Universiteit
Leiden
The Netherlands

Voorrang bij verhaal: rechtvaardigingen en verklaringen

Uden, R.C.P. van

Citation
Uden, R. C. P. van. (2024, November 21). *Voorrang bij verhaal: rechtvaardigingen en verklaringen. Recht en Praktijk – Insolventierecht*. Wolters Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/4150266

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/4150266

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

Voorrang bij verhaal

Verkorte citeerwijze: Van Uden, *Voorrang bij verhaal (R&P nr. InsR22)* 2024/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: R.C.P. van Uden, *Voorrang bij verhaal. Rechtvaardigingen en verklaringen (Recht en Praktijk nr. InsR22),* Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Omslag: Bert Arts bNO

ISBN: 978 90 13 17802 9
NUR: 827-704

© 2024, R.C.P. van Uden Wolters Kluwer Nederland B.V. e/o de betreffende auteur(s). Alle rechten voorbehouden. Tekst- en datamining niet toegestaan.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. c.q. de betreffende auteur(s). Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Niets uit deze uitgave mag worden gebruikt of opgeslagen in een applicatie die gebruik maakt van artificial intelligence (AI) of daarmee vergelijkbare toepassing, waaronder begrepen het gebruik ten behoeve van het trainen van een AI-toepassing.

Gebruik van (delen van) de inhoud van deze uitgave voor tekst- en datamining is niet toegestaan.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.
Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/inview/

InView

FSC www.fsc.org
MIX
Papier | Ondersteunt verantwoord bosbeheer
FSC® C004472

Voorrang bij verhaal

Rechtvaardigingen en verklaringen

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 21 november 2024
klokke 16.00 uur

door

Ruben Cornelis Pieter van Uden
geboren te Dordrecht
in 1992

Promotores:	Prof. mr. W.H. van Boom (Radboud Universiteit Nijmegen) Prof. mr. E. Koops
Promotiecommissie:	Prof. mr. Y. Diamant (Tilburg University) Prof. mr. drs. M. Haentjens Prof. mr. F.M.J. Verstijlen (Rijksuniversiteit Groningen) Prof. mr. R.D. Vriesendorp Dr. P.W. van Wijck

WOORD VOORAF

Het Nederlandse rechtssysteem kent van oudsher voorrangsregels voor het nemen van verhaal. Hoewel de wet als uitgangspunt hanteert dat alle schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, zijn er altijd (groepen van) schuldeisers geweest voor wie om verschillende redenen op dit beginsel uitzonderingen werden gemaakt, hetzij op grond van een recht van voorrang, hetzij wegens achterstelling. De voorrangsregels doen zich bij uitstek gelden in situaties van insolventie, als het vermogen van de schuldenaar niet toereikend is om alle schulden te voldoen. Maar wat is de rechtvaardiging voor die verschillende behandeling van schuldeisers in een *concursus*? Welke regels voor verhaal zijn er en in hoeverre vinden die steun in wetenschappelijke theorieën over voorrang? Is daarbij de richting waarin het Nederlandse verhaalsrecht zich door de tijd heeft ontwikkeld wenselijk? In dit fraaie proefschrift beantwoordt mr. dr. R. (Ruben) van Uden deze en andere – voor de wetenschap en praktijk relevante – vragen over de rangorde bij verhaal in faillissement. Een dergelijke studie naar álle voorrangsrechten, bezien in hun onderlinge samenhang, ontbrak tot dusver in de recente wetenschappelijke literatuur.

In deze studie geeft de auteur een compleet en voor de praktijkjurist zeer handzaam overzicht van de verschillende rechten van voorrang en de uitwerking daarvan in de (insolventie)praktijk. Hij vervolgt met een analyse van de verschillende wetenschappelijke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal. Welke gronden bieden deze theorieën, stemmen deze overeen met de praktijk en hoe overtuigend zijn ze? De nadruk ligt daarbij op de positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers, omdat de verschillende theorieën met name hierop zijn gericht. De auteur heeft hierbij ook aandacht voor de ontwikkelingen in het Britse en Duitse systeem, waar vormen van zogenoemde *fixed fraction priority* zijn overwogen. Dit principe houdt in dat op de uitkering aan een zekerheidsgerechtigde schuldeiser een vast percentage in mindering wordt gebracht ten behoeve van een andere groep schuldeisers. Speciale aandacht is er ook voor de *non-adjusting creditors*, die – om welke reden dan ook – niet in staat zijn om voor zichzelf een (voorrangs)positie te bewerkstelligen. Voordat de auteur in een afsluitend hoofdstuk beoordeelt in welke mate ons systeem van voorrang voldoet aan de wetenschappelijke theorieën en aanbevelingen doet in welke richting dat systeem zich zou moeten bewegen, geeft hij inzicht in de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige systeem en de keuzes die de wetgever daarbij heeft gemaakt. Hoe was het geregeld in het OBW, welke redenen waren er om bepaalde voorrechten te creëren, hoe is het zo bekritiseerde fiscale bodem(voor)recht ontstaan en welke ontwikkelingen zijn er op dat punt geweest? Van Uden toont aan dat het verhaalsrecht vanaf de twintigste

eeuw vooral is gedreven door pragmatisme, waarbij 'de heetste aardappelen' volgens de auteur steevast zijn doorgeschoven.

Het boek is een zeer compleet naslagwerk, dat zowel de wetenschap als de praktijk nuttige inzichten biedt in het ontstaan van de voorrangsregels, de wetenschappelijke theorieën daarachter en mogelijke richtingen voor een verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht. Met name de positie van de concurrente schuldeiser is een actueel onderwerp, dat in de laatste jaren op verhoogde belangstelling van de politiek heeft kunnen rekenen. De redactie neemt dit boek dan ook met veel plezier op in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht.

Mr. drs. J.M.G.J. Boon/Leiden
Prof. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam
Mr. K.A. Messelink/Apeldoorn
Prof. mr. R.J. de Weijs/Amsterdam
Mr. J.H.M. van de Wiel/Den Haag

Augustus 2024

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

1.1 Aanleiding, probleemstelling en relevantie / 1
1.2 Afbakening / 3
1.3 Methode / 5
1.4 Plan van behandeling / 6

HOOFDSTUK 2

Rangorde tussen schuldeisers naar Nederlands recht / 9

2.1 Inleiding / 9
2.2 Paritas creditorum / 10
2.3 Doorbreking door autonomie (ontwijking van de paritas) / 12
- 2.3.1 Betaling / 12
- 2.3.2 Verrekening / 13
- 2.3.3 Overeenkomst (achterstelling) / 15
- 2.3.4 Pand en hypotheek / 16
  - 2.3.4.1 Inleiding / 16
  - 2.3.4.2 Vestiging: hoe ver kunnen pand en hypotheek zich over het vermogen van de schuldenaar uitstrekken? / 17
  - 2.3.4.3 Uitoefening (1): parate executie en separatisme / 19
  - 2.3.4.4 Uitoefening (2): inning van verpande vorderingen op naam / 21
- 2.3.5 De grenzen van het systeem / 24
  - 2.3.5.1 Ontoelaatbare betalingsdwang / 24
  - 2.3.5.2 De grenzen van verrekening / 26

2.4 Doorbreking door de wet (afwijking van de paritas) / 30
- 2.4.1 Executieschuldeisers – faillissementskosten / 30
  - 2.4.1.1 Onderscheid tussen bijzondere en algemene faillissementskosten / 31
  - 2.4.1.2 De rang van de faillissementskosten / 31
  - 2.4.1.3 De rang van de faillissementskosten bij een negatieve boedel / 32
- 2.4.2 Voorrechten / 34

2.4.2.1 Bijzondere voorrechten (op bepaalde goederen) / 35
2.4.2.2 Algemene voorrechten (op alle goederen) / 39
2.4.3 De fiscus / 42
2.4.3.1 Fiscaal voorrecht / 42
2.4.3.2 Bodemvoorrecht / 42
2.4.3.3 Bodemrecht / 44
2.4.3.4 Artikel 22bis Invorderingswet 1990 / 45
2.4.4 Het UWV / 46
2.4.5 De andere in de wet aangegeven gronden / 48
2.4.5.1 Artikel 3:264 lid 7 BW / 49
2.4.5.2 Artikel 3:282 BW / 51
2.4.5.3 Artikel 3:292 BW / 54
2.5 Rangorde onder de WHOA / 55
2.6 Spiegeling aan de realiteit / 58
2.7 Afronding / 60

HOOFDSTUK 3

Wetenschappelijke rechtvaardigingen voor voorrang / 61
3.1 Inleiding / 61
3.2 Eigendom en autonomie / 63
3.2.1 Inleiding / 63
3.2.2 De aard van de vestiging van een zekerheidsrecht / 64
3.2.2.1 Het model van Harris en Mooney / 64
3.2.2.2 Rechtseconomische bezwaren / 66
3.2.2.3 Dogmatische bezwaren / 67
3.2.2.4 'Missing link': de economische realiteit / 76
3.2.3 Afronding eigendom en autonomie / 79
3.3 Economische efficiëntie / 79
3.3.1 Inleiding / 79
3.3.2 Economische efficiëntie / 80
3.3.3 Zekerheidsrechten en economische efficiëntie / 81
3.3.3.1 Prijs en beschikbaarheid van krediet / 82
3.3.3.2 Monitoring / 85
3.3.3.3 Signaalfunctie / 90
3.3.3.4 Transparantie / 92
3.3.3.5 Exclusiviteit / 94
3.3.3.6 De balans opmakend: zijn zekerheidsrechten economisch efficiënt? / 95
3.3.4 Non-adjusting creditors / 95
3.3.4.1 Fixed fraction priority rules / 97
3.3.4.2 Adjustable priority rule / 102
3.3.4.3 Superpreferentie voor onvrijwillige schuldeisers / 103
3.3.5 Afronding economische efficiëntie / 105
3.4 Continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar / 106
3.4.1 Inleiding / 106

3.4.2 Continuïteit buiten insolventie: de voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden / 106
3.4.2.1 Kredietverlening / 106
3.4.2.2 Monitoringsactiviteiten van de huisbank / 108
3.4.3 Continuïteit binnen (dreigende) insolventie: (tijdelijke) afzwakking van de separatistenpositie / 110
3.4.3.1 De separatistenpositie van zekerheidsgerechtigden / 110
3.4.3.2 De afkoelingsperiode ex artikel 63a en 376 Fw / 118
3.4.4 Afronding continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar / 122
3.5 Afronding / 122

HOOFDSTUK 4

Verklaringen voor voorrang: een analyse van de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht / 125

4.1 Inleiding / 125
4.2 De privaatrechtelijke voorrechten in het OBW anno 1838 / 126
4.3 De fiscale voorrang / 128
4.3.1 De voorrang van 's Rijks schatkist / 128
4.3.2 Kritiek op en wijziging van de fiscale voorrang / 130
4.3.3 (Onderlinge) voorrang van belastingvorderingen en socialeverzekeringspremies / 135
4.4 De privaatrechtelijke voorrechten vanaf 1950 / 136
4.5 De weg naar het NBW / 137
4.5.1 Het Ontwerp-Meijers / 137
4.5.1.1 De voornaamste wijzigingen in het Ontwerp / 138
4.5.1.2 Bespiegelingen over het Ontwerp / 140
4.5.2 De commissie-Houwing / 142
4.5.2.1 Aanleiding en overkoepelend beeld / 142
4.5.2.2 Redenen voor de schrapping van voorrechten / 145
4.5.2.3 Redenen voor het behoud van voorrechten / 145
4.5.2.4 Fiscale en sociale voorrechten / 146
4.5.2.5 Onderlinge rangorde / 148
4.5.2.6 De werkingssfeer van voorrechten op alle goederen / 149
4.5.2.7 Het fiscale bodemrecht / 150
4.5.2.8 Overzicht en voorgestelde plaats in de wet / 152
4.5.3 Wetgevingsproces na de commissie-Houwing / 152
4.5.3.1 Consultatie van de praktijk ter voorbereiding van de nota van wijzigingen / 152
4.5.3.2 Voorbereiding mondeling overleg en nota van wijzigingen / 153
4.5.3.3 Herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten / 155
4.5.3.4 De fiscale en sociale voorrechten / 157
4.5.4 De interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht / 160
4.6 Wetsvoorstel 22 942 / 163
4.7 Rapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht / 165
4.8 Voorontwerp Insolventiewet / 170

4.9 Constructiebestendig bodem(voor)recht / 173
4.9.1 Belastingplan 2013 / 173
4.9.2 Alternatieve voorstellen van NVB en INSOLAD / 174
4.10 Recente ontwikkelingen / 175
4.10.1 Hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA / 175
4.10.2 Nieuwe herwaardering van het bodemrecht en afschaffing van de horizonbepaling / 178
4.11 Afronding / 179

HOOFDSTUK 5

Vergelijking en evaluatie: voorrang bij verhaal in verleden, heden en toekomst / 183
5.1 Inleiding / 183
5.2 Vergelijking van de theorie en de totstandkomingshistorie / 183
5.2.1 Afwijkingen / 183
5.2.1.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden / 183
5.2.1.2 Maatschappelijke belangen en economische efficiëntie / 184
5.2.1.3 De totstandkomingshistorie toont vooral voortzetting van het bestaande / 184
5.2.2 Verklaringen voor deze afwijkingen / 185
5.2.2.1 Lobbywerk / 185
5.2.2.2 Padafhankelijkheid / 185
5.3 Evaluatie van de totstandkomingshistorie / 187
5.3.1 Toetsing aan de wetenschappelijke theorie: de voorrang van de zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors / 187
5.3.2 Het handelen van de wetgever buiten het theoretisch beoordelingskader / 192
5.3.2.1 Voorrang wegens het belang van alle schuldeisers / 192
5.3.2.2 Sociale en andere maatschappelijke belangen / 192
5.4 De toekomst van het verhaalsrecht / 196
5.4.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors / 196
5.4.1.1 Naar fixed fraction priority / 196
5.4.1.2 Te begunstigen non-adjusting creditors / 198
5.4.1.3 Aandachtspunten bij de vormgeving van fixed fraction priority / 199
5.4.2 De fiscale voorrang: reductie en herverdeling / 200
5.4.3 De realiteit van de concurrente schuldeisers / 202
5.4.4 Een concrete uitwerking: het INSOLAD-afdrachtsvoorstel revisited / 202
5.5 Afronding / 207

Samenvatting / 209

Summary / 215

Verkort aangehaalde literatuur / 221

Jurisprudentieregister / 243

Wetsartikelenregister / 247

Curriculum vitae / 253

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

aant.	aantekening(en)
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
afd.	afdeling
afl.	aflevering
A-G	advocaat-generaal bij de Hoge Raad
art.	artikel(en)
AW 1822	Algemene Wet van 26 augustus 1822
B.	Beslissingen in belastingzaken
bew.	bewerker(s)
bijv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	cum annexis (met toebehoren)
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
c.p.	constitutum possessorium
CPB	Centraal Planbureau
CPP	Centrum voor proces- en productontwikkeling (onderdeel van het Ministerie van Financiën)
c.q.	casu quo (in welk geval)
CRvB	Centrale Raad van Beroep
c.s.	cum suis (met de zijnen)
CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekering
d.d.	de dato (daterend van)
diss.	dissertatie
DP	Discussion Paper
Duke L. J.	Duke Law Journal
e.a.	en anderen
ECFR	European Company and Financial Law Review
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EGKS-verdrag	Verdrag tot de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
ELR	The Edinburgh Law Review
ESiL	Edinburgh Studies in Law
EU	Europese Unie
EV	eindverslag
e.v.	en volgende
FBV	Federatie van Bedrijfsverenigingen
FD	Het Financieele Dagblad
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
FS	Fiscale Studieserie
Fw	Faillissementswet
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen

Hand.	Handelingen
HeiRA	Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
hfdst.	hoofdstuk(ken)
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
i.h.b.	in het bijzonder
InsO	Insolvenzordnung
INSOLAD	Vereniging van Insolventierecht Advocaten
Insolv. Int.	Insolvency Intelligence
Int. Rev. Law & Econ.	International Review of Law and Economics
Inv.	Invoeringswet
IW 1845	Invorderingswet 1845
IW 1990	Invorderingswet 1990
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Monet. Econ.	Journal of Monetary Economics
JBL	Journal of Business Law
JFE	Journal of Financial Economics
jis.	junctis (in samenhang met; meervoud)
jo.	juncto (in samenhang met; enkelvoud)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JP	Jus Privatum
m.b.t.	met betrekking tot
MDW	Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
mkb	midden- en kleinbedrijf
MLR	Modern Law Review
m.nt.	met annotatie van
Mon. BW	Monografieën BW
Mon. Pr.	Monografieën Privaatrecht
MSR	Monografieën Sociaal Recht
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
n.a.v.	naar aanleiding van
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NGB	Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
nl.	namelijk
nr. of no.	nummer
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NV of N.V.	naamloze vennootschap
O&b	Onderzoek en beleid
O&R	Onderneming en Recht
o.a.	onder andere
OBW	Burgerlijk Wetboek van 1838 (zoals dat grotendeels gold tot 1 januari 1992)
p.	pagina('s)
par.	paragraaf of paragrafen
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PLS	Property Law Series
q.q.	qualitate qua (in de hoedanigheid van)

R&P	Recht en Praktijk
Rb.	rechtbank
red.	redactie
reg.	regulation
resp.	respectievelijk
Rev. Finance	Review of Finance
r.o.	rechtsoverweging(en)
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
s.	section(s)
SBR	Studiereeks Burgerlijk Recht
SER	Sociaal-Economische Raad
SP	Studiepockets privaatrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SVR	Sociale Verzekeringsraad
T&C	Tekst & Commentaar
TM	Toelichting-Meijers
t/m	tot en met
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvCu	Tijdschrift voor Curatoren
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
URIW 1990	Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990
UvA	Universiteit van Amsterdam
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VBW	Vereniging voor Belastingwetenschap
vgl.	vergelijk
Virginia L. Rev.	Virginia Law Review
VU	Vrije Universiteit
VV	voorlopig verslag
vzr.	voorzieningenrechter
W.	Weekblad van het Regt
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
WFR	Weekblad fiscaal recht
Wfsv	Wet financiering sociale verzekeringen
WFV	Wet financiering volksverzekeringen
WHOA	Wet homologatie onderhands akkoord
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet
Wwz	Wet werk en zekerheid
Yale L. J.	The Yale Law Journal
ZIFO	Zuidas Instituut voor Financieel Recht en Ondernemingsrecht
z.n.	zonder naam
z.p.	zonder plaats
Zvw	Zorgverzekeringswet
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding, probleemstelling en relevantie

Dit onderzoek gaat over de rangorde bij verhaal op de goederen van een gefailleerde schuldenaar. Wanneer een schuldenaar failleert, dan is in beginsel sprake van een situatie waarin zijn vermogen ontoereikend is om al zijn schulden volledig te voldoen. Er is dan sprake van een *concursus*, een samenloop, van schuldeisers. Het is deze situatie, waarin de regels omtrent rangorde bij verhaal (het verhaalsrecht, neergelegd in titel 3.10 BW) hun functie krijgen: hoe dient het beschikbare verhaalsvermogen over de schuldeisers te worden verdeeld?

De regels die de rangorde tussen schuldeisers bepalen, roepen diverse vormen van voorrang in het leven. Zo vloeit voorrang voort uit pand en hypotheek, uit diverse soorten voorrechten en uit enkele andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW). Dit tekent zich af tegen de achtergrond dat als hoofdbeginsel van rangorde bij verhaal de gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*) geldt.[1]

Overkoepelende wetenschappelijke studies naar deze regels van rangorde, waarin deze in hun onderlinge samenhang worden bestudeerd, zijn schaars.[2] Wel zijn meerdere studies verricht naar enkele specifieke voorrangsposities in de rangorde. In het oog springen de studies van Van den Heuvel en Hoekstra naar de voorrang die voortvloeit uit goederenrechtelijke zekerheden, en de studie van Boekraad naar primair de aan boedelschulden verbonden voorrang.[3] Dit betekent dat er ruimte is om de regels van rangorde in hun onderlinge samenhang aan een studie te onderwerpen. Een kernvraag die daarbij rijst, is *waarom* bepaalde schuldeisers zich met voorrang boven anderen mogen verhalen op het verhaalsvermogen van hun schuldenaar. Deze vraag neemt in dit onderzoek een centrale plaats in en zal vanuit twee invalshoeken worden beantwoord. In de eerste plaats zal de theorievorming over voorrang bij verhaal worden bestudeerd. Welke theorieën over de *rechtvaardiging* van voorrang bij verhaal kunnen in de wetenschappelijke literatuur

1 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/6.

2 Zo dateert voor zover mij bekend de laatste (toevallig ook Leidse) dissertatie over de rangschikking in faillissement uit de negentiende eeuw: Mijnlieff, *De rangschikking in het faillissement* 1885. De meest omvattende recentere studies zijn het rapport van de commissie-Houwing inzake de bevoorrechting van vorderingen en de monografieën van Erasmus, Fesevur en Franken: Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974; Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017; Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019.

3 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004; Hoekstra, *De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht* 2007; Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997.

worden geïdentificeerd en wat zeggen zij over de inhoud en reikwijdte van die voorrang? Ten tweede zal de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal worden bestudeerd, ter *verklaring* van de huidige voorrang bij verhaal.[4] Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht? Deze twee perspectieven zullen vervolgens met elkaar worden vergeleken. Hierbij wordt onderzocht in hoeverre de wetenschappelijke theorieën over voorrang en de omgang van de wetgever met voorrang van elkaar afwijken en hoe eventuele afwijkingen kunnen worden verklaard. De vergelijking van deze perspectieven maakt het tevens mogelijk om het handelen van de wetgever te evalueren, met de wetenschappelijke theorievorming als beoordelingskader. Hierop richt zich het slot van de studie, waarbij tot besluit aandacht is voor de richting waarin het verhaalsrecht zich – het voorgaande indachtig – dient te ontwikkelen. De hoofdvraag van dit onderzoek luidt daarbij als volgt:

> Welke rechtvaardigingsgronden voor voorrang bij verhaal bestaan in de wetenschappelijke theorievorming, in hoeverre wijkt de gebruikte argumentatie in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht hiervan af en in welke richting dient het verhaalsrecht zich, de theorievorming in acht nemende, te ontwikkelen?

Deze vraag zal aan de hand van de volgende vijf deelvragen worden beantwoord:

i. Wat is de thans geldende rangorde van schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht?
ii. Welke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal kunnen in de wetenschappelijke literatuur worden geïdentificeerd en wat zeggen zij over de inhoud en reikwijdte van die voorrang?
iii. Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe verklaren zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode?
iv. In hoeverre wijken de wetenschappelijke theorieën over en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal van elkaar af, hoe kunnen eventuele afwijkingen worden verklaard, en hoe dient het handelen van de wetgever in dit licht te worden beoordeeld?
v. In welke richting dient het verhaalsrecht zich, het antwoord op deelvraag iv) in acht nemende, te ontwikkelen?

De relevantie van dit onderzoek ligt in de eerste plaats in de bijdrage die het biedt aan de bestaande wetenschappelijke inzichten over voorrang bij verhaal. Dit onderzoek beoogt deze bestaande inzichten, onder meer over de plaats van de aan goederenrechtelijke zekerheidsrechten verbonden voorrang in de rangorde, te verzamelen, te structureren, te toetsen en verder te brengen. Ten tweede levert dit onderzoek een bijdrage aan het debat over de herziening van de huidige voorrangsposities bij verhaal in faillissement.[5] In de hedendaagse faillissementen zijn het immers met name de financiers die (door uitwinning van hun nagenoeg alomvattende goederenrechtelijke zekerheden) een reële

4 Onder 'wetgever' versta ik in dit onderzoek de wetgever in formele zin (de regering en de Staten-Generaal), maar ook de beleidsmakers op de ministeries (in het bijzonder inzake het fiscale invorderingsbeleid).

5 Zie voor dit debat o.a. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken* 2017 en Wibier, in: *De Curator en de Failliet* 2019/12.

kans hebben op de voldoening van hun vordering(en) op de gefailleerde.[6] De overige schuldeisers, en vooral de gewone handelsschuldeisers, hebben het nakijken. Zo wordt gemiddeld 65 tot 81% van de faillissementen opgeheven bij gebrek aan baten (in welk geval de omvang van boedel reeds ontoereikend is voor de dekking van de algemene faillissementskosten) en zien de gewone handelsschuldeisers bij een faillissement in de regel slechts tussen de 1,6 en 5,3% van hun vordering terug.[7] Deze slechte verhaalspositie van de gewone handelsschuldeisers in een faillissement staat inmiddels ook op de politieke agenda, onder meer door een door de Tweede Kamer aangenomen motie die de regering oproept te onderzoeken hoe bij faillissement tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel kan worden gekomen en hiertoe met voorstellen te komen.[8] In het kader van de uitvoering van deze motie is in 2021 een WODC-rapport verschenen, toegespitst op de positie van de concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement.[9] De opvolging van dit rapport door de regering, alsmede de verdere uitvoering van de motie, laat vooralsnog op zich wachten. Dat plaatst dit onderzoek in de politieke actualiteit. De inzichten uit dit onderzoek kunnen de regering in de uitvoering van het voorgaande ondersteunen en kunnen tevens een bijdrage leveren aan het parlementaire debat dat hierop (hopelijk) zal volgen.

1.2 Afbakening

Hoewel het onderzoek ziet op de rangorde bij verhaal, wordt niet elk verhaalsvermogen in het onderzoek betrokken. Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de verdeling van de goederen van gefailleerde ondernemingen. Verhaal op andere vermogens blijft buiten beschouwing. Zo valt onder meer het verhaal op goederen van gefailleerde particulieren alsmede de problematiek rondom de verdeling van onverdeelde gemeenschappen (zoals nalatenschappen) buiten het bestek van het onderzoek. De afbakening tot de goederen van gefailleerden betekent ook dat verdelingsvragen bij verhaal door individueel beslag niet zullen worden behandeld.

Het onderzoek beperkt zich voorts tot ondernemingsfaillissementen in het algemeen. De rangorde bij verhaal in het kader van bijzondere faillissementen, waarop specifieke privaat- en publiekrechtelijke regels van toepassing zijn, blijft buiten beschouwing. Dergelijke faillissementen (te denken valt aan het faillissement van banken, bepaalde

6 Zo volgt uit de *Doing Business*-data van *The World Bank* (raadpleegbaar via https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency) dat het Nederlandse faillissementsrecht voor financiers een in verhouding tot andere landen bijzonder effectief kader biedt voor de uitoefening van hun zekerheidsrechten. Zie ter nadere duiding van deze data Messelink, Tuil & Verhoeven, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/15.2, die tevens wijzen op recent empirisch onderzoek van de *European Banking Authority* dat laat zien dat financiers in een faillissement gemiddeld tussen de 63 en 75% van hun vorderingen terugkrijgen.

7 Van Hees, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht (O&R nr. 100)* 2017/14.2, p. 187-188, onder verwijzing naar Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, § 3.1 en § 4.

8 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 21 (motie-Van Nispen, Van der Graaf, Nijboer en Van den Berge).

9 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021.

beleggingsondernemingen, verzekeraars en centrale tegenpartijen[10]) hebben namelijk een eigen dynamiek, wegens de toepasselijkheid van die specifieke regels. Zij zijn daarmee *sui generis* en behoeven zodoende een eigen, opzichzelfstaande studie.[11] Dit geldt tevens voor andere bijzondere faillissementen waarvoor nog geen bijzondere regels gelden doch wel een discussie speelt of deze bijzondere regels er zouden moeten komen. Dit speelt momenteel bijvoorbeeld bij het faillissement van zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen), waar een spanning zichtbaar is tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de realisatie van een zo groot mogelijke opbrengst door de curator en het belang van patiënten bij de continuering van de zorg die zij ontvangen.[12] Ook deze faillissementen vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

Een nadere afbakening van het verhaalsvermogen wordt niet gemaakt, aangezien daarmee zou worden miskend dat op ieder (algemeen) ondernemingsfaillissement dezelfde rangorderegels van toepassing zijn. Desalniettemin gaat in het onderzoek bijzondere belangstelling uit naar het verhaal op de goederen van gefailleerde ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf (mkb-ondernemingen).[13] Mkb-ondernemingen vormen namelijk veruit de grootste categorie van actieve ondernemingen in Nederland.[14] Dit neemt evenwel niet weg dat ook de verdeling van het verhaalsvermogen van gefailleerde grootbedrijven in het onderzoek wordt betrokken.

Het onderzoek richt zich voorts in beginsel uitsluitend op de klassieke functie van het faillissement, te weten de liquidatie van de boedel en uitdeling aan de schuldeisers.[15] In een faillissement gaat het tegenwoordig evenwel niet meer alleen om deze klassieke functie. Zo wordt het faillissement ook gebruikt als reorganisatie-instrument en dient de curator bij zijn taakuitoefening in toenemende mate ook rekening te houden met maatschappelijke belangen.[16] Deze ontwikkeling valt buiten het bestek van het onderzoek.

---

10 Zie hierover nader: Wessels, *Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. I)* 2018/1515 e.v.; Bais, in: *T&C Insolventierecht*, commentaar op afd. 11C Fw (online, bijgewerkt 1 augustus 2024).

11 Dit neemt evenwel niet weg dat de verschillen met betrekking tot rangorde vermoedelijk niet, althans beperkt, aanwezig zijn. Bij de afwikkeling van faillissementen van financiële instellingen is binnen EU-verband namelijk een van de leidende beginselen het zogenoemde *'No creditor worse off'*-beginsel. Dit beginsel houdt in dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen mag lijden dan hij zou lijden indien het faillissement van de financiële instelling zou worden afgewikkeld in een normale faillissementsprocedure. Zie (bijv.) art. 34 lid 1 sub g Richtlijn 2014/59/EU betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (*PbEU* 2014, L 173/190). Zie hierover nader: Moss, Wessels & Haentjens (red.), *EU banking and insurance insolvency* 2017, nr. 7.12 & 7.102-7.104.

12 Zie bijv. Rijken, *TvGR* 2019 en Brand, *NJB* 2020/570.

13 Voor de definitie van 'mkb-ondernemingen' wordt aangesloten bij de definitie die door de Europese Commissie is vastgesteld: ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan ofwel de jaaromzet maximaal € 50 miljoen bedraagt ofwel het jaarlijkse balanstotaal niet groter is dan € 43 miljoen; art. 2 lid 1, Bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (*PbEU* 2003, L 124/36). Zie ook https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_nl.

14 Zo volgt uit cijfers van de Kamer van Koophandel dat per 1 januari 2023 2.072.829 mkb-ondernemingen (conform de definitie van de Europese Commissie) in het Handelsregister stonden geregistreerd, tegenover 1.157 grootbedrijven. Kamer van Koophandel, *Data over de bedrijvendynamiek (Jaaroverzicht 2022)* 2023, p. 5.

15 Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 30.3.

16 Zie bijv. Pool, *TvI* 2022/20.

In het onderzoek wordt namelijk uitgegaan van de situatie waarin een failliete boedel wordt geliquideerd en de opbrengsten vervolgens worden verdeeld onder de gezamenlijke schuldeisers. Toch zal dit onderzoek van belang zijn voor het veranderde perspectief op de faillissementsafwikkeling doordat in het onderzoek (onder meer) de rechtvaardiging voor voorrang vanuit de invalshoek van de continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar wordt onderzocht.[17]

Een nadere afbakeningskeuze zit in de te hanteren definitie van 'voorrang'. Gekozen is voor de definitie die ook Van den Heuvel in haar dissertatie kiest: er is sprake van voorrang steeds wanneer de vordering van een schuldeiser voor een groter gedeelte wordt voldaan dan waar hij op grond van de *paritas creditorum* recht op zou hebben.[18] Dit heeft tot gevolg dat twee hoofdcategorieën van voorrang worden onderscheiden: 1) gevallen waarin een schuldeiser (al dan niet door eigen toedoen) aan de samenloop van schuldeisers wordt onttrokken (door onder meer betaling of verrekening); en 2) gevallen waarin een schuldeiser *binnen* de samenloop een hogere uitkering toekomt dan een *pro-rata*-uitkering.

Een volgende afbakeningskeuze ziet op het object van voorrang. Het onderzoek is in beginsel beperkt tot verhaal op de goederen van een gefailleerde schuldenaar. Dit plaatst onder meer gevallen van titelfinanciering (zoals eigendomsvoorbehoud, leasing en factoring) als wijzen van het verkrijgen van voorrang buiten de reikwijdte van het onderzoek. Gelet op het grootschalige gebruik – en daarmee het belang – van deze constructies in de huidige financieringspraktijk kan dit overkomen als een wat kunstmatige afbakeningskeuze. Vanuit dogmatisch oogpunt is het evenwel een voor de hand liggende afbakening. Tegelijkertijd betekent deze keuze niet dat titelfinanciering in het geheel niet in de studie aan de orde komt. De afbakening houdt veeleer in dat zij niet het primaire object van studie is.

1.3 Methode

De methode van onderzoek is primair normatief van aard. De hiervoor in § 1.1 geformuleerde hoofdvraag stuurt namelijk naar het bevragen van de wenselijkheid van het huidige verhaalsrecht.[19] Voordat deze normatieve analyse aanvangt, vindt eerst een juridisch-dogmatische analyse van het huidige verhaalsrecht plaats. In deze analyse wordt het geldende positieve recht leerstukgericht gereconstrueerd aan de hand van de wet, de rechtsbeginselen, de rechtspraak, de parlementaire geschiedenis en de literatuur.[20] Hierna start de normatieve analyse van het verhaalsrecht, waarbij eerst aan de hand van een systematische literatuurstudie wordt onderzocht welke normatieve rechtvaardigingen voor voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang.[21] Aangezien het literatuurdebat op deze onderwerpen in Nederland maar beperkt wordt gevoerd, wordt hierbij ook geput uit de literatuur uit andere

17 Te behandelen in § 3.4.3.

18 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 62.

19 Vgl. Van Boom, *Privaatrecht en markt* 2020, par. 6.2.

20 Zie over deze onderzoeksmethode nader: Tjong Tjin Tai & Verbruggen, *NJB* 2022/2; *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/8 e.v.

21 Zie over de hierbij toegepaste methode nader hierna, § 3.1.

westerse landen (met name de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland). De studie vervolgt met een historisch-verklarende analyse van het verhaalsrecht, waarbij aan de hand van primaire en secundaire historische bronnen (parlementaire geschiedenis, rechtspraak, literatuur en archiefstukken) de ontwikkeling van het verhaalsrecht sinds 1838 wordt gereconstrueerd.[22] Deze analyse strekt ertoe verklaringen te bieden voor i) de bestaande inrichting van voorrang in het verhaalsrecht; en ii) de afwijkingen tussen de historische ontwikkeling van voorrang in het verhaalsrecht en hetgeen de normatieve rechtvaardigingen voorschrijven over het bestaan en de omvang van voorrang. De studie eindigt met een voortzetting van de normatieve analyse, die erop is gericht de inzichten uit de normatieve rechtvaardigingen toe te passen op het huidige verhaalsrecht en tot aanbevelingen te komen voor de verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht.

In deze studie vindt op een enkele plaats ook een beknopte rechtsvergelijking plaats. Deze rechtsvergelijking is functioneel van aard, en strekt ertoe de normatieve analyse te ondersteunen door te laten zien welke andere keuzes in het verhaalsrecht kunnen worden gemaakt en hoe zij in de praktijk uitwerken.[23] De rechtsvergelijking vindt plaats met het Britse en Duitse recht. Deze keuze komt voort uit de omstandigheid dat in beide landen de invoering van een vernieuwende vorm van voorrang (zogenoemde *fixed fraction priority*) is overwogen die ook ingang heeft gevonden in het rechtseconomisch discours. In het Verenigd Koninkrijk is deze voorrangsvorm bovendien daadwerkelijk ingevoerd en inmiddels twintig jaar van kracht.

1.4 Plan van behandeling

Het onderzoek vangt aan met het introduceren van de kernbegrippen van rangorde bij verhaal en het uitwerken van de huidige rangorde naar Nederlands recht (hfdst. 2). Het centrale begrip binnen de rangorde, de *paritas creditorum*, zal hierbij tot uitgangspunt worden genomen en de nadere rangorderegels worden in twee overkoepelende categorieën van doorbreking van de *paritas creditorum* uitgewerkt (autonomie en de wet). Voorts is aandacht voor de rangorde onder de WHOA en voor de huidige realiteit van veelal lege faillissementsboedels.

Vervolgens richt het onderzoek zich op het identificeren en analyseren van rechtvaardigingen en verklaringen voor voorrang bij verhaal. Hiertoe wordt het onderwerp vanuit twee invalshoeken benaderd. In de eerste plaats wordt de wetenschappelijke literatuur bestudeerd (hfdst. 3). Hierbij staat de vraag centraal welke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang.

Het thema 'rangorde bij verhaal' is bij uitstek onderdeel van een vermaatschappelijkt vermogensrecht. Het gaat immers over de verdeling van de financiële pijn bij (naderende) insolventie van de schuldenaar.[24] Daarom wordt in de tweede plaats, ter verklaring van de huidige voorrangsregels bij verhaal, ook bestudeerd hoe de Nederlandse wetgever (politici en beleidsmakers) met voorrang bij verhaal is omgegaan (hfdst. 4). Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie

22 Zie over de historische onderzoeksmethode nader Kamp e.a., *Geschiedenis schrijven* 2016.
23 Zie hierover nader Smits, *Omstreden rechtswetenschap* 2015/15 en 39.
24 Vgl. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/3.

van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe verklaren zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode?

In hoofdstuk 5 worden beide perspectieven met elkaar vergeleken, waarbij wordt onderzocht in hoeverre de wetenschappelijke theorieën over voorrang en de omgang van de wetgever met voorrang van elkaar afwijken en hoe eventuele afwijkingen kunnen worden verklaard. Aansluitend wordt de omgang van de wetgever met voorrang aan de hand van de wetenschappelijke theorievorming geëvalueerd, waarbij tot slot aandacht is voor de richting waarin het verhaalsrecht zich, gelet op het voorgaande, dient te ontwikkelen.

HOOFDSTUK 2

Rangorde tussen schuldeisers naar Nederlands recht

2.1 Inleiding

Bij rangorde gaat het om een samenloop van verhaalsrechten van schuldeisers op hun gemeenschappelijke schuldenaar. Zij hebben vorderingen op deze persoon en indien de schuldenaar deze vorderingen niet zelfstandig voldoet, opent de wet de mogelijkheid om voldoening te forceren door – via een daartoe bestemde procedure (zoals beslag of faillissement) – verhaal te nemen op de goederen van de schuldenaar (art. 3:276 BW). De goederen worden te gelde gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de verhaal nemende schuldeisers. Daarmee vormt geld de spil van het verhaalssysteem. Voor zover vorderingen van de schuldeisers geen geldvorderingen zijn (denk aan een vordering tot levering van een voorraad bloembollen), moeten zij eerst naar een geldvordering worden geconverteerd.[1] En hetzelfde geldt voor de goederen waarop verhaal wordt genomen. Voor zover zij niet al uit geld bestaan, moeten zij eerst in geld worden omgezet om verhaal mogelijk te maken.

Rangorde komt vervolgens in beeld wanneer meerdere schuldeisers zich op dezelfde goederen verhalen en de opbrengst van deze goederen ontoereikend is om al hun vorderingen volledig te voldoen (een zogenoemde *concursus creditorum*).[2] Zoekt slechts één schuldeiser verhaal? Dan valt er per definitie geen rangorde aan te brengen. De opbrengst hoeft immers niet te worden verdeeld. Is de netto-opbrengst toereikend om alle schuldeisers volledig te voldoen? Dan zijn de regels van rangorde slechts van theoretische waarde. Elk van de verhaal nemende schuldeisers krijgt zijn vordering dan namelijk volledig voldaan.[3]

In dit hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal: *'Wat is de thans geldende rangorde tussen schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht?'*. Het doel van dit hoofdstuk is drievoudig. In de eerste plaats zullen de kernbegrippen van rangorde worden geïntroduceerd. Ten tweede wordt de huidige rangorde bij verhaal uitgewerkt, waarmee – ten derde – tevens wordt getoond op welke deelonderwerpen het juridisch debat zich afspeelt.

1 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/735. Zij noemen in dit verband de omzetting naar een vervangende schadevergoeding op grond van art. 6:87 BW bij niet-nakoming van de initiële (niet-geld)vordering.

2 Aldus ook Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 27.1; *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/6; Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 11.

3 Een eventueel surplus na volledige voldoening van de schuldeiser vloeit dan terug naar de schuldenaar. Zie bijv. art. 480 lid 1 Rv.

Het hoofdstuk is als volgt gestructureerd. Eerst wordt het centrale begrip binnen de rangorde geïntroduceerd, de '*paritas creditorum*' (§ 2.2). Vervolgens worden de wijzen van doorbreking van de *paritas creditorum* behandeld, onderverdeeld in doorbreking door autonomie (§ 2.3) en door de wet (§ 2.4). Verder is aandacht voor de rangorde onder de WHOA (§ 2.5) en voor de huidige realiteit van veelal lege faillissementsboedels (§ 2.6).

2.2 Paritas creditorum

Een belangrijk beginsel in het verhaalsrecht is de gelijkheid van schuldeisers, de *paritas creditorum*. Schuldeisers staan in beginsel op gelijke voet met elkaar. Dit beginsel vindt toepassing in zowel de wet als de jurisprudentie.[4] De wettelijke toepassing ziet op de verdeling in een *concursus creditorum* en is neergelegd in artikel 3:277 lid 1 BW. Deze bepaling schrijft voor dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Met andere woorden, bij cumulatief verhaal op hetzelfde goed hebben schuldeisers bij de verdeling in beginsel een gelijke rang. Dit betekent – conform de Toelichting Meijers – dat zowel het ontstaansmoment van een vordering als het moment waarop door een schuldeiser beslag wordt gelegd, geen betekenis heeft voor de voorrang.[5] De schuldeisers die conform deze hoofdregel van verdeling paritair rangschikken, worden in het juridische spraakgebruik doorgaans 'concurrente schuldeisers' genoemd.

> De reden voor dit uitgangspunt van verdeling in het verhaalsrecht is onduidelijk. Uit de wetsgeschiedenis van de laatste tweehonderd jaar volgt niet meer dan dat de verdelingsregel steeds is overgenomen uit het tot dan geldende recht (het OBW resp. de Franse Code civil).[6] Ook in de literatuur komt dit niet echt tot uitdrukking. De gelijkheid van schuldeisers bij verhaal wordt veelal als iets axiomatisch beschouwd, een alom geaccepteerd maar verder niet duidelijk gefundeerd uitgangspunt.[7] In de spaarzame uitzonderingen hierop wordt wel gewezen op de verdelende rechtvaardigheid als onderliggende waarde,[8] of wordt betoogd dat dit uitgangspunt het meeste recht doet aan de materiële rechten van schuldeisers buiten een faillissement (of andere formele verhaalsprocedure).[9]

In de jurisprudentie wordt de *paritas creditorum* ook op een andere manier toegepast. Het gaat dan niet om de *paritas creditorum* als een verdelingsmaatstaf, maar als norm voor de wijze waarop schuldeisers verhaal mogen nemen. In de literatuur zijn hier

4 Zie hierover bijv. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/1.1, p. 5-6; Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/3.3, p. 41-42; Noteboom, in: *De Curator en het Faillissementsproces(recht)* 2020/21.

5 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856. Zie ook: Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/737; *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/6.

6 Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* 2023/2.8, p. 51-52 en 55, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856 en *Voorduin IV* 1838, p. 336-337 en 340-342.

7 Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* 2023/2.8, p. 55, met verdere verwijzingen.

8 Zie bijv. Nieuwenhuis, *Het vierspan* 2013, p. 102-104; Dirix, in: *Curator en Crediteuren* 2009/5.1, p. 65; Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* 2023, i.h.b. hfdst. 7 en 8.

9 Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law* 2001, p. 29-33.

diverse benamingen aan gegeven, zoals 'het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel' (Boekraad), 'de samenloop-paritas' (Franken) en 'de gelijkheidsregel' (Noteboom).[10] Dit aspect van de *paritas creditorum* begrenst de mogelijkheden van schuldeisers om zich een naar de letter van de wet toegestane voorrangspositie te verschaffen, in het algemeen ingegeven door de redelijkheid en billijkheid: schuldeisers dienen in een (naderende) *concursus* tot op zekere hoogte met elkaars belangen rekening te houden.[11] Op dit aspect van de *paritas creditorum* wordt in § 2.3.5 nader ingegaan.

De *paritas creditorum* als verdelingsmaatstaf in een *concursus creditorum* is aan vele uitzonderingen onderhevig. Zoals artikel 3:277 lid 1 BW voorschrijft, betreft dit in de eerste plaats de door de wet erkende redenen van voorrang. In deze gevallen bepaalt de wet uitdrukkelijk dat aan een bepaalde vordering in een *concursus creditorum* een voorrangsrecht is verbonden. Ten tweede kan voorrang ook feitelijk van aard zijn. Aan de vordering komt dan geen voorrangsrecht toe, maar de schuldeiser wordt toch met voorrang boven de andere schuldeisers voldaan. Men spreekt dan van oneigenlijke voorrang. Een voorbeeld hiervan is verrekening. De schuldeiser die in zijn verhouding tot de schuldenaar ook zelf schuldenaar is, kan zich aan de *concursus* onttrekken door zijn schuld met de openstaande vordering te verrekenen.

De verschillende wijzen waarop de *paritas creditorum* wordt doorbroken, kunnen globaal in twee categorieën worden ingedeeld. Zo kan voorrang in de eerste plaats door toedoen van de schuldenaar en/of één (of meer) schuldeiser(s) in het leven worden geroepen. Er is dan sprake van doorbreking van de *paritas* door autonomie. Ten tweede kan de *paritas creditorum* ook van rechtswege worden doorbroken, doordat de wet aan een bepaalde vordering een voorrangsrecht verbindt. De diverse uitzonderingen op de *paritas creditorum* zullen hierna aan de hand van deze twee categorieën nader worden uitgewerkt.

> De tussen schuldeisers geldende redelijkheid en billijkheid wordt ook wel in verband gebracht met doorbreking van de *paritas creditorum* (zie hierna, § 2.3.1 en § 2.3.5), maar lijkt als zodanig geen zelfstandige grond voor doorbreking van de verdelingsmaatstaf van artikel 3:277 lid 1 BW te zijn. De normerende invloed van de redelijkheid en billijkheid uit zich primair in het begrenzen van bestaande doorbrekingen.
>
> De doorbrekingen van de *paritas creditorum* leveren soms kortsluiting op, doordat voorrangsposities met elkaar in botsing komen. Vordering A heeft dan bijvoorbeeld voorrang boven vordering B, die op haar beurt voorrang heeft boven vordering C, terwijl vordering C voorrang heeft boven vordering A. Er kan dan geen sluitende staat van verdeling worden opgemaakt. Dit komt voort uit de relativiteit van voorrang in het Nederlandse recht. Voorrang wordt steeds uitgedrukt als verhouding tot andere vorderingen en al deze verhoudingen vormen onderling geen sluitend geheel. De contractsvrijheid met betrekking tot de overeenkomst van achterstelling en relatief werkende figuren zoals de blokkerende

10 Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/1.1, p. 5; Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/3.3, p. 41-43; Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* 2023/3.4.

11 Vgl. Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012/2.4, p. 27-28.

werking van beslag voegen hier een extra laag aan complexiteit aan toe, die het ontstaan van botsende voorrang in een concrete *concursus* verder faciliteert.[12]

2.3 Doorbreking door autonomie (ontwijking van de paritas)

De eerste groep uitzonderingen op de verdelingsregel van artikel 3:277 lid 1 BW is te bundelen onder de noemer 'doorbreking door autonomie'. Het gaat hier om vormen van voorrang en achterstelling, die tot stand komen door handelingen van de schuldenaar en/of zijn schuldeisers.

2.3.1 Betaling

De gelijkheid van schuldeisers kan in de eerste plaats worden doorbroken door handelingen van de schuldenaar, voortkomend uit de vrijheid die hij heeft bij het beschikken over zijn eigen goederen. Een van die handelingen betreft de betaling. Een schuldenaar is in tijden van solventie in beginsel vrij in zijn keuze in welke volgorde hij zijn schulden betaalt. Hij hoeft zich niet te houden aan de volgorde van uitbetaling (de rangorde) die zou gelden in het geval van een *concursus creditorum*.[13]

Door betaling is de schuldenaar in staat om bepaalde schuldeisers aan een mogelijke *concursus* – en daarmee ook aan de dan geldende rangorde – te onttrekken. Zij zijn dan immers geen schuldeisers meer. Hun vorderingen zijn al voldaan. Dit gebeurt iedere dag en veelal zonder dat de schuldenaar zich bewust is van deze potentiële bevoordeling. Voorstelbaar is namelijk dat een schuldenaar bij de volgorde van betaling van zijn schulden primair de afgesproken betalingstermijn als leidraad aanhoudt en niet bezig is met de gevolgen van die betalingsvolgorde voor een potentiële *concursus*.

Zoals Verstijlen opmerkt staat in deze situatie de zelfredzaamheid van de schuldeisers voorop.[14] Blijft betaling uit, dan is het aan de schuldeiser zelf om de betaling te forceren (door het aanmanen van de schuldenaar) of – in een uiterst geval – het heft in eigen handen te nemen door het leggen van beslag. Van de belangen van mogelijke andere schuldeisers hoeft de schuldeiser zich in beginsel geen rekenschap te geven.[15]

In het geval van feitelijke insolventie van de schuldenaar wordt dit anders. Verstijlen en Van Zanten duiden dit als de situatie waar het vermogen van de schuldenaar ontoereikend is om alle schuldeisers te voldoen en bovendien – wegens gebrek aan verdiencapaciteit (*cash flow*) en, daarmee samenhangend, kredietwaardigheid – ook in de toekomst onvoldoende zal blijven om zijn schuldeisers volledig te kunnen voldoen.[16] De schuldenaar bevindt zich, met andere woorden, aan de spreekwoordelijke vooravond van zijn faillissement.

12 Zie nader over deze kortsluiting in de rangorde: Pannevis, *TvI* 2022/15.

13 Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 13; Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/5.3.4.2, p. 213.

