

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***De positie van de executieop-
brengst in faillissement***

*HR 29 april 2011, LJN BP4948, NJ 2011, 273
(Ontvanger/Eijking q.q.)*

*M.L. Tuil**

*Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht 2011, p. 262-267*

* Postdoc Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Abstract

In het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de executieopbrengst die vóór het faillissement is verwezenlijkt niet in de faillissementsboedel valt. Volgens de Hoge Raad valt uitsluitend de restantexecutieopbrengst in het faillissement.

Keywords

Executie, pauliana, beslag, executieopbrengst, restantexecutieopbrengst, faillissement

De originele paginanummering wordt in deze tekst aangegeven door deze tussen [] te plaatsen.

[262]

1. Inleiding

Een faillissement wordt vaak voorafgegaan door executiemaatregelen die worden ingezet door individuele schuldeisers. Als de executieopbrengst van deze executiemaatregelen nog niet verdeeld is bij het intreden van het faillissement, dan is het de vraag of deze executieopbrengst deel uitmaakt van de faillissementsboedel of niet. Deze vraag is door de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.*¹ beslecht. De Hoge Raad oordeelt dat deze executieopbrengst geen deel uitmaakt van de faillissementboedel. Volgens de Hoge Raad valt alleen het deel van de executieopbrengst dat na verdeling daarvan overschiet voor de geëxecuteerde in de faillissementsboedel.

In deze bijdrage behandel ik deze uitspraak van de Hoge Raad. Daarbij ga ik eerst in op de aan het arrest ten grondslag liggende casus (2). Vervolgens maak ik enkele inleidende opmerkingen over de verdeling van de executieopbrengst (3), om daarna aan het oordeel van de Hoge Raad toe te komen (4). In dit arrest valt op dat de A-G tot een ander oordeel was gekomen dan de Hoge Raad. De A-G kiest namelijk voor een geheel andere benaderingswijze van de casus. Ik behandel deze benaderingswijze en leg uit waarom ik van mening ben dat ook via deze benaderingswijze tot hetzelfde oordeel als dat van de Hoge Raad moet worden gekomen (5). Tot slot onderzoek ik de vraag wat het arrest leert voor vergelijkbare gevallen (6) en maak ik enkele opmerkingen van praktische aard (7). Ik sluit af met een slotbeschouwing (8).

2. Casus

De aan het arrest ten grondslag liggende casus is de volgende. De Ontvanger heeft op 21 september 2004 en op 11 mei 2006 executoriaal beslag gelegd op een aan X toebehorende onroerende zaak. Naast de Ontvanger heeft ook een aantal andere schuldeisers van X op de onroerende zaak beslag gelegd. Vervolgens is op 16 augustus 2006 de onroerende zaak op verzoek van de eerste hypotheekhouder, ING Bank, onderhands verkocht voor € 325.000. De onroerende zaak is diezelfde dag aan de koper geleverd.

¹ HR 29 april 2011, *LJN* BP4948, *NJ* 2011, 372, m.nt. A.I.M. Van Mierlo (*Ontvanger/Eijking q.q.*). Het arrest is ook besproken door J.J. van Hees in *JOR* 2011, 208.

Na voldoening van de eerste hypotheekhouder en na aftrek van de executiekosten is de restantexecutieopbrengst gestort op de kwaliteitsrekening van de notaris. Op 19 september 2006 is X failliet verklaard met benoeming van mr. Eijking (hierna: 'de curator') tot curator. De Ontvanger heeft vervolgens op de voet van art. 57 lid 4 Fw een rangregeling verzocht. Deze procedure heeft geleid tot een proces-verbaal van verdeling (art. 485 Rv jo. 552 lid 4 Rv). Na tegenspraak heeft de rechter-commissaris partijen naar de renvooiprocedure verwezen (art. 486 Rv jo. 552 lid 4 Rv). In deze renvooiprocedure moest de rechtbank de vraag beantwoorden hoe de restantexecutieopbrengst moet worden verdeeld; valt deze in de faillissementboedel, of komt deze toe aan de beslagleggers en valt uitsluitend een na voldoening van deze beslagleggers nog bestaande restantexecutieopbrengst in de boedel? De rechtbank heeft geoordeeld dat de restantexecutieopbrengst in de boedel valt.² Tegen dit oordeel heeft de Ontvanger cassatie ingesteld.

3. Enige opmerkingen vooraf: De verdeling van de executieopbrengst

In dit arrest speelt de verdeling van de executieopbrengst een belangrijke rol. Deze verdeling is voor de executieopbrengst van het executoriaal beslag op roerende zaken geregeld in art. 480 e.v. Rv. Voor de verdeling van de executieopbrengst van het executoriaal beslag op onroerende zaken en van de executie op grond van een hypotheek kent de wet afzonderlijke regelingen in respectievelijk art. 551 e.v. Rv en 3:270 BW. In deze bijzondere regelingen wordt door schakelbepalingen teruggevallen op art. 480 e.v. Rv.

Kort gezegd verloopt de verdeling van de executieopbrengst als volgt. Door de betaling van de executieopbrengst door de executiekoper wordt de bruto-executieopbrengst gerealiseerd. Van deze bruto-executieopbrengst worden vervolgens de executiekosten voldaan, zodat de netto-executieopbrengst (verder: 'de executieopbrengst') overblijft (art. 480 lid 1, 551 lid 1 Rv, of art. 3:270 lid 1 BW). Op dat moment bestaan er twee mogelijkheden. Ten eerste de mogelijkheid dat de executie [263] ongecompliceerd verloopt omdat de executant de enige is die een recht op de executieopbrengst kan doen gelden. In dat geval keert de deurwaarder (bij de executie van roerende zaken) of de notaris (bij executie van onroerende zaken) de executant het beloop van zijn vordering uit (art. 480 lid 1, 551 lid 1 Rv, of 3:270 lid 2 BW). De geëxecuteerde ontvangt vervolgens de restantexecutieopbrengst (art. 480 lid 1, 551 lid 1 Rv, of 3:270 lid 2 BW).

Het is echter ook mogelijk dat de executie wordt gecompliceerd doordat naast de executant één of meer andere personen aanspraak maken op de executieopbrengst. In dit verband noemt art. 3:270 lid 2 BW onder meer de beslagleggers op de onroerende zaak en de beslagleggers op de koopsom, alsmede hypotheekhouders en beperkt gerechtigden wier recht door executie vervalt (vgl. art. 551 Rv of art. 480 Rv). Voor de genoemde beslagleggers is het van belang om op te merken dat hieronder zowel conservatoir beslagleggers als executoriaal beslagleggers worden begrepen.³ Als verschillende belanghebbenden een recht op de koopsom pretenderen, dan kan de deurwaarder of de notaris slechts 'hun' deel van de executieopbrengst aan ieder van hen doen toekomen indien tussen hen overeenstemming is bereikt over de verdeling van de executieopbrengst (art.

² Rb. Amsterdam 29 april 2009, *LJN* BI3446.

³ Wat betreft de conservatoir beslaglegger mag dit op het eerste gezicht merkwaardig lijken, omdat deze nog niet beschikt over een executoriale titel. Bedacht moet echter worden dat het bevelschrift van de rechter-commissaris tot uitbetaling van de executieopbrengst in executoriale vorm wordt opgemaakt (art. 485 lid 2 Rv) en dat ook de schuldeiser de bevoegdheid heeft om het recht van de conservatoir beslaglegger te betwisten.

480 lid 2, 551 lid 3 of art. 3:270 lid 4 BW). Zijn zij daar niet in geslaagd, dan stort de deurwaarder of de notaris de koopsom bij een bewaarder (art. 480 lid 2, 551 lid 3 Rv, of art. 3:270 lid 3 BW).

Komen de belanghebbenden bij de executieopbrengst ná de storting tot overeenstemming over de verdeling daarvan, en doen zij deze overeenstemming door een authentieke akte blijken, dan keert de bewaarder aan ieder van hen uit hetgeen hem blijkens de authentieke akte toekomt (art. 481 lid 1, 551a lid 2 Rv of art. 3:271 lid 2 BW). Komt het niet tot overeenstemming, dan is iedere belanghebbende bij de executieopbrengst bevoegd om een rangregeling te verzoeken (art. 481 lid 1, 551a lid 1, of art. 3:271 lid 1 BW of art. 551a Rv). In dat geval wordt een rechter-commissaris benoemd voor wie de verdeling plaatsvindt (art. 481 lid 1, 552 lid 1 Rv of art. 3:270 lid 1 Bw jo. art. 552 lid 1 Rv) en worden alle belanghebbenden opgeroepen om hun vordering in te dienen (art. 482 Rv). Op basis van deze vorderingen maakt de rechter-commissaris een staat van verdeling op. Dient geen van de belanghebbenden tegen deze staat tegenspraak in, dan gelast de rechter-commissaris in het proces-verbaal van verdeling de bewaarder om de executieopbrengst overeenkomstig het proces-verbaal uit te keren (art. 485 Rv). In geval van tegenspraak verwijst de rechter-commissaris de partijen naar de rechtbank voor de renvooprocedure (art. 486 lid 1 Rv). Deze procedure wordt gevoerd tussen de schuldeiser wiens vordering (of de rang daarvan) is tegengesproken en de belanghebbende die tegenspraak doet (vgl. art. 486 lid 4 Rv). Nadat in de renvooprocedure is beslist, legt de meest gereede partij de uitspraak aan de rechter-commissaris over, waarna deze het proces-verbaal afgeeft en uitkering volgt (art. 489 Rv).

In onderhavige zaak deed zich bij dit alles nog een complicatie voor. Art. 3:270 lid 3 BW kent namelijk de mogelijkheid dat de eerste hypotheekhouder onder bepaalde voorwaarden uit de executieopbrengst wordt voldaan, zonder dat hij afhankelijk is van het al dan niet bestaan van overeenstemming over de verdeling tussen andere belanghebbenden bij de executieopbrengst. In dat geval wordt de eerste hypotheekhouder betaald, waarna de verdeling van de restantexecutieopbrengst aan de overige belanghebbenden wordt voldaan. Dit heeft zich in deze casus voorgedaan. Dit betekent dat er twee restantexecutieopbrengsten zijn, te weten het restant dat overschiet na betaling van de eerste hypotheekhouder en het restant dat vervolgens overblijft voor de geëxecuteerde.

Om verwarring te voorkomen zal ik hierna de casus behandelen alsof er geen hypotheekhouder was en de executie door de eerste beslaglegger is uitgevoerd. Dit betekent dat ik het hierboven eerstgenoemde restant zal aanduiden als de executieopbrengst en het daarna genoemde restant zal aanduiden als 'de restantexecutieopbrengst'. Ik meen dat deze vereenvoudiging gerechtvaardigd is, nu de positie van de hypotheekhouder als executant niet wezenlijk verschilt met de positie van een beslaglegger als executant. Het belangrijkste verschil is de hierboven reeds genoemde mogelijkheid van directe voldoening van de eerste hypotheekhouder en de in verband daarmee bestaande bevoegdheid van de eerste hypotheekhouder om de executie van de beslaglegger over te nemen (art. 509 Rv). Alles wat ik hierna zeg over de beslaglegger als executant geldt *mutatis mutandis* ook voor de hypotheekhouder, tenzij ik anders aangeef.

4. Het oordeel van de Hoge Raad

In cassatie moet de Hoge Raad de rechtsvraag beantwoorden die ook al bij de rechtbank voorlag: valt de nog niet verdeelde executieopbrengst in de boedel, of komt deze

toe aan de executant en de overige belanghebbenden bij de rangregeling? De Hoge Raad komt tot het oordeel dat het laatste het geval is.

De Hoge Raad begint met de vaststelling dat de executie van een aan de beslagschuldenaar toebehorende onroerende zaak is voltooid zodra de zaak aan de executiekoper is geleverd.⁴ De Hoge Raad verwijst bij deze overweging naar het arrest *Ontvanger/mr. Brink q.q.*⁵ In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat executie een vorm van overdracht is. Het gevolg hiervan is dat het geëxecuteerde goed, in casu een motorjacht, het vermogen van de geëxecuteerde niet eerder verlaat dan nadat de levering heeft plaatsgevonden. Gaat de geëxecuteerde vóór **[264]** dat moment failliet, dan heeft het faillissement tot gevolg dat de als gevolg van de executie voorziene levering niet meer geldig kan plaatsvinden (vgl. art. 23 en 35 Fw) en dat de executie op grond van art. 33 Fw eindigt. Toegepast op de casus van het onderhavige arrest betekent dit dat de onroerende zaak als gevolg van de executie het vermogen van de geëxecuteerde vóór het faillissement heeft verlaten. De onroerende zaak maakt dan ook geen deel meer uit van de faillissementsboedel.

De Hoge Raad overweegt vervolgens in r.o. 3.4.1:

“Hoewel daarmee nog niet noodzakelijkerwijze is gegeven dat (ook) de executie-opbrengst, zolang deze nog niet daadwerkelijk aan de beslaglegger(s) ten goede is gekomen, buiten het vermogen van de geëxecuteerde valt, ligt het wel in het verlengde van genoemd arrest om zulks aan te nemen, en strookt zulks ook met het doel van de executie. De executie strekt er immers toe om door middel van gedwongen verkoop en levering van de geëxecuteerde zaak, waardoor de daarop rustende beslagen vervallen en de zaak uit het vermogen van de schuldenaar verdwijnt, de opbrengst van de executie (de koopsom) veilig te stellen ten behoeve van de beslaglegger(s) en andere in de wet genoemde rechthebbenden.”

Voor dit oordeel geeft de Hoge Raad een drietal argumenten, te weten de rol van de notaris bij de executieverkoop van een onroerende zaak, het feit dat de notaris de executieopbrengst op een kwaliteitsrekening stort en het systeem van het executierecht.

Over de rol van de notaris bij de executie overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 dat

“de koopsom door de executiekoper niet wordt betaald aan de geëxecuteerde, maar — bij executie van een onroerende zaak, zoals hier het geval is — ‘in handen van de notaris’ (art. 524 Rv), die de koopsom ontvangt als lasthebber van de executant en mede ten behoeve van de eventuele andere rechthebbenden op die opbrengst.”

In feite is met deze overweging het pleit beslecht. Immers, de executant maakt door te executeren gebruik van een eigen recht⁶ en verkoopt de aan de geëxecuteerde toebe-

⁴ R.o. 3.4.1.

⁵ HR 25 januari 2008, *LJN BB8653*, NJ 2008, 66 (*Ontvanger/mr. Brink q.q.*).

⁶ Vgl. voor het geval dat de hypotheekhouder executeert Asser/A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten 2010 3-VI*, nr. 390 en de daar genoemde literatuur. Zie voor de positie van de beslaglegger F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23 e.v.

horende onroerende zaak in eigen naam (en als lasthebber van de overige belanghebbers) aan de executiekoper. Dat de opbrengst van een dergelijke verkoop niet tot het vermogen van de geëxecuteerde behoort, mag geen verbazing wekken. Iets dergelijks doet zich voor indien de één een aan een ander toebehorende zaak in eigen naam verkoopt. Ook dan komt de koopprijs toe aan de verkoper en niet aan de eigenaar van de zaak.⁷

In rechtsoverweging 3.4.2 memoreert de Hoge Raad dat de notaris, wanneer geen overeenstemming bestaat over de verdeling van de executieopbrengst, de executieopbrengst stort

“ten behoeve van de rechthebbenden bij een bewaarder als bedoeld in art. 445 Rv (art. 551 Rv in verbinding met art. 3:270 BW). Daarbij dient de notaris gebruik te maken van een algemene of bijzondere kwaliteitsrekening op zijn naam (vgl. art. 25 Wet op het notarisambt).”

De Hoge Raad overweegt vervolgens nog voor de goede orde dat door de storting van de executieopbrengst op de kwaliteitsrekening van de notaris de gerechtigdheid ten aanzien van deze opbrengst niet verandert. De executant en de overige belanghebbers bij de executie waren rechthebbende en blijven dat. In r.o. 3.4.2 overweegt de Hoge Raad dat dit volgt uit het arrest *Koren/Tekstra*.⁸ De Hoge Raad parafraseert zijn eigen oordeel in dat arrest met de overweging dat uit art. 25 Wet op het notarisambt volgt dat

“de notaris als lasthebber van de gerechtigden tegenover de kredietinstelling bij uitsluiting bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening, dat rechthebbenden op het saldo van die rekening degenen zijn ten behoeve van wie gelden op die rekening zijn bijgeschreven, onder de voorwaarden die in hun onderlinge verhouding nader gelden, en dat tussen deze rechthebbenden met betrekking tot die gelden een gemeenschap bestaat als bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. De gezamenlijke rechthebbenden hebben als deelgenoten bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling. 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.”

Dit brengt de Hoge Raad tot de conclusie dat de op de kwaliteitsrekening gestorte executieopbrengst

“niet tot het vermogen van de geëxecuteerde [behoort], maar tot dat van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven, ieder voor zover het diens aandeel in de gemeenschap betreft. Ieder van de deelgenoten heeft bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van zijn aandeel in de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling, onder de opschortende voorwaarde dat zijn aandeel rechs tens komt vast te staan. De geëxecuteerde heeft slechts een aandeel in de restantexecutieopbrengst onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling onder de beslagleggers en andere rechthebbenden (zoals degenen wier be-

⁷ Zie echter art. 7:420 BW dat in dergelijke gevallen voor de achterman soelaas kan bieden.

⁸ HR 12 januari 2001, *LJN AA9441*, *NJ* 2002, 371, m.nt. H.J. Snijders (*Koren/Tekstra*).

perkt recht op de geëxecuteerde zaak is vervallen) nog een overschot (surplus) resteert. Mocht de geëxecuteerde na voltooiing van de executie, maar voordat de restantexecutieopbrengst is verdeeld, failliet verklaard worden, dan valt derhalve (slechts) zijn daarmee corresponderend voorwaardelijk recht op toedeling van het surplus in de boedel.”

Deze uitkomst sluit volgens Hoge Raad aan bij het systeem van het beslagrecht,

“volgens hetwelk niet alleen op het te executeren goed maar ook op de opbrengst van de executie beslag kan worden gelegd, waarbij in laatstgenoemd geval het beslag slechts het na verdeling tussen executant, beperkt gerechtigden en overige beslagleggers eventueel resterende surplus kan treffen (vgl. HR 12 juni 2009, LJN BH3096, NJ 2010/663 (Heembouw/Fortis) en Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 197).”

