Gewezen zij op Rb. Den Haag 22 mei 1930, W12262 waarin werd geoordeeld: 'De gerechtelijke verdeling van de opbrengst van enig deel van het vermogen van de schuldenaar, maakt nog deel uit van de gerechtelijke tenuitvoerlegging daarop en die verdeling neemt mitsdien ingevolge art. 33 Fw een einde door het faillissement.' Voorts zij gewezen op HR 30 juni 1933, *NJ* 1933, p. 1309 waar de deurwaarder gehouden was tot schadevergoeding doordat hij na de faillietverklaring de opbrengst voldeed aan de executant. In gelijke zin voorts Rb. Dordrecht 12 mei 1948, *NJ* 1949/265.

14 Vgl. HR 13 mei 1988, *NJ* 1988/748, alsmede HR 22 april 2005, *NJ* 2006/56 (Reuser q.q./Postbank) waar het fixatiebeginsel in de weg stond aan verrekening.

15 Vgl. Rb. Rotterdam 25 juni 1924, *NJ* 1925, p. 60.