

men dan de eiser die zich op een controleverklaring heeft gebaseerd. De "samenstellings-eiser" zal namelijk moeten stellen en, bij gemotiveerde betwisting, bewijzen dat de accountant er rekening mee moest houden dat *juist hij* zijn gedrag mede door de inhoud van die samenstellingsverklaring zou laten bepalen. Bij de controleverklaring lijkt dat niet het geval te zijn: het belang van een *specifieke* partij hoeft voor de accountant niet kenbaar te zijn. Wel zal ook de partij die stelt op een controleverklaring te zijn afgegaan, dit moeten bewijzen. De drempel van het causaal verband blijft, met andere woorden, aanwezig. Het is dan ook maar de vraag of de vorderingen van de eisers in onderhavige zaak, als hier geen samenstellings- maar een controleverklaring was afgegeven, wel toegewezen zouden zijn. Desalniettemin: waar de samenstellingsverklaring door mij wat oneerbiedig als een "controleverklaring *light*" is aangeduid, is, zo volgt uit het oordeel van de Hoge Raad, ook de bijbehorende zorgplicht wat lichter. De term "zorgplicht *light*" zou ik echter, gelet op de door de Hoge Raad expliciet genoemde, ook bij niet-wettelijke taken relevante, functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer, niet in de mond willen nemen.

mr. J.M. Atema  
advocaat bij RESOR

## Klassiekers

106

### **Banque De Suez/Bijkerk q.q. Hypotheek na beslag, verdeling executieopbrengst in faillissement**

Hoge Raad  
13 mei 1988, nr. 13154,  
ECLI:NL:HR:1988:AC3064  
(mr. Ras, mr. Martens, mr. Hermans,  
mr. Roelvink, mr. Boekman)  
(Concl. A-G Asser)  
Noot prof. mr. S.E. Bartels

**Conservatoir beslag en hypotheek op onroerend goed, gevolgd door faillissement. Art. 33 lid 2 Fw doet niet elk rechtsgevolg van de beslaglegging tenietgaan. Hypotheekhouder kan de in art. 1223 lid 2 BW (oud) bedoelde bevoegdheid niet uitoefenen.**

[Rv (oud) art. 505 lid 4; BW (oud) art. 1223 lid 2; Fw art. 33 lid 2, 57]

*Het gaat in deze zaak om de vraag of, indien na een conservatoir beslag op een onroerend goed een recht van eerste hypotheek is verleend aan een andere schuldeiser dan de beslaglegger en vervolgens de beslagdebiteur/hypotheekgever in staat van faillissement is verklaard, de hypotheekhouder zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement ware dan wel de curator zich ten behoeve van de boedel kan beroepen op het in art. 505 lid 4 Rv (oud) neergelegde verbod. Deze vraag moet in laatstbedoelde zin worden beantwoord. Het bepaalde in art. 33 lid 2 Fw, waarop de bank zich beroept, heeft wel tot gevolg dat de beslaglegger het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen, maar strekt niet ertoe elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan. Met name gaat daardoor de werking van art. 505 lid 4 Rv (oud) niet teniet ten gunste van degene aan wie in strijd met het in die bepaling vervatte verbod een recht van hypotheek is verleend. Het stelsel van de Faillissementswet brengt mee dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van executie die*

*tevorende 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 4 Rv aan te nemen dat na de faillietverklaring van de beslagdebiteur/hypothekgever 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 2 BW (oud) bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen, dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger niet overtreft, en dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt.*

*Banque de Suez Nederland NV te Amsterdam,*

eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. J.L.W. Sillevius Smitt,

tegen

*mr. J. Bijkerk te Utrecht, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van P.C.J. Koopmans, verweerder in cassatie,*

advocaat: mr. H.D.O. Blauw.

### **Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Asser)

#### *1. Inleiding*

1.1. P.C.J. Koopmans – Koopmans – was eigenaar van het onroerend goed, te weten het voortdurend recht van erfpacht op het perceel grond met woning en garage aan de Fie Carelsenlaan 20 te Utrecht. Op 23 febr. 1981 werd ten verzoeken van de Amsterdam-Rotterdam Bank NV te Amsterdam – de Amrobank – conservatoir beslag gelegd op dat onroerend goed ter verzekering van haar op f 900 000 begrote vordering op Koopmans. Op 16 maart 1981 werd blijkens een inschrijving in het hypotheekregister door Koopmans aan eiseres tot cassatie – de bank – op het onroerend goed verleend het recht van eerste hypotheek met het beding als bedoeld in art. 1223 lid 2 BW tot zekerheid voor wat Koopmans aan de bank schuldig

zou zijn of worden tot een bedrag van f 273 000. Bij vonnis van de Rb. te Utrecht van 20 jan. 1982 is Koopmans in staat van faillissement verklaard met benoeming van verweerder in cassatie – de curator – tot curator. Tussen de bank en de curator is verschil van mening gerezen omtrent de rechten van de bank als hypotheekhoudster omdat de curator zich jegens de bank had beroepen op de nietigheid van de hypotheek ingevolge art. 505 lid 4 Rv. Na overleg tussen pp. heeft de curator het onroerend goed op 16 juli 1982 onderhands aan een derde verkocht en in eigendom overgedragen, waarbij de bank de genoemde hypotheek heeft doen doorhalen. De ontvangen koopsom ten bedrage van netto f 182 002,36 is volgens afspraak van pp. gestort op een geblokkeerde, ten name van beide pp. staande rekening in afwachting van de beslissing wie der pp. daarop recht hebbende is. Per datum faillissement bedroeg de door de hypotheek gedekte vordering van de bank f 222 304,87 en de vordering van de Amrobank f 734 146,88. Dit laatste bedrag is tengevolge van de uitwinning van een borg teruggebracht met f 696 491. Tot zover de feiten die in cassatie tot uitgangspunt dienen en die ik ontleen aan r.o. 1 van het vonnis van de Rb. in deze zaak.

1.2. De bank vordert in dit geding een verklaring voor recht dat zij haar rechten als hypotheekhoudster kan uitoefenen alsof er geen faillissement ware (dat is onverkorte toepassing van art. 57 Fw) en betaling van het saldo op de geblokkeerde gemeenschappelijke rekening althans haar vordering op Koopmans met rente.

1.3. In eerste aanleg heeft de Rb. te Amsterdam, tot oordelen geroepen, bij vonnis van 29 mei 1985 de vordering afgewezen.

1.4. In hoger beroep heeft het Hof te Amsterdam bij arrest van 20 maart 1986 dat vonnis bekrachtigd. Op de door het hof voor zijn beslissing gebezigde gronden kom ik hieronder te spreken naar aanleiding van het middel.

1.5. De bank is van 's hofs arrest tijdig met een middel in cassatie gekomen bij Uw Raad.

#### *2. Beslag, latere hypotheek en faillissement*

2.1. De inzet van dit geding is het recht op de genoemde geblokkeerde rekening gestorte koopsom met de daarover inmiddels gekweekte rente. Meer in het algemeen gaat het daarbij om de vraag of art. 505 lid 4 Rv (Krachtens art. 770b Rv ook van toepassing op conservatoir beslag op onroerend goed.), en daaruit vooral deze zinsnede:

“overeenkomsten, in strijd met dat verbod aangaan, kunnen tegen den inbeslagnemer niet worden ingeroepen,”

in een geval dat de beslagdebiteur, die na de overschrijving van het beslag in het hypotheekregister in weerwil van die wetbepaling op het inbeslaggenomen onroerend goed een hypotheek heeft verleend aan een andere crediteur dan de beslaglegger en vervolgens is gefailleerd, meebrengt dat de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht niet kan invoeren tegen de curator, althans voor zover het betreft het bedrag waarvoor het beslag was gelegd, met als gevolg dat hij (in zoverre) zijn rechten als hypotheekhouder niet kan uitoefenen alsof er geen faillissement was en art. 57 Fw dus (in zoverre) toepassing mist.