Aldus geeft de Hoge Raad een heldere regel: goederen die op het moment van faillissement nog deel uitmaken van de boedel vallen (uiteraard) in het faillissement en hun opbrengst komt toe aan de gezamenlijke schuldeisers. Goederen die vóór het faillissement het vermogen van de failliet als gevolg van executie verlaten hebben, maken (uiteraard) geen deel uit van de faillissementsboedel en ook hun opbrengst komt niet toe aan de gezamenlijke schuldeisers, maar enkel aan de executant en de overige beslagleggers.

5. Een andere benadering van de problematiek

De benaderingswijze van de Hoge Raad en zijn beslissing sluiten aan bij wat in het algemeen in de literatuur en rechtspraak werd geleerd.⁹ In zijn conclusie pleit A-G Huydecoper echter voor een heel andere benadering dan de uiteindelijk door de Hoge Raad gekozen technisch-juridische benadering. Huydecoper signaleert dat de technisch-juridische benadering op gespannen voet staat met de beginsel van de paritas creditorum van art. 3:277 lid 1 BW. Dit beginsel wordt in verband met de executie weleens weergegeven met het adagium ‘beslag scheidt geen voorrang’. In zijn conclusie merkt Huydecoper op dat een technisch-juridische benadering ertoe leidt dat beslag wél voorrang scheidt, niet alleen voor de schuldeiser die executoriaal beslag heeft gelegd, maar zelfs voor de schuldeiser die conservatoir beslag heeft gelegd.

De vraag die A-G Huydecoper de Hoge Raad voorhoudt, is de vraag waarin de voorrangspositie van de (conservatoir) beslaglegger zijn rechtvaardiging vindt. Hij wijst erop dat de regel dat de beslaglegger op een goed voorgaat op de beslaglegger op de executieopbrengst van dat goed, niet lijkt te zijn ingegeven door een technisch-juridisch gedachtegang. In plaats daarvan lijkt deze regel eerder gebaseerd op het beginsel dat de executie moet worden gestaakt zodra de opbrengst van de te executeren goederen voldoende is om de schulden te betalen (vgl. art. 470 lid 1 Rv).¹⁰ Bovendien merkt de A-G op dat deze voorrangregel ertoe leidt dat ‘brutalen de halve wereld hebben’ en dat hierdoor het gebruik van het conservatoir wordt aangejaagd.¹¹

Persoonlijk juich ik de door de A-G gekozen benadering van dit vraagstuk toe. In het goederenrecht is (noodzakelijkerwijze) een technisch-juridische benadering dominant.

⁹ Vgl. de in voetnoot 20 van de conclusie van A-G Huydecoper genoemde literatuur en rechtspraak.

¹⁰ Conclusie A-G Huydecoper nr. 20.

¹¹ Conclusie A-G Huydecoper nr. 18.

Een dergelijke benadering leidt er al snel toe dat het zicht op de werkelijkheid en de in het geding zijnde beginselen verloren gaat. Het is daarom van belang dat een goederenrechtelijk probleem ook vanuit de in het geding zijnde beginselen wordt geanalyseerd. In deze zaak is het hierboven genoemde beginsel dat de executie niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om de schulden waarvoor wordt geëxecuteerd te voldoen. Daarnaast is het door de A-G in stelling gebrachte beginsel van de paritas aan de orde. Anders dan de A-G ben ik van mening dat beide beginselen niet tot de conclusie dwingen dat de executieopbrengst tot de faillissementboedel zou moeten behoren.

Ten eerste vind ik steun in het – hierboven genoemde – beginsel dat de executie niet verder mag gaan dan dat noodzakelijk is om de schulden waarvoor beslag wordt gelegd te voldoen. In de opvatting van de A-G zou de executant pas bij de verdeling van de executieopbrengst weten of de executieopbrengst voldoende is om zijn vordering te voldoen. Immers, in de opvatting van de A-G loopt de executant tot de verdeling het risico dat de geëxecuteerde faillieert, waarna de executieopbrengst niet toekomt aan de executant en de overige belanghebbenden bij de rangregeling, maar aan de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement.¹² De executant kan zich tegen deze onzekerheid niet wapenen door het executeren van andere vermogensbestanddelen van de geëxecuteerde, nu de executie juist behoort te worden gestaakt als de opbrengst groot genoeg is om de schulden waarvoor wordt geëxecuteerd te voldoen (art. 470 lid 1 Rv).

Een belangrijker argument dat pleit voor de 'voorrang' van de beslaglegger is wat mij betreft de gedachte dat betaling die door executie wordt verkregen, gelijk moet worden gesteld aan vrijwillige betaling (vgl. 3:297 BW). Volgt men deze gedachtegang, dan kan aan het leerstuk van de pauliana worden getoetst of de voorrang voor de schuldeiser die zijn vordering door executie voldaan ziet worden een rechtens relevante aantasting van de paritas is. De conclusie moet dan zijn, dat de schuldeiser die vóór faillissement voor een opeisbare schuld **[266]** executeert, net zo min de paritas aantast als de schuldeiser die vóór faillissement een opeisbare vordering betaald ziet worden (vgl. art. 47 Fw). Dit betekent dat de schuldeiser gerechtigd is het ontvangene te behouden, ongeacht of de verdeling vóór of ná faillissement is voltooid en ongeacht of sprake was van een executoriaal of een conservatoir beslag.

De hierboven door mij bepleite gelijkstelling van de executie met de vrijwillige betaling, moet mijns inziens ook betekenen dat de executie onder dezelfde voorwaarden als de vrijwillige betaling als paulianus kan worden aangemerkt. Het belangrijkste geval daarvan is de executie die door de executant wordt voortgezet nadat deze ervan op de hoogte is dat het faillissement van de geëxecuteerde is aangevraagd (vgl. art. 47 Fw). Dit geldt vermoedelijk niet voor de executie die in gang wordt gezet door de hypotheekhouder, ook al is deze op de hoogte van de faillissementsaanvraag. De hypotheekhouder kan immers zelfs ná faillissement executeren (art. 57 Fw). Een ander voorbeeld van 'paulianeuze executie' betreft het geval waarin een conservatoir beslag is gelegd voor een niet-opeisbare vordering.¹³ In dat geval deelt de conservatoir beslaglegger mee in

¹² Vgl. Van Hees in zijn noot onder het arrest in *JOR* 2011, 208 onder nr. 7.

¹³ In de literatuur is men algemeen van mening dat een dergelijk beslag mogelijk is; zie M. Ynzonides, 'Algemene regels betreffende conservatoire en executoriale beslagen', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, par. 2.7, L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, nr. 402, 403, F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel*

de executieopbrengst, aangezien art. 483c Rv bepaalt dat niet-opeisbare vorderingen in de rangregeling worden begrepen voor hun waarde ten tijde van het opmaken van de staat van verdeling. Dit komt neer op de betaling van een niet-opeisbare schuld (vgl. art. 42 Fw).

In dergelijke gevallen van paulianeuze executie brengt de tussen de schuldeisers geldende zorgvuldigheidnorm mee dat deze executie behoort te worden gestaakt indien betaling aan de executant op het tijdstip van de verkoop paulianeus zou zijn. Is betaling aan de executant niet paulianeus, bijvoorbeeld omdat de executie door de hypotheekhouder wordt uitgevoerd, dan dienen de overige belanghebbenden bij de executieopbrengst zich te onthouden van het ontvangen van uitkering uit deze opbrengst indien betaling aan hen op het tijdstip van de executieverkoop paulianeus zou zijn.¹⁴ Houden de executant en de overige belanghebbenden zich niet aan deze norm, dan is het denkbaar dat vóór het faillissement naleving door een andere schuldeiser met een kort geding of in de rangregeling wordt afgedwongen. In de meeste gevallen ligt optreden ná faillissement door de curator meer voor de hand. Hij kan hetgeen paulianeus is ontvangen terugvorderen. Indien nog geen rangregeling tot stand is gekomen, dan kan hij daarin optreden. Is een vrijwillige rangregeling tot stand gekomen, dan kan de curator de verdelingsovereenkomst vernietigen. Is de rangregeling gerechtelijk tot stand gekomen dan lijkt vernietiging op grond van de pauliana op gespannen voet te staan met het beginsel van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.¹⁵ In dat geval lijkt een actie gebaseerd op onrechtmatige daad meer voor de hand te liggen.¹⁶

Een en ander heeft mijns inziens ook gevolgen voor het optreden van de deurwaarder en de notaris in het kader van executie. Hierboven heb ik onder 3 beschreven dat bij overeenstemming tussen de executant en de overige belanghebbende bij de executieopbrengst de deurwaarder en de notaris de executieopbrengst uitkeren overeenkomstig de verdelingsovereenkomst. Mijns inziens dienen zij echter hun medewerking aan uitkering weigeren indien zij vermoeden dat uitkering aan één of meer belanghebbenden bij de executieopbrengst paulianeus zou zijn, bijvoorbeeld omdat zij weten dat vóór de executieverkoop het faillissement is aangevraagd. In dat geval dienen zij uitkering te weigeren totdat ofwel de faillissementsaanvraag definitief is afgewezen ofwel de curator, die dan belanghebbende bij de executieopbrengst is geworden met de verdeling daarvan instemt. Voor de notaris is voor deze opvatting een aanknopingspunt in de wet te vinden. Art. 3:270 lid 4 BW bepaalt dat de notaris uitkering aan de eerste hypotheekhouder kan weigeren indien hij twijfelt aan de juistheid van door deze hypotheekhouder verstrekte gegevens.

beslagrecht, Deventer: Kluwer 2009, par. 1.10 en A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 115. Vgl. ook HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 473.

¹⁴ Op deze wijze wordt het door de A-G in voetnoot 19 gesignaleerde bezwaar ondervangen dat iedere week uitstel in de behandeling van de faillissementsaanvraag ertoe kan leiden dat de boedel verder wordt uitgehold.

¹⁵ Zie laatstelijk HR 26 maart 2010, *LJN* BK9154, *NJ* 2010, 526, m.nt. T.M. de Boer (*Azeta/Chil*).

¹⁶ Zie over de samenloop tussen deze vorderingen F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998.

6. Enkele vergelijkbare gevallen

6.1 Beslag op roerende zaken

Gezien de manier waarop de Hoge Raad zijn arrest motiveert ligt het in de rede dat het arrest ook van toepassing is op het beslag op roerende zaken.¹⁷ Dit betekent dat ook de vóór het faillissement gerealiseerde executieopbrengst van een roerende zaak buiten de faillissementsboedel valt. Bij de executie van roerende zaken kan zich echter wel een extra complicatie voordoen. Art. 469 lid 2 Rv geeft namelijk de deurwaarder de bevoegdheid, maar niet de verplichting om bij de executorialie verkoop van roerende zaken contante betaling te verlangen. Het is dus denkbaar dat een geëxecuteerde roerende zaak op het moment van faillissement al wél aan de executiekoper is geleverd, maar dat de deurwaarder nog niet is betaald. De vraag doet zich dan voor of de vordering tot betaling op de executiekoper in het faillissement valt of niet. Gezien de overwegingen van de Hoge Raad zou ik menen dat ook deze vordering buiten het faillissement valt. Immers, omdat de executant krachtens 'eigen recht' de roerende zaken door de deurwaarder laat verkopen is de executiekoper de vordering tot betaling van de koopprijs schuldig aan de deurwaarder die hierbij optreedt als lasthebber van de executant en de overige belang[267]hebbenden. De vordering valt dus buiten het vermogen van de failliet.

6.2 Beslag op vorderingen

Bij het beslag op vorderingen is doorgaans geen sprake van een executieopbrengst. Deze vorderingen worden immers niet executorial verkocht. In plaats daarvan worden de vorderingen aan de deurwaarder voldaan (art. 477 Rv). Het arrest roept de vraag op wanneer deze vorderingen of althans het daarop geïnde buiten de boedel vallen. Het lijkt aannemelijk dat dit het moment van betaling is. Op dat moment gaat de vordering immers teniet en maakt deze geen deel meer uit van het vermogen van de geëxecuteerde.¹⁸ Geschiedt de betaling giraal, dan is de betaling voltooid op het moment dat de rekening van de deurwaarder is gecrediteerd (vgl. art. 6:114 lid 2 BW).

7. Enkele praktische opmerkingen

De uitspraak roept de vraag op hoe de schuldeiser die merkt dat ten laste van zijn schuldenaar executiemaatregelen worden getroffen, moet handelen. Globaal gezien staan voor hem drie mogelijkheden open, te weten het aanvragen van het faillissement van zijn schuldenaar, het legen van medebeslag en het leggen van beslag 'op de executieopbrengst'.

Voor de schuldeiser is het aanvragen van het faillissement van zijn schuldenaar de eenvoudigste weg. Uit het onderhavige arrest volgt dat dit faillissement dan vóór de levering van het te executeren goed moet intreden, zij het dat in het geval van paulianeuze executie de gevolgen van de executie door de curator (deels) ongedaan kunnen worden gemaakt. Dit betekent dat indien een schuldeiser voorziet dat de faillissementsaanvraag niet vóór de executieverkoop en de daaropvolgende levering kan worden toegewezen, hij ervoor kan kiezen om ervoor te zorgen dat de executant (en eventuele medebeslagleggers) op de hoogte raken van de faillissementsaanvraag.

¹⁷ Zo ook Van Mierlo in zijn NJ-noot onder het arrest onder nr. 5.

¹⁸ Vgl. Van Mierlo in zijn NJ-noot onder het arrest onder nr. 5.

Een tweede mogelijkheid is om beslag te leggen 'op de executieopbrengst'. Ingevolge art. 490 Rv kan dit beslag worden gelegd tot het moment van de sluiting van het proces-verbaal in de verdelingsprocedure. Het gevolg van een dergelijk beslag is echter, zoals de Hoge Raad ook zelf overweegt, dat de beslaglegger zich slechts kan verhalen op de restantexecutieopbrengst, ongeacht of hij een hogere of een lagere rang heeft dan de beslaglegger op het goed.

De laatste mogelijkheid die de schuldeiser heeft, is het leggen van medebeslag op het te executeren goed. Dit beslag kan ingevolge art. 457 Rv bij roerende zaken worden gelegd 'tot het tijdstip van de verkoop'. Bij onroerende zaken zwijgt de wet over het moment waarop nog medebeslag kan worden gelegd. Verdedigbaar lijkt dat art. 457 Rv analoog moet worden toegepast.¹⁹ Het gevolg van een dergelijk beslag is dat de beslaglegger naar zijn rang meedeelt.

De schuldeiser kan bij het leggen van beslag echter wel op een praktisch probleem stuiten. Om executoriaal beslag te leggen, heeft hij een executoriale titel nodig (art. 430 Rv). Voor conservatoir beslag volstaat verlot van de voorzieningenrechter op de voet van art. 700 Rv. Voor het verlot tot het leggen van beslag op roerende en onroerende zaken geldt wel de eis van vrees voor verduistering (art. 711 Rv (jo. art. 725 Rv)). Lange tijd werd geleerd dat deze eis een dode letter was.²⁰ Tegenwoordig schijnt als gevolg van het rapport van Meijssen en Jongbloed²¹ hierin een kentering te zijn gekomen. In elk geval beveelt de beslagsyllabus een ingrijpender toetsing van het beslagrekest aan dan enkele jaren geleden gebruikelijk was.²² Dit betekent dat de schuldeiser het risico loopt dat hij geen beslagverlot verkrijgt. Mijns inziens dient de voorzieningenrechter dan ook ruimhartig om te gaan met een verzoek tot het leggen van een conservatoir beslag op een goed dat dreigt executoriaal te worden verkocht. In een dergelijk geval is vrees voor verduistering in de zin dat het goed niet voor de executie beschikbaar zal blijken te zijn²³ immers aanwezig en zonder conservatoir beslag kan de schuldeiser niet meedelen in de opbrengst van het goed, hetgeen op gespannen voet staat met het beginsel van de paritas.

8. Tot besluit

In het arrest *Ontvanger/Eijking q.q.* heeft de Hoge Raad duidelijkheid verschaft over de positie van de executieopbrengst die vóór faillissement is verwezenlijkt in het geval dat de geëxecuteerde faillieert voordat de executieopbrengst is verdeeld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in een dergelijk geval de executieopbrengst geen deel uitmaakt

¹⁹ R.L. Albers-Dingemans, 'De positie van de beslaglegger op een onroerende zaak na de gunning en voor de inschrijving', *WPNR* 2004 (6581), p. 452-456 en daar genoemde literatuur.

²⁰ Zie bijvoorbeeld J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?' in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 19, noot 17 en A.I.M. van Mierlo, 'Inleidende aantekeningen op het conservatoir beslagrecht', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering* (losb.), Deventer: Kluwer 2006, aant. 2.

²¹ M. Meijssen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel*, Den Haag: Sdu 2010. Zie hierover M.L. Tuil, 'Herbezinnen op het beslagrecht', *Ars Aequi* 2011, p. 98-102.

²² Zie de wijzigingen in de beslagsyllabus (gemarkeerd aangegeven).

²³ Vgl. HR 2 april 1936, *NJ* 1936, 758 (*Fox/Dominium II*). Zie over de eis van 'vrees voor verduistering' A.P. Van Oosten, 'Vrezen voor vrees voor verduistering', *Advocatenblad* 2004, p. 440, L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 647, M. Ynzonides, 'Algemene regels betreffende conservatoire en executoriale beslagen', in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht. Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 107-108.

van de faillissementsboedel, maar dat uitsluitend het restant dat na verdeling van de executieopbrengst voor de geëxecuteerde overschiet deel uitmaakt van diens faillissement. De Hoge Raad komt tot deze conclusie op grond van een technisch-juridische benadering, maar ook op grond van een door beginselen beheerste benadering kan tot deze uitkomst worden gekomen. De consequentie van de uitspraak van de Hoge Raad is dat een schuldeiser waakzaam moeten zijn als zij merkt dat ten laste van zijn schuldenaar executiemaatregelen worden genomen. Als hij vreest voor het faillissement van zijn schuldenaar, dan moet hij medebeslag leggen, of tijdig het faillissement van zijn schuldenaar uitlokken.