

Noot HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (Ontvanger / De Jong)

1. Kort samengevat komt de casus neer op het volgende. De Ontvanger legt executoriaal beslag op een aantal aan Rodem toebehorende machines die zich op de bodem van DBI bevinden. Nadien verkoopt en levert Rodem de machines bij wege van constitutum possessorium aan Maico. Vervolgens worden achtereenvolgens DBI, Rodem en Maico failliet verklaard. De curator in het faillissement van Maico verkoopt de machines in het openbaar op de voet van art. 176 Fw. De Ontvanger is van oordeel dat de machines ten opzichte van hem niet tot de boedel van Maico zijn gaan behoren en dat hij zich voor de vorderingen waarvoor het beslag is gelegd, buiten de faillissementen van zowel de schuldenaren (DBI en Rodem) als de derdeverkrijger (Maico) om, kan verhalen op de door de curator gerealiseerde netto-opbrengst.
2. Het onderhavige arrest sluit aan bij en borduurt voort op HR 5 september 2008, NJ 2009, 154 (m.nt. A.I.M. van Mierlo) (Forward/Huber). Ook nu oordeelt de Hoge Raad (rov. 3.4) dat een beslag als het onderhavige niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie dat beslag is gelegd en dus ook niet in de weg staat aan overdracht van de beslagen zaak aan een derde. Die overdracht laat evenwel onverlet de bevoegdheid van de beslaglegger zijn door de beslaglegging ingeleide uitoefening van zijn verhaalsrecht voort te zetten; de beslaglegger kan de zaak, die niet meer toebehoort aan de beslagschuldenaar maar aan de derdeverkrijger, uitwinnen en de opbrengst aanwenden tot verhaal van zijn vordering op de beslagschuldenaar. Het beslag heeft derhalve een met 'droit de suite' of zaaksgevolg vergelijkbaar effect (zie in dit verband ook mijn noot onder het Forward-arrest (nr. 7)).
3. Het onderhavige arrest betreft echter een enigszins andere situatie omdat de verkrijger failliet ging. Kan de beslaglegger in een dergelijk geval zijn verhaalsbevoegdheid ten aanzien van de machines nog uitoefenen? De Hoge Raad oordeelt dat de machines in de faillissementsboedel vallen waardoor de beslaglegger op grond van het bepaalde in art. 33 lid 2 Fw de machines niet meer zelf kan uitwinnen (rov. 3.5, eerste volzin). Hij vervolgt dan dat de aan de beslaglegger toekomende verhaalsbevoegdheid weliswaar niet is tenietgegaan maar 'slechts door de curator kan worden uitgeoefend' (tweede volzin). De 'beslaglegger kan, ook al is de gefailleerde niet zijn schuldenaar, in het faillissement opkomen voor zijn vordering uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak' (derde volzin). Nadat de zaak door de curator te gelde is gemaakt, ontvangt de beslaglegger 'het hem toekomende langs de weg van de uitdelingslijst' (vierde volzin).
4. De Hoge Raad scheert in rechtsoverweging 3.5 de beslaglegger/niet-schuldeiser van de gefailleerde met zijn verhaalsrecht op een goed van de gefailleerde in wezen over één kam met de schuldeisers van de gefailleerde. De beslaglegger moet 'in het faillissement opkomen voor zijn vordering'. De Hoge Raad oordeelde eerder in die zin in HR 29 juni 1928, NJ 1928, p. 1577 (m.nt. E.M. Meijers) (Faillissement Hendriks), waarin het in 1992 geschrapte voorrecht van de verhuurder van art. 1185 onder 2^o BW (oud) centraal stond. Dit voorrecht rustte ook op bepaalde in art. 1186 lid 1 BW (oud) omschreven

goederen die zich op de bodem van de huurder bevinden, ongeacht of zij aan de huurder of aan een derde toebehoren. Zie over dit bodemrecht Asser-Mijnssen Zakenrecht III (1986), nr. 34. Het 'in het faillissement opkomen voor zijn vordering' moet aldus worden verstaan dat de beslaglegger zich in het faillissement van de derde ter verificatie moet aanmelden gelijk de schuldeisers van de gefailleerde dat moeten doen op de voet van art. 110 Fw. In termen van art. 26 Fw vordert de beslaglegger met zijn recht tot verhaal op goederen die door het faillissementsbeslag zijn getroffen, hoewel geen schuldeiser van de gefailleerde, 'voldoening eener verbintenis uit den boedel'. De daarvoor door art. 26 Fw aangewezen weg is die van aanmelding van de vordering ter verificatie. Zie in die zin reeds Eggens, WPNR 3086 (1929), p. 98. De aanmelding ter verificatie door de beslaglegger geschiedt naar het oordeel van de Hoge Raad (rov. 3.5, derde volzin) 'uitsluitend om in het faillissement naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak'.

5.

De vraag rijst wat de Hoge Raad in dit geval bedoelt met 'naar de hem toekomende rang'. Deze overweging moet naar mijn mening aldus worden begrepen dat de Hoge Raad met 'rang', gelijk in het hierboven genoemde arrest uit 1928, doelt op de voorrang die de Ontvanger ontleent aan het fiscaal voorrecht op de voet van art. 21 Invorderingswet 1990. In dezelfde zin Rijckenberg in zijn noot in JOR 2009/120. Zie ook Van Swaaij en Oude Kempers, NJB 2009, p. 1022 e.v. en de reactie daarop van Van den Heuvel, NJB 2009, p. 1567 e.v., met een naschrift van eerstgenoemde auteurs. Op deze wijze verstaan wordt de beslaglegger met zijn verhaalsrecht 'ingebod' in de rangorde die geldt tussen de verschillende schuldeisers van de gefailleerde. Dit laatste is, zo dunkt mij, opmerkelijk omdat de beslaglegger juist géén schuldeiser van de gefailleerde is maar aan hem wel een verhaalsbevoegdheid toekomt ten aanzien van een of meer door de derdeverkrijger/latere failliet in weerwil van het beslag verworven goederen.

6.

Inbedding van de beslaglegger in de rangorde die geldt tussen de verschillende schuldeisers van de gefailleerde derdeverkrijger leidt ertoe dat de beslaglegger in een casus waarin hij slechts een concurrente vordering op zijn schuldenaar heeft met lege handen zal komen te staan. Ik betwijfel of deze consequentie nu recht doet aan de fundamentele regel dat een latere vervreemding van het beslagen goed niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen. Juist vanwege het met 'droit de suite' of zaaksgevolg vergelijkbaar effect van een beslag had mijns inziens een andere benadering dan wat ik maar noem 'inbedding in de rangorde der schuldeisers van de gefailleerde' in een geval als aan de Hoge Raad voorgelegd meer voor de hand gelegen. Ter toelichting het volgende. Overdracht van een goed in weerwil van een beslag, zo oordeelt de Hoge Raad, laat de verhaalsbevoegdheid van de beslaglegger onverlet. Dit betekent dat de beslaglegger zijn recht tot verhaal op het beslagen goed kan voortzetten, ondanks het feit dat dit goed geen deel meer uitmaakt van het vermogen van zijn schuldenaar. De derdeverkrijger zal zich de uitoefening van het verhaalsrecht (uitwinning) door de beslaglegger van het in weerwil van het beslag aan hem overgedragen goed moeten laten welgevalen. Voor de schuldeisers van de derdeverkrijger geldt niet anders, omdat zij ten aanzien van het door hun schuldenaar (i.e. de derdeverkrijger) verworven goed niet méér rechten kunnen uitoefenen dan de schuldenaar zelf heeft. Eerst nadat de vordering waarvoor het beslag is gelegd volledig is voldaan, kunnen de schuldeisers hun verhaalsrechten op het goed dan wel de restant-executieopbrengst doen gelden. Het laten welgevalen van de

verhaalsrechtuitoefening geldt evenzeer indien de derdeverkrijger failliet wordt verklaard, met dien verstande dat in dat geval de verhaalsbevoegdheid nog slechts door de curator kan worden uitgeoefend. In zijn arrest uit 1928 oordeelde de Hoge Raad dat de curator de boedel van de gefailleerde slechts liquideert ten behoeve van diens schuldeisers, maar 'dat hij dit doen moet met inachtneming van de rechten van derden'. Voor de hand ligt om bedoelde 'inachtneming' aldus te verstaan dat de curator uit de netto executieopbrengst eerst de vordering voldoet waarvoor de beslaglegger ten laste van zijn schuldenaar beslag had gelegd op het geëxecuteerde goed. Een eventueel restant van die opbrengst valt in de boedel, ter verdeling onder de schuldeisers. Op deze wijze geniet de oorspronkelijke beslaglegger een feitelijke voorrang die mijns inziens meer recht doet aan de fundamentele regel van de blokkerende werking van een beslag dan de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest gekozen benadering. Zie in dit verband ook Biemans, Tvl 2009, p. 78 e.v., in het bijzonder p. 87 e.v. en Van den Heuvel, WPNR 6808 (2009) p. 668 e.v. Staat de hoegrootheid van de vordering van de beslaglegger nog niet vast, zoals in geval van een conservatoir beslag, dan moet die vordering worden vastgesteld in een procedure tussen beslaglegger en beslagschuldenaar. Dit geldt evenzeer indien, gelijk in het onderhavige geval, laatstgenoemde failliet is. In dat geval gaat het om een procedure die buiten bezwaar van de boedel en buiten het faillissement om wordt gevoerd. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 24 maart 2009, JOR 2009, 153.

7.

Niet valt uit te sluiten dat een beslaglegger, die wordt geconfronteerd met een vervreemding van het door hem beslagen goed en een daarop volgend faillissement van de derdeverkrijger, de vervreemding met een beroep op de Actio Pauliana (art. 3:45 e.v. BW) met succes kan vernietigen. In dat geval is de derdeverkrijger ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de beslaglegger, rechthebbende van het in weerwil van het beslag verworven goed. De beslaglegger kan vervolgens op dit goed buiten het faillissement van de derdeverkrijger om verhaal zoeken en zich uit de opbrengst voldoen. In de onder 6. uiteengezette opvatting dat de beslaglegger in het faillissement van de derdeverkrijger feitelijke voorrang geniet, is de uitkomst voor de beslaglegger niet anders. Is de beslagschuldenaar zoals hier daarentegen ook failliet verklaard, dan kan de curator de Pauliana invoeren ten behoeve van de boedel (art. 42 e.v. Fw) en geldt voor de beslaglegger dat hij voor zijn vordering kan opkomen in het faillissement van zijn schuldenaar. Zie over Actio Pauliana en relatieve eigendom Damsteegt-Molier, Relativering van eigendom (diss. EUR 2009), p. 67 e.v.

8.

De levering van de machines door Rodem aan Maico geschiedde door middel van een levering bij wege van constitutum possessorium. In art. 3:90 lid 2 BW wordt bepaald dat een dergelijke levering niet werkt 'tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft'. De levering bij wege van constitutum possessorium wordt gerelativeerd; zij is weliswaar geldig, maar kan niet tegen de ouder gerechtigde worden ingeroepen. Zie nader Damsteegt-Molier, Relativering van eigendom (diss. EUR 2009), p.7 e.v. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder 'ouder recht op de zaak' ook een voorrecht op de zaak is te begrijpen (zie MvA II Inv., Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 219; NvW 2 Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1236). In rov. 3.6 oordeelt de Hoge Raad dat het algemene voorrecht van de Ontvanger niet is aan te merken als een 'ouder recht' als in art. 3:90 lid 2 BW bedoeld. Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen een algemeen voorrecht en een voorrecht op een bepaalde zaak. Daarmee is mijns inziens

niet gezegd dat een algemeen voorrecht nimmer als 'ouder recht' valt aan te merken. In de gevallen waarin de later bij wege van constitutum possessorium geleverde zaak door de schuldenaar is verkregen dankzij de prestatie van een schuldeiser aan wie een algemeen voorrecht toekomt, ligt voor de hand om aan te nemen dat die algemeen bevoorrechte schuldeiser wel een ouder recht als bedoeld in art. 3:90 lid 2 BW toekomt. Zie in dat verband HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (m.nt. Kleijn), AA XXIV, p. 619 (m.nt. Van der Grinten) (Van Gend & Loos) ten aanzien van het algemene voorrecht van de douane-expediteur van thans art. 1:12 Algemene douanewet. De Hoge Raad construeerde daar het aan art. 58 Algemene wet inzake douane en accijnzen ontleende algemeen voorrecht van de douane-expediteur als een voorrecht op een bepaalde zaak omdat de zaak in kwestie zonder het handelen van deze douane-expediteur niet door de opdrachtgever zou zijn verkregen. Aldus valt niet uit te sluiten dat in een bijzonder geval een algemeen voorrecht moet worden beschouwd als een voorrecht op een bepaalde zaak dat in zodanig geval als ouder recht in de zin van art. 3:90 lid 2 BW kan worden tegengeworpen aan degene aan wie de zaak weliswaar is geleverd maar in handen van de vervreemder is gebleven. Zie nader Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I (2006), nr. 266a en 266b.

A.I.M. van Mierlo