

Art. 57 lid 3 Fw: Separatist en beslag

MR. J.A. STAL

Met het intreden van het faillissement vervallen gelegde beslagen; zij gaan op in het faillissementsbeslag. Niet elk rechtsgevolg van beslaglegging gaat echter teniet. Die rechtsgevolgen zijn vooral van belang bij de verdeling van de opbrengst na parate executie door een pand- of hypotheekhouder. De curator oefent dan ten behoeve van de boedel mede de rechten uit die de wet aan beslagleggers op het goed toekent (art. 57 lid 3 Fw). Deze bijdrage bevat een beschrijving van deze positie van de curator, in het bijzonder wanneer vervreemding, bezwaring en betaling in weerwil van beslag heeft plaatsgevonden.

Een beslaglegger ziet doorgaans niet graag zijn schuldenaar (de beslagene) failliet gaan. Het beslag vervalt immers (zie art. 33 lid 2 Fw). De beslaglegger heeft dan geen individuele verhaalspositie meer ten opzichte van de beslagene. De curator zal zich in beginsel van gelegde beslagen niets aantrekken. Dat betekent niet dat in het faillissement aan het beslag geen enkele betekenis (meer) toekomt. Niet elk rechtsgevolg van de beslaglegging gaat teniet in faillissement. De beslaglegger heeft daar zelf in beginsel weinig aan; de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers wel. De rechtsgevolgen van het beslag zijn in het bijzonder van belang bij de uitwinning van tot de boedel behorende goederen door de pand- of hypotheekhouder. Art. 57 lid 3 Fw bepaalt in dat verband dat de curator ten behoeve van de boedel mede de rechten uitoefent die de wet aan de beslagleggers op het goed toekent. In deze bijdrage schets ik de achtergrond van deze positie van de curator. Daarna inventariseer en bespreek ik aan de hand van (recente) jurisprudentie de rechten (van de beslaglegger) die de curator bij de executie door separatisten kan uitoefenen.

Achtergrond van art. 57 lid 3 Fw

In termen van beslag(recht) is het faillissement een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Het is een algemeen beslag dat dient het vermogen van de failliet te gelde te maken om de schuldeisers overeenkomstig hun rang te voldoen. Het collectieve karakter betekent dat voor afzonderlijke beslagen op onderdelen van het vermogen van de gefailleerde geen plaats meer is. Op grond van art. 33 lid 2 Fw vervallen gelegde beslagen. Zij lossen als het ware op in het algemene faillissementsbeslag. De beslaglegger kan het beslagen goed niet meer zelf uitwinnen. Dat doet in begin-

sel de curator. Hij wint echter niet uit voor de individuele beslaglegger, maar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Indien op goederen een pand- of hypotheekrecht rust, kunnen de pand- en hypotheekhouders – ook in faillissement – die goederen uitwinnen en zich uit de opbrengst voldoen. Zij zijn separatist en kunnen hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is (art. 57 lid 1 Fw). Zij hoeven het einde van het faillissement niet af te wachten, noch bij te dragen aan de algemene faillissementskosten. Op de door hen gerealiseerde executieopbrengst blijven de gewone regels voor de verdeling daarvan van toepassing.

De individuele beslaglegger kon voor het faillissement aanspraken hebben die hem bij de verdeling van de executieopbrengst van het beslagen goed een voorrang geeft. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin een beslag aan de vestiging van een beperkt recht op het goed of aan de vervreemding daarvan voorafgaat. Daarnaast bestaan daarvan afgeleide aanspraken in het kader van de rangregeling. Die aanspraken van de individuele beslaglegger worden onderdeel van het faillissementsbeslag. De curator kan deze inroepen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹ De Hoge Raad formuleert het aldus: “Het bepaalde in art. 33 lid 2 Fw heeft wel tot gevolg dat de beslaglegger het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen, maar strekt er niet toe elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen.”² Die rechtsgevolgen van beslaglegging zijn met name relevant bij de verdeling van de executieopbrengst. Daar rijzen de volgende vragen: wie heeft recht op het overschot; wie

1 Van der Feltz, I, p. 394-395 (MvT art. 33).

2 Zie HR 13 mei 1988, NJ 1988/748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.), r.o. 3.1. In gelijke zin HR 22 april 2005, «JOR» 2005/282 (Reuser q.q./Postbank) en HR 20 februari 2009, «JOR» 2009/120 (Ontvanger/De Jong q.q.).

kan rekening en verantwoording vragen; wie heeft recht op de opbrengst, wanneer het goed wordt vervreemd of bezwaard in weerwil van een voorafgaand beslag; hoe is de situatie indien in geval van derdenbeslag betaling in weerwil van het beslag plaatsvindt?

Art. 57 Fw, dat de positie van de separatist in het faillissement regelt, bevat sinds 1992 in het derde lid een bepaling die aansluit bij (de wetsgeschiedenis van) art. 33 lid 2 Fw: “Bij de verdeling van de opbrengst oefent de curator ten behoeve van de boedel mede de rechten uit, die de wet aan beslagleggers op het goed toekent.”

De memorie van toelichting bij het artikel(lid) verwijst voor die rechten naar de afdeling over het pandrecht (3.9.2 BW) en het hypotheekrecht (3.9.4 BW) alsmede naar de regels over de verdeling van de opbrengst van de executie bij roerende zaken (art. 480 e.v. Rv).³ Ofschoon mogelijk ook elders aanspraken te vinden zijn die de curator uit mag oefenen, beperk ik mij tot art. 57 lid 3 Fw en de aanspraken bij de verdeling van de executieopbrengst.

Executieoverschot

In beginsel heeft de boedel, als de pand- of hypotheekgever, recht op het overschot van de netto-opbrengst van het verhypotheekende of verpande goed.⁴ Dit is geen bijzondere regel, indien op het goed alleen het uitgewonnen pand- of hypotheekrecht en een (in faillissement vervallen) beslag zouden rusten. Dat kan anders zijn, wanneer op het goed nog andere beperkte rechten rusten die door de executie zijn vervallen, en/of er een of meer schuldeisers zijn die (voor faillissement) op het goed beslag hebben gelegd. In dat geval dient het overschot te worden verdeeld zoals is overeengekomen of in een rangregeling bepaald. Afhankelijk van de beperkte rechten en hun rang zal aan de boedel als pand- of hypotheekgever mogelijk niets van het overschot toekomen. Via de uitoefening van de (hoger gerangschikte) rechten die aan de beslaglegger(s) toekomen, komt

Bij de verdeling van de opbrengst oefent de curator mede rechten uit die de wet aan beslagleggers toekent.

de boedel wellicht toch (een deel van) het overschot toe. Is in dat verband een rangregeling nodig, dan bepaalt art. 57 lid 4 Fw dat deze moet worden verzocht aan de voorzieningenrechter van de rechtbank waarvan de rechter-commissaris in het faillissement lid is. Deze voorzieningenrechter zal de rechter-commissaris in het faillissement aanwijzen te wiens overstaan de verdeling zal plaatsvinden.⁵

Afgeleide rechten

Bij de verdeling van het executieoverschot van de separatist

3 Parl. Gesch. Wijz. Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 404 (MvT art. 57 Fw).

4 Zie de art. 3:253 lid 1 en 3:270 lid 2 BW.

5 Zie de art. 481 (voor roerende) en 552 (voor onroerende zaken) Rv.

heeft de wetgever aan de schuldeiser die in een rangregeling is betrokken (ook de schuldeiser die op het goed beslag heeft gelegd) enige rechten toebedeeld. Daarvan kan de curator ten behoeve van de boedel gebruik maken. Het betreft onder meer het recht om rekening en verantwoording te vragen⁶ en het recht om met andere gerechtigden een verdeling overeen te komen.⁷

Handelen in weerwil van beslag

Voor de curator is ten behoeve van de boedel ook een rol weggelegd in het geval beslaglegging op een goed heeft plaatsgevonden voordat daarop een hypotheek- of pandrecht is gevestigd. Zowel voor roerende zaken/niet-registergoederen, voor derdenbeslagen en voor onroerende zaken bepaalt de wet, kort gezegd, dat vervreemding en bezwaring, tot stand gekomen nadat het beslag is gelegd, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.⁸ Ik beperk mij hier tot de beschikkingshandelingen: vervreemding en bezwaring. Dat neemt niet weg dat ook andere rechtshandelingen die in weerwil van het gelegde beslag worden verricht, bijvoorbeeld betaling bij derdenbeslag, niet aan de beslaglegger kunnen worden tegengeworpen. Of de curator uit hoofde van art. 57 lid 3 Fw bij betaling in weerwil van het beslag een positie heeft, zal ik bij wijze van afsluiting bespreken. Ik behandel eerst de vraag in hoeverre de curator uit hoofde van het individuele beslag een positie heeft bij vervreemding respectievelijk bezwaring in weerwil van het beslag.

Vervreemding in weerwil van beslag

Over de gevolgen van vervreemding (overdracht) van een beslagen goed in weerwil van het gelegde beslag, bestaan kort gezegd twee opvattingen. De eerste is dat de overdracht wordt gerelativeerd. Het beslagen goed verlaat in beginsel weliswaar het vermogen van de beslagdebiteur (de vervreemder), maar niet ten opzichte van de beslaglegger. Voor hem wordt het beslagen goed geacht nog van het vermogen van de beslagdebiteur deel uit te maken.

De tweede opvatting luidt dat het goed ten opzichte van iedereen – ook van de beslaglegger – het vermogen van de beslagdebiteur verlaat. Ten behoeve van de beslaglegger heeft het beslag wel zaaksgevolg: het beslag blijft op het goed rusten. De beslaglegger kan zich op het beslagen goed verhalen, ook al behoort dat inmiddels tot het vermogen van een derde.

In de eerste opvatting heeft de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw een aanspraak. Hij kan zich, evenals de beslaglegger voor faillissement, erop beroepen dat het goed nog deel uitmaakt van de boedel. In de tweede opvatting is er voor de curator geen rol weggelegd. Het beslagen goed is immers overgegaan naar het vermogen van een derde en valt dus

6 Art. 490c Rv voor pand en art. 3:272 lid 2 BW voor hypotheek.

7 Art. 490b Rv voor pand en de art. 3:270 lid 5 BW, 3:271 BW en 552 Rv voor hypotheek.

8 Zie de art. 453a, 475h en 505 Rv.

niet onder het faillissementsbeslag. De beslaglegger kan zelf zijn beslag vervolgen.

De Hoge Raad heeft recent, in zijn arrest van 20 februari 2009 (Ontvanger/De Jong q.q.),⁹ de tweede opvatting bevestigd. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, draagt de beslagdebiteur roerende zaken over aan een derde (de verkrijger) in weerwil van een door de Ontvanger gelegd beslag. Vervolgens gaat de beslagdebiteur failliet. De centrale overweging van de Hoge Raad luidt (r.o. 3.4):

“Een beslag als het onderhavige leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie dat beslag is gelegd, en staat dus ook niet in de weg aan overdracht van de beslagen zaak aan een derde. De regel van art. 453a lid 1 Rv dat een na de inbeslagname tot stand gekomen vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, brengt mee dat de beslaglegger bevoegd blijft zijn door de inbeslagname ingeleide uitoefening van zijn recht zich op de in beslag genomen zaak te verhalen voort te zetten, ook al maakt die zaak geen deel meer uit van het vermogen van de schuldenaar. De beslaglegger behoudt die bevoegdheid ook indien de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard, omdat de niet meer tot het vermogen van de schuldenaar behorende zaak niet door het algemene faillissementsbeslag wordt getroffen en het beslag van de schuldeiser dan ook niet op de voet van art. 33 lid 2 F vervalt.”

Uit de laatste zin volgt dat van een recht van de beslaglegger dat de curator ten behoeve van de boedel kan uitoefenen, geen sprake is.

Overigens ging in deze casus ook de derde-verkrijger failliet. De aan deze verkrijger overgedragen zaak, waarop krachtens zaaksevolg beslag rustte, viel daarmee in de boedel van dat faillissement. Vervolgens gelden de gewone regels. Op grond van art. 33 lid 2 Fw vervalt het beslag. De Hoge Raad overweegt daarover (r.o. 3.5.):

“Zijn [beslagleggers - JS] uit deze bepaling [art. 453a lid 1 Rv - JS] voortvloeiende verhaalsbevoegdheid is weliswaar niet teniet gegaan, maar kan nog slechts door de curator worden uitgeoefend. 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 naar de opbrengsten van de zaak.”

Art. 57 lid 3 Fw is dan – maar nu in een opvolgend faillissement – van toepassing.

Bezwaaring in weerwil van beslag

Bij bezwaaring van een goed met een beperkt recht nadat op dat goed beslag is gelegd, is uit hoofde van art. 57 lid 3 Fw wel een rol voor de curator weggelegd. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 1988 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.).¹⁰ Daarin oordeelt de Hoge Raad over het volgende geval. Koopmans bezwaart in weerwil van een door Amrobank op zijn onroerende zaak gelegd beslag deze zaak met een hypotheekrecht ten behoeve van Banque

Vervreemding in weerwil van beslag: beslag heeft zaaksevolg.