14 Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 14.

15 In tijden van solventie gaat een betaling aan of het nemen van verhaal door de ene schuldeiser immers niet ten koste van de verhaalspositie van de andere schuldeisers. De schuldenaar beschikt over voldoende actief om alle schuldeisers te kunnen voldoen. Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 67-68.

16 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 68-69; Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012/2.4, p. 27.

Betaling aan de ene schuldeiser leidt in deze situatie rechtstreeks tot een verslechtering van de verhaalspositie van de andere schuldeisers. Dat maakt, aldus Verstijlen en Van Zanten, dat de schuldeisers onderling in een 'bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding' komen te staan.[17] Dat brengt mee dat schuldeisers zich onder bepaalde omstandigheden niet meer aan een naderende *concursus* mogen onttrekken door zich door de schuldenaar te laten betalen, aldus de memorie van toelichting bij artikel 47 Fw.[18] De concrete vertaling hiervan in artikel 47 Fw is dat betalingen die ofwel plaatsvonden terwijl de schuldeiser wist dat het faillissement reeds was aangevraagd ofwel het gevolg waren van samenspanning tussen de schuldeiser en de schuldeiser, door vernietiging ongedaan kunnen worden gemaakt.[19] De vrijheid van de schuldenaar om door betalingen invloed uit te oefenen op de rangorde bij een toekomstige *concursus* wordt derhalve vanuit het perspectief van de verhouding tussen de schuldeisers onderling begrensd door artikel 47 Fw, dat aan de curator een krachtig mechanisme biedt om met deze bepaling strijdige betalingen terug te draaien.

Ook vanuit het perspectief van de verhouding tussen de schuldenaar en de overige schuldeisers kent de betalingsvrijheid van de schuldenaar een grens. Zo kunnen selectieve betalingen in het zicht van faillissement onder bijzondere omstandigheden ook een onrechtmatige daad van een bestuurder van de betalende schuldenaar opleveren jegens de onbetaald gebleven schuldeisers. Dat is het geval indien de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat hij de betalingen toeliet of zelf verrichtte terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten weten dat die tot benadeling van de andere schuldeisers zouden leiden.[20] Weliswaar kan de betaling hiermee niet worden teruggedraaid indien niet tevens sprake is van een betaling als bedoeld in artikel 47 Fw, maar in zekere zin leidt deze actie tot een vergelijkbaar economisch resultaat: uitbreiding van het aan de benadeelde schuldeisers ter beschikking staande verhaalsvermogen, namelijk met het verhaalsvermogen van de aansprakelijke bestuurder.

2.3.2 Verrekening

In deze paragraaf zal verrekening door een schuldeiser als vorm van voorrang in de rangorde worden besproken. Verrekening geeft de schuldeiser geen wettelijk voorrangsrecht, maar leidt wel tot een vergelijkbaar resultaat. Hij 'ontvangt' bevoorrechte voldoening van zijn vordering tot het beloop van zijn schuld, doordat hij deze vordering in mindering mag brengen op zijn (te betalen) schuld aan de schuldenaar. Het is daarom een vorm van oneigenlijke voorrang, voortkomend uit zijn dubbele positie in relatie tot de schuldenaar (hij is zowel schuldeiser als schuldenaar).

De verrekeningsregels in de wet (art. 6:127 e.v. BW) zijn van regelend recht.[21] Dit betekent dat partijen in beginsel vrij zijn om eigen, van de wet afwijkende afspraken te maken. Komen partijen niets anders overeen, dan geldt dat de schuldeiser bevoegd is

17 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 69; Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012/2.4, p. 27-28. In gelijke zin ook Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/5.3.4.2, p. 213.

18 *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)* 2016, p. 449.

19 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 69; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/7.2.4.

20 Zie hierover nader: Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/8.2.3.2.

21 *Asser/Sieburgh 6-II* 2021/223.

tot verrekening indien hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan (oftewel van dezelfde soort is als) zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel zijn schuld te betalen als de betaling van zijn vordering af te dwingen (art. 6:127 lid 2 BW).[22] Een vormvrije verklaring van de schuldeiser dat hij zijn schuld met zijn vordering verrekent, doet de verrekening vervolgens intreden (art. 6:127 lid 1 BW).[23]

In het faillissement van de schuldenaar blijft de bevoegdheid tot verrekening van kracht, zij het dat zij nader wordt ingekleurd door de verrekeningsbepalingen in de Faillissementswet.

> Bij de totstandkoming van de Faillissementswet heeft de wetgever deze vorm van oneigenlijke voorrang uitdrukkelijk erkend. De voortzetting van de verrekeningsbevoegdheid in faillissement komt voort uit de overweging dat het billijk wordt geacht dat een faillissementsschuldeiser zijn schuld aan de boedel als onderpand mag beschouwen voor de betaling van zijn vordering.[24] Verrekening heeft voor de wetgever dan ook uitdrukkelijk een zekerheidsfunctie.

De toepasselijkheid van deze bepalingen betekent enerzijds een verruiming van de verrekeningsbevoegdheid. De schuldeiser hoeft namelijk niet bevoegd te zijn tot betaling van zijn schuld en ook de afdwingbaarheid van zijn eigen vordering is niet vereist. Voldoende is dat beide (vordering en schuld) voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht, zo schrijft artikel 53 lid 1 Fw voor.

> Ook artikel 53 Fw is gedeeltelijk van regelend recht, zodat voor de faillietverklaring gemaakte verrekeningsafspraken (denk aan uitbreiding, beperking of uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid) in het faillissement hun werking behouden.[25] Wel geldt dwingendrechtelijk dat de met elkaar te verrekenen schuld en vordering voor de faillietverklaring moeten zijn ontstaan dan wel moeten voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.[26]

De toepasselijkheid van de Faillissementswet betekent anderzijds ook een beperking van de mogelijkheden tot verrekening. Deze beperking ziet op het 'gebruik' van verrekening om onder een schuld aan de gefailleerde uit te kunnen komen. Voor een schuldenaar van de gefailleerde kan het namelijk lonen om, in of in het zicht van het faillissement, voor een laag bedrag vorderingen op de dan (bijna) gefailleerde op te kopen. Deze vorderingen kan hij dan vervolgens voor de volle (nominale) waarde gebruiken om zijn schuld aan de

22 Zie nader over de invulling van deze vereisten: *Asser/Sieburgh 6-II* 2021/225-228.

23 Deze verklaringseis geldt niet in een rekening-courantverhouding. Verrekening vindt dan van rechtswege plaats (art. 6:140 lid 1 BW).

24 *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)* 2016, p. 462.

25 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/9.3.1, onder verwijzing naar o.a. HR 22 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0323, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*) en HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, r.o. 3.3, *NJ* 2020/166, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Crienen/Bontrup*).

26 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, r.o. 3.3, *NJ* 2020/166, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Crienen/Bontrup*). Deze regel vloeit namelijk, zo overweegt de Hoge Raad, voort uit het fixatiebeginsel. Dit kernbeginsel van het faillissement houdt in dat het intreden van het faillissement leidt tot fixatie van de rechtsverhoudingen met de gefailleerde en tussen zijn schuldeisers. Zie nader bijv. Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 30.5.

gefailleerde tegen weg te strepen. Dit 'gebruik' van de verrekeningsregels legt artikel 54 Fw aan banden. In de woorden van de wetgever:

> 'De bepalingen van dit artikel strekken om het opkoopen van vorderingen en de overneming van schulden in den vooravond van het faillissement, of gedurende den loop daarvan, met het doel om de compensatie in het leven te doen treden tegen te gaan.'[27]

Voor dit doel maakt artikel 54 Fw gebruik van de figuur van de goede trouw. Een wederpartij van de gefailleerde kan een overgenomen schuld of vordering *niet* verrekenen, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld (lid 1). Dat is het geval indien hij bij die overneming wist of behoorde te weten dat de later gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde dat diens faillissement was te verwachten.[28] En vindt de overneming na de faillietverklaring plaats, dan is de betreffende schuld of vordering sowieso uitgesloten van verrekening (lid 2).

2.3.3 Overeenkomst (achterstelling)

De *paritas creditorum* kan tevens door de schuldenaar worden doorbroken door het sluiten van een overeenkomst met een van zijn schuldeisers, waarin een afwijkende rang van de vordering van laatstgenoemde wordt overeengekomen bij een eventuele *concursus*. Aangezien overeenkomsten (in beginsel) slechts werking hebben tussen de contracterende partijen,[29] kan een daarin opgenomen rangwisseling vanzelfsprekend geen negatieve gevolgen hebben voor de niet bij de overeenkomst betrokken overige schuldeisers. Daarmee kan een rangwisseling bij overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser slechts een rangverlaging ten opzichte van de andere schuldeisers inhouden; slechts een achterstelling kan worden gerealiseerd.

Deze rangverlaging is gecodificeerd in artikel 3:277 lid 2 BW, dat de overeenkomst van achterstelling uitwerkt. Deze bepaling schrijft voor dat schuldenaar en schuldeiser kunnen overeenkomen dat de vordering van de schuldeiser een lagere rang neemt dan door de wet wordt toegekend. Deze rangverlaging kan zowel gelden ten opzichte van alle andere schuldeisers ('generieke achterstelling') als ten opzichte van één of meer bepaalde schuldeisers ('specifieke achterstelling').[30] Achterstelling door (vrijwillige) rangverlaging kan ook buiten het bestek van artikel 3:277 lid 2 BW worden bereikt, namelijk bij overeenkomst tussen twee of meer schuldeisers onderling waarin zij afspreken dat de tussen hen geldende rangorde wisselt,[31] alsmede bij eenzijdige rechtshandeling van de in rang terugtredende schuldeiser (een 'terugtred' in rangorde).[32]

Naast rangverlaging bestaat nog een tweede vorm van achterstelling, te weten de overeenkomst als bedoeld in artikel 3:276 BW. Deze vorm van achterstelling wordt

27 *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)* 2016, p. 464.
28 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.1.2-3.1.4, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*).
29 HR 3 maart 1905, *W.* 8191 (*Blaauboer/Berlips*).
30 Zie over dit onderscheid nader: *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/15 en Pannevis, *WPNR* 2020/7299.
31 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/484.
32 Wessels, *Achtergestelde vorderingen (Mon. Pr. nr. 6)* 2013/1.5.1.

ook wel aangeduid als 'oneigenlijke achterstelling' en houdt in dat de schuldeiser bij overeenkomst zijn verhaalsrecht op alle of bepaalde goederen van de schuldenaar – al dan niet tijdelijk of voorwaardelijk – prijsgeeft.[33] De schuldeiser stelt zich achter door vrijwillig zijn verhaalsrecht op te geven, hetgeen de mogelijkheid biedt om de achterstelling toe te spitsen op specifieke goederen van de schuldenaar. Hier onderscheidt deze overeenkomst zich van de overeenkomst van artikel 3:277 lid 2 BW, waar de schuldeiser zijn rang met betrekking tot het verhaal op *alle* goederen van de schuldenaar (waarop hij zijn verhaalsrecht behoudt) verlaagt en daarbij zijn achterstelling kan modelleren naar het aantal schuldeisers ten opzichte van wie de achterstelling geldt.[34]

Een contractuele achterstelling is verder in diverse andere vormen mogelijk, zoals het (al dan niet tijdelijk) niet-opeisbaar maken van vorderingen of het verbinden van een voorwaarde aan die vorderingen.[35]

2.3.4 Pand en hypotheek

2.3.4.1 Inleiding

Een schuldenaar kan de gelijkgerechtigdheid van schuldeisers ook doorbreken door het vestigen van pand- en hypotheekrechten op de aan hem in eigendom toebehorende goederen. Pand- en hypotheekrechten vormen de twee belangrijkste uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 3:277 lid 1 BW.[36] In de huidige economie waar bancaire kredietverlening een belangrijke plaats inneemt, zijn de rechten van pand en hypotheek eigenlijk niet meer weg te denken, aangezien zij in veel gevallen welhaast de bestaansvoorwaarde zijn voor de verstrekking van (langetermijn)krediet.[37]

Zoals uit de redactie van artikel 3:227 lid 1 BW blijkt, zijn de rechten van pand en hypotheek bijzondere verhaalsrechten – ze strekken tot het bij voorrang verhalen van een geldvordering op de met deze rechten bezwaarde goederen – in de vorm van een beperkt recht.[38] De aan deze beperkte rechten verbonden voorrang is neergelegd in artikel 3:277-279 BW. In een *concursus* ontstijgen pand- en hypotheekhouders de *paritas creditorum* (art. 3:277 lid 1 jo. art. 3:278 lid 1 BW) en hebben zij bovendien in beginsel een sterker verhaalsrecht dan de schuldeisers met een voorrecht op het bezwaarde goed (art. 3:279 BW). Zijn meerdere pand- of hypotheekrechten op hetzelfde goed gevestigd, dan komt de ware goederenrechtelijke aard van deze beperkte rechten naar boven. Omdat het goederenrechtelijke rechten zijn, kunnen zij tegenover eenieder worden ingeroepen (werking *erga omnes*). Dat impliceert dat het prioriteitsbeginsel toepassing vindt: een pand- of hypotheekrecht kan in beginsel slechts met eerbiediging van (de rang van)

33 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/16.
34 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856-857.
35 Zie hierover nader Wessels, *Achtergestelde vorderingen (Mon. Pr. nr. 6)* 2013/1.4 en Pannevis, *Achtergestelde vorderingen (O&R nr. 114)* 2019/6, nr. 296 e.v.
36 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/745.
37 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/9; Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek (Mon. BW nr. B11)* 2013/6; Huijgen, *Hypotheek (Mon. BW nr. B12b)* 2023/3.
38 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/745.

eventuele eerder gevestigde pand- of hypotheekrechten worden gevestigd. Met andere woorden: eerder in tijd betekent sterker in recht.[39]

Pand- en hypotheekhouders hebben daarnaast het recht van parate executie (neergelegd in resp. art. 3:248 en 3:268 BW). Dat houdt in dat zij zich rechtstreeks door verkoop op de bezwaarde goederen kunnen verhalen, zonder dat zij daarvoor eerst een executoriale titel hoeven te verkrijgen en beslag hoeven te leggen. Zij kunnen de bezwaarde goederen dan ook direct executeren. Bovendien zijn zij in een eventueel faillissement van hun schuldenaar separatist (art. 57 lid 1 Fw). Dat betekent dat zij hun zekerheidsrechten kunnen uitoefenen 'alsof er geen faillissement was'. De gevolgen van het faillissement gaan voor een groot deel langs hen heen.

> Pand- en hypotheekhouders hebben eigenlijk twee soorten verhaalsrechten op de goederen van hun schuldenaar. Zij hebben in de eerste plaats het hiervoor genoemde bijzondere verhaalsrecht op de met hun zekerheidsrechten bezwaarde goederen.[40] Dit bijzondere verhaalsrecht is verbonden aan de vorderingen waarvoor zij deze zekerheidsrechten hebben laten vestigen. Dit betekent evenwel niet dat zij op de andere goederen van de schuldenaar (en op de eventuele overwaarde van de bezwaarde goederen) geen verhaalsrechten hebben. Immers, artikel 3:276 BW schrijft voor dat iedere schuldeiser zijn vordering in beginsel op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen. Op de niet-bezwaarde goederen hebben pand- en hypotheekhouders dan ook een 'gewoon' verhaalsrecht, zonder enige vorm van voorrang (tenzij zij zich kunnen beroepen op een andere grond voor voorrang). Op deze goederen kunnen zij zich als gewone (concurrente) schuldeiser verhalen. Dit geldt ook indien zij verhaal nemen voor vorderingen die niet door het pand- of hypotheekrecht worden gedekt. Ook voor die vorderingen kunnen zij zich weliswaar nog steeds verhalen op alle goederen van de schuldenaar, maar wel zonder speciale rang of bevoegdheden.

2.3.4.2 Vestiging: hoe ver kunnen pand en hypotheek zich over het vermogen van de schuldenaar uitstrekken?

De wet biedt een schuldenaar een ruime mogelijkheid tot het bezwaren van zijn goederen met pand- en hypotheekrechten ten behoeve van één of meer van zijn schuldeisers. Zo kan hij op al zijn roerende zaken (niet-registergoederen) en vorderingen op naam stille pandrechten of (doch veelal minder praktisch) openbare pandrechten vestigen. Al zijn registergoederen kan hij voorts bezwaren met hypotheekrechten. Ook eventueel in de toekomst te verkrijgen goederen kunnen daarnaast ex artikel 3:98, artikel 3:84 lid 1, artikel 3:97 lid 1, artikel 3:237 lid 1 en artikel 3:239 lid 1 BW reeds bij voorbaat met stille pandrechten worden bezwaard.[41] Het pandrecht wordt dan van rechtswege op het goed gevestigd, zodra aan alle vestigingsvereisten – inclusief de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar – is voldaan. Dat is doorgaans het moment dat de schuldenaar het

39 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/65-66; Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par 27.1.

40 Dit verhaalsrecht kan zich bovendien via een derdenpand of -hypotheek (art. 3:231 lid 1, derde zin, BW) uitstrekken tot goederen van derden.

41 Gelet op de voorgeschreven vestigingsformaliteiten (het uit de macht van de pandgever brengen van de te verpanden zaak ex art. 3:236 lid 1 BW dan wel mededeling aan de debiteur van de te verpanden vordering ex art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW), leent een openbaar pandrecht zich slecht voor verpanding bij voorbaat. Eventueel in de toekomst te verkrijgen registergoederen kunnen daarnaast ex art. 3:98 jo. 3:97 lid 1 BW niet bij voorbaat worden verhypothekeerd.

goed verkrijgt. Zo kan een schuldenaar al zijn bestaande en toekomstige roerende zaken eenvoudig met één vestigingshandeling – voor zover nodig bij voorbaat – stil verpanden.

Niet alle toekomstige goederen kunnen evenwel bij voorbaat worden verpand. Met betrekking tot de vorderingen op naam is het ex artikel 3:239 lid 1 BW slechts mogelijk om bij voorbaat die vorderingen stil te verpanden die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging bij voorbaat reeds bestaande rechtsverhouding (de zogenoemde relatief toekomstige vorderingen). In de huidige financieringspraktijk is evenwel pragmatisch met deze beperking omgesprongen, hetgeen heeft geleid tot de ontwikkeling van de zogenoemde verzamelpandakteconstructie. Deze constructie houdt in dat een pandgever aan de beoogd pandhouder een onherroepelijke volmacht geeft om (o.a.) alle toekomstige vorderingen aan zichzelf te verpanden. Vervolgens is het voor deze pandhouder mogelijk om dagelijks – als gevolmachtigde van al zijn pandgevers tezamen – een gestandaardiseerde verzamelpandakte te registreren ter vestiging (zo nodig bij voorbaat) van een stil pandrecht op alle voor die dag nog onverpandbare toekomstige vorderingen die inmiddels bestaand of relatief toekomstig zijn geworden.[42] De facto is de pandhouder zodoende in de gelegenheid om deze vorderingen – zodra ze vatbaar worden voor beslag of verpanding[43] – als eerste te 'vangen' door er welhaast direct (bij voorbaat) een stil pandrecht op te vestigen. Met andere woorden: een schuldenaar kan eenvoudig op al zijn bestaande en toekomstige roerende zaken én vorderingen op naam (stille) pandrechten vestigen. Ook kan hij op al zijn bestaande registergoederen hypotheekrechten vestigen.

Pand- en hypotheekrechten kunnen bovendien worden gevestigd *ter securering van* zowel bestaande als toekomstige vorderingen van de schuldeiser (art. 3:231 lid 1 BW), zolang deze vorderingen maar voldoende bepaalbaar zijn (art. 3:231 lid 2 BW). Deze bepaalbaarheidseis kent daarbij een ruime ondergrens: voldoende is dat op het moment van executie van de bezwaarde goederen vastgesteld kan worden voor welke vordering(en) van de schuldeiser de zekerheidsrechten zijn gevestigd.[44] Dit brengt mee dat het *in extremis* mogelijk is om zogenoemde bankzekerheden te vestigen, waarbij de zekerheidsrechten worden gevestigd ter securering van *alle* vorderingen die de schuldeiser op de schuldenaar heeft of zal krijgen. Daarbij geldt bovendien dat een tussentijdse 'nulstand', waarbij de schuldeiser (tijdelijk) geen vorderingen meer heeft op de schuldenaar, het bankzekerheidsrecht in stand laat en zijn oorspronkelijke rang (naar datum van vestiging) laat behouden.[45]

Een schuldenaar kan dus met betrekking tot nagenoeg al zijn goederen hoog gerangschikte verhaalsrechten in het leven roepen die aan de betreffende schuldeisers in potentie het hoogst gerangschikte verhaalsrecht op deze goederen geven, voor in theorie *alle* vorderingen die zij op de schuldenaar hebben of zullen verkrijgen.

---

42 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/546.

43 Zie voor de vatbaarheid van toekomstige vorderingen voor derdenbeslag art. 475 lid 1 Rv, waarin een gelijke beperking is opgenomen als in art. 3:239 lid 1 BW: slechts de vorderingen die de beslagdebiteur mocht hebben of rechtstreeks zal verkrijgen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding, zijn voor beslag vatbaar.

44 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/511; *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 737.

45 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/511; vgl. HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, r.o. 3.4, *NJ* 2000/733, m.nt. W.M. Kleijn (*Derksen/Rabobank*).

2.3.4.3 Uitoefening (1): parate executie en separatisme

Zodra de financiële positie van de schuldenaar zodanig verslechtert dat hij zijn betalingsverplichtingen jegens de pand- of hypotheekhouder niet meer kan voldoen, komt de uitoefening van het pand- of hypotheekrecht in beeld. Wanneer de schuldenaar in verzuim raakt met de voldoening van zijn verplichtingen waartoe deze rechten tot waarborg strekken, wordt het recht van parate executie geactiveerd. De pand- resp. hypotheekhouder wordt bevoegd het onderpand te verkopen en zich op de opbrengst te verhalen (art. 3:248 lid 1 resp. art. 3:268 lid 1 BW). Deze verkoopbevoegdheid beperkt zich tot verkoop in het openbaar, een executieveiling (art. 3:250 lid 1 resp. art. 3:268 lid 1 BW). In sommige gevallen is dit niet de meest verkieslijke wijze van verkoop, omdat wordt voorzien dat met een onderhandse verkoop een hogere opbrengst te behalen is. Een dergelijke verkoop is pas mogelijk na toestemming door de voorzieningenrechter (art. 3:251 lid 1 resp. art. 3:268 lid 2 BW) of – alleen bij pandrecht – na onderlinge overeenstemming tussen de pandhouder en de pandgever (art. 3:251 lid 2 BW).

Is de schuldenaar inmiddels failliet, dan verandert er weinig aan het voorgaande. De pand- en hypotheekhouders kunnen hun rechten immers uitoefenen 'alsof er geen faillissement was' (art. 57 lid 1 Fw). De voornaamste wijziging betreft de personele wijziging van de pandgever. Door het intreden van het faillissement verliest de pandgever zijn beschikkingsbevoegdheid (art. 23 Fw). Een door de rechtbank aangestelde curator neemt het beheer over de boedel over (art. 68 lid 1 Fw). Vanaf dat moment kan de pandhouder aldus alleen nog met de curator rechtsgeldig tot afspraken over de verkoop van de verpande goederen komen.[46]

Deze sterke separatistenpositie in het faillissement heeft een belangrijk gevolg voor de voorrangspositie van pand- en hypotheekhouders. Zij blijven namelijk ex artikel 182 Fw buiten de omslag in de algemene faillissementskosten. Ter verduidelijking hiervan is het goed om één stap terug te zetten. Artikel 3:277 lid 1 BW schrijft voor dat de 'door de wet erkende redenen van voorrang' pas rang nemen ná de 'kosten van executie'. In het geval van een faillissement – conform zijn klassieke doel in feite een geïnstitutionaliseerde executie van *alle* goederen van de failliet ter verdeling van de netto-opbrengst ervan onder de schuldeisers[47] – bestaan deze executiekosten voor een belangrijk deel uit de algemene faillissementskosten, de kosten die worden gemaakt ter afwikkeling van het faillissement.[48] Deze algemene faillissementskosten worden ex artikel 182 lid 1 Fw omgeslagen over in beginsel ieder deel van de boedel. Dit houdt in dat deze kosten *pro rata* worden verdeeld over (de verkoopopbrengsten van) alle in de faillissementsboedel vallende goederen. In het geval dat een pand- of hypotheekhouder evenwel zijn recht van separatisme uitoefent en de bezwaarde goederen zo buiten het faillissement om te gelde maakt, worden ex artikel 182 lid 1 Fw de faillissementskosten niet over deze goederen

46 In de praktijk strekken deze afspraken zich vaak ook uit tot de onderhandse verkoop van *verhypothekeerde* goederen, hetgeen de vereiste rechterlijke toestemming van art. 3:268 lid 2 BW ontwijkt. De curator verkoopt het bezwaarde registergoed dan onderhands, met instemming van de hypotheekhouder, en de hypotheekhouder haalt vervolgens vrijwillig zijn hypotheekrecht door. Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/10.2.3.3.

47 Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 30.3; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/1.2.

48 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/707; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/1.

omgeslagen.[49] De separatist is dus geen bijdrage in de algemene faillissementskosten verschuldigd aan de boedel.[50]

Afhankelijk van de wijze van verkoop van de bezwaarde goederen kan de separatist wel nog een boedelbijdrage verschuldigd zijn. Dat is in de situatie dat de separatist met de curator in het faillissement van de zekerheidsgever overeenkomt dat de bezwaarde goederen onderhands en met medewerking van de curator worden verkocht. Dit wordt ook wel 'oneigenlijke lossing' genoemd: de curator verkoopt de goederen (bijvoorbeeld door winkelverkoop van de voorraden in de eerste weken van het faillissement) en brengt de opbrengst vervolgens in mindering op de vordering van de separatist.[51]

> Ook onder het oude recht kwam deze 'oneigenlijke lossing' al voor. Hierbij was het geoorloofd dat de separatisten en de curator overeenkwamen dat de separatisten hun executierecht niet uitoefenden onder voorwaarde dat zij buiten de omslag in de faillissementskosten bleven.[52]

In een dergelijke situatie pleegt tussen de separatist en de curator een boedelbijdrage te worden afgesproken ter vergoeding van de werkzaamheden die de curator in het kader van de verkoop ten behoeve van de separatist verricht. Bij het maken van deze afspraken biedt de zogenoemde Separatistenregeling een leidraad,[53] die de volgende richtsnoeren bevat:

- Verricht de curator *geen* materiële verkoopinspanningen (de inspanningen beperken zich tot zorgen voor het eerste behoud, het verrichten van de formele verkoophandeling of toetsing van de door de zekerheidsgerechtigde voorgestelde transactie), dan is een vergoeding van € 1.000 tot € 2.500 op zijn plaats, afhankelijk van de inspanningen van de curator.
- Verricht de curator *wel* materiële verkoopinspanningen, dan komt hem of haar een vergoeding toe in de vorm van een percentage van de opbrengst met een degressief

49 Zie ook HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, *NJ* 2016/289, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Maas q.q./Heineken*).

50 Een eventuele boedelbijdrage conform de Separatistenregeling bij medewerking van de curator aan onderhandse verkoop (ex art. 3:251 lid 2 BW) of incasso van de bezwaarde goederen buiten beschouwing gelaten. De Separatistenregeling maakt als bijlage E onderdeel uit van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en is ontwikkeld door Recofa (het landelijke overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten en INSOLAD.

51 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/10.2.3.2; Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3453.

52 Molengraaff/Star Busmann, *De Faillissementswet* 1951, p. 265; Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 186, onder verwijzing naar Rb. Groningen 27 september 1901, *W.* 7684 en Rb. Groningen 11 maart 1963, *NJ* 1963/464. Tevens bevestigd in HR 13 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5557, *NJ* 1988/556, m.nt. W.M. Kleijn. De Hoge Raad bevestigde hier de juistheid van het oordeel van de rechtbank dat een dergelijke overeenkomst naar haar aard is te beschouwen als een overeenkomst waarbij toepassing wordt gegeven aan art. 58 lid 2 Fw en dat die overeenkomst daarmee meebrengt dat de betrokken hypotheekhouder moet worden aangemerkt als een hypotheekhouder die buiten het faillissement staat.

53 Bijlage E bij Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, versie 2019. Raadpleegbaar via rechtspraak.nl. § 7 van deze Separatistenregeling expliciteert de status van de regeling: een richtlijn die in beginsel van toepassing is tussen banken en curatoren in alle faillissementen. Pas wanneer sprake is van gecompliceerde gevallen die niet in deze algemene regeling passen, ligt dat anders.

verloop naarmate deze opbrengst stijgt.[54] Voor onroerende zaken is dit 4% (maar minimaal € 1.000) over de eerste € 45.000, 3% over het meerdere boven € 45.000 tot € 112.500, 2% over het meerdere boven € 112.500 tot € 225.000, waarbij wordt aangetekend dat boven de € 225.000 nadere afspraken dienen te worden gemaakt. Voor verpande zaken geldt dat 'afhankelijk van de hoogte van de opbrengst en het kostenaspect' een percentage wordt vastgesteld tussen 10% aflopend tot 3% bij een verkoopopbrengst van nihil tot € 450.000, waarbij hogere waarden opnieuw nadere afspraken vereisen. Voor de inning van verpande vorderingen (zie hierna, § 2.3.4.4) staat een incassobijdrage van 10% van de geïncasseerde vorderingen.

De door de separatist verschuldigde boedelbijdrage conform de Separatistenregeling vormt dan ook een mix tussen enerzijds een daadwerkelijke kostenvergoeding en anderzijds een afdracht die de boedel laat meeprofiteren van de opbrengst indien deze mede door de (verkoop)inspanningen van de curator wordt bereikt.[55] Een geregeld klinkende kritiek is dat de Separatistenregeling modernisering behoeft, onder meer omdat de voorgestelde boedelbijdragen in bepaalde gevallen te laag zijn.[56] Zo bevat de curatorenhandleiding van de Rechtbank Rotterdam de aanwijzing dat de uitwinning van zekerheidsrechten voor separatisten – de inning van debiteuren wordt daarbij expliciet genoemd – geenszins een vanzelfsprekendheid is. De curator moet steeds kritisch kijken of de boedelbijdrage die de separatist bereid is te betalen, opweegt tegen de te maken kosten. Is dat niet het geval, dan dient hij zijn medewerking te weigeren.

2.3.4.4 Uitoefening (2): inning van verpande vorderingen op naam

De voorgaande regels inzake de uitoefening van het pandrecht via openbare of onderhandse verkoop gelden ook voor pandrechten op vorderingen op naam. Voor deze categorie goederen – de geldvorderingen in het bijzonder – is verkoop evenwel een suboptimale wijze van verhaal. Een koper zal de kans dat hij de vordering niet (volledig) zal kunnen innen namelijk willen verdisconteren in de verkoopprijs. De hoogste verhaalsopbrengst is daarom te bereiken als de pandhouder de vordering zelf int en zich vervolgens op het geïnde verhaalt. De wet voorziet hierin met artikel 3:246 lid 1 BW: na mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar van de vordering is de pandhouder bevoegd de vordering te innen. In de context van executie (de pandhouder int omdat de pandgever in verzuim is bij de voldoening van zijn betalingsverplichtingen) kan de pandhouder zich vervolgens direct uit de inningsopbrengst voldoen, waarna hij een eventueel overschot

54 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/95 spreekt in deze context zelfs van een *depressief* verloop.

55 In gelijke zin, doch enigszins kritisch op de tweede grondslag: Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/4.1.2, p. 154. Vgl. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3456.

56 Zie bijv. Van Wingerden & Damkot, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/16.4.1. Zie ook Urbanus, *FIP* 2018/57, p. 35 en Frima, *FIP* 2021/94, p. 7 over het geregeld tekortschieten van de (conform de Separatistenregeling) afgesproken boedelbijdrage bij de inning van verpande vorderingen.

aan de pandgever of andere belanghebbenden dient uit te keren (art. 3:253 lid 1 BW jo. art. 490b Rv).[57]

> Er zijn evenwel gevallen denkbaar waar verkoop wel een geschikte verhaalsmethode is. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de vordering nog niet opeisbaar is. De vordering kan dan nog niet worden geïnd en verkoop is dan de enige manier om een opbrengst uit de vordering te genereren.

In de praktijk zijn veruit de meeste vorderingen stil verpand. Dat betekent dat aan de schuldenaren van deze vorderingen geen mededeling van de verpanding is gedaan. De inningsbevoegdheid van deze vorderingen rust dan nog bij de pandgever (art. 3:246 lid 1 BW). Aan de inning van deze vorderingen komt de pandhouder dan ook niet te pas. De vorderingen worden aan de pandgever voldaan, waardoor zij tenietgaan en ook de daarop gevestigde pandrechten eindigen (art. 3:81 lid 2 sub a BW). Dit deert de pandhouder niet. Met het geïnde kan de pandgever zijn uitstaande verplichtingen voldoen (de vorderingen van o.a. leveranciers en werknemers), ook die jegens de pandhouder, en kan hij nieuwe verplichtingen aangaan (zoals de aankoop van nieuwe voorraden) die weer tot nieuwe vorderingen op derden zullen leiden. Het doorsnee zekerhedenarrangement zal daarbij zo zijn ingericht dat deze nieuwe vorderingen bij hun ontstaan automatisch met een nieuw stil pandrecht ten gunste van de pandhouder zullen worden bezwaard. De pandhouder behoudt zo een constant, zichzelf steeds vernieuwend, onderpand waarop – mocht dat nodig zijn – in de toekomst verhaal kan worden genomen.

Deze stabiele situatie verandert met het intreden van het faillissement van de pandgever. Op de vorderingen die na dit moment ontstaan komt geen stil pandrecht meer tot stand.[58] Tegelijkertijd leiden betalingen aan de failliete pandgever van de voor het faillissement stil verpande vorderingen nog wel tot het tenietgaan van de op deze vorderingen rustende pandrechten. In dit geval betekent het einde van het pandrecht evenwel niet ook het einde van de voorrang van de stil pandhouder. De Hoge Raad oordeelde in het arrest *Mulder q.q./ CLBN* dat de pandhouder zijn voorrang op het geïnde behoudt. Weliswaar verliest hij zijn positie als separatist, zodat de uitkering verloopt via de uitdelingslijst in het faillissement (en de algemene faillissementskosten ook over dit geïnde worden omgeslagen), de aan zijn pandrecht verbonden voorrang blijft behouden.[59] Is de pandhouder evenwel een bank en wordt de betaling van de verpande vordering ontvangen op de bankrekening

57 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/829. Buiten de executiecontext mag de pandhouder zich niet op het geïnde verhalen. Dat zou in strijd komen met het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW. De pandhouder dient het geïnde dan ook gescheiden te houden van zijn eigen vermogen. De op de geïnde vordering rustende pandrechten komen door de inning op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5 BW). Pas wanneer de vordering van de pandhouder opeisbaar wordt, mag hij zich op het geïnde verhalen (art. 3:255 lid 1 BW). Zie nader Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/829 en Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/548.

58 Met het intreden van diens faillissement verliest de pandgever immers de bevoegdheid om over zijn goederen te beschikken (art. 23 Fw).

59 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

van de pandgever bij de pandhouder, dan kan de pandhouder zich direct (en buiten het faillissement om) door verrekening op het geïnde verhalen.[60]

> Met deze beslissingen sluit de Hoge Raad expliciet aan bij de situatie onder het OBW. Onder het oude recht had het stil pandrecht op vorderingen de vorm van de fiduciaire cessie tot zekerheid. Dat betekende dat de vordering door overdracht aan de cessionaris (nu de stil pandhouder) was gaan toebehoren. Een in het faillissement van de cedent (nu de pandgever) ter voldoening van die vordering ontvangen betaling diende dan volledig door de curator aan de cessionaris te worden afgedragen.[61] Tegen de achtergrond dat de regering de Tweede Kamer bij de totstandkoming van het NBW heeft verzekerd dat met het stil pandrecht 'praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt' en dat 'bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnisch andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd', zoekt de Hoge Raad de aansluiting met het oude recht bewust op en komt hij zo tot deze voorrangsregels.[62]

Deze rechtspraak heeft in de praktijk tot een 'inningsstrijd' geleid tussen pandhouder en curator. De curator is er op grond van de rechtsregels uit *Mulder q.q./CLBN* namelijk bij gebaat om na het intreden van het faillissement zo snel mogelijk de schuldenaren van de gefailleerde aan te schrijven met de mededeling dat zij hun schuld vanaf nu op de faillissementsrekening dienen te betalen. Zo verloopt de uitdeling aan de pandhouder via de boedel (de verrekeningsmogelijkheid wordt verhinderd), met als gevolg dat over het geïnde een omslag in de algemene faillissementskosten (o.a. het salaris van de curator) wordt ingehouden. Deze inningsstrijd heeft in de rechtspraak tot diverse 'spelregels' voor de curator geleid.[63] Zo dient de curator een redelijke termijn van in beginsel veertien dagen in acht te nemen voordat hij een dergelijke mededeling aan de schuldenaren mag doen.[64] Ook is de curator verplicht de pandhouder op diens verzoek alle hem beschikbare informatie te verstrekken die nodig is om de inning van de vorderingen ter hand te nemen.[65] Met het schenden van deze verplichtingen loopt de curator het risico op persoonlijke aansprakelijkheid jegens de pandhouder. Bovendien verhoogt actieve inning door de curator binnen de wachttermijn de rang van de pandhouder op de daaruit

60 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, r.o. 3.5.2, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*). Deze verrekeningsbevoegdheid kan ook bestaan indien de betaling wordt ontvangen op de betaalrekening van een *andere* schuldenaar van de bank dan de pandgever (bijvoorbeeld van een zustervennootschap binnen hetzelfde concern). Daarvoor is dan wel vereist dat het pandrecht op de betaalde vordering (mede) strekte tot verhaal van de vordering van de bank op deze andere schuldenaar. HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.3.3, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*).

61 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, r.o. 3.4.2, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

62 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, r.o. 3.4.3 en 3.5.2, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1197.

63 Zie hierover nader Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 23.4.6 en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/10.2.8.2.

64 HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, r.o. 3.4, *NJ* 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*).

65 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.2.1, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN Amro*).

voortkomende betalingen. Hij verkrijgt een boedelvordering 'met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang' tot afdracht van dit geïnde.[66]

In de praktijk komen de pandhouder en de curator veelal tot afspraken over de inning, waarbij zij als gemeenschappelijk doel hebben om de mededeling van de verpanding achterwege te laten.[67] Een gebruikelijke afspraak is dat geen mededeling wordt gedaan, maar dat de afwikkeling wel plaatsvindt alsof er mededeling is gedaan.[68] De schuldenaren worden in eerste instantie niet aangeschreven, zodat zij hun openstaande vorderingen blijven betalen op de bankrekening van de pandgever bij de pandhouder (met verrekening door de pandhouder tot gevolg). Pas met betrekking tot de niet-betalende schuldenaren wordt de curator ingeschakeld om, ten behoeve van de pandhouder (buiten de boedel om), tot actieve inning over te gaan. In ruil hiervoor wordt dan een boedelbijdrage overeen gekomen.[69]

2.3.5 De grenzen van het systeem

De mogelijkheden tot doorbreking van de *paritas creditorum* via autonomie zijn niet onbegrensd. In bepaalde situaties heeft de rechtspraak ingegrepen door naar de letter van de wet toegestane doorbrekingen toch te verhinderen. Deze situaties staan in deze paragraaf centraal, waarbij de *paritas creditorum* wordt toegepast als norm voor de wijze waarop schuldeisers verhaal nemen.

2.3.5.1 Ontoelaatbare betalingsdwang

Dwangcrediteuren

In het licht van de eerder besproken zelfredzaamheid van schuldeisers staat het schuldeisers vrij – en strekt het zelfs tot aanbeveling – om, bij financiële moeilijkheden van hun schuldenaar, alle juridische mogelijkheden te benutten om de schuldenaar tot betaling te bewegen. Zo kan een schuldeiser, indien hij hiertoe de bevoegdheid heeft, zijn levering van goederen of diensten aan de schuldenaar opschorten zolang de schuldenaar de eerdere leveringen niet betaalt (art. 6:52 lid 1 jo. art. 6:262 lid 1 BW). Het faillissement van de schuldenaar brengt hier geen verandering in. De schuldeiser behoudt deze bevoegdheid en het is dan aan de curator hier al dan niet op in te gaan, door afweging van het belang van de boedel bij continuering van de leveringen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers.[70] Dit wordt anders indien de schuldeiser in kwestie een nutsbedrijf is dat eerste levensbehoeften levert aan de gefailleerde en zijn gezin. Opschorting betekent dan dat zij in deze levensbehoeften worden geraakt en dat geeft de curator (die ook rekening moet houden met de belangen van de gefailleerde) feitelijk

66 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.3.3, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN Amro*); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, r.o. 3.3.5, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*). Zie ook hierna, § 2.4.1.3.

67 Een dergelijke mededeling heeft namelijk veelal een sterk negatieve invloed op het betaalgedrag van schuldenaren. Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/833g.

68 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/833g.

69 De Separatistenregeling geeft hiervoor als richtsnoer een incassobijdrage van 10% van de geïncasseerde vorderingen. Zie hiervoor, § 2.3.4.3.

70 HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, *NJ* 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*).

geen andere keuze dan toegeven. Aangezien de curator in deze situatie het belang van gelijke behandeling van de schuldeisers niet adequaat kan beschermen, zoekt de Hoge Raad naar een alternatieve manier om dit belang te beschermen. Die vindt hij in het ontnemen van de opschortingsbevoegdheid van een nutsbedrijf in de situatie dat opschorting ertoe leidt dat de gefailleerde (en zijn gezin) persoonlijk in zijn eerste levensbehoeften wordt getroffen.[71] Ook buiten deze specifieke, schrijnende situatie kan een opschortingsrecht niet altijd worden uitgeoefend. Zo oordeelt de Hoge Raad enige jaren later dat ook, meer in het algemeen, de dreiging van een energiebedrijf om de energietoevoer aan een gefailleerde onderneming te staken als betaling van eerdere leveranties uitblijft, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn jegens de boedel en/of de andere schuldeisers.[72] De opschortingsbevoegdheid kan dan niet worden ingeroepen op grond van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).

Met de invoering van artikel 37b Fw is de voorgaande jurisprudentie voor een aantal nutsvoorzieningen achterhaald. Nutsbedrijven kunnen op grond van deze bepaling de levering van gas, water, elektriciteit of verwarming in faillissement überhaupt niet meer opschorten wegens onbetaalde schulden daterend van voor het faillissement. Dat neemt het belang van de voorgaande rechtsontwikkeling evenwel niet weg. Zo hebben tegenwoordig ICT-dienstverleners in een faillissement een met nutsbedrijven vergelijkbare dwangpositie. Als zij hun dienstverlening stoppen door bijvoorbeeld de toegang tot de bedrijfsadministratie in de *cloud* te beëindigen, kan dat de verdere bedrijfsvoering per direct onmogelijk maken. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam stelt in 2013 de hiervoor geformuleerde misbruik-van-bevoegdheidmaatstaf ook in deze context voorop. In een kort geding tussen de curatoren van Free Record Shop Holding en ICT-dienstverlener Ctac verbiedt de rechter aan de hand van deze maatstaf de stopzetting van de dienstverlening gedurende de afkoelingsperiode, onder de voorwaarde dat de curatoren de kosten van deze dienstverlening, vermeerderd met een 50% opslag ter aflossing van de openstaande schulden, betalen.[73] Ook voor deze problematiek heeft de wetgever evenwel inmiddels een voorziening getroffen met de invoering van artikel 105b Fw in 2017, ter versterking van de positie van de curator. Op grond van deze bepaling zijn derden die de administratie van de gefailleerde onder zich hebben, verplicht deze aan de curator op diens verzoek ter beschikking te stellen, zo ook als deze zich in de *cloud* bevindt.[74] Het gaat hierbij echter niet zozeer om voortzetting van de dienstverlening in faillissement, maar primair om aan de curator door terbeschikkingstelling van de administratie de gelegenheid te bieden zijn wettelijke beheers- en vereffeningstaken uit te voeren.[75] In het tweede lid van deze bepaling is aan deze derden daarbij expliciet de

71 HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, *NJ* 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*), bevestigd in HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, r.o. 3.6, *NJ* 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*).

72 HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, r.o. 3.6, *NJ* 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*).

73 Rb. Rotterdam (vzr.) 26 juni 2013, zoals weergegeven in Rb. Rotterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1678, r.o. 2.9.

74 Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 3 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4452, *JOR* 2022/220, m.nt. C.M. Harmsen (*curatoren ATB/Microsoft*).

75 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 21 (MvT).

bevoegdheid ontnomen om deze afgifte met een beroep op het retentierecht (als *species* van opschorting) te weigeren.[76]

Weigering buitengerechtelijk schuldeisersakkoord
Een andere wijze van betalingsdwang ligt in het weigeren van deelname aan een buitengerechtelijk schuldeisersakkoord. Een dergelijk akkoord kan door een schuldenaar worden beproefd om een faillissement af te wenden. Hij probeert dan met zijn schuldeisers tot overeenstemming te komen over de afwikkeling van zijn schulden, bijvoorbeeld door gedeeltelijke kwijtschelding ervan. De gedachte hierachter is dat de schuldeisers op deze manier meer ontvangen dan wanneer de schuldenaar in faillissement raakt. Een schuldeisersakkoord is niets anders dan een overeenkomst tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, hetgeen betekent dat schuldeisers in beginsel vrij zijn in hun keuze om al dan niet met het akkoord in te stemmen (contractsvrijheid). Voor een schuldeiser kunnen er vele legitieme redenen zijn om wel of niet in te stemmen. Het akkoord kan door een schuldeiser evenwel ook worden aangegrepen als extra pressiemiddel om betaling af te dwingen. Zo trekt een schuldeiser veel macht naar zich toe indien hij als enige (of een van weinigen) volhardt in zijn weigering van het akkoord. Immers, dat vergroot de druk op de schuldenaar om toe te geven om het akkoord tot stand te brengen. Ook hier ligt de buitengrens van de vrijheid bij misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Indien zich de uitzonderlijke situatie voordoet dat een schuldeiser het aanbod onder het akkoord in redelijkheid niet had kunnen weigeren, kan hij door de rechter worden bevolen tot medewerking aan het akkoord.[77] Zo overwoog het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat verhuurder Mondia een door het in betalingsnood verkerende warenhuis V&D aangeboden akkoord niet in redelijkheid had kunnen weigeren, onder meer omdat zij zich met haar weigering heeft onttrokken aan een regeling waarin door vele schuldeisers offers zijn gebracht en waarvan Mondia zelf ook profiteerde.[78]

> Met de inwerkintreding van de WHOA (zie hierna, § 2.5) biedt de Faillissementswet een alternatieve procedure om een schuldsaneringsakkoord te beproeven, waarbij individuele schuldeisers minder vrijheid hebben om zich aan het akkoord te onttrekken. Dat maakt het aannemelijk dat het voorgaande zich in de toekomst niet snel weer zal voordoen, maar in plaats daarvan binnen het juridisch kader van de WHOA-procedure zal worden beslecht.[79]

2.3.5.2 De grenzen van verrekening

'Een redelijke uitleg' van artikel 53 Fw bij huur
Ook de bevoegdheid tot verrekening is niet absoluut, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het arrest *Tiethoff q.q./NMB*.[80] De aan het arrest ten grondslag liggende feiten zijn als volgt.

76 Zie nader Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4421e-4421g.
77 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, r.o. 3.5.2-3.5.4, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Groenemeijer/Payroll*); HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, r.o. 3.4.2, *NJ* 2017/466 (*Mondia/curatoren V&D c.s.*).
78 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:9777, r.o. 7.12 (*V&D c.s./Mondia*).
79 Zie nader Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/29.2.
80 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, *NJ* 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*).

Het Residentieslachthuis (RSH) verhuurt een bedrijfsruimte aan de Nederlandsche Middenstandsbank (NMB). Op een zeker moment wordt verhuurder RSH failliet verklaard. Weliswaar brengt het faillissement geen einde aan de huurovereenkomst, maar NMB stopt wel de betaling van de huurtermijnen. Zij heeft namelijk ook een vordering op RSH uit verstrekt krediet (ongeveer tachtig keer groter dan de jaarlijkse huursom) en wil die vordering met de huurschuld verrekenen. In beginsel is dit op grond van artikel 53 lid 1 Fw een geldige verrekening, maar de Hoge Raad oordeelt anders:

> 'Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt.'[81]

De Hoge Raad baseert deze 'redelijke uitleg' op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers: onverkorte toepassing van artikel 53 lid 1 Fw zou dit beginsel op onaanvaardbare wijze doorbreken, met name omdat NMB dan langdurig zonder een reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op een prestatie ten laste van de boedel en – in het verlengde daarvan – de gezamenlijke schuldeisers.[82]

Bancaire verrekening bij girale betalingstransacties

Ook in het girale betalingsverkeer heeft de Hoge Raad de mogelijkheden tot verrekening meermaals begrensd. Deze begrenzingen laten zich groeperen in het uitgangspunt dat de bijzondere positie van banken als intermediair in het girale betalingsverkeer – een rol die andere schuldeisers zich niet kunnen aanmeten – hen geen 'voorrang' in de schoot mag werpen.[83]

In het girale betalingsverkeer is verrekening normaal gesproken aan de orde van de dag. Op een betaalrekening bij de bank is namelijk artikel 6:140 lid 1 BW van toepassing: de vorderingen en schulden die de rekeninghouder en de bank over en weer hebben, worden in één rekening opgenomen en door automatische verrekening is steeds alleen het saldo verschuldigd.[84] Is het banksaldo positief, dan heeft de rekeninghouder een vordering op de bank. Vertoont de bankrekening op een zeker moment een negatief saldo,

81 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, r.o. 3.2, *NJ* 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*).

82 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, r.o. 3.2, *NJ* 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*).

83 Vgl. Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 30.9.2.

84 Zie nader over de juridische duiding van een bankrekening Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 19.2-19.3.

dan heeft de rekeninghouder een schuld aan de bank ter grootte van dit saldo.[85] Doet een derde vervolgens een girale overboeking naar deze bankrekening, dan veroorzaakt dat een vordering van de rekeninghouder op de bank, ter grootte van deze overboeking. De schuld en de vordering worden op grond van artikel 6:140 lid 1 BW automatisch met elkaar verrekend, hetgeen zich uit in een minder negatief saldo op de bankrekening. De schuld aan de bank neemt af.

