



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus
2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6864, JOR 2023/301, p.**

3881-3894

Weijers, H.J.

Citation

Weijers, H. J. (2023). annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6864, JOR 2023/301, p. 3881-3894. *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2023(12), 3881-3894. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3718593>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3718593>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

teert de restverdeling en kunnen de opvolgende energieleveranciers hun eigen voorwaarden en tarieven toepassen op basis van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Maar goed, de eerste vensterperiode is nu juist bewust gekozen met het oog op het creëren van een mogelijkheid voor de energiemaatschappij of diens curator om het gehele klantenbestand te verkopen. Wat de opvolgende energiemaatschappij in de eerste vensterperiode aan de over te nemen klanten in rekening mag brengen, zou de curator onderdeel kunnen proberen te maken van de transactie. De curator zou kunnen optreden als zaakwaarnemer van de klanten van de gefailleerde energiemaatschappij. Echter, niet valt in te zien hoe de boedel hierbij gebaat kan zijn, omdat dit een drukkend effect zal hebben op de prijs die een opvolgende energiemaatschappij bereid is te betalen voor het klantenbestand. Dat geldt overigens ook voor de bekendheid die de opvolgende energiemaatschappij inmiddels zal hebben met het hiaat. Ook dat zal de prijs drukken.

16. De positie die de ACM in deze casussen heeft, vraagt om een nadere beschouwing. Ik sluit deze annotatie daarom af met een vraag voor de rechtspraak. Heeft de ACM een zorgplicht die ertoe strekt dat schade wordt voorkomen bij de klanten en de opvolgende energiemaatschappijen?

mr. A.S. Frommelt
advocaat bij Wintertaling Advocaten te Amsterdam

301

Executerende eerste hypotheekhouder kan in rangregeling worden betrokken

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
15 augustus 2023, zaaknr. 200.307.275,
ECLI:NL:GHARL:2023:6864

(mr. Steeg, mr. Van Driel van Wageningen,
mr. Pikkemaat)
Noot H.J. Weijers

Beslag- en executierecht. Verdeling opbrengst executie. Rangregeling. De executerende eerste hypotheekhouder kan in een rangregeling worden betrokken wegens overbedeling.

[BW art. 3:268 lid 2, 3:270; EVRM art. 6]

De bank heeft uit hoofde van haar eerste hypotheekrecht het verbonden goed onderhands executoriaal verkocht op de wijze als vermeld in art. 3:268 lid 2 BW. In een geval met meer hypotheekhouders, zoals hier, verplicht art. 3:270 lid 3, eerste volzin BW de notaris de netto-opbrengst onverwijld bij een bewaarder te storten (op een kwaliteits- of derdengeldrekening). Om tegemoet te komen aan de dringende behoefte van de praktijk heeft de wetgever erin voorzien dat de executerende eerste hypotheekhouder het hem uit de opbrengst van het verkochte goed toekomende deel van de netto-opbrengst via de weg van art. 3:270 lid 3 BW vlot uitbetaald kan krijgen. Daartegenover moeten verdere hypotheekhouders (en in het algemeen de andere opbrengstgerechtigden) wel voldoende zekerheid hebben dat het hun uit de opbrengst toekomende ook inderdaad aan hen wordt uitgekeerd. Hiervoor heeft de wetgever een aantal beschermingsinstrumenten in het leven geroepen: in art. 3:270 BW de centrale rol van de notaris, de eis van een verklaring van de executerende eerste hypotheekhouder van hetgeen hem van de opbrengst toekomt, de aantekening van de voorzieningenrechter dat hij die verklaring heeft goedgekeurd nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken, een opschortingsbevoegdheid van de notaris en in art. 3:272 BW de bevoegdheid van rechtstreeks

belanghebbenden om rekening en verantwoording te vragen, onder meer van de verkoper die van de notaris betaling heeft ontvangen (hier de bank). Niet geheel duidelijk is de kwestie of de executerende eerste hypotheekhouder na zijn voldoening nog wel behoort tot de in art. 3:270 lid 5 BW genoemde belanghebbenden en daarmee tot de in art. 3:271 lid 1 BW genoemde bevoegden die om een gerechtelijke rangregeling kunnen verzoeken om tot verdeling van de opbrengst te komen c.q., wat hier aan de orde is, in zo'n rangregeling kan worden betrokken. Enerzijds is de executerende eerste hypotheekhouder onmiskenbaar een belanghebbende bij de verdeling, maar anderzijds vervalt dit belang voor hem als hij overeenkomstig de bepalingen van art. 3:270 lid 3 en 4 BW wordt uitbetaald. Hoewel een gerechtelijke rangregeling vervolgens strekt tot een verdeling van de (resterende) executieopbrengst, is daarmee nog niet uitgesloten dat de reeds uitbetaalde eerste hypotheekhouder in een rangregeling kan worden betrokken wegens overbedeling en zo een schuld kan hebben tegenover de opbrengstgemeenschap. Of dit (altijd) kan, laat het hof in zijn algemeenheid in het midden. Maar het constateert – ook in zijn algemeenheid – wel dat de aanspraken van eventuele andere gerechtigden op de executieopbrengst gevaar lopen wanneer de door de wetgever in het leven geroepen preventieve beschermingsmaatregelen in verband met de uitkering aan de executerende eerste hypotheekhouder niet voldoende zijn nageleefd. Willen de aanspraken van de andere gerechtigden op de executieopbrengst voldoende beschermd worden, dan is een behoorlijke communicatie essentieel tussen de daarvoor in aanmerking komende betrokkenen, waarbij de notaris de regie heeft. Dat is hier niet gebeurd. Daardoor werd de weg van art. 3:270 lid 4 BW voor eisers noch voor andere rechthebbende(n) geopend.

Eisers zijn dus op geen enkele wijze tevoren bij de uitbetaling door de notaris aan de executerende eerste hypotheekhouder betrokken en daardoor niet in de gelegenheid geweest hun bezwaren tegen de verklaring van de bank te uiten en te effectueren. Het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor is ten opzichte van hen geschonden. De door de wetgever in art. 3:270 lid 6 BW neergelegde redresmogelijkheden (van hoofdelijke aansprakelijkheid van de Staat naast de notaris) zijn eigenlijk maar tweede keus: een onterecht te hoge

uitbetaling aan de executerende eerste hypotheekhouder wordt daardoor nog steeds niet rechtstreeks teruggehaald, terwijl dit wel eenvoudig en praktisch mogelijk moet zijn. Mede in het licht van de eisen die art. 6 EVRM stelt, moet daarom voor dit soort gevallen worden aangenomen dat de executerende eerste hypotheekhouder, als hij onregelmatig is uitbetaald, door de andere opbrengstgerechtigden, zoals de tweede hypothecaire schuldeisers (eisers), in de rangregeling kan worden betrokken.

1. JoBaRo Investments BV te 's-Hertogenbosch,
2. Katalysator-Management BV te 's-Hertogenbosch,
appellanten,
advocaat: mr. A.W. Tieman,

tegen

1. Coöperatieve Rabobank UA te Amsterdam, geïntimeerde,
advocaat: mr. W. Mollema,
2. mr. X, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Cordonnier BV, geïntimeerde,
advocaat: mr. A. Honça-Muradjan.

(...; red.)

2. Wat voorafging

De kern van de zaak

2.1. Na de ondershandse executoriale verkoop op grond van artikel 3:268 BW door Rabobank gaat het hier om een door JoBaRo c.s. als tweede hypotheekhouder(s) verzochte rangregeling tegen Rabobank als eerste hypotheekhouder en tegen de curator als (beweerde) belanghebbende bij de (al dan niet na de voldoening van de tweede hypothecaire vordering) resterende opbrengst.

De feiten

2.2. Cordonnier B.V. (verder: Cordonnier) en haar dochtervennootschap Hotel Restaurant Rodenbach B.V. (verder: Rodenbach) hebben in 2003 op onroerend goed¹ voor het bankkrediet van Rabobank een eerste hypotheek gevestigd

1 op het Hotel-Restaurant Rodenbach, met bedrijfswooning. (onder)grond en verder aanbehoren, plaatselijk bekend Parkweg 35, 37 en 39, te 7513 AR Enschede

voor € 2,5 miljoen met rente en kosten². In het najaar van 2015 zijn Cordonnier c.s. in zwaar weer geraakt en hebben zij (geldverstrekker [naam1], DEA van) JoBaRo en dochtervennootschap Katalysator te hulp geroepen. Op 23 november 2015 is [naam1] benoemd tot bestuurder van Cordonnier en Rodenbach en heeft hij als zodanig aan, de door hem vertegenwoordigde, Katalysator opdracht gegeven tot het voeren van interim-management³. Op dezelfde manier heeft hij, na een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders⁴, op 1 april 2016 ten behoeve van Cordonnier en Rodenbach een overeenkomst van geldlening gesloten met JoBaRo en Katalysator⁵, gevolgd door vestiging van een tweede hypotheek op 29 april 2016 voor een hoofdsom van € 200.000 plus 40% aan (mogelijke) renten, boetes en kosten⁶. De tweede hypotheek dekt daarmee een maximum bedrag van € 280.000.

Op 22 september 2019 heeft Rabobank het verbonden goed ondershands executoriaal verkocht voor € 1,35 miljoen⁷. Na opgave door Rabobank van haar vordering bij verklaring van 18 november 2019⁸, nota van afrekening door de notaris van 4 december 2019⁹, levering/betaaldag op 5 december 2019 en aantekening van goedkeuring door de voorzieningenrechter van 13 december 2019¹⁰, heeft de notaris op 17 december 2019 € 1.124.137,42 aan Rabobank uitgekeerd en het restant van € 229.524,08 overgeboekt naar de kwaliteits- of derdengeldrekening, waarna Rabobank nog € 1.500,08 heeft terugbetaald, zodat er een netto-opbrengst resteerde van € 231.024,16. Cordonnier en Rodenbach zijn op 16 april respectievelijk 11 mei 2020 in staat van faillissement verklaard.

JoBaRo c.s. hebben op 17 juli 2020 voor leningen van respectievelijk € 182.968,96 en € 47.031,05 in hoofdsom, vermeerderd met renten, boetes en kosten in totaal € 400.414,72 per 20 april 2020,

een gerechtelijke rangregeling verzocht. Op 9 november 2020 heeft de daartoe genoemde rechter-commissaris een staat van verdeling voorgesteld, op 18 december 2020 gevolgd door een mondelinge behandeling en op 13 januari 2021 door een renvooibeschikking.

Het vonnis van de rechtbank

2.3. Nadat JoBaRo c.s. de zaak bij de rechtbank hadden aangebracht, partijen schriftelijk hadden geconcludeerd en op 14 juni 2021 een mondelinge behandeling had plaatsgevonden, heeft de rechtbank bij vonnis van 10 november 2021¹¹ JoBaRo c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen tegen Rabobank en in hun zaak tegen de curator (onder verwijzing naar rov. 5.37) aan hen opgedragen om “feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat er van een tegenstrijdig belang van de bestuurder ([naam1]) van zowel Cordonnier en Rodenbach als van Jobaro c.s. bij de besluitvorming omtrent het aangaan van de geldleningsovereenkomst tussen Cordonnier en Rodenbach als schuldenaren en Jobaro c.s. als schuldeisers geen sprake was”. Bij vonnis van 15 december 2021 heeft de rechtbank JoBaRo c.s. toegestaan om tussentijds hoger beroep in te stellen van dat tussenvonnis (tussen JoBaRo c.s. en de curator).

De grieven en de gewijzigde vorderingen

2.4. In hun memorie van grieven richten JoBaRo c.s. grief 1 tegen de verklaring dat JoBaRo c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen tegen Rabobank, grief 2 tegen de beslissing dat de curator als belanghebbende in de rangregeling moet worden aangemerkt en grief 3 tegen het oordeel van de rechtbank over de stelplicht en bewijslast van tegenstrijdig belang onder artikel 2:239 lid 6 BW. Daarbij hebben JoBaRo c.s. hun vorderingen, zonder bezwaar van Rabobank en de curator, aldus gewijzigd dat deze nu strekken tot vernietiging van het vonnis van 10 november 2021 en verder om:

ten aanzien van Rabobank:

primair:

I. de bezwaren van JoBaRo c.s. ten aanzien van de door Rabobank ingediende vorderingen aan te merken als tegenspraak;

- 2 productie 3 bij inleidend verzoekschrift
- 3 productie 4 bij brief van de curator van 24 augustus 2020
- 4 productie 2 bij brief van de curator van 24 augustus 2020
- 5 productie 5 bij inleidend verzoekschrift
- 6 productie 4 bij inleidend verzoekschrift
- 7 productie 6 bij inleidend verzoekschrift
- 8 productie 7 bij appeldagvaarding
- 9 productie 8 bij inleidend verzoekschrift
- 10 productie 1 bij conclusie van antwoord van Rabobank

11 ECLI:NL:RBOVE:2021:4855

II. Rabobank toe te laten tot de rangregeling voor een bedrag van € 1.077.868,97, althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag;

III. te bepalen dat Rabobank het verschil tussen dat bedrag en het door haar ontvangen bedrag van € 1.124.137,42 met de wettelijke rente daarover vanaf 17 december 2019 dient terug te betalen c.q. dient terug te storten op de derdengeldrekening van de notaris, binnen 14 dagen na dagtekening van het door uw gerechtshof te wijzen arrest;

IV. Rabobank te veroordelen in de kosten van deze procedure in beide instanties;
ten aanzien van de curator:

primair:

V. de vorderingen van JoBaRo c.s. in het kader van de verdeling van de restant executieopbrengst te erkennen tot een bedrag van € 280.000, althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag;

VI. het recht van voorrang met betrekking tot de onder V. bedoelde vorderingen te erkennen;

VII. de curator te veroordelen in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van de proceskosten en de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn van veertien dagen plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening tot aan de dag der algehele voldoening

subsidiar:

VIII. deze zaak terug te wijzen naar de rechter-commissaris met aanwijzing dat de rechter-commissaris de onderhavige rangregeling dient af te wikkelen conform de regeling in artikel 485 Rv., waarbij de vorderingen van JoBaRo en Katalysator onvoorwaardelijk worden opgenomen in de definitieve staat van verdeling, met hetzelfde bedrag en met dezelfde rang als opgenomen in de (voorgestelde) staat van verdeling van 9 november 2020;

IX. zie VII;

meer subsidiar:

X. te verklaren voor recht dat de vorderingen van JoBaRo en Katalysator in het kader van de verdeling de restant executieopbrengst (ad € 231.024,16) overstijgen en dat haar derhalve bij de verdeling voorrang toekomt op de gehele restant executieopbrengst;

XI. zie VII;

nog meer subsidiar:

XII. de vorderingen van JoBaRo en Katalysator in het kader van de verdeling van de restant executieopbrengst te erkennen tot een bedrag van ten minste € 231.024,16;

XIII. het recht van voorrang met betrekking tot de onder V. bedoelde vorderingen te erkennen;

XIV. zie VII;

nog meer meer subsidiar:

XV. de beslissingen te nemen zoals het hof in goede justitie zal vermenen te behoren.

2.5. Rabobank en de curator hebben daartegen verweer gevoerd, waarop hierna zal worden ingegaan.

3. Het oordeel van het hof

In de zaak van JoBaRo c.s. tegen Rabobank

De ontvankelijkheid van JoBaRo c.s. in hoger beroep

3.1. Anders dan Rabobank aanvoert, zijn JoBaRo c.s. wel ontvankelijk in hun hoger beroep tegen Rabobank. Zij hebben immers Rabobank in de rangregeling en daarna in de renvooiprocedure betrokken door hun conclusie van eis. Daarin hebben zij Rabobank als procespartij opgenomen en erover geklaagd dat Rabobank ten koste van JoBaRo c.s. in totaal € 46.268,45 ten onrechte heeft opgegeven in de vordering die zij ex artikel 3:270 lid 3 BW hebben ingediend bij de notaris en dat Rabobank dit bedrag ten onrechte heeft ontvangen¹². Daaraan doet niet af dat zij in het petium van hun conclusie van eis niet met zoveel woorden een (exact omlinjnde) vordering tegen Rabobank hebben ingesteld. Rabobank behoorde immers, mede in het licht van de voorafgaande rangregelingsdiscussie bij de rechter-commissaris¹³, redelijkerwijs te begrijpen dat JoBaRo c.s. zich toen al verzetten tegen de door Rabobank opgegeven omvang van haar vordering onder haar eerste hypotheek. Met name mocht Rabobank uit de conclusie van eis niet afleiden dat JoBaRo c.s. zich destijds hebben neergelegd bij de opvatting van Rabobank dat zij ten onrechte in de rangregeling was betrokken of dat JoBaRo c.s. af-

¹² randnummer 13

¹³ zie de brief namens JoBaRo c.s. aan de rechter-commissaris van 18 augustus 2020, productie 17 bij conclusie van eis

stand van enig recht jegens Rabobank zouden hebben willen doen. Dat zij in de loop van de eerste instantie door hun niet-ontvankelijkverklaring jegens Rabobank in het tussenvonniss van 10 november 2021 zijn afgehaakt, doet daaraan niet af. JoBaRo c.s. hadden hoe dan ook in de rangregeling en daarop gevolgde renvooiprocedure tegenover Rabobank partij gekozen.

3.2. Ook valt in redelijkheid niet in te zien dat JoBaRo c.s. nu in strijd met de goede procesorde zouden handelen door in hoger beroep alsnog tegen Rabobank preciezer te vorderen zoals hiervoor in rov. 2.4. is opgenomen. Daarbij hebben zij immers hun bezwaren verduidelijkt, gewezen op de problemen rond de 3:270 BW-verklaring van Rabobank (zie verderop in dit arrest) en hun bezwaren alsnog gegoten in de vorm van onder meer een soort terugbetalingsvordering. Dat Rabobank, zoals zij zelf aangeeft, een feitelijke instantie zou missen moet mede worden toegeschreven aan haar eigen weigering om tijds voldoende rekening en verantwoording af te leggen over de omvang van haar door eerste hypotheek gedekte vordering¹⁴ alsook aan de wijze waarop zij in de rangregeling en de renvooiprocedure op de bezwaren van Jobaro c.s. heeft gereageerd. En bovendien kan een wijziging van eis in hoger beroep onder omstandigheden op hetzelfde effect van verlies van een feitelijke instantie neerkomen.

JoBaRo c.s. kunnen daarom in hun hoger beroep tegen Rabobank worden ontvangen.

Artikel 3:270 BW en haar voorgeschiedenis

3.3. Rabobank heeft uit hoofde van haar eerste hypotheekrecht het verbonden goed onderhands executoriaal verkocht op de wijze als vermeld in artikel 3:268 lid 2 BW. In een geval met meer hypotheekhouders, zoals hier, verplicht artikel 3:270 lid 3, eerste volzin BW de notaris de netto-opbrengst onverwijld bij een bewaarder te storten (op een kwaliteits- of derdengeldrekening). Maar het derde lid bevat vervolgens een regeling ten behoeve van de executieverkopende eerste hypotheekhouder:

Wanneer het goed door de eerste hypotheekhouder is verkocht en deze vóór of op de betaaldag aan de notaris een verklaring heeft overgelegd van hetgeen hem van de opbrengst toekomt krachtens de door de eerste hypotheek verzekerde vordering of andere vorderingen die eveneens door hypotheek zijn verzekerd en in rang onmiddellijk bij de eerste aansluiten, met vermelding van schuldeisers wier vordering boven de zijne rang neemt, blijft de storting nochtans achterwege voor hetgeen aan de verkoper blijkens deze verklaring toekomt, en keert de notaris dit aan deze uit. Deze verklaring moet zijn voorzien van een aantekening van de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker rechtsgebied het verbonden goed zich geheel of grotendeels bevindt, inhoudende dat hij de verklaring heeft goedgekeurd, nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken. De verklaring kan behalve door een advocaat ook door een notaris worden ingediend. Tegen de goedkeuring is geen hogere voorziening toegelaten.

3.4. De parlementaire geschiedenis van dit wetsartikel (3.9.4.16 Ontwerp NBW) vermeldt onder meer in:

de Toelichting Meijers¹⁵:

“(…) In afwijking van hetgeen het ontwerp 1916 voorstelt, maar in overeenstemming met het ontwerp 1929 wordt voorgesteld, dat aan de eerste hypotheekhouder vóór iedere rangregeling wordt uitbetaald wat hem is verschuldigd. Dit is een dringende behoefte van de praktijk. (...)

Het ontwerp heeft gemeend op andere wijze dan door de uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder uit te stellen, aan de latere hypotheekhouders waarborgen te moeten geven. In de eerste plaats mag de uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder niet geschieden, dan na een summier onderzoek van de president van de rechtbank betreffende de juistheid van de door de eerste hypotheekhouder opgegeven vordering. Verder laat het ontwerp niet, gelijk het ontwerp 1929, de betaling van de koopsom via de verkoper en de steeds passieve griffier van de rechtbank lopen, maar via de notaris. Deze zal niet aan de eerste hypotheekhouder mogen uitbetalen, wanneer hij grond heeft om aan de juistheid van de opgave te twijfelen.”

de Memorie van Antwoord II¹⁶:

14 zie de e-mails van mr. Van Lith namens Rabobank van 8 oktober 2019, 24 december 2019 en 7 en 14 januari 2020; respectievelijk producties 16, 11, 13 en 15 bij memorie van grieten

15 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 830

16 idem, blz. 831 e.v.

“(…) Juist is dat de functie van de notaris bij de executie in het nieuwe wetboek een andere is, dan in het huidige recht. Met name wordt hij door het eerste lid van artikel 16 aangewezen als degene aan wie de koopprijs moet worden betaald. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de notaris ook belast is met de vaststelling van hetgeen aan ieder der betrokkenen uit deze koopprijs toekomt. In het geval, vermeld in het tweede lid, zijn er geen andere belanghebbenden dan de executerende hypotheekhouder en de al of niet in één persoon verenigde schuldenaar en hypotheekgever. In dat geval behoort de notaris in beginsel aan de verkoper af te dragen hetgeen aan deze blijkens de door hem aan de notaris verstrekte opgave toekomt. Prijsgave van deze regel, met name voor het geval van de zijde van de schuldenaar tegen de uitkering bezwaar gemaakt wordt, zou op ongewenste wijze de bevoegdheid van de hypotheekhouder in gevaar brengen om zich uit de opbrengst van het verkochte goed te voldoen, een bevoegdheid die in het huidige recht toekomt aan de eerste hypotheekhouder die het beding van artikel 1223 lid 2 B.W. maakt (...).

Niet veel anders behoort het te gaan in het in lid 3 geregelde geval dat er nog andere belanghebbenden zijn dan in lid 2 opgesomd. Het gaat hier met name om verdere hypotheekhouders, beperkt gerechtigden en beslagleggers die door de regeling ingevolge executoriale verkoop en de voldoening van de koopprijs hun recht op het registergoed verloren zien gaan (...). Daartegenover dienen zij voldoende zekerheid te hebben, dat hetgeen hun uit de opbrengst toekomt, aan hen ook inderdaad wordt uitgekeerd, zonder dat nochtans daardoor de rechten van de executerende eerste hypotheekhouder in het gedrang zouden komen. Op het voetspoor van het ontwerp van 1929 is hier de oplossing gezocht in de eis dat de opgave van de eerste hypotheekhouder aan de notaris van hetgeen hem toekomt, moet zijn voorzien van een aantekening van de president van de rechtbank, inhoudende dat deze die opgave heeft goedgekeurd, nadat hem summierlijk de juistheid daarvan is gebleken.

Het bovenstaande brengt echter niet mee dat de notaris het door de hypotheekhouder ingevolge lid 2 of lid 3 aan hem opgegeven bedrag ook dan behoort uit te keren, wanneer hij ernstige redenen heeft om te vermoeden dat die opgave onjuist is. In verband daarmee is als lid 4 de bepaling ingevoegd dat de notaris in dit geval de uitkering aan

de hypotheekhouder kan opschorten tot de in lid 3 aangewezen president op vordering van de meest gereede partij of op verlangen van de notaris omtrent de uitkering heeft beslist. De notaris kan zich op iedere wijze tot de president wenden ten einde diens beslissing te verkrijgen, met name ook door zich bij deze te vervoegen. Zijn gegevens omtrent de onjuistheid van de verklaring zal de notaris kunnen ontlenen aan ieder van de belanghebbenden.

Bedacht moet worden dat in de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bedoeld in artikel 11 lid 4 van het gewijzigd ontwerp, nog bepalingen opgenomen zullen moeten worden als voor het pandrecht zijn vervat in de artikelen 3.9.2.10 en 13, ten einde te waarborgen dat de uitkering door de notaris niet geschiedt zonder voorkennis van de belanghebbenden omtrent hetgeen de verkoper te vorderen meent te hebben. Aandacht verdient bovendien dat, indien ingevolge de leden 2 of 3 enige uitkering door de notaris aan de verkoper plaatsvindt, de belanghebbenden een waarborg vinden in artikel 18 van deze afdeling, volgens hetwelk een zodanige verkoper verplicht is rekening en verantwoording te doen (...). Tenslotte is na het vijfde lid nog een nieuw lid 6 ingevoegd, waarin wordt bepaald dat ingeval de ingevolge dit artikel op de notaris rustende verplichtingen niet worden nagekomen, die Staat met de notaris hoofdelijk jegens de belanghebbende aansprakelijk is. (...)”.

de Memorie van Toelichting Invoeringswet¹⁷:

“(…) De nieuwe zin die aan lid 3 is toegevoegd, sluit hogere voorziening tegen de goedkeuring van de president uit. Het is wenselijk dat, als de goedkeuring eenmaal is gegeven, definitief vaststaat dat de notaris tot uitkering bevoegd is, onverminderd diens bevoegdheid om lid 4 te hantieren. (...)”.

3.5. Om tegemoet te komen aan de gesignaleerde dringende behoefte van de praktijk heeft de wetgever er dus in voorzien dat de executerende eerste hypotheekhouder het hem uit de opbrengst van het verkochte goed toekomende deel van de netto-opbrengst via de weg van artikel 3:270 lid 3 BW vlot kan krijgen uitbetaald. Maar daartegenover moeten verdere hypotheekhouders (en in het algemeen de andere opbrengstgerechtigden) wel voldoende zekerheid hebben dat het hun uit de

¹⁷ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1380

opbrengst toekomstige ook inderdaad aan hen wordt uitgekeerd (zonder dat daardoor overigens de rechten van de executerende eerste hypotheekhouder in het gedrang komen). Hiervoor heeft de wetgever een aantal beschermingsinstrumenten in het leven geroepen: in artikel 3:270 BW de centrale rol van de notaris, de eis van een verklaring van de executerende eerste hypotheekhouder van hetgeen hem van de opbrengst toekomt, de aantekening van de voorzieningenrechter dat hij die verklaring heeft goedgekeurd nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken, een opschortingsbevoegdheid van de notaris en in artikel 3:272 BW de bevoegdheid van rechtstreeks belanghebbenden om rekening en verantwoording te vragen, onder meer van de verkoper die van de notaris betaling heeft ontvangen (hier Rabobank).

3.6. Niet geheel duidelijk is de kwestie of de executerende eerste hypotheekhouder na zijn voltooiing nog wel behoort tot de in artikel 3:270 lid 5 BW genoemde belanghebbenden en daarmee tot de in artikel 3:271 lid 1 BW genoemde bevoegden die om een gerechtelijke rangregeling kunnen verzoeken om tot verdeling van de opbrengst te komen c.q., wat hier aan de orde is, in zo'n rangregeling kan worden betrokken. Enerzijds is de executerende eerste hypotheekhouder onmiskenbaar een belanghebbende bij de verdeling, maar anderzijds vervalt dit belang voor hem als hij overeenkomstig de bepalingen van artikel 3:270 lid 3 en 4 BW wordt uitbetaald. Hoewel een gerechtelijke rangregeling vervolgens strekt tot een verdeling van de (resterende) executieopbrengst, is daarmee nog niet uitgesloten dat de reeds uitbetaalde eerste hypotheekhouder in een rangregeling kan worden betrokken wegens overbedeling en zo een schuld kan hebben tegenover de opbrengstgemeenschap. (Het feit dat de executie-opbrengst zich niet (langer geheel of gedeeltelijk) onder de notaris of bij de door hem aangewezen bewaarder bevindt, hoeft daar niet aan in de weg te staan¹⁸.) Of dit (altijd) kan, laat het hof in zijn algemeenheid in het midden. Maar het constateert – ook in zijn algemeenheid – wel dat de aanspraken van eventuele andere gerechtigden op de executieopbrengst gevaar lopen

wanneer de door de wetgever in het leven geroepen preventieve beschermingsmaatregelen in verband met de uitkering aan de executerende eerste hypotheekhouder niet voldoende zijn nagelieft.

Wat er misging

3.7. Willen de aanspraken van de andere gerechtigden op de executieopbrengst voldoende beschermd worden, dan is een behoorlijke communicatie essentieel tussen de daarvoor in aanmerking komende betrokkenen, waarbij de notaris de regie heeft. Dat is hier niet gebeurd. Het verzoek namens Rabobank van 5 december 2019 aan de voorzieningenrechter om een verklaring ex artikel 3:270 lid 3 BW¹⁹ maakte, ofschoon daartoe niet door de wet verplicht, geen melding van JoBaRo c.s. als tweede hypotheekhouders. De op die verklaring gestelde stempelverklaring van 13 december 2019 van goedkeuring door de voorzieningenrechter “nu summierlijk de juistheid daarvan is gebleken” lijkt ex parte gegeven, zonder dat aan JoBaRo c.s. en de geëxecuteerde schuldenaren Cordonnier c.s. de gelegenheid is geboden zich daarover uit te laten. De stempelverklaring kwam bovendien pas na de transport- en betaaldag van de koopprijs (5 december 2019) bij de notaris binnen. En de notaris heeft de overige gerechtigden op de executieopbrengst niet vóór zijn uitbetaling aan Rabobank van 17 december 2019 geïnformeerd over de verklaring van Rabobank. Daardoor werd de weg van artikel 3:270 lid 4 BW voor JoBaRo c.s. noch voor andere rechthebbende(n) geopend:

Ingeval de notaris ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de hem ingevolge de leden 2 of 3 verstrekte verklaring onjuist is, kan hij de uitkering aan de hypotheekhouder opschorten tot de in lid 3 aangewezen voorzieningenrechter op vordering van de meest gereede partij of op verlangen van de notaris omtrent de uitkering heeft beslist.

En de gevolgen?

3.8. JoBaRo c.s. zijn dus op geen enkele wijze tevoren bij de uitbetaling door de notaris aan de executerende eerste hypotheekhouder betrokken en daardoor niet in de gelegenheid geweest hun bezwaren tegen de verklaring van Rabobank te uiten en te effectueren. Het fundamentele begin-

18 zie HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096 («JOR» 2009/273, m.nt. Loesberg (*Heembouw/Fortis c.s.*); *red.*)

19 productie 1 bij conclusie van antwoord van Rabobank

sel van hoor en wederhoor is ten opzichte van hen geschonken. De door de wetgever in artikel 3:270 lid 6 BW neergelegde redresmogelijkheden (van hoofdelijke aansprakelijkheid van de Staat naast de notaris) zijn eigenlijk maar tweede keus: een onterecht te hoge uitbetaling aan de executerende eerste hypotheekhouder wordt daardoor nog steeds niet rechtstreeks teruggehaald, terwijl dit wel eenvoudig en praktisch mogelijk moet zijn. Mede in het licht van de eisen die artikel 6 EVRM stelt, moet daarom voor dit soort gevallen worden aangenomen dat de executerende eerste hypotheekhouder, als hij onregelmatig is uitbetaald, door de andere opbrengstgerechtigden, zoals de tweede hypothecaire schuldeisers JoBaRo c.s., in de rangregeling kan worden betrokken. En wel met een vordering ten behoeve van de opbrengstgemeenschap tot terugbetaling van het teveel uitbetaalde. Zo'n rangregeling vormt (ten opzichte van een kort geding een bodem)procedure, die praktisch en effectief de meest rechtstreekse oplossing biedt, beter dan een kort geding tegen de eerste hypotheekhouder, procedures tegen de notaris en de Staat en/of een aparte bodemdagvaarding door de tweede hypothecaire schuldeisers tegen de eerste hypotheekhouder. Dit zou eens te meer moeten gelden in gevallen waarin de terugbetalingsverplichting van de eerste hypotheekhouder zo omvangrijk blijkt dat ook lager gerangschikte opbrengstgerechtigden dan de tweede hypotheekhouder daarvan nog zouden kunnen profiteren. Die kunnen dan als belanghebbenden ook in de rangregeling worden betrokken. En deze oplossing staat ten slotte ook niet in de weg aan de door de wetgever (onder na te leven waarborgen) beoogde vlotte uitbetaling van de executerende eerste hypotheekhouder.

Op grond van al het voorgaande kunnen JoBaRo c.s. dus in dit geval worden ontvangen in hun vorderingen in deze rangregeling tegen Rabobank. Grief 1 slaagt, zodat het eindvonnis in dat opzicht moet worden vernietigd.

De bezwaren van JoBaRo c.s. tegen de omvang van de vordering van Rabobank

3.9. Volgens vaste rechtspraak is uitgangspunt dat de appelrechter na vernietiging van een eindvonnis de zaak niet mag terugwijzen naar de rechter in eerste aanleg (het terugwijzingsverbod). De appelrechter mag de zaak (bij uitzondering) wel terugwijzen indien de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke

lijke behandeling van de zaak is toegekomen. Dit is aan de orde wanneer de rechter in eerste aanleg zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen of ten onrechte ontslag van de instantie heeft verleend of een ander geval zich heeft voorgedaan dat op één lijn dient te worden gesteld met de eerder aanvaarde uitzonderingsgevallen waarin de rechter in eerste aanleg niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak is toegekomen.²⁰

Hier heeft de rechtbank JoBaRo c.s. tegen Rabobank niet-ontvankelijk verklaard uitsluitend op de grond dat zij geen vordering jegens Rabobank hebben geformuleerd. De rechtbank is dus op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen die partijen toegekomen. Bij dit alles doet zich hier de bijzonderheid voor dat het van groot belang is dat de procedures van JoBaRo c.s. tegen Rabobank en tegen de curator, die thuishoren in dezelfde rangregeling, zoveel mogelijk tegelijkertijd door dezelfde rechterlijke instantie worden beslist. Verderop in dit arrest zal blijken dat het tussenvonnis in de verhouding tussen JoBaRo c.s. en de curator zal worden vernietigd met terugwijzing van die zaak naar de rechtbank. Bij die processuele stand van zaken zouden de processuele belangen van alle betrokken partijen op onaanvaardbare wijze tekort worden gedaan indien het hof de eerste zaak aan zich zou houden en zelf zou afdoen en de tweede zaak zou terugwijzen. Zij moeten bij elkaar blijven. Daarom zal het hof de eerste zaak ook terugwijzen.

In de zaak van JoBaRo c.s. tegen de curator

Curator belanghebbende

3.10. Degene wiens goed is verkocht heeft (vanzelfsprekend) recht op het overschot, aldus artikel 3:270 lid 2 BW en hij behoort tot de in het vijfde lid van artikel 3:270 BW genoemde belanghebbenden. Op grond van artikel 3:271 lid 1 BW is zo'n belanghebbende bevoegd een gerechtelijke rangregeling te verzoeken om tot verdeling van de opbrengst te komen.

Mocht de geëxecuteerde na voltooiing van de executie (als de zaak aan de executiekoper is geleverd), maar voordat de restant executieopbrengst is verdeeld, failliet verklaard worden, dan valt zijn

²⁰ HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:604

daarmee corresponderende voorwaardelijke recht op toedeling van het surplus in de boedel²¹. Vanwege dat voorwaardelijke recht, een boedelactief in de zin van artikel 20 Fw, heeft de curator als belanghebbende de bevoegdheid om de geldigheid en de omvang van de door JoBaRo c.s. gepretendeerde, door hun tweede hypotheek verzekerde, vorderingen in de rangregeling te bestrijden. Grief 2 gaat dus niet op.

Standpunt van de curator over tegenstrijdig belang en de sanctie daarop

3.11. De curator heeft in de renvooiprocedure een conclusie van antwoord genomen en zijn tegenspraak geenszins, zoals JoBaRo c.s. menen, laten varen. Volgens de curator had bestuurder [naam1] van Cordonnier c.s. bij de beraadslaging en besluitvorming tot en het aangaan van de overeenkomst van geldlening en de daarop gebaseerde tweede hypotheekvestiging een direct of indirect persoonlijk belang als DGA van JoBaRo c.s. dat tegenstrijdig was met het belang van Cordonnier c.s., zodat hij op grond van artikel 2:239 lid 6 in verband met lid 5 BW niet bevoegd was tot het sluiten van die overeenkomst namens Cordonnier c.s. en, aldus de curator, de daarop voortbouwende hypotheekverlening nietig is. Volgens hem zijn die besluiten nietig op grond van artikel 2:14 lid 1 BW.

JoBaRo c.s. betwisten het bestaan van een tegenstrijdig belang en vinden zo'n besluit en daarop gebaseerde rechtshandelingen hooguit vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1, aanhef en onder a. BW, welke vernietiging de curator, ook volgens zijn verklaring op de mondelinge behandeling in hoger beroep, niet heeft ingeroepen.

Wat in hoger beroep vaststaat

3.12. In haar vonnis van 10 november 2021 heeft de rechtbank in rov. 5.33. overwogen dat vaststaat dat de algemene vergadering van aandeelhouders van Cordonnier het besluit tot de geldleningsovereenkomst niet heeft genomen, dat een besluit van een onbevoegd orgaan in dit geval niet vernietigbaar maar nietig is en dat bekrachtiging noch goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders mogelijk is.

Grief 3 is niet met zoveel woorden gericht tegen het oordeel in rov. 5.33. dat indien er een tegenstrijdig belang van bestuurder [naam1] komt vast te staan, de algemene vergadering van aandeelhouders het besluit tot de geldleningsovereenkomst had moeten nemen en dat dit niet is gebeurd. Het enige dat in die richting tendeert, is de passage in de appeldagvaarding onder 70:

“Bovendien hebben de aandeelhouders vooraf toestemming gegeven voor het sluiten van de leningen (sterker nog, ze hebben deze mede ondertekend en waren nota bene aanwezig bij de notaris toen het bijbehorende hypotheekrecht werd gevestigd) en zijn de besluiten daaromtrent bevestigd dan wel bekrachtigd door de aandeelhouders.”

De curator heeft deze stelling in zijn memorie van antwoord niet opgevat als een grief tegen genoemde vaststelling van de rechtbank en behoeft dit in redelijkheid ook niet anders te begrijpen; de geciteerde passage is namelijk kennelijk slechts gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de mogelijkheid van een bevestiging of bekrachtiging van het bestreden besluit. Daarom moet er in hoger beroep van worden uitgegaan dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet tot het aangaan van de geldlening heeft besloten.

3.13. Verder staat het volgende vast.

Op 23 november 2015 is [naam1] benoemd tot bestuurder van Cordonnier en Rodenbach.²²

Bij geldleningsovereenkomst van 1 april 2016 zijn JoBaRo c.s. als schuldeisers met Cordonnier c.s. als schuldenaren, allen telkens vertegenwoordigd door [naam1], en het echtpaar [naam2] als aandeelhouders van Cordonnier overeengekomen dat Cordonnier c.s. (maximaal) € 200.000 van JoBaRo c.s. hebben geleend c.q. mogen lenen tegen onder meer een rente van in beginsel 5% per jaar, onder een boetebepaling en tegen verlening van een (tweede) hypotheek.²³

Bij notariële akte van 29 april 2016²⁴ heeft [naam1] – in aanwezigheid van de beide aandeelhouders van Cordonnier – namens Cordonnier c.s. voor hun schulden aan JoBaRo c.s., eveneens vertegenwoordigd door [naam1], een tweede hypotheek gevestigd voor een maximum hoofdsom van

21 vergelijk HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948 («JOR» 2011/208, m.nt. Van Hees; red.) (Ontvanger/ mr. Eijking)

22 productie 27 bij bericht namens JoBaRo van 23 november 2020

23 productie 5 bij verzoekschrift tot rangregeling

24 productie 4 bij verzoekschrift tot rangregeling

€ 200.000 met € 80.000 aan renten, boetes en kosten.

(Omdat partijen daaraan geen aandacht hebben besteed, blijft hier de regeling van artikel 11 van de statuten van Cordonnier over de vertegenwoordigingsbevoegdheid en tegenstrijdig belang verder buiten beschouwing.²⁵)

3.14. JoBaRo c.s. hebben gegriefd tegen het nietigheidsoordeel in rov. 5.33. als aangenomen wordt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang en vervolgens tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 5.37. en in het dictum onder 6.4. dat op JoBaRo c.s. de bewijslast daarvan rust en dat zij feiten en omstandigheden moeten bewijzen waaruit volgt dat er van tegenstrijdig belang van de bestuurder ([naam1]) van zowel Cordonnier en Rodenbach als van Jobaro c.s. bij de besluitvorming omtrent het aangaan van de geldleningsovereenkomst tussen Cordonnier en Rodenbach als schuldenaren en Jobaro c.s. als schuldeisers geen sprake was.

3.15. Artikel 2:239 BW bepaalt in de leden 5 en 6: 5. *Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.*

25 Artikel 11 van de statuten van Cordonnier luidt, voor zover hier van belang (productie 1 bij brief van de curator van 24 augustus 2020):

“1. De directie vertegenwoordigt de vennootschap in en buiten rechte.

Indien de directie uit meer dan één persoon bestaat, berust de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid bij ieder van de directeuren afzonderlijk.

2. In alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met één of meer directeuren wordt de vennootschap niettemin op de hiervoor gemelde wijze vertegenwoordigd.

3. De directie behoeft de goedkeuring van de algemene vergadering voor bestuursbesluiten strekkende tot: a. het verkrijgen, vervreemden en bezwaren, in gebruik nemen of geven, onder welke titel ook, van onroerende zaken en het beëindigen van zodanig gebruik;

(...)

c. het aangaan van geldleningen en kredietovereenkomsten, waaronder niet is begrepen het gebruikmaken van een aan de vennootschap verleend bankkrediet;

(...)

4. Het ontbreken van de in lid 3 bedoelde goedkeuring kan niet door of tegen derden worden ingeroepen.”

6. *Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.*

3.16. De aanwezigheid van een tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:239 BW heeft in beginsel alleen maar gevolgen voor de interne rechtsgeldigheid van de besluitvorming van het bestuur en niet voor de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordigingshandeling²⁶. De wetgever heeft rechtszekerheid ten behoeve van derden nagestreefd. Derden, met wie de vennootschap contracten is aangegaan, worden in dit systeem niet langer belast met het risico dat de overeenkomst nietig wordt verklaard op verzoek van de vennootschap vanwege het tegenstrijdige belang van een bestuurder. Dit behoudens aansprakelijkheid jegens derden, zoals een contractuele wederpartij, wegens onrechtmatig handelen, zoals al eerder vorm heeft gekregen in de zogenaamde Bibolini-exceptie²⁷.

Uit de wetsgeschiedenis over artikel 2:239 BW blijkt verder dat aan de wetgever steeds met zoveel woorden als sanctie vernietigbaarheid als bedoeld in artikel 2:15 lid 1, aanhef en onder a. BW voor ogen heeft gestaan. De wetgever heeft geen, merkbare, aandacht geschonken aan nietigheid wegens besluitvorming door een onbevoegd orgaan op grond van artikel 2:14 lid 1, aanhef en onder a. BW. Hoewel die sanctie van nietigheid niet door de wetgever is besproken, heeft hij deze toch ook niet uitgesloten in het geval het besluit is genomen in strijd is met de wet of de statuten als bedoeld in dit artikel 2:14. Die situatie doet zich voor als het besluit is genomen door een niet bevoegd orgaan (hier de enige bestuurder [naam1]) in een geval dat die enige bestuurder een tegen-

26 Memorie van Toelichting II in kamerstukken 31763 vergaderjaar 2008-2009 nr. 3, pag. 12-14, Nota naar aanleiding van het Verslag II in kamerstukken 31763 vergaderjaar 2008-2009 nr. 6, pag. 2-24 en de Memorie van Antwoord I in kamerstukken 31763 vergaderjaar 2010-2011 nr. C, pag. 7-11

27 HR 7 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (Bibolini)

strijdig belang had. Als zich een tegenstrijdig belang heeft voorgedaan, leidt dat in zo'n geval tot nietigheid van het besluit (wat echter nog niet zonder meer de geldleningsovereenkomst aantast).

Dat bekrachtiging of bevestiging heeft plaatsgevonden, is gesteld noch gebleken. Bovendien is bevestiging of bekrachtiging van een nietig besluit door een bevoegd orgaan van een door een onbevoegd orgaan genomen besluit niet mogelijk.

Grief 3 faalt in zoverre.

Stelplicht en bewijslast tegenstrijdig belang en sanctie

3.17. Wanneer het gaat om een beroep op nietigheid rusten de stelplicht en bewijslast ervan ingevolge artikel 150 Rv op de curator, die zich op het rechtsgevolg daarvan beroept. Anders dan JoBaRo c.s. aanvoeren, wordt de verdeling van stelplicht en bewijslast niet bepaald door de vraag wie in de renvooiprocedure als eiser of verweerder optrad dan wel moest gelden (de rechter-commissaris heeft de zaak overigens naar de rol verwezen voor conclusie van eis zijdens JoBaRo c.s.), maar door de onderliggende materiële rechtsregels. Uitgangspunt moet dan de geldigheid van een ingeroepen overeenkomst, het hypotheekrecht en het onderliggend besluit zijn. Het is de curator die zich beroept op het rechtsgevolg van nietigheid van het onderliggende besluit wegens het door hem gestelde (en door JoBaRo c.s. bestreden) tegenstrijdig belang. De stelplicht en de bewijslast van tegenstrijdig belang rusten dus niet op JoBaRo c.s., wat ook geldt voor de op die bewijslastverdeling gebaseerde bewijsopdracht. Als de rechtbank op dit punt een nieuwe bewijsopdracht overweegt, zal zij deze in beginsel moeten geven aan de curator, mits hij wel voldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd om tot die bewijsovereenkomst te worden toegelaten.

Blijft dan nog de vraag of en zo ja wat een tegenstrijdig belang met daarop de sanctie van nietigheid van het besluit tot het aangaan van de geldleningsovereenkomst voor gevolgen zou moeten hebben voor die overeenkomst en de daarop gebaseerde hypotheek (de Bibolini-exceptie), maar dat oordeel is aan de rechtbank.

Grief 3 slaagt in zoverre.

In beide zaken:

Bewijsaanbiedingen

3.18. Partijen hebben geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden moeten leiden. Daarom passeert het hof hun bewijsaanbiedingen.

Conclusie

3.19. Ten opzichte van Rabobank slaagt de (enige) grief 1, wat leidt tot vernietiging van het eindvonnis en in dit bijzondere geval terugwijzing van de zaak naar de rechtbank.

Ten opzichte van de curator faalt grief 2, maar slaagt grief 3 ten dele, wat leidt tot vernietiging van het tussenvonnis. Het hof zou de zaak na vernietiging van het tussenvonnis aan zich kunnen houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen.²⁸ Maar het hof hoeft dat niet per se. JoBaRo c.s. vragen om zo'n evocatie; de curator verzet zich daartegen.

Naar het oordeel van het hof zijn er nog teveel vraagpunten opengebleven om de zaak nu in hoger beroep aan zich te houden en te beslissen. Zo is de rechtbank (nog) niet toegekomen aan de omvang van de vorderingen van JoBaRo c.s. In eerste aanleg staan meer geschilpunten open dan vragen in hoger beroep; het debat in eerste aanleg lijkt nog niet eens voltooid. Met evocatie zouden beide partijen een feitelijke instantie missen. Daarom zal de zaak worden teruggewezen.

Proceskosten

3.20. De proceskosten van alle partijen in het hoger beroep zal het hof reserveren.

4. De beslissing

Het hof:

in de zaak van JoBaRo c.s. tegen Rabobank:

4.1. vernietigt het eindvonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 10 november 2021;

4.2. wijst de zaak terug naar die rechtbank zodat zij met inachtneming van dit arrest op de hoofdzaak zal beslissen;

4.3. reserveert tot de einduitspraak de proceskosten in hoger beroep (...; red.);

in de zaak van JoBaRo c.s. tegen de curator:

²⁸ zie artikel 356 Rv

4.4. vernietigt het tussenvonnissen van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 10 november 2021;

4.5. wijst de zaak terug naar die rechtbank zodat zij met inachtneming van dit arrest op de hoofdzaak zal beslissen;

4.6. reserveert tot de einduitspraak de proceskosten in hoger beroep (...; *red.*).

NOOT

1. Een perceel grond met opstallen (een hotel-restaurant met bedrijfswoning) van Cordonnier c.s. is verhuypothekerd aan Rabobank als eerste hypotheekhouder en aan JoBaRo c.s. als tweede hypotheekhouder. Eind 2019 wordt het perceel grond door Rabobank onderhands executoriaal verkocht voor € 1.350.000. De notaris betaalt vervolgens ongeveer € 1.100.000 uit aan Rabobank op grond van art. 3:270 lid 3 BW. Het resterende bedrag wordt aangehouden op de notariële derdengeldenrekening. In 2020 gaat Cordonnier c.s. failliet. JoBaRo c.s. dient vorderingen in ter waarde van ongeveer € 400.000 en verzoekt om een rangregeling met betrekking tot de verdeling van de resterende opbrengst (art. 3:271 lid 1 BW jo. art. 552 Rv). Tevens stelt JoBaRo c.s. dat het aan Rabobank uitbetaalde bedrag te hoog is. De curator van Cordonnier c.s. betwist het bestaan van de vorderingen van JoBaRo c.s., waarna de rechter-commissaris de zaak doorverwijst naar de rechtbank (een renvooi-procedure; art. 486 lid 1 Rv). Nadat de rechtbank een tussenvonnissen heeft gewezen, verzoekt JoBaRo c.s. succesvol toestemming om tussentijds in hoger beroep te gaan (Rb. Overijssel 15 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4856, r.o. 2.2).

2. *In de eerste plaats* stelt JoBaRo c.s. dat de curator van Cordonnier c.s. geen belanghebbende is en derhalve geen tegenspraak tegen hun vorderingen kan indienen zoals bedoeld in art. 552 lid 4 jo. 484-486 Rv. Volgens zowel de rechtbank (r.o. 5.5-5.10) als het hof (r.o. 3.10) is de curator echter wel belanghebbende in de zin van art. 480 lid 2 Rv. Dit oordeel past mijns inziens bij de rol van de curator als zijnde belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw), waarin onder meer een eventueel executieoverschot valt; vergelijk ook Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/731.

3. *In de tweede plaats* stelt de curator dat de vorderingen van JoBaRo c.s. gebaseerd zijn op een nietige geldleningsovereenkomst; deze is immers afgesloten door bestuurder A, die destijds bestuurder was van zowel JoBaRo c.s. als Cordonnier c.s. Daarmee is de tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:239 lid 6 jo. lid 5 BW overtreden, hetgeen leidt tot nietigheid van de besluiten ex art. 2:14 lid 1 BW. Bestuurder A ontkent dat de tegenstrijdigbelangregeling is overtreden. De wetgever heeft voor dit soort gevallen met name vernietigbaarheid van dergelijke besluiten voorgestaan (art. 2:15 lid 1 aanhef en sub a BW), al is nietigheid niet uitgesloten (vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 13-14 (MvT)). Van nietigheid kan slechts sprake zijn indien het besluit is genomen door een niet bevoegd orgaan en dat is bijvoorbeeld het geval als de *enige bestuurder* een tegenstrijdig belang had (art. 2:239 lid 6 BW). Ik merk op dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de handelende bestuurder door de eventuele nietigheid dan wel vernietiging van het besluit in beginsel niet wordt aangetast (vgl. E. Zwerus & S.R. Brand, 'Tegenstrijdig belang. Recente ontwikkelingen sinds de wetwijziging in 2013', *MvV* 2016/9, p. 243-251 en het hof in r.o. 3.16). De stelplicht en bewijslast ligt bij JoBaRo c.s.; zij dient te bewijzen dat geen sprake is van een tegenstrijdig belang, aldus de rechtbank (r.o. 5.36-5.37). Dat is mijns inziens onjuist. De bewijslast dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon nietig c.q. vernietigbaar is, rust op degene die zich daarop beroept (art. 150 Rv en terecht het hof in r.o. 3.17).

4. *In de derde plaats* heeft JoBaRo c.s. ook Rabobank in de procedure betrokken. Waar de rechtbank deze vordering niet-ontvankelijk verklaarde (r.o. 5.16), gaat het hof er wel inhoudelijk op in (r.o. 3.3-3.9). Daarbij staat de vraag centraal of Rabobank, als reeds uitbetaalde executerende eerste hypotheekhouder, nog in een rangregeling en een renvooi-procedure betrokken kan worden. Het gaat daar immers alleen om de verdeling van de restantopbrengst en Rabobank is geen deelgenoot in die opbrengstgemeenschap (art. 3:166 BW). Volgens het hof is het antwoord op deze vraag onduidelijk (r.o. 3.6). De wet zwijgt daar inderdaad over, maar in eerdere, lagere rechtspraak is geoordeeld dat dit niet kan (Rb. Dordrecht 23 november 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU6635, r.o. 11; Rb. Den Haag 12 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1397,

r.o. 5.5 en Rb. Rotterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:923, r.o. 4.4 en vgl. Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/735). De situaties in die uitspraken waren echter anders dan in casu. Het hof overweegt dat in een situatie zoals in casu aan de orde – waarbij een tweede hypotheekhouder de omvang van de (reeds uitbetaalde) vordering van de eerste hypotheekhouder betwist en daarmee ook de juistheid van de verklaring zoals bedoeld in art. 3:270 lid 3 BW – de eerste hypotheekhouder wel betrokken kan worden in de rangregeling. Tegen hem kan dan een vordering worden ingesteld ten behoeve van de opbrengstgemeenschap tot terugbetaling van het teveel uitbetaalde. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat de eerste hypotheekhouder enerzijds snel uitbetaald kan worden, maar anderzijds dat de andere gerechtigden tot de executieopbrengst voldoende beschermd worden. De daarvoor in de wet opgenomen beschermingsmaatregelen – zoals de regierol van de notaris – komen in een situatie zoals deze volgens het hof echter niet goed uit de verf (r.o. 3.6-3.7).

5. Wat is er dan misgegaan? Toen Rabobank de verklaring zoals bedoeld in art. 3:270 lid 3 BW ter goedkeuring aan de voorzieningenrechter voorlegde, stond daarin niet dat er ook een tweede hypotheekhouder was. Dat is wettelijk ook niet verplicht, maar daardoor hebben de andere belanghebbenden (zoals JoBaRo c.s.) zich over deze verklaring niet kunnen uitlaten bij de voorzieningenrechter. Ook heeft de notaris de overige gerechtigden tot de executieopbrengst niet vóór uitbetaling aan Rabobank geïnformeerd, zodat zij ook daar hun bezwaren niet kenbaar konden maken en waardoor de notaris geen toepassing van art. 3:270 lid 4 BW heeft overwogen (r.o. 3.7). De notaris treft daarin mijns inziens overigens blaam, want gelet op zijn zorgplicht had de notaris de andere gerechtigden wel behoren te informeren alvorens tot uitkering over te gaan en de tweede hypotheek was uiteraard wel kenbaar uit de openbare registers (vgl. W.G. Huijgen, *Hypotheek*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 77 alsmede V. Tweehuysen, *GS Vermogensrecht*, art. 3:270 BW, aant. 6.2). Dit alles heeft tot gevolg gehad dat JoBaRo c.s. voor de uitbetaling aan Rabobank feitelijk op geen enkele wijze haar bezwaren kon uiten. Zij wordt van de voorgenomen executie wel op de hoogte gesteld (art. 548 Rv), maar staat daarna wat betreft de uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder in beginsel buiten

spel, omdat dit “achter gesloten deuren” plaatsvindt. Volgens het hof is hierdoor *het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor* uit art. 6 EVRM geschonden, waardoor de notaris zijn regierol ook niet goed kan uitoefenen (r.o. 3.8). Of dat eerste juist is, is wel de vraag. De procedure van art. 3:270 lid 3 BW is immers een verzoekschriftprocedure, waarbij in beginsel uitsluitend de eerste hypotheekhouder betrokken is (vgl. Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/308). Deze problematiek kan bovendien mogelijk voorkomen worden als de notaris de andere voor hem kenbare schuldeisers – hypotheekhouders en beslagleggers – voor uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder informeert. Zij kunnen dan eventuele bezwaren indienen waardoor de notaris feitelijk toepassing van zijn opschortingsbevoegdheid ex art. 3:270 lid 4 BW kan overwegen (Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/426). Dit heeft als nadeel dat de uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder enige vertraging kan opleven, maar, gelet op de belangen van derden en de mogelijkheid voor de notaris om diens rol optimaal vorm te geven, is dat naar mijn mening niet onredelijk. De vraag of de eerste hypotheekhouder dan in de rangregeling betrokken kan worden, verliest dan aan belang. In de praktijk vindt de uitbetaling overigens vaak snel plaats; soms zelfs nog vóór de ontvangst van de goedkeuring van de voorzieningenrechter – zoals in casu – omdat deze goedkeuring vaak slechts een formaliteit is. Dat mag een notaris echter niet doen.

6. Stel dat er echter daarna – na de uitbetaling, maar voor de afwikkeling van de rangregeling – toch bezwaren worden geuit over de omvang van de vordering van de eerste hypotheekhouder, dan kan men betogen dat JoBaRo c.s. maar een separate civiele procedure (een kort geding of een bodemprocedure) moet starten tegen Rabobank (vgl. Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/735). Om praktische redenen lijkt het mij echter ook wenselijk dat een geschil zoals hier aan de orde op dat moment toch in de rangregeling betrokken kan worden, want dit is – om met het hof te spreken – “effectief de meest rechtstreekse oplossing” en ook proceseconomisch het meest efficiënt (vgl. V. Tweehuysen, *GS Vermogensrecht*, art. 3:270 BW, aant. 6.4). Het is af-

wachten of deze lijn in de rechtspraak wordt doorgezet.

H.J. Weijers

PhD-fellow bij de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden

302

Toerekening van executieopbrengst op geseceureerde schulden

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp

Leeuwarden

12 september 2023, zaaknr. 200.321.780/01,

ECLI:NL:GHARL:2023:7688

(mr. Zandbergen, mr. Tubben, mr. Aksu)

Noot mr. A. Slaski

Imputatie van betalingen na executie door hypotheekhouder. Vorderingen op beide schuldenaren vallen onder hypotheek. Geen analogische toepassing van art. 3:270 BW. Betaling toegerekend aan oudste én meest bezwarende schuld, in casu de lening waarvoor borgstelling heeft plaatsgehad.

[BW art. 3:270, 6:43, 6:44]

Art. 6:43 BW ziet niet op de vraag aan welke schuldenaar geacht wordt te zijn betaald. De hypotheekakten zien verder mede op andere dan in die akten genoemde geldleningen aan de partijen die in de akten als schuldenaar zijn aangemerkt. Dat zijn steeds WenM en ACS, "zowel tezamen als ieder afzonderlijk". Dat betekent dat alle vorderingen van appellanten op zowel WenM als ACS onder de hypotheekverlening vielen. Daarnaast is gesteld noch gebleken dat partijen hebben afgesproken aan welke vordering van welke vennootschap de executieopbrengst diende te worden toegerekend. De onderhandse verkopen hebben om die reden plaatsgevonden ten behoeve van zowel WenM als ACS en die schulden zijn bij de verdeling van de verkoopopbrengst per hypotheekverstrekking van gelijke rang. Het is niet uitsluitend aan appellanten om te bepalen of een betaling aan haar is gedaan door of namens de ene dan wel de andere schuldenaar. Een beroep op art. 3:270 BW kan daarbij ook niet behulpzaam

zijn. Dat ziet op de vraag aan welke gerechtigden, en in welke volgorde de verkoopopbrengst bij openbare verkoop moet worden uitgekeerd. Het artikel geeft geen antwoord op de vraag wie bij een uitbetaling door de notaris aan een hypotheekhouder heeft te gelden als de schuldenaar, en leent zich ook niet voor analogische toepassing voor gevallen als dit, waarin de schulden van meerdere schuldenaren door één en dezelfde hypotheek zijn gedekt.

Naast de schuld waarvoor geïntimeerden borg stonden, waren ten tijde van de betaling op 4 juni 2014 ook andere schulden van ACS aan appellanten opeisbaar. Het deel van de betaling dat aan de schulden van ACS wordt toegerekend (€ 249.590,25) was echter bij lange na niet voldoende om al deze schulden te voldoen. Voor die situatie geldt dat de betalingen op grond van de in art. 6:43 BW en 6:44 BW gegeven rangorde aan de bestaande schulden worden toegerekend, tenzij partijen zelf hebben aangegeven op welke schuld de betaling betrekking heeft. Is dat laatste niet aan de orde, maar heeft ACS wel een schuld aangewezen, dan wordt een betaling daaraan in beginsel toegewezen. Heeft zij dat nagelaten, dan wordt de betaling toegerekend aan de voor haar meest bezwarende opeisbare verbintenis. Zijn de opeisbare verbintenissen even bezwarend, dan wordt het eerst de schuld voldaan die het eerst is ontstaan, ongeacht wanneer deze opeisbaar is geworden. Kan ook geen oudste schuld worden vastgesteld, dan wordt de betaling naar evenredigheid aan de openstaande schulden toegerekend. Niet gesteld of gebleken is dat appellanten met ACS hebben afgesproken op welke schuld de gedane betalingen betrekking hebben of dat ACS zelf een schuld heeft aangewezen. Dat betekent dat eerst moet worden beoordeeld of een van de opeisbare schulden als meest bezwarend kan worden aangemerkt. De borgtocht maakt de vordering voor ACS niet minder bezwarend, omdat de borg pas tot nakoming is gehouden als de hoofdschuldenaar in de nakoming is tekortgeschoten, en omdat de borg een vordering op de hoofdschuldenaar heeft voor het gehele bedrag dat hij aan hoofdsom, rente en kosten aan de schuldeiser heeft moeten voldoen (art. 7:855 en 7:866 BW). Het enige onderscheid dat in dit verband wel relevant is, is de verschuldigde contractuele rente. De schuld van € 350.000 (met borgtocht) en 7% rente was het meest bezwarend en de oudste.