de Suez. Koopmans faillieert en Banque de Suez wil zich verhalen op de onroerende zaak. De curator beroept zich dan op de bepaling dat een bezwaaring tot stand gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagname niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen (nu art. 505 lid 2 Rv). De Hoge Raad overweegt daarover (r.o. 3.1.):

“Het stelsel van de faillissementswet brengt mee dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van de executie die tevoren de schuldeisers afzonderlijk konden nemen, en dat het tijdens het faillissement de curator is die optreedt ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in de plaats van de afzonderlijke schuldeisers, wier bevoegdheid tot het nemen van maatregelen van executie op hem is overgegaan. Het strookt met dit stelsel en met de strekking van art. 505, lid vier Rv [nu art. 505 lid 2 Rv - JS] aan te nemen dat na de faillietverklaring van de beslagdebiteur/hypotheekgever de curator zich ten behoeve van de boedel tegenover de hypotheekhouder kan beroepen op voormeld verbod en dat dit beroep tot gevolg heeft dat de hypotheekhouder de in art. 1223, lid twee BW de bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen, [...]”

Op grond van (nu) art. 505 lid 2 Rv heeft de beslaglegger (buiten faillissement) de bevoegdheid het hypotheekrecht te negeren en zelf tot uitwinning over te gaan.¹¹ Betekent dit dat in faillissement de curator ten behoeve van de boedel een beroep op het verbod kan doen en in plaats van de hypotheekhouder – die dan zijn bevoegdheid als separatist niet kan uitoefenen – tot uitwinning kan overgaan? Het antwoord op die vraag luidt mijns inziens ontkennend. Ten tijde van het wijzen van het arrest Banque de Suez/Bijkerk q.q. (1988) bestond art. 57 lid 3 Rv nog niet. Dat is in werking getreden per 1 januari 1992. Het bepaalt niet meer dan dat de curator ten behoeve van de boedel de rechten van de beslaglegger uitoefent *bij de verdeling van de opbrengst*. Dat betekent dat de curator niet zelf kan uitwinnen, maar wel het gevolg van het latere hypotheekrecht teniet kan doen.¹² Overigens suggereerde Van der Grinten in

9 «JOR» 2009/120. Zie ook HR 21 juli 1944, *NJ* 1944/45, 576 (Landbouwersbank/Ringel), HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa) en HR 5 september 2008, «JOR» 2008/320 (Forward Business Parks/Huber), die al een aanwijzing voor dit oordeel gaven.

10 *NJ* 1988, 748.

11 Hetgeen *mutatis mutandis* geldt voor het pandrecht, zie art. 453a en 475h Rv.

12 Zie N.E.D. Faber: 'Betalen in weerwil van een derdenbeslag', in: N.E.D.

zijn noot onder *Banque de Suez/Bijkerk q.q.* in de *NJ* naar het destijds geldend recht (BW [oud]) al dat de curator een beroep op art. 505 lid 4 Rv (nu art. 505 lid 2 Rv) kon doen, maar slechts ten einde een aanspraak op de opbrengst te verkrijgen. De pand- of hypotheekhouder heeft een geldig beperkt recht gekregen en mag als separatist paraat executeren, maar zal bij de verdeling van de executieopbrengst de boedel voor moeten laten gaan. Dit uitgangspunt sluit

Bezwaren in weerwil van beslag: de separatist mag paraat executeren maar moet bij de verdeling de boedel voor laten gaan.

aan bij de regel uit het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.*, inhoudende dat het beslag niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie beslag is gelegd en niet in de weg staat aan overdracht van de beslagen zaak aan een derde. Dat geldt evenzeer voor de bezwaren met een beperkt recht. In beide gevallen is echter een voorziening getroffen voor de curator. Voor de bezwaren met een beperkt recht loopt die voorziening logischerwijze via art. 57 lid 3 Fw. Het bezwaarde goed bevindt zich immers nog in de boedel. De Rechtbank Utrecht oordeelde in haar vonnis van 18 augustus 2010 (*Hendriks q.q./ABN Amro*)¹³ evenwel dat de executie door de (latere) pandhouder door inning van vorderingen indruist tegen de blokkerende werking van het (eerder gelegde) beslag (art. 475h Rv). Er zou sprake zijn van onbevoegde executie door de pandhouder. De rechtbank miskent met deze uitspraak mijns inziens de beperking die in art. 57, lid 3 Fw is opgenomen.

Betaling in weerwil van beslag

Ter afsluiting besteed ik aandacht aan een actuele discussie inzake art. 57 lid 3 Fw. Bij derdenbeslag geldt dat niet alleen latere vervreemding en bezwaren niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen, maar ook een in weerwil van het beslag gedane latere betaling. Het gaat dan om de betaling van de schuld die de derde-beslagene aan de beslagdebiteur heeft. Op de met die schuld corresponderende vordering heeft de beslaglegger beslag gelegd. Indien geen sprake is van beslag, gaat door de betaling de vordering teniet. Vindt de betaling plaats nadat de vordering was beslagen, dan kan die betaling niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen (tenzij de derde heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem kon worden gevergd om de betaling of afgifte te voorkomen).¹⁴

Uitgangspunt van de discussie is de volgende casus. Een beslaglegger (de crediteur) legt ten laste van zijn debiteur (de beslagdebiteur) beslag onder de derde-beslagene. Getroffen wordt de vordering die de beslagdebiteur op de derde-

beslagene heeft. Vervolgens betaalt de derde-beslagene zijn schuld aan de beslagdebiteur in weerwil van het onder hem gelegde beslag. Daarna faillieert de beslagdebiteur.

In de discussie zijn voornamelijk twee standpunten te ontwaaren. Enerzijds verdedigen onder andere De Greve¹⁵ en Van Hees¹⁶ de stelling dat de betaling in weerwil van het beslag de beslagen vordering teniet doet gaan. Die vordering valt daarom niet onder het faillissementsbeslag. De beslaglegger zou zich echter kunnen beroepen op de blokkerende werking van het beslag ter zake de betaling als geregeld in art. 475h lid 1 Rv. Gevolg is dat de beslaglegger buiten het faillissement van de beslagdebiteur om de derde-beslagene kan aanspreken het betaalde andermaal te voldoen (aan de gerechtsdeurwaarder). Dit standpunt deelt de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 16 januari 2008 (*Technische Unie/Imtech*).¹⁷

Anderzijds verdedigen Faber¹⁸ en Rijkkenberg¹⁹ het standpunt dat betaling in weerwil van het beslag de vordering waarop beslag is gelegd, teniet doet gaan, maar zonder werking jegens de beslaglegger. De beslaglegger kan zich erop beroepen dat de vordering nog bestaat en dat het beslag erop blijft rusten. Na faillissement van de beslagdebiteur gaat het beslag op in het algemene faillissementsbeslag. De curator kan ten behoeve van de boedel dan de bevoegdheden van de beslaglegger uitoefenen en de derde-beslagene dwingen (andermaal) te betalen. De Rechtbank Amsterdam volgt in haar (tussen)vonnis van 9 januari 2008 inzake *Van Dijk q.q./ABN Amro*²⁰ dit standpunt.

In haar eindvonnis van 10 maart 2010²¹ is de Rechtbank Amsterdam echter op haar aanvankelijke oordeel teruggekomen. Zij heeft zich in de discussie aan de zijde van de Rechtbank Rotterdam en De Greve en Van Hees (en anderen) geschaard. Ik ga ervan uit dat daarmee het pleit niet zonder meer in het nadeel van Faber en Rijkkenberg is beslist. Curator Van Dijk heeft inmiddels hoger beroep tegen het eindvonnis van de Rechtbank Amsterdam ingesteld. De discussie wordt dus in rechte voortgezet en zal mogelijk sublimeren in een arrest van de Hoge Raad. Zij zal ongetwijfeld ook nog de nodige rechtsgeleerde bijdragen uitlokken.

Over de auteur

Mr. J.A. Stal is advocaat bij Cleber te Amsterdam.

Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 493-494 met verdere verwijzingen, en C. Rijkkenberg: 'Beslag en faillissement' in dezelfde bundel, p. 519-520.

13 *RI* 2010/96.

14 Art. 475h lid 1 Rv.

15 T.R.B. de Greve: 'De 'blokkerende' werking van een beslag en de gevolgen van onttrekking aan beslag', *TvI* 2009, p. 42-52.

16 P. Ernste en C. Rijkkenberg: 'Knelpunten bij beslag en executie: verslag van het congres d.d. 11 december 2008', in: *Knelpunten bij beslag en executie*, p. 775-779 en 786-788.

17 «JOR» 2008/113 met een (kritische) noot van Faber.

18 Zie zijn noot onder *Rb. Rotterdam* 16 januari 2008, «JOR» 2008/113 (*Technische Unie/Imtech*), uitgewerkt in N.E.D. Faber: 'Betaling in weerwil van een derdenbeslag', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, p. 485 e.v.

19 C. Rijkkenberg: 'Beslag en faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, p. 529 e.v.

20 «JOR» 2008/82.

21 *RI* 2010/53.