2.2. Met de curator hebben Rb. en hof deze vraag bevestigend beantwoord. Het middel keert zich daartegen en bestrijdt in verscheidene onderdelen de door het hof gezegde argumentatie. De bank is, als ik het heel kort samenvat, van oordeel dat door de werking van art. 33 Fw het beslag is vervallen op het moment van de faillietverklaring en dat de bepalingen die de gevolgen van het beslag beheersten, waaronder art. 505 lid 4 Rv, daardoor opgehouden zijn i.c. van toepassing te zijn, zodat ook de curator zich daarop niet kan beroepen.

2.3. Dit op het eerste gezicht niet onlogisch lijkende standpunt lijkt me gelet op de strekking van de art. 33 Fw en 505 lid 4 Rv bij nadere beschouwing niet houdbaar.

2.4. Laat ik vooropstellen dat art. 33 lid 2 in samenhang met lid 1 Fw weliswaar spreekt van het vervallen van de gelegde beslagen als gevolg van het vonnis van faillietverklaring, maar dat dit, naar ik meen, niet het tenietgaan behoeft te betekenen van de rechtsgevolgen van die beslagen, voor zover die gevolgen niet strijdig zijn met tekst en strekking van de bepalingen van de Faillissementswet. Het faillissement is immers niet meer (maar ook niet minder) dan een collectieve executie van het gehele vermogen van de debiteur. De voorheen door de beslagen verbrokkelde en individuele uitwinning van het vermogen van de debiteur of een deel daarvan wordt door het faillissement, in het belang van een zo eerlijk mogelijke verdeling van het gehele vermogen van de gefailleerde onder alle crediteuren, vervangen door een gezamenlijke geleid door de curator onder toezicht van de R-C. Iets anders gezegd: het beslag, als uitwinning door slechts een of meer crediteuren wordt vervangen door het faillissementsbe-

slag als gezamenlijke uitwinning van het gehele vermogen ten behoeve van alle crediteuren. (Zie hierover M. Polak-N.J. Polak, Faillissement en surseance van betaling, 1972, p. 1; N.J. Polak-C.E. Polak, Faillissementsrecht, 1986, p. 1.) Dat is de strekking, naar het mij voorkomt, van genoemde bepaling in art. 33 Fw en van de opmerking in de m.v.t. van de Faillissementswet dat het algemene gerechtelijke beslag, het faillissement, de beperkte afzonderlijke beslagen in zich oplost (Zie Van der Feltz, Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surseance van betaling I, 1896, p. 394-395.), of, anders geformuleerd, dat het vervallen beslag wordt geabsorbeerd door het algemene faillissementsbeslag. (Molengraaff-Star Busmann, De faillissementswet verklaard, 1951, p. 204 en noot 3, waar wordt gezegd dat het vervallen beslag opgaat in het faillissementsbeslag.) Uw Raad overwoog dan ook in 1963 (HR 8 nov. 1963, NJ 1964, 144.) met betrekking tot de vraag of de curator tegenover de werkgever van de failliet een beroep kan doen op art. 479a bis Rv het volgende:

“dat het stelsel van de Faillissementswet, tot uitdrukking komende o.m. in art. 33 van die Wet, volgens hetwelk het vonnis van faillietverklaring ten gevolge heeft dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging een einde neemt en gelegde beslagen vervallen, meebrengt dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van 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;

dat op grond van dit stelsel der wet moet worden aangenomen dat na faillietverklaring aan den curator de bevoegdheid toekomt het in art. 429a bis Rv aan den afzonderlijken schuldeiser toegekende recht in diens plaats op de in de wettelijke regeling van het faillissement passende wijze ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geldend te maken.”

2.5. Wat betekent dit nu voor een bepaling als die van art. 505 lid 4 Rv, welke – ongeveer gelijktijdig met het van kracht worden van de Faillissementswet (Het ontwerp-Lex Hartogh is voor de eerste keer ingediend in 1893 (na de kamerontbinding in 1894 moest het opnieuw worden ingediend). Ik kan niet nalaten te vermelden dat Hartogh vol-

gens zijn zeggen veel in zijn ontwerp heeft veranderd naar aanleiding van adviezen van o.a. Molengraaff, zie Hand. 1 1895-1896, vel. 34, p. 119 l.k.) – is geschreven voor de inbeslagneming buiten faillissement? Daarvoor is nodig dat men zich de strekking van die bepaling realiseert. Het hof zegt daarover (r.o. 4.2):

“Art. 505 lid 4 Rv wil de inbeslagnemer de zekerheid geven dat hij het beslagen goed kan uitwinnen in de zakenrechtelijke toestand waarin hij het goed aantreft (waarbij verhuuring en verpachting op een lijn worden gesteld met een zakelijke belasting van het goed). Tegenover een latere hypotheekhouder krijgt de inbeslagnemer aldus een voorrang bij het verhaal op het beslagen goed. Zou de wet de inbeslagnemer die zekerheid niet geven, dan zou een beslag op onroerend goed voor de schuldeiser een hoogst onzeker executiemiddel zijn.”

2.6. Hartogh en Cosman (De Wet van 7 juli 1986 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, 1897, p. 159-160.) zeggen het zo: “Het beginsel, waarvan de wet uitgaat, is dus dat zij aan het executoriaal (Uit het gevolg en de aantekeningen op art. 770b, p. 229-231, blijkt dat wat hier gezegd wordt ook geldt voor het conservatoir beslag.) beslag het karakter toekent van een zakelijke last, welke op het goed drukt. Wordt dit vervreemd, dan zal dienovereenkomstig de executant, alhoewel de tegenwoordige eigenaar zijn schuldenaar niet is, zijne vordering er op kunnen verhalen, evenals de hypothecaire schuldeischer dit doet tegen derde bezitters (art. 1242 BW). Is het na het beslag met hypotheek bezwaard, dan gaat bij de rangregeling de executant in rang boven den later ingeschreven schuldeischer. (Op p. 230 wordt hierop nog eens gewezen en duidelijk gemaakt dat de auteurs aldus het standpunt, ‘door den Hoogen Raad omhelsd’, tot het hunne maakten, verwijzend (noot 2) naar HR 4 mei 1984, W 6498. Ik neem aan dat het vooral de laatste overweging in dat arrest is waarop de auteurs doelen, waar met betrekking tot de werking van art. 754 Rv wordt overwogen dat de strekking van het executoriaal derdenbeslag ‘hierin bestaat, dat het gearresteerde goed worde afgezonderd uit het vermogen van den schuldenaar, ten einde diens schuldeischer daarop zijne vordering zoude kunnen verhalen, waaruit volgt, dat alleen die schuldeischers mede kunnen deelen in de opbrengst, wier vorderingen bestonden op het oogenblik dat het executoriaal beslag werd gelegd’. Dit is vaste

rechtspraak geworden: HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (m.nt. PhANH) en HR 10 april 1964, NJ 1965, 32.) (...) Een en ander rijmt volkomen met de bedoeling, welke aan de aangebrachte wijziging (Dat is de invoering van genoemde zinsnede in de plaats van de woorden “ten nadeele van den inbeslagnemer”) ten grondslag ligt en, gelijk wij reeds hierboven aanstipten, mede hierin bestaat dat de executant geene dingen zal hebben te voeren om zich te ontslaan van de gevolgen der handelingen, welke de schuldenaar na de beslaglegging ten aanzien van het inbeslaggenomen goed mocht hebben ondernomen. De gesloten overeenkomsten zullen immers naar de bewoordingen der wet niet tegen den beslaglegger kunnen worden ingeroepen, hetgeen ze kenschetst als tegenover dezen, voor zooverre zij op diens rechten inbreuk maken, niet bestaande. En wat voor hem niet bestaat, behoeft hem ook in de vervolging daarvan niet op te houden of te storen, of hem aanleiding te geven tot rechtsmaatregelen om ongedaan te maken wat ten zijnen aanzien, voor zooverre het hem zou kunnen deren, geacht wordt niet te zijn in het leven getreden.”

2.7. Even verder (P. 160.) merken zij op dat de executant, indien er geen voor het beslag ingeschreven hypothecaire schuldeisers zijn, voor alles moet worden voldaan, maar dat de eventuele overwaarde van het goed aan hem komt die door bijv. de (na het beslag gevestigde) hypotheek daartoe gerechtigd is, omdat het verbod de eventuele overwaarde niet treft.

2.8. Het valt op dat de beide auteurs, waaronder de auteur van de betrokken bepaling, spreken van “voorrang”, zodat geconcludeerd kan worden dat het hof in elk geval in zoverre steunt op de uitleg van gezaghebbende zijde. Aldus ook Uw Raad in zijn arrest van 25 okt. 1985, NJ 1987, 18 (m.nt. WHH), onder 3.4, p. 82 l.k. bovenaan en Heemskerk in zijn noot, p. 91 r.k. bovenaan. Het beslag scheidt dus in verband met art. 505 lid 4 Rv een voorrang: de beslaglegger gaat voor de latere hypotheekhouder.

2.9. Maar blijft die voorrang gehandhaafd als het beslag wordt opgelost in het faillissement (ik vind dit een fraai beeld en neem het daarom over)? Hier duikt een lastig probleem op. Aan de ene kant kan men met het hof zeggen: waarom niet? Het faillissement bevriest om zo te zeggen de vermogenstoestand van de gefailleerde en de voorrang tussen de crediteuren, zodat ook deze voorrang wordt bevroren.

2.10. Aan de andere kant echter kan men op het volgende wijzen. Door het faillissement zou, handhaaft men de genoemde voorrang, de opbrengst van het beslagen onroerend goed tot de waarde waarvoor beslag is gelegd in de boedel vallen. Dan doet de vraag zich voor wie daarop bij de uitdeling aanspraak kan maken. Zou men in die opbrengst ook laten delen een crediteur die een hogere preferentie heeft dan de oorspronkelijke beslaglegger, bijv. de fiscus, dan zou echter daarmee een crediteur worden bevoordeeld die, zou hij na de hypotheekhouder beslag hebben gelegd of oppositie tegen afgifte van koppenningen hebben gedaan en zou er geen faillissement zijn gevolgd, bij een rangregeling niet voor de eerste beslaglegger (Althans tot de hoogte van het bedrag van de door de latere hypotheek gedekte vordering van de hypotheekhouder aldus het arrest van 25 okt. 1985 onder 3.4. Zie ook het rekenvoorbeeld van Heemskerck in zijn noot onder 11, dat naar ik meen weergeeft waartoe de beslissing van Uw Raad in concreto moet leiden.) en de latere hypotheekhouder zou zijn gegaan naar Uw Raad bij zijn genoemde arrest van 25 okt. 1985 heeft beslist (Onder 3.3.), nu een art. 754 Rv voor beslag op onroerend goed niet bestaat en de hypotheek een “buffer” (Aldus de conclusie OM (Mr. Leitten) voor dat arrest, p. 86, r.k. onder 7, d.) vormt tussen de eerste beslaglegger en de overige crediteuren. Daartegen zou de hypotheekhouder m.i. terecht bezwaar kunnen maken.

2.11. Het lijkt me dat dit echter geen beletsel is om de curator de bevoegdheid te geven zich ten behoeve van de boedel op art. 505 lid 4 Rv te beroepen, tenminste als men aanneemt dat hij bij de uitdeling de rangorde, zoals die als gevolg van de werking van art. 505 lid 4 Rv bestond op het tijdstip dat het faillissement werd uitgesproken, in acht zal moeten nemen. Want dan alleen wordt voorkomen dat de hypotheekhouder door het faillissement bij crediteuren met lagere rang ten achter wordt gesteld. Dit laatste zou immers aan art. 505 lid 4 Rv een werking geven die, naar ik meen, niet door zijn strekking wordt gerechtvaardigd. Het komt er op neer dat de “buffer”functie van de hypotheek ten gunste van de oorspronkelijke beslaglegger ook blijft bestaan in het faillissement.

2.12. Het behoort echter ook niet zo te zijn dat de hypotheekhouder ten gevolge van het faillissement in een betere positie komt te verkeren dan voordien. (Aldus ook, voor een wat ander geval,

Paul Scholten in zijn noot onder HR 10 april 1941, NJ 1942, 22, p. 32 r.k.) Op het verhypotheceerde goed kon hij voor het faillissement geen rechten uitoefenen voor zover daarop beslag was gelegd. Zijn hypotheek was daardoor beperkt en dat behoort, naar ik meen, zo te blijven na het intreden van het faillissement.

2.13. Ik meen dat het door mij verdedigde standpunt, dat de curator ten behoeve van de boedel aanspraak kan maken op de opbrengst van het onroerend goed tot de hoogte van de vordering van de eerste beslaglegger, wel enige steun vindt in het reeds geciteerde (Onder 2.4.) arrest van Uw Raad van 8 nov. 1963 en de daarvoor genomen conclusie van de P-G Langemeijer. Verder oordeelde in de richting van het door mij verdedigde standpunt ook het Hof te 's-Hertogenbosch bij zijn arrest van 17 dec. 1970, NJ 1971, 215, in een geval lijkend op het onderhavige:

“dat deze grieven echter falen omdat de Rb. terecht en op goede gronden heeft geoordeeld dat door de faillietverklaring het bijzondere beslag van rechtswege in het algemeen faillissementsbeslag wordt (lees:) opgenomen, dat als gevolg daarvan art. 505 Rv ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren zijn werking blijft behouden en dat de curator zich namens die crediteuren krachtens het vierde lid van dat artikel op het gelegde beslag kan beroepen,”

waarbij ik aantekende dat ik, om de redenen hierboven gegeven, liever niet zou willen zeggen dat de curator zich namens de gezamenlijke crediteuren op het beslag kan beroepen, maar dat hij dat ten behoeve van de boedel kan doen.

2.14. Voorts stellen zich op het standpunt, dat de curator zich op art. 505 lid 4 Rv kan beroepen, een aantal schrijvers zoals Van Rossem-Cleveringa (Vierde druk, 1972, art. 505, aant. 1, noot 9, p. 1154, waar, als een miskenning van de aard van het in art. 33 Fw genoemde verval van beslagen (te weten een orgaan in het algemene faillissementsbeslag), bestreden wordt het oordeel van R-C Dordrecht 27 maart 1933, NJ 1933, p. 1346, dat door dat verval de positie van de beslaglegger verandert en deze gelijk komt te staan met alle andere schuldeisers.), Star Busmann-Rutten-Ariens (Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, 1972, p. 498, waar wordt geleerd dat art. 505 Rv ten behoeve der gezamenlijke schuldeisers zijn werking blijft behouden.), Stein (Zekerheidsrechten, hypotheek, Serie Recht en praktijk 7A, 1986, p. 62, waar wordt gezegd dat in

het faillissement de curator de plaats van de beslaglegger inneemt en het voor de beslaglegger bestemde bedrag kan opeisen ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Hij verwijst naar het in de tekst onder 2.13 genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch 17 dec. 1970, dat hij heeft besproken in WPNR 5201, p. 29-30.), M. Polak-N.J. Polak (P. 123, noot 3, waar staat dat een handeling die ten aanzien van de beslaglegger geen rechtsgevolg had, dit evenmin heeft bij later faillissement van de schuldenaar ten aanzien van de curator, waar het afzonderlijk beslag in het algemeen faillissementsbeslag wordt opgelost.), N.J. Polak-C.E. Polak (P. 52: de bevoegdheid van de afzonderlijke schuldeisers tot het nemen van maatregelen van executie gaat over op de curator.), Van Zebe-Van den Ende (losbl. Faillissementswet, art. 33, aant. 1.), Molengraaff-Star Busmann (P. 204, noot 3.), Volmarr (De faillissementswet, 1939, p. 86-87: de curator treedt in de rechten van de oorspronkelijke beslaglegger.), en naar aanleiding van de al genoemde beschikking van de R-C te Dordrecht van 27 maart 1933 (Zie hierboven noot 17.) Salomonson (In zijn noot in W 12579 (1933) onder de beschikking.) en Levenkamp (W 12584 (1933), p. 7, reagerend op de noot van Salomonson in W 12579.) die zich tegen die uitspraak keren. Anders echter Hurman (Art. 33 Fw, art. 505 Rv, in: W 12590 (1933), reagerend op met name Levenkamp, zie hierboven noot 27.) en Tieleman. (Art. 24 Fw en art. 505 lid 4 en 5 Rv, in: WPNR 3323-3324 (1933), p. 391-392.) Zij kunnen zich vinden in die beschikking en dus in de opvatting dat door de werking van art. 33 Fw ook het beroep op art. 505 lid 4 Rv wegvalt. Onduidelijk is het standpunt van Jansen in de losbladige Burgerlijke Rechtsvordering, waar eerst (Art. 505, aant. 4, p. 193 (suppl. 165, aug. 1987), verwijzend naar de hierboven in de tekst en noot 17 genoemde beschikking van de R-C te Dordrecht van 27 maart 1933.) wordt gezegd dat de uitsluiting van de geldigheid van een rechtshandeling, aangegaan na het beslag, ophoudt en die handeling ook ten aanzien van de executant gelding krijgt, op het moment waarop de beslagdebiteur failliet gaat omdat dan de beslagen "en derzelve effecten" vervallen, terwijl even later (Aant. 5, p. 194.) wordt geleerd dat de bevoegdheid tot het inroepen van de onwerkzaamheid ener hypotheek, op het onroerend goed gevestigd na het beslag, bij na de hypotheekverlening intredend faillissement overgaat op de curator. (Verwijzend

naar het al hierboven onder 2.13 genoemde arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 17 dec. 1970.)

2.15. Nog een enkel woord over het NBW. Het bij de Invoeringswet 33 bepaalde nieuwe art. 505 lid 2 Rv dat het oude art. 505 lid 4 vervangt lost ons vraagstuk niet expliciet op, evenmin als het gewijzigde art. (Wet van 7 mei 1986, Stb. 295.) Fw. Wel staat, zoals Mr. Blauw in zijn schriftelijke toelichting ook vermeldt (P. 5.), in het nieuwe art. 57 derde lid Fw dat, in het geval dat de pand- en hypotheekhouders hun recht uitoefenen alsof er geen faillissement was, de curator bij de verdeling van de opbrengst ten behoeve van de boedel mede de rechten uitoefent die de wet aan beslaggevers op het goed toekent (Zie het nieuwe art. 551 Rv.) en dat hij is gehouden mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de voormelde pand- en hypotheekhouders gaan. Bij dit laatste is blijkens de m.v.t. (Bijl. Hand. II 1980-1981, 16593, nr. 3, p. 148.) gedacht aan de hoge preferenties van bijv. art. 30100303 lid 2 (kosten van behoud) en 30100305 lid 2 (kosten van bearbeiding van de zaak). Deze crediteuren zouden anders, gelet op het al genoemde (Hierboven, noot 15.) en door Paul Scholten in zijn noot daaronder gekritiseerde arrest HR 10 april 1941, niet aan hun trekken komen. (Zie over dit arrest o.a. Asser-Mijnssen, Zakenrecht 111, 1986, nr. 125, p. 103; Molenaar, Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen, Mon.NBW B-11, (1984), p. 66, beiden met verdere literatuur.)

### 3. *Bespreking van het middel*

3.1. Na het voorgaande zal het duidelijk zijn dat ik meen dat de onderdelen 1 t/m 4 als berustend op een onjuiste rechtsopvatting falen.

3.2. Onderdeel 5 betoogt dat, ook als aangenomen moet worden dat de bescherming die art. 504 lid 4 Rv aan de beslaglegger geeft bij faillissement niet verloren gaat, alleen de beslagleggende schuldeiser, i.c. de Amrobank, zich tegenover de hypotheekhouder daarop kan beroepen, terwijl in dit geding niet gebleken is dat de Amrobank zich jegens de bank op de relatieve nietigheid van de hypotheekovereenkomst heeft beroepen.

3.3. Over de vraag of op de bescherming van art. 505 lid 4 Rv door de beschermde beslaglegger een beroep moet worden gedaan lopen de meningen uiteen. De meeste schrijvers beantwoorden die vraag bevestigend. Aldus Mijnssen (Materieel beslagrecht, Studiepockets privaatrecht 42, 1987,

p. 53-54.) die daartoe verwijst naar Jansen (Executie- en beslagrecht, 1987, p. 158-159.), Van Rossem-Cleveringa (Art. 505, aant. 1, p. 1153.) en HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (m.nt. WMK) (beroep op het huurbeding van art. 1230 BW). (Ook Burgerlijke Rechtsvordering (Jansen), art. 505, aant. 5, lijkt zich op het standpunt te stellen dat de nietigheid moet worden ingeroepen wil zij werken. Zo ook Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, 1987, p. 310 bij noot 88. In deze zin verder ook Hof 's-Hertogenbosch 17 dec. 1970, zie hierboven onder 2.13.) Hugenholtz-Heemskerk (1986, p. 322.) meent echter dat de wet niet eist dat de beslaglegger zich tegenover de beslagdebiteur beroept op het verbod. Ook Oudelaar (Recht halen, Studiereeks procesrecht, 1983, p. 119-120.) is deze opvatting toegedaan. Het lijkt me dat ik hierop niet verder behoef in te gaan nu de curator in elk geval zich op de bescherming van art. 505 lid 4 heeft beroepen en hij, naar ik eerder uiteengezet heb, dat kon, terwijl ik nergens in literatuur of rechtspraak de opvatting ben tegengekomen en ook niet kan inzien dat hij daartoe de medewerking nodig zou hebben van de beslaglegger of dat de beslaglegger daarnaast zich ook op die bescherming zou (hebben) moeten beroepen.