Raakt de rekeninghouder voorafgaand aan de overboeking in faillissement, dan verandert de situatie. Verrekening is dan nog slechts mogelijk binnen de grenzen van artikel 53 lid 1 Fw. Anders dan de wettekst van deze bepaling suggereert, kan een bank een na het intreden van het faillissement ontvangen girale overboeking door een derde niet verrekenen. Dit oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Postgirodienst*. Verrekening is op grond van deze bepaling slechts mogelijk indien de schuld en de vordering beide ofwel voor de faillietverklaring zijn ontstaan, ofwel *rechtstreeks* voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.[86] Relevant is dus of de schuld van de bank zijn rechtstreekse oorzaak vindt in de (voor het faillissement aangegane) rekening-courantverhouding met de gefailleerde. Dat is voor wat betreft de schuld van de bank uit overboeking door een derde niet het geval. De rechtstreekse oorzaak voor het ontstaan van deze schuld is immers niet de rekening-courantverhouding, maar de betalingsopdracht door de derde.[87] De bank mag de ontvangen overboeking dus niet verrekenen met haar vordering op de gefailleerde, maar dient deze aan de curator af te staan.[88]

Ook girale overboekingen die in het zicht van het faillissement van de rekeninghouder worden ontvangen, mag de bank niet zonder meer verrekenen. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *AMRO/Curatoren THB*, toegespitst op de bijzondere positie van banken in het girale betalingsverkeer:

> 'Vooral nu tegenwoordig girale betaling eerder regel dan uitzondering is, valt met het stelsel van de Faillissementswet niet te verenigen dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen in dier voege een uitzonderingspositie zou verschaffen dat zij zich door middel van compensatie afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij aan

85 Doorgaans ligt hieraan dan een rekening-courantkredietovereenkomst tussen de rekeninghouder en de bank ten grondslag, waarin een bepaalde kredietruimte (een maximale roodstand op de rekening) is overeengekomen. Zie hierover nader Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst* 2018, par. 3.4 en Messelink, in: *Dilemma's van nu* 2024/8.2.

86 HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976/249, m.nt. B. Wachter (*Postgirodienst*).

87 HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976/249, m.nt. B. Wachter (*Postgirodienst*).

88 Tenzij de overboeking een aan de bank stil verpande vordering betreft en het pandrecht op deze vordering (mede) strekte tot verhaal van de vordering van de bank op de rekeninghouder. Dan mag de bank – in de hoedanigheid van pandhouder – deze overboeking wel verrekenen. Zie hiervoor, § 2.3.4.4.

> de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement of surseance van betaling.'[89]

Om te voorkomen dat het girale betalingsverkeer banken deze uitzonderingspositie in de rangorde verschaft, verklaart de Hoge Raad artikel 54 Fw op deze situatie van toepassing. Weliswaar is deze bepaling niet rechtstreeks van toepassing – het gaat hier immers niet om schuldoverneming met als doel om verrekening 'in het leven te doen treden' – maar zij leent zich wel voor het beoogde doel van de Hoge Raad. De toepasselijkheid van artikel 54 Fw betekent dat de bank een girale overboeking aan de (dan bijna faillerende) rekeninghouder niet mag verrekenen met het debetsaldo op deze rekening indien de bank ten tijde van de bijschrijving op de bankrekening niet te goeder trouw was.[90] Dat is het geval indien de bank ten tijde van de bijschrijving wist of – zo heeft de Hoge Raad recent toegevoegd – behoorde te weten dat de rekeninghouder in een zodanige toestand verkeerde dat diens faillissement was te verwachten.[91]

> De beoordeling van deze maatstaf is een omstandighedentoets, waarbij onder meer relevant kan zijn in hoeverre de bank bereid was om de rekeninghouder van financiering te blijven voorzien of anderszins mee te werken aan een reddingspoging. De enkele bereidheid hiertoe is evenwel onvoldoende. De Hoge Raad geeft als leidraad 'dat een bank die *gegronde* redenen heeft om aan te nemen dat een reddingspoging (bij voortgezette of aanvullende financiering) een *reële* kans van slagen heeft, weet noch behoort te weten dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat diens faillissement […] is te verwachten' (cursivering RvU).[92]

Voorgaande strikte regels rondom bancaire verrekening lijden uitzondering indien de door de bank ontvangen overboekingen (in of in het zicht van faillissement) betalingen van aan de bank stil verpande vorderingen betreffen. De bank mag deze overboekingen *wel* verrekenen met zijn vorderingen op de rekeninghouder, ook al is hij niet te goeder trouw

89 HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC0457, r.o. 3.3, *NJ* 1989/449, m.nt. J.B.M. Vranken (*AMRO/Curatoren THB*). Dit arrest bouwt voort op HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, *NJ* 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Loeffen/BMH I*), waarin de Hoge Raad de verrekening van een girale bijschrijving op een debetsaldo op het moment dat de bank wist dat het faillissement van de rekeninghouder was aangevraagd, door toepassing van art. 47 Fw blokkeerde. Zie nader Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 32.4.

90 HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC0457, r.o. 3.3, *NJ* 1989/449, m.nt. J.B.M. Vranken (*AMRO/Curatoren THB*). De bank mag deze overboeking wel verrekenen met latere afschrijvingen wegens het uitvoeren van betalingsopdrachten van de rekeninghouder. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1635, *JOR* 2024/103, m.nt. B.A. Schuijling (*Jansen q.q./Rabobank*). Tegen dit arrest is door de curator cassatieberoep ingesteld. Zie over deze 'salderingsvraag' ook Schuijling, in: *Het bancaire belang (O&R nr. 141)* 2023/9 en Messelink, in: *Dilemma's van nu* 2024/8.6.

91 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.1.2-3.1.4, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*).

92 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.1.5, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*).

in de zin van artikel 54 Fw.[93] Dit laat zich verklaren vanuit het hiervoor geformuleerde uitgangspunt: deze 'voorrang' komt niet enkel voort uit de bijzondere positie van de bank in het girale betalingsverkeer, maar vindt juist zijn directe grondslag in het door de bank bedongen stille pandrecht.[94]

> Deze uitzondering op de beperkte verrekeningsmogelijkheden van de bank gaat niet op in de situatie dat de betaalde vordering weliswaar niet aan de bank is verpand, maar de bank een pandrecht op de betaling heeft verkregen (door verpanding van de vorderingen van de rekeninghouder op de bank uit de rekening-courantverhouding). Omdat alleen de bank in staat is om een dergelijk pandrecht te bedingen, is hier namelijk toch weer sprake van een voorrangspositie die – zo overweegt de Hoge Raad – onmiddellijk en uitsluitend samenhangt met de bijzondere positie van de bank in het girale betalingsverkeer.[95]

2.4 Doorbreking door de wet (afwijking van de paritas)

2.4.1 Executieschuldeisers – faillissementskosten

De *paritas creditorum* wordt ook doorbroken doordat de wet bepaalde categorieën vorderingen een afwijkende rang geeft bij een *concursus creditorum*. Zoals hiervoor reeds kort is aangestipt, betreft een van deze categorieën de vorderingen uit 'kosten van executie'.[96] Artikel 3:277 lid 1 BW schrijft immers voor dat de verdeling van de executie-opbrengst van de goederen van een schuldenaar plaatsvindt uit de netto-opbrengst, ná de voldoening van de kosten van executie.

In een faillissement betreffen deze kosten van executie de kosten die gemoeid zijn met de afwikkeling van het faillissement, de faillissementskosten. In de Faillissementswet wordt voor dit begrip ook wel het begrip 'boedelschulden' gebruikt.[97] Dit betreft schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij omdat dit volgt uit de wet (zoals huur- en pachttermijnen vanaf de faillissementsdatum (art. 39 Fw)),[98] hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij zijn

93 Zolang althans de op de vorderingen rustende pandrechten maar (mede) strekten tot verhaal van de vordering van de bank op de rekeninghouder. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, r.o. 3.5.2, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*); HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.3.3, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*). Zie ook hiervoor, § 2.3.4.4.

94 Vgl. Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 32.4.

95 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, r.o. 3.6, *NJ* 2019/343, m.nt. H.J. Snijders (*Curatoren Eurocommerce/Rabobank*); HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, r.o. 3.3.2, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*). Zie ook: Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 32.4; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/9.8.3.1.

96 Zie hiervoor, § 2.2.

97 Zie over de verhouding tussen beide begrippen HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, r.o. 3.9, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), waarin de Hoge Raad overweegt dat de algemene faillissementskosten mede alle boedelschulden omvatten, voor zover zij geen bijzondere faillissementskosten zijn. Voor een onderscheid tussen faillissementskosten en boedelschulden ziet de Hoge Raad, mede op grond van de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de Faillissementswet (*Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)* 2016, p. 422), geen ruimte.

98 Vanaf de faillissementsdatum opeisbaar geworden erfpachtcanon kwalificeert evenwel niet als boedelschuld. HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:56, r.o. 3.2, *NJ* 2024/43 (*Groningen Seaports/Silvius q.q. c.s.*).

ontstaan door handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.[99] Dit betreft onder meer de loon- en premieschulden over de periode vanaf het intreden van het faillissement (art. 40 lid 2 Fw), doorgaans via de loongarantieregeling aan het UWV verschuldigd (art. 66 WW).

2.4.1.1 Onderscheid tussen bijzondere en algemene faillissementskosten

De faillissementskosten kunnen worden onderscheiden in algemene en bijzondere faillissementskosten. De bijzondere faillissementskosten zijn de kosten die zijn gemaakt om een specifieke opbrengst voor de faillissementsboedel te realiseren, hetgeen zowel de verkrijging van een bepaald goed voor de boedel (bijv. door 'lossing' van een pand- of hypotheekrecht ex art. 58 lid 2 Fw)[100] als het behoud en het te gelde maken van een zich reeds in de boedel bevindend goed kan betreffen.[101] Het betreft – met andere woorden – kosten die slechts betrekking hebben op een specifieke opbrengst. De meest voor de hand liggende voorbeelden zijn taxatie- en veilingkosten.[102]

De algemene faillissementskosten betreffen alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn.[103] Zij laten zich erdoor karakteriseren dat zij de kosten betreffen die zijn gemaakt in het belang van het faillissement en de vereffening van de boedel ***in het algemeen***.[104] Ze hebben, met andere woorden, geen betrekking op een specifieke (executie)opbrengst maar op de boedel als geheel of een evenredig deel ervan.[105]

2.4.1.2 De rang van de faillissementskosten

De algemene en bijzondere faillissementskosten zijn beide onderdeel van de 'kosten van executie' in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW en dienen daarmee eerst te worden voldaan voordat de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar onder de schuldeisers kan worden verdeeld. De bijzondere faillissementskosten komen daarbij direct ten laste van de bruto-opbrengst van het specifieke goed waarvoor deze kosten zijn gemaakt.[106] Vervolgens worden de algemene faillissementskosten conform artikel 182 lid 1 Fw omgeslagen over in beginsel ieder deel van de boedel. Dit houdt in dat deze kosten *pro rata* worden verdeeld over (de netto verkoopopbrengsten van) alle in de boedel vallende goederen. De verkoopopbrengsten van bepaalde goederen zijn echter ex artikel 182 lid 1

99 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, r.o. 3.7.1, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

100 HR 16 februari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4985, *NJ* 1968/253 (*Faillissement Ruygrok*).

101 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5; Wessels, *Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)* 2021/7125. Zie evenwel voor een engere opvatting, nl. dat slechts de 'eigenlijke executiekosten' bijzondere faillissementskosten zijn: Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9)* 1997/2.2.6.

102 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5; Van Buchem-Spapens & Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering (Mon. Pr. nr. 2)* 2023/6.2.

103 HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, r.o. 3.9, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*); Wessels, *Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)* 2021/7128-7129.

104 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5.

105 Wessels, *Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)* 2021/7124.

106 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5; Wessels, *Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)* 2021/7125 en 7141.

Fw vrijgesteld van deze omslag. Dit betreft de opbrengsten verkregen door pand- en hypotheekhouders via uitoefening van hun rechten als separatist en door retentors door eigenhandige executie ex artikel 60 lid 3 Fw, alsook de uitkeringen aan de beperkt gerechtigden, huurders en pachters ex artikel 3:282 resp. 3:264 lid 7 BW wegens het verlies van hun recht door deze executies. De omslag vindt dan plaats over de eventuele restantopbrengst na de verdeling onder deze schuldeisers. De omslag vindt ook plaats over het bedrag dat bij deze verdeling aan eventuele andere, hoger gerangschikte, schuldeisers toekomt. Hierbij valt te denken aan de fiscus in gevallen waar het bodemvoorrecht (art. 21 lid 2, tweede zin, IW 1990) toepassing vindt. Hun belang is door de curator behartigd (art. 57 lid 3 Fw) en de uitkering (na aftrek van de omslag) verloopt via de uitdelingslijst van het faillissement.

> In de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet is de vraag de revue gepasseerd of de bevoorrechte schuldeisers eigenlijk wel zouden moeten meedelen in de algemene faillissementskosten. Deze vraag is zonder twijfel bevestigend beantwoord: 'Immers handelt men niet alzoo dan brengt men de faillissementskosten feitelijk uitsluitend ten laste van de concurrente schuldeischers, terwijl zij worden uitgegeven ten bate van alle geverifiëerde schuldeischers. De kosten zijn een last, die op het geheele actief drukt, op den boedel in zijn geheel en dus ook op ieder afzonderlijk bestanddeel daarvan. Zij behooren omgeslagen te worden over alle deelen van het actief, de opbrengst van elk deel met dezelfde percentage te verminderen. Artikel 182 Ontwerp heeft ten doel dit ondubbelzinnig uit te drukken. Het bepaalt dat de kosten omgeslagen worden over elk stuk van den boedel dat de curator heeft gerealiseerd.'[107]

Pas nadat beide kostenposten aldus op de bruto-opbrengst in mindering zijn gebracht, is de netto-opbrengst verkregen die vervolgens conform artikel 3:277 lid 1 BW met inachtneming van de 'door de wet erkende redenen van voorrang' onder de schuldeisers wordt verdeeld.

2.4.1.3 De rang van de faillissementskosten bij een negatieve boedel

De situatie wordt anders indien de 'kosten van executie' hoger zijn dan de zich in de boedel bevindende (bruto-opbrengst van de) goederen van de schuldenaar, oftewel het geval van een 'negatieve boedel'. In deze situatie is reeds tussen de executieschuldeisers sprake van een *concursus creditorum*. Artikel 3:277 lid 1 BW geeft hiervoor strikt genomen geen rangorderegel, aangezien deze bepaling tot uitgangspunt neemt dat er na de voldoening van de kosten van executie altijd een (positief salderende) netto-opbrengst resteert. Voor deze situatie heeft de Hoge Raad in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* geoordeeld dat de rangorderegel uit artikel 3:277 lid 1 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing is. De boedelschulden moeten 'in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld […] worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang'.[108] Ook deze rangorderegel ziet op de verdeling van de netto-opbrengst, na voldoening van wat de Hoge Raad formuleert als de 'kosten van executie en vereffening'.

---

107 *Van der Feltz-II (O&R nr. 2-II)* 2016, p. 241.

108 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, r.o. 3.5, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

Deze kosten van executie en vereffening betreffen, aldus de Hoge Raad, in ieder geval het salaris en de verschotten van curatoren.[109]

De Hoge Raad maakt zodoende voor de situatie van een negatieve boedel een ander onderscheid in faillissementskosten: de kosten van executie en vereffening en de overige boedelschulden. Bij een negatieve boedel maken slechts de eerstgenoemde kosten nog deel uit van de op de bruto-opbrengst in mindering te brengen kosten van executie. Hoe verhoudt zich dit tot het hiervoor uitgewerkte onderscheid tussen de bijzondere en algemene faillissementskosten? De Hoge Raad laat dit onbesproken. In de lagere rechtspraak is deze vraag wel aan de orde gekomen. De Rechtbank Zwolle oordeelt aan de hand van de overwegingen van de Hoge Raad dat dit onderscheid niet relevant is voor de rangorde bij een negatieve boedel.[110] Het onderscheid is volgens de rechtbank namelijk slechts bedoeld om de bijzondere faillissementskosten buiten de omslag van artikel 182 lid 1 Fw te houden.[111] Nu die omslag bij een negatieve boedel niet speelt, speelt dit onderscheid ook geen rol. Relevant is slechts de vraag of de betreffende kosten als 'kosten van executie en vereffening' zijn te kwalificeren.[112] De rechtbank legt daarvoor een strenge maatstaf aan: slechts de kosten die de executie dienen en die noodzakelijkerwijs moeten worden gemaakt om tot executie te komen, zoals deurwaarders-, notaris- en veilingkosten, vallen eronder. De in het geding zijnde omzetbelastingschuld wegens door de curator verkocht boedelactief (drie autobussen) valt hierbuiten.[113]

De na de aftrek van de kosten van executie en vereffening resterende netto-opbrengst dient dus conform de rangorderegel uit artikel 3:277 lid 1 BW onder de schuldeisers van de overige boedelschulden te worden verdeeld, waarbij gelijkheid van schuldeisers tot uitgangspunt wordt genomen: deze boedelschuldeisers staan in beginsel gelijk in rang, behoudens wettelijke redenen van voorrang. Een van die redenen noemt de Hoge Raad daarbij expliciet: de voorrechten van de ontvanger en de bedrijfsvereniging (tegenwoordig het UWV).[114] Dat maakt van de hiervoor aangehaalde omzetbelastingschuld wegens door de curator verkocht boedelactief aldus nog steeds een preferente boedelschuld, al rangschikt zij onder de kosten van executie en vereffening. Een van de andere preferente boedelschulden heeft de Hoge Raad in het arrest *Hamm q.q./ABN* in het leven geroepen: de boedelschuld aan een ex-pandhouder wiens pandrecht op een vordering op naam door onrechtmatige inning door de curator is tenietgegaan.[115] Deze ex-pandhouder verkrijgt door de onrechtmatige inning een boedelvordering 'met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang' tot afdracht van het onterecht door de curator geïnde (vgl. art. 3:278 lid 1 BW).[116]

109 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, r.o. 3.5, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).
110 Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62, r.o. 4.3, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*).
111 Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62, r.o. 4.3, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*).
112 Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62, r.o. 4.4, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*).
113 Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62, r.o. 4.4, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*).
114 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, r.o. 3.5, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).
115 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.3.3, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*).
116 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.3.3, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

De verdere schade die de ex-pandhouder hierdoor lijdt, is een concurrente boedelschuld en zal daarnaast in beginsel ook op de curator persoonlijk kunnen worden verhaald.[117]

Benadrukt zij tot slot dat de rangorderegel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* in het geval van een negatieve boedel – in de bewoordingen van de Hoge Raad – *in beginsel* toepassing vindt. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* een uitzondering op deze regel aangenomen: een boedelschuld tot terugbetaling van een na faillietverklaring en wegens onmiskenbare vergissing gedane onverschuldigde betaling dient direct 'en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren' door de curator te worden voldaan.[118] Deze uitzondering vindt haar grondslag in de maatschappelijke betamelijkheid: men moet erop kunnen vertrouwen dat een curator (als door de rechtbank benoemde functionaris met een wettelijke taak) derden niet het slachtoffer laat worden van vergissingen, die immers in de praktijk niet altijd te vermijden zijn.[119] De onmiddellijke terugbetalingsplicht komt dan ook niet voort uit een hoge rang van de vordering, maar uit een voor de curator geldende gedragsnorm.[120]

Deze uitzondering wordt strikt toegepast. Pogingen vanuit de praktijk om ook voor andere gevallen een onmiddellijke afdracht in het leven te roepen, hebben tot nu toe bot gevangen.[121]

2.4.2 Voorrechten

De wet voorziet ook andere categorieën vorderingen van een voorrangspositie bij verhaal, door aan deze vorderingen een voorrecht te verbinden. De wet maakt daarbij onderscheid in voorrechten die rusten op bepaalde goederen ('bijzondere voorrechten') en voorrechten die rusten op alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen ('algemene voorrechten') (art. 3:278 lid 2 BW). Bevoorrechte vorderingen nemen in beginsel rang na de kosten van executie (art. 3:277 lid 1 BW) en de met pand- of hypotheekrechten gesecureerde vorderingen (art. 3:279 BW).

Een voorrecht is een nevenrecht (art. 6:142 lid 1 BW), hetgeen inhoudt dat het verbonden is aan de vordering waarvoor de wet het voorrecht in het leven heeft geroepen. Wordt deze vordering overgedragen aan een derde, dan gaat het voorrecht in beginsel mee over.[122]

---

117 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.3.3, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, r.o. 3.3.5, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

118 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, r.o. 3.4, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*). In HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van der Werff/BLG*) is deze uitzondering nader gepreciseerd; zie hierover nader Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.6.4.

119 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, r.o. 3.4, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

120 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.6.4.

121 Zo heeft de Hoge Raad het bestaan van een onmiddellijke afdracht van de opbrengst van door een curator onrechtmatig geïnde stil verpande vorderingen uitdrukkelijk van de hand gewezen. HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, r.o. 4.3.3, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*), bevestigd in HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, r.o. 3.3.2, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

122 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/48-49; Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 27.2.1.

Een voorrecht is verder – anders dan pand en hypotheek – geen goederenrechtelijk recht op een goed.[123] Dat betekent dat een voorrecht in beginsel geen derdenwerking (*droit de suite*) heeft. De overdracht door de schuldenaar van een goed waarop een voorrecht kan worden uitgeoefend, leidt er aldus in principe toe dat het voorrecht op dit goed eindigt.[124] Desalniettemin is de wet ten aanzien van de bijzondere voorrechten scheutig in het toch toekennen van enige derdenwerking. Zo werkt een levering c.p. op grond van artikel 3:90 lid 2 BW niet tegenover een schuldeiser met een bijzonder voorrecht op de geleverde zaak,[125] en hebben de meeste bijzondere voorrechten uit titel 3.10 BW eigen derdenwerkingsregels.[126]

De interne rangorde tussen bevoorrechte vorderingen is neergelegd in artikel 3:280 en 3:281 BW. Zo hebben voorrechten op bepaalde goederen in beginsel voorrang boven voorrechten op alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen (art. 3:280 BW). Botsende voorrechten op hetzelfde *bepaalde* goed staan onderling vervolgens in beginsel in gelijke rang (art. 3:281 lid 1 BW) en botsende voorrechten op alle goederen nemen in beginsel rang naar de volgorde waarin de wet hen plaatst (art. 3:281 lid 2 BW).

Het aantal voorrechten dat bij wet in het leven is geroepen, is hoog en deze voorrechten staan verspreid over tal van afzonderlijke wetten. Desalniettemin zijn de voorrechten primair geregeld in titel 3.10 BW. Deze voorrechten zullen in het navolgende nader worden uitgewerkt. De overige voorrechten zullen buiten beschouwing blijven, op de twee voornaamste buiten titel 3.10 BW geregelde voorrechten na: de voorrechten van de fiscus en het UWV.[127] Deze voorrechten worden nader behandeld in § 2.4.3 respectievelijk § 2.4.4.

2.4.2.1 Bijzondere voorrechten (op bepaalde goederen)

In afdeling 3.10.2 BW is een viertal bijzondere voorrechten opgenomen. Deze zullen in deze paragraaf nader worden uitgewerkt.

Artikel 3:284 BW – voorrecht wegens kosten tot behoud

De vordering tot voldoening van kosten die tot behoud van een goed zijn gemaakt, is conform artikel 3:284 lid 1 BW bevoorrecht op het goed dat hierdoor is behouden. Het begrip 'behoud' heeft in deze context een enge betekenis; het betreft louter het voorkomen dat het goed daadwerkelijk tenietgaat. Kosten van onderhoud en kosten tot behoud van

123 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 843.

124 Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/9.

125 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1236; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/9. Deze regel geldt niet ten aanzien van algemene voorrechten, zo is af te leiden uit HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, r.o. 3.6, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest namelijk dat het algemene voorrecht van de fiscus (art. 21 IW 1990) geen 'ouder recht' in de zin van art. 3:90 lid 2 BW is.

126 Zie art. 3:284 lid 2, art. 3:285 lid 2 en art. 3:287 lid 2 BW.

127 Zie voor een overzicht van deze buiten titel 3.10 BW geregelde voorrechten Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/8.5.

waarde vallen hierbuiten.[128] De ratio van dit voorrecht is erin gelegen dat met het maken van deze kosten de overige schuldeisers een dienst wordt bewezen. Voorkomen wordt namelijk dat het betreffende goed tenietgaat en daarmee uit het verhaalsvermogen van de schuldenaar verdwijnt.[129]

Uit het tweede en derde lid van artikel 3:284 BW volgt dat dit voorrecht een ongewoon hoge rang inneemt, die afwijkt van de hoofdregels van artikel 3:279-3:281 BW.[130] Zo kan – conform het tweede lid – een schuldeiser die dit voorrecht heeft zijn vordering op het behouden goed verhalen, zonder dat hem *oudere* rechten van derden op dit goed (zoals een pand- of hypotheekrecht) kunnen worden tegengeworpen. Daarnaast delven ook een *later* ex artikel 3:237 lid 1 BW gevestigd stil pandrecht en een *latere* overdracht door levering ex artikel 3:90 lid 1 jo. artikel 3:115 sub a BW (levering c.p.) het onderspit tegenover dit voorrecht, zij het tot het moment dat de latere pandhouder respectievelijk verkrijger het goed in handen krijgt. Bovendien neemt het voorrecht – conform het derde lid – rang boven alle andere voorrechten, tenzij de aan die voorrechten verbonden vorderingen na het maken van de kosten tot behoud zijn gemaakt.

> Voor dit laatste geval (samenloop met een posterieure bevoorrechte vordering) wordt teruggevallen op de normaal geldende regels van het verhaalsrecht, met dien verstande dat uit artikel 3:284 lid 3 BW wel volgt dat het voorrecht wegens kosten tot behoud in die onderlinge verhouding *geen* voorrang heeft. Aldus geldt bij een samenloop van het voorrecht wegens kosten tot behoud met een posterieur ander bijzonder voorrecht op het behouden goed dat beide voorrechten van gelijke rang zijn (art. 3:281 lid 1 BW). Bij een samenloop van het voorrecht met een posterieur algemeen voorrecht zou het resultaat bevreemden. De regel van artikel 3:284 lid 3 BW (het voorrecht wegens kosten tot behoud heeft geen voorrang) zou dan inbreuk maken op de normaal geldende regel dat bijzondere voorrechten juist wel voorrang hebben boven algemene voorrechten (art. 3:280 BW). Dit verklaart waarom aan artikel 3:284 lid 3 BW een beperkte werking wordt toegedicht. Deze bepaling wordt – anders dan de wettekst suggereert – geacht enkel de rangorde ten opzichte van andere *bijzondere* voorrechten te reguleren.[131] Dit past ook bij de ratio van het voorrecht: met de gemaakte kosten tot behoud is de anterieure schuldeisers een dienst bewezen en dit legitimeert geen verstrekkendere regel dan dat – in afwijking van de normaal geldende regels – boven deze schuldeisers voorrang wordt verkregen.

---

128 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1388. Zie ook HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, r.o. 3.5.1, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*), waarin de Hoge Raad mede aan de hand van de wetsgeschiedenis oordeelde dat vorderingen tot betaling van veevoer in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als 'kosten tot behoud'. Dat zou, aldus de Hoge Raad, slechts anders worden indien het veevoer zou zijn aangeschaft 'ter onmiddellijke afwending van levensgevaar voor de betrokken dieren'.

129 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 32; Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 108-109; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/7.

130 Deze hoge rang was voor de Hoge Raad in het arrest *Hollander's Kuikenbroederij* overigens ook een van de gezichtspunten bij zijn oordeel tot (handhaving van) de restrictieve uitleg van het begrip 'behoud'. HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, r.o. 3.5.1, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*).

131 Zie bijv. *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/479 en Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/10.

Artikel 3:285 BW – voorrecht wegens bearbeiding van een zaak uit hoofde van aanneming van werk

Artikel 3:285 lid 1 BW voorziet in een voorrecht voor de kleine, zelfstandige aannemer voor vorderingen die hij uit hoofde van een aannemingsovereenkomst wegens bearbeiding van een zaak heeft. Aan hem komt dan een voorrecht op deze bearbeide zaak toe. Als voorwaarde voor toepasselijkheid van dit voorrecht geldt dat de aannemer – en in geval van een vennootschap of rechtspersoon één of meer van de beherende vennoten of bestuurders – persoonlijk aan de uitvoering van het aangenomen werk pleegt deel te nemen. Het moet, met andere woorden, gaan om 'kleine zelfstandigen wier arbeid zich niet pleegt te bepalen door leiding geven'.[132] Tevens is het voorrecht in tijd beperkt: het voorrecht vervalt twee jaar na het ontstaan van de vordering.

De ratio van dit voorrecht is gelegen in sociale overwegingen. De 'kleine aannemer' behoeft een sterkere positie, want – zo wordt aangenomen – hij heeft meestal een beperkte financiële slagkracht en verdient zijn inkomen enkel met de arbeid die hij verricht.[133] Daarnaast sluit de aanwezigheid van dit voorrecht aan bij het voorrecht dat een werknemer ex artikel 3:288 onder e BW voor zijn loonvorderingen toekomt op de goederen van zijn werkgever; met artikel 3:285 lid 1 BW is getracht de kleine zelfstandige, die volgens de wetgever op één lijn met een werknemer is te stellen, een vergelijkbare bevoorrechte positie toe te kennen.[134]

Het voorrecht wegens bearbeiding neemt conform het tweede lid van artikel 3:285 BW – in afwijking van de hoofdregels – rang boven een *ouder* stil pandrecht op de bearbeide zaak, zelfs wanneer dat pandrecht op een later moment wordt omgezet naar een vuistpandrecht. Is evenwel *na* het ontstaan van de bevoorrechte vordering een stil pandrecht gevestigd en wordt dit pandrecht vervolgens omgezet in een vuistpandrecht, dan levert deze omzetting een rangwisseling op: het pandrecht gaat in rang boven het voorrecht.[135]

Artikel 3:286 BW – voorrecht op de vordering op een appartementseigenaar

Artikel 3:286 lid 1 BW verbindt een voorrecht aan de vorderingen van de gezamenlijke appartementseigenaren of de vereniging van eigenaren (VvE) op een individuele appartementseigenaar of vruchtgebruiker van een appartementsrecht. Deze vorderingen betreffen in het kort de bijdragen die de appartementseigenaren verschuldigd zijn ter dekking van de schulden en kosten van de gezamenlijke appartementseigenaren.[136] Deze vorderingen zijn bevoorrecht op het betreffende appartementsrecht. Het voorrecht is daarbij in tijd

132 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 868.

133 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 111; *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 868.

134 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 853-854 en 868. De commissie-Houwing was evenwel kritisch over de sociale overwegingen die aan deze bevoorrechte positie ten grondslag liggen en adviseerde juist tot schrapping van dit voorrecht bij de invoering van het NBW. Zie Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 111. Zie hierover nader hierna, § 4.5.2.2.

135 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/482, die hiervoor als onderbouwing geven dat er in deze situatie geen verschil mag zijn met het geval waar na het ontstaan van de bevoorrechte vordering een vuistpandrecht wordt *gevestigd*, waarbij de hoofdregel van art. 3:279 BW (pand boven voorrecht) geldt.

136 Zie voor deze bijdragen art. 5:112 lid 1 aanhef en onder b, art. 5:112 lid 2 aanhef en onder c en art. 5:113 lid 2 BW.

beperkt: slechts de in het lopende of het voorafgaande kalenderjaar opeisbaar geworden bijdragen zijn bevoorrecht.

De ratio van dit voorrecht gaat terug tot de invoering van de Appartementenwet in 1952 en houdt in dat appartementseigenaren niet mogen worden gedupeerd door de insolventie van een van hen. Ware dit anders, dan zou dat volgens de wetgever 'in sterke mate afbreuk doen' aan de verhandelbaarheid van appartementen (die juist beoogd werd die van eengezinswoningen te benaderen).[137] Desalniettemin bevat artikel 3:286 BW geen speciale rangorderegel ten opzichte van – conform de hoofdregel van artikel 3:279 BW – hoger gerangschikte hypotheekrechten, hetgeen de vraag doet rijzen in hoeverre dit voorrecht de achterliggende ratio waar kan maken in de praktijk.

Artikel 3:286 lid 2 BW schrijft voor dat het voorrecht wegens bearbeiding (art. 3:285 BW) ook op appartementsrechten kan rusten, in het geval van bearbeiding van een gebouw dat in appartementen is verdeeld, zij het per appartementsrecht slechts voor het bedrag waarvoor de betreffende appartementseigenaar aansprakelijk is.[138] Indien het vervolgens tot een samenloop met het voorrecht van artikel 3:286 lid 1 BW komt, dan staat het voorrecht wegens bearbeiding hoger in rang (art. 3:286 lid 3 BW).[139]

Artikel 3:287 BW – voorrecht op de vordering uit aansprakelijkheidsverzekering

De schadevergoedingsvordering van een benadeelde is bevoorrecht op de daarmee corresponderende vordering die de schuldenaar (de aansprakelijke) uit hoofde van zijn aansprakelijkheidsverzekering op zijn verzekeraar heeft (art. 3:287 lid 1 BW). Het voorrecht rust derhalve op een vordering van de schuldenaar op een derde.

De ratio van dit voorrecht is dat door deze bevoorrechte verhaalspositie wordt gewaarborgd dat de verzekeringsuitkering ten behoeve van een benadeelde daadwerkelijk bij deze benadeelde terechtkomt.[140] In sommige gevallen heeft een benadeelde ook een eigen recht op schadevergoeding jegens de verzekeraar van de aansprakelijke (vgl. art. 6 WAM); de wetgever heeft echter bewust gekozen om de bescherming van de benadeelde

137 *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5, p. 25 (MvA). Zie ook: Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 115; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/717.

138 Zie voor deze verdeling van de aansprakelijkheid tussen appartementseigenaren: art. 5:113 lid 2 BW.

139 De reden voor deze rangorderegel is in de parlementaire geschiedenis niet terug te vinden. In de toelichtende memorie van antwoord bij het gewijzigd wetsontwerp voor de Appartementenwet wordt de reden voor de toevoeging van deze rangorderegel (toen nog in verhouding tot het voorrecht van metselaars, timmerlieden en andere werkbazen in art. 1185 sub 8 OBW) niet genoemd. *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5, p. 25 en 28; *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 6, p. 31. Bij de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek is deze rangorderegel vervolgens (zonder verdere motivering) overgenomen als voortzetting van het bestaande recht. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 869.

140 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 877; Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 67-68.

met de 'minder verregaande' oplossing van het in het leven roepen van een voorrecht op de vordering van de aansprakelijke jegens zijn verzekeraar te realiseren.[141]

Het voorrecht voorziet de benadeelde van een hoge rang bij verhaal op de vordering waarop het voorrecht rust. Conform het tweede lid van artikel 3:287 BW kan hij zich namelijk op deze vordering verhalen zonder dat hem – op één uitzondering na – andere rechten van derden op deze vordering kunnen worden tegengeworpen.[142]

Deze hoge voorrang ten spijt laat de bescherming van de benadeelde te wensen over. De belangen van de benadeelde zijn namelijk slechts gewaarborgd zolang de verzekeraar de schade rechtstreeks aan de benadeelde voldoet. Weliswaar is dit staande praktijk in het verzekeringswezen, maar in het onverhoopte geval dat de verzekeraar de uitkering toch aan diens verzekerde doet, verliest de benadeelde de bescherming van het voorrecht (dat door de voldoening tenietgaat) en heeft hij nog slechts een concurrente aanspraak op de verzekerde.[143] Dit gat in de bescherming doet zich vooral voelen indien de verzekerde ten tijde van de uitkering is gefailleerd of in de nabije toekomst (voordat hij tot betaling aan de benadeelde is overgegaan) zal gaan failleren.[144]

2.4.2.2 Algemene voorrechten (op alle goederen)

De algemene voorrechten in titel 3.10 BW zijn neergelegd in afdeling 3.10.3 BW. De voornaamste onder deze voorrechten staan in artikel 3:288 BW. De volgorde waarin zij in deze bepaling zijn opgenomen, bepaalt tevens de rang die ze onderling innemen (art. 3:281 lid 2 BW). De volgende vorderingen zijn conform deze bepaling bevoorrecht:

- sub a: de kosten van een (succesvolle) faillissementsaanvraag. Dit voorrecht rust dan op de boedel van het met de aanvraag uitgelokte faillissement. De ratio van dit voorrecht is dat deze kosten zijn gemaakt in het belang zijn van alle schuldeisers van het faillissement.[145] Dit voorrecht heeft een eigen plaats in de rangorde náást de kosten van executie in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW, aangezien deze aanvraagkosten buiten de noemer 'kosten van executie' vallen; zij zijn geen eigenlijke executiekosten.[146]

141 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 877. Deze keuze werd vooral gedreven door het argument dat in de praktijk grote behoefte bestond aan het betrokken laten blijven van de verzekerde bij de schadeafhandeling, terwijl het vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming weinig verschil zou maken welke oplossing zou worden gekozen. In de praktijk zouden verzekeraars namelijk al bijna altijd rechtstreeks aan de benadeelden uitbetalen. Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 68.

142 Enkel het afdrachtsrecht ex art. 7:936 lid 2 BW van een verzekeringstussenpersoon kan aan het voorrecht worden tegengeworpen.

143 Zie nader: *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/485-486; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/7; Van Boom, *WPNR* 1994/6151, p. 635 e.v.

144 Problematisch is bovendien de situatie waar de verzekerde is gefailleerd en de verzekeraar vervolgens weigert uit te keren. De curator zal hier wegens gebrek aan belang voor de boedel niet over willen procederen. Mogelijk dat een curator in dat geval bereid is om de vordering aan de benadeelde te cederen, bijvoorbeeld in ruil voor een bijdrage in de algemene faillissementskosten (hetgeen bij uitkering in het faillissement sowieso zou zijn ingehouden). Zie hierover nader *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/486, onder verwijzing naar *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/615.

145 Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/8.

146 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

- sub b: de kosten van lijkbezorging, voor zover deze kosten in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene. Zij zijn bevoorrecht op de nalatenschap van de overledene; dit voorrecht is dan ook van beperkte relevantie in faillissementen.
- sub c en d: de vorderingen van een (ex-)werknemer op zijn werkgever ter zake van zijn reeds vervallen pensioentermijnen voor zover deze niet ouder zijn dan een jaar (sub c), alsmede diens vorderingen op de werkgever wegens in de toekomst tot uitkering komende pensioentermijnen (sub d).[147] Deze vorderingen zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever. Het belang van deze voorrechten is beperkt, aangezien zij slechts van toepassing zijn in gevallen waarin de werkgever de pensioenovereenkomst met de werknemer zelf uitvoert.[148] In de meeste gevallen is een werkgever verplicht om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een externe pensioenuitvoerder, veelal een pensioenfonds (art. 23 Pensioenwet).[149] Deze onderbrengingsplicht, die leidt tot afscheiding van de pensioengelden van het vermogen van de werkgever, voorziet de werknemer van een sterkere bescherming tegen betalingsonmacht van de werkgever dan de pensioenvoorrechten kunnen bieden.
- sub e: alle geldvorderingen van de werknemer op zijn werkgever uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst, over het lopende en voorafgaande kalenderjaar, alsmede al hetgeen de werkgever aan de werknemer op grond van titel 7.10 BW is verschuldigd wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Naast het nettoloon gaat het hierbij om aanspraken uit secundaire arbeidsvoorwaarden zoals pensioenpremie (alleen het werknemersdeel).[150] Ook deze vorderingen zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever. De loon- en premievorderingen van de werknemer die zien op de periode na intreden van het faillissement zijn boedelschulden (art. 40 lid 2 Fw). Ten aanzien van de vorderingen wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst bevat artikel 7:673c lid 1 BW een belangrijke uitzondering. De vordering tot betaling van een transitievergoeding vervalt door het intreden van het faillissement van de werkgever.[151] Deze uitzondering is een uitvloeisel van de bij sociaal akkoord gemaakte afspraak dat het recht op een transitievergoeding niet geldt als een werkgever door

147 Dit laatstgenoemde voorrecht van art. 3:288, aanhef en onder d, BW vindt evenwel – conform de wettekst – geen toepassing op werknemers die tevens bestuurder zijn van de rechtspersoon bij wie zij in dienst zijn.

148 Met betrekking tot het pensioenvoorrecht van sub d expliciet door de Hoge Raad overwogen in HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, r.o. 3.3.2, *NJ* 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Niehe/Heidinga q.q.*).

149 Zie hierover nader: Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht (MSR nr. 51)* 2015/6.1 e.v.; *Asser/Lutjens 7-XI* 2023/224.

150 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/491; Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht (MSR nr. 51)* 2015/3.5; Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4)* 2024/5.2.2 en 8.12. Het werkgeversdeel van de pensioenpremie alsmede een eventuele vordering tot affinanciering van de aanwas van de pensioenaanspraak bij een pensioenuitvoerder vallen buiten de reikwijdte van dit voorrecht. HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, r.o. 3.4.2-3.5.2, *NJ* 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Niehe/Heidinga q.q.*). Zie ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2023/583. Bij de totstandkoming van het NBW is de bevoorrechting van de vordering (van pensioenuitvoerders) wegens het werkgeversdeel van pensioenpremies wel overwogen, maar tot de invoering van dit voorrecht is het nooit gekomen. Zie hierna, § 4.5.2.3.

151 Of doordat ofwel aan hem surseance van betaling is verleend, ofwel de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op hem van toepassing is verklaard (art. 7:673c lid 1, *in fine*, BW).

de betaling ervan in ernstige financiële problemen raakt.[152] De keerzijde hiervan – het risico op strategisch 'gebruik' van een faillissement (of surseance van betaling) om van grote transitievergoedingsvorderingen af te komen[153] – wordt in de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling helaas niet onderkend.[154] Dat geeft een reden om kritisch te zijn op deze uitzondering.

Aan de werknemers komt daarnaast een aanvullende bescherming toe. Bij betalingsonmacht van de werkgever neemt het UWV op grond van de loongarantieregeling (art. 61-68 WW) de betalingsverplichtingen uit de arbeidsovereenkomst over.[155] Voor zover de vorderingen van de werknemer binnen het bereik van deze regeling vallen, worden zij door het UWV voldaan. Het UWV neemt deze vorderingen dan over, met de bijbehorende voorrechten. Zie hierover nader § 2.4.4.

Afdeling 3.10.3 BW bevat tot slot in artikel 3:289 BW een algemeen voorrecht dat is verbonden aan de vorderingen uit de heffingen op de productie van kolen en staal, neergelegd in artikel 49 en 50 Verdrag tot de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS-verdrag). Dit verdrag is per 23 juli 2002 vervallen, na verloop van de in het verdrag opgenomen werkingstermijn van vijftig jaar (art. 97 EGKS-verdrag). Dat betekent dat het voorrecht van artikel 3:289 BW al enige tijd zijn relevantie heeft verloren. In het onwaarschijnlijke geval dat er nog vorderingen uit deze heffingen bestaan, die dan dateren van voor het einde van het verdrag, zijn zij inmiddels verjaard (art. 3:306 BW). Het ligt dan ook in de rede dat de wetgever deze bepaling in de nabije toekomst wegens gebrek aan relevantie intrekt.

Artikel 3:289 BW komt voort uit een aanbeveling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen.[156] Deze aanbeveling verplichtte lidstaten die aan hun fiscale vorderingen een voorrecht toekennen, om dit voorrecht ook toe te kennen aan de vorderingen uit de EEG-heffingen op de productie van kolen en staal en om dit voorrecht dezelfde rang te geven als de vordering uit omzetbelasting.[157] Dit is overgenomen in het tweede lid van artikel 3:289 BW. Dit betekent dat afhankelijk van de omstandigheden dit voorrecht ofwel de rang van het algemene fiscaal voorrecht (zie hierna, § 2.4.3.1) ofwel de rang van het bodemvoorrecht (zie hierna, § 2.4.3.2) toekwam. De ratio achter het voorrecht was het zoveel mogelijk verzekeren van de inkomsten van de Europese Gemeenschap voor Kolen

152 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 42 (MvT). Zie nader over de totstandkoming van deze bepaling *Parl. Gesch. Wwz* 2015, p. 881-893.

153 Zie bijv. Kreikamp, *FIP* 2015/226, p. 37.

154 Weliswaar komt bij de behandeling van het wetsvoorstel het 'laten ploffen' van ondernemingen ter sprake, maar een risico op strategische faillissementen of surseances van betaling lijkt daarbij niet te worden gezien. Het bevorderen van de continuïteit van in betalingsmoeilijkheden verkerende werkgevers staat voorop en transitievergoedingsplichten mogen hieraan niet in de weg staan. *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 24 en 31.

155 Zie nader over de loongarantieregeling: Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4)* 2024/8 (hfdst. 8).

156 Ingevoerd bij Wet van 10 november 1988 (*Stb.* 1988, 535), in reactie op Aanbeveling 86/198/EGKS inzake de invoering van een voorrecht voor schuldvorderingen uit hoofde van de heffingen op de produktie van kolen en staal (*PbEG* 1986, L 144).

157 Art. 1 en 2, Aanbeveling 86/198/EGKS. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 3, p. 1 (MvT).

en Staal, die deze heffingen als voornaamste inkomstenbron had en zich via dit voorrecht wilde beschermen tegen insolventie van de heffingsplichtigen.[158]

2.4.3 De fiscus

2.4.3.1 Fiscaal voorrecht

Binnen het stelsel van de voorrechten neemt de voorrangpositie van de fiscus een speciale positie in, een positie die buiten het stelsel van titel 3.10 BW is geregeld. Ten aanzien van de goederen van de schuldenaar komt aan de fiscus, conform artikel 21 IW 1990, in de eerste plaats het fiscale voorrecht toe, een (algemeen) voorrecht dat rust op alle goederen van de schuldenaar en is verbonden aan alle vorderingen van de fiscus (lid 1).[159] Dit voorrecht voorziet de fiscus van een voor een algemeen voorrecht ongewoon hoge voorrangspositie. Het tweede lid (eerste zin) van deze bepaling schrijft namelijk voor dat dit voorrecht rang neemt boven alle andere (bijzondere en algemene) voorrechten, doch *onder* de voorrechten van artikel 3:287 en 3:288 aanhef en onder a BW alsmede het voorrecht van artikel 3:284 BW voor zover de kosten tot behoud zijn gemaakt *na* de dagtekening van het aanslagbiljet. Deze specifieke rang is afgestemd op de hoge voorrang van de bijzondere voorrechten uit artikel 3:284 en 3:287 BW. De koppeling met artikel 3:288, aanhef en onder a, BW lijkt een wetstechnische misser te zijn. De bepaling 'vangt' de verhouding tussen het fiscale voorrecht en dit voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag zoals die gold onder het oude BW. Onder het huidige BW is het voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag evenwel in rang gedaald, waardoor plaatsing boven het fiscale voorrecht wringt met zijn rang ten opzichte van andere voorrangsrechten.[160]

2.4.3.2 Bodemvoorrecht

Het fiscale voorrecht neemt een andere kleur aan wanneer dit is verbonden aan een specifieke fiscale vordering en rust op een zogenoemde 'bodemzaak' van de schuldenaar die zich ten tijde van diens faillietverklaring (of beslag op die zaak) op diens 'bodem' bevond. Ten aanzien van deze bodemzaken komt de fiscus dan het – nog hoger gerangschikte – bodemvoorrecht toe.

De begrippen 'bodem' en 'bodemzaak' vereisen nadere duiding, vanwege hun specifieke betekenis. Zo wordt de 'bodem' van een schuldenaar gedefinieerd als het perceel dat 'feitelijk in gebruik is' bij de schuldenaar en 'waarover hij onafhankelijk van anderen de

158 Considerans bij Aanbeveling 86/198/EGKS. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 5, p. 1 (nota n.a.v. het verslag).

159 Dit voorrecht geldt – naast de fiscale vorderingen – ook ten aanzien van de invordering van de premies voor de volks- en werknemersverzekeringen, die ex art. 60 lid 1 Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) door de fiscus wordt verricht. Op deze invordering zijn conform het tweede en derde lid van deze bepaling de regels rond de invordering van loonbelasting (op een enkele uitzondering na) namelijk van overeenkomstige toepassing. *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/493.

160 Zie hierna, § 4.5.3.4.

beschikking heeft'.[161] Met andere woorden, dit kan zowel een hem in eigendom toebehorend perceel zijn alsmede een perceel dat hij huurt of in bruikleen heeft,[162] zolang hij het maar feitelijk in gebruik heeft en het daarmee (bijvoorbeeld) niet onderverhuurt aan een derde. Het begrip 'bodemzaak' is voorts gedefinieerd in het – abstract geformuleerde – derde lid van artikel 22 IW 1990, als zijnde 'de ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten, of roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land'. De in de praktijk meest relevante categorie betreft de 'roerende zaken tot stoffering', die voorts nader is gedefinieerd als de roerende zaken die strekken tot enigszins duurzaam gebruik van een (bedrijfs)perceel ter verwezenlijking van de bestemming van dit perceel.[163] In het kort betreft dit derhalve primair de zich op het perceel bevindende inventaris (zoals kantoorinrichting en machines) van de schuldenaar.[164]

Wanneer de fiscus voorts een vordering heeft die is opgenomen in artikel 22 lid 3 onder a of b IW 1990,[165] dan is aan deze vordering het bodemvoorrecht verbonden, rustende op de bodemzaken die aan de hiervoor beschreven eisen voldoen (art. 21 lid 2, tweede zin, IW 1990). Dit voorrecht komt in verhouding tot de andere voorrechten qua rangorde overeen met het 'gewone' fiscale voorrecht, doch wijkt af in de zin dat het bodemvoorrecht ook rang neemt boven stille pandrechten die op deze bodemzaken zijn gevestigd (wederom art. 21 lid 2, tweede zin, IW 1990). De fiscus heeft ten aanzien van deze zaken dus een hogere rang dan de stil pandhouder. Indien deze pandhouder bij faillissement van de schuldenaar overgaat tot eigenhandige executie van de verpande bodemzaken, dan dient de curator ex artikel 57 lid 3 Fw de belangen van de fiscus te behartigen. Dat betekent dat de curator het aan de fiscus toekomende deel van de executieopbrengst bij de pandhouder zal opvragen of hiervoor zal opkomen in de rangregeling.[166] Dit bedrag wordt vervolgens via de uitdelingslijst door de curator aan de fiscus uitgekeerd, nadat over dit bedrag de algemene faillissementskosten zijn omgeslagen (art. 182 lid 1 Fw).

Indien het voorrecht van de fiscus zowel op stil verpande bodemzaken als op andere goederen van de schuldenaar rust, dan dient de fiscus bij de verdeling eerst zoveel mogelijk te worden voldaan uit de opbrengst van deze andere goederen (ook wel het 'vrije actief' genoemd).[167] Voor zover de netto-opbrengst van deze andere goederen niet toereikend is om de bevoorrechte fiscale vorderingen te voldoen, heeft de fiscus voor de hoogte van

161 HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0373, r.o. 3.4, *NJ* 1992/298, m.nt. H.J. Snijders (*Big Dutchman/Ontvanger*).

162 Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 31.4.

163 Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 31.4, onder verwijzing naar HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, *NJ* 1981/656 (*Honeywell Bull/Ontvanger*); Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/733. Zie ook de Leidraad Invordering 2008, § 22.1: 'De uitdrukking "stoffering" heeft in dit verband een zodanig brede betekenis, dat daaronder kan worden verstaan al hetgeen strekt tot gebruik van het perceel overeenkomstig zijn bestemming.'

164 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/733.

165 Of een vordering waarop het invorderingsregime inzake een van deze vorderingen van overeenkomstige toepassing is, zoals de premies voor de volks- en werknemersverzekeringen (art. 60 Wfsv). Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 49-52.

166 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/10.4.1.

167 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, r.o. 4.1.3-4.1.4, *NJ* 1998/745, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN Amro*).

zijn restantvordering aanspraak op de opbrengst van de stil verpande bodemzaken.[168] Deze verdelingsregel sluit aan – zo overweegt de Hoge Raad – bij de gedachte achter onder meer artikel 3:234 BW: indien een schuldeiser zich wil verhalen op een goed van de schuldenaar terwijl dat zal leiden tot de aantasting van rechten van een derde, kan deze derde verlangen dat eerst op andere goederen verhaal wordt genomen.[169]

2.4.3.3 Bodemrecht

Onder omstandigheden kan de fiscus zich ook verhalen op de goederen die eigendom zijn van anderen dan diens schuldenaar. Dat is het geval indien de fiscus door het leggen van beslag het bodemrecht activeert. Dit bodemrecht vindt zijn grondslag in artikel 22 lid 3 IW 1990. Indien de fiscus *i)* ter zake van de in deze bepaling genoemde belastingaanslagen *ii)* beslag legt op de bodemzaken van derden *iii)* die zich op dat moment de bodem van de schuldenaar bevinden, dan verkrijgt de fiscus het recht om zich voor deze belastingaanslagen op deze bodemzaken te verhalen. De derden moeten dan tolereren dat hun eigendom wordt uitgewonnen ter voldoening van de belastingschulden van een ander. Het bodemrecht vormt daarmee een uitzondering op het uitgangspunt dat een schuldeiser zich in beginsel alleen op de goederen van zijn schuldenaar kan verhalen.

In bepaalde gevallen is de positie van deze derden beter. Dat is in de eerste plaats het geval indien – zo volgt uit de wettekst – de derde tegenover de schuldenaar een recht van terugvordering heeft uit onrechtmatige of onbevoegde verkrijging door de schuldenaar. De fiscus dient de zaak dan aan de derde af te staan. Ten tweede voert de fiscus terughoudend beleid in het geval dat de derde zogenoemd reëel eigendom heeft over de bodemzaak. Het eigendomsrecht van de derde wordt dan door de fiscus ontzien. Dit beleid is neergelegd in de Leidraad Invordering 2008. Reëel eigendom houdt volgens dit beleid (art. 22.9.1 Leidraad) in dat de derde zowel de juridische eigendom als in overwegende mate de economische eigendom over de bodemzaken heeft. De Leidraad noemt daarbij als voorbeelden van niet-reëel eigendom de eigendom van in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en de eigendom van zaken waarvan door leasing of andere vormen van huur of bruikleen het economisch risico van waardevermindering in overwegende mate bij de schuldenaar is komen te liggen (art. 22.9.1 Leidraad). Voor leasing is dit nader gespecificeerd in een in overleg met de leasingpraktijk opgestelde leaseregeling, opgenomen in artikel 22.9.2 Leidraad, waar in het bijzonder het 'restwaarderisico'-criterium gedetailleerd wordt uitgewerkt.[170]

De kwalificatie als reëel eigendom betekent overigens niet per definitie dat de fiscus ook daadwerkelijk terughoudend beleid voert. De Leidraad noemt in artikel 22.9.1 een

168 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1547, r.o. 3.2-3.3, *NJ* 2002/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Verdonk q.q./Ontvanger*). Deze verdelingsregel vergt wat rekenkracht van een curator. Zie voor het berekenen van de fiscale aanspraak op de opbrengst van de stil verpande bodemzaken Van Andel, *TvI* 2000, p. 75 e.v. Zie voor een uitbreiding van deze rekenmethode naar ook de aanspraak van andere schuldeisers met voorrang boven de pand- (of hypotheek)houder Pannevis, in: *In debat met Van Andel* 2024/20 en Pannevis, *TvI* 2024/2.

169 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, r.o. 4.1.2, *NJ* 1998/745, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN Amro*).

170 Vetter & Tekstra, *Invordering van belastingen* 2020/1416.

zestal situaties waar reëel eigendom toch niet wordt gerespecteerd.[171] Dit betreft onder meer de gevallen van misbruik (het fingeren van eigendom om verhaal te bemoeilijken) en gevallen waar de derde de samenwonende echtgenoot van de schuldenaar is. Een zakelijker voorbeeld betreft de afnamebedingregel: bodemzaken die in het kader van een afnameovereenkomst aan de schuldenaar ter beschikking zijn gesteld (denk aan de uitleen van een koelvitrine door een drankenproducent), vallen in beginsel buiten het terughoudend beleid.[172]

De strekking van het bodemrecht is door de jaren heen enigszins van kleur verschoten. Aanvankelijk (anno 1845) diende het bodemrecht ertoe om de verhaalspositie van de fiscus te beschermen tegen misbruik: de overdracht van goederen aan een bevriende derde met behoud van gebruik door de schuldenaar.[173] Dit misbruikaspect is door de jaren heen op de achtergrond geraakt. Met de opkomst van de fiduciaire eigendomsoverdracht in de jaren twintig van de vorige eeuw is het belang van de fiscus bij het bodemrecht verschoven naar het consolideren van zijn bevoorrechte verhaalspositie ten aanzien van het vermogen van de schuldenaar. Waar de figuur van de fiduciaire eigendomsoverdracht als neveneffect had dat de tot zekerheid overgedragen bodemzaken buiten het bereik van het fiscale voorrecht vielen, waarborgde het bodemrecht dat de fiscus zich – met behoud van rang – op deze zaken kon blijven verhalen.[174] Daarmee is de strekking door de jaren heen veralgemeniseerd tot het voorkomen van frustratie van het fiscale voorrecht.[175] Transacties tussen de schuldenaar en een derde die de derde een eigendomsrecht geven of laten voorbehouden dat in de ogen van de fiscus geen 'volwaardig' eigendom meer is, worden als zo'n frustratie gezien. Het bodemrecht waarborgt dat de fiscus zich met behoud van rang op deze eigendom kan (blijven) verhalen.

2.4.3.4 Artikel 22bis Invorderingswet 1990

Per 1 januari 2013 is de verhaalspositie van de fiscus ten aanzien van bodemzaken versterkt, in reactie op in de praktijk tot ontwikkeling gekomen manieren om het bodemvoorrecht en het bodemrecht van de fiscus de loef af te steken. Zo werden bijvoorbeeld met een stil pandrecht bezwaarde bodemzaken in het zicht van faillissement door de pandhouder in

171 Zie, naast de hierna te geven voorbeelden, over deze zes situaties nader: Vetter & Tekstra, *Invordering van belastingen* 2020/1416.

172 Dit ligt slechts anders indien de derde aantoont dat het afnamebeding in de overeenkomst hem geen of slechts een gering profijt oplevert. Aan de afnamebedingregel ligt namelijk 'kennelijk' – zo overweegt de Hoge Raad – de gedachte ten grondslag dat het profijt van de derde aanleiding geeft voor medeverantwoordelijkheid voor de fiscale schuld waarvoor het bodembeslag is gelegd. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2257, r.o. 3.3.3, *NJ* 2019/81, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/Coca-Cola*).

173 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 74; *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 4 (VV) en nr. 5 (MvA); HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, *NJ* 1981/656, m.nt. F.H.J. Mijnssen (*Honeywell Bull/Ontvanger*).

174 HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, *NJ* 1981/656, m.nt. F.H.J. Mijnssen (*Honeywell Bull/Ontvanger*); HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2498, r.o. 3.5, *NJ* 1990/130, m.nt. W.H. Heemskerk (*Gerritse/Ontvanger*).

175 HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2257, r.o. 3.3.2, *NJ* 2019/81, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/Coca-Cola*).

vuistpand genomen (aan de 'bodem' onttrokken) of werd de 'bodem' van de schuldenaar snel verhuurd aan een derde aan wie de exclusieve toegang tot deze bodem werd verleend ('bodemverhuurconstructie').[176] Deze praktijk is ondervangen door de invoering van artikel 22*bis* IW 1990, welke bepaling een mededelingsplicht (lid 2 en 3) en wachttermijn (lid 6) in het leven roept met betrekking tot handelingen (van de schuldenaar of van derden) die bodemzaken van de schuldenaar niet meer laten kwalificeren als bodemzaken. Zo moet een stil pandhouder die de aan hem bezwaarde bodemzaken in vuistpand wil nemen hiervan mededeling doen aan de fiscus (lid 2) en moet hij vervolgens maximaal vier weken wachten tot hij deze handeling mag verrichten (lid 6). Dit geeft de fiscus de gelegenheid om zelf in de tussentijd bodembeslag op deze zaken te leggen (lid 7). Schendt – in dit geval – de pandhouder deze verplichting, dan is hij verplicht tot afdracht van de executiewaarde van de in vuistpand genomen bodemzaken tot maximaal het beloop van de in artikel 22 lid 3 IW 1990 genoemde openstaande vorderingen van de fiscus op de schuldenaar (lid 12).[177] Met andere woorden: het behaalde voordeel van het doorbreken van de rangorde wordt volledig tenietgedaan.

Een aantal gevallen is uitgezonderd van de mededelingsplicht. Dat betreft in de eerste plaats handelingen die worden verricht in de normale uitoefening van het bedrijf of beroep van de schuldenaar (lid 4) en handelingen ten aanzien van bodemzaken met een waarde onder € 10.000 (lid 19 jo. art. 1cj URIW 1990). Ten tweede bevat de Leidraad Invordering 2008 enkele uitzonderingen. Zo is reële eigendom in beginsel vrijgesteld van de mededelingsplicht en hetzelfde geldt indien de bodemzaak met een zuivere objectfinanciering is verkregen (art. 22*bis*.1 Leidraad).

2.4.4 Het UWV

Net als de fiscus neemt ook het UWV een eigen, afwijkende positie in binnen het stelsel van de voorrechten. Het UWV komt in beeld wanneer de werknemers van de schuldenaar zich voor uitbetaling van achterstallig loon tot het UWV wenden met een beroep op de loongarantieregeling (art. 61 e.v. Werkloosheidswet (WW)). Werknemers komen hiervoor in beginsel in aanmerking (onder meer) indien hun werkgever in staat van faillissement is verklaard (art. 61 WW). Deze werknemers hebben dan jegens het UWV aanspraak op *i)* het achterstallige loon over ten hoogste dertien weken voorafgaand aan het einde van hun dienstverband (veelal opzegging door de curator ex art. 40 lid 1 Fw);[178] *ii)* het loon over de eventuele opzegtermijn; en *iii)* het vakantiegeld, de vakantiebijslag en de bedragen die de werkgever in verband met de arbeidsovereenkomst aan derden is verschuldigd (met name de pensioen- en socialeverzekeringspremies), over ten hoogste het jaar onmiddellijk

176 Zie (bijv.) Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 31.7.

177 Dit geldt ook indien de schuldenaar een verpande bodemzaak zelf, zonder de vereiste mededeling of inachtneming van de wachttermijn, verkoopt en de opbrengst vervolgens gebruikt ter aflossing van zijn krediet bij de pandhouder. De schending van de mededelings- of wachtverplichting door de schuldenaar wordt dan beschouwd als een schending van de betreffende verplichting door de pandhouder, zo volgt uit het slot van lid 9. Zie hierover kritisch nader Van den Berg, *FIP* 2024/44.

178 Op de curator rust namelijk de verantwoordelijkheid om een beroep op de loongarantieregeling zoveel mogelijk te beperken. Dat houdt onder meer in dat hij de bij intreden van het faillissement nog lopende arbeidsovereenkomsten met werknemers van de gefailleerde tegen een zo vroeg mogelijke datum opzegt. CRvB 27 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI5948, r.o. 4.2, *RSV* 2009/192. Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/6.7.3.3.

voorafgaand aan het einde van het dienstverband (art. 64 lid 1 WW).[179] De hoogte van de uitkering is gemaximeerd op anderhalf keer het maximumpremieloon (art. 64 lid 4 en 5 WW). Per 1 januari 2024 is deze maximumuitkering € 8.953,50 bruto per maand.[180]

De uitbetaling van deze bedragen leidt ertoe dat het UWV, conform artikel 66 lid 1 WW, subrogeert in de vorderingen die zij voor de werkgever voldoet. Anders gezegd: deze vorderingen gaan door die voldoening van rechtswege over op het UWV. Het UWV verkrijgt daarmee tevens de bij die vorderingen behorende nevenrechten (art. 6:142 lid 1 BW). Zo gaan de aan die vorderingen verbonden voorrechten dus ook mee over. Het UWV neemt dus als het ware de verhaalspositie van de voldane schuldeiser over.

Dit betekent dat ten aanzien van de uitkering aan de werknemer over de periode *vóór* intreden van het faillissement het UWV (conform art. 66 lid 1 WW) de hiermee voldane loonvordering(en) mét het daaraan verbonden voorrecht van artikel 3:288 sub e BW verkrijgt. Dit geldt in vergelijkbare zin ook voor de in dit verband afgedragen pensioenpremie. Het UWV verkrijgt de vorderingen inzake zowel het werknemersdeel als het werkgeversdeel van de pensioenpremie, waarbij alleen aan de vordering inzake het werknemersdeel het voorrecht van artikel 3:288 sub e BW is verbonden (zie hiervoor, § 2.4.2.2).[181] Met betrekking tot de vorderingen uit de door het UWV aan de fiscus af te dragen looncomponenten, is de regeling minder duidelijk. Voor één looncomponent geeft artikel 66 WW een specifieke regeling met een eigen voorrangsregel. De aan de fiscus afgedragen socialeverzekeringspremies (volks- en werknemersverzekeringen) verhaalt het UWV op de werkgever, zo schrijft het tweede lid voor. Onduidelijk is of dit betekent dat een nieuw verhaalsrecht, een regresvordering, in het leven wordt geroepen of dat dit een nadere uitwerking is van de subrogatie in het eerste lid. Het derde lid wijst in de richting van het eerste alternatief, het ontstaan van een nieuw verhaalsrecht. Dit lid schrijft namelijk expliciet voor dat aan deze vordering(en) voorrang is verbonden, te weten hetzelfde voorrecht dat de fiscus toekomt bij verhaal wegens deze premies.[182] Althans, dit is wat de wetgever met dit derde lid heeft *beoogd* te regelen.[183]

> Het is de vraag of dit beoogde doel daadwerkelijk wordt bereikt. Met betrekking tot deze vorderingen komt aan de fiscus het fiscaal voorrecht toe, aangezien de regels inzake de invordering van loonbelasting van overeenkomstige toepassing worden verklaard (art. 60 lid 2 en 3 Wfsv). Dat betekent dat de fiscus op de bodemzaken het bodemvoorrecht toekomt en dat hij op de andere goederen het algemene fiscale voorrecht heeft. Artikel 66 lid 3 WW geeft aan het UWV evenwel alleen het laatstgenoemde voorrecht: de vorderingen

179 Zie voor een gedetailleerde uitwerking van deze drie componenten van de loongarantieaanspraak Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4)* 2024/8.10.

180 Ontleend aan het maximumpremieloon zoals opgenomen in art. 3 Regeling tot vaststelling premiepercentages werknemers- en volksverzekeringen, maximumpremieloon werknemersverzekeringen en opslag kinderopvangtoeslag 2024 (*Stcrt.* 2023, 31686): € 71.628 voor een loontijdvak van een jaar.

181 Zie ook Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4)* 2024/8.12.

182 Immers, indien het UWV krachtens art. 66 lid 1 WW subrogeert in de rechten van de fiscus jegens de werkgever, dan gaat het fiscale voorrecht als nevenrecht automatisch mee over op het UWV (art. 6:142 lid 1 BW). Een aparte bepaling die deze voorrang expliciet aan de overgegane vordering verbindt, is dan overbodig.

183 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 58 (MvT).

> zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever en nemen rang boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van artikel 3:287, 3:288 sub a en artikel 3:284 BW.

Voor wat betreft de overige looncomponenten die door het UWV aan de fiscus worden afgedragen – de loonbelasting en de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet[184] – geeft artikel 66 lid 2 WW geen specifieke regels. Dat betekent dat de hoofdregel geldt: het UWV verkrijgt deze vorderingen via artikel 66 lid 1 WW en aan deze vorderingen is het fiscale voorrecht, met op bodemzaken het bodemvoorrecht, van artikel 21 IW 1990 verbonden.[185]

> Daarmee ontstaat de indruk dat artikel 66 lid 2 en 3 WW ongelukkig zijn geformuleerd. De wetgever heeft getracht op deze plaats het geldende recht weer te geven, maar is hierin onzuiver geweest en heeft zo een inconsistentie gecreëerd. Het lijkt mij dan ook verdedigbaar dat ook ten aanzien van de vorderingen uit afgedragen premies volks- en werknemersverzekeringen aan het UWV het bodemvoorrecht toekomt. Ik zie in ieder geval geen goede grond voor een verschil in behandeling van de vorderingen uit de aan de fiscus afgedragen looncomponenten.

Voor wat betreft de vorderingen van het UWV uit uitkeringen van loon en met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden over de periode *na* intreden van het faillissement van de werkgever, is de wet overzichtelijker. Deze vorderingen kwalificeren als boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw jo. art. 66 lid 1 resp. 2 WW).

Het UWV heeft derhalve voor zijn vorderingen uit de loongarantieregeling verschillende voorrangsposities in de rangorde bij verhaal op de goederen van de gefailleerde werkgever, die steeds zijn afgeleid van de voorrangspositie van de oorspronkelijke schuldeiser van die vordering(en).

2.4.5 De andere in de wet aangegeven gronden

Op grond van artikel 3:278 lid 1 BW vloeit voorrang – naast pand, hypotheek en voorrecht – ook voort uit 'de andere in de wet genoemde gronden'. De wet kent dus, ook buiten de context van de voorrechten, aan bepaalde categorieën schuldeisers rechtstreeks een voorrangspositie toe. Drie gronden springen het meest in het oog en zullen in het navolgende nader worden uitgewerkt.

---

184 De fiscus is ex art. 48 Zvw belast met de heffing van deze bijdrage en de heffing vindt ex art. 49 lid 1 Zvw plaats met overeenkomstige toepassing van de voor de heffing van loonbelasting geldende regels. Dat betekent aldus dat de Invorderingswet op deze heffing van overeenkomstige toepassing is.

185 Dit roept de vervolgvraag op of het UWV met deze vorderingen meer ontvangt dan alleen dit voorrecht, namelijk ook de bijzondere bevoegdheden die de fiscus ten aanzien van deze vorderingen op grond van de Invorderingswet heeft. Het is voorstelbaar dat hier aansluiting gezocht dient te worden bij art. 57 IW 1990, die de subrogatie door een medeaansprakelijke beperkt tot het fiscale (bodem)voorrecht. Ik laat deze vraag hier verder rusten. Zie nader Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht* 2017, par. 6.4 en Vetter & Tekstra, *Invordering van belastingen* 2020/403.

2.4.5.1 Artikel 3:264 lid 7 BW

Artikel 3:264 lid 7 BW ziet op de positie van een huurder of pachter die zijn huur- respectievelijk pachtrecht met betrekking tot een met een hypotheek bezwaarde onroerende zaak verliest door executie van deze zaak door de hypotheekhouder. Dit behoeft nadere toelichting. In beginsel geldt de regel 'koop breekt geen huur' ex artikel 7:226 lid 1 en 2 BW: bij overdracht van het gehuurde gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst over op de verkrijger, ook als de overdracht door de schuldeiser van de verhuurder (in dit geval de hypotheekhouder) wordt bewerkstelligd.[186] Bij de vestiging van een hypotheekrecht wordt evenwel vrijwel standaard een zogenoemd 'huurbeding' opgenomen, dat – bij succesvolle inroeping jegens de huurder – de hypotheekhouder de bevoegdheid geeft de huurovereenkomst te vernietigen (art. 3:264 lid 2 BW).[187]

Verliest de huurder (of pachter) op deze wijze zijn recht, dan schrijft het zevende lid van artikel 3:264 BW voor dat zijn schadevergoedingsvordering jegens zijn verhuurder (of verpachter) bij voorrang op de netto-opbrengst van de geëxecuteerde zaak kan worden verhaald. Hij neemt rang direct na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, zijnde (in elk geval) de hypotheekhouder. Deze schadevergoedingsvordering betreft een volledige schadevergoeding, zoals geldt volgens de algemene regels van het schadevergoedingsrecht.[188]

Wanneer de executie plaatsvindt door uitoefening van het recht van separatisme door de hypotheekhouder, dan 'lift' de huurder (of pachter) mee op deze separatistenpositie. Conform artikel 182 lid 1 Fw blijft het hem toekomende bedrag namelijk buiten de omslag in de algemene faillissementskosten. Dat betekent ook dat hij uit eigen hoofde, buiten de boedel om, voor zijn recht kan opkomen bij de verdeling van de executieopbrengst.[189]

Voorgaande voorrangsregel is problematisch indien de onroerende zaak meermaals met een hypotheek (bevattende een huurbeding) is bezwaard en daarna is verhuurd. Indien de eersterangs hypotheekhouder met succes het huurbeding inroept en dan 'vrij van huur' executeert, neemt de schadevergoedingsvordering van de huurder dan ook rang vóór de vordering van tweede hypotheekhouder? In de literatuur lopen de opvattingen hierover uiteen. Huijgen pleit vasthoudend voor de opvatting dat de huurder voorgaat op de tweede hypotheekhouder, met als kernargument dat het huurbeding conform artikel 3:264 lid 2 BW relatieve werking heeft: het beding werkt slechts ten behoeve van degene die het inroept.[190] Tegenover de niet-executerende hypotheekhouders wordt de onroerende zaak dan nog steeds als verhuurd beschouwd en dat brengt de

186 Zie met betrekking tot pacht in gelijke zin art. 7:361 BW. Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/572.

187 Zie hierover nader: Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 27.3.

188 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/378. Van Mierlo en Krzemiński noemen in dit verband verhuiskosten en herinrichtingskosten als mogelijke, voor vergoeding in aanmerking komende schadeposten.

189 Voor de vordering van de beperkt gerechtigden ex art. 3:282 BW is dit expliciet geregeld in art. 57 lid 2 Fw. Voor de huurder en pachter lijkt dit per abuis niet te zijn geregeld. Mogelijk is dit over het hoofd gezien, aangezien de positionering buiten de omslag in de algemene faillissementskosten bij de invoering van het NBW op het laatste moment (bij bezemwet) aan de Faillissementswet is toegevoegd. Aldus ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3462.

190 Huijgen, *WPNR* 1996/6223, p. 363. Huijgen, *Hypotheek (Mon. BW nr. B12b)* 2023/26.

schadevergoedingsvordering wegens de ontruiming in rang boven de vorderingen van deze hypotheekhouders.[191] Daarmee wijkt deze voorrangspositie dan overigens af van de vergelijkbare voorrangspositie die het hierna te bespreken artikel 3:282 BW creëert. Waar laatstgenoemde bepaling aansluit bij de prioriteitsregel (alle eerdere absolute aanspraken prevaleren), laat artikel 3:264 lid 7 jo. lid 2 BW – in Huijgens opvatting – de *latere* aanspraak van de huurder juist prevaleren.[192] Auteurs als Van Ingen, Kleijn, Heyman, Fesevur en Albert-Dingemans hebben Huijgens opvatting op diverse gronden bestreden.[193] Huijgen voorziet de tweede hypotheekhouder evenwel van een praktisch advies. Als hij bij een dreigende executie de vordering van de eerste hypotheekhouder voldoet, kan hij het verbonden goed vervolgens zelf executeren en daarbij (voor beide hypotheken) het huurbeding tegen de huurder inroepen.[194]

Voor de reden voor deze in 1992 ingevoerde voorrangspositie moet worden teruggegrepen op de parlementaire geschiedenis rondom de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, specifiek de beraadslagingen rondom het huurbeding. Waar onder het oude recht een latere huurder in principe niet werd beschermd tegen een in een hypotheekakte neergelegd huurbeding (art. 1230 OBW),[195] wordt vanaf het eind van de jaren zeventig gedurende parlementaire beraadslagingen de politieke wens zichtbaar om huurders – als de in het algemeen zwakkere partij die bovendien gewoonlijk de openbare registers niet zal onderzoeken op de aanwezigheid van huurbedingen[196] – uit sociale overwegingen meer in bescherming te nemen.[197] Deze voorrangsregel is daarbij het product van een belangenconflict tussen enerzijds het belang van de huurder om te worden beschermd tegen ontruiming en anderzijds andere belangen van volkshuisvesting, in het bijzonder de financierbaarheid van woon- en bedrijfsruimte.

> Van een rechttoe-rechtaan-invoering van deze voorrangsregel is evenwel geen sprake. De bescherming van de huurder werd aanvankelijk – in het Ontwerp van de Invoeringswet (1982) – vormgegeven door het huurbeding slechts inroepbaar te maken tegen bepaalde latere huurders, deze inroepbaarheid bij de huur van woonruimte te verbinden aan verlof door de voorzieningenrechter (met daaraan verbonden een door de rechter vast te stellen ontruimingstermijn van maximaal één jaar) en door vast te leggen dat de hypotheekgever aansprakelijk is jegens de huurder indien het beding met succes wordt ingeroepen.[198] Deze bepalingen worden evenwel in 1983 door minister Korthals Altes uit de voorgestelde invoeringswet geschrapt. Aanvankelijk is de gedachte hierbij dat 'deze lastige afweging tussen de belangen van hypotheekhouders en kredietbehoevende eigenaren enerzijds en huurders anderzijds' beter in een afzonderlijk wetsontwerp aan het parlement kan worden voorgelegd, maar later ziet de minister van een dergelijk wetsvoorstel af omdat de voordelen voor de huurders niet zouden opwegen tegen de aan de bescherming verbonden

191 Huijgen, *WPNR* 1996/6223, p. 363.
192 Huijgen, *WPNR* 1996/6223, p. 363-364.
193 Zie voor een overzicht van het debat, met verwijzing naar de bijdragen van de genoemde auteurs: Westrik, *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding* 2001, p. 172-177.
194 Hij wordt dan immers gesubrogeerd in de rechten van de eerste hypotheekhouder (art. 6:150, aanhef en onder c, BW). Huijgen, *Hypotheek (Mon. BW nr. B12b)* 2023/26.
195 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1373.
196 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1365.
197 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 817-818.
198 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1354-1356.

nadelen voor de financierbaarheid van koopwoningen.[199] Binnen deze context wordt in 1985 door de minister op aanbeveling van de Nederlandse Vereniging van de Rechtspraak de voorrangsregel in de voorgestelde invoeringswet geïntroduceerd. De voorrangsregel is bedoeld als tussenmaatregel hangende de verdere beraadslagingen over de 'voorlopig afgevoerde' beschermingsbepalingen: de tot ontruiming gedwongen huurder (in principe *alle* latere huurders) wordt financieel gecompenseerd door hem in rang gelijk te stellen aan de gewezen beperkt gerechtigde uit (het eveneens voorgestelde) artikel 3:282 BW (zie hierna, § 2.4.5.2).[200]

De voorrangsregel is evenwel geenszins een tussenmaatregel gebleken. Bij amendement van de Kamerleden Salomons (PvdA) en Van der Burg (CDA) werden de eerder afgevoerde beschermingsbepalingen vanuit de Kamer opnieuw aan de ontwerpwet toegevoegd en daarbij wordt de voorrangsregel voor de tot ontruiming gedwongen huurder – die gepositioneerd naast de beschermingsbepalingen wel een beperkter bereik heeft gekregen[201] – behouden.[202] Over de ratio van de voorrangsregel in deze nieuwe rol wordt evenwel niet meer gesproken. Het debat spitst zich toe op de meer algemene weging van de eerdergenoemde belangen, waarna het amendement ondanks bezwaren van de minister wordt aangenomen.[203] Dit is verrassend, omdat bij latere huur van woonruimte nu sprake is van dubbele bescherming zonder dat dit uitdrukkelijk in de toelichting en beraadslagingen naar voren komt: voor ontruiming is verlof van de voorzieningenrechter nodig, bij welk verlof voorts een ontruimingsvrije periode van maximaal één jaar wordt vastgesteld (leden 5 en 6, de 'oude' beschermingsbepalingen), en daarbovenop is de schadevergoedingsvordering van die huurder bijzonder hoog gerangschikt bij verhaal op de verkoopopbrengst van het gehuurde (de tussenmaatregel).

Het is een gemiste kans dat een goede motivering en weging van deze bijzonder hoge voorrangspositie als *aanvullende* huurdersbescherming ontbreekt. Zij lijkt door de opstellers van het amendement als 'bijvangst' te zijn meegenomen en is vervolgens zonder een echt inhoudelijk debat aan de regeling toegevoegd. Ook bij de nog benodigde wijziging van de voorgestelde tekst van artikel 182 Fw wordt hierover niet gesproken. De wijziging wordt met een bezemwet afgedaan, vergezeld met summiere toelichting: 'Aanpassing aan het bij amendement ingevoegde artikel 3.9.4.8 [3:264, RvU] lid 7'.[204]

2.4.5.2 Artikel 3:282 BW

Artikel 3:282 BW voorziet in een voorrangspositie die enigszins vergelijkbaar is met de voorrangspositie van de huurder of pachter van artikel 3:264 lid 7 BW. Wanneer door executie van een goed een beperkt genotsrecht vervalt omdat het niet kan worden ingeroepen tegen een pand- of hypotheekhouder of een beslaglegger op het goed, dan krijgt de beperkt gerechtigde een voorrangspositie ten aanzien van zijn schadevergoedingsvordering (lid 1). Deze vordering wordt gefixeerd op de waarde van het vervallen

199 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1356-1358.
200 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1360-1361.
201 Immers, die beschermingsbepalingen leiden ertoe dat een huurbeding nog maar tegen een deel van de latere huurders kan worden ingeroepen.
202 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1362.
203 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1363-1373.
204 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw* 1992, p. 425-426.

beperkte recht ten tijde van de executie, getaxeerd naar de fictie dat dit beperkte recht bij de executie in stand zou zijn gebleven. Dat maakt de vergoeding beperkter dan de hiervoor besproken volledige schadevergoeding ex artikel 3:264 lid 7 BW.[205]

Ook deze voorrangspositie neemt rang direct na de vorderingen van hen tegen wie de beperkt gerechtigde zijn recht niet kan inroepen (lid 1). Deze voorrangspositie is bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 op billijkheidsgronden geïntroduceerd.[206] Ter motivering wordt daarbij het volgende voorbeeld gegeven:

> 'Wanneer op een goed b.v. achtereenvolgens een eerste hypotheek, een beperkt genotsrecht en een tweede hypotheek zijn gevestigd, kan de eerste hypotheekhouder het goed onbezwaard executeren, de tweede hypotheekhouder kan dit echter slechts onder de last van het genotsrecht. Zou de eerste hypotheekhouder tot executie overgaan, dan zou zonder een regel als de onderhavige de tweede hypotheekhouder ten onrechte profiteren van het feit dat het goed door de executie in onbezwaarde toestand meer opbrengt dan hijzelf bij executie van het (bezwaarde) goed had kunnen verkrijgen, en zulks ten koste van de beperkt gerechtigde wiens recht hij in beginsel heeft te eerbiedigen en die wellicht geen of onvoldoende verhaal voor het verlies van zijn recht op de hoofdgerechtigde kan nemen.'[207]

Het billijkheidsargument ligt dan ook in de bescherming tegen een posterieur pand- of hypotheekrecht en daarmee in de waarborging van de prioriteitsregel: anterieure beperkte rechten – of dit nu genots- of zekerheidsrechten zijn – komen in rang voor posterieure beperkte rechten.

Daarnaast geldt ook hier dat bij executie door een separatist, de aan de beperkt gerechtigde uit te keren vergoeding buiten de omslag in de algemene faillissementskosten blijft (art. 182 lid 1 Fw). De beperkt gerechtigde kan daarbij uit eigen hoofde, buiten de boedel om, in de verdeling van de executieopbrengst opkomen (art. 57 lid 2 Fw). Ook deze positie is in 1992 geïntroduceerd, als uitwerking van artikel 3:282 BW.[208] Ter motivering wordt in de toelichting bij de wijziging van artikel 57 Fw erop gewezen dat in de boedel slechts de blote eigendom van het bezwaarde goed valt:

> 'Men denke bij voorbeeld aan een vruchtgebruik dat na de hypotheek uit hoofde waarvan wordt geëxecuteerd, maar vóór de faillietverklaring op de geëxecuteerde zaak is gevestigd. In de boedel valt slechts de blote eigendom van de zaak. De boedel behoort derhalve niet ten koste van de vruchtgebruiker te kunnen profiteren van het deel van de opbrengst dat is verkregen, doordat de hypotheekhouder – anders dan de curator had kunnen doen – onbezwaard met het vruchtgebruik heeft mogen verkopen.'[209]

Dit wordt vervolgens bevestigd in de toelichting bij de wijziging van artikel 182 lid 1 Fw:

> 'Hun recht behoorde niet tot de boedel. Er is daarom geen reden om hen in de algemene faillissementskosten te doen delen.'[210]

---

205 *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI* 2020/378.
206 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 826 (TM).
207 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 859 (MvA II).
208 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw* 1992, p. 403 (MvT Inv.).
209 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw* 1992, p. 403 (MvT Inv.).
210 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw* 1992, p. 425 (MvT Inv.).

Artikel 3:282 BW is 1 januari 2017 voorzien van een tweede lid dat voor de huurkoper een vergelijkbare voorrangspositie in het leven roept. De huurkoper van een onroerende zaak of een bestanddeel daarvan die zijn recht niet kan inroepen tegen een executerende hypotheekhouder of beslaglegger, verkrijgt voor de vergoeding van de schade die hij door de executie lijdt een voorrangsrecht dat rang neemt direct na de vorderingen van hen tegen wie hij zijn recht niet kan inroepen. De ratio van deze voorrangspositie ligt in de goederenrechtelijke aanspraak van de huurkoper. Hoewel deze aanspraak door de executie verloren gaat, dient de aan deze aanspraak verbonden bescherming te worden doorgezet.[211] Bij deze uitbreiding van artikel 3:282 BW lijkt de wetgever over het hoofd te hebben gezien om de huurkoper ook op te nemen in de in artikel 182 lid 1 Fw genoemde uitzonderingen op de omslag in de algemene faillissementskosten. Een goede reden voor een afwijkende behandeling van de huurkoper is evenwel niet te bedenken. Het ligt daarom voor de hand dat ook de huurkoper buiten de omslag dient te worden gehouden.[212]

Een samenloop van schuldeisers die verrassend genoeg volledig buiten beeld lijkt te zijn gebleven is die van de voorrangsposities van artikel 3:264 lid 7 en artikel 3:282 BW onderling. De door de wet toegekende rang van drie verschillende verhaalsrechten is immers gelijk: onmiddellijk na de vorderingen van hen tegen wie het verloren recht niet kan worden ingeroepen. De algemene regels van het verhaalsrecht geven daarbij geen eigen rangorderegels voor een samenloop van deze 'andere in de wet aangegeven gronden' van voorrang en ook de wetsgeschiedenis zwijgt over deze samenloop. Hoe dient deze samenloop dan te worden beslecht?

Met betrekking tot een samenloop van vorderingen uit vervallen beperkte genotsrechten (art. 3:282 lid 1 BW) ligt het voor de hand om de prioriteitsregel toe te passen in de verdeling. Immers, bij meerdere goederenrechtelijke rechten op hetzelfde goed geldt de prioriteitsregel en de bewoordingen van artikel 3:282 lid 1 BW sluiten hier ook op aan ('voorrang onmiddellijk na […] degenen tegen wie hij zijn recht niet kan inroepen').

Bij een samenloop van schadevergoedingsvorderingen van huurders (art. 3:264 lid 7 BW) geldt de prioriteitsregel niet, aangezien het huurrecht van de huurder geen goederenrechtelijk recht is. Volgens Steneker dient bij deze samenloop aansluiting te worden gezocht bij artikel 3:281 lid 1 BW.[213] Net als bij een samenloop van meerdere bijzondere voorrechten op een goed moeten de vorderingen van de huurders onderling als van gelijke rang worden beschouwd. Dit sluit ook aan bij de hoofdregel van artikel 3:277 lid 1 BW: zonder andersluidende regel staan schuldeisers onderling in gelijke rang.

Voor een samenloop van beide voorrangsposities voorziet artikel 7:226 lid 1 BW in een aanknopingspunt. De overdracht en de vestiging van een beperkt genotsrecht op een verhuurde zaak kunnen niet aan de huurder worden tegengeworpen. Een posterieur gevestigd recht van vruchtgebruik kan dan ook niet tegen de huurder worden ingeroepen. Dat rangschikt de vruchtgebruiker op grond van artikel 3:282 lid 1 BW achter de anterieure huurder. Omgekeerd levert een anterieur beperkt genotsrecht op een zaak die posterieur wordt verhuurd, een sterker recht op dan het posterieure recht van de huurder. Immers, het beperkte genotsrecht heeft – als goederenrechtelijk recht – absolute werking en gaat

211 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 442, nr. 3, p. 46.
212 *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2019/750.
213 *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2019/749.

aldus in beginsel voor op het persoonlijke recht van de huurder.[214] Dit leidt voor deze samenloop tot een rangorderegel op basis van prioriteit: het eerdere recht neemt rang boven het latere recht.[215]

> Het samenspel van de voorgaande rangorderegels levert evenwel niet in alle gevallen een sluitende staat van verdeling op. Denkbaar is de situatie waar een perceel met woning achtereenvolgens is bezwaard met een hypotheekrecht met huurbeding, is bezwaard met een recht van vruchtgebruik, is verhuurd, nogmaals is bezwaard met een recht van vruchtgebruik en vervolgens nogmaals is verhuurd. In deze samenloop van vorderingen leidt de combinatie van prioriteit (tussen de rechten van vruchtgebruik onderling en in hun verhouding tot de huurders) en pariteit (tussen de huurders onderling) tot met elkaar botsende voorrangsposities. Zo staat de tweede huurder in gelijke rang met de eerste huurder, terwijl hij tegelijkertijd – anders dan de eerste huurder – rangschikt na beide rechten van vruchtgebruik. Een pragmatische oplossing hiervoor is om ook de vorderingsrechten van de huurders onderling op basis van prioriteit te rangschikken, maar ik zie hiervoor geen goede inhoudelijke grond.[216] Als alternatief is denkbaar dat eerst een rangschikking naar prioriteit wordt aangehouden, waarna de twee huurders vervolgens onderling naar pariteit delen in de uitkering waarop zij elk via die prioriteitsrangschikking recht zouden hebben.

2.4.5.3 Artikel 3:292 BW

Ook aan het retentierecht is potentieel een voorrangspositie verbonden. Wanneer een schuldeiser een retentierecht uitoefent – hij schort ex artikel 3:290 BW zijn verplichting tot afgifte van een zaak van zijn schuldenaar op totdat zijn vordering jegens de schuldenaar wordt voldaan – dan is dit niet slechts een recht dat inroepbaar is jegens de schuldenaar in kwestie. Het retentierecht is mede inroepbaar jegens derden met een recht op de zaak dat later is verkregen dan het moment waarop de vordering van de retentor is ontstaan en de zaak in zijn macht is gekomen (art. 3:291 lid 1 BW). Bovendien is het retentierecht ook inroepbaar tegen derden met een ouder recht, mits de vordering van de retentor voortkomt uit een overeenkomst die de schuldenaar met betrekking tot de zaak bevoegd was aan te gaan of althans de retentor geen reden had om aan die bevoegdheid te twijfelen (art. 3:291 lid 2 BW).[217] Artikel 3:292 BW verbindt voorts een voorrangspositie aan het verhaalsrecht van de retentor: de retentor kan zijn vordering op de zaak verhalen met voorrang boven iedereen tegen wie (ex art. 3:291 BW) het retentierecht kan worden ingeroepen.[218]

De voorrangspositie van de retentor wordt voorts bij een tussentijds intredend faillissement van zijn schuldenaar gekleurd door het handelen van de curator. De curator heeft namelijk conform artikel 60 lid 2 Fw de keuze het retentierecht – dat ex artikel 60 lid 1 Fw faillissementsbestendig is – te 'lossen' (door betaling van de vordering van de retentor) dan wel de teruggehouden zaak op te eisen en te verkopen. Kiest de curator voor opeising,

214 *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2021/25 en 32.
215 Vgl. De Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht (AN nr. 167)* 2018/9.3.1, p. 222.
216 Vgl. Huijgen, *Hypotheek (Mon. BW nr. B12b)* 2023/26.
217 Zie hierover nader: Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/728.
218 Overigens verbindt art. 3:292 BW ook een verhaalsrecht op de teruggehouden zaak aan het retentierecht, hetgeen evenwel slechts relevant is voor het geval dat de teruggehouden zaak eigendom is van een derde. Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/729.

dan behoudt de retentor zijn voorrang op de zaak, maar dan worden ex artikel 182 lid 1 Fw wel eerst de algemene faillissementskosten omgeslagen over de executie-opbrengst. De retentor kan evenwel het heft in eigen hand nemen door de curator ex artikel 60 lid 3 Fw een redelijke termijn te stellen om tot opeising (dan wel lossing) over te gaan. Indien de curator de zaak niet binnen deze termijn verkocht krijgt, dan verkrijgt de retentor een aan een separatist gelijke positie: hij mag de teruggehouden zaak zelf door parate executie verkopen en hij mag zich vervolgens in rang boven de algemene faillissementskosten op de executie-opbrengst verhalen (art. 182 lid 1 Fw).

2.5 Rangorde onder de WHOA

De hiervoor uitgewerkte rangorderegels komen in een ander daglicht te staan indien een schuldenaar bij dreigende insolventie overgaat tot de voorbereiding van een akkoord om zijn schulden te herstructureren. Sinds de invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA, opgenomen in art. 369 e.v. Fw) per 1 januari 2021 is hiervoor een wettelijke procedure beschikbaar.[219] In deze WHOA-procedure bereidt de schuldenaar een akkoord voor waarin aan de schuldeisers en/of aandeelhouders een wijziging van hun rechten (veelal een verlaging van de schuldenlast) wordt voorgelegd.[220] Zij dienen over dit akkoord te stemmen. Uniek aan de WHOA-procedure is dat ook de tegenstemmers onder omstandigheden aan het akkoord kunnen worden gebonden.[221] Na de stemming kan een akkoord namelijk ter homologatie worden voorgelegd aan de rechter. De rechter zal in deze procedure kort gezegd nagaan of het redelijk is de tegenstemmers aan het akkoord te binden. Homologeert de rechter het akkoord, dan 'verkleurt' het tot een dwangakkoord waaraan alle in het akkoord betrokken schuldeisers zijn gebonden.

Een WHOA-procedure voorziet dus in een extra methode om problematische schulden af te wikkelen en vormt daarmee een alternatief voor het faillissement. Dit volgt ook uit de twee manieren waarop een WHOA-procedure kan worden gebruikt: een WHOA-akkoord kan gericht zijn op het afwenden van een dreigend faillissement van een in de kern levensvatbare onderneming (een reorganisatieakkoord) of op het zonder faillissement beëindigen van de onderneming (een saneringsakkoord).[222] Centraal staat hierbij de verdeling van de met het akkoord te behalen waarde (de reorganisatiewaarde) onder de schuldeisers.

---

219 De WHOA dient mede ter implementatie van de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/1023). Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36 040, nr. 3, p. 2 en 19.

220 In deze paragraaf beperk ik mij tot de wijziging van de rechten van schuldeisers. De wijziging van de rechten van aandeelhouders laat ik buiten beschouwing. Buiten beschouwing blijven ook de buiten de WHOA vallende schulden: de rechten van werknemers uit hun arbeidsovereenkomst met de schuldenaar (art. 369 lid 4 Fw) en de vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen voor achterstallige pensioenpremies. HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, *NJ* 2022/150, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering*).

221 Voor de invoering van de WHOA was dit slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk, namelijk indien de weigering van een schuldeiser om in te stemmen met een buitengerechtelijk schuldeisersakkoord kwalificeerde als misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Zie bijv. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *NJ* 2017/466, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mondia/curatoren V&D c.s.*).

222 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5.

De WHOA-procedure kent een eigen verdelingssystematiek, die afwijkt van de normaal geldende rangorderegels. Dit hangt samen met de aard van een akkoord. Een akkoord is primair een methode voor de schuldenaar om overeenstemming met zijn schuldeisers te bereiken over de wijziging van hun vorderingsrechten. Aldus geldt hier in beginsel de contractsvrijheid. Zolang alle schuldeisers instemmen, kan in principe elke vorm van verdeling worden afgesproken. Partijen zijn daarbij niet gebonden aan de hiervoor beschreven rangorderegels. Bij een WHOA-akkoord is deze contractsvrijheid wel beperkt en die beperking neemt toe naarmate het akkoord meer het karakter van een dwang-akkoord krijgt.

De verdeling verloopt via de indeling van de in het akkoord betrokken schuldeisers in klassen. Elke klasse krijgt onder het akkoord een eigen aanbod en de stemming over het akkoord vindt ook per klasse plaats. Een klasse wordt daarbij als instemmende klasse beschouwd, indien twee derde deel van de stemmen binnen een klasse – berekend op basis van het bedrag aan vorderingen dat de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigen – met het akkoord instemt (art. 381 lid 7 Fw).

Bij de klassenindeling gaat het erom de schuldeisers te verdelen in min of meer homogene groepen. Hierbij zijn de normaal geldende rangorderegels leidend. Zo dienen schuldeisers in verschillende klassen te worden ingedeeld, indien zij bij de vereffening in een faillissement aanzienlijk verschillende rechten zouden hebben (art. 374 lid 1 Fw). Dit komt ook terug bij de indeling van pand- en hypotheekhouders. Hun vorderingen dienen in beginsel te worden gesplitst op basis van de rang die de vorderingsdelen bij faillissement van de schuldenaar zouden innemen, en dienen alzo over meerdere klassen te worden verdeeld (art. 374 lid 3 Fw). Schuldeisers moeten daarnaast ook in verschillende klassen worden ingedeeld, indien hun rechten in faillissement weliswaar hetzelfde zouden zijn, maar zij onder het akkoord toch aanzienlijk verschillende rechten krijgen aangeboden (art. 374 lid 1 Fw). Verder geldt een speciale regel voor de 'kleinere' concurrente schuldeisers. Dit betreft kleinere mkb-schuldeisers (inclusief zzp'ers en eenmanszaken)[223] met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad, alsook natuurlijke personen zonder onderneming met een vordering uit onrechtmatige daad.[224] Zij dienen in één of meer aparte klassen te worden ingedeeld als zij onder het akkoord een uitkering of recht van minder dan 20% van hun vordering krijgen aangeboden (art. 374 lid 2 Fw).

Na de stemming zal het akkoord in veel gevallen ter homologatie aan de rechter worden voorgelegd. Dit is mogelijk indien minimaal één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd. Deze klasse moet bestaan uit schuldeisers die in een faillissement een uitkering tegemoet zouden zien (art. 383 lid 1 Fw).[225] Deze homologatieprocedure bevat waarborgen met betrekking tot de inhoud van het akkoord, waarvan een aantal is gericht op de verdeling van de met het akkoord te behalen waarde.

223 De wettekst (van art. 374 lid 2 Fw) bakent deze groep af tot ondernemingen die in het jaarrekeningenrecht als micro- of kleinbedrijf worden aangemerkt (art. 2:395a en 2:396 BW) of waarbij maximaal vijftig personen werkzaam zijn (feitelijk of volgens opgave in het Handelsregister).

224 Zo volgt uit de toelichting op deze regel in *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2-3. In de wettekst komt dit evenwel niet goed tot uitdrukking.

225 Tenzij het de verwachting is dat bij faillissement aan geen enkele schuldeiser een uitkering kan worden gedaan.

Indien alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, is de rechterlijke toets op dit punt beperkt. De rechter zal ambtshalve toetsen of de klassenindeling aan de hiervoor beschreven eisen voldoet (art. 384 lid 2, aanhef en onder c, Fw). Daarnaast dient het akkoord in beginsel de waarde zodanig te verdelen dat geen enkele schuldeiser slechter af is dan bij een vereffening in het faillissement van de schuldenaar. De rechter beoordeelt dit op verzoek van een tegenstemmende (of ten onrechte niet tot de stemming toegelaten) schuldeiser (art. 384 lid 3 Fw). De wettekst suggereert daarbij dat er situaties zijn waar de rechter een akkoord desalniettemin kan homologeren, maar dit wordt in de wetsgeschiedenis niet verder uitgewerkt.[226]

Indien niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, dan is de homologatie ingrijpender van aard en neemt de vrijheid bij het vormgeven van het akkoord verder af. De wet voorziet in een aantal extra gronden, neergelegd in artikel 384 lid 4 Fw, die een tegenstemmende (of ten onrechte niet tot de stemming toegelaten) schuldeiser uit een tegenstemmende klasse kan inroepen om de homologatie tegen te houden. Ik licht in dit verband de twee gronden uit die betrekking hebben op de verdeling van de waarde. Deze gronden laten zich vertalen tot de volgende verdelingsregels, waarvan aldus slechts mag worden afgeweken met instemming van de klasse die hierdoor wordt benadeeld. Stemt de klasse tegen, dan is een tot de rechter gericht afwijzingsverzoek van een van de tot deze klasse behorende schuldeisers voldoende om de homologatie te verhinderen. De eerste verdelingsregel betreft de zogenoemde *absolute priority rule*. Een tegenstemmende klasse kan in beginsel alleen aan een akkoord worden gebonden als dit akkoord bij de waardetoedeling aan deze klasse de normaal geldende rangorderegels eerbiedigt of indien een redelijke grond bestaat voor afwijking hiervan (art. 384 lid 4, aanhef en onder b, Fw). De tweede verdelingsregel is uniek voor de WHOA en ziet op de hiervoor beschreven klasse van kleinere concurrente schuldeisers. Ter verbetering van de verhaalspositie van deze groep schuldeisers heeft de wetgever hen bij amendement een minimumuitkering in het vooruitzicht willen stellen.[227] Aldus houdt deze verdelingsregel in dat deze klasse in beginsel niet tegen haar wil kan worden gebonden aan een akkoord dat deze klasse een uitkering of recht van minder dan 20% van de vorderingenwaarde aanbiedt, tenzij de schuldenaar hiervoor een zwaarwegende grond aantoont (art. 384 lid 4, aanhef en onder a, Fw).

> Het voorgaande doet de vraag rijzen hoe deze twee verdelingsregels zich tot elkaar verhouden. Stel dat een akkoord vanwege een beperkte reorganisatiewaarde een klasse kleine concurrente schuldeisers alleen een uitkering van 20% van de vorderingswaarde kan aanbieden als het de klasse reguliere concurrente schuldeisers 10% van de vorderingswaarde aanbiedt. Vormt dit dan een zwaarwegende grond om de minimumuitkeringsregel buiten toepassing te laten of is dit een redelijke grond voor afwijking van de normaal geldende rangorderegels? Ik acht het aannemelijk dat het laatste het geval is. Een andere uitkomst zou namelijk afbreuk doen aan de beschermende strekking van de minimumuitkeringsregel.

Uit het voorgaande volgt dus dat zolang een WHOA-akkoord kan rekenen op de instemming van de bij het akkoord betrokken klassen, er veel verdelingsvrijheid is. Onder de voorwaarden dat de klassenindeling correct is en dat elke individuele schuldeiser op

226 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 69.
227 Zie hierover nader hierna, § 4.10.1.

zijn minst beter af is dan bij een faillissement van de schuldenaar, lijkt elke verdeling geoorloofd en hebben alle in het akkoord betrokken schuldeisers dit te accepteren. De normaal geldende rangorderegels komen pas in beeld bij de binding van tegenstemmende klassen aan een akkoord. In deze situatie gaat de WHOA bovendien nog een stap verder met de introductie van een speciale verdelingsregel ten bate van de kleine concurrente schuldeisers, die uniek is voor de WHOA-procedure.

2.6 Spiegeling aan de realiteit

De hiervoor uiteengezette rangorderegels tonen een fijnmazig, gedetailleerd (maar ook niet altijd even duidelijk) stelsel van voorrang bij verhaal. Dat roept de vraag op in hoeverre deze vele rangorderegels daadwerkelijk van nut zijn in de huidige faillissementen. In hoeverre biedt een gemiddeld faillissement de ruimte voor deze fijnmazigheid en levert een voorrangspositie in een faillissement daadwerkelijk iets op? De realiteit blijkt weerbarstig. De meest recente CBS-cijfers over de in faillissementen gerealiseerde uitkeringen aan schuldeisers dateren van 2015. In dat jaar werd 73% van de beëindigde faillissementen van bedrijven en instellingen opgeheven bij gebrek aan baten, hetgeen betekent dat de faillissementsboedel in die gevallen niet eens toereikend was om de faillissementskosten volledig te kunnen voldoen.[228] In al die faillissementen vonden de voorrangsregels inzake de prefaillissementsvorderingen dan ook geen toepassing, bij gebrek aan te verdelen boedelactief. Dit cijfer werkt door in de uitkeringscijfers.[229] Van het totaal aan faillissementskosten (boedelkosten) in de in dat jaar beëindigde faillissementen kon niet meer dan 74,9% worden voldaan. Voor wat betreft het salaris van de curator (de hoogst gerangschikte categorie faillissementskosten) was dit cijfer iets beter, namelijk 82,4%. De uitkeringscijfers van de prefaillissementsvorderingen geven verder een ontluisterend beeld. Van het totaal aan preferente vorderingen van de fiscus en het UWV werd dat jaar gemiddeld 9,2% uitgekeerd. Voor de overige preferente en concurrente vorderingen is dit cijfer zelfs 1,6%. Deze cijfers staan daarbij niet op zichzelf. Eerdere CBS-cijfers, over de periode 2004-2010, tonen een vergelijkbaar beeld.[230] Het uitkeringspercentage bij de preferente vorderingen van de fiscus en het UWV fluctueert die jaren tussen 6,7 en 9,2% en bij overige preferente en concurrente vorderingen tussen 4,4 en 5,3%.[231]

228 Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, p. 19.
229 Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, p. 34.
230 Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, p. 34.
231 Het uitkeringscijfer bij de overige preferente en concurrente vorderingen is in 2006 evenwel uitzonderlijk hoog: 16%. Deze afwijking wordt veroorzaakt door één groot faillissement met een bijzonder hoog uitkeringscijfer voor deze groep vorderingen. Wordt dit faillissement buiten beschouwing gelaten, dan is het uitkeringscijfer over dat jaar 4,8%. Van Hees, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht (O&R nr. 100)* 2017/14.2, p. 188.

Een snelle conclusie zou zijn dat deze cijfers laten zien dat de waarde van een voorrangspositie (de buiten het faillissement geëffectueerde voorrang uitgezonderd)[232] in een faillissement in het algemeen beperkt is. Deze totaalcijfers wekken althans die indruk. De cijfers laten evenwel niet zien wat de gemiddelde uitkeringscijfers zijn in de 25,1% van de in 2015 beëindigde faillissementen waar het wel tot een uitdeling aan de prefaillissementsschuldeisers kwam. Voor een individuele schuldeiser kan het hebben van een preferente vordering dan ook nog steeds een groot verschil in uitkering maken. De realiteit is evenwel dat het in het overgrote deel van de faillissementen voor de uitkering geen verschil maakt of de bij de curator ingediende vordering wel of niet preferent is.

Het voorgaande leidt tot de vervolgvraag welke oorzaken ten grondslag liggen aan deze lage uitkeringscijfers, in het bijzonder aan het grote aantal faillissementsboedels dat 'leeg' is. In de literatuur is een aantal mogelijke oorzaken opgeworpen.[233] Zo kan een lege boedel worden veroorzaakt door de sterke verhaalspositie van separatisten. Vanwege de ruime mogelijkheden tot vestiging en uitwinning van pand- en hypotheekrechten op de goederen van een schuldenaar, kan het voorkomen dat bij faillissement van de schuldenaar de boedel 'leeg' wordt achtergelaten.[234] De zekerheidsgerechtigde onttrekt als separatist zijn onderpand aan de boedel en de goederen die in de boedel achterblijven vertegenwoordigen vervolgens te weinig waarde om überhaupt de faillissementskosten te kunnen dragen.

Een andere gesuggereerde oorzaak betreft de toenemende omvang van de faillissementskosten. De nadere invulling van deze categorie vorderingen verloopt via de rechtspraak en hierin is een tendens zichtbaar van uitdijing van de (potentiële) omvang

232 Het CBS-onderzoek beperkt zich namelijk tot de uitdelingen door de curator binnen het faillissement. Dat betekent dat de cijfers geen betrekking hebben op de vorderingen die zijn voldaan door bijv. verrekening of de uitoefening van een separatistenpositie. Zie nader over de onderzoeksmethode Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, p. 64 e.v. Over de *recovery rate* van de voornaamste groep separatisten, de bancaire financiers, was tot recent weinig bekend. Op basis van de *Doing Business*-data van *The World Bank* (raadpleegbaar via https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency) wordt geregeld een cijfer van ongeveer 90% genoemd, al steunt dit cijfer niet op 'harde data' (maar betreft het de uitkomst in een hypothetische casus). Zie hierover bijv. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken* 2017, p. 6 en Lakwijk, Poorthuis & Van Ingen, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/7.2. Recent empirisch onderzoek van de *European Banking Authority* in haar *Report on benchmarking of national insolvency frameworks across the EU* (raadpleegbaar via https://www.eba.europa.eu/), komt tot lagere waarden: 63,3% bij mkb-financiering, 67,5% bij financiering aan het grootbedrijf en 74,5% bij financiering van commercieel vastgoed (zie par. 5.1 van het *report*). Zie nader Messelink, Tuil & Verhoeven, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/15.2.2 e.v.

233 Zie bijv. Van Dijck e.a., *TvI* 2008/33, par. 1.

234 Zie hierover nader Lakwijk, Poorthuis & Van Ingen, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/7.3, p. 121-122.

van deze vorderingen.[235] Ook is het takenpakket van de curator de afgelopen jaren gegroeid, bijvoorbeeld op het gebied van de fraudebestrijding.[236]

Naast deze meer juridische oorzaken, kan een lege boedel natuurlijk ook een feitelijke oorzaak hebben. Zo kunnen omstandigheden zoals falend management, te veel investeringen of chronisch te hoge kosten ertoe leiden dat er al voor het intreden van het faillissement geen enkele voor verdeling beschikbare waarde meer in de onderneming aanwezig is.[237] Het is dan überhaupt de vraag of het faillissement wel de meest geschikte procedure is om een dergelijke onderneming 'op te ruimen'.[238]

Het voorgaande laat zien dat er 'werk aan de winkel' is in het faillissementsrecht om het stelsel van voorrang bij verhaal meer tot zijn recht te laten komen. Onder de aanname dat de oorzaken deels in het juridische spectrum (de verhaalspositie van separatisten en de omvang van de faillissementskosten) liggen, ligt er meerwaarde in nader onderzoek naar de rechtvaardiging van voorrang en de consequenties daarvan voor het huidige verhaalsrecht.

2.7 Afronding

In dit hoofdstuk zijn, ter beantwoording van de deelvraag *'Wat is de thans geldende rangorde tussen schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht?'*, de kernbegrippen van rangorde geïntroduceerd, met een centrale plaats voor de *paritas creditorum* als de verdelingsmaatstaf in een *concursus creditorum*. Gecategoriseerd naar wijze van doorbreking van deze verdelingsmaatstaf (door autonomie of door de wet) is de tussen schuldeisers geldende rangorde in het Nederlandse verhaalsrecht uiteengezet. Daarbij is zowel aandacht besteed aan de rangorde geldend in de klassieke *concursus*, het faillissement, als bij de herstructurering van schulden onder een WHOA-akkoord. Tot slot zijn deze bevindingen gespiegeld aan de realiteit, waarbij op basis van CBS-cijfers over de afwikkeling van faillissementen is getoond dat de waarde van een voorrangspositie in een faillissement in het algemeen beperkt is. Er is 'werk aan de winkel' in het faillissementsrecht om het stelsel van voorrang bij verhaal meer tot zijn recht te laten komen.

235 Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Gemeente Ridderkerk/Heijnen q.q.*) dat op de curator ook de zelfstandige plicht rust om de bestuursrechtelijke verplichtingen van de gefailleerde uit milieuwetgeving na te leven en dat de daarmee gemoeide kosten, alsook de bestuursrechtelijke sancties bij niet-naleving van deze verplichtingen, boedelschulden zijn. Zie nader Lakwijk, Poorthuis & Van Ingen, in: *Het Verdelingsvraagstuk* 2022/7.3, p. 122-123.

236 Zo heeft de curator sinds de invoering van art. 68 lid 2 Fw in 2017 expliciet ook de taak om onderzoek te doen naar strafbaar handelen in en in de aanloop naar het faillissement. Zie nader Nelemans, *TvCu* 2019, en over het takenpakket van de curator in het algemeen Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.3.2.

237 Van Dijck e.a., *TvI* 2008/33, par. 1.

238 Zie over deze problematiek nader, in het licht van de mogelijkheden tot 'turboliquidatie': Van Veen, in: *JB (ZIFO nr. 29)* 2019/38.

HOOFDSTUK 3

Wetenschappelijke rechtvaardigingen voor voorrang

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd in de wetenschappelijke literatuur. Dit onderzoek is aangevangen met systematische bestudering van de Nederlandse literatuur (dissertaties, handboeken en wetenschappelijke tijdschriftartikelen).[1] Aan de hand van bronnenonderzoek in de universitaire bibliotheekcatalogus en de juridische databases *Legal Intelligence* en *InView* is een eerste inventarisatie gedaan van de bronnen die aandacht besteden aan de rechtvaardiging van voorrangsrechten in het verhaalsrecht, waarbij vervolgens via *reference tracking* in deze (en ook later gevonden) bronnen de literatuur verder in kaart is gebracht. De aandacht is daarbij, ter onderscheiding van de inhoud van hoofdstuk 4, uitgegaan naar literatuur waarin voorrangsrechten op een normatieve wijze worden geanalyseerd en dus de vraag centraal staat hoe het recht inzake voorrang bij verhaal *behoort* te zijn. Historisch-verklarende besprekingen van de redenen van de wetgever voor bestaande voorrangsrechten zijn dan ook buiten beschouwing gelaten.

Gedurende dit literatuuronderzoek zijn de volgende theorieën geïdentificeerd die het bestaan van voorrangsposities bij verhaal trachten te rechtvaardigen. Dit betreft in de eerste plaats de theorie dat voorrang – specifiek de voorrang van zekerheidsgerechtigden – wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de schuldenaar vrij is te beschikken over zijn goederen en aldus ook om op deze wijze voorrangsposities in het leven te roepen.[2] De tweede geïdentificeerde theorie ligt in de rechtseconomie, waarbij de rechtvaardiging van voorrang wordt gezocht in de veronderstelde positieve effecten van een voorrangspositie op de maatschappelijke welvaart.[3] Ten derde wordt in de literatuur de continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar als rechtvaardiging aangehaald voor het bestaan van voorrang bij verhaal, al wordt op deze grond ook de wenselijkheid van beperking van de sterke verhaalspositie van separatisten betoogd.[4] In elk van deze theorieën ligt de nadruk op de rechtvaardiging van de voorrang van zekerheidsgerechtigden. Voor zover

1 Zie nader over systematisch literatuuronderzoek: Van Dijck, Snel & Van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek* 2023, hfdst. 3.
2 Zie hierna, § 3.2.
3 Zie hierna, § 3.3.
4 Zie hierna, § 3.4.

zij ook een rechtvaardiging bieden voor de voorrang van andere schuldeisers, betreft dit veelal een relatieve rang in verhouding tot de zekerheidsgerechtigden.

In dit hoofdstuk zullen deze drie theorieën achtereenvolgens worden geanalyseerd, waarbij steeds wordt nagegaan voor welke voorrangspositie(s) zij een rechtvaardiging bieden, wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang en in hoeverre ze overtuigen.

> Het literatuuronderzoek identificeerde ook enige theorievorming over verdelende rechtvaardigheid als normerend principe bij voorrang bij verhaal. De aandacht gaat hierbij met name uit naar de negatieve gevolgen van zekerheidsrechten voor de verhaalspositie van bepaalde groepen schuldeisers, die de verdeling van het verhaalsvermogen onrechtvaardig zouden kunnen maken. Zo wijst Van den Heuvel op de onevenredig zware gevolgen voor de schuldeisers die zich tegenover de schuldenaar niet kunnen aanpassen aan het extra kredietrisico dat zij door de zekerheidsrechten van anderen te dragen krijgen (de zogenoemde *non-adjusting creditors*[5]), die naar haar opvatting tot een onrechtvaardige verdeling leiden.[6] Meer in het algemeen is verdelende rechtvaardigheid in deze context wel geduid als het treffen van een 'redelijk evenwicht' tussen overwegingen van autonomie (beschikkings- en contractsvrijheid) en van onderlinge solidariteit van alle bij een faillissement betrokkenen.[7] In dit opzicht werkt verdelende rechtvaardigheid als rem op de beschikkings- en contractsvrijheid, zelfs als de uitoefening van deze vrijheden economisch efficiënt is.[8] Ook de gerechtvaardigde belangen van de diverse ongesecureerde schuldeisers dienen bij de verdelingsbeslissing te worden meegewogen, waarbij met name de (verwachte) kwetsbaarheid van een schuldeiser in het faillissement van de schuldenaar als relevant element wordt genoemd.[9] Hoewel deze theorievorming zou kunnen worden gezien als een begin van een rechtsvaardigheidstheorie, dient te worden onderkend dat verdelende rechtvaardigheid geen eenduidig concept is. Op metajuridisch niveau bestaat namelijk weinig overeenstemming onder rechtstheoretici over wat de (abstracte) eis van een rechtvaardige verdeling precies inhoudt.[10] Ieder dient het zijne te krijgen en verlies dient eerlijk te worden verdeeld, maar aan de hand van welke maatstaf is hier in een concrete verdeling invulling aan te geven? Hier onderscheiden zich verschillende stromingen met elk een eigen rechtvaardigheidsidee, van het bevoordelen van de minderbedeelden tot aan een verdeling op basis van verdiensten.[11] Dit laat tevens zien dat de concrete invulling van het concept 'verdelende rechtvaardigheid' onvermijdelijk een politieke aangelegenheid is, die zich om die reden niet goed leent voor een (objectieve) bespreking als theorie voor de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal. Deze theorie wordt in dit hoofdstuk daarom verder buiten beschouwing gelaten.

---

5 Zie over deze schuldeisers ook, vanuit rechtseconomisch perspectief, hierna, § 3.3.4.

6 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 117 en 130-131. Een nadere invulling van het rechtvaardigheidsbegrip wordt hierbij evenwel niet gegeven. Zie ook Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, par. 7.6.1.

7 Snijders, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* 2003, p. 269-287.

8 Vgl. Woodward, *Cornell L. Rev.* 1997, p. 1529-1530.

9 Zie o.a.: Mokal, *Corporate Insolvency Law* 2005, par. 4.5; Anderson, *Melb. U. L. Rev.* 2006, p. 19 e.v.; Gant, in: *Floating Charges in Scotland* (ESiL nr. 18) 2022, p. 240-245. Ook het ontbreken van de mogelijkheid voor een schuldeiser om effectief voorrang te bedingen wordt als mogelijk relevante factor gezien: Kaptein, *Pandrecht* 2016, p. 290-292 en 303.

10 Olsaretti, in: *The Oxford Handbook of Distributive Justice* 2018, p. 2.

11 Brock, in: *The Oxford Handbook of Distributive Justice* 2018, p. 87.

3.2 Eigendom en autonomie

3.2.1 Inleiding

Een traditionele rechtvaardiging van het voortrekken van bepaalde schuldeisers in het geval van een *concursus creditorum* is gelegen in de vrijheid van een (rechts)persoon om – zolang hij in solvente positie verkeert – te beschikken over de hem toebehorende goederen. Hij is als eigenaar immers beschikkingsbevoegd en hij is in beginsel vrij in de wijze waarop hij deze bevoegdheid uitoefent.[12] Deze rechtvaardigingsgrond ziet concreet op de voorrangsposities die in het leven worden geroepen door beschikkingshandelingen van de eigenaar ten aanzien van deze goederen: de aan pand en hypotheek verbonden voorrang. In de woorden van Suijling:

> 'Iedere crediteur, ook de bevoorrechte crediteur, moet dus steeds lijden, dat de schuldenaar zijne nog niet gearresteerde goederen vervreemdt of bezwaart en zoo, geheel of ten deele, aan de uitoefening van het verhaalsrecht onttrekt.'[13]

Meer specifiek komen hier twee vrijheden samen.[14] In de eerste plaats betreft dit de contractsvrijheid, nu aan de vestiging van een pand of hypotheek in beginsel een overeenkomst ten grondslag ligt. Partijen zijn in beginsel vrij in hun keuze met wie en wanneer zij contracteren en waartoe zij zich vervolgens tot elkaar verplichten.[15] De tweede vrijheid betreft de beschikkingsvrijheid. De eigenaar van een goed is – wederom in beginsel – bevoegd om dit goed over te dragen (art. 3:83 BW) of met een beperkt recht te bezwaren (art. 3:81 lid 1 BW). Bevoegdheid impliceert daarbij de vrijheid om deze bevoegdheid naar eigen goeddunken uit te oefenen.

> Natuurlijk wordt deze vrijheid wel omlijnd door het gesloten systeem van het goederenrecht (*numerus clausus*): er kan slechts over het goed worden beschikt op een wijze die het recht toestaat.[16] Meer concreet, partijen kunnen geen andere typen beperkte rechten in het leven roepen dan die door het recht worden erkend en zij zijn ook bij de bepaling van de inhoud van die rechten gebonden aan de ruimte die het recht hiertoe laat.[17] Hier uit zich het karakter van het goederenrecht; in de woorden van Haentjens: 'het [goederenrecht] beperkt de vrijheid van partijen om rechten te creëren die aan derden kunnen worden tegengeworpen'.[18]

12 Zie bijv. Suijling, *Zakenrecht* 1940, nr. 421; Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 62-64; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/7.1.

13 Suijling, *Zakenrecht* 1940, nr. 421. Suijling baseert zich in dit verband mede op het arrest HR 22 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1429, waarin de Hoge Raad overweegt (p. 1431) dat het 'opzettelijk of door zijn schuld op andere wijze over zijne baten [beschikken] dan door zijn schuldeischers te voldoen met inachtneming van ieders rechten en voorrechten' in beginsel ook geen onrechtmatig handelen oplevert.

14 Vgl. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 233. Zie ook Haentjens, *De autonomie van de alchemist* 2014, p. 13.

15 Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst (SBR 3)* 2022/14.

16 Verheul, *Eigendomsvoorbehoud (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2018/3.3, p. 46.

17 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/78.

18 Haentjens, *De autonomie van de alchemist* 2014, p. 15.

Indien vervolgens een rechtsgeldige overdracht dan wel vestiging tot stand komt, dan verkrijgt de ontvangende partij een absoluut recht dat – anders dan een relatief recht – tegenover iedereen kan worden ingeroepen.[19] Binnen de context van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten betekent dit dat een pand- of hypotheekhouder zijn zekerheidsrecht niet alleen kan inroepen tegenover de schuldenaar wiens goederen zijn bezwaard, maar ook – wegens de aan het zekerheidsrecht verbonden voorrang bij verhaal – tegenover diens schuldeisers. Zo gaat op grond van de prioriteitsregel een pand- of hypotheekrecht boven later verkregen (zekerheids)rechten van andere schuldeisers en voorzien de rangorderegels uit titel 3.10 BW (i.h.b. art. 3:278 lid 1 jo. art. 3:279 BW) de pand- dan wel hypotheekhouder van een voorrangsrecht dat zich tevens uitstrekt boven (nagenoeg) alle andere schuldeisers.[20]

Het faillissement – als de *concursus creditorum* bij uitstek – wordt in dit verband veelvuldig omschreven als de lakmoesproef van het vermogensrecht.[21] Pas dan weet een schuldeiser wat zijn recht 'waard' is: heeft hij een goederenrechtelijke aanspraak op één of meer goederen die zich bij de failliet bevinden, inroepbaar tegen de andere schuldeisers, of heeft hij slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak tegenover de persoon van de failliet?[22] De overige schuldeisers hebben aldus te accepteren dat de schuldenaar ervoor heeft gekozen zijn goederen ten gunste van één of enkele van zijn schuldeisers te bezwaren; hij heeft over zijn goederen beschikt op een wijze die het recht toestaat en dat heeft als consequentie dat de daarmee in het leven geroepen voorrang wordt gerespecteerd.[23]

3.2.2 De aard van de vestiging van een zekerheidsrecht

3.2.2.1 Het model van Harris en Mooney

De voorgaande rechtvaardiging van de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden is in de literatuur ter discussie gesteld. De aanleiding voor het literatuurdebat lijkt te

19 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 63; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/22. De buitengrenzen van de rechtsgeldige overdracht of vestiging worden in deze context gevormd door de (faillissements)pauliana (art. 3:45 BW jis. 42 en 47 Fw) en misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).

20 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/747-748.

21 Zie bijv. Nieuwenhuis, *Het vierspan* 2013, p. 102. In de (sierlijke) woorden van Eidenmüller: 'The preface to Hegel's Philosophy of Right contains the famous dictum that "The Owl of Minerva takes flight only as the dusk begins to fall." Similarly, it is only after a firm's fortunes have declined and the firm enters (formal) insolvency proceedings that we can see what security rights are "worth". Hence, insolvency law is the touchstone for security rights.' In gelijke zin ook Van Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law* 2018, nr. 2-27, die (in de Britse context) spreekt over 'the […] principle […] that corporate insolvency law respects pre-liquidation rights, and in particular property rights and equities'. Zie voor de Duitse context Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 229, die onder verwijzing naar Jaeger spreekt over het faillissement als 'Prüfstein der Dinglichkeit'.

22 Deze kenschets behoeft evenwel nuancering in de zin dat er ook tussenvormen denkbaar zijn: zuiver verbintenisrechtelijke aanspraken waaraan (desondanks) een voorrangspositie ten opzichte van andere schuldeisers is verbonden. Te denken valt aan vorderingen waaraan – bijv. ex art. 3:284 lid 1 BW – een bijzonder voorrecht (op een bepaald goed) is verbonden.

23 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 64; Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 24.

zijn gelegen in een bijdrage van Harris en Mooney, waarin zij – binnen de context van de herziening van het Amerikaanse *Article 9 UCC security interest* – reageren op de kritiek die vanuit de invalshoeken van economische efficiëntie en de (wat zij noemen) '*sympathetic legal studies*' is geuit op het bestaan van goederenrechtelijke zekerheidsrechten.[24] Deze kritiek vatten zij samen als '*the popular misconception*' dat de verstrekking van goederenrechtelijk gesecureerd krediet aan een schuldenaar *noodzakelijkerwijs* tot benadeling van diens ongesecureerde schuldeisers leidt.[25] Hoewel zij deze kritiek preliminair pareren door erop te wijzen dat niet kan worden uitgesloten dat de verstrekking van gesecureerd krediet in sommige gevallen juist tot bevoordeling leidt,[26] is hun kernargument dat dit bovendien niet anders is dan bij andere beschikkingshandelingen van diezelfde schuldenaar.[27] Zij lijken zich hierbij evenwel exclusief te richten op wederkerige transacties waarbij de beschikkingshandeling steeds wordt verricht in ruil voor een gelijkwaardige tegenprestatie.[28] Ook deze transacties *kunnen*, afhankelijk van de concrete omstandigheden, nadelig zijn voor de ongesecureerde schuldeisers.

Ter illustratie maken zij een vergelijking met de betaling van een (opeisbare) schuld en met een reguliere overdracht wegens verkoop. Zo redeneren zij dat een selectieve betaling evengoed nadelig *kan* zijn voor de overige schuldeisers in het geval dat de schuldenaar op een later moment failliet gaat, terwijl die betaling in beginsel gewoon een geldige rechtshandeling is.[29] En, zo nemen zij als theoretisch voorbeeld, indien de schuldenaar in plaats van betaling een zekerheidsrecht zou hebben gevestigd (op een waardevast onderpand) ten gunste van deze schuldeiser, dan had dit mogelijk zelfs een minder negatief effect op deze overige schuldeisers gehad. Immers, betaling leidt tot (volledig) verlies van vermogensbestanddelen, terwijl (met een stil zekerheidsrecht) bezwaarde goederen beschikbaar blijven voor gebruik binnen het bedrijf van de schuldenaar.[30] Op deze manier leidt het vestigen van een zekerheidsrecht voor een bestaande schuld, in vergelijking tot betaling van die schuld, tot een kleinere verhoging van het faillissementsrisico van de schuldenaar en daarmee (als het risico wordt uitgedrukt in kosten) tot minder nadeel voor de overige schuldeisers.[31]

Ten aanzien van de overdracht wegens verkoop is de uitgangspositie van Harris en Mooney dat de gevolgen voor de schuldeisers van de verkoper afhangen van de vraag of de verkoper meer waarde weet te genereren met het ontvangen geld dan met het verkochte

24 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2021-2025.
25 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2023.
26 Hierbij treden zij in het rechtseconomische debat over de efficiëntie van goederenrechtelijke zekerheidsrechten, hetgeen hierna in § 3.3 nog aan de orde zal komen. Harris en Mooney wijzen bijvoorbeeld op de voordelen die zich buiten insolventie van de schuldenaar manifesteren, waarbij zij benadrukken dat lang niet iedere schuldenaar uiteindelijk insolvent raakt. Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2028-2037.
27 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2037.
28 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2052.
29 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2038-2039.
30 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2038. De vestiging van een zekerheidsrecht in de plaats van de betaling van een schuld (dus zonder dat er 'vers' krediet tegenover staat) zal evenwel snel paulianeus zijn, althans indien deze handeling onverplicht verricht is (vgl. art. 42 en 47 Fw); in de Nederlandse bancaire context maakt art. 26 ABV deze handeling tot een verplichte rechtshandeling en daarmee paulianabestendiger.
31 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2038.

goed.[32] Wanneer zij dit vervolgens afzetten tegen de verlening van een zekerheidsrecht in ruil voor krediet, signaleren zij twee verschillen. In de eerste plaats blijft bij de zekerheidstelling het restwaarderisico bij de zekerheidsgever; een waardedaling van het bezwaarde goed kan ertoe leiden dat de zekerheidsgerechtigde, na verhaal op dit goed te hebben genomen, een met de andere schuldeisers concurrerende restantvordering overhoudt.[33] Ten tweede wijzen zij ook hier op het behoud van het gebruiksrecht op het goed bij bezwaring ervan, hetgeen de zekerheidsgever in staat stelt om – anders dan bij de overdracht – geld te blijven verdienen met dit goed.[34]

Dit brengt Harris en Mooney tot de kern van hun betoog: de welvaartseffecten voor de overige schuldeisers zijn bij gesecureerd krediet even onzeker als bij andere beschikkingshandelingen die zijn verricht in ruil voor een gelijkwaardige tegenprestatie.[35] Indien men dan ook de beschikbaarheid van gesecureerd krediet ter discussie stelt op de grond dat dit in een eventueel faillissement nadelig uitpakt voor de ongesecureerde schuldeisers, dan ontkomt men er niet aan om ook voornoemde andere beschikkingshandelingen op dezelfde grond ter discussie te stellen.[36] Het is dan zaak om ofwel de bestaande partijautonomie in het (algemene) vermogensrecht ter discussie te stellen, ofwel te laten zien waarom het vestigen van een zekerheidsrecht afwijkt van deze andere beschikkingshandelingen die het recht erkent.[37] Pas als men in een van beide slaagt, ontstaat er grond voor kritiek op de (ruime) beschikkingsvrijheid van de zekerheidsgever. Tot die tijd hanteren zij het 'bewijsvermoeden' dat '*[t]o the extent that the existing law governing secured transactions reflects the larger, widely shared social values of free alienability and party autonomy, that law presumptively is sound*'.[38]

3.2.2.2 Rechtseconomische bezwaren

Het model van Harris en Mooney is niet vrij van controverse gebleken. Vanuit economisch perspectief heeft met name Schwartz zich kritisch over dit model uitgelaten, specifiek ten aanzien van de veronderstelde analogie tussen bezwaren en overdragen.[39] Schwartz licht twee elementen uit. In de eerste plaats wijst hij op de gebrekkigheid van de gemaakte aannames, zoals de aanname dat bij een overdracht wegens verkoop – net als bij een zekerheidstelling – de potentiële welvaartseffecten voor de schuldeisers van de verkoper onzeker zijn.[40] Dit druist volgens Schwartz in tegen de presumptie dat marktpartijen rationeel handelen en hun eigen belangen vooropstellen. Immers, onder

32 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2040.
33 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2040.
34 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2040-2041. Zij vatten dit evenwel op een niet al te sterke wijze samen: 'Thus, unlike a seller, a debtor who grants a security interest enjoys more than the value represented by the cash it receives in the transaction.' Daarmee lijken zij te miskennen dat de tegenprestatie bij beide transacties niet gelijk zal zijn. Immers, verkoop zal in de regel plaatsvinden tegen marktwaarde, terwijl bezwaring eerder tegen liquidatiewaarde zal geschieden. Of aan de schuldenaar ook in absolute zin meer waarde toekomt, is dan ook de vraag.
35 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2041, 2052.
36 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2041, 2052.
37 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2052.
38 Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2052.
39 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994.
40 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2082-2083.

deze presumptie is in beginsel niet voorstelbaar dat een partij een goed verkoopt indien hij met de verkoopprijs minder waarde kan toevoegen dan met het goed zelf.[41] Dat zou een irrationele handeling zijn. Dat maakt de welvaartseffecten bij overdracht wegens verkoop minder onzeker en in ieder geval in beginsel niet negatief, waardoor de analogie met zekerheidstelling spaak loopt.[42]

Ten tweede wijst Schwartz erop dat Harris en Mooney onterecht de inefficiënties verbonden aan marktfalen buiten beschouwing laten. Dit is relevant omdat markttransacties pas worden verondersteld wenselijk te zijn, indien aan twee voorwaarden is voldaan: *i)* de handelende partijen zijn niet asymmetrisch geïnformeerd over de economische parameters van de transactie; en *ii)* de transactie heeft geen gevolgen voor derden (externe effecten).[43] In dat geval is het namelijk waarschijnlijk dat de transactie de welvaart van partijen laat stijgen zonder dat de welvaart van anderen daalt (Pareto-efficiëntie).[44] Asymmetrische informatie en (negatieve) externe effecten zijn evenwel juist twee vormen van marktfalen die veelal worden geassocieerd met de verstrekking van gesecureerd krediet.[45] Hier komt de rechtseconomie in beeld in de zin dat de vraagstelling wijzigt van 'moeten vrijwillige transacties al dan niet worden gestimuleerd?' naar 'in hoeverre is het marktfalen dat zich voordoet op de markt voor gesecureerd krediet, voldoende ernstig om overheidsingrijpen te rechtvaardigen?'.[46] Dat maakt vervolgens dat een theorie over de onbeperkte beschikbaarheid van zekerheidsrechten per definitie incompleet is – en daardoor niet overtuigt – wanneer de inefficiënties verbonden aan asymmetrische informatie en externe effecten op de kredietmarkt buiten beschouwing worden gelaten.[47]

3.2.2.3 Dogmatische bezwaren

Overdragen fundamenteel anders dan vestigen zekerheidsrecht?

In reactie op de bijdrage Harris en Mooney is tevens een (bescheiden) debat op gang gekomen over de vraag in hoeverre het bezwaren van een goed met een zekerheidsrecht een fundamenteel andere rechtshandeling is dan het overdragen van ditzelfde goed. Verstijlen meent dat hierin geen wezenlijk onderscheid is aan te brengen: indien een schuldenaar bevoegd is tot overdracht en het betreffende goed daarmee *geheel* aan het verhaal door zijn schuldeisers kan onttrekken, is hij ook bevoegd om op dit goed een zekerheidsrecht te vestigen en het daarmee *gedeeltelijk* aan het verhaal te onttrekken.[48]

41 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2083.
42 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2083.
43 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2081-2082. Vgl. Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.7.
44 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2082. Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.7.
45 Zie hierover nader § 3.3.
46 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2083.
47 Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2084-2086.
48 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 18; Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 24; Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek (Mon. BW nr. B11)* 2013/6.

In feite is dit een logische *a-maiore-ad-minus*-redenering: hij die bevoegd is tot het meerdere, is ook bevoegd tot het mindere.[49]

Anders is de opvatting van Van den Heuvel.[50] Zij ziet een cruciaal verschil in de gevolgen die optreden in het verhaalsvermogen van de schuldenaar. Waar een overdracht enkel gevolgen heeft voor de *omvang* van dit verhaalsvermogen, leidt een zekerheidstelling juist tot een *herschikking* ervan:

> 'Wanneer de schuldenaar zijn auto verkoopt en levert heeft dit slechts gevolgen voor de omvang van het verhaalsvermogen. Er verandert niets in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. Wanneer de schuldenaar de auto niet verkoopt maar er een zekerheidsrecht op vestigt, heeft dit tot gevolg dat de overige schuldeisers daarop in beginsel geen verhaal meer kunnen nemen. De reden daarvoor is niet dat de auto het verhaalsvermogen heeft verlaten, maar dat de gesecureerde schuldeiser voorrang toekomt en zich dus in beginsel exclusief op de auto kan verhalen. Er is sprake van een herschikking van de rechten van crediteuren onderling die zich in geval van overdracht niet voordoet. Deze herschikking houdt in dat de overige schuldeisers bij de verdeling van het verhaalsvermogen feitelijk achtergesteld worden ten opzichte van de gesecureerde crediteur.'[51]

Aan de zekerheidsgerechtigde komt aldus primair een voorrangsrecht toe in verhouding tot zijn medeschuldeisers; hij verkrijgt – anders dan bij een 'gewone' overdracht – geen gebruiksrecht op het betreffende goed.[52] Van den Heuvel steunt hierbij op Bebchuk en Fried, die in reactie op Harris en Mooney hebben betoogd dat de zekerheidsgever niet slechts een '*interest in its own property*' overdraagt (waarover hij vrij is te beschikken), maar ook een '*interest in the property of the bankruptcy estate*' (dat volgens de auteurs niet aan de zekerheidsgever toebehoort, maar aan diens gezamenlijke schuldeisers).[53] Dit geeft zekerheidsrechten een eigen, onderscheidend karakter ten opzichte van de andere goederenrechtelijke rechten; waar aldaar de derdenwerking tot uiting komt in zaaksgevolg (*droit de suite*) jegens derde-verkrijgers, komt de derdenwerking bij zekerheidsrechten primair tot uiting in het aan deze rechten verbonden voorrangsrecht jegens medeschuldeisers (in de Nederlandse context neergelegd in art. 3:278 lid 1 jo. art. 3:279 BW).[54] Dit voorrangsaspect is volgens Van den Heuvel dan ook 'het cruciale verschil' tussen de overdracht als gewone beschikkingshandeling en de zekerheidstelling.[55]

Ook voor Brinkmann is het vestigen van een zekerheidsrecht op een goed naar haar aard een andere rechtshandeling – en derhalve niet iets dat 'minder' is – dan de overdracht van

---

49 Vgl. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2018/3.3, p. 46. Zie ook Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 233-234, die dit argument (hoewel zijn eigen opvatting een andere is) als volgt omschrijft: 'Wenn der Eigentümer das "ganze Bündel" übertragen könne, dan müsse er erst recht nur einen Zweig aus diesem Bündel übertragen können.'

50 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 66-69.

51 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 66-67. Van den Heuvel sluit voor haar herschikkingsbegrip expliciet aan bij Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 867: 'full priority gives a borrower the power to subordinate the bankruptcy claims of nonconsenting unsecured creditors to that of another creditor'.

52 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 66-67.

53 Bebchuk & Fried, *Cornell L. Rev.* 1997, p. 1290; Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 66.

54 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 67-68.

55 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 68.

dit goed.[56] Hij ziet hiervoor in de eerste plaats een aanwijzing in de verhaalsrechtelijke gevolgen van beide rechtshandelingen:

> 'Die Veräußerung eines Gegenstands verändert seine vermögens- sowie seine haftungsrechtliche Zuordnung. Nicht nur ist der Erwerber kraft des Erwerbsvorgangs der (vermögensrechtliche) Inhaber des Gegenstands, dieser ist ihm auch haftungsrechtlich in dem Sinn zugeordnet, dass der Gegenstand nunmehr für die gegen den Erwerber gerichteten Forderungen haftet. Die Bestellung eines Sicherungsrechts beeinflusst dagegen gerade nicht die haftungsrechtliche Zuordnung des Sicherungsguts, denn auch nach Verpfändung oder Sicherungsübereignung einer Sache haftet diese für die Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers – freilich in erster Linie für dessen Verbindlichkeiten gegenüber dem Sicherungsnehmer.'[57]

Waar (aldus) bij een vervreemding de verhaalsrechtelijke toewijzing van het goed de vermogensrechtelijke toewijzing volgt (en het goed dus onderdeel wordt van het verhaalsvermogen van de verkrijger), blijft bij de vestiging van een zekerheidsrecht het goed onderdeel van het verhaalsvermogen van de zekerheidsgever. Hierin openbaart zich het voor Brinkmann doorslaggevende verschil: met de vestiging van een zekerheidsrecht wordt een verandering (in de woorden van Van den Heuvel: 'herschikking') van de faillissementsrechtelijke rangorde bij verhaal op dit verhaalsvermogen beoogd.[58] De (toekomstige) verhaalswaarde van het onderpand wordt toegewezen aan de zekerheidsgerechtigde.[59] Dat brengt Brinkmann tot de vervolgvraag in hoeverre de schuldenaar bevoegd is om op deze manier de verhaalsrechtelijke toewijzing van zijn goederen te wijzigen zonder tegelijkertijd ook de vermogensrechtelijke toewijzing te wijzigen, en dus in te breken in de faillissementsrechtelijke rangorde tussen zijn schuldeisers.[60] In deze context wijst hij – ten tweede – op het duale karakter ('*Doppelnatur*') van zekerheidsrechten: zij werken zowel in de verhouding tussen de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer als in de verhouding tussen de schuldeisers onderling.[61] Immers, enerzijds verkrijgt de zekerheidsnemer bijzondere verhaalsbevoegdheden tegenover de zekerheidsgever en anderzijds verkrijgt hij ten opzichte van zijn medeschuldeisers de aan het zekerheidsrecht verbonden, faillissementsbestendige voorrang bij verhaal. In dit laatste openbaart zich volgens Brinkmann het tweede kenmerkende onderscheid tussen overdragen en het vestigen van een zekerheidsrecht, hetgeen hij verduidelijkt aan de hand van het beeld van het faillissement als algemeen beslag ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers:

> 'Betrachtet man die insolvenzrechtliche Wirkung einer Sicherheitenbestellung im Hinblick auf das Verhältnis der Gläubiger zueinander, so wird […] deutlich, dass in der Einräumung eines Vorrechts für einen Gläubiger eine Verfügung über das (künftige) Beschlagsrecht der Insolvenzgläubiger durch den Schuldner lieft. Der Sache nach handelt es sich hierbei um die

56 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 235.
57 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 236.
58 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 236.
59 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 257.
60 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 252.
61 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 253. Dit duale karakter is eerder ook door Van den Heuvel geïdentificeerd: Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 55-57.

> Verfügung eines Nichtberechtigten, da der Schuldner über die jeweiligen Teilpfandrechte der Insolvenzgläubiger verfügt.'[62]

Brinkmann beschouwt aldus – in lijn met de eerdergenoemde opvatting van Bebchuk en Fried – een schuldenaar onbevoegd om te beschikken over de toekomstige (onderlinge) verhaalsrechten van zijn schuldeisers, aangezien deze aan henzelf toebehoren. Dat maakt dat het verschaffen van voorrang door middel van een zekerheidsrecht '*ganz deutlich*' niet kan worden gezien als iets dat 'minder' is dan overdragen; het zijn twee naar hun aard verschillende rechtshandelingen.[63]

In het voorgaande standpunt van zowel Van den Heuvel als Brinkmann schuilt evenwel een moeilijkheid, namelijk de aanname dat een overdracht *niet* leidt tot een herschikking van het verhaalsvermogen. Zo constateert Verstijlen, in reactie op Van den Heuvel:

> 'Ook door een overdracht wordt de positie van schuldeisers herschikt, omdat de verkrijger van het betreffende goed zijn vordering (tot levering) volledig krijgt voldaan, hetgeen ten koste gaat van de overige schuldeisers.'[64]

Hoewel zijn (beknopte) argument voor meerdere uitleg vatbaar is, ontluikt de kracht van dit argument zich indien de juiste vergelijking wordt gemaakt. Een zekerheidsrecht is als nevenrecht altijd verbonden aan een vordering van een schuldeiser. Dat betekent dat wanneer sec de gevolgen van de vestiging van een zekerheidsrecht centraal staan, er zal moeten worden uitgegaan van het scenario dat een zekerheidsrecht wordt gevestigd voor een bestaande vordering van een schuldeiser. Daarmee is vanzelfsprekend de herschikking van schuldeisers een feit. Wanneer in dit scenario – *ceteris paribus* – de vestiging wordt vervangen door een overdracht, is het scenario dat voorligt: een overdracht die dient als betaling in natura, aan een bestaande schuldeiser. In dit scenario kan men er niet omheen dat sprake is van een herschikking van schuldeisers, nu een van de schuldeisers zijn vordering volledig krijgt voldaan en de overige schuldeisers nog slechts verhaal kunnen nemen op het resterende verhaalsvermogen van de schuldenaar. Natuurlijk is dit niet het 'standaard' scenario van een overdracht om baat aan een derde, maar dat neemt niet weg dat dit een tegenvoorbeeld vormt voor de (impliciete) stelling dat een overdracht *niet* tot herschikking van het verhaalsvermogen leidt. Ook een overdracht *kan* tot doel hebben de faillissementsrechtelijke rangorde bij verhaal te herschikken door één of meer schuldeisers aan de toekomstige *concursus creditorum* te laten ontsnappen, als een vorm van oneigenlijke voorrang. Dit sluit aan bij het vervolgargument van Verstijlen:

> 'Zowel bij de zekerheidsrechten als bij enig ander goederenrechtelijk recht is in wezen het *droit de préférence* aan de orde: elke goederenrechtelijk rechthebbende kan zijn rechten op het goed uitoefenen voordat welke andere partij dan ook aan bod komt, schuldeisers én anderen met een jonger goederenrechtelijk recht.'[65]

62 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 253.
63 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 236.
64 Verstijlen, *TPR* 2006, p. 1172.
65 Verstijlen, *TPR* 2006, p. 1172.

Zo volgt bijvoorbeeld uit artikel 3:282 BW dat de voorrang bij verhaal niet exclusief aan de beperkte zekerheidsrechten is verbonden. Ook de beperkt genotsrechten herbergen een voorrangsrecht dat materialiseert bij verval van het beperkte recht door executie van het hoofdrecht.

Voorgaande beschouwingen raken voorts aan een verwante vraag, die van de constructie van het beperkte recht in het algemeen. Splitst een beperkt recht zich (als een taartpunt) af van een eigendomsrecht, of leidt de vestiging van een beperkt recht juist tot het ontstaan van een *nieuw* recht waarmee het eigendomsrecht vervolgens wordt bezwaard?[66] De visie die wordt aangehangen bepaalt vervolgens de aard en inhoud van het beperkte recht. In de 'afsplitsingstheorie' was het beperkte recht reeds onderdeel van het eigendomsrecht waarvan het afsplitst, en *dus* leidt dat tot de gevolgtrekking dat de beperkt gerechtigde niet méér (of andere) bevoegdheden kan krijgen dan reeds in het eigendomsrecht besloten lag.[67] Dit is anders in de 'bezwaringstheorie', aangezien het ontstaan als nieuw recht betekent dat het beperkte recht niet noodzakelijkerwijs van gelijke aard en inhoud hoeft te zijn als het eigendomsrecht waarop het rust; aan de beperkt gerechtigde kunnen – met andere woorden – ook prima eigen bevoegdheden toekomen die de eigenaar nooit had en ook nooit zal krijgen.[68]

Dit is niet de plaats om uitvoerig bij deze vraag stil te staan. Binnen het bestek van het onderhavige onderzoek is vooral relevant dat in het literatuurdebat rondom deze vraag overtuigende argumenten zijn aangehaald *voor* de bezwaringstheorie en *tegen* de afsplitsingstheorie.[69] Zo wijst De Jong erop dat aan een pandrecht bevoegdheden zijn verbonden die een eigenaar niet toekomen, zoals het recht van executoriale verkoop van het bezwaarde goed gecombineerd met voorrang bij het daaropvolgende verhaal op de executieopbrengst.[70] De pandhouder ontleent deze bevoegdheid aan de wet, wegens zijn hoedanigheid als pandhouder; dit is dan ook geen bevoegdheid die 'afsplitst' van de eigenaar naar de pandhouder.[71] Dit opent de deur voor de opvatting dat eigendom en beperkt recht – in de woorden van Mollema – 'ongelijksoortige grootheden' vormen.[72] Dit voorziet vervolgens in een aanvullend argument ten gunste van de visie dat overdragen fundamenteel anders is dan het vestigen van een beperkt (zekerheids)recht: waar bij overdracht het eigendomsrecht wordt overgedragen, wordt bij de vestiging van een beperkt recht een nieuw, andersoortig recht gecreëerd dat het eigendomsrecht van buitenaf bezwaart.

66 Koops, *MvV* 2014, p. 6.
67 Koops, *MvV* 2014, p. 6.
68 Koops, *MvV* 2014, p. 6.
69 Zie uitvoerig over dit debat: De Jong, *De structuur van het Goederenrecht (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2006 en Mollema, *Het beperkte recht* 2013.
70 De Jong, *De structuur van het Goederenrecht (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2006, nr. 240. Zie in vergelijkbare zin ook Koops, *MvV* 2014, p. 8.
71 De Jong, *De structuur van het Goederenrecht (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2006, nr. 240.
72 Mollema, *Het beperkte recht* 2013, p. 51-52. Zie ook De Jong, *De structuur van het Goederenrecht (Rechtswetenschappelijke publicaties)* 2006, nr. 19. Al laat de wijze waarop naar Nederlands recht de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht is geregeld, zich hiermee wat lastig rijmen. Zie hierover nader, kritisch op de Nederlandse regeling: Jansen, *GROM* 2008.

Transactieneutraliteit

De voorgaande kritiek van Brinkmann op de *a-maiore-ad-minus*-redenering maakt dat hij de stelling van Harris en Mooney dat de voorrang van de zekerheidsgerechtigde wordt gerechtvaardigd door de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar ferm afwijst.[73] De rechtvaardiging moet worden gezocht in de verhouding tussen de schuldeisers onderling.[74] Hierin ontwaart zich een alternatieve rechtvaardiging die Brinkmann te berde brengt: de voorrang van de zekerheidsgerechtigde is pas gerechtvaardigd – en vormt dus een gerechtvaardigde inbreuk op de *Gleichbehandlungsgrundsatz* – wanneer het zekerheidsrecht *haftungsrechtlich neutral* is gevestigd.[75] Dat wil zeggen dat de waarde die door de vestiging van het zekerheidsrecht wordt onttrokken aan het verhaal door de overige schuldeisers, wordt gecompenseerd door een equivalente verhoging van het verhaalsvermogen van de schuldenaar (door het verstrekken van krediet). Brinkmann noemt dit *haftungsrechtliche Surrogation*.[76] De transactie als geheel heeft dan, zo is de gedachte, een neutraal effect op het verhaalsvermogen van de schuldenaar; de verhaalspositie van de overige schuldeisers verslechtert niet. Er kan aldus slechts sprake zijn van neutraliteit indien het zekerheidsrecht wordt gevestigd in ruil voor *nieuw* krediet. De (onverplichte) zekerheidstelling voor reeds verstrekt krediet valt hier dus buiten.[77]

> Brinkmann sluit in dit kader aan bij de (met het voorgaande overeenkomende) gedachte achter § 142 InsO, een bepaling over de faillissementspauliana die – kort gezegd – een vóór faillissement en in ruil voor een gelijkwaardige tegenprestatie verrichte rechtshandeling (een *Bargeschäft*) in beginsel voor onaantastbaar houdt.[78]

Brinkmann maakt vervolgens een onderscheid in drie typen zekerheidstransacties die hij toetst op *haftungsrechtliche Neutralität*.[79] In de eerste plaats onderscheidt hij de zogenoemde aanschaffinanciering: de vestiging van een zekerheidsrecht op een – met nieuw krediet aangekocht – nieuw goed van de zekerheidsgever dat zonder dit krediet niet zou zijn aangeschaft.[80] Deze transactie heeft volgens Brinkmann een neutraal effect op het verhaalsvermogen, aangezien de overige schuldeisers zich zonder deze aanschaf überhaupt niet op het betreffende goed zouden hebben kunnen verhalen.[81] Hun verhaalspositie is dan ook niet verslechterd. De inbreuk op de *Gleichbehandlungsgrundsatz* is gerechtvaardigd.

---

73 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 232, 234, 236, 252-254.

74 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 254.

75 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 258-259.

76 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 260-261.

77 Waarbij dient te worden opgemerkt dat indien een dergelijke transactie vlak voor het faillissement van de zekerheidsgever wordt verricht, aan de zekerheidstelling haar werking kan worden ontnomen als zijnde paulianeus.

78 § 142 lid 1 InsO: 'Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte'; Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 260-261.

79 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 261-270.

80 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 262.

81 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 262.

Ten tweede onderscheidt Brinkmann de vestiging van zekerheidsrechten op specifieke bestaande goederen van de zekerheidsgever, in ruil voor nieuw krediet.[82] Ook hier is sprake van neutraliteit, doch onder de voorwaarde dat de hoogte van het krediet overeenstemt met de (executie)waarde van de bezwaarde goederen, aangezien de verslechtering van de verhaalspositie van de overige schuldeisers wordt gecompenseerd door de toename van het verhaalsvermogen door het verstrekte krediet.[83] Aan deze voorwaarde wordt, aldus Brinkmann, bij zekerheidsrechten per definitie voldaan, aangezien de voorrang van de zekerheidsgerechtigde slechts bestaat tot het beloop van zijn vordering. Met andere woorden: de voorrang bestaat slechts tot het bedrag waarmee de zekerheidsgerechtigde het verhaalsvermogen van de schuldenaar heeft vergroot.[84] Leidend is daarbij de omstandigheid dát dit krediet is verstrekt; het is niet relevant in hoeverre (de waarde van) dit krediet bij de faillietverklaring nog steeds onderdeel is van het verhaalsvermogen (of dat het bijv. door ongelukkige investeringen deels is verdampt).[85] Dit volgt volgens Brinkmann uit de aard van de *Gleichbehandlungsgrundsatz*:

> 'Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt [die anderen Gläubiger] nur davor, dass sich einzelne Mitgläubiger von der wechselseitigen Ausgleichshaftung ausnehmen, aber nicht vor wertmäßig neutralen Veränderungen des Bestands der ihnen haftenden Gegenstände.'[86]

De derde zekerheidstransactie die Brinkmann onderscheidt, is de vestiging (bij voorbaat) van zekerheidsrechten op toekomstige goederen.[87] Brinkmann benoemt concreet de Duitse *Globalsicherheiten mit wechselndem Bestand*: de *Globalzession* en de *Raumsicherungsübereignung*. Hier is volgens Brinkmann niet zonder meer sprake van neutraliteit, omdat er niet per definitie een evenwichtige verhouding is tussen het verstrekte krediet en de in ruil daarvoor verstrekte zekerheid.[88] De uiteindelijke omvang van de verstrekte zekerheid wordt namelijk bepaald door een feitelijkheid, namelijk – specifiek voor de context van de *Globalzession* – de vragen *a)* hoeveel vorderingen zijn geïnd; en *b)* hoeveel nieuwe vorderingen zijn ontstaan.[89] Hierin schuilt het risico dat de verhouding tussen het verstrekte krediet en de in ruil daarvoor verstrekte zekerheid uit de pas gaat lopen. Dat maakt dat volgens Brinkmann niet kan worden volgehouden dat sprake is van *haftungsrechtliche Surrogation*; daarvoor is de band tussen krediet en zekerheid te indirect.[90] Dat betekent dan ook dat deze zekerheidstransacties wel een inbreuk maken op de *Gleichbehandlungsgrundsatz* zonder dat zich hiervoor in de verhouding tussen de schuldeisers onderling een rechtvaardiging laat vinden.[91]

Het is evenwel verrassend dat Brinkmann in deze context geen aandacht besteedt aan de omstandigheid dat ook bij deze *Globalsicherheiten* de voorrang van de zekerheidsgerechtigde

82 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 263-264.
83 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 264-265, onder verwijzing naar Schwarcz, *Duke L. J.* 1997, p. 430.
84 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 264-265.
85 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 265-266.
86 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 267.
87 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 268-270.
88 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 268-269.
89 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 269-270.
90 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 270.
91 Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (JP nr. 156) 2011, p. 270.

slechts bestaat tot het bedrag van diens vordering.[92] Dat zou ook dit type zekerheidstransactie uiteindelijk toch neutraal maken: de hoogte van de tegenprestatie in ruil voor de verstrekte zekerheid (derhalve de mate waarin de zekerheidsgerechtigde het verhaalsvermogen heeft laten toenemen) is gelijk aan het bedrag dat aan het verhaal van de ongesecureerde schuldeisers wordt onttrokken. Zijn conclusie dat de aan deze zekerheidstellingen verbonden voorrang niet gerechtvaardigd is, overtuigt daarom niet.

Het argument van transactieneutraliteit is evenwel – omgekeerd – ook gebruikt ter bevestiging van de stelling van Harris en Mooney. Zo gebruikt Verstijlen, in repliek op Van den Heuvel en Bebchuk en Fried, dit argument om erop te wijzen dat de herschikking van de verhaalsrechten van de overige schuldeisers 'in de regel wel meevalt':

> 'Bovendien valt het in de regel met die herschikking wel mee, zowel bij de vestiging van een zekerheidsrecht als bij de overdracht. De zekerheidsverschaffing pleegt samen te hangen met door de zekerheidsnemer verstrekte of te verstrekken middelen; net zoals tegenover de overdracht een koopprijs pleegt te worden betaald. De transactie in haar totaliteit beschouwd, is neutraal.'[93]

Dit is voor Verstijlen een bevestiging van de *a-maiore-ad-minus*-redenering: indien de herschikking – als het kenmerkende onderscheid tussen overdragen en bezwaren – niet ook tot een daadwerkelijke verslechtering van de verhaalspositie van de overige schuldeisers leidt (lees: hun verwachte uitkering daalt), wat blijft er dan nog van dit onderscheid over? *De facto* niets, en daarmee herleeft dan de (algemene) beschikkingsvrijheid van de schuldenaar als de rechtvaardiging voor de voorrang van de zekerheidsgerechtigde.

Het verschil tussen beide benaderingen is evenwel betrekkelijk. Wanneer sterk waarde wordt gehecht aan de wijziging van de onderlinge rangorde bij verhaal (een *formele/relatieve* verandering), dan leidt de aanwezigheid van *haftungsrechtliche Neutralität* ertoe dat de voorrang van de zekerheidsgerechtigde toch gerechtvaardigd is. Wanneer evenwel juist de wijziging van de daadwerkelijke verhaalspositie van de overige schuldeisers als maatstaf wordt genomen (een *materiële/absolute* verandering), dan zal een zekerheidsstelling binnen een neutrale transactie juist niet verschillen van een reguliere overdracht. Dat maakt de voorrang van de zekerheidsgerechtigde opnieuw gerechtvaardigd, maar dan door de beschikkingsvrijheid van de schuldenaar.

Intermezzo: transacties om niet

Nu uit het voorgaande is gebleken dat bij wederkerige transacties, meer specifiek de uitruil van gelijkwaardige tegenprestaties, het kenmerkende onderscheid tussen overdragen en het vestigen van een zekerheidsrecht in de praktijk lijkt weg te vallen, rijst de vraag hoe dit uitpakt bij transacties die juist niet neutraal zijn. Het voorbeeld bij uitstek is de

92 *A)* Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat zekerheidscontructies denkbaar zijn waar dergelijke overwaarderegels niet gelden. Concreet valt te denken aan sale-and-lease-back-arrangementen, waar binnen de Nederlandse context de aanwezigheid van een overwaarderegeling een aanwijzing kan zijn dat sprake is van een verboden fiduciaire overdracht tot zekerheid (art. 3:84 lid 3 BW). *B)* Tussentijds kan het wel zo zijn dat onevenredig veel goederen zijn bezwaard (*Übersicherung*). Het is evenwel een nog open vraag in hoeverre dat de uiteindelijke verhaalspositie van de overige schuldeisers negatief beïnvloedt.

93 Verstijlen, *TPR* 2006, p. 1172.

beschikkingshandeling om niet. In hoeverre vormt de herschikking van de onderlinge verhouding van de schuldeisers hier een kenmerkend onderscheid tussen enerzijds een schenking en anderzijds de (onverplichte) vestiging van een zekerheidsrecht voor bestaand krediet? Neem ter illustratie de volgende casus:

> A is eigenaar van een auto (marktwaarde € 3.000), een fiets (marktwaarde € 1.500) en een bankrekening (positief saldo € 500). A heeft tevens drie concurrente schuldeisers: B heeft een vordering ter hoogte van € 10.000; C heeft een vordering ter hoogte van € 5.000; en D heeft een vordering ter hoogte van € 5.000. Als wordt uitgegaan van de fictieve situatie dat de opbrengst van de auto en fiets bij uitwinning in het faillissement van A gelijk is aan de marktwaarde en dat het faillissement geen (boedel)kosten met zich brengt, krijgen schuldeisers B, C en D in het faillissement ieder 25% van hun vordering uitgekeerd *(pro rata)*.

Vermogen van A				*Verhaalspositie in het faillissement van A*	
Goederen		Schulden			
Auto	€ 3.000	B	€ 10.000	*B (25%)*	*€ 2.500*
Fiets	€ 1.500	C	€ 5.000	*C (25%)*	*€ 1.250*
Bankrekening	€ 500	D	€ 5.000	*D (25%)*	*€ 1.250*
Totaal	€ 5.000	Totaal	€ 20.000	*Totaal*	*€ 5.000*

Indien A voor faillissement een (rechtsgeldig) stil pandrecht op zijn auto vestigt ter zekerheid van het reeds eerder door D verstrekte krediet, dan leidt dit vanzelfsprekend tot een herschikking van de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers. Schuldeisers B en C worden achtergesteld bij de verdeling van de opbrengst van de auto. Dat betekent in deze situatie tevens dat – ten opzichte van de beginsituatie – hun verhaalspositie in het faillissement ook in absolute zin is verslechterd. Zij krijgen ieder nog maar 12% van hun vordering uitgekeerd. Immers, D verkrijgt de opbrengst van de auto en deelt met zijn restvordering (€ 2.000), samen met B en C, *pro rata* mee in het resterende boedelactief (€ 2.000):

Vermogen van A (na de bezwaring)				*Verhaalspositie in het faillissement van A*	
Goederen		Schulden			
Auto	€ 3.000	B	€ 10.000	*B (~~25%~~ 12%)*	*€ 1.177*
Fiets	€ 1.500	C	€ 5.000	*C (~~25%~~ 12%)*	*€ 588*
Bankrekening	€ 500	D	€ 5.000	*D (~~25%~~ 65%)*	*€ 3.235*
Totaal	€ 5.000	Totaal	€ 20.000	*Totaal*	*€ 5.000*

Indien evenwel, als alternatief scenario, A voor faillissement zijn auto (rechtsgeldig) schenkt aan schuldeiser D, vermindert het verhaalsvermogen van A met € 3.000. De drie schuldeisers nemen daarbij ten opzichte van elkaar nog steeds dezelfde rangorde in bij de verdeling van dit verminderde verhaalsvermogen; zij krijgen ieder nog slechts 10% van hun vordering uitgekeerd. Hun rechten zijn aldus niet 'herschikt':

Vermogen van A (na de schenking)				*Verhaalspositie in het faillissement van A*	
Goederen		Schulden			
		B	€ 10.000	*B (~~25%~~ 10%)*	*€ 1.000*
Fiets	€ 1.500	C	€ 5.000	*C (~~25%~~ 10%)*	*€ 500*
Bankrekening	€ 500	D	€ 5.000	*D (~~25%~~ 10%)*	*€ 500*
Totaal (- € 3.000)	€ 2.000	Totaal	€ 20.000	*Totaal*	*€ 2.000*

Op het eerste gezicht houdt het door Van den Heuvel en Brinkmann geïdentificeerde onderscheid dus stand. Dit neemt evenwel niet weg dat in beide scenario's de verhaalsposities van B en C in absolute zin zijn verslechterd, en dat zij in het schenkingsscenario zelfs het slechtst af zijn. Tegelijkertijd is D in het schenkingsscenario het sterkst bevoordeeld. Hij ontvangt feitelijk € 3.500 aan waarde (de waarde van de auto én de uitkering in het faillissement), tegenover € 3.235 in het bezwaringsscenario. Hoewel zich bij deze schenking dus strikt genomen binnen het verhaalsvermogen van A geen herschikking voordoet, is wel nog steeds sprake van een feitelijke welvaartsverschuiving van B en C enerzijds naar D anderzijds. Deze welvaartsverschuiving is daarbij zelfs groter dan bij de hiervoor uitgewerkte bezwaring van de auto.

Deze uitkomst leidt in feite tot een extrapolatie van de stelling van Harris en Mooney (hiervoor, § 3.2.2.1): ook buiten de context van de wederkerige transacties doen de welvaartseffecten voor de overige schuldeisers van enerzijds zekerheidsstellingen en anderzijds overdrachten maar weinig voor elkaar onder; althans, in ieder geval binnen de context van voorgaande (sterk vereenvoudigde) voorbeelden. En dat spreekt ten gunste van de *a-maiore-ad-minus*-redenering.

3.2.2.4 'Missing link': de economische realiteit

Transactieneutraliteit nader bezien

Een perspectief dat in de voorgaande bespreking slechts beperkt ter sprake is gekomen, is de economische realiteit waarbinnen de zekerheidstransacties plaatsvinden. Alle transacties in de economie zijn gebaseerd op wederkerigheid. Marktpartijen handelen in beginsel alleen als zij daar zelf beter van worden, dus als zij meer waarde toekennen aan het goed dat zij ontvangen dan aan het goed dat zij in ruil daarvoor weggeven.[94] Daarin ligt dan ook een aanname van neutraliteit besloten, die in het voorgaande aan bod is gekomen: er vloeit door deze transacties steeds (ongeveer) evenveel waarde het vermogen in als dat eruit vloeit (vgl. hiervoor, § 3.2.2.3).

> Ook de betaling van een schuld (verplichte beschikkingshandeling) is binnen deze context steeds het afwikkelen van een dergelijke neutrale transactie: die brengt het 'evenwicht' van de transactie weer terug door na de initiële prestatie ook de tegenprestatie te verrichten.[95] Het uitgangspunt bij de beoordeling van een betaling moet dan ook *niet* zijn: de schuldeisersposities worden herschikt ten opzichte van het moment voorafgaande aan de betaling (en aldus oneigenlijke voorrang). In plaats daarvan is de relevante vraag: worden

94 Vgl. Schwartz, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2083 (zie hiervoor, § 3.2.2.2).
95 In gelijke zin Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2037-2038.

de schuldeisersposities herschikt ten opzichte van het moment voor het aangaan van de gehele transactie?

Voor de uitwerking van het begrip 'neutraliteit' – en daarmee de welvaartseffecten voor de overige schuldeisers – moet evenwel verder worden gekeken dan naar de uitruil van (met elkaar corresponderende) marktwaarde. De uiteindelijke welvaartseffecten worden namelijk bepaald door de *liquidatie*waarde van de goederen van de schuldenaar, alsook door de kosten die aan uitwinning van het betreffende type goed verbonden zijn. De aftreksom van beide (liquidatiewaarde minus uitwinningskosten) geeft de uiteindelijke uitwinningsopbrengst en het is *deze* waarde die dient te worden vergeleken om een oordeel te kunnen vellen over de neutraliteit van de transactie.

Indien de overdracht wegens verkoop in dit perspectief wordt geplaatst, levert dat het volgende op. Bij een dergelijke overdracht wordt het ene goed (voor het gemak: een zaak) omgezet in geld (doorgaans door girale overschrijving een vordering van de verkoper op zijn bank). Het spreekt voor zich dat – hoewel de marktwaarde met elkaar correspondeert – de verhaalspositie van de schuldeisers van de verkoper door deze transactie juist is verbeterd. Als zij verhaal hadden moeten nemen op de verkochte zaak, dan was de uitwinningsopbrengst (liquidatiewaarde minus uitwinningskosten) lager geweest dan wanneer zij nu verhaal zouden nemen op de op de bankrekening bijgeschreven verkoopopbrengst. Bovendien betekent verkoop dat geld binnenkomt om de schulden van de verkoper te betalen, hetgeen het nemen van verhaal niet eens nodig maakt. In zoverre levert een overdracht wegens verkoop in beginsel juist een (voorzichtig) positief welvaartseffect voor de overige schuldeisers op.

Bij een bancaire kredietransactie is de relevante vergelijking die tussen de uitstaande vordering van de bank (bestaande uit de hoofdsom van het krediet en de periodiek verschuldigde kredietkosten) en de liquidatiewaarde van de zekerheidsobjecten.[96] Twee kredietvormen zijn – in hun gesecureerde variant – te onderscheiden: aankoopfinanciering en de algemene bedrijfsfinanciering.

De aankoopfinanciering neemt hierbij direct een wat afwijkende positie in: aannemelijk is dat de waarde van het zekerheidsobject (het aangekochte goed) zonder deze financiering überhaupt geen deel had uitgemaakt van het vermogen van de kredietnemer en daarmee geen verhaalsobject had gevormd voor de overige schuldeisers.[97] Transactieneutraliteit ligt daarmee voor de hand.

Voor de algemene bedrijfsfinanciering ligt dit anders. Een bank verstrekt krediet op basis van toereikende *cash-flow*-cijfers van de kredietnemer over de afgelopen jaren en de daaraan gekoppelde *cash-flow*-verwachting voor de looptijd van de lening. Hierbij worden zekerheden verlangd op alle bestaande en toekomstige goederen van de kredietnemer, die daarmee in beginsel aan het verhaal van de overige schuldeisers worden onttrokken. Het

96 Dit is overigens een andere vraag dan of de transactie voor de kredietnemer en -gever neutraal is. Dit is een vraag naar de weging van de waarde die de kredietnemer toekent aan de tijdelijke extra koopkracht (wat het krediet in feite is) tegenover de hoogte van de rentekosten. Deze twee vragen worden in de literatuur nog wel eens met elkaar verward. Zie bijv. Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung* (HeiRA nr. 13) 2016, p. 298-299.

97 Zie hiervoor, § 3.2.2.3.

is aannemelijk dat bij deze financieringen de liquidatiewaarde van de zekerheidsobjecten lager is dan hetgeen de bank uit hoofde van de kredietrelatie (al dan niet met uitgestelde opeisbaarheid) van de kredietnemer te vorderen heeft.[98] Daarbij geldt tevens dat met het verstrekte krediet – in ieder geval voor een deel – een voortdurende omzetting van kapitaal zal plaatsvinden: van geld naar voorraad en/of duurzame productiemiddelen en terug. Hier toont zich ook het doel van het krediet: om met (geleende) waarde extra waarde te genereren (het 'hefboomeffect') en daarmee het (verhaals)vermogen van de kredietnemer te vergroten, en – belangrijker – om uitstaande schulden te betalen. Hierbij geldt steeds dat de voorrang van de zekerheidsgerechtigde op de zekerheidsobjecten zich niet verder uitstrekt dan tot de omvang van diens kredietvordering (incl. rente en kosten). Met andere woorden, het argument ligt voor de hand dat, puur kijkend naar de cijfers, de welvaartseffecten voor de overige schuldeisers juist positief zijn (grotere kans op betaling).

Wordt evenwel voorbij de cijfers gekeken, dan valt op dat de overige schuldeisers door deze gesecureerde krediettransactie wel hun vrijheid ten aanzien van de methode van verhaal verliezen. Op nagenoeg ieder goed waarop zij zich zullen willen verhalen, rust immers al een zekerheidsrecht van de bank.[99] Hierin schuilt dus wel degelijk een – zij het immaterieel – negatief welvaartseffect voor de overige schuldeisers, al is de vraag hoe negatief dit effect door hen wordt ervaren, gelet op de hiervoor genoemde positieve effecten van het bancaire krediet. Het uiteindelijke welvaartseffect voor de overige schuldeisers is dan ook een weging van beide. Voorstelbaar is dat bij normale bedrijfseconomische omstandigheden het welvaartseffect per saldo positief is. De voordelen laten zich direct voelen, terwijl de nadelen enkel in verslechterende economische omstandigheden de kop opsteken.

Voor de schuldeisers van een onderneming geldt dan ook dat geen van beide typen transacties (overdracht wegens verkoop en zekerheidsstelling wegens algemene bedrijfsfinanciering) werkelijk neutraal is. Beide typen leveren hen in beginsel een positief welvaartseffect op, waarbij het onderscheid ligt in de omvang hiervan. De verkooptransactie biedt een eenmalig positief welvaartseffect, terwijl de bancaire zekerheidstransactie een doorlopend positief welvaartseffect bewerkstelligt.

Het doel van zekerheidstransacties

Met voorgaande analyse tekent zich voorts een (in vergelijking met voorgaande paragrafen) scherper onderscheid af tussen de overdracht wegens verkoop en de bancaire zekerheidstransactie (in de vorm van algemene bedrijfsfinanciering). Dit onderscheid ligt in het doel waarmee deze transacties plaatsvinden. De overdracht wegens verkoop is gericht op de uitruil van (markt)waarde: het ene goed wordt omgezet in een qua waarde vergelijkbaar ander goed. Dit verschilt van de vestiging van zekerheidsrechten, aangezien deze vestiging juist is gericht op het verzekeren van waarde. De zekerheidsnemer verzekert zich van de waarde van het zekerheidsobject en dat maakt de verstrekking van langetermijnkrediet

98 Vgl. Messelink & Van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer (R&P nr. InsR10)* 2017/1, p. 1.

99 Naar Nederlands recht vallen vooralsnog de door middel van een contractueel bedongen verpandingsverbod (art. 3:98 jo. 3:83 lid 2 BW) onverpandbaar gemaakte handelsvorderingen hierbuiten, al is momenteel wel een wetsvoorstel aanhangig om aan deze verpandingsverboden een einde te maken (Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden).

mogelijk; krediet dat erop is gericht om met waarde (het krediet) langdurig extra waarde te genereren. Dat maakt dat de neutraliteitsgedachte met name binnen deze context moeilijk vol te houden is. Kredietverlening is een transactie die eigenlijk per definitie niet is gericht op neutraliteit maar op groei van het vermogen van de kredietnemer, waarbij in het kielzog daarvan diens overige schuldeisers in beginsel meeprofiteren. In zoverre levert dit een aanwijzing op dat de vestiging van een zekerheidsrecht van andere aard is dan een reguliere overdracht.

3.2.3 Afronding eigendom en autonomie

In het voorgaande stond de vraag centraal in hoeverre de beschikkingsvrijheid van de zekerheidsgever een rechtvaardiging vormt voor de voorrang van de zekerheidsgerechtigde. Een belangrijke graadmeter die hiervoor in de literatuur is geïdentificeerd is de vergelijking van de aard van de vestiging van een zekerheidsrecht met die van de reguliere overdracht. Uit het voorgaande volgt dat er goede gronden zijn aan te wijzen voor de visie dat het vestigen van een zekerheidsrecht inderdaad van andere aard is dan het overdragen van hetzelfde goed. In de woorden van Harris en Mooney betekent dit dus dat er grond ontstaat voor kritiek op de (ruime) beschikkingsvrijheid van de zekerheidsgever in het licht van de voorrang van zekerheidsgerechtigde; de algemene beschikkingsvrijheid dicteert de hoge voorrang van zekerheidsgerechtigden niet. Zij biedt weliswaar *een* rechtvaardiging, maar zij vertelt daarbij niet het volledige verhaal. Er bestaat ruimte voor 'maatwerk', waarbij andere rechtvaardigingsgronden de voorrang van de zekerheidsgerechtigden nader kunnen vormgeven (lees: beperken). Daaraan hoeft de beschikkingsvrijheid in beginsel niet in de weg te staan.

3.3 Economische efficiëntie

3.3.1 Inleiding

Ook de rechtseconomie biedt een invalshoek voor de rechtvaardiging van voorrangsposities bij het uitoefenen van verhaalsrechten in geval van een *concursus creditorum*. De rechtseconomie gaat primair over de invloed van het recht op het gedrag van individuen in de samenleving. Het recht wordt daarbij met een economische blik bezien, als een 'verzameling van prikkels' die het gedrag van individuen stuurt.[100] De aanname die daarbij wordt gemaakt, is dat individuen streven naar nutsmaximalisatie. Als een individu voor een keuze wordt gesteld, zal hij steeds kiezen voor het alternatief dat voor hem het beste is (en hem aldus het meeste 'nut' oplevert, de meeste welvaart brengt).[101] Sprekend over ondernemingen, leidt deze aanname van nutsmaximalisatie ertoe dat steeds wordt gekozen voor het alternatief dat per saldo de meeste winst (of althans het minste verlies) oplevert.

Een van de centrale doelen in de rechtseconomie bij de beïnvloeding van dit gedrag is het bereiken van een toestand van efficiëntie. Het gaat in dit verband dan niet zozeer om nut op individueel niveau, maar om de optelsom van het nut van alle individuen tezamen: de maatschappelijke welvaart. Efficiëntie houdt in dat deze maatschappelijke welvaart

100 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 1.
101 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.2, p. 7-8.

optimaal is.[102] Hierin schuilt de relatie met voorrang bij verhaal: in de ogen van een rechtseconoom is een bepaalde voorrangspositie gerechtvaardigd, indien het toekennen van deze voorrangspositie ertoe leidt dat de maatschappelijke welvaart toeneemt (ten opzichte van – *ceteris paribus* – de situatie zonder deze voorrangspositie).

In de Amerikaanse literatuur is in de laatste twee decennia van de vorige eeuw een uitvoerig rechtseconomisch debat gevoerd over specifiek de economische efficiëntie van de voorrang die is verbonden aan goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Een belangrijk onderdeel van dit debat betrof de schadelijke uitwerking van deze voorrang op bepaalde overige schuldeisers van de zekerheidsgever; waar de verhaalspositie van de zekerheidsnemer immers verbetert, verslechtert spiegelbeeldig de verhaalspositie van de anderen. Specifiek springen de zogenoemde *non-adjusting creditors* eruit. Dit zijn schuldeisers die niet (of slechts beperkt) in staat zijn om adequaat te reageren op de zekerheidsstelling door hun gezamenlijke schuldenaar, bijvoorbeeld omdat zij onvrijwillig schuldeiser zijn geworden of omdat zij ten opzichte van de schuldenaar in een zwakke onderhandelingspositie verkeren. Dat deed de aanvullende vraag rijzen of op grond van economische efficiëntie aan (bepaalde subcategorieën) *non-adjusting creditors* een voorrangspositie zou moeten worden toegekend. Dat zou hun welvaartsverlies kunnen beperken en zodoende tot een economisch efficiëntere uitkomst kunnen leiden.

Beide vormen van voorrang, van de zekerheidsgerechtigden en van de *non-adjusting creditors*, staan in deze paragraaf centraal. Daartoe zal eerst aandacht worden besteed aan het begrip 'economische efficiëntie' (§ 3.3.2), waarna zal worden ingegaan op de economische efficiëntie van achtereenvolgens de voorrangsposities van de zekerheidsgerechtigden (§ 3.3.3) en van de *non-adjusting creditors* (§ 3.3.4).

3.3.2 Economische efficiëntie

Voor het vaststellen van economische efficiëntie bestaan in de rechtseconomie twee standaarden. De eerste betreft het Pareto-criterium. Volgens dit criterium is een bepaalde verandering (zoals het toekennen van een voorrangspositie) efficiënt, indien de maatschappelijke welvaart toeneemt (bepaalde individuen gaan er in welvaart op vooruit) zonder dat iemand slechter af is.[103] Binnen de context van rangorde bij verhaal houdt dit in dat er sprake is van een *Pareto-verbetering* als het toekennen van een voorrangspositie aan één of meer schuldeisers geen negatieve gevolgen heeft voor de andere schuldeisers.[104] Aangezien rangorde in feite een '*zero sum game*' is – stijgen in de rangorde doet per definitie de verhaalspositie van anderen verslechteren – lijkt het Pareto-criterium geen goede maatstaf te bieden voor het beoordelen van de veranderende welvaartseffecten: in de regel leidt geen enkele verandering tot een *Pareto-verbetering*.[105]

102 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 1.

103 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.3, p. 18; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 349.

104 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 116; McCormack, *Secured Credit under English and American Law* 2004, p. 23.

105 Vgl. Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 116 en Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.4, p. 22, alsmede Hardman, *ELR* 2017, p. 34.

Om toch een oordeel te kunnen vormen over het effect op de maatschappelijke welvaart in een situatie zoals deze, is het Kaldor-Hicks-criterium ontwikkeld.[106] Volgens dit criterium is een verandering efficiënt indien deze met zich brengt dat de maatschappelijke welvaart *per saldo* toeneemt. Met andere woorden, de welvaartstoename van de 'winnaars' is groter dan het welvaartsverlies van de 'verliezers'. Er is aldus sprake van een verandering waarbij alle betrokkenen er in theorie, door onderlinge compensatie, op vooruit *zouden kunnen* gaan.[107] Of dit ook daadwerkelijk gebeurt, is niet relevant,[108] en dat geldt ook voor de wijze waarop de welvaartstoename en -afname onder de betrokkenen is verdeeld.[109] Het gaat zuiver om de nettotoename van de maatschappelijke welvaart; als daarvan sprake is, dan is de verandering economisch efficiënt en daarmee een verbetering. De vraag naar de rechtvaardigheid van de verdeling van deze welvaartseffecten blijft hierbij buiten beschouwing en is dan ook een 'blinde vlek' van de economische analyse aan de hand van het Kaldor-Hicks-criterium.[110]

Preliminair is dus vast te stellen dat een economisch efficiënte uitkomst niet automatisch ook een wenselijke einduitkomst is.[111] Hoewel een *Pareto-verbetering* naar haar aard (zijnde geen individueel welvaartsverlies) in de regel wel wenselijk zal zijn, zal voor het vaststellen van de wenselijkheid van een *Kaldor-Hicks-verbetering* een extra stap nodig zijn: het beoordelen van de wijze waarop de welvaartseffecten onder de betrokkenen worden verdeeld.[112]

3.3.3 Zekerheidsrechten en economische efficiëntie

Het Amerikaanse debat over de economische efficiëntie van zekerheidsrechten neemt vanaf 1979 een grote vlucht wanneer Jackson en Kronman een poging doen te verklaren *waarom* het recht de aan zekerheidsrechten verbonden voorrangspositie toestaat en *waarom* hiervan tevens zo wijdverbreid gebruik wordt gemaakt in het kader van kredietverlening.[113] Zij gaven hiermee de voorzet voor wat bekend staat als '*the puzzle of secured credit*': de vraag in hoeverre het toekennen van zekerheidsrechten bij de verlening van krediet daadwerkelijk economische voordelen oplevert, in de vorm van een toename van de maatschappelijke welvaart, en waarom schuldenaren hier überhaupt toe overgaan.[114]

106 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 2.
107 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/2.5, p. 23; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 349; Bloemink, *MvV* 2018, p. 55.
108 Opgemerkt zij dat indien het welvaartsverlies van de 'verliezers' wél wordt gecompenseerd, er tevens sprake is van een Pareto-verbetering. In dat geval gaat immers niemand erop achteruit. Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 117.
109 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 5.
110 Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 5.
111 Zie anders Hardman, *ELR* 2017, p. 35.
112 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 117. Vgl. Van Velthoven & Van Wijck, *Recht en efficiëntie* 2019/1, p. 5 en Bloemink, *MvV* 2018, p. 60.
113 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1146.
114 McCormack, *Secured Credit under English and American Law* 2004, p. 26; Armour, *ECFR* 2008, p. 5.

3.3.3.1 Prijs en beschikbaarheid van krediet

Een traditioneel argument voor het bestaan en het gebruik van zekerheidsrechten is dat zij leiden tot goedkoper en ruimer beschikbaar krediet. Immers, een van de onderdelen van de prijs van krediet (de rente) is de risico-opslag die de kredietverstrekker rekent ter compensatie van het risico dat het krediet niet (volledig) kan worden terugbetaald.[115] Mocht de schuldenaar in betalingsproblemen komen te verkeren, dan voorzien zekerheidsrechten de schuldeiser van een fors sterkere verhaalspositie ten aanzien van de met die zekerheidsrechten bezwaarde goederen dan indien het krediet ongesecureerd zou zijn verstrekt. Met andere woorden: de kans dat het krediet uiteindelijk (al dan niet deels) onverhaalbaar blijkt, wordt verkleind. De theoretische aanname is dan dat de verlaging van dit risico een verlaging van de risico-opslag oplevert, en daarmee – *ceteris paribus* – de prijs van het krediet verlaagt.[116] Minder theoretisch zijn de toezichtrechtelijke voorschriften die voorschrijven dat banken (de gesecureerde schuldeisers bij uitstek) een percentage van de bij hen ingelegde gelden als buffer vast dienen te houden.[117] De omvang van deze buffers is onder meer afhankelijk van de mate waarin het door de bank verstrekte krediet door zekerheidsrechten is gedekt; hoe lager deze dekkingsgraad, hoe hoger de aan te houden buffers.[118] Aangezien over deze buffers wel rente dient te worden vergoed aan de inleggers maar zij niet kunnen worden uitgeleend, vormen zij een kostenpost voor de banken. Het is voorstelbaar dat in het geval van de verstrekking van (deels) ongesecureerd krediet de aan dit krediet toe te rekenen 'bufferkosten' zullen worden doorberekend in de prijs van het krediet. Omgekeerd zal de verstrekking van gesecureerd krediet er dan – opnieuw *ceteris paribus* – toe leiden dat de kredietkosten lager zullen uitvallen. Voor een schuldenaar is het dan ook in beginsel voordelig om zekerheidsrechten te vestigen ten behoeve van één of enkele van zijn financiers.

Dit traditionele argument wordt in de rechtseconomie als onvoldoende dragend beschouwd, aangezien wordt verondersteld dat de vestiging van zekerheidsrechten een reactie van andere, ongesecureerde, schuldeisers zal oproepen. Meer concreet, in een perfecte markt (waar informatie- en transactiekosten afwezig zijn en vragers en aanbieders op gelijke voet met elkaar staan) zullen de andere schuldeisers spiegelbeeldig enkel nog bereid zijn krediet te verstrekken tegen een hogere rentevergoeding, die hun slechtere verhaalspositie weerspiegelt.[119] Het gevolg: de totale kredietkosten van de schuldenaar zullen (min of meer) gelijk blijven. De voordelen worden tenietgedaan door de nadelen.[120] Sterker nog, aangezien het vestigen van zekerheidsrechten ook kosten meebrengt, is de schuldenaar eerder slechter af.[121] Zekerheidsrechten brengen – vanuit dit oogpunt – geen efficiëntie.

115 Bloemink, *MvV* 2018, p. 53; Vgl. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico* 2009, p. 30.
116 Zie bijv. Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 118 en Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1153.
117 Zie nader (bijv.) Van den Bosch & Messelink, *NTHR* 2017, p. 109-110.
118 Van den Bosch & Messelink, *NTHR* 2017, p. 110; Wibier, in: *De Curator en de Failliet* 2019/12.2.1, p. 253-254.
119 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1147-1148; Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 7-8. Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 125.
120 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1148-1149. Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 350.
121 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 8; Armour, *ECFR* 2008, p. 5.

Echter, in werkelijkheid zullen niet alle overige schuldeisers in staat zijn adequaat te reageren op de vestiging van zekerheidsrechten door de schuldenaar, bijvoorbeeld omdat hun onderhandelingspositie jegens de schuldenaar hiervoor te zwak is.[122] De verhaalspositie van deze *non-adjusting creditors* verslechtert, maar zij kunnen het toegenomen kredietrisico niet doorberekenen aan de schuldenaar. Dit maakt dat in werkelijkheid zekerheidstelling de schuldenaar per saldo dus wél lagere kredietkosten oplevert; en dat biedt een verklaring voor de vestiging van zekerheidsrechten door de schuldenaar.

De vervolgvraag is dan of deze situatie desondanks tot een efficiënte uitkomst leidt. Met het Kaldor-Hicks-criterium als maatstaf dient er in dat geval per saldo een welvaartstijging te zijn. Het voordeel van de schuldenaar (en de gesecureerde schuldeiser) moet groter zijn dan het nadeel van de *non-adjusting creditors*. Het komt mij voor dat dit niet het geval zal zijn. Het voordeel dat de schuldenaar geniet komt immers voort uit – en is daarmee gelijk aan – het daarmee corresponderende nadeel dat de *non-adjusting creditors* lijden. Daar komt bij dat juist in deze laatste categorie schuldeisers zich schuldeisers bevinden die van alle schuldeisers eigenlijk het minst zijn toegerust om het toegenomen kredietrisico te dragen (denk aan zzp'ers).[123] Als dit grotere risico zich vervolgens verwezenlijkt, dan is goed mogelijk dat dit tot hogere kosten leidt dan wanneer een andere schuldeiser (een deel van) dit risico zou dragen, bijvoorbeeld omdat dit voor de ene diens faillissement betekent, terwijl een sterkere schuldeiser deze financiële klap wel had kunnen opvangen. Met andere woorden, de zekerheidstelling leidt tevens tot een herverdeling van kredietrisico die ertoe kan leiden dat de nadelen zelfs groter zijn dan de voordelen; per saldo een welvaartsdaling dus.

Het bovenstaande leunt voorts op de veronderstelling dat de kredietkosten van gesecureerd krediet ook in de werkelijkheid lager zijn dan de kredietkosten van ongesecureerd krediet. Op zich is anekdotisch bewijs aan te wijzen dat deze veronderstelling ondersteunt, in de zin dat alternatieve financiers (die genoegen nemen met minder zekerheden) een hogere rentevergoeding bedingen dan de traditionele banken.[124] Tegelijkertijd vormt de risico-opslag slechts één van de vele factoren die de prijs van krediet bepalen en dat maakt het moeilijk om deze veronderstelling empirisch op juistheid te toetsen, bijvoorbeeld door vergelijking van de rentevergoeding van de Nederlandse bankleningen door de jaren heen in het licht van de jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot het stille pandrecht. Ook een vergelijking tussen jurisdicties is niet eenvoudig, zo blijkt uit Schots empirisch onderzoek uit 2000-2001 naar de economische effecten van het ontbreken van een bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken aldaar. De uitkomst van dit onderzoek is dat er geen systematisch empirisch bewijs bleek te zijn voor de veronderstelling dat deze beperking ertoe leidt dat het voor het Schotse mkb moeilijker is om krediet te

122 Zie bijv. Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 352-353; Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 125; Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 882.

123 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 127; Finch, *MLR* 1999, p. 645.

124 Wibier, in: *De Curator en de Failliet* 2019/12.2.1, p. 253-254, wijzend op het Rotterdamse leningenplatform Neos dat volgens het *FD* voor het hanteren van langere looptijden (tot zeven jaar) en het vaak met minder zekerheden genoegen nemen een rentevergoeding van gemiddeld 9% verlangt (zijnde ongeveer 3 procentpunt meer dan de rentevergoeding voor een korter lopende bankleningen). Maarsen, *FD* 14 augustus 2018, p. 1.

verkrijgen.[125] Voordat hieruit echter de conclusie kan worden getrokken dat zekerheidsrechten blijkbaar een minimale invloed hebben op de prijs van krediet, komt verderop in het onderzoeksrapport een extern effect naar voren dat de uitkomst op een andere wijze zou kunnen verklaren: de opkomst van quasi-zekerheidsrechten (titelfinanciering) die financiers een vergelijkbare verhaalspositie geven als een conventioneel bezitloos zekerheidsrecht.[126] Op grond van empirisch onderzoek is het veronderstelde verband dan ook onzeker.[127] Nog steeds enkel de kredietkosten in aanmerking nemende, leidt dit ertoe dat de voordelen van gesecureerd krediet mogelijk minder groot zijn dan in het voorgaande is verondersteld. Dat zou de totale (maatschappelijke) kredietkosten dan nog meer doen stijgen dan dalen; per saldo een (grotere) welvaartsdaling dus.

In het kielzog van het prijsverlagingsargument bevindt zich het argument dat zekerheidsrechten leiden tot een verhoogde beschikbaarheid van krediet. Zo wijst Bloemink erop dat er een grens zit aan het verhogen van de risico-opslag om een zwakke verhaalspositie te compenseren; immers, de verwachte verdiencapaciteit van de schuldenaar moet toereikend zijn om de hogere rentelasten te kunnen dragen.[128] De vestiging van zekerheidsrechten ten behoeve van de financier leidt er dan toe dat ook voor projecten met een hoog (of, zoals bij een startende onderneming, onzeker) kredietrisico kredietverstrekking mogelijk is.[129] In deze omstandigheid zit een aanvullend welvaartsvoordeel voor zowel de schuldenaar als de gesecureerde schuldeiser. In het bijzonder leidt dit ertoe dat de schuldenaar met dit krediet (potentieel) extra welvaart kan genereren die hij anders niet had kunnen genereren.[130] Dit argument heeft evenwel ook een keerzijde en dat is dat – het voorgaande logisch doordenkend – bij de ontplooiing van risicovollere projecten ook het kredietrisico van de overige schuldeisers, de *non-adjusting creditors* die dit niet kunnen doorberekenen in het bijzonder, toeneemt. Tegenover dit voordeel staat dus ook een daarmee corresponderend nadeel, dat met name erin is gelegen dat de overige

125 Hamilton e.a., *Report on Business Finance and Security Over Moveable Property* 2002, p. 2, aangehaald in Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Moveable Transactions* (DP No 151) 2011, nr. 12.11-12.12.

126 Hamilton e.a., *Report on Business Finance and Security Over Moveable Property* 2002, p. 10-11, aangehaald in Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Moveable Transactions* (DP No 151) 2011, nr. 12.13.

127 Zie in dezelfde zin Bloemink, *MvV* 2018, p. 54, met nadere verwijzingen. Zie ook Spath & Bartels, in: *Capita Civilologie* 2013, p. 641, die op basis van een eigen anekdotisch empirisch onderzoek tot de voorzichtige conclusie komt dat het verband aanwezig is, maar dat de exacte uitwerking ervan onzeker is: 'De voorzichtige […] conclusie lijkt te zijn dat de reactie van financiers bij grote onzekerheid mogelijk is dat zij geen krediet verlenen en dat niet alle beperkingen van de waarde van een zekerheidsrecht leiden tot een reactie van de kredietverstrekkers.'

128 Bloemink, *MvV* 2018, p. 59. Zie ook McCormack, *Secured Credit under English and American Law* 2004, p. 16.

129 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 118; Finch, *MLR* 1999, p. 637. Zie ook, anekdotisch: Smit, *FD* 29 januari 2019, p. 10 over een poging tot het krijgen van een banklening voor de uitbreiding van een kleine sportonderneming: 'Ik was daar al een paar jaar mee bezig met verschillende banken. Die vonden het allemaal wel tof en interessant, maar ik heb geen pand, grote voorraden of andere zekerheden, dus werd het uiteindelijk toch nee.'

130 Zie bijv. Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2033.

schuldeisers door hun toegenomen kredietrisico een lager nut toekennen aan hun positie.[131] Dat maakt het moeilijk om – vanuit het oogpunt van de kosten en beschikbaarheid van krediet – het welvaartseffect te duiden.

Al met al lijken de verlaging van de prijs en verhoging van de beschikbaarheid van het krediet dan ook geen doorslaggevende argumenten te zijn voor de stelling dat de vestiging van zekerheidsrechten bij kredietverlening per saldo tot een stijging van de maatschappelijke welvaart leidt.

3.3.3.2 Monitoring

De welvaartstijging door zekerheidsrechten is in de literatuur ook gezocht in de *monitoring* die schuldeisers zouden verrichten ten aanzien van het gedrag – en in het verlengde daarvan tevens de kredietwaardigheid – van hun gezamenlijke schuldenaar. *Monitoring* door specifiek een gesecureerde schuldeiser zou kostenbesparingen meebrengen die anders niet gerealiseerd zouden kunnen worden.

Het vertrekpunt van deze theorie is voor een overwegend deel gelegen in een verondersteld belangenconflict tussen een onderneming en haar schuldeisers. Indien namelijk aan een onderneming eenmaal krediet is verstrekt, dan zou de onderneming geprikkeld kunnen raken om risicovollere activiteiten te ondernemen dan de kredietverstrekker is voorgespiegeld. Immers, indien de activiteit succesvol blijkt (het dan minder waarschijnlijke scenario), komt het grootste deel van de winst aan de onderneming toe, terwijl bij een deceptie (het meer waarschijnlijke scenario) de verliezen worden gedeeld met de kredietverstrekker.[132] Twee risico's zouden hierbij in het bijzonder in het oog springen en zien op wat wordt aangeduid als '*wealth-reducing transactions*'.[133] Dit betreft in de eerste plaats het risico dat de onderneming (een deel van) zijn goederen aan derden overdraagt om daarmee die risicovollere activiteiten mede te kunnen financieren, en ten tweede het risico dat de onderneming voor deze activiteiten extra schulden aangaat bij derden.[134] In beide gevallen ziet de kredietverstrekker zijn verhaalspositie verslechteren, ofwel omdat het verhaalsvermogen wordt verkleind, ofwel omdat het relatieve aandeel van het eerste krediet in de totale schuldenlast afneemt (bij een gelijkblijvend verhaalsvermogen). Een rationele kredietverstrekker zal – indien hij al besluit krediet te verstrekken – deze risico's verdisconteren in de prijs van het krediet. De onderneming heeft er dan ook baat bij om af te spreken dat hij niet tot dergelijke transacties zal overgaan en de kredietverstrekker zal vervolgens door *monitoring* ook erop toezien dat deze afspraken daadwerkelijk worden nageleefd. Alle kosten die verbonden zijn aan het opstellen en handhaven van deze afspraken worden aangeduid als *monitoring costs*, als specifieke vorm van *agency*

131 Hierbij zij evenwel opgemerkt dat dit kredietrisico zich natuurlijk lang niet altijd verwezenlijkt en het welvaartsverlies van deze groep daarom prima kan omslaan in een welvaartswinst indien het ontplooide (risicovolle) project uiteindelijk extra kasstromen genereert die de terugbetaling van het ongesecureerde krediet mogelijk maken. Vgl. Harris & Mooney, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2036-2037.

132 Jensen & Meckling, *JFE* 1976, p. 334. Immers, de 'winst' van de kredietverstrekker is gefixeerd op de bedongen rente. Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 36.

133 Armour, *ECFR* 2008, p. 8.

134 Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 350; Armour, *ECFR* 2008, p. 7-8.

costs.[135] Dit is een kwestie die vermoedelijk met name bij grote en langetermijnkredieten van professionele kredietverstrekkers zal spelen.

Monitoring heeft tevens een tweede component, die *alle* schuldeisers aangaat. Lang niet alle schuldeisers (te denken valt met name aan de kleinere schuldeisers) zullen namelijk de bereidheid voelen om hun schuldenaar op wangedrag te controleren, maar zullen daarentegen wel hun oog willen houden op de financiële gezondheid van hun schuldenaar, diens kredietwaardigheid.[136] Mocht het voortbestaan van de schuldenaar in het geding komen, dan hebben zij hierdoor namelijk nog de kans om tijdig te verhaal nemen en zo een potentiële *concursus creditorum* te ontwijken.

Zekerheidsgerechtigden en goedkopere monitoring

De claim dat *monitoring* specifiek door een gesecureerde schuldeiser een kostenbesparing zou opleveren is door Jackson en Kronman onderbouwd met het argument dat deze schuldeiser – ter controle van zijn verhaalspositie – niet meer het complete reilen en zeilen van de onderneming van de schuldenaar hoeft door te lichten, maar kan volstaan met het monitoren van de waarde van het onderpand (waarop zij zich aldus met voorrang kan verhalen).[137] Jackson en Kronman zien vervolgens in de omstandigheid dat zekerheidsrechten in de praktijk specifiek ten behoeve van professionele kredietverstrekkers worden gevestigd een efficiëntievoordeel, aangezien zij betogen dat deze kredietverstrekkers relatief dure *monitors* zijn. Een van de kernargumenten die zij daarvoor aandragen is dat 'gewone' handelsschuldeisers, als kenners van (de geruchten in) de branche van de schuldenaar, eenvoudig toegang zouden hebben tot informatie over de financiële gezondheid van hun schuldeiser; professionele kredietverstrekkers zouden daarentegen, meer formeel, informatieplichten moeten opleggen en eigen procedures moeten ontwikkelen om deze informatie vervolgens te kunnen beoordelen, hetgeen extra kosten met zich brengt.[138] Nu specifiek de duurste *monitors* monitoringskosten uitsparen, wordt een situatie van Kaldor-Hicks-efficiëntie bereikt: de monitoringslasten verschuiven naar hen die de *monitoring* tegen de minste kosten kunnen verrichten.[139]

Deze theorie van Jackson en Kronman is sterk bekritiseerd met het argument dat deze niet overeenkomt met de praktijk.[140] Zo komt het niet overtuigend voor dat de handelsschuldeisers eenvoudiger kunnen monitoren, vooral indien de schuldenaar (in de ogen van de schuldeiser) complexe bedrijfsactiviteiten ontplooit. Daarbij speelt mee dat indien de kredietverstrekker een bank is, de kans groot is dat de bank via de (waarschijnlijk)

135 Jensen & Meckling, *JFE* 1976, p. 337-338.

136 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 118.

137 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1153; in gelijke zin ook Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 10. Betoogd is tevens dat zelfs indien de zekerheidsrechten op feitelijk de gehele onderneming rusten, er vermoedelijk nog steeds sprake zal zijn van een kostenbesparing. Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 119.

138 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1159-1161.

139 Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1161. Zij voegen daaraan toe dat er situaties denkbaar zijn waar dit resultaat ook via overeenkomsten van rangwisseling tussen schuldeisers zal worden uitonderhandeld, waarbij de kostenbesparing vervolgens zal worden verdeeld onder de betrokkenen. De beschikbaarheid van zekerheidsrechten levert in dat verband een transactiekostenbesparing op. Jackson & Kronman, *Yale L. J.* 1979, p. 1155-1158.

140 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 11; Levmore, *Yale L. J.* 1982-1983, p. 53; Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 37-38.

door de schuldenaar bij haar aangehouden bankrekening eenvoudig gedetailleerd inzicht heeft in de activiteiten die de schuldenaar ontplooit.[141] Bovendien strookt deze theorie niet met de praktijk van bancaire kredietverlening, waar het vestigen van zekerheidsrechten hand in hand gaat met intensieve *monitoring* door de bank.[142]

Er zijn aldus andere argumenten nodig ter onderbouwing van de stelling dat een zekerheidsgerechtigde goedkoper kan monitoren dan een andere schuldeiser. In dit verband is door Van den Heuvel gewezen op de rol van banken als gespecialiseerde monitors, die door hun specialisatie in kredietverlening *financially sophisticated* zijn en schaalvoordelen genieten.[143] Bovendien hebben zij via de bankrekening van de schuldenaar doorgaans goede toegang tot informatie en hebben zij, in de gevallen waar de informatietoegang toch beperkt is, voldoende marktmacht om de schuldenaar (periodieke) informatieverplichtingen op te leggen. Deze argumenten pleiten evenwel niet zozeer voor *monitoring* door een zekerheidsgerechtigde, maar laten zien dat alleen al een specialisatie in *monitoring* kostenbesparingen biedt.

Zekerheidsrechten en 'wealth-reducing transactions'

Voor de rol van zekerheidsrechten is gewezen op twee specifieke kenmerken die in deze rechten – als goederenrechtelijk recht – besloten liggen en die specifieke voordelen bieden bij het tegengaan van de eerdergenoemde '*wealth-reducing transactions*'. Zo beperkt de vestiging van een zekerheidsrecht op een goed in de eerste plaats door zaaksgevolg de mogelijkheden om het goed over te dragen aan derden. Overdracht aan derden leidt er dan in beginsel toe dat het zekerheidsrecht mee over gaat op de verkrijger en dat het verhaalsvermogen van de schuldenaar in verhouding tot de gesecureerde schuldeiser dus intact blijft (behoudens eventuele derdenbescherming aan de zijde van de verkrijger).[144] Dit argument verliest echter kracht ten aanzien van de zekerheidsrechten op voorraden en vorderingen, aangezien deze zekerheidsrechten (te denken valt aan een *floating charge* of een stil pandrecht met vervreemdingsbevoegdheidsclausule) onbezwaarde vervreemding binnen de normale bedrijfsuitoefening niet verhinderen.[145] Ten tweede leidt de aan een zekerheidsrecht verbonden voorrang op het onderpand ertoe dat het de schuldenaar wordt bemoeilijkt nieuwe leningen aan te gaan zonder dat daar tegelijkertijd extra verhaalsvermogen tegenover staat. Nieuwe kredietverstrekkers zullen een nieuw kredietdoel dan ook op zijn merites beoordelen in plaats van dat zij ter compensatie mede kunnen leunen op het reeds aanwezige verhaalsvermogen; te risicovolle bedrijfsactiviteiten zijn daarmee (terecht) ook moeilijker financierbaar.[146] Beide kenmerken maken de *monitoring* door een zekerheidsgerechtigde krachtiger (en daarmee ook goedkoper) dan *monitoring* door een andere schuldeiser, die de afspraken over '*wealth-reducing transactions*' langs de contractuele weg zou moeten handhaven.[147] Dit tezamen maakt dat de combinatie 'bank als zekerheidsgerechtigde' als de meest kostenefficiënte *monitor* te kwalificeren is.

141 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 11, voetnoot 28.
142 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 121; Bloemink, *MvV* 2018, p. 57.
143 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 121.
144 Buckley, *Virginia L. Rev.* 1986, p. 1438; Armour, *ECFR* 2008, p. 7-8.
145 Vgl. Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 47.
146 Armour, *ECFR* 2008, p. 8.
147 Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 33-36.

Het voorgaande werpt wel de vraag op in hoeverre ook de belangen van de overige schuldeisers met deze *monitoring* worden gediend. Immers, zaaksgevolg en de aan de zekerheidsrechten verbonden voorrang dienen primair het eigen belang van de zekerheidsgerechtigde, het bewaken van *zijn* verhaalspositie. Armour wijst in dit verband op de potentiële externe effecten voor de overige schuldeisers, inhoudende dat het schuldenaren moeilijker wordt gemaakt om deze '*wealth-reducing transactions*' te verrichten.[148] Immers, de twee genoemde kenmerken van zekerheidsrechten leiden ertoe dat derden niet meer zullen willen meewerken aan deze transacties, aangezien zij daar zelf nadeel van zullen ondervinden. Dit argument vervolgens logisch doortrekkend, zou dit ertoe kunnen leiden dat de kans op faillissement van de schuldenaar wordt verkleind, hetgeen in het belang is van alle schuldeisers.[149]

Zekerheidsrechten en de algemene kredietwaardigheidscontrole

Ook met betrekking tot de tweede component van *monitoring*, het toezien op de algemene financiële gezondheid van de schuldenaar, zijn aan zekerheidsrechten positieve externe effecten voor de overige schuldeisers toegedicht. Op het moment dat het financieel slecht gaat met de schuldenaar biedt een zekerheidsrecht namelijk specifieke voordelen boven een ongesecureerde positie in de zin dat zekerheidsrechten (in meer of mindere mate) '*control rights*' geven aan de schuldeiser. De gesecureerde schuldeiser heeft, meer dan een gewone schuldeiser, invloed op de bedrijfsvoering van de in moeilijkheden verkerende schuldenaar. Enerzijds betreft dit in sommige gevallen directe controle via de benoeming van een *administrator* door een *floating-charge*-houder, ter vervanging van het zittende management van de schuldenaar, of via de effectuering van een stil pandrecht op aandelen in de schuldenaar.[150] Anderzijds kan een zekerheidsgerechtigde geloofwaardiger dreigen met het nemen van verhaal of zelfs het aanvragen van het faillissement van zijn schuldenaar, hetgeen als indirecte controle zou kunnen worden aangeduid. Immers, een zekerheidsrecht voorziet veelal in een vereenvoudigde (en daarmee relatief goedkope) uitwinningsprocedure en in faillissement heeft de zekerheidsgerechtigde vanwege zijn voorrangspositie een grote kans dat hij (een aanzienlijk deel van) zijn vordering verhaald krijgt.[151] Specifiek banken grijpen deze macht in de praktijk ook aan door schuldenaren in financiële moeilijkheden (bijvoorbeeld) onder intensief of bijzonder beheer te plaatsen om zo te pogen de schuldenaar er weer financieel bovenop te helpen.[152] Empirisch onderzoek lijkt het belang hiervan voor de overige schuldeisers van de schuldenaar te bevestigen. Zo laat een onderzoek van Franks en Sussman over bijzonder beheer bij drie Britse banken zien dat 63,0-87,2% van deze procedures eindigden zonder faillissement van de betrokken schuldenaar.[153] Ook daarin zit derhalve een positief extern effect over

148 Armour, *ECFR* 2008, p. 9.
149 Armour, *ECFR* 2008, p. 9.
150 Zie bondig over de bank als pandhouder van de aandelen in diens kredietnemer: Messelink & Van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer (R&P nr. InsR10)* 2017/4.3.1.
151 Vgl. Armour, *ECFR* 2008, p. 18.
152 Zie nader over intensief of bijzonder beheer, vanuit het perspectief van de bank: Messelink & Van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer (R&P nr. InsR10)* 2017/4.
153 Franks & Sussman, *Rev. Finance* 2005, p. 76-77. Onderzoek met betrekking tot specifiek mkb-ondernemingen in bijzonder beheer, over de periode 1997-1998 (n = 542). Zie nader, tevens over vergelijkbare onderzoeken: Armour, *ECFR* 2008, p. 18.

de overige schuldeisers, zijnde opnieuw het verkleinen van de kans op faillissement van de schuldenaar.

Hiermee ligt het argument voor de hand dat zekerheidsrechten, specifiek in de handen van banken, leiden tot concentratie van de *monitoring* en potentieel ook het daaropvolgende ingrijpen in de bedrijfsvoering bij hen die het meest zijn toegerust tot maximalisatie van de waarde van de schuldenaar in financiële moeilijkheden.[154] Dit sluit aan bij een ander, frequent opgeworpen argument, namelijk dat de overige schuldeisers zouden kunnen '*free-riden*' op de *monitoring* door de gesecureerde schuldeiser en daarmee zelf monitoringskosten besparen.[155] Dit argument is het krachtigst indien de *monitoring* door de gesecureerde schuldeiser ziet op de algehele financiële gezondheid van de schuldenaar en wordt dan ook vooral in verband gebracht met zekerheidsrechten op feitelijk de gehele onderneming van de schuldenaar.[156] Aldus zouden zekerheidsrechten dubbele *monitoring* door verschillende schuldeisers kunnen tegengaan en daarmee de totale monitoringkosten van alle schuldeisers tezamen verlagen.

Het '*free-riding*'-argument is echter niet vrij van kritiek. Zo is betoogd dat de belangen van de gesecureerde schuldeisers en de andere schuldeisers niet voldoende synchroon lopen om de *monitoring* volledig in handen van eerstgenoemde te kunnen leggen. Dit speelt met name wanneer wordt aangenomen dat de zekerheidsgerechtigde zich primair richt op het bewaken van de omvang en waarde van het onderpand en zich in mindere mate bekommert om de overige aspecten van de kredietwaardigheid van de schuldenaar. Zelfs wanneer de zekerheidsrechten rusten op nagenoeg alle goederen van de schuldenaar, dan geldt nog steeds dat de overige schuldeisers in rang zijn achtergesteld ten aanzien van dit onderpand; zij zullen voor hun verhaalsmogelijkheden afhankelijk zijn van – en daarom specifiek geïnteresseerd zijn in – de cashflow die de schuldenaar genereert.[157] Wanneer dit buiten de controle door de gesecureerde schuldeiser valt, dan kunnen de ongesecureerden het zich niet permitteren om te '*free-riden*'.

Daarnaast is gewezen op het risico dat juist de sterke verhaalspositie van de gesecureerde schuldeiser in (en buiten) faillissement een negatieve invloed zou kunnen hebben op de intensiteit van zijn *monitoring*.[158] Zo zou de gesecureerde schuldeiser mogelijk zijn controletaak minder kritisch uitvoeren en minder geneigd zijn om tijdig in te grijpen bij financiële moeilijkheden, vooral wanneer de waarde van het onderpand nog toereikend is ter voldoening van zijn vorderingen.[159]

In vergelijkbare zin is in de omstandigheid dat zekerheidsrechten het kredietrisico van de ongesecureerde schuldeisers verhogen, evengoed een aanleiding te vinden voor het

154 Vgl. Armour, *ECFR* 2008, p. 8-9.

155 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 121; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 351.

156 Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 351.

157 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 121-122; Bloemink, *MvV* 2018, p. 58.

158 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 124, onder verwijzing naar onder meer Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 901-903.

159 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 124. Zie in dit verband ook de empirische studie van Franks & Sussman, *Rev. Finance* 2005, waarin zij enig voorzichtig bewijs zien voor de stelling dat de sterke verhaalspositie van banken tot 'luiheid' in de *monitoring* leidt, specifiek doordat zij ten aanzien van de *timing* van de beslissing tot aanvragen van het faillissement sterk leunen op de waarde van het onderpand.

argument dat zij de schuldenaar juist intensiever zullen gaan monitoren.[160] Natuurlijk is het moeilijk denkbaar dat kleine schuldeisers van kortlopend krediet intensief (tegen relatief hoge kosten) zullen monitoren, maar ook deze ongesecureerde schuldeisers zouden hun krachten kunnen bundelen. In de praktijk gebeurt dit zelfs al door middel van kredietverzekeringen, waarbij een schuldeiser zich verzekert tegen betalingsonmacht van één of meer van zijn schuldenaren. In dit kader is het de kredietverzekeraar die de *monitoring* verricht ten behoeve van haar verzekerden en daarbij – als gespecialiseerde *monitor* – op gelijke wijze als een bank *financially sophisticated* is en schaalvoordelen geniet.[161] '*Free-riding*' door de ongesecureerde schuldeisers is daarmee in de praktijk, in ieder geval gedeeltelijk, niet aan de orde. Bovendien doet de intrede van kredietverzekeringen 'in de vergelijking' de vraag rijzen of hiermee niet een minstens zo goede en invloedrijke *monitor* als een gesecureerde bancaire kredietverstrekker opduikt. Immers, denkbaar is dat ook een kredietverzekeraar bij financiële moeilijkheden van de schuldenaar een vuist zal kunnen maken en veranderingen in de bedrijfsvoering zal kunnen bewerkstelligen, aangezien de schuldenaar het risico loopt dat de verzekeraar de vorderingen van zijn schuldeisers niet meer onder de kredietverzekering dekt (met daaropvolgend het risico dat zijn schuldeisers niet meer bereid zijn om bijv. nog langer op krediet te leveren).[162]

Al met al lijken de kostenbesparingen die *monitoring* door een gesecureerde schuldeiser zou bieden bij nadere overweging minder groot dan is verondersteld. Hoewel zekerheidsrechten zeker de potentie hebben om positieve externe effecten teweeg te brengen (en via die weg een besparing van maatschappelijke kosten op te leveren), is het argument dat zij tevens een besparing van de totale monitoringskosten kunnen opleveren niet overtuigend.[163] Verdedigbaar is dat een dergelijke besparing beter te realiseren is door de enkele specialisatie in *monitoring* en dat juist zekerheidsrechten in handen van de monitorende schuldeiser deze kostenbesparing voor een deel weer tenietdoen.

3.3.3.3 Signaalfunctie

De mogelijke signaalfunctie van zekerheidsrechten is in de literatuur ook aangehaald als argument dat zekerheidsrechten efficiëntievoordelen bieden. Deze signaalfunctie ziet in de kern op het efficiënter laten functioneren van een kredietmarkt die wordt gekenmerkt door asymmetrische informatie, waar aldus de kredietverstrekkers het kredietrisico van de diverse 'vragers' op de markt onvoldoende van elkaar kunnen onderscheiden. Indien er in dat geval een manier is waarop vragers met een laag risicoprofiel een betrouwbaar, van vragers met een hoog risicoprofiel onderscheidend, signaal kunnen uitzenden over

160 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 124, onder verwijzing naar Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 10-11.

161 Zie bijv. Van der Velden & Den Brinker, *FD* 7 december 2019: 'Arthur Schellekens, directeur bij kredietverzekeraar Coface […] "Wehkamp staat bij ons op een lijst met bedrijven die we intensief volgen voor onze klanten".'

162 Zie als succesvol voorbeeld van de slagkracht van een kredietverzekeraar Van der Velden & Den Brinker, *FD* 7 december 2019, waarin melding wordt gemaakt van een door een kredietverzekeraar afgedwongen herstructurering van het vermogen van het online warenhuis Wehkamp, te weten de omzetting van aandeelhoudersleningen in aandelen, zodat de aandeelhouders bij faillissement qua verhaalspositie niet meer in gelijke rang staan met de leveranciers.

163 Zie in vergelijkbare zin Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 48-49.

hun lage kredietrisico, dan bespaart dat de kredietverstrekkers informatiekosten bij het *screenen* van de potentiële kredietnemer.[164] Een dergelijk signaal is dan ook slechts effectief indien alleen de vragers met een laag risicoprofiel in staat zijn dit signaal uit te zenden; alleen dan heeft het signaal onderscheidend vermogen.[165]

In de literatuur is gesuggereerd dat het aanbieden om zekerheidsrechten te vestigen ten behoeve van de kredietverstrekkers weleens een dergelijk onderscheidend signaal zou kunnen zijn.[166] Dat zou zo zijn indien het aanbieden van zekerheidsrechten duurder is voor vragers met een laag risicoprofiel dan voor vragers met een hoog risicoprofiel. De specifieke kenmerken van een zekerheidsrecht – zo beperken zij de mogelijkheid tot het aantrekken van extra krediet bij derden en geven zij de kredietverstrekker meer controle over de kredietnemer, in het bijzonder bij financiële moeilijkheden – zouden in deze richting wijzen. Immers, bij vragers met een hoog risicoprofiel zullen deze kenmerken sterker als beperkingen c.q. reële risico's voelen dan bij vragers met een laag risicoprofiel bij wie de verwachte winstgevendheid de negatieve kant van de zekerheidsrechten overstemt; de eerstgenoemden zullen dan ook terughoudender zijn in het aanbieden van zekerheidsrechten, zo wordt verondersteld.[167]

Aan deze veronderstelling van zekerheidsrechten als onderscheidend signaal van kredietwaardigheid zitten evenwel nogal wat haken en ogen. Betoogd is dat dit signaal onvoldoende onderscheidend is. Zo hangt de bereidwilligheid van het aanbieden van zekerheidsrechten mede af van de mate van risico-aversie van de potentiële kredietnemer. Hebben twee vragers op de markt hetzelfde risicoprofiel, maar is de ene meer risico-avers dan de andere, dan zullen zij niet eenzelfde signaal over hun kredietwaardigheid uitzenden terwijl hun risicoprofiel gelijk is.[168] Bovendien is het risico onderkend dat vragers met een hoog risico, juist door zekerheidstelling aan te bieden, de schijn van kredietwaardigheid kunnen opwerpen om krediet te verkrijgen dat zij anders niet (onder die voorwaarden) zouden hebben verkregen.[169] Verder is betoogd dat, kijkend naar de kosten van zekerheidstelling, de bereidheid om zekerheidsrechten te vestigen evengoed een negatief kredietwaardigheidssignaal kan zijn. De kosten c.q. beperkingen werken namelijk het meest beknellend bij de meest kredietwaardige kredietnemers, die door de zekerheidstelling worden gehinderd in het aantrekken van aanvullend krediet; als het even kan zouden zij er juist de voorkeur aan geven geen zekerheidsrechten te hoeven vestigen om hun groeipotentieel optimaal te kunnen blijven benutten.[170] Dit is in lijn met empirisch onderzoek waaruit volgt dat in de praktijk juist kredietnemers met een hoog risicoprofiel op een gesecureerde basis lenen.[171] Dit sluit tevens aan bij het in de literatuur

164 Armour, *ECFR* 2008, p. 6; Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 98-99 en 122. Zie tevens uitgebreid over de gevolgen van dergelijke informatieasymmetrie voor het prijsevenwicht op een kredietmarkt: Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 14 e.v.

165 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 15.

166 Zie, hoewel uiteindelijk kritisch: Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 15.

167 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 15.

168 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1981, p. 17-18.

169 Schwartz, *J. Leg. Stud.* 1989, p. 246-247; Finch, *MLR* 1999, p. 649; Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 122-123.

170 Bloemink, *MvV* 2018, p. 57; Armour, *ECFR* 2008, p. 6-7; vgl. Kripke, *U. Pa. L. Rev.* 1985, p. 969-970.

171 Armour, *ECFR* 2008, p. 6, onder verwijzing naar diverse studies, waaronder Berger & Udell, *J. Monet. Econ.* 1990; zie ook Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 4 e.v., met nadere verwijzingen naar empirische literatuur.

opgeworpen argument dat in de praktijk zekerheidsrechten juist worden *verlangd* door kredietverstrekkers in plaats van *aangeboden* door de potentiële kredietnemers; en voor zover zij daarmee nog een signaal opleveren, is het eerder een signaal van een beperkt vertrouwen in de kredietwaardigheid van de kredietnemer in kwestie.[172]

Dit neemt evenwel niet weg dat zekerheidsrechten nooit een onderscheidend, positief kredietwaardigheidssignaal kunnen afgeven. Te denken valt aan de verlening van derdenzekerheid, zoals een borgtocht, waarbij een derde (al dan niet de bestuurder van de vennootschap in kwestie) instaat voor de terugbetaalverplichting van de potentiële kredietnemer.[173] Dit is een handeling waartoe een weinig kredietwaardige kredietnemer vermoedelijk minder snel geneigd zal zijn, alhoewel een kredietwaardige kredietnemer nog steeds de voorkeur zal geven aan het kunnen verkrijgen van volledig ongesecureerd krediet. Bovendien blijft ook hier het tegenargument overeind dat deze vorm van zekerheid in de praktijk juist door kredietverstrekkers zal worden *verlangd*. Het kan een betrouwbaarder signaal opleveren dan de 'standaard' zekerheidsrechten, maar écht onderscheidend zal het waarschijnlijk niet zijn.

Het overkoepelende beeld dat uit het voorgaande naar voren komt is dat het aanbieden van zekerheidsrechten een onvoldoende onderscheidend, positief signaal oplevert met betrekking tot de kredietwaardigheid van een potentiële kredietnemer. De veronderstelde kostenbesparing in de *screening* van de kredietnemers zal zich in de praktijk daarom waarschijnlijk niet voordoen; het argument dat zekerheidsrechten efficiënte kredietwaardigheidssignalen afgeven overtuigt dan ook niet.

3.3.3.4 Transparantie

Betoogd is dat zekerheidsrechten tevens op een andere manier de kosten verbonden aan asymmetrische informatie bij het aangaan van een kredietrelatie kunnen terugbrengen. Meer specifiek zouden zekerheidsrechten een rol vervullen in het terugbrengen van de kosten van het kredietwaardigheidsonderzoek dat voorafgaand aan de kredietverstrekking wordt verricht.[174] Dit kredietwaardigheidsonderzoek ziet – zo wordt aangenomen – op (in ieder geval) twee factoren, zijnde de kans op faillissement van de kredietnemer en de vermoedelijke verhaalspositie als dat faillissement intreedt. De vestiging van zekerheidsrechten voorziet potentiële kredietverstrekkers van transparantie over deze tweede factor, hun verhaalspositie bij faillissement, hetgeen het kredietwaardigheidsonderzoek van alle potentiële schuldeisers vereenvoudigt (en daarmee goedkoper maakt). Immers, kredietverstrekkers die overwegen gesecureerd krediet te verstrekken hoeven vanwege de aan het zekerheidsrecht verbonden voorrang in beginsel slechts de verwachte liquidatiewaarde van het aangeboden onderpand te onderzoeken. Is deze waarde hoger dan de hoogte van het krediet, dan is de kans op faillissement voor hen irrelevant; zij zijn dan immers – linksom of rechtsom – zeker van terugbetaling van het krediet.[175] Deze versterkte

172 Finch, *MLR* 1999, p. 649; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 352. Zie in gelijke zin Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 122-123, i.h.b. voetnoot 158.

173 Armour, *ECFR* 2008, p. 7, voetnoot 12; zie ook Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 122, die de signaalfunctie van zekerheidsrechten specifiek illustreert met het voorbeeld van borgtocht.

174 Buckley, *Virginia L. Rev.* 1986, p. 1421 en 1424.

175 Buckley, *Virginia L. Rev.* 1986, p. 1426; Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 13-14; Posner, *Economic analysis of law* 2011, p. 540.

informatiepositie leidt tot lagere informatiekosten (en daarmee transactiekosten) bij het aangaan van de kredietrelatie en levert dus een kostenbesparing op, een kostenbesparing die mogelijk ook doorwerkt in de prijs van het krediet.[176]

Ook voor de overige schuldeisers verbetert de informatiepositie bij het aangaan van hun kredietrelatie. Indien een onderneming ten behoeve van (een van) zijn kredietverstrekkers (alomvattende) zekerheidsrechten heeft gevestigd, dan is de kans groot dat de 'gewone' ongesecureerde schuldeisers in het faillissement van hun schuldenaar (nagenoeg) niets van hun vordering terugzien. Dat maakt dat zij zich bij hun kredietwaardigheidsonderzoek slechts hoeven te focussen op de eerste factor, de kans op faillissement van hun potentiële kredietnemer.[177] Om dit effect ook echt te bereiken dient evenwel de aanname te worden gemaakt dat de ongesecureerden op de hoogte zijn van de gevestigde zekerheidsrechten, althans de aanwezigheid ervan zullen verwachten.[178] Pas dan zullen zij – aldus deze theorie – hun kredietwaardigheidsonderzoek dienovereenkomstig beperken, met ook hier een informatiekostenbesparing tot gevolg. Deze theorie logisch doortrekkend, is de kostenbesparing het grootst indien de aan de zekerheidsrechten verbonden voorrangspositie absoluut is en het volledige verhaalsvermogen dekt, hoe ongelukkig dat ook uitpakt voor de verhaalspositie van de ongesecureerde schuldeisers.[179]

Ten aanzien van deze theorie zijn evenwel ook tegenargumenten geuit. Zo is aangevoerd dat zelfs in het geval dat geen van de schuldeisers gesecureerd is, een klein deel van de potentiële schuldeisers het sowieso al niet de moeite waard zal vinden om bij hun kredietbeslissing hun mogelijke verhaalspositie bij faillissement in kaart te brengen. Dit maakt de welvaartstoename minder groot dan op het eerste gezicht zou lijken, en dat doet de vraag rijzen of de te realiseren kostenbesparing de extra kosten van gesecureerd krediet nog wel blijft overstijgen.[180] Daarnaast is betoogd dat de gesecureerde kredietverstrekker er steeds de voorkeur aan zal geven om 'gewoon' door de kredietnemer terugbetaald te worden in plaats van zich actief te moeten verhalen op het onderpand; immers, met de uitwinning van de zekerheidsrechten zijn executiekosten gemoeid en die komen als eerste ten laste van de executieopbrengst, met het risico dat de resterende netto-opbrengst niet meer toereikend is ter volledige terugbetaling van het dan nog uitstaande krediet.[181] Tenzij de gesecureerde kredietverstrekker aanmerkelijk is overgesecureerd, zal enig onderzoek naar het insolventierisico van de kredietnemer daarom nodig blijven, hetgeen opnieuw de veronderstelde kostenbesparing doet slinken.[182] Echter, het is voorstelbaar dat de gesecureerde kredietverstrekker, gelet op het beperkte financiële risico, zal kunnen

176 In gelijke zin Bloemink, *MvV* 2018, p. 58.
177 Buckley, *Virginia L. Rev.* 1986, p. 1424-1426; Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 14.
178 Bloemink, *MvV* 2018, p. 58, die daarbij de veronderstelling uitspreekt dat de potentiële schuldeisers er doorgaans van zullen mogen uitgaan dat het verhaalsvermogen nagenoeg volledig met zekerheidsrechten is bezwaard.
179 Bloemink, *MvV* 2018, p. 58.
180 Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 15.
181 Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 15.
182 Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 15-16, die daarbij opmerkt dat dit zich het meest zal doen voelen als het onderpand voorraden en vorderingen betreft, aangezien de waarde van het onderpand dan zal fluctueren en laag kan zijn in tijden van financiële moeilijkheden.

volstaan met een minder diepgravend onderzoek, hetgeen uiteindelijk nog steeds tot een nettobesparing zou kunnen leiden.[183]

Daarmee vormt deze transparantietheorie – mits de veronderstellingen in de werkelijkheid juist blijken – een grondslag voor het argument dat zekerheidsrechten vanuit het oogpunt van bespaarde informatiekosten tot een nettowelvaartsstijging leidt.

3.3.3.5 Exclusiviteit

Aan zekerheidsrechten is tevens een rol toegedicht bij het terugbrengen van het welvaartsverlies door individuele verhaalsuitoefening door schuldeisers. Individuele verhaalsuitoefening leidt, zo veronderstelt deze theorie, namelijk in beginsel tot het probleem van de *common pool*: meerdere schuldeisers zullen bij financiële moeilijkheden van hun gemeenschappelijke schuldenaar proberen hun vordering (door beslag) te verhalen op diens goederen, met botsende verhaalsuitoefening tot gevolg.[184] De schuldeisers zullen immers proberen feitelijke voorrang te realiseren door vóór het eventuele faillissement van hun schuldenaar hun vordering nog voldaan te krijgen. Picker onderscheidt in dit verband drie specifieke vormen van welvaartsverlies.[185] In de eerste plaats bestaat de kans dat uitwinning leidt tot waardevernietiging, doordat de liquidatiewaarde van een goed in de regel (fors) lager ligt dan de reguliere verkoopwaarde. Ten tweede kan ook in de omstandigheid dat ondernemingsgoederen afzonderlijk, in plaats van gebundeld, worden verkocht (*piecemeal liquidation*) een waardeverlies besloten liggen, doordat de goederen tezamen een hogere waarde vertegenwoordigen dan 'de som der delen'. Ten derde zal ook al het enkele risico op deze individuele verhaalsuitoefening volgens Picker kosten met zich brengen. Schuldeisers zullen elkaar namelijk in de gaten houden (*monitoring*) om te voorkomen dat anderen het verhaalsvermogen voor hun neus wegkapen.[186] Deze *monitoring* voegt daarbij – voor de schuldeisers als geheel – geen waarde toe, maar leidt slechts tot herverdeling van de beschikbare waarde (het verhaalsvermogen).[187] Voor de schuldeisers als geheel is derhalve slechts sprake van extra kosten waar geen extra baten tegenover staan: per saldo aldus een welvaartsverlies.

Zekerheidsrechten zouden dit welvaartsverlies door botsende verhaalsuitoefening kunnen verkleinen, doordat zekerheidsrechten de *common pool* (het onbezwaarde verhaalsvermogen) verkleinen.[188] Door de aan deze zekerheidsrechten verbonden voorrangspositie dient individueel beslag op de bezwaarde goederen immers in de regel geen

183 Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 16.

184 Bloemink, *MvV* 2018, p. 58; Picker, *U. Chi. L. Rev.* 1992, p. 669; Armour, *ECFR* 2008, p. 8-9. Zie over het probleem van de *common pool* nader: Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* 2016, p. 33 e.v.

185 Picker, *U. Chi. L. Rev.* 1992, p. 670.

186 Picker, *U. Chi. L. Rev.* 1992, p. 670-671.

187 Picker, *U. Chi. L. Rev.* 1992, p. 671.

188 Bloemink, *MvV* 2018, p. 58. Een argument dat hieraan raakt, doch niet hetzelfde is, is dat de verhaalsuitoefening door een zekerheidsgerechtigde sowieso lagere (executie)kosten met zich brengt, doordat (onder meer) door de zekerheidstelling de verhaalsobjecten al zijn geïdentificeerd en de zekerheidsgerechtigde in de regel eenvoudiger tot uitwinning kan overgaan (vgl. het recht van parate executie naar Nederlands recht). Siebrasse, *A review of secured lending theory* 1997, p. 10-11, onder verwijzing naar o.a. Baird, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 2251-2252, alhoewel Baird dit niet zozeer ziet als een onderscheidend element van zekerheidsrechten, maar meer als een symptoom van slecht functionerende verhaalsprocedures voor ongesecureerde schuldeisers.

doel meer, aangezien de uitwinningsopbrengst eerst (en veelal volledig) ten goede zal komen aan de gesecureerde schuldeiser.[189] Ook hierbij geldt dat het logisch doortrekken van deze theorie de kostenbesparing optimaal doet zijn wanneer een zo groot mogelijk deel van de goederen van de schuldenaar met zekerheidsrechten is bezwaard.[190]

Indien ook hier de veronderstellingen juist zijn, is in het exclusiviteitsaspect van zekerheidsrechten eveneens een efficiëntievoordeel gelegen in de zin dat door het terugdringen van het probleem van de *common pool* een nettowelvaartsstijging kan worden gerealiseerd.

3.3.3.6 De balans opmakend: zijn zekerheidsrechten economisch efficiënt?

De vraag die zich aandient is wat nu, het voorgaande in beschouwing genomen, het overkoepelende beeld is ten aanzien van de welvaartseffecten van zekerheidsrechten in het kader van de kredietverlening. Het lijkt ontegenzeggelijk dat zekerheidsrechten positieve welvaartseffecten teweegbrengen, hetgeen vooral naar voren komt in de transparantie- en exclusiviteitsaspecten van zekerheidsrechten, alsmede in enige mate ook – vanuit het perspectief van de schuldenaar – in de kosten en beschikbaarheid van krediet. Ook op het vlak van de *monitoring* door de schuldeisers lijkt enig positief welvaartseffect te behalen, ware het niet dat de vraag gerechtvaardigd is of dit welvaartseffect niet ook (en zelfs met meer positief effect) door sec specialisatie in monitoring te realiseren is. Hiertegenover staat dat zekerheidsrechten ook tot negatieve welvaartseffecten leiden, primair in de vorm van het extra kredietrisico dat de *non-adjusting creditors* door zekerheidsstellingen wordt opgedrongen. In termen van efficiëntie kunnen zekerheidsrechten daarom hooguit tot een *Kaldor-Hicks-verbetering* leiden, indien per saldo de positieve welvaartseffecten de negatieve welvaartseffecten overstijgen.[191] Of dit ook daadwerkelijk het geval is, is – vanwege de vele veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de theorievorming over de welvaartseffecten – ongewis.[192] Wat deze uitkomst in ieder geval wel laat zien, is dat de efficiëntievraag niet de laatste vraag is die gesteld moet worden in het kader van de rechtvaardiging van de voorrangspositie van de gesecureerde schuldeisers. Ook de wenselijkheid van de verdeling van de welvaartseffecten zal daarbij moeten worden meegenomen. Hoewel deze vervolgvraag buiten het bestek van deze paragraaf valt, zal in het navolgende wel worden bezien in hoeverre (verdere) *Kaldor-Hicks-verbeteringen* mogelijk zijn door het nadeel van de *non-adjusting creditors* te beperken.

3.3.4 Non-adjusting creditors

Zoals in § 3.3.3.1 is opgemerkt ondervinden bepaalde schuldeisers in het bijzonder nadeel van de vestiging van zekerheidsrechten door hun (toekomstige) schuldenaar. Dit betreft de *non-adjusting creditors*: schuldeisers die zich – om welke reden dan ook – tegenover

189 Vgl. Finch, *MLR* 1999, p. 638; Picker, *U. Chi. L. Rev.* 1992, p. 673-675; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 351.

190 Bloemink, *MvV* 2018, p. 58.

191 In gelijke zin Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 131.

192 In gelijke zin Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung* (HeiRA nr. 13) 2016, p. 295.

de schuldenaar niet kunnen aanpassen aan het toegenomen kredietrisico dat op hun schouders komt te rusten, en het daaraan verbonden nadeel daarom zelf moeten dragen.

Deze schuldeisers zijn globaal in te delen naar de vraag of zij vrijwillig of onvrijwillig schuldeiser van de schuldenaar zijn geworden. De onvrijwillige schuldeisers zijn vanzelfsprekend per definitie niet in staat geweest zich aan te passen. Hun vorderingen zijn aan hen opgedrongen, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar jegens hen aansprakelijk is geworden wegens een gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad.[193] Ten aanzien van de vrijwillige schuldeisers gaat het om de schuldeisers die, hoewel zij bewust krediet hebben verstrekt aan de schuldenaar, niet in de gelegenheid waren het verhoogde kredietrisico door te berekenen in de prijs van het krediet (of überhaupt mee te nemen in hun kredietbeslissing). Ook hierbij zijn twee categorieën te onderscheiden, te weten zij die niet of onvoldoende op de hoogte waren van het bestaan van het zekerheidsrecht en zij die, hoewel op de hoogte, anderszins niet in de positie verkeerden om zich aan te passen aan het verhoogde kredietrisico.[194]

Kijkend naar de hiervoor in kaart gebrachte economische gevolgen van zekerheidsrechten in meer brede zin, valt met betrekking tot de *non-adjusting creditors* het volgende op. Hun nadeel is (inderdaad) geconcentreerd in het extra kredietrisico dat hen wordt opgedrongen. Voor zover dit schuldeisers zijn die vanwege hun gebrek aan aanpassingsvermogen ook niet goed zijn toegerust om dit toegenomen risico te dragen, ligt het nadeel tevens in de gevolgschade die hieruit kan ontstaan doordat het toegenomen risico zich verwezenlijkt en tot het faillissement van de betreffende schuldeiser leidt. Het gaat dan om schade zoals de onverhaalbaarheid van de vorderingen van de schuldeisers van die schuldeiser en het verlies van inkomen van zijn werknemers. Tegenover dit nadeel staat dat aan de *non-adjusting creditors* ook enig voordeel is toe te dichten in de vorm van een verlaagd risico op faillissement van de schuldenaar (§ 3.3.3.2) en van mogelijk een lagere prijs voor, en verhoogde beschikbaarheid van, bancair krediet dat zij zelf zouden willen afnemen.[195] Dat doet de vraag rijzen wat dan per saldo resteert: een nadeel of misschien toch een voordeel? Dit is een vraag die zich moeilijk leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de uiteindelijke uitkomst in een individueel geval van vele variabelen afhankelijk zal zijn.[196] Hoe dit ook zij, in beide gevallen is welvaartswinst te

193 Desalniettemin is ten aanzien van vorderingen uit wanprestatie een argument te maken dat de schuldenaar *in concreto* toch enige aanpassingsmogelijkheid zou kunnen hebben, bijvoorbeeld door de uitvoering van de op hem rustende verbintenis(sen) op te schorten. Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 353.

194 Zie nader (bijv.) Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 353. De eerste categorie zal in de praktijk evenwel weinig voorkomen. De werking van de markt maakt dat marktpartijen die structureel niet in staat zijn (of niet de noodzaak voelen) om hun kredietrisico goed in te schatten in het algemeen geen lang leven toekomt. Zie hierover nader, met een ferm pleidooi *tegen* het beschermen van deze groep, Mokal, *Corporate Insolvency Law* 2005, par. 5.4.

195 In dezelfde zin HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, r.o. 4.9.3, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*): 'Ten tweede zijn ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend.'

196 Vgl. Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 87.

behalen door het negatieve welvaartseffect voor deze groep te beperken. Immers, ook een verdere verhoging van een nettowelvaartswinst kan een efficiëntieverbetering opleveren.

In deze paragraaf zal worden bezien in hoeverre een voorrangspositie voor deze schuldeisers dit negatieve welvaartseffect kan beperken, en in breder verband, de economische efficiëntie van het gebruik van zekerheidsrechten in het kader van kredietverlening kan vergroten. Met andere woorden: is per saldo een stijging van de *maatschappelijke* welvaart te realiseren, die zich aldus voordoet indien de welvaartsstijging voor de *non-adjusting creditors* groter is dan de eventuele welvaartsdaling die deze voorrang bij anderen veroorzaakt? In het navolgende zullen enkele mogelijkheden tot bevoorrechting worden besproken.

3.3.4.1 Fixed fraction priority rules

De meest in het oog springende mogelijkheid om het nadeel van de *non-adjusting creditors* te compenseren betreft de toepassing van *fixed fraction priority*. Dit houdt in dat hetgeen aan een gesecureerde schuldeiser conform zijn voorrangspositie zou toekomen, met een vast percentage (een *fixed fraction*) wordt verminderd ten behoeve van een andere groep schuldeisers. Deze verdelingssystematiek is dan ook niet per se toegesneden op het compenseren van de *non-adjusting creditors*, maar kan wel voor dit doel worden gebruikt. *Fixed fraction priority* doet zich voor in twee varianten, die in het navolgende nader zullen worden uitgewerkt.

'Fixed fraction' van de uitwinningsopbrengst

De eerste variant vindt haar oorsprong in de hervorming van het Britse insolventierecht, concreet in het voorstel van *The Cork Committee* (1982) tot invoering van het '*10 per cent fund*'.[197] Het '*10 per cent fund*' houdt, kort weergegeven, in dat 10% van de netto-opbrengst van de door een *floating charge* bezwaarde goederen zou worden gesepareerd ter verdeling (*pro rata*) onder de ongesecureerde concurrente schuldeisers.[198]

> *The Cork Committee* (voluit *Review Committee Insolvency Law and Practice*) had onder meer tot opdracht om voorstellen te doen ter herziening van het Britse faillissementsrecht. Een van de speerpunten van de commissie is het afzwakken van de *floating charge*, vanwege de '*real injustice*' die zij kan aanrichten en om te bevorderen dat de werking van de *floating charge* binnen de EEG (in het licht van het op dat moment in voorbereiding zijnde EEG-Faillissementsverdrag) getolereerd blijft worden.[199] De commissie komt hiertoe tot het

197 Insolvency Law Review Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982; Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 88.

198 Insolvency Law Review Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982, par. 1538. Opmerking verdient dat de afscheiding ten behoeve van specifiek de concurrente schuldeisers is ingegeven door de omstandigheid dat in deze fase van de verdeling van de faillissementsboedel de overige ongesecureerde schuldeisers (de preferente alsook de boedelschuldeisers) reeds volledig zijn voldaan. Zie s. 175 en 176ZA *Insolvency Act* 1986.

199 Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982, nr. 1527-1531. Zie hierover ook Goode, *Can. Bus. L. J.* 1983-1984, p. 66-67, ook voor wat betreft de 'geboorte' van het idee voor dit voorstel: 'I speak with the detachment of one who was responsible for suggesting it in the first place, in a jocular conversation on the train home with a friend who was a member of the Committee!'

> voorstel tot invoering van het '*10 per cent fund*'. Dit voorstel gaat gepaard met wijzigingen in de bevoorrechte vorderingen, waarbij de commissie lijkt te hebben gestreefd naar het vinden van een balans tussen de verschillende belangen die bovendien acceptabel is voor de commerciële praktijk.[200] Zo wordt tevens voorgesteld het mes te zetten in de bevoorrechte vorderingen: afschaffing van diverse fiscale voorrechten en beperking van de geldingsduur van andere fiscale en sociale voorrechten.[201] Dit zou de 'pijn' verdelen tussen de zekerheidsgerechtigde en de overheid, waarbij de commissie bovendien voorziet dat het netto-effect van alle maatregelen tezamen in veel gevallen zelfs voordelig voor de *floating-charge*-houder zou gaan uitpakken (een *hogere* uitkering uit de met een *floating charge* bezwaarde goederen).[202]

Het voorstel is in 2003 in enigszins gewijzigde vorm ingevoerd als het '*prescribed part*' dat de voorrang van de *floating-charge*-houder op een gelijke wijze beperkt, ten gunste van de concurrente schuldeisers.[203] De invoering van deze verdelingsregel komt daarbij voort uit de keuze van de Britse wetgever voor afschaffing van het fiscale voorrecht, de *Crown preference*.[204]

> In de Britse rangorde van vorderingen zijn namelijk, na de voldoening van de *preferential debts*, de met een *floating charge* gesecureerde vorderingen de eerstvolgende vorderingen die voor uitdeling in aanmerking komen. De afschaffing van de *Crown preference* zou dus tot gevolg hebben dat het voordeel hiervan bij deze zekerheidsgerechtigden zou neerslaan. Dit werd als onwenselijk beschouwd. Daarom is ervoor gekozen om dit voordeel bij de opvolgend gerangschikte groep schuldeisers te laten neerslaan: de concurrente schuldeisers.[205] Via een gefixeerde inhouding op de uitkering aan de *floating-charge*-houder – ter grootte van wat voorheen door de bank genomen aan de *Crown* zou toekomen – profiteren de concurrente schuldeisers aldus van de afschaffing van de *Crown preference*. Deze inhouding betreft 50% over de eerste £ 10.000 van de uitkering, aangevuld met 20% van het meerdere, tot een maximale inhouding van in beginsel £ 800.000.[206]

De charme van deze verdelingsregel ligt in de zekerheid voor de *floating-charge*-houder: al bij het verstrekken van de financiering weet de financier welk deel van de

200 Zie Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982, nr. 1533.

201 Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982, hfdst. 32. Deze ingreep hangt samen met de visie van de commissie op voorrechten: zij leiden in de praktijk heel vaak tot een forse frustratie van het volgens de commissie 'fundamentele doel' van het faillissementsrecht dat gestreefd moet worden naar een *pari-passu*-verdeling (nr. 1396). Dit brengt de commissie tot de volgende beoordelingsmaatstaf: 'no debt should be accorded priority unless this can be justified by reference to principles of fairness and equity which would be likely to command general public acceptance' (nr. 1398).

202 Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982, nr. 1536.

203 s. 176A *Insolvency Act* 1986.

204 De reden voor deze afschaffing was erin gelegen dat dit voorrecht als een verouderd en in de huidige tijdgeest niet meer te rechtvaardigen voorrangsrecht werd beschouwd. The Insolvency Service, *Insolvency – A Second Chance* 2001, par. 2.19. Deze tijdgeest was evenwel van relatief korte duur.

205 The Insolvency Service, *Insolvency – A Second Chance* 2001, par. 2.19.

206 The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003, reg. 3, zoals aangepast in The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) (Amendment) Order 2020, reg. 2. Deze aanpassing geldt niet in de gevallen waarin de hoogst gerangschikte *floating charge* is gevestigd ('*created*') vóór 6 april 2020. De maximale inhouding is dan £ 600.000.

uitwinningsopbrengst hij in een eventueel faillissement tegemoet kan zien. Dit verlies is vooraf in te calculeren en te betrekken in de financieringsbeslissing.

> De afschaffing van de Britse *Crown preference* was evenwel van relatief korte duur. In 2020 is deze voorrang opnieuw ingevoerd voor een aantal specifieke belastingen (omzetbelasting en diverse andere belastingen en premies die door een belastingschuldige ten behoeve van de fiscus zijn ingehouden of geïnd).[207] De wetgever heeft de *prescribed part* hierbij (los van een indexering van de maximale inhouding) ongemoeid gelaten, waardoor de nadelige financiële consequenties van de herinvoering nagenoeg volledig voor rekening van de *floating-charge*-houders komen.

'Fixed fraction' van de gesecureerde vordering

De tweede variant houdt in dat een vast percentage van de (totale) gesecureerde vordering van de gesecureerde schuldeiser als ongesecureerd wordt beschouwd.[208] Het bijzondere verhaalsrecht ten aanzien van het onderpand komt deze schuldeiser derhalve slechts toe ten aanzien van een (wettelijk vastgesteld) percentage van zijn vordering. Deze '*fixed fraction*'-variant is in 1985 voorgesteld in het kader van de hervorming van het Duitse insolventierecht. Dit voorstel, afkomstig van de Duitse *Kommission für Insolvenzrecht*,[209] betrof een aanvulling op een tevens voorgestelde *fixed fraction rule* ten aanzien van de uitwinningsopbrengst. Deze combinatie van *fixed fraction rules* hield in dat het voorrangsrecht van de gesecureerde schuldeiser zich in beginsel beperkte tot 75% van de uitwinningsopbrengst, tenzij de uitwinningsopbrengst de waarde van de gesecureerde vordering oversteeg. In dit laatste geval werd de werking van het voorrangsrecht beperkt tot 75% van de gesecureerde vordering.[210] Met deze aanvullende afdrachtsregel beoogde de commissie te voorkomen dat kredietverstrekkers door oversecurering – meer zekerheden bedingen dan de hoogte van de gesecureerde vordering rechtvaardigt[211] – de werking van de eerste afdrachtsregel zouden ondermijnen.[212] Het afdrachtsvoorstel was deels rechtseconomisch georiënteerd in de zin dat het gedeeltelijk werd gebracht als een compensatie voor de beperkte mogelijkheden tot *monitoring* van de schuldenaar door de ongesecureerde schuldeisers.[213]

> Het Duitse voorstel tot deze dubbele *fixed fraction rule* heeft de eindstreep van het wetgevingsproces uiteindelijk niet gehaald.[214] Een van de redenen hiervoor was een gebrek aan draagvlak vanwege de deels herverdelende strekking van het voorstel. De commissie had met het voorstel een duidelijk herverdelend doel voor ogen. Zij beoogde met de afdrachtsregel de ongesecureerde schuldeisers een compensatie te bieden voor de forse beperking van hun verhaalspositie door de erkenning van de zekerheidsoverdracht en het verlengd en

207 Zie hierover nader: West & James, *Insolv. Int.* 2021.
208 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 909.
209 Deze commissie is in 1978 door de Duitse overheid ingesteld met de opdracht om voorstellen te doen ter herziening van het Duitse faillissementsrecht. Van der Linden van Sprankhuizen, *TvI* 2020/3, p. 9.
210 Kommission für Insolvenzrecht, *Erster Bericht* 1985, p. 312.
211 Zie over oversecurering in de Duitse context ('*Übersicherung*') nader Van Uden, *TvI* 2019/9.
212 Kommission für Insolvenzrecht, *Erster Bericht* 1985, p. 314.
213 Drukarczyk, *Int. Rev. Law & Econ.* 1991, p. 205.
214 Zie hierover uitgebreid: Van der Linden van Sprankhuizen, *TvI* 2020/3.

verbreed eigendomsvoorbehoud in de Duitse rechtspraak.[215] Deze duidelijk herverdelende strekking werd negatief ontvangen, waarna het doel werd teruggebracht tot een streven naar een 'rechtvaardige verdeling'. Dit heeft de afdrachtsregel van kleur doen verschieten tot een regeling die voorkomt dat de kosten ter afwikkeling van de zekerheidsrechten nog op de boedel (en daarmee uiteindelijk de concurrente schuldeisers) kunnen worden afgewenteld. Aan de zekerheidsgerechtigden wordt hierin een afdracht opgelegd van in beginsel 9% van de uitwinningsopbrengst ter dekking van de door de curator gemaakte *Feststellungs- und Verwertungskosten* ter afwikkeling van de zekerheidsrechten in het faillissement (§§ 170 en 171 InsO).

De veronderstelde welvaartseffecten van fixed fraction priority

Aangezien beide *fixed fraction priority rules* het nadeel van de *non-adjusting creditors* voor een deel kunnen compenseren, ligt het in de rede dat er een (bescheiden) welvaartsstijging kan worden gerealiseerd ten opzichte van de situatie waar de gesecureerde schuldeiser *full priority* toekomt.[216] Voor een volledig beeld dient evenwel ook naar de andere zijde van de medaille te worden gekeken: de kosten die deze voorrangsregels mogelijk creëren. In dit verband valt de eenvoud en voorspelbaarheid van beide voorrangsregels positief op. Er hoeft in de eerste plaats geen aanvullend onderscheid te worden gemaakt naar welke (soorten) ongesecureerde schuldeisers voor de voorrang in aanmerking zouden moeten komen. Immers, aan alle (resterende) ongesecureerde schuldeisers komt deze voorrang toe. Ten tweede is voor de gesecureerde schuldeiser bij aanvang van diens kredietrelatie al duidelijk met welke afdracht (of inhouding) hij rekening moet houden.[217] Dat doet veronderstellen dat het onwaarschijnlijk is dat dit grote gevolgen heeft voor de prijs en beschikbaarheid van krediet, zeker indien de '*fixed fraction*' een bescheiden percentage behelst.[218]

Tegelijkertijd is in de literatuur opgemerkt dat het voordeel voor de *non-adjusting creditors* mogelijk *ex ante* door gedragsverandering van professionele kredietverstrekkers teniet kan worden gedaan. Zo is voorstelbaar dat naarmate het aandeel van de '*fixed fraction*' toeneemt, tevens de kans toeneemt dat deze kredietverstrekkers hun toevlucht gaan zoeken in zekerheidsarrangementen waarop deze voorrangsregels niet van toepassing zijn (te denken valt aan quasi-zekerheidsrechten zoals *sale-and-lease-back*-transacties).[219]

---

215 Kommission für Insolvenzrecht, *Erster Bericht* 1985, p. 312.

216 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 910.

217 Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 89. In het Verenigd Koninkrijk is de rechtszekerheid van de gesecureerde schuldeiser er zelfs op vooruitgegaan, aangezien het '*prescribed part*' als vaste afslag in de plaats is gekomen van de *Crown preference*, (waar de 'afslag' afhankelijk was van de hoogte van de nog openstaande fiscale vorderingen). Althans, totdat de *Crown preference* in 2020 opnieuw is ingevoerd. De huidige combinatie van '*prescribed part*' en *Crown preference* wordt wel omschreven als '*the worst of all worlds*' voor de gesecureerde schuldeisers. Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 356-357.

218 Vgl. Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 89.

219 Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 87, 89; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 357. Interessant is in dit verband de observatie van Finch en Milman dat de functionele benadering van het Amerikaanse Article 9 UCC wel de mogelijkheid biedt om ook quasi-zekerheidsrechten eenvoudig onder de reikwijdte van een dergelijke voorrangsregel te laten vallen. Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 95.

Empirische data uit het Verenigd Koninkrijk tonen de aannemelijkheid hiervan. Zo volgt uit een studie van Akintola over de periode 2006-2011[220] dat van 1.160 onderzochte *administrations* en *creditor's voluntary liquidations* waar ten bate van een financier een *floating charge* was gevestigd, dit in 1.033 gevallen onderdeel was van een groter zekerhedenarrangement.[221] Uit deze studie volgt tevens dat in slechts 244 van deze 1.160 insolventieprocedures de *floating charge* daadwerkelijk een uitkering aan de *floating-charge*-houder genereerde.[222] Dit suggereert dat de *floating charge* in het Verenigd Koninkrijk door financiers vooral als '*mop-up debt realisation device*' wordt gebruikt.[223] Voor zover deze cijfers niet al een gedragseffect in reactie op de invoering van de *prescribed part* laten zien (dat is niet onderzocht), laten de cijfers in ieder geval wel zien dat financiers al in veel gevallen voor diversificatie van hun zekerhedenportefeuille zorgen.

Een andere kanttekening met betrekking tot de regels aangaande '*fixed fractions*' van de uitwinningsopbrengst is dat zij – zoals de Duitse *Kommission für Insolvenzrecht* al voorzag – oversecurering in de hand kunnen werken. Gesecureerde schuldeisers die voorzien dat zij een bepaald percentage van de uitwinningsopbrengst zullen moeten afstaan, zullen mogelijk geneigd zijn zich voor dit percentage te oversecureren om hun vordering alsnog volledig uit het onderpand te kunnen verhalen.[224] Dit risico is te ondervangen door de '*fixed fraction*' toe te spitsen op de gesecureerde vordering of door beide *fixed fraction rules* te combineren.

Tegen de *fixed fraction priority rule* is voorts nog aangevoerd dat zij het risico in zich zou bergen dat ongesecureerde schuldeisers worden geprikkeld om zich niet aan te passen (met welvaartsverlies tot gevolg). Immers, ook aan de schuldeisers die de mogelijkheid hadden zich aan te passen, maar daarvoor niet hebben gekozen, komt de voorrangspositie toe.[225] Het is evenwel onwaarschijnlijk dat dit risico zich in de praktijk zal verwezenlijken, aangezien de ervaringen met het Britse *prescribed part* uitwijzen dat de individuele uitkeringen uit dit fonds doorgaans laag zijn; een écht voordeel (zodanig dat een gedragsverandering rendabel wordt) wordt derhalve niet gerealiseerd.[226] Dit raakt tevens aan een verwante kritiek op de *prescribed part*. Zo laten de data uit de hiervoor aangehaalde empirische studie een verband zien tussen het aantal begunstigde schuldeisers en de kosten van het *prescribed part*. Hoe groter deze groep begunstigden, hoe hoger de kosten van de *office holder* (verbonden aan de verificatie van de vorderingen en verdere afhandeling van het fonds) uitvallen, met als gevolg dat een groot deel van de afgescheiden gelden dan niet bij deze schuldeisers terechtkomt, maar opgaat aan

220 De studie betrof 2.129 ondernemingen die in de periode 2006-2011 in *administration* of *creditor's voluntary liquidation* raakten. Akintola, *What is left of the floating charge* 2016, p. 35-36.

221 Akintola, *What is left of the floating charge* 2016, p. 43-45.

222 Voor wat betreft de *floating charges* die zijn ontstaan na de inwerkingtreding van de Enterprise Act (leidend o.a. tot de invoering van de *prescribed part*), betrof dit 146 van in totaal 704 insolventieprocedures. Akintola, *What is left of the floating charge* 2016, p. 45-46.

223 Akintola, *What is left of the floating charge* 2016, p. 45. De auteur geeft in dit verband evenwel ook een tweede belangrijke reden voor het bedingen van een *floating charge*: het geeft de financier de bevoegdheid om bij naderende insolventie van de onderneming een *administrator* aan te stellen die het spreekwoordelijke roer overneemt. Dat is aldus het gebruik van de *floating charge* als *'management replacing device'*.

224 Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 356.

225 Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 357.

226 Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 357.

administratiekosten.[227] Als het gaat om het opzetten van een *fixed fraction priority rule* ten bate van de *non-adjusting creditors* is het daarom voor het welvaartseffect van deze regel van belang dat de kring van begunstigden klein gehouden wordt. Dat pleit ervoor om een dergelijke voorrangsregel niet ten bate van alle ongesecureerde schuldeisers te laten gelden, maar juist zoveel mogelijk te beperken tot de *non-adjusting creditors*.

Hoewel het voorgaande geen louter positief beeld oplevert van de veronderstelde welvaartseffecten, volgt hieruit wel dat een *fixed fraction priority rule* – onder de juiste randvoorwaarden – enig efficiëntievoordeel zou kunnen opleveren. Het nadeel van de *non-adjusting creditors* wordt in enige mate gecompenseerd, terwijl de hieraan mogelijk verbonden negatieve welvaartseffecten mee lijken te vallen.

3.3.4.2 Adjustable priority rule

In de literatuur is ook de mogelijkheid geopperd om te komen tot een volledige compensatie van het nadeel van de *non-adjusting creditors*. Zo stellen Bebchuk en Fried de introductie van een *adjustable priority rule* voor.[228] Deze voorrangsregel betreft – in zijn meest pure vorm – een 'superpreferentie' voor álle *non-adjusting creditors*. Hun vorderingen komen in rang boven de vordering van de zekerheidsgerechtigde(n) aan wiens zekerheidsrechten zij zich niet konden aanpassen.[229] De rang van de overige ongesecureerde schuldeisers (de '*adjusters*') blijft daarbij gelijk, achtergesteld ten opzichte van de zekerheidsgerechtigde(n).

Alhoewel het ondoenlijk is om in een concrete *concursus creditorum* na te gaan welke individuele schuldeisers zich daadwerkelijk niet hebben kunnen aanpassen, wijzen Bebchuk en Fried erop dat het wel mogelijk is een aantal groepen schuldeisers te onderscheiden die in het algemeen als *non-adjusting creditors* zijn te kwalificeren en aan deze groepen vervolgens deze voorrangspositie toe te kennen. Zij onderscheiden daarbij primair: *i)* schuldeisers met vorderingen daterend van voor de vestiging van de zekerheidsrechten; *ii)* schuldeisers met vorderingen uit buitencontractuele aansprakelijkheid; *iii)* de fiscus; en *iv)* werknemers, klanten en andere schuldeisers buiten de kredietbranche die niet in staat waren de aanwezigheid van de zekerheidsrechten mee te wegen bij het sluiten van hun overeenkomsten met de schuldenaar.[230] Dat zou het daadwerkelijk geleden nadeel van alle *non-adjusting creditors* in ieder geval voor een groot deel compenseren.

Zoals Bebchuk en Fried ook onderkennen, zit in de kracht van deze voorrangsregel (nagenoeg volledige nadeelcompensatie voor de *non-adjusting creditors*) tevens zijn zwakte. De regel gaat namelijk ten koste van de voorspelbaarheid van de verhaalspositie van de gesecureerde schuldeiser.[231] Onzeker is wat de precieze hoogte zal zijn van de vorderingen die in rang boven de gesecureerde vorderingen gaan. Het enige dat wel

227 Akintola, *Insolv. Int.* 2017, gebaseerd op data in Akintola, *What is left of the floating charge* 2016, p. 112-118. Een vervolgstudie van vijftig *prescribed part funds* in *administrations* geopend in de periode 2012-2016 laat hetzelfde resultaat zien. Akintola, *Insolv. Int.* 2019.

228 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 905-909.

229 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 905-906.

230 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 908. Bovendien breken zij een lans voor het automatisch toekennen van de '*non adjusting treatment*' aan alle schuldeisers wier vorderingen onder een bepaald bedrag vallen, met als argument dat het voor zulke schuldeisers rationeel gezien niet de moeite waard is om onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van de schuldenaar. De door henzelf voorgestelde grens leggen zij evenwel relatief hoog: $ 10.000 of 25.000 (p. 908-909).

231 Bebchuk & Fried, *Yale L. J.* 1996, p. 909.

zeker zal zijn, is dat het (gelet op voorgaande opsomming) geenszins een gering bedrag zal zijn. Het kredietrisico van de gesecureerde schuldeiser zal door deze voorrangsregel dan ook zeker toenemen én bovendien moeilijk kwantificeerbaar zijn. Het ligt daarmee voor de hand dat dit de beschikbaarheid van krediet onder druk zal zetten.[232] Daarom is – als middenweg – ook wel voorgesteld om de schuldeisers met vorderingen uit buitencontractuele aansprakelijkheid alsmede de fiscus buiten deze voorrangsregel te houden. Van de overgebleven schuldeisers zou het risico namelijk beter te overzien zijn.[233] Desalniettemin neemt het kredietrisico van de gesecureerde schuldeisers ontegenzeggelijk toe, nog steeds tot een niet te kwantificeren niveau. Dat zal de prijs en beschikbaarheid van krediet vervolgens in negatieve zin beïnvloeden, waarbij voorts de kernvraag is of het daarmee gemoeide welvaartsverlies (in bijv. gemiste investeringskansen) hoger is dan de welvaartswinst voor de bevoordeelde *non-adjusting creditors*. Bovendien zal – meer nog dan in het geval van de *fixed fraction priority rule* – het risico op de loer liggen dat de professionele kredietverstrekkers deze voorrangsregel zullen proberen te ontwijken door hun toevlucht te zoeken in (zekerheids)arrangementen waarop deze voorrangsregel niet van toepassing is; met als gevolg dat de veronderstelde welvaartseffecten van deze voorrangsregel (in ieder geval deels) in de praktijk niet zullen worden gerealiseerd.

Al met al lijkt het dan ook onwaarschijnlijk dat de invoering van een *adjustable priority rule*, primair vanwege de beperkte voorspelbaarheid van de verhaalspositie van de gesecureerde schuldeisers, per saldo een stijging van de maatschappelijke welvaart teweeg zal kunnen brengen.

3.3.4.3 Superpreferentie voor onvrijwillige schuldeisers

Een met de *adjustable priority rule* verwant voorstel komt van LoPucki en betreft de toekenning van een superpreferente positie, rangschikkend boven de zekerheidsgerechtigde(n), aan specifiek de onvrijwillige schuldeisers.[234] Dit voorstel komt voort uit LoPucki's fundamentele kritiek op het instituut van zekerheidsrechten, dat een prikkel zou geven aan ondernemingen om hun (primair buitencontractuele) aansprakelijkheid weg te poetsen. Immers, indien feitelijk de gehele onderneming met zekerheidsrechten is bezwaard voor de vorderingen van de zekerheidsgerechtigden, en de onderneming heeft tevens een aantal schuldeisers wier vorderingen voortkomen uit een door de onderneming jegens hen gepleegde onrechtmatige daad, dan zou de onderneming geprikkeld worden om door middel van haar eigen faillissement deze vorderingen onverhaalbaar te maken en vervolgens zelf een nieuwe start te maken (in een nieuwe rechtspersoon).[235] Omdat de ongesecureerde vorderingen van de onvrijwillige schuldeisers zijn achtergesteld op de vorderingen van de zekerheidsgerechtigde(n), zal er voor deze schuldeisers praktisch niets resteren in de faillissementsboedel. De enige reden waarom het systeem van gesecureerd krediet desondanks werkt, is, aldus LoPucki, dat de aan faillissement verbonden

232 In gelijke zin Helsen, *The Law and Economics of Secured Lending* (PLS nr. XII) 2021, nr. 387. Zie in dit verband ook Spath & Bartels, in: *Capita Civilologie* 2013, p. 640, waarin aan de hand van anekdotisch empirisch bewijs de aanname dat onzekerheid leidt tot een gebrek aan financieringsbereidheid wordt bevestigd.

233 Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 94.

234 LoPucki, *Virginia L. Rev.* 1994.

235 LoPucki, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 1903.

transactiekosten en reputatieschade veel ondernemingen van deze praktijken zullen weerhouden.[236]

Dit vertrekpunt brengt LoPucki tot zijn voorstel, dat – zo veronderstelt hij – potentiële gesecureerde schuldeisers terughoudender zal maken in het verstrekken van krediet. Zij zullen het extra kredietrisico dat zij lopen verdisconteren in ofwel de hoogte ofwel de prijs van het krediet.[237] De welvaartswinst schuilt daarbij in de omstandigheid dat activiteiten waarbij de te verwachte welvaartsstijging kleiner is dan het aan de activiteiten verbonden aansprakelijkheidsrisico, niet zullen worden gefinancierd en om die reden geen doorgang kunnen vinden.[238] Met andere woorden, kredietbeslissingen die leiden tot economisch inefficiënte uitkomsten (per saldo dalende maatschappelijke welvaart) worden verhinderd.

Deze voorgestelde voorrangspositie is niet zonder kritiek gebleven. Zo is tegengeworpen dat het maar de vraag is of de onvrijwillige schuldeisers daadwerkelijk beter af zijn. Natuurlijk staan zij bij faillissement vooraan, maar denkbaar is dat een dergelijke schuldeiser *in concreto* de voorkeur geeft – en aldus een hoger nut toekent – aan het buiten faillissement verhalen van zijn vordering, waarbij dan verhaal op een (vanwege ruim verstrekt krediet) bloeiende onderneming is te prefereren boven verhaal op een onderneming die vanwege gemiste groeipotentie (door negatieve kredietbeslissingen) überhaupt weinig verhaal biedt.[239] Tevens is de vraag opgeworpen hoe reëel LoPucki's veronderstelling van strategische faillissementen in de praktijk is, en of het voorstel dan ook daadwerkelijk die verwachte kostenbesparing oplevert. Zo heeft Mokal betoogd dat vooral bij kleinere ondernemingen de kosten van een strategisch faillissement veel te hoog zijn om hieruit een financieel voordeel te genereren. Deze ondernemingen zijn in de praktijk namelijk niet volledig met vreemd vermogen gefinancierd, en veelal zullen door de kredietverstrekker private borgstellingen zijn bedongen in aanvulling op de goederenrechtelijke zekerheidsrechten.[240]

Dit roept dan ook de vervolgvraag op in hoeverre de oplossing niet eigenlijk schadelijker is voor de maatschappelijke welvaart dan het probleem dat zij tracht op te lossen. Indien immers de besparing zich niet vaak zal voordoen, doch professionele kredietverstrekkers hun verhoogde kredietrisico wel consequent doorberekenen, bestaat het risico dat ook economisch efficiënte kredietbeslissingen (waarbij het verwachte welvaartseffect klein maar wel nog steeds positief is) worden verhinderd.[241] Om deze reden is als alternatief voor deze superpreferentie voorgesteld de compensatie van deze schuldeisers eerder te zoeken in het opleggen van een wettelijke plicht tot het afsluiten van (aansprakelijkheids)-verzekeringen voor specifieke risico's.[242]

---

236 LoPucki, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 1905.

237 LoPucki, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 1909-1910, onder verwijzing naar Shupack, *Rutgers L. Rev.* 1988-1989, p. 1100-1101. Bovendien zou volgens LoPucki dit extra kredietrisico van de gesecureerde schuldeiser verzekerbaar en daarmee beheersbaar zijn, waarbij de verzekeringspremie in de vorm van extra risico-opslag wordt doorbelast aan de kredietnemer (p. 1911-1912).

238 LoPucki, *Virginia L. Rev.* 1994, p. 1910-1911.

239 Shupack, *Rutgers L. Rev.* 1988-1989, p. 1112, door Shupack samengevat als 'Tort claimants might therefore prefer subordination, combined with survival of the debtor, to the debtor's liquidation.'

240 Mokal, *Corporate Insolvency Law* 2005, p. 145-147.

241 Vgl. Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 91.

242 Zie nader Finch & Milman, *Corporate insolvency law* 2017, p. 90-92; Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, p. 354.

3.3.5 Afronding economische efficiëntie

In deze paragraaf stond de vraag centraal in hoeverre economische efficiëntie een rechtvaardiging biedt voor de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden en van de *non-adjusting creditors*. Uit het voorgaande volgt in de eerste plaats dat, ten aanzien van de voorrang van de zekerheidsgerechtigden, de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten – die ten dele ook uit de voorrang voortkomen – inderdaad voorzien in een verklaring voor deze voorrang.[243] De positieve welvaartseffecten komen vooral naar voren in de transparantie- en exclusiviteitsaspecten van zekerheidsrechten, alsook in enige mate in de kosten en beschikbaarheid van krediet en op het vlak van de *monitoring* door de schuldeisers. Tegelijkertijd is hiermee niet gezegd dat geen verdere welvaartsverbeteringen te bereiken zijn. Wanneer het rechtseconomisch streven naar efficiëntie als een sturende factor wordt beschouwd in het denken over rangorde bij verhaal, dan kan dat aanleiding geven om de plaats van zekerheidsgerechtigden in de rangorde aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Zo is bijvoorbeeld verdedigbaar dat het positieve welvaartseffect uit *monitoring* groter wordt naarmate de *monitorende* partij in een potentiële *concursus* een lagere voorrangspositie zal hebben, zolang er maar specialisatie in *monitoring* is.[244] In de praktijk vindt dergelijke gespecialiseerde monitoring ook al plaats, door kredietverzekeraars die in een *concursus* de verhaalspositie van hun verzekerden (veelal concurrente handelsschuldeisers) overnemen. Voor de positie van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal betekent dit dat er ruimte ontstaat voor de verlaging van hun voorrangspositie. Dat heeft – sec vanuit monitoring bekeken – een positief welvaartseffect. Daarnaast staat tegenover de veronderstelde positieve welvaartseffecten ook een negatief welvaartseffect voor de *non-adjusting creditors*, die om welke reden dan ook hun toegenomen kredietrisico (door de zekerheidsrechten van een derde) niet kunnen verdisconteren in hun verhouding tot de schuldenaar. Er is dan een efficiëntieverbetering te behalen indien dit negatieve welvaartseffect kan worden verminderd op een manier die een nettowelvaartsstijging oplevert. Met andere woorden: het welvaartsvoordeel van deze groep moet groter zijn dan de eventueel daarmee gepaard gaande welvaartsdaling van anderen. Dit brengt economische efficiëntie als rechtvaardiging voor de voorrang van deze *non-adjusting creditors* in beeld. Voor deze voorrang zijn reeds initiatieven ontplooid, die neerkomen op de introductie van – al dan niet partiële – voorrangsposities boven de rang van zekerheidsgerechtigden.[245] De ruimte voor efficiëntieverbeteringen ligt dan in rangordewijzigingen waarbij de welvaartsstijging (primair liggend bij de *non-adjusting creditors*) groter is dan de welvaartsdaling (primair liggend bij de zekerheidsgerechtigden). Van de onderzochte initiatieven heeft een *fixed fraction priority rule*, zoveel mogelijk toegespitst op voorrang voor de *non-adjusting creditors*, de beste kaarten om per saldo tot een efficiëntieverbetering te leiden.

243 Zie § 3.3.3.
244 Zie § 3.3.3.2.
245 Zie § 3.3.4.

3.4 Continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar

3.4.1 Inleiding

Het bevorderen van de continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar als rechtvaardigingsgrond voor het beïnvloeden van de rangorde tussen schuldeisers is een rechtvaardigingsgrond die in de literatuur in twee gedaanten voorkomt. Zo ziet een frequent aangevoerde alternatieve rechtvaardigingsgrond voor de voorrang van specifiek bancaire zekerheidsgerechtigden op de positieve rol die bancaire kredietverleners vervullen in het kader van kredietverlening en op het belang van zekerheidsrechten hierbij.[246] Zij bevorderen daarmee de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar en dat zou de hoge voorrang van deze schuldeisers in een *concursus* rechtvaardigen. In het geval van (dreigende) insolventie van de schuldenaar komt het continuïteitsargument eveneens naar voren, maar nu tegen de voorrang van de (bancaire) zekerheidsgerechtigden. Het belang van de ondernemingscontinuïteit wordt hier concreet gebruikt als argument voor het beknotten van de hen toekomende separatistenpositie. In deze paragraaf zal voor beide gevallen worden onderzocht in hoeverre het continuïteitsargument overtuigt.

3.4.2 Continuïteit buiten insolventie: de voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden

Een van de stemmen die zich in dit kader roert is van Van den Heuvel, die in haar dissertatie op zoek is naar een nieuwe maatstaf aan de hand waarvan de reikwijdte van zekerheidsrechten *zou moeten* worden vastgesteld.[247] Zij komt tot een nieuw beoordelingskader voor de aan zekerheidsrechten verbonden voorrang, waarbij de verhouding tussen de schuldeisers onderling centraal staat. Zij noemt dit 'de verbintenisrechtelijke benadering van zekerheidsrechten' en zij richt zich daarbij concreet op het aanwijzen van omstandigheden die de negatieve gevolgen van zekerheidstelling voor de overige schuldeisers kunnen rechtvaardigen.[248] In haar opvatting is de enige mogelijke rechtvaardiging gelegen in de aan zekerheidsrechten verbonden kredietverlening en de monitoringsactiviteiten van de huisbank. Beide leiden er namelijk toe dat de schuldenaar voldoende *cash flow* genereert en zal blijven genereren, waarmee de vorderingen van de overige schuldeisers kunnen worden voldaan. Van den Heuvel beschouwt dit wel als een *voorwaardelijke* rechtvaardiging: de kredietverlening en de *monitoring* vormen slechts een rechtvaardiging van de voorrang onder de voorwaarde dat zij daadwerkelijk worden ingezet in het belang van de overige schuldeisers.[249]

3.4.2.1 Kredietverlening

Wanneer nader wordt ingezoomd op het belang van bancaire kredietverlening voor de ondernemingscontinuïteit, dan vindt Van den Heuvel diverse medestanders op haar pad. Zo wijzen Blomkwist en Van Eeghen erop dat krediet het mogelijk maakt om met meer

246 Zie bijv. McCormack, *JBL* 2003, p. 401; Blomkwist, *TvI* 2007/19.
247 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 7.
248 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 200.
249 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 131-137.

vermogen te investeren dan enkel het eigen vermogen, hetgeen bij een gelijk winstpercentage een hogere opbrengst oplevert.[250] Het bankkrediet werkt aldus als hefboom. Dat betekent dat bankkrediet – mits geïnvesteerd in winstgevende projecten – rechtstreeks bijdraagt aan economische groei. Tevens geldt, aldus Blomkwist, dat hoe langer een onderneming op deze manier dit krediet aanwendt, hoe langer dit hefboomeffect zich voor blijft doen.[251] Tollenaar formuleert het belang van bankkrediet zelfs nog scherper, onder verwijzing naar het werk van de Britse financieel historicus Niall Ferguson: 'kredietverlening staat aan de basis van onze welvaart: zonder kredietverlening, geen economische activiteit, geen welvaart'.[252] De voordelen slaan hierbij niet slechts neer bij de schuldenaar. Evenals Van den Heuvel wijst Blomkwist erop dat ook de leveranciers profiteren in de zin dat de schuldenaar door het bankkrediet in staat is om meer bij hen af te nemen en zij bovendien uit het bankkrediet kunnen worden betaald. Zij hoeven dan ook geen – of althans minder langlopend – leverancierskrediet te verstrekken. Het terugbetalingsrisico verschuift naar de bank.[253] Blomkwist noemt dit de waarborgfunctie van bankkrediet.[254] Daarnaast genieten de afnemers van de schuldenaar het voordeel dat zij op hun beurt meer af kunnen nemen, een voordeel dat zich althans doet gelden zolang het aanbod de vraag niet overschrijdt.[255]

Bij het voorgaande past een kanttekening. Hoewel de argumentatie overtuigend overkomt, valt niet in te zien dat dit belang van kredietverlening zich beperkt tot bancaire kredietverlening. In feite komt de redenering namelijk op het volgende neer: 'omdat een entiteit krediet verleent en zo de ondernemingscontinuïteit bevordert, verdient zij voorrang'. Zo gesteld gaat deze argumentatie op voor alle vormen van kredietverstrekking, zoals leverancierskrediet en zelfs ook de periodieke loonbetaling aan werknemers aan het einde van de maand. Ook deze kredietvormen stellen een onderneming in staat om meer te investeren dan enkel het op dat moment beschikbare eigen vermogen en om (eerst) andere schuldeisers te voldoen. Weliswaar zijn de bedragen kleiner dan bij bankkrediet en is de looptijd van het krediet korter, maar wanneer al deze andere kredieten tezamen en over een langere periode worden beschouwd, dan vormen zij feitelijk ook een groot, fluctuerend langetermijnkrediet bij wisselende kredietverleners. Immers, continu worden nieuwe kredieten verstrekt en worden bestaande kredieten afgelost.

Het belang van kredietverlening voor de ondernemingscontinuïteit is daarom een argument om aan *alle* kredietverleners voorrang te geven. Dit zou dan neerkomen op een soort voorrecht wegens kredietverlening, dat dan overigens aan een breed palet van schuldeisers zal toekomen.[256] Als rechtvaardiging voor enkel bancaire kredietverlening, met als gevolg dat andere kredietverleners ten opzichte van de bancaire kredietverlener worden achtergesteld, overtuigt het niet.

250 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 3; Van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* 2006, p. 121-123.
251 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 5.
252 Tollenaar, *TvI* 2016/9, p. 55.
253 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 3.
254 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 3.
255 Vgl. Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 3.
256 Namelijk *alle* schuldeisers met een onmiddellijk opeisbare vordering.

Het argument doemt in de literatuur ook in een andere gedaante op. Zo betoogt Blomkwist dat een aanvullende rechtvaardigingsgrond voor de voorrang van de bancaire financier ligt in de omstandigheid dat bankkrediet slechts *kan* worden verstrekt indien banken tegenover dit krediet voldoende zekerheden kunnen verkrijgen om hun eigen bedrijfseconomische positie veilig te stellen, zoals hen dat ook wordt opgelegd door de toepasselijke regels over het bankentoezicht.[257] Anders gezegd: de huidige hoge voorrang van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten opent de weg naar de economische voordelen van bancaire kredietverlening, in het bijzonder voor de overige schuldeisers van de schuldenaar. Dit is evenwel niet zozeer een rechtvaardigingsgrond voor voorrang, maar juist een verklaring voor de huidige praktijk van bankkrediet. Banken zijn vanuit hun marktmacht in staat om voldoende zekerheden te bedingen en om anders het krediet niet te verstrekken.[258] Een antwoord op de normatieve vraag of het belang van bancaire kredietverlening voor de ondernemingscontinuïteit tot voorrang in een *concursus* dient te leiden, levert het niet op.

3.4.2.2 Monitoringsactiviteiten van de huisbank

Voor wat betreft de monitoringsactiviteiten van de huisbank benoemt Van den Heuvel vergelijkbare omstandigheden als hiervoor in § 3.3.3.2 in het kader van economische efficiëntie van zekerheidsrechten is besproken. In het kader van de kredietverlening zal een bank inzicht verlangen in de financiële positie van de onderneming van de kredietnemer, en in het geval van financiële problemen gebruikt de bank haar bijzondere positie om de onderneming bij te sturen en zo te voorkomen dat de onderneming ten onder gaat.[259] De dreiging van uitwinning van zekerheden draagt bij aan de bereidheid van de onderneming om de aanwijzingen van de bank op te volgen.[260] Het wakende oog van de bank, tezamen met haar expertise in *turnaround management* en de reële dreiging van ingrijpen door de bank, kunnen dus de ondernemingscontinuïteit bevorderen. Wanneer zij vervolgens ook daadwerkelijk worden ingezet in het belang van alle schuldeisers, vormen zij – tezamen met het verstrekte krediet – de enige mogelijke rechtvaardiging voor de hoge voorrangspositie van de gesecureerde bancaire kredietverlener.[261] In het door Van den Heuvel uiteindelijk voorgestelde stelsel van voorrang wordt deze *monitoring* ten bate van *alle* schuldeisers vervolgens als norm aan de bancaire kredietverlener opgelegd, waarbij overschrijding van die norm leidt tot het verlies van de aan de zekerheden verbonden voorrang.[262]

Blomkwist ziet hier een schijntegenstelling geschetst worden. In zijn recensie van Van den Heuvels dissertatie merkt hij op dat de *monitoring* van de bank per definitie is gericht op de continuïteit van de onderneming van haar cliënten ('hoe beter de kredietnemer draait, hoe meer de bank aan hem kan verdienen') en dat aldus de belangen van de bank en de andere schuldeisers pas uiteen gaan lopen wanneer de bank tot kredietopzegging en uitwinning

257 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 6. Zie in dezelfde zin ook: Tollenaar, *TvI* 2016/9, p. 56; Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung* (HeiRA nr. 13) 2016, p. 300.

258 Daarbij speelt mee dat de toepasselijke toezichtregels voorkomen dat een kredietvrager verschillende banken tegen elkaar kan uitspelen, hetgeen hun marktmacht tegenover de kredietvrager bevestigt.

259 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 132.

260 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 132.

261 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 133.

262 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 172-173.

van de zekerheden overgaat.[263] Zodoende bevestigt hij in feite deze rechtvaardigingsgrond, zonder deze evenwel als een norm te willen aanvaarden.[264]

Ook hier past een kanttekening. Hoewel het de huidige praktijk is dat banken hun kredietnemers monitoren en het aanlokkelijk is om dit gegeven als bouwsteen van de rechtvaardiging van voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden te zien, bestaat het risico dat dit een tunnelvisie oplevert. Wanneer namelijk deze bouwsteen wordt gebruikt, dan dient breder te worden gekeken naar alle schuldeisers die aan *monitoring* doen, of via wie aan *monitoring* wordt gedaan. Het met voorrang belonen van specifiek de bank voor de monitoringsactiviteiten die zij in het belang van de ondernemingscontinuïteit van haar kredietnemers heeft verricht, zou alleen terecht zijn indien zij de enige *monitor* zou zijn en alle andere schuldeisers aldus zouden *free-riden* op deze monitoring. Zijn er evenwel andere schuldeisers die ook aan *monitoring* doen – en dit ook *kunnen* op een manier die de ondernemingscontinuïteit van de schuldenaar bevordert –, dan zouden ook zij op deze grond een vorm van voorrang verdienen.

Zoals ik hiervoor heb aangegeven, gebeurt dit in de praktijk ook al.[265] Zo doen kredietverzekeraars op grootschalige wijze aan *monitoring* om voortdurend de dekking van hun kredietverzekeringen te bepalen en zo nodig te herzien. Zij doen dit in feite als toekomstige schuldeiser: indien de schuldenaar failleert en de openstaande vordering van een verzekerde schuldeiser onder de dekking van de verzekering valt, dan zal die vordering bij wege van cessie (of subrogatie ex art. 7:962 lid 1 BW) overgaan op de kredietverzekeraar. Kenmerkend voor deze vorm van *monitoring* is dat zij geschiedt door de bril van een concurrente schuldeiser. Dat zal immers doorgaans de positie zijn waarin de kredietverzekeraar dan zal komen te verkeren. Een van de wapenfeiten van deze *monitoring* is de door kredietverzekeraars afgedwongen omzetting van aandeelhoudersleningen in aandelen bij het online warenhuis Wehkamp in 2019, ter verbetering van de verhaalspositie van leveranciers in het geval dat het tot een faillissement van het online warenhuis zou komen.[266] Deze ingreep is duidelijk in het belang van de concurrente schuldeisers geweest, en ik vraag mij af of een monitorende bank hier oog voor zou hebben gehad. Vanuit haar hoge voorrang zal een bank zich hier mogelijk niet om bekommeren.

Hier toont zich evenwel een systematische moeilijkheid, die *monitoring* een slechte bouwsteen maakt voor de rechtvaardiging van voorrang. Wanneer namelijk wordt aangenomen dat de belangen van alle schuldeisers het beste worden gediend door een partij die de *monitoring* verricht door de bril van een laag gerangschikte schuldeiser, dan dient die partij in een toekomstig faillissement juist géén voorrang in het vooruitzicht te worden gesteld. Ook de ontplooiing van monitoringsactiviteiten ten behoeve van de ondernemingscontinuïteit van de schuldenaar overtuigt daarom niet als rechtvaardiging voor de voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden.

263 Blomkwist, *TvI* 2004/69, par. 7.
264 Blomkwist, *TvI* 2007/19, par. 6.
265 Zie § 3.3.3.2.
266 Van der Velden & Den Brinker, *FD* 7 december 2019.

3.4.3 Continuïteit binnen (dreigende) insolventie: (tijdelijke) afzwakking van de separatistenpositie

In het geval van (dreigende) insolventie van de schuldenaar komt het continuïteitsargument eveneens bovendrijven in het kader van de rangorde tussen schuldeisers. Ditmaal alleen niet ten gunste van de (bancaire) zekerheidsgerechtigden, maar ten nadele van hen. In deze paragraaf staat daarom de vraag centraal in hoeverre een beroep op de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar bij (dreigende) insolventie een argument vormt voor het beknotten van de separatistenpositie van de zekerheidsgerechtigden.

3.4.3.1 De separatistenpositie van zekerheidsgerechtigden

De gerechtvaardigdheid van de separatistenpositie van zekerheidsgerechtigden – hun bevoegdheid ex artikel 57 Fw om hun recht van parate executie ook in faillissement door te zetten – is sinds *grosso modo* het einde van de vorige eeuw onderwerp van debat, in het kader van een dan spelend breder debat over een algehele herziening van de Faillissementswet.[267] Afschaffing van die positie is daarbij geregeld bepleit. Dit pleidooi richt zich daarbij vooral op de regierol van de separatist, die een belemmering zou vormen voor de voortzetting van de failliete onderneming door de curator (ook wel in verband gebracht met het streven naar opbrengstmaximalisatie).[268]

Het navolgende richt zich op deze kritiek op de regierol van de separatist.[269] Gelet op de reikwijdte van het onderzoek wordt de bespreking beperkt tot pand- en hypotheekhouders die hun recht van separatisme uitoefenen. 'Eigenaar-separatisten', zoals schuldeisers die zich op een eigendomsvoorbehoud kunnen beroepen, blijven buiten beschouwing.

> Het is van belang om op te merken dat de continuïteit van de failliete onderneming geen belang is dat de Faillissementswet bij haar invoering beoogde te behartigen. Voorop stond, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, juist het belang van de gezamenlijke schuldeisers: het doel van het faillissement is de billijke verdeling van het vermogen van de failliet onder de schuldeisers.[270] De kerntaak van de curator sluit hierop aan: het beheren en vereffenen van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw), met als uiteindelijke doel de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers.[271] Ook bij de in 1925 ingevoerde mogelijkheid tot bedrijfsvoortzetting in de vereffeningsfase (art. 173-174 Fw) was het achterliggende belang het belang 'van den schuldenaar, doch bovenal ook van de schuldeischers' dat voorzetting in zich daarvoor lenende faillissement tot een meer geleidelijke liquidatie leidt, en in het verlengde daarvan 'in menig geval aanzienlijk grootere baten [zoude] kunnen opleveren'.[272]

267 Zie bijvoorbeeld Van Hees, *TvI* 1997.

268 Hummelen, *Distress dynamics* 2015, p. 153; Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/8.6.2, p. 199.

269 Afschaffing is ook wel bepleit vanuit het perspectief van de verdeling van de opbrengst: de separatist zou net als iedere andere schuldeiser moeten bijdragen in de algemene faillissementskosten. Zie hierover nader Kaptein, *Pandrecht* 2016, p. 187-189. Dit perspectief blijft in deze paragraaf buiten beschouwing, aangezien het geen verband houdt met ondernemingscontinuïteit.

270 *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)* 2016, p. 27; zie nader Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 28-29.

271 Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4090. In gelijke zin ook Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 35.

272 Kortmann, Faber & Schuijling, *Geschiedenis Fw – Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*, art. 173 Fw, aant. 3 (MvT) (online, bijgewerkt 6 mei 2019).

Continuïteit van de onderneming speelde hierbij aldus als zelfstandig na te streven belang geen rol.[273] Een succesvolle voortzetting die voldoende baten genereert om de schuldeisers volledig te kunnen afbetalen, wordt bijvoorbeeld enkel belicht vanuit het belang van de schuldenaar: zij leidt tot 'het gunstig gevolg, dat de gewezen failliet een nog werkend bedrijf onder zijn beheer terugkrijgt'.[274]

Pas veel later, tegen het einde van de vorige eeuw, eisen ook andere belangen hun plaats op bij de afwikkeling van noodlijdende ondernemingen. In het oog springt daarbij het belang van werknemers, die voor het behoud van hun baan gebaat zijn bij continuïteit van de onderneming.[275] Voor de wetgever blijft evenwel het schuldeisersbelang voorop staan, ook bij de invoering van de afkoelingsperiode (art. 63a Fw) in 1992.[276] Pas in 2000, wanneer een wijziging van de afkoelingsperiode wordt voorbereid, lijkt dit te veranderen: er wordt voorgesteld om de duur van de afkoelingsperiode te verlengen, als 'één van de maatregelen […] om continuering van levensvatbare ondernemingen te bevorderen'.[277] Ondernemingscontinuïteit lijkt dan ook op te komen als zelfstandig belang. Desalniettemin blijft in de ogen van de wetgever het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop staan bij de taakuitoefening door de curator. Onder verwijzing naar, en erkenning van, onder meer het *Sigmacon II*-arrest – waarin de Hoge Raad overwoog dat het takenpakket van de curator *ook* omvat het in zijn beleidsafwegingen betrekken van 'belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde […] werkzaam waren'[278] – benadrukt de wetgever in 2015 in het kader van het wetsvoorstel 'Wet versterking positie curator' dat de curator 'vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren [is en blijft]'.[279] Daarmee is ondernemingscontinuïteit voor een curator slechts een legitiem na te streven belang zolang dit niet ten koste gaat van het belang van de gezamenlijke schuldeisers (zijnde een zo hoog mogelijke boedelopbrengst).[280]

Hoe past het belang van de separatist hierin? Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is geen optelsom van *alle* belangen van de individuele schuldeisers. Slechts het (deel)-belang van voldoening van hun vordering(en) via het faillissement wordt als onderdeel

273 Wessels, *Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)* 2021/7029.

274 Kortmann, Faber & Schuijling, *Geschiedenis Fw – Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*, art. 173 Fw, aant. 3 (MvT) (online, bijgewerkt 6 mei 2019).

275 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 29-30, onder verwijzing naar o.a. Van het Kaar & Knegt, *NJB* 1996.

276 Blijkens de memorie van toelichting had de afkoelingsperiode vooral tot doel om de curator tijd te geven 'om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bij voorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf'. Kortmann, Faber & Schuijling, Geschiedenis *Fw – Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*, art. 63a Fw, aant. 2 (MvT) (online, bijgewerkt 1 mei 2018). Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 6 (MvT), waarin de minister (van Justitie) erkent dat het bevorderen van de continuïteit van een onderneming niet de primaire doelstelling was van de invoering van de afkoelingsperiode. Zie in vergelijkbare zin: Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 35.

277 Kortmann, Faber & Schuijling, *Geschiedenis Fw – Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*, art. 63a Fw, aant. 19 (online, bijgewerkt 1 mei 2018).

278 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*).

279 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 2-3.

280 Vgl. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4223.

> hiervan beschouwd.[281] Dat betekent dat het belang van een separatist – voor zover dat ziet op verhaal door uitoefening van zijn separatistenpositie – hierbuiten valt; dit betreft immers verhaalsuitoefening buiten het faillissement om.[282] Dat maakt dat, wanneer de ondernemingscontinuïteit tegenover het individuele belang van een separatist staat, het primaat van de schuldeisers er voor een curator *niet* aan in de weg staat om in een voorkomend geval de ondernemingscontinuïteit boven het separatistenbelang te verkiezen.[283]

Het vertrekpunt van de kritiek op de regierol van de separatist ligt erin dat met zijn positie samenhangt dat de curator niet bevoegd is om onbezwaard te beschikken over de goederen waarop de separatisten een goederenrechtelijke aanspraak hebben.[284] Indien de curator mogelijkheden ziet voor een verkoop van (een gedeelte van) de onderneming *going concern*, waar ook deze goederen onderdeel van uitmaken, is hij afhankelijk van instemming en medewerking van de separatist. Dit doet zich in het bijzonder voor wanneer zekerheidsrechten rusten op bedrijfsmiddelen die nodig zijn voor de voortzetting van de onderneming. Verstijlen wijst erop dat dit het risico creëert dat de separatist deze macht aangrijpt om van de curator een (onredelijk hoge) tegenprestatie te bedingen voor zijn medewerking aan de 'doorstart' en daarmee de voortzetting van de onderneming als een breekijzer gebruikt.[285] Immers, in een situatie van onderverzekering zal de zekerheidsgerechtigde de executiewaarde van de bezwaarde goederen als startpunt van de onderhandelingen nemen en hierbovenop een percentage bedingen, waarmee hij meer zal ontvangen dan waartoe zijn zekerheidsrechten strekken.[286] Verstijlen wijst daarbij tevens op een ander risico, namelijk dat de zekerheidsgerechtigde in het geheel niet openstaat voor een voortzetting omdat hij de voorkeur geeft aan een snelle *piecemeal liquidation* van de betrokken goederen.[287] Beide risico's zijn loten van dezelfde stam: het niet noodzakelijkerwijze parallel lopen van de belangen van de boedel en het eigenbelang van de zekerheidsgerechtigde, terwijl de zekerheidsgerechtigde wel een bepalende stem heeft bij het van de grond komen van een voortzetting.[288] Verstijlen vindt hierbij Hummelen aan zijn zijde, die dezelfde beren op de weg ziet.[289] In vergelijkbare zin noemt

281 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 80-81; Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4171.

282 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 81; Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4189.

283 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 159-160, onder verwijzing naar HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou en Prouvost*). Verstijlen merkt hierbij terecht op dat dit niet bijzonder veel om het lijf heeft; het behoort immers niet tot de taak van de curator om buiten de boedel gelegen belangen te behartigen. Zie in gelijk zin: Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)* 2020/4223.

284 Waar buiten faillissement aan de schuldenaar een dergelijke beschikkingsbevoegdheid in de regel wel door de separatist pleegt te worden toegekend, in het kader van vervreemding in de normale bedrijfsuitoefening van voor (door)verkoop bestemde zaken, is de heersende opvatting dat ook dan – behoudens andersluidende afspraak – deze bevoegdheid eindigt wanneer de schuldenaar failleert. Van Hoof, *TvI* 2018/10, p. 56-57; Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2630.

285 Verstijlen, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14, in samenhang met Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 25.

286 Verstijlen, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14.

287 Verstijlen, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14.

288 Verstijlen, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14.

289 Hummelen, *Distress dynamics* 2015, p. 153.

Van Hees de vereiste medewerking van de zekerheidsgerechtigde in dit kader 'onnodig en ongewenst'.[290] Zij gaat de strekking van het zekerheidsrecht – het zoveel mogelijk waarborgen dat de vordering van de zekerheidsgerechtigde wordt voldaan – in ieder geval te buiten.[291] In hun kielzog wijst Franken erop dat de curator – bij het streven naar opbrengstmaximalisatie – gericht moet kunnen zijn op onderhandelingen met potentiële kopers, zonder daarbij (tegelijkertijd) gehinderd te worden door onderhandelingen met separatisten over de verdeling van de opbrengst.[292] In dat geval zouden bovendien opbrengstmaximalisatie en de verdelingsproblematiek ten onrechte worden vermengd.[293]

Natuurlijk kan de curator, om aan deze 'greep' van de separatist ontkomen, de bezwaarde goederen ex artikel 58 lid 2 Fw lossen, maar daarvoor dient de boedel wel over – doorgaans aanzienlijke – liquide middelen te beschikken.[294] Het is dan ook de vraag hoe realistisch dit scenario is.

Het zal niet verbazen dat deze stemmen op repliek hebben kunnen rekenen vanuit het bankwezen. Een belangrijk kritiekpunt dat wordt aangedragen, is dat de separatistenpositie – als de discussie wordt toegespitst op bancaire zekerheidsgerechtigden – onder het huidige recht juist zorgt voor evenwicht in de afwikkeling van faillissementen. Zo wijst Timmermans erop dat de separatist weet dat hij doorgaans de curator nodig heeft om, idealiter via onderhandse verkoop van de onderneming *going concern*, tot opbrengstmaximalisatie te komen, en dat de curator tegelijkertijd weet dat hij het belang van de boedel het beste dient door samen met de separatist te zoeken naar de meest profijtelijke wijze van afwikkeling van het faillissement;[295] ze houden elkaar als het ware in de houdgreep. Daarbij speelt mee dat de bancaire separatist in het kader van een mogelijk reeds eerder gepoogde informele reorganisatie in een bijzonder beheertraject een voor de curator waardevolle informatiepositie heeft (over de onderneming zelf, de markt waarin zij opereert en mogelijk ook geschikte overnamekandidaten).[296] Timmermans beschrijft in dat verband drie hoofdvarianten van afwikkeling: *i)* de curator zet met steun van een boedelkrediet van de bank de onderneming voort om te komen tot een geleidelijke doch zo snel mogelijke verkoop *going concern*; *ii)* indien in het voortraject duidelijk is geworden dat voortzetting en geleidelijke verkoop onhaalbaar zijn, dan kan door de onderneming en de bank een doorstart (al dan niet van een gedeelte van de onderneming) worden voorbereid en direct na de faillietverklaring door verkoop door de curator worden uitgevoerd; en *iii)* als de bank beide eerdere scenario's niet haalbaar acht, dan zal reeds vóór faillietverklaring de financieringsovereenkomst zijn opgezegd en zal het faillissement leiden tot liquidatie van de activa.[297] Hierin valt wel op dat de bank sterk 'in het zadel zit'; zij heeft de lijnen als het ware al uitgestippeld en de curator heeft weinig andere keuze dan het volgen van deze lijn. Desalniettemin leidt deze mix van het

290 Van Hees, *TvI* 1997, p. 105.
291 Van Hees, *TvI* 1997, p. 105-106.
292 Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/8.6.2, p. 199.
293 Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/8.6.2, p. 199.
294 Verstijlen, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14.
295 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 59-60. In vergelijkbare zin ook Beekhoven van den Boezem, *TvI* 2008/13, par. 4, die spreekt over 'het dualisme' dat zorgt voor maximalisatie van de opbrengst van de in zekerheid gegeven goederen.
296 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 59.
297 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 59-60.

voorwerk van de bancaire separatist en de rolverdeling die de separatistenpositie met zich brengt, er volgens Timmermans toe dat doorgaans tot een soepele afwikkeling van het faillissