

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/160758>

Please be advised that this information was generated on 2021-03-09 and may be subject to change.

# Privaatrecht en strafrecht bij beschikken over vastgoed in weerwil van beslag

Steven Bartels, Hans Heyman & Valérie Tweehuysen<sup>1</sup>

Het civiele recht houdt uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid van een op zichzelf geldige overdracht van een beslagen goed. Een dergelijke beschikking kan alleen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Nu kan het natuurlijk wel zo zijn dat hetgeen privaatrechtelijk mogelijk is, strafrechtelijk niet is toegestaan. Bij registergoederen zou de consequentie daarvan echter zijn dat *de facto* overdracht ook niet eens meer mogelijk zal zijn, aangezien de notaris zijn medewerking aan het transport zal moeten weigeren. Vanuit systematisch oogpunt vinden auteurs dit moeilijk te verkroppen, omdat daarmee de blokkerende werking van beslag praktisch absoluut wordt. Dat is nu juist *niet* wat de Hoge Raad in civiele zaken heeft geoordeeld.

## 1. Inleiding

Een onroerende zaak waarop beslag is gelegd, wordt door de beslagene overgedragen. Het beslag 'volgt' de zaak. De verkrijger wordt dus eigenaar van een beslagen zaak. De mogelijkheid voor de beslaglegger zich te verhalen op de (opbrengst van de) onroerende zaak wordt door de overdracht in beginsel niet aangetast. Voor een civilist is dit een heel korte weergave van het geldende recht. In een reeks van uitspraken heeft de Hoge Raad in de laatste twee decennia gepreciseerd en daarna bevestigd wat de rechtsgevolgen zijn van een overdracht (of bezwaring) in weerwil van een gelegd beslag. Nergens wordt in die rechtspraak betwijfeld dat de beschikking rechtsgeldig is. Sterker nog, de lijn van de rechtspraak is nu juist dat de overdracht geldig is, ook ten opzichte van de beslaglegger.<sup>2</sup>

In de literatuur lijkt echter aangenomen te worden dat het overdragen of bezwaren van een beslagen goed steeds of vrijwel steeds een strafbaar feit oplevert.<sup>3</sup> Ook een betaling door de derde-beslagene aan de beslagdebiteur zou strafbaar zijn. Deze gedachte is gebaseerd op artikel 198 Sr en de rechtspraak over dat wetsartikel. Enigszins ingekort bepaalt artikel 198 Sr dat

[h]ij die opzettelijk enig goed aan het (...) daarop gelegd beslag (...) onttrekt (...), wordt gestraft met [een] gevangenisstraf (...) of geldboete (...).

Men denkt bij onttrekking wellicht vooral aan roerende zaken, maar zoals blijkt uit de nog te bespreken jurisprudentie, heeft artikel 198 Sr ook betrekking op onroerende zaken.

Het vereiste van opzet brengt mee dat levering in weerwil van een beslag, dat vlak vóór de voltooiing van de levering wordt gelegd en waarvan eerst blijkt bij de zogenoemde narecherche als de overdracht reeds een feit is, in elk geval niet strafbaar is. Daarmee valt een belangrijke groep gevallen van levering in weerwil van beslag reeds buiten het bereik van het strafrecht. In het navolgende gaat het om de in de vastgoedpraktijk betrekkelijk zeldzame gevallen waarin partijen bewust over een beslagen goed willen beschikken en waarbij de vraag opkomt of de notaris daaraan mee mag werken. Een notaris mag namelijk geen medewerking verlenen aan een rechtshandeling die een strafbaar feit oplevert.<sup>4</sup> De combinatie van strafbaarheid en verplichte notariële betrokkenheid zou bij vastgoedtransacties tot het resultaat leiden dat over beslagen registergoederen *de facto* niet kan worden beschikt. Het is daarom vanuit civielrechtelijk oogpunt van belang om te weten wat moet worden verstaan onder 'onttrekken' aan het beslag in de zin van artikel 198 Sr.

In de arresten van de civiele kamer van de Hoge Raad wordt uitgegaan van de geldigheid van beschikkingen in weerwil van beslag. Daarom ligt het vanuit civielrechtelijk

oogpunt niet voor de hand het enkele beschikken als onttrekking in de zin van artikel 198 Sr te beschouwen. In par. 2 schetsen wij dit privaatrechtelijke kader. Maar strafrecht is geen privaatrecht,<sup>5</sup> we onderzoeken daarom of er strafrechtelijke argumenten bestaan om tot een andere conclusie te komen. Om antwoord te geven op de vraag wat onttrekking in de zin van artikel 198 Sr is, is het noodzakelijk de rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 198 Sr heel precies te analyseren. Dat doen wij in par. 3. We bekijken naast de rechtspraak en literatuur over artikel 198 Sr ook artikel 348 Sr omdat het begrip onttrekking ook in dat wetsartikel een centrale plaats inneemt. In par. 4 sluiten wij af met een conclusie.

## 2. Privaatrechtelijke gevolgen van vervreemden, bezwaren en betalen in weerwil van beslag

Over de privaatrechtelijke gevolgen van handelen in weerwil van een gelegd beslag is veel, tamelijk recente, rechtspraak en literatuur voorhanden. De lijn met betrekking tot overdracht is duidelijk: overdracht van een beslagen goed is mogelijk en leidt tot de verkrijging van een beslagen goed, tenzij het beslag vervalt als gevolg van derdenbescherming.<sup>6</sup> We bespreken kort twee (bekende) arresten van de Hoge Raad om dit stelsel weer te geven.

In het arrest *Forward/Huber*<sup>7</sup> werd op een onroerende zaak conservatoir verhaalsbeslag gelegd. Niettemin werd de zaak door de rechthebbende overgedragen. In kort geding wordt daarna het beslag uitvoerbaar bij voorraad opgeheven, maar in hoger beroep wordt dit vonnis vernietigd. De vraag die aan de orde was, is of het beslag na vernietiging van het opheffingsvonnis in hoger beroep herleeft, of dat de overdracht van de onroerende zaak daaraan in de weg staat. Indien de zaak *na* uitvoerbaar bij voorraad verklaarde opheffing wordt overgedragen, herleeft het beslag na vernietiging van de opheffing in hoger beroep namelijk niet, omdat de tussentijdse wijziging in de rechtstoestand moet worden geëerbiedigd. Is dat nu ook het geval indien de zaak *voor* de opheffing wordt overgedragen? De Hoge Raad oordeelde dat ook dan de (door de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde opheffing)

gewijzigde rechtstoestand moet worden geëerbiedigd, zodat het beslag niet kan herleven.

Naar onze mening zijn terecht kanttekeningen geplaatst bij dit oordeel van de Hoge Raad,<sup>8</sup> maar daar gaat het ons hier niet om. Van belang is de manier waarop de Hoge Raad de zogenoemde 'blokkerende werking' van het beslag van artikel 505 lid 2 Rv behandelt.<sup>9</sup> De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.2 dat een beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid leidt en dat het beslag niet in de weg staat aan overdracht van het beslagen goed. Wel brengt beslag mee dat een vervreemding of bezwaring die plaatsvindt na dat beslag ingevolge artikel 505 lid 2 Rv niet ingeroepen kan worden tegen de beslaglegger. Hiermee is de kiem gelegd voor de zogenoemde 'zaaksgevolgbenadering', waarvoor de Hoge Raad naar algemeen wordt aangenomen definitief heeft gekozen in het hierna te bespreken arrest *Ontvanger/De Jong*.

## De blokkerende werking van het beslag heeft een gevolg dat lijkt op het zaaksgevolg dat aan beperkte rechten is verbonden

In het arrest *Ontvanger/De Jong*<sup>10</sup> werd een beslagen roerende zaak verkocht en geleverd. Na de overdracht gingen zowel de vervreemder als de verkrijger failliet. De Hoge Raad overwoog in rechtsoverweging 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 dat een na de inbeslagname tot stand gekomen vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, brengt mee dat

### Auteurs

1. Prof. mr. S.E. Bartels en mr. dr. V. Tweehuysen zijn verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen, prof. mr. H.W. Heyman is em. hoogleraar notarieel en burgerlijk recht te Utrecht en oud-notaris te Rotterdam.

### Noten

2. Zie HR 5 september 2008, NJ 2009/154 (*Forward/Huber*); HR 20 februari 2009, NJ 2009/376 (*Ontvanger/De Jong*). Zie over dit onderwerp onder meer S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR* 1998, afl. 6306/6307,

p. 192-196, 207-210; J.J. van Hees in zijn noten onder Rb. Amsterdam 5 juni 1996, *JOR* 1996/90 en HR 3 mei 1996, *JOR* 1996/61; J.J. van Hees, 'Notaris en faillissement', in: R.L. Albers-Dingemans, *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Preadvies KNB 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 91; A. van Loon, 'Vervreemding in weerwil van een verhaalsbeslag: hoe ver moet de bescherming van de beslaglegger gaan?', *NTBR* 2012/15 met verdere verwijzingen. Overigens stond onder het oude recht al vast dat beslag blokkerende werking heeft en dat overdracht van een beslagen goed in beginsel mogelijk is.

3. M. Den Besten, 'Wacht tot het rode licht gedooft is... Of niet', *Advocatenblad* 2009,

p. 50-53; T.R.B. de Greve, 'De "blokkerende" werking van een beslag en de gevolgen van onttrekking aan beslag', *Tvl* 2009/10; A. Karapetian, 'De betekenis van het onttrekkingsbegrip van art. 348 Sr', *Tvl* 2014/42; D.M. de Knijff, 'Nut en noodzaak van art. 198 Sr en "gerommel" met beslagen', *BER* 2012, afl. 1, p. 23-26. Zie voorts G.C. van Daal, 'Executoriaal verhaalsbeslag op aandelen in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid', *Ondernehmensrecht* 2008/145; H.J. Snijders, 'Beschikking in weerwil van een beslag, een kritische analyse van de rechtspraak over de blokkeringsregel', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid. Liber Amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer

2014, p. 360.

4. Art. 21 lid 2 Wna, zie B.C.M. Waaier, *J.C.H. Melis. De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012, par. 14.1, 14.3.

5. Zie H.A. Demeersman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint BV 1985, p. 579, 643-644; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 36.

6. Zie art. 453a, 505 lid 2 en 3 Rv.

7. HR 5 september 2008, NJ 2009/154.

8. Steneker, *JOR* 2008/320; vergelijk Loesberg, *JBPR* 2008/52.

9. Zie Van Mierlo, *NJ* 2009/154.

10. HR 20 februari 2009, NJ 2009/376.



de beslaglegger bevoegd blijft zijn door de inbeslag-neming 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 blokkerende werking van het beslag heeft dus een gevolg dat lijkt op het zaaksgevolg dat aan beperkte rechten is verbonden. Het beslag blijft op het goed rusten, ook al wordt het goed in eigendom overgedragen.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat een faillissement van de schuldenaar de beslaglegger niet deert, omdat het goed zich niet meer in het vermogen van de schuldenaar bevindt en dus niet wordt getroffen door het algemene faillissementsbeslag. Omgekeerd valt het beslag goed wél onder het faillissementsbeslag van de verkrijger. De beslaglegger dient zijn vordering bij de curator van de verkrijger ter verificatie aan te melden, waarna hij overeenkomstig zijn rang via de uitdelingslijst het hem toekomende zal ontvangen.<sup>11</sup>

Het is maar een kleine stap van overdracht van een beslagen goed naar de bezwaring van een dergelijk goed. Onder meer in de arresten *Ontvangers/Amro*<sup>12</sup> en *Banque de Suez/Bijkerk*<sup>13</sup> werd een goed bezwaard met een hypotheekrecht nadat het beslagen was. In beide zaken wordt er zonder meer van uitgegaan dat de gevestigde hypotheekrechten geldig zijn gevestigd. Dat voor de vestiging van het hypotheekrecht reeds beslag was gelegd, is alleen relevant in verband met de verdeling van de executieopbrengst. Je zou kunnen zeggen dat het beslag de kenmer-

ken heeft van een beperkt (verhaals)recht, zonder voorrang, maar mét zaaksgevolg.<sup>14</sup>

Minder uitgekristalliseerd zijn de rechtsgevolgen als een vordering ondanks het beslag door de derde-beslagene wordt voldaan aan de beslagene (althans een ander dan de deurwaarder<sup>15</sup> van de beslaglegger). Het ‘oplossen’ van dit vraagstuk valt buiten het bestek van dit opstel, en verdient gedetailleerde uitwerking. Wij volstaan hier met een korte beschrijving van onze visie hierop. Wij menen dat in een dergelijk geval sprake is van bevrijdende betaling en dat de beslagen vordering tenietgaat, maar dat de beslaglegger zich als enige op het standpunt kan stellen dat de derde-beslagene nogmaals moet betalen, namelijk aan de deurwaarder.<sup>16</sup> De vordering bestaat alleen nog als men het bekijkt vanuit het perspectief van de beslaglegger.<sup>17</sup> De beslagene zelf heeft geen vordering meer op de derde-beslagene; andere schuldeisers van de beslagene kunnen geen cumulatief verhaalsbeslag leggen.<sup>18</sup> Wat zij wel kunnen doen, is het faillissement van de beslagene uitlokken. In dat geval vervalt het beslag, voor zover dat – vanuit het perspectief van de beslaglegger – nog bestond.<sup>19</sup> Dat is fair, omdat de beslaglegger daarmee in dezelfde positie wordt gebracht als hij zou hebben verkeerd als niet in weerwil van het beslag zou zijn betaald. Het zou een ongerechtvaardigde bevoordeling van deze crediteur zijn als hij buiten de concursus zou blijven. De curator oefent in het faillissement de bevoegdheden van de beslaglegger uit en de derde-beslagene kan door hem gedwongen worden nogmaals te betalen.<sup>20</sup>

In de rechtspraak noch de literatuur van privaatrechtelijke signatuur zijn wij de gedachte tegengekomen dat de rechtshandelingen die in weerwil van beslag werden verricht nietig zouden kunnen zijn op grond van artikel 3:40 BW.<sup>21</sup> Toch zou die gedachte op moeten komen, indien overdracht of bezwaring in weerwil van beslag een onttrekking aan het beslag in de zin van artikel 198 Sr zou zijn. In dat geval zou de overdracht of bezwaring immers op grond van artikel 3:40 lid 1 of lid 2 BW nietig kunnen zijn. De rechter zou de nietigheid zelfs ambtshalve moeten vaststellen.

### 3. Strafbare onttrekking

Wat niet mag, is 'onttrekken'. Wanneer is daarvan sprake? Is de loutere overdracht, zonder dat daardoor het beslag vervalt, al onttrekking? Of moet er meer aan de hand zijn, waarbij te denken valt aan het feitelijk bemoeilijken of onmogelijk maken van verhaal?

#### Rechtspraak over artikel 198 Sr

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is een duidelijke lijn te zien waarbij wordt benadrukt dat artikel 198 Sr niet strekt tot bescherming van de belangen van de beslaglegger maar tot eerbiediging van een daad van het openbaar gezag. Dat in een concreet geval de verhaalsmogelijkheden van de beslaglegger niet zijn benadeeld, doet daarom niet ter zake.<sup>22</sup>

## Artikel 198 Sr strekt niet tot bescherming van de belangen van de beslaglegger maar tot eerbiediging van een daad van het openbaar gezag

Reeds in 1910 oordeelde de Hoge Raad in die lijn.<sup>23</sup> Een roerende zaak werd weggenomen uit de woning waarin door de deurwaarder op de zaak beslag was gelegd. De verdachte betoogde dat geen sprake was van onttrekking omdat het vonnis uit kracht waarvan beslag was gelegd niet tegen hem, de eigenaar van de zaak, was geweest,

maar tegen een derde. Deze omstandigheid was volgens de Hoge Raad niet relevant, omdat:

'[...] het artikel niet op het oog heeft bescherming der belangen van de bij het beslag betrokken personen, maar eerbiediging van een daad van het openbaar gezag, wiens plicht alleen medebrengt te zorgen voor de formeele rechtmatigheid van het beslag [...].'

Bij een geval van maritaal beslag oordeelde de Hoge Raad in 1975 langs dezelfde lijn.<sup>24</sup> De man heeft een aantal goederen uit het huis waar de vrouw woonde weggehaald, terwijl op deze goederen beslag rustte. De man verweerde zich door te stellen dat de rechten van de vrouw niet waren bekort omdat hij slechts zijn persoonlijke zaken had meegenomen en ten minste driekwart van de goederen bij de vrouw had achtergelaten. De Hoge Raad overwoog:

'dat ook dit [middel] niet kan slagen aangezien de omstandigheid dat de rechten van de echtgenote van req. in genen dele zouden zijn bekort, de toepasselijkheid van art. 198 Sr. niet raakt, immers deze bepaling niet beoogt de bescherming van de belangen van de bij het beslag betrokken personen maar eerbiediging van een daad van het openbaar gezag.'

Een arrest van de Hoge Raad uit 1992 betrof een derdenbeslag.<sup>25</sup> De derde-beslagene betaalde in weerwil van het beslag een gedeelte van de vordering aan de beslagdebiteur. Advocaat-generaal Meijers was van mening dat dit geen onttrekking in de zin van artikel 198 Sr oplevert, omdat de beslaglegger alsnog van de derde betaling kan vorderen: het beslag is op de vordering blijven liggen.<sup>26</sup> De Hoge Raad oordeelde echter anders:

'[D]e vordering [...] [is] tot het bedrag van [de] betaling tenietgegaan en mitsdien in zoverre aan het gelegde beslag onttrokken. Daaraan doet niet af dat [de derde-beslagene] ingevolge het te dezen toepasselijke art. 475 Rv gehouden blijft aan de beslaglegger [...] eenzelfde bedrag te betalen en de ontvanger, zo [de derde-beslagene] daartoe in staat zou zijn, geen nadeel zou lijden, aangezien art. 198 Sr niet beoogt de bescherming van de bij het beslag betrokken personen maar eerbiediging van een daad van het openbaar gezag.'

In een arrest uit 1995 ging het om een onroerende zaak waarvan na beslag grond werd afgegraven.<sup>27</sup> De verdedi-

11. Zie ook HR 13 november 2015, *JOR* 2016/24 (*Yukos*), r.o. 3.5.2-3.

12. HR 25 oktober 1985, *NJ* 1987/18.

13. HR 13 mei 1988, *NJ* 1988/748.

14. Zie H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998, p. 219-225; J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011, afl. 6882, p. 325-330.

15. Zie art. 477 lid 1 Rv.

16. Of, in geval van alimentatiebeslag, rechtstreeks aan de beslaglegger, art. 479e Rv.

17. Aldus ook N.E.D. Faber, 'Betalen in weerwil van een derdenbeslag', in: N.E.D. Faber e.a., *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 484-503, p. 491. Zie ook L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, nr. 167-168, 491.

18. Vergelijk Broekveldt, 2003, nr. 450.

19. Broekveldt 2003, nr. 198 wijst er onder

verwijzing naar jurisprudentie op dat het beslag niet ten gevolge van art. 33 lid 2 Fw kan vervallen, omdat het vorderingsrecht niet meer tot het door faillissement getroffen vermogen behoort. Op zichzelf is dit juist, maar het is evenzeer juist dat de betaling niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen en de vordering vanuit zijn perspectief nog bestaat.

20. Aldus ook Faber, 2009, p. 498-500.

21. Vergelijk Faber, 2009, p. 488; Rb.

Zutphen 28 maart 2007,

ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0966, r.o. 9.7.

22. Zie ook Noyon/Remmelink/Langemeijer Strafrecht, art. 198, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 1 juni 2004).

23. HR 23 mei 1910, *W* 1910/9041.

24. HR 8 april 1975, *NJ* 1975/297.

25. HR 29 oktober 1991, *NJ* 1992/267.

26. Nr. 22 van de conclusie.

27. HR 30 mei 1995, *NJ* 1995/622.

ging voerde aan dat door het afgraven de verhaalsmogelijkheid of waarde niet was verminderd. Advocaat-generaal Fokkens zet uiteen dat de civielrechtelijke blokkerende werking van het beslag onderscheiden moet worden van de strafrechtelijke blokkering waarop artikel 198 Sr ziet. Die bepaling strekt tot het afdwingen van eerbiediging

## Advocaat-generaal Fokkens zet uiteen dat de civielrechtelijke blokkerende werking van het beslag onderscheiden moet worden van de strafrechtelijke blokkering waarop artikel 198 Sr ziet

van een daad van het openbaar gezag. Het doet niet ter zake dat de beslaglegger niet is benadeeld. Volgens hem is daarom sprake van onttrekking. Ook de Hoge Raad is van oordeel dat sprake is van onttrekking in de zin van artikel 198 Sr, maar acht daarbij van belang dat door het roerend worden van de grond, het beslag niet meer op de (afgegraven) grond rust.<sup>28</sup>

‘6.3 [...] Geen rechtsregel brengt mee dat de eenmaal afgegraven grond nog valt onder het op de percelen grond gelegde beslag in geval die grond zich nog in de macht van de beslagene zou bevinden. Voor de vraag of sprake is van onttrekken in de zin van art. 198 Sr is ook niet relevant of de beslaglegger door de aan de beslagene verweten gedraging benadeeld – of bevoordeeld – is, aangezien art. 198 Sr niet beoogt de belangen van de beslaglegger te beschermen doch strekt tot eerbiediging van een daad van het openbaar gezag.’

### Standpunten in de literatuur over artikel 198 Sr

De conclusie die geregeld in de literatuur wordt getrokken uit deze rechtspraak, is dat vervreemding en bezwaring (vrijwel) steeds strafbaar zijn.

Den Besten schrijft bijvoorbeeld:

‘Men zou kunnen betogen dat de beslagene die het beslagen goed vóór opheffing van het beslag vervreemdt, dat doet “onder last van het beslag”. De derdeverkrijger verkrijgt daarmee slechts “relatief bezwaard”, zodat van “onttrekken” aan het beslag strikt genomen geen sprake is. Deze benadering heeft evenwel tot gevolg dat ook wanneer het beslag na de vervreemding niet wordt opgeheven, er geen sprake is van strafbaar handelen, omdat ook in dat geval de derdeverkrijger slechts “relatief bezwaard” heeft verkregen. Art. 198 Sr zou daarmee voor civielrechtelijke beslagen volkomen zinledig zijn, hetgeen echter niet het geval is, zodat deze benadering niet als juist kan worden aanvaard.’<sup>29</sup>

Den Besten hanteert als ‘algemeen criterium’ dat ‘het betreffende goed buiten de (feitelijke) macht van de beslagene wordt gebracht’.<sup>30</sup> Hij komt tot de (voorzichtige) conclusie dat ‘een levering per *constitutum possessorium* [...] geen ‘onttrekking’ [lijkt] op te leveren’.<sup>31</sup> Bij onroerende zaken is een vervreemding in zijn ogen wel steeds ‘onttrekking’, omdat de zaak zich dan niet meer in de (feitelijke) macht van de beslagene bevindt.<sup>32</sup>

De Greve schrijft onder verwijzing naar Den Besten in het kader van de blokkerende werking van beslag dat

‘[i]n de praktijk blijkt dat niet iedereen voldoende bekend is met het feit dat onttrekking aan beslag een misdrijf is waarbij niet de belangen van de beslaglegger maar de eerbiediging van het openbaar gezag centraal staat en dat elke vorm van eigenrichting niet is toegestaan.’<sup>33</sup>

Tuil leidt uit de bepalingen over de blokkerende werking van het beslag af dat de beslagene verplicht is zich te onthouden van die handelingen waarop de blokkering betrekking heeft.<sup>34</sup> Voorts schrijft hij:

‘Zo worden [in de rechtspraak] beschikkingshandelingen ten aanzien van beslagen goederen [...] als onrechtmatig en/of strafbaar gekwalificeerd.’<sup>35</sup>

De Knijff benadrukt dat het irrelevant is of de beslaglegger benadeeld of bevoordeeld is door de onttrekking:

‘Het gaat vanuit het perspectief van het strafrecht niet om de belangen van de beslaglegger, maar uitsluitend om de eerbiediging van het openbaar gezag. (...) Zo bezien lijkt het dus weinig zinvol om (...) de vraag te stellen of straf(vervolg)ing naast de blokkerende werking nuttig is. Vanuit strafrechtelijk perspectief is dat altijd nuttig en zelfs noodzakelijk.(...) De blokkerende werking van art. 50[5] lid 2 Rv lijkt een afdoende waarborg tegen “rommelen”. Het beslag wordt immers in de openbare registers ingeschreven. Een notaris zal aan vervreemding of bezwaring geen ministerie (kunnen) verlenen.’<sup>36</sup>

De Knijff lijkt aan te nemen dat het beschikken in weerwil van beslag in beginsel een onttrekking in de zin van artikel 198 Sr oplevert, tenzij de beslaglegger in heeft gestemd met de overdracht.<sup>37</sup>

### Analyse rechtspraak en literatuur over artikel 198 Sr

In de literatuur waarin aandacht wordt besteed aan het overdragen of bezwaren van een goed in weerwil van beslag wordt – soms expliciet, soms impliciet – aangenomen dat het beschikken *op zichzelf* genomen al een onttrekking in de zin van artikel 198 Sr oplevert. Daarbij wordt onder meer als argument gehanteerd de telkens ook door de Hoge Raad aangehaalde frase dat niet relevant is of de beslaglegger benadeeld is, aangezien artikel 198 Sr niet beoogt de belangen van de beslaglegger te beschermen, maar strekt tot eerbiediging van een daad van het openbaar gezag.

Naar onze mening dient de jurisprudentie van de Hoge Raad over artikel 198 Sr echter op een andere

manier begrepen te worden. Een precieze analyse daarvan laat zien dat het de Hoge Raad wel degelijk te doen is om het oogmerk van het beperken van de verhaalsmogelijkheid. De daad van het openbaar gezag beschermt de mogelijkheid van verhaal en die mogelijkheid mag niet met opzet gefrustreerd worden.<sup>38</sup>

In de jurisprudentie van de Hoge Raad over artikel 198 Sr, hiervóór besproken, was telkens meer aan de hand dan de enkele beschikkingshandeling op grond waarvan de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat sprake was van onttrekking. In de arresten uit 1910 en 1975 ging het om het fysiek verplaatsen en uit de macht van de beslagene brengen van de zaak. In het arrest van 1992 was het tenietgaan van de vordering een reden voor de Hoge Raad om te oordelen dat de vordering aan het beslag was onttrokken. In het arrest van 1995 was van belang dat door het roerend worden van de grond, deze niet meer onder het beslag begrepen was. In geen van deze gevallen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de overdracht (of een bezwaring) op zichzelf al gezien moet worden als een onttrekking. Als het beslagobject verdwijnt, wordt vernietigd of in waarde wordt teruggebracht, dan wordt de daad van openbaar gezag niet geëerbiedigd en is sprake van onttrekking in de zin van artikel 198 Sr.

De overweging van de Hoge Raad dat het niet ter zake doet dat de beslaglegger niet slechter van de desbetreffende handeling is geworden, heeft naar ons idee betrekking op het feit dat indien een onttrekking heeft plaatsgevonden, de dader niet wordt gedisciplineerd doordat de beslaglegger door de hele gang van zaken *uiteindelijk* niet benadeeld blijkt te zijn. Op deze manier wordt het enkele feit dat iemand handelt in strijd met een daad van het openbaar gezag bestraft. Zo is bijvoorbeeld het weg nemen van een waardevol bestanddeel van een zaak onttrekking, ook al zou de waarde van de zaak nog steeds genoeg zijn om de beslaglegger te voldoen. Door de omvang van het beslagobject te verminderen is het beslag als daad van openbaar gezag niet geëerbiedigd. Hetzelfde geldt in de besproken gevallen van de betaling in weerwil van beslag, het feitelijk verplaatsen van een roerende zaak en het afgraven van een stuk grond. Telkens is daarbij sprake van onttrekking omdat afbreuk wordt gedaan aan het door het openbaar gezag bewaren en 'apart zetten' van het goed zodat daar verhaal op genomen kan worden.

Bij overdracht of bezwaring van een beslagen onroerende zaak (of ruimer: registergoed) is daarvan geen sprake. Het overdragen of bezwaren van een zaak waar beslag op rust, is naar onze mening op zichzelf nog niet te karakteriseren als 'onttrekking'. Door de blokkerende werking van het beslag blijft het goed beslagen en beschikbaar voor verhaal. Dit kan anders zijn indien de zaak vervolgens wordt verborgen of zoekgemaakt. Bij een onroerende zaak is dat niet goed voor te stellen. Wel is voorstelbaar

dat na de overdracht de onroerende zaak wordt beschadigd, vernield of gesloopt, hetgeen een onttrekking in zou kunnen houden. Vergelijk het gegeven voorbeeld over de verwijdering van een waardevol bestanddeel en het arrest van de Hoge Raad uit 1995 over de afgegraven grond. Ook zou overdracht aan een niet solide partij tot onttrekking kunnen leiden. Het gevolg van de eerder besproken 'zaaksgevolgbenadering' is namelijk dat daardoor de verhaalspositie van de beslaglegger minder goed wordt. Het beslagen goed valt immers onder een eventueel faillissementsbeslag van de verkrijger.

Hoe zit het met het uit de feitelijke macht van de beslagene brengen van de zaak? Den Besten is van mening dat overdracht van een onroerende zaak – anders dan een roerende zaak, die cp geleverd kan worden<sup>39</sup> – ertoe leidt dat de zaak zich niet meer in de feitelijke macht van de beslagene bevindt, zodat de beslagene de zaak heeft onttrokken aan het beslag.<sup>40</sup> Naar ons idee dient dit 'algemene criterium' van Den Besten dat het goed buiten de (feitelijke) macht van de beslagene wordt gebracht te worden genuanceerd.

## Een precieze analyse van de jurisprudentie laat zien dat het de Hoge Raad wel degelijk te doen is om het oogmerk van het beperken van de verhaalsmogelijkheid

Ten eerste houdt levering van een onroerende zaak nog niet in dat de beslagene geen feitelijke macht meer kan hebben over de zaak. Ten tweede sluit het 'algemene criterium' dat Den Besten formuleert niet aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Het uit de feitelijke macht van de beslagene brengen van de zaak *kan* onttrekking inhouden, maar is geen noodzakelijke voorwaarde voor onttrekking in de zin van artikel 198 Sr. De afgegraven grond was immers in de zaak die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 1995 nog in de macht van de beslagene. Alleen: doordat de grond was afgescheiden, roerend gemaakt, viel hij niet langer onder het beslag dat was gelegd op de onroerende zaak. Dit is een duidelijk geval van onttrekking aan het beslag, zonder dat er materiaal aan de feitelijke macht van de beslagene is onttrokken.

28. R.o. 6.3.

29. Den Besten, 2009, p. 52.

30. Den Besten, 2009, p. 52.

31. Den Besten, 2009, p. 53.

32. Den Besten, 2009, p. 53.

33. De Greve, 2009, par. 1.

34. M.L. Tuil, *Verdelingsbeslagen*. Een

*studie naar het deelgenotenbeslag en het*

*maritaal beslag* (diss. Rotterdam), Den

Haag: Boom Juridische uitgevers 2009,

p. 396.

35. Tuil 2009, p. 397.

36. De Knijff 2012, p. 25.

37. De Knijff 2012, p. 26.

38. Zie ook Tuil 2009, p. 397. Vergelijk ook

in het kader van de relativiteitseis van art.

6:163 BW Sniijders, *NJ* 1995/746; Rb. Rot-

terdam 14 maart 1933, *W* 1933/12639.

39. Vanuit dit standpunt doorgeredeneerd

lijken ook een stille verpanding en een

verhypotheeking in de benadering van Den

Besten geen onttrekking op te leveren; de

zaken blijven immers in de macht van de

beslagene.

40. Den Besten, 2009, p. 53.

## Het uit de feitelijke macht van de beslagene brengen van de zaak kan onttrekking inhouden, maar is geen noodzakelijke voorwaarde voor onttrekking in de zin van artikel 198 Sr

Wij betwijfelen voorts of het brengen van de zaak uit de feitelijke macht van de beslagene *steeds* tot onttrekking leidt. Bij roerende zaken doet zich daarbij het risico voor dat de zaak zoekraakt en verhaal wordt bemoeilijkt. Bij onroerende zaken is dat, zoals gezegd, niet goed voorstelbaar, waardoor het naar ons idee denkbaar is dat een onroerende zaak uit de feitelijke macht van de beslagene is gebracht en er toch geen sprake is van onttrekking in de zin van artikel 198 Sr.

### 'Onttrekking' in artikel 348 Sr

Artikel 348 Sr bepaalt:

'Hij die opzettelijk zijn eigen goed of, ten behoeve van degene aan wie het toebehoort, een hem niet toebehorend goed onttrekt aan een pandrecht, [...], wordt gestraft met een gevangenisstraf [...].'

In hoeverre kunnen lessen worden getrokken uit rechtspraak en literatuur over artikel 348 Sr? Het tweemaal vestigen van een pandrecht op hetzelfde goed levert natuurlijk geen onttrekking op. Het is zelfs de bedoeling van het wettelijke systeem dat een goed meermalen kan worden verpand. De vergelijkbaarheid met het geval van artikel 198 Sr is mogelijk beperkt, omdat het pandrecht in tegenstelling tot beslag conventioneel tot stand komt.<sup>41</sup> Van een schending van het openbaar gezag is bij het geval waar artikel 348 Sr op ziet geen sprake. In artikel 348 Sr moet de nadruk dan ook liggen op de aantasting van de rechten van de pandhouder. Toch kunnen wij een recent arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp niet onbesproken laten.

In dit arrest over artikel 348 Sr ging het om een derdenpandrecht op een auto.<sup>42</sup> De auto werd in eigendom overgedragen<sup>43</sup> door de derde aan de schuldenaar van de vordering waarvoor het derdenpandrecht was gevestigd. De schuldenaar werd (kort gezegd) tenlastegelegd de auto aan het pandrecht te hebben onttrokken in de zin van artikel 348 Sr. De advocaat van de schuldenaar voerde aan dat het pandrecht de zaak volgt en dat het pandrecht op de auto is blijven rusten, zodat van onttrekking geen sprake kan zijn. Het hof ging niet in deze redenering mee en overwoog:

'Ook de stelling van de raadsman dat het pandrecht de roerende zaak volgt en er feitelijk en juridisch geen verandering was in de situatie maakt dat niet anders. Het gaat in deze immers om het onttrekken van een goed aan het pandrecht om daarmee de mogelijke parate executie van dat pandrecht te voorkomen.'

Advocaat-generaal Hofstee meent dat de vraag of hier sprake is van onttrekking een civielrechtelijke benadering

vraagt en verwijst in een voetnoot naar gevallen waarin de Hoge Raad die civielrechtelijke benadering in het kader van het delict verduistering ook heeft gehanteerd. De advocaat-generaal zet uiteen dat bij overdracht van de auto het pandrecht blijft bestaan, behalve in geval de verkrijger zich met succes kan beroepen op derdenbescherming of de vervreemder contractueel beschikkingsbevoegd is gemaakt om vrij van pandrecht te vervreemden. Die uitzonderingssituaties doen zich in dit geval echter niet voor. Om die reden acht de advocaat-generaal het oordeel van het hof niet houdbaar.

De Hoge Raad oordeelt echter anders: het arrest van het hof houdt op dit punt stand. De Hoge Raad overweegt dat artikel 348 Sr strekt tot bescherming van het pandrecht en dat

'[g]elet op genoemde strekking onder "onttrekken van een goed" aan een in art. 348, eerste lid, Sr genoemd recht, niet alleen [dient] te worden verstaan een handeling die ten gevolge heeft dat het desbetreffende recht niet langer uitgeoefend kan worden, maar ook een handeling die ertoe strekt de uitoefening van dat recht te beletten.'

Het hof oordeelde dat dat in casu het geval was, omdat het op naam van de schuldenaar overschrijven van de auto ertoe strekte de parate executie te beletten. Dit geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.

Ook hier weer is de overdracht op zichzelf niet voldoende voor de Hoge Raad om tot het oordeel te komen dat sprake is van een onttrekking, maar speelt een rol dat het hof had geoordeeld dat het overschrijven van het kenteken ertoe strekte de parate executie te beletten. Of dat vervolgens ook zou kunnen lukken en is gelukt, gelet op het zaaksgeschied van het pandrecht, is niet relevant.<sup>44</sup>

### 4. Een wonderlijke discrepantie tussen privaatrecht en strafrecht?

Het privaatrecht en het strafrecht zouden op een onbegrijpelijke wijze uit de pas lopen indien het daadwerkelijk zo is, zoals in de aangehaalde literatuur wordt gesuggereerd, dat reeds het louter overdragen (of bezwaren) van een goed het delict van artikel 198 Sr oplevert. Het civiele recht houdt immers uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid van een op zichzelf geldige overdracht van een beslagen goed. Een dergelijke beschikking kan alleen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Nu kan het natuurlijk zo zijn dat hetgeen privaatrechtelijk mogelijk is, strafrechtelijk niet is toegestaan. Bij registergoederen zou de consequentie daarvan echter zijn dat *de facto* overdracht ook niet eens meer *mogelijk* zal zijn, aangezien de notaris zijn medewerking aan het transport zal moeten weigeren. Vanuit systematisch oogpunt vin-



den wij dit moeilijk te verkroppen, omdat daarmee de blokkerende werking van beslag praktisch absoluut wordt. Dat is nu juist niet wat de Hoge Raad in civiele zaken heeft geoordeeld.

Zeker voor bezwaring met een hypotheekrecht zouden wij een dergelijke uitkomst ook praktisch onverteerbaar vinden; op die manier zou een beslag voor een relatief kleine vordering bij een registergoed met een relatief grote waarde aan bezwaring met hypotheek in de weg staan. Bedacht moet worden dat nog in geschil kan zijn of het beslag wel terecht gelegd is en dat wachten met het

## **Nu kan het natuurlijk zo zijn dat hetgeen privaatrechtelijk mogelijk is, strafrechtelijk niet is toegestaan**

vestigen van het hypotheekrecht grote gevolgen kan hebben. Nu bij voorbaat zeker is dat door een bezwaring de verhaalspositie van een beslaglegger niet kan worden beperkt, omdat de positie van de beslaglegger bij de verdeling (ook weer door de notaris) tot zijn recht zal komen, vinden wij het onbegrijpelijk als toch zou moeten worden geconcludeerd dat sprake is van opzettelijke onttrekking.

In geen van de civiele zaken waarin bij de Hoge Raad

werd geprocedeerd over de blokkerende werking van het beslag, we herhalen het, is ook maar een moment de geldigheid van de overdracht of de bezwaring betwist op grond van strijd met artikel 198 Sr.<sup>45</sup> Ons zijn ook geen zaken bekend waarin de officier van justitie vervolging heeft ingesteld tegen een van de betrokken bij een vastgoedtransactie. Van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid voor notarissen die het op hun geweten hebben een akte te hebben gepasseerd met betrekking tot een beslagen goed kennen we ook geen voorbeeld.

Naar onze mening leidt overdracht van een beslagen goed op zichzelf ook nog niet tot een onttrekking in de zin van artikel 198 Sr. Dat dit het geval zou zijn, volgt noch uit de tekst van artikel 198 Sr, uit de achterliggende gedachte daarvan of uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wordt een beslagen registergoed overgedragen, dan blijft daarop het beslag rusten en blijft de mogelijkheid van verhaal daardoor verzekerd. Dit wil niet zeggen dat overdracht van een beslagen goed nooit tot onttrekking zou kunnen leiden, maar uitsluitend de overdracht *zelf* leidt daar nog niet toe. En dát heeft de Hoge Raad ook nooit beslist. •

41. Vergelijk Karapetian 2014 en Van Mierlo, *NJ* 2015/184.

42. HR 22 april 2014, *NJ* 2015/184.

43. Althans, daar wordt van uitgegaan door de advocaat-generaal.

44. Karapetian constateert dat met dit arrest de grenzen van art. 348 Sr lijken te zijn opgerekt: Karapetian 2014, onder 6.

45. Rb. Breda 16 juli 2009,

ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ2947 oordeelt dat overdracht van beslagen aandelen in een BV niet is toegestaan en dat de blokkerende werking van het beslag slechts ziet op de gevolgen indien vervreemding desalniettemin plaatsvindt.