3.4. Dit middelonderdeel moet hierop dan ook afstuiten.

3.5. Onderdeel 6 berust op de stelling dat de bank bij verkoop op grond van art. 1223 lid 2 BW niet gehouden zou zijn geweest de gehele opbrengst aan de curator af te dragen. Die stelling gaat echter niet op nu de curator, zich beroepend op art. 505 lid 4 en de daardoor geschapen voorrang, in een geval van verkoop door de bank op grond van art. 57 Fw tegenover de bank aanspraak kon maken op afdracht van de gehele opbrengst, nu deze geringer was dan het bedrag van de vordering waarvoor de Amrobank beslag had gelegd. Ook dit middelonderdeel kan dus niet slagen.

3.6. Tenslotte mist onderdeel 7 zelfstandige betekenis, zodat het onbesproken kan blijven.

#### 4. Slotsom

Nu geen der middelonderdelen slaagt dient het beroep te worden verworpen.

#### 5. Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

## Voorgaande uitspraak

### Gerechtshof

#### 2. De grieven:

De grieven van de Bank luiden dat de Rb. ten onrechte heeft overwogen dat:

I. het systeem van de wet met zich brengt, dat het door de Amrobank op 23 febr. 1981 ten laste van Koopmans gelegd beslag op diens onroerend goed op de faillissementsdatum, 20 jan. 1982, is opgegaan in het algemeen beslag ten behoeve van zijn crediteuren, in de wandeling aangeduid als faillissementsbeslag;

II. gedaagde als curator is getreden in de rechten welke de Amrobank als beslaglegger ingevolge art. 505 lid 4 Rv tegenover de Bank kon doen gelden, zodat, nu de curator zich jegens de Bank op de relatieve nietigheid van de aan de Bank verleende eerste hypotheek had beroepen, de Bank jegens de curator geen gebruik kon maken van haar hypothecaire rechten.

III. het uit een oogpunt van redelijke wetstoepassing onaanvaardbaar zou zijn, dat de Bank als hypotheekhoudster door het – door haarzelf aangevraagde – faillissement van Koopmans meer rechten zou krijgen dan zij voordien ingevolge art. 505 lid 4 Rv had;

IV. gezien het bedrag der vordering van de Amrobank op de datum van het faillissement van Koopmans (f 734 146,88) en de opbrengst van het onroerend goed (f 182 002,36) er geen sprake is van een voor de Bank als hypotheekhoudster overschietend bedrag;

V. de omvang van het door de Bank te vorderen bedrag niet meer behoeft te worden beoordeeld; en dat de Rb. ten onrechte:

VI. aan de Bank haar vorderingen heeft ontzegd met haar veroordeling in de kosten van het geding.

#### 3. Wat tussen pp. vast staat:

Het hof gaat uit van de door de Rb. onder het hoofd “gronden van de beslissing” sub 1 vastgestelde feiten, welke vaststelling door pp. in hoger beroep niet is betwist.

Evenmin is door geen der pp. bestreden de juistheid van de daarop sub 2 volgende omschrijving van hun geschil.

#### 4. De beoordeling van de grieven:

4.1. Het hof behandelt de eerste drie grieven tezamen.

De Bank stelt in haar toelichting voorop de relatieve werking van art. 505 lid 4 Rv ten gunste van de inbeslagnemer. De eigenaar wiens onroerend goed in beslag is genomen, mag dit goed vanaf de dag van de overschrijving van het beslag in de registers niet meer vervreemden, hypotheekeren, verhuren of verpachten, maar alleen de inbeslagnemer kan zich daarop beroepen. Tegenover hem kunnen overeenkomsten (en diensengevolge de eventueel daarop gevolgde zakelijke rechtshandelingen) in strijd met dat verbod aangegaan, niet worden ingeroepen.

Vervalt het beslag, aldus de Bank, dan vervalt tevens de bescherming die de bepaling aan de inbeslagnemer verleent, ook wanneer het beslag op grond van art. 33 lid 2 Fw ten gevolge van het vonnis van faillietverklaring vervalt. De schuldeiser aan wie na de inbeslagneming hypotheek is verleend en die het beding van art. 1223 lid 2 BW heeft gemaakt, kan diensengevolge na de faillietverklaring op grond van art. 57 lid 1 Fw zijn rechten uitoefenen “alsof er geen faillissement ware”. Het zou onverenigbaar met deze bepalingen en het systeem van de wet zijn indien het beslag zou “opgaan” in het faillissementsbeslag en de bescherming van de inbeslagnemer zou worden uitgebreid tot de door de curator vertegenwoordigde schuldenaar – de aanvankelijke wederpartij van de inbeslagnemer – en zelfs ook diens andere schuldeisers wier belangen de curator evenzeer behartigt.

Nu het beslag in het onderhavige geval was vervallen ten gevolge van de faillietverklaring van Koopmans, kon in de zienswijze van de Bank de curator niet meer treden in de rechten van de inbeslagnemer krachtens art. 505 lid 4 Rv.

4.2. Het hof is van oordeel dat de Bank aldus de wettelijke regeling meer naar de letter dan naar haar duidelijke bedoeling uitlegt. Art. 505 lid 4 Rv wil de inbeslagnemer de zekerheid geven dat hij het beslagen goed kan uitwinnen in de zakenrechtelijke toestand waarin hij het goed aantreft (waarbij verhuring en verpachting op een lijn worden gesteld met een zakelijke belasting van het goed). Tegenover een latere hypotheekhouder krijgt de inbeslagnemer aldus een voorrang bij het verhaal op het beslagen goed. Zou de wet de inbeslagnemer die zekerheid niet geven, dan zou een

beslag op onroerend goed voor de schuldeiser een hoogst onzeker executiemiddel zijn.

Van deze ratio van art. 505 lid 4 Rv uitgaande is het niet aanmerkelijk dat aan de voorrang van de inbeslagnemer ten opzichte van een latere hypotheekhouder een einde zou komen wanneer de schuldenaar op verzoek van de hypotheekhouder of een ander failliet wordt verklaard. Een faillissement tast ook niet de onderlinge rangorde aan zoals die ten tijde van de faillietverklaring tussen de schuldeisers bestaat. Wel zal de faillietverklaring ten gevolge hebben dat de oorspronkelijke inbeslagnemer de opbrengst van het goed tot het bedrag waarvoor hij verhaal kon nemen, moet delen met de andere schuldeisers van de failliet. Daardoor wordt de positie van de latere hypotheekhouder echter niet slechter dan zij voor het faillissement was.

4.3. Ook art. 33 lid 2 Fw dat gelegde beslagen bij faillietverklaring laat vervallen, staat niet in de weg aan deze conclusie. Het artikel laat het faillissement als algemeen beslag in de plaats treden van reeds gelegde beslagen, maar verbindt daaraan geen conquenties met betrekking tot de bestaande onderlinge rangorde tussen de schuldeisers. Het is thans echter de curator die optreedt ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren en het verhaal uitoefent dat zij voor het faillissement zelf konden uitoefenen.

4.4. Evenmin is, naar het oordeel van het hof, aan art. 57 lid 1 Fw dat bepaalt dat de eerste hypotheekhouder die het beding van art. 1223 BW heeft gemaakt, zijn rechten kan uitoefenen “alsof er geen faillissement ware”, een argument te ontleenen voor de zienswijze dat de werking van art. 505 lid 4 Rv ten opzichte van de latere hypotheekhouder ten gevolge van de faillietverklaring een einde zou nemen. Bij een toepassing van art. 57 lid 1 Fw naar de letter kan men – zoals de advocaat van de curator bij pleidooi in hoger beroep heeft opgemerkt – reeds op grond van de tekst van de bepaling tot de conclusie komen dat het intreden van het faillissement de werking van art. 505 lid 4 Rv niet kan uitschakelen nu art. 57 lid 1 Fw juist eist dat gehandeld wordt alsof er geen faillissement bestond. Wat daarvan zij, ook wanneer men de art. 505 lid 4 Rv 33 en 57 Fw tezamen in beschouwing neemt, moet men naar het oordeel van het hof, tot een soortgelijke conclusie komen. Zoals uit de voorafgaande overwegingen blijkt, gaat het hof er vanuit dat de ratio van art. 505 lid 4 Rv meebrengt dat de bescherming die deze bepaling

aan de inbeslagnemer geeft tegenover de latere hypotheekhouder, niet verloren gaat bij faillissement van de schuldenaar, en dat alsdan de curator daarop tegenover de hypotheekhouder een beroep kan doen.

4.5. De Bank heeft geen belang bij een verklaring voor recht dat zij de in art. 57 lid 1 Fw omschreven bevoegdheid had om als separatist paraat te executeren.

Het onroerend goed is inmiddels krachtens een tussen pp. getroffen regeling verkocht en geleverd en de opbrengst van het onroerend goed is lager geweest dan het bedrag waarvoor het beslag was gelegd. Onder deze omstandigheden zou de Bank, ook als zij krachtens art. 57 Fw zou hebben verkocht, de gehele opbrengst aan de curator hebben moeten afdragen.

4.6. Om deze redenen falen de eerste drie grieven en tevens de daarop voortbouwende vierde grief van de Bank tegen het vonnis van de rechtbank. Wat de vijfde grief betreft is het hof van oordeel dat, nu de opbrengst van het uitgewonnen goed minder bedraagt dan het bedrag waarvoor de schuldeiser/inbeslagnemer voldoening kon verlangen, deze grief, wat daar overigens ook van zij, niet van betekenis is voor hetgeen de Bank in hoger beroep vordert.

De zesde grief behoeft geen bespreking nu de vorige grieven falen.

##### 5. Conclusie:

Alle grieven falen en het bewijsaanbod van de Bank is niet terzake dienend. Derhalve dient het vonnis waarvan beroep te worden bekrachtigd met veroordeling van de Bank in de kosten van het hoger beroep.

##### Cassatiemiddel:

De cassatiegrond is schending van het recht.

De in cassatie bestreden beslissingen zijn vervat in de r.o. 4.2 t/m 4.6, waarop hierna nog wordt teruggekomen. Op de daarin vermelde gronden heeft het hof de grieven van de Bank – thans eisers tot cassatie – verworpen en het vonnis waarvan beroep bekrachtigd. Al deze beslissingen zijn onjuist om de navolgende, zonodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen.

1. Het hof heeft miskend, dat – anders dan het hof in r.o. 4.3 heeft overwogen – het faillissement van de schuldenaar niet als algemeen beslag in de plaats treedt van reeds gelegde beslagen. Ingevolge de bepalingen van art. 33 leden 1 en 2 Fw heeft

het vonnis van faillietverklaring tot gevolg – kort gezegd – dat een aangevangen tenuitvoerlegging op enig vermogensbestanddeel van de schuldenaar dadelijk een einde neemt en dat gelegde beslagen vervallen. Mede gelet op de bepaling van art. 23 Fw houdt dat in, dat met ingang van de dag van de faillietverklaring, voor wat betreft de wijze waarop een schuldeiser verhaal kan vinden op het vermogen van zijn schuldenaar een geheel nieuwe situatie is ontstaan, die door andere bepalingen wordt beheerst dan die omtrent de gevolgen van conservatoir of executoriaal beslag. Op grond daarvan is van een in de plaatstreding als door het hof bedoeld, geen sprake. Het hof heeft dan ook ten onrechte overwogen (r.o. 4.3 slot), dat de curator het verhaal uitoefent, dat de schuldeisers voor het faillissement zelf konden uitoefenen.

2. Verder heeft het hof in r.o. 4.2 miskend, dat de werking van art. 505 lid 4 Rv, voor zover het bepaalt, dat overeenkomsten in strijd met het verbod van die bepaling aangegaan, niet tegen de inbeslagnemer kunnen worden ingeroepen, alleen geldt buiten faillissement en dat na de faillietverklaring van de schuldenaar noch de oorspronkelijke inbeslagnemer noch de curator die bevoegdheid (meer) hebben. Dit vloeit voort uit de tekst van art. 505 lid 4 Rv en de strekking van deze bepaling. Die is, dat de nietigheid van de overeenkomsten, die na de (oorspronkelijke) inbeslagneming zijn aangegaan, alleen werkt tegen de (oorspronkelijke) inbeslagnemer en niet tegenover de andere schuldeisers, die geen, dan wel eerst na het sluiten van de desbetreffende overeenkomsten beslag hebben gelegd, zodat die overeenkomsten vanaf het moment van de faillietverklaring – ook tegenover de boedel ten volle werking behoren te hebben.

3. Evenzeer heeft het hof in r.o. 4.2 miskend, dat de bepaling van art. 505 lid 4 Rv niet een voorrang van een schuldeiser (de inbeslagnemer) boven een ander (een latere hypotheeknemer) beoogt te regelen, maar de verhouding tussen de inbeslagnemer, wiens beslag is overgeschreven en degenen, die op grond van een in art. 505 lid 4 Rv bedoelde overeenkomst rechten m.b.t. het inbeslaggenomen goed hebben verkregen. Aan die verhouding komt in geval van faillissement van de schuldenaar evenwel een einde, aangezien ingevolge art. 33 Fw de inbeslagnemer de tenuitvoerlegging niet kan vervolgen en zijn beslag vervalt. Voor zover bij art. 505 lid 4 Rv, de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers al aan de

orde zou zijn, heeft het hof ten onrechte aangenomen, (r.o. 4.2 en 4.3) dat daarin door de werking van art. 33 Fw geen verandering wordt gebracht. Op dezelfde grond is onjuist 's hofs overweging (r.o. 4.2 slot) dat de faillietverklaring wel tengevolge heeft, dat de oorspronkelijke inbeslagnemer de opbrengst van het goed tot het bedrag waarvoor hij verhaal kon nemen, moet delen met de andere schuldeisers van de failliet, nu immers de oorspronkelijke inbeslagnemer juist niet meer kan tenuitvoerleggen en de curator evenmin, zodat van verdeling door hem van de opbrengst van het goed tot het bedrag waarvoor de oorspronkelijke inbeslagnemer verhaal kon nemen, ook geen sprake kan zijn.

4. Ook de juiste betekenis en toepassing van art. 57 lid 1 Fw heeft het hof miskend. Het hof heeft ten onrechte niet aangenomen, dat juist doordat het beslag, dat voor de hypotheekverlening is overgeschreven, door het faillissement is vervallen, de hypotheekhouder die het beding van art. 1223 lid 2 BW heeft gemaakt, zijn rechten tegenover de boedel kan uitoefenen, alsof er geen faillissement ware. Ten onrechte heeft het hof dan ook geoordeeld (r.o. 4.4), dat de bescherming, die art. 505 lid 4 Rv aan de beslagnemer geeft bij faillissement van de schuldenaar niet verloren gaat en evenzeer ten onrechte, dat de curator daarop tegenover de hypotheekhouder een beroep kan doen.

5. Althans heeft het hof miskend, dat, indien aangenomen moet worden, dat de bescherming, die art. 505 lid 4 Rv aan de inbeslagnemer geeft, bij faillissement niet verloren gaat, alleen deze schuldeiser daarop tegenover de hypotheeknemer een beroep kan doen en niet de curator. Daarbij is van belang, dat in dit geding niet is gebleken, dat de oorspronkelijke inbeslagnemer (AMRO) zich jegens de Bank op de relatieve nietigheid van de hypotheekovereenkomst heeft beroepen.

6. Ten onrechte heeft het hof overwogen (r.o. 4.5), dat de Bank geen belang heeft bij een verklaring voor recht, dat zij de in art. 57 lid 1 Fw omschreven bevoegdheid had om als separatist paraat te executeren. Het hof heeft in verband hiermee ten onrechte betekenis toegekend aan de omstandigheid, dat de opbrengst van het onroerend goed lager is geweest dan het bedrag waarvoor het beslag is gelegd. Anders dan het hof heeft geoordeeld, zou de Bank in geval van verkoop o.g.v. art. 1223 lid 2 BW niet gehouden zijn geweest de gehele opbrengst aan de curator af te dragen.

7. Uit de voorafgaande onderdelen vloeit voort, dat hetgeen het hof in r.o. 4.6 heeft overwogen, evenmin in stand kan blijven.

## Hoge Raad

### *1. Het geding in feitelijke instanties*

Eiseres tot cassatie – verder te noemen de Bank – heeft bij exploit van 3 maart 1983 verweerder in cassatie – verder te noemen de curator – gedagvaard voor de Rb. te Amsterdam en gevorderd dat de Rb. bij vonnis:

a. voor recht zal verklaren dat de Bank in het faillissement van P.C.J. Koopmans, uitgesproken door de Rb. te Utrecht op 20 jan. 1982, haar rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement ware:

b. de curator zal veroordelen aan de Bank te betalen haar vordering, zijnde hoofdsom f 200 000 te vermeerderen met rente, en mitsdien de curator te veroordelen de rekening bij de ABN te Utrecht onder rekeningnummer: 55.51.60.335 vrij te geven ten behoeve van de Bank.

Nadat de curator tegen die vorderingen verweer had gevoerd, heeft de Rb. bij vonnis van 29 mei 1983 aan de Bank haar vorderingen ontzegd.

Tegen dit vonnis heeft de Bank hoger beroep ingesteld bij het Hof te Amsterdam. Bij arrest van 20 maart 1986 heeft het hof het vonnis van de Rb. bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### *2. Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft de Bank beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de wnd. A-G Asser strekt tot verwerping van het beroep.

### *3. Beoordeling van het middel*

3.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of, indien na de overschrijving in de openbare registers van een conservatoir beslag op een onroerend goed een recht van eerste hypotheek met het in art. 1223 lid 2 BW bedoelde beding is verleend aan een andere schuldeiser dan de beslaglegger en vervolgens de beslagdebiteur/hypotheekgever in staat van faillissement is verklaard, de hypotheek-

houder zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement ware dan wel de curator zich ten behoeve van de boedel kan beroepen op het in art. 505 lid 4 Rv neergelegde verbod. Deze vraag moet in laatstbedoelde zin worden beantwoord.

Het bepaalde in art 33 lid 2 Fw, waarop de Bank zich beroept, heeft wel tot gevolg dat de beslaglegger het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen, maar strekt niet ertoe elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan. Met name gaat daardoor de werking van art. 505 lid 4 Rv niet teniet ten gunste van degene aan wie in strijd met het in die bepaling vervatte verbod een recht van hypotheek is verleend.

Het stelsel van de Faillissementswet brengt mee dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van 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 4 Rv 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 2 BW bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen, dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger niet overtreft, en dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt.

3.2. De onderdelen 1 tot en met 4 van het middel berusten op een rechtsopvatting die blijkens het hiervoren overwogene niet juist is. Zij falen derhalve.

3.3. Onderdeel 5 mist doel omdat het miskent dat in geval van faillissement van de beslagdebiteur/hypotheekgever de curator het in art. 505 lid 4 Rv bepaalde geldend kan maken.

3.4. Onderdeel 6 kan evenmin slagen. Ervan uitgaande dat de opbrengst van het onroerend goed minder bedraagt dan het bedrag waarvoor het beslag was gelegd – welk uitgangspunt in cassatie niet wordt bestreden – heeft het hof met juistheid

geoordeeld dat de Bank, als zij op de voet van art. 57 Fw zou hebben verkocht, de gehele opbrengst aan de curator zou hebben moeten afdragen.

3.5. Uit het voorgaande volgt dat ook onderdeel 7 faalt.

#### 4. *Beslissing*

De HR:

verwerpt het beroep; veroordeelt de Bank in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

#### NOOT

1. Het arrest Banque de Suez uit 1988 kan het beste worden gelezen en begrepen tegen de achtergrond van het arrest Ontvangers/Amro, dat door de Hoge Raad drie jaar eerder werd gewezen. Zie HR 25 oktober 1985, *NJ* 1987/18. Het draait in beide arresten om de betekenis van een beslag dat is gelegd vóór de vestiging van een hypotheekrecht. In de casus die leidde tot het arrest Ontvangers/Amro, werd na de vestiging van het hypotheekrecht cumulatief beslag gelegd door een andere schuldeiser. In het arrest Banque de Suez werd de vestiging van het hypotheekrecht gevolgd door een faillissementsbeslag. Zie voor een bespreking van beide arresten H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998, p. 219-225. Men kan in het vervolg van deze noot voor hypotheekrecht ook pandrecht lezen; dat maakt voor de inhoudelijke beoordeling (bijna) niets uit.

2. In de zaak Ontvangers/Amro was dus de casus: beslag-hypotheekrecht-beslag. Iets vereenvoudigd lagen de kaarten als volgt. De eerste beslaglegger had een vordering van fl. 14.000, de hypotheekhouder had een vordering van fl. 450.000 en de beslagen van de fiscus waren gelegd voor (tezamen) fl. 1,1 miljoen. Het komt tot een executie en de te verdelen opbrengst is fl. 313.000. De vraag is: hoe moet dit bedrag worden verdeeld onder de beslagleggers en de hypotheekhouder? Als er geen hypotheek zou zijn gevestigd "tussen de beslagen door", dan zou de fiscus de gehele opbrengst hebben gekregen, vanwege zijn algemene voorrecht. De uitkomst in deze zaak is echter dat de anterieure beslaglegger zijn volledige vordering voldaan krijgt en dat de resterende fl.

299.000 toekomt aan de hypotheekhouder. De anterieure beslaglegger krijgt voorrang op de hypotheekhouder. De fiscus ontvangt niets. Het hypotheekrecht vormt als het ware een buffer tussen de anterieure en de posterieure beslaglegger, met als gevolg dat de anterieure beslaglegger is “gepromoveerd” tot hoogst gearangschikte schuldeiser. De treffende term “bufferfunctie” kan in dit verband worden toegeschreven aan A-G Leijten. Deze wijze van verdeling is in de literatuur door een groot aantal auteurs bekritiseerd. Zie naast het al genoemde artikel van Heyman & Bartels o.m. Asser Procesrecht/Stenekker 5 2019/463-465; J.J. van Hees, WPNR 2011/6882; F. Damsteegt-Molier, *Relative ring van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 195 e.v. en N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2019/7.4.2.5.

3. In het arrest Banque de Suez was de vraag aan de orde wat de gevolgen van de verdeling van de executieopbrengst zijn als het posterieure beslag geen “gewoon” individueel verhaalsbeslag is, maar een faillissementsbeslag. De casus is dus: beslag-hypotheekrecht-faillissement(sbeslag). In deze zaak was het faillissement aangevraagd door de hypotheekhouder (Banque de Suez), die kennelijk hoopte dat hij door het uitlokken van het faillissement de preferente positie van de anterieure beslaglegger (zie hiervoor) zou kunnen uitgummen. Immers: gelegde beslagen vervallen (art. 33 lid 2 Fw), dus dan zou de hypotheekhouder van plek 2 naar plek 1 stijgen. Voor de hypotheekhouder zou dat een gunstig scenario zijn omdat de vordering van de anterieure beslaglegger hoger was dan de executieopbrengst (fl. 734.000 tegen fl. 182.000). Die vlieger ging echter niet op. Het faillissement doet wel het anterieure beslag vervallen, maar doet niet alle effecten van dat beslag teniet.

4. Dit brengt mij bij de kern van het arrest Banque de Suez, die te vinden is in r.o. 3.1 van het arrest. Om te beginnen overweegt de Hoge Raad: “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 niet ertoe elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan. Met name gaat daardoor de werking van art. 505 lid 4 Rv [thans art. 505 lid 2 Rv, toev. SB] niet teniet ten gunste van degene aan wie in strijd met het in die bepaling vervatte verbod een recht van hypotheek is verleend.” Dit

deel van het arrest is nog altijd geldend recht. Vgl. ook HR 22 april 2005, «JOR» 2005/282, m.nt. Faber (*Reuser q.q./Postbank*). De hypotheekhouder kan zichzelf niet omhoog werken in de verdelingsrangorde door (met succes) het faillissement van zijn schuldenaar aan te vragen.

5. De Hoge Raad trekt vervolgens enkele lijnen en conclusies die naar mijn mening niet allemaal als geldend recht te beschouwen zijn. Juist is dat het strookt met het stelsel van de Faillissementswet en met de strekking van art. 505 lid 2 Rv dat na de faillietverklaring van de beslagdebiteur/hypotheekgever de curator zich ten behoeve van de boedel tegenover de hypotheekhouder kan beroepen op de blokkerende werking van het beslag. De Hoge Raad geeft aan “dat dit beroep tot gevolg heeft dat de hypotheekhouder de in art. 1223 lid 2 BW bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen”. Uit deze passage wordt door enkele schrijvers nog altijd afgeleid dat de zekerheidsge-rechtigde in een geval als dit geen recht van parate executie toekomt en dat alleen de curator tot executie mag overgaan. Zie W.H. van Boom, *Verhaal, uitwinning en rangorde*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020, p. 85. Vrij algemeen wordt echter aangenomen, en dat lijkt me terecht, dat het anterieure beslag er niet toe leidt dat de hypotheekhouder zijn separatistpositie en zijn recht van parate executie verliest. Direct na het arrest reageerde Van der Grinten al kritisch op dit deel van de uitspraak (*NJ* 1988/748, onder 3). Mijns inziens kan er naar geldend recht van worden uitgegaan dat de hypotheekhouder separatist blijft en daarom bevoegd is om tijdens faillissement gebruik te maken van het recht van parate executie. Het door art. 505 lid 2 Rv beschermde belang wordt door de curator ten behoeve van de boedel uitgeoefend, wat betekent dat hij – indien de hypotheekhouder geëxecuteerd heeft – op de voet van art. 57 lid 3 Fw aanspraak kan maken op een deel van de executieopbrengst. De hier beschreven benadering, die werd bepleit door Van der Grinten, past beter in het stelsel van de wet en kan rekenen op brede steun in de literatuur. Zie o.a. Asser Procesrecht/Stenekker 5 2019/466; V.H.B. Kruit & B.T. Verdam, in: *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag 2018, p. 764-765; M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief*, Deventer 2019, p. 194 e.v.; D.F.H. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:248 BW, aant. 2.4 en aant. 4.4 en dezelfde in *GS Vermogensrecht*, art. 3:268 BW, aant. 7.2.1; N.E.D. Faber,

in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 493-494, C. Rijkenberg, in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 519-520. Anders: Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/241; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017/6.1.4.4.

6. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3 ten slotte "dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt." Van der Grinten is er duidelijk over: "Ik zou menen, dat deze beslissing, *salva omni reverentia*, een vergissing van de HR is." Een opvatting die breed gedeeld wordt. Er is geen rechtvaardiging voor een achterstelling van de hypotheekhouder als schuldeiser. Ik verwijs naar de hiervoor onder 2 genoemde literatuur, nog aangevuld met H. Oudelaar, WPNR 1988/5887 en N.E.D. Faber, in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 494 ("Het afwijken de oordeel van de Hoge Raad (...) dient mijns inziens voor ongeschreven te worden gehouden.").

prof. mr. S.E. Bartels  
hoogleraar burgerlijk recht, verbonden aan het  
Onderzoekcentrum Onderneming & Recht  
(OO&R) van de Radboud Universiteit

## 107

**Hollander's kuikenbroederij. Wie is eigenaar van kuikens, uitgebroed uit onder eigendomsvoorbehoud aan kuikenbroederij geleverde eieren, en bij voorbaat geleverd aan derden?**

Hoge Raad  
24 maart 1995, nr. 15.622,  
ECLI:NL:HR:1995:ZC1680  
(mr. Martens, mr. Mijnsen, mr. Korthals  
Altes, mr. Heemskerk, mr. Swens-Donner)  
(Concl. A-G Hartkamp)  
Noot mr. A. Steneker

**Eigendomsoverdracht tot zekerheid. (Dubbele) levering bij voorbaat van (toekomstige) goederen. Leverancier levert eieren onder eigendomsvoorbehoud aan kuikenbroederij, die de (toekomstige) kuikens uit de uitgebroede eieren twee keer bij voorbaat levert. Levering werkt niet tegen iemand die goederen eerder bij voorbaat heeft verkregen, ongeacht een wilswijziging van de vervreemder. Omvang eigendomsvoorbehoud. Zaaksvorming. Door het kunstmatig uitbroeden van eieren zijn nieuwe zaken (kuikens) ontstaan. Natuurlijke vruchten. Kuikens zijn naar verkeersopvatting geen natuurlijke vruchten van de eieren. Voorrecht tot behoud van een goed.**

[BW art. 3:9, 3:92, 3:97, 3:284, 5:16; BW (oud) art. 1185]

*Ook naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht, dat te dezen toepasselijk is, werkt de levering van een toekomstig goed bij voorbaat niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. Zulks geldt met betrekking tot roerende zaken ook indien de vervreemder de bij voorbaat geleverde roerende zaken, op het tijdstip waarop hij deze onder zich krijgt, wil gaan houden voor een ander. Dat kan anders zijn indien degene die roerende zaken ingevolge een eerdere levering bij voorbaat in besinsel zou verkrijgen, met de vervreemder is overeengekomen dat deze de vrijheid heeft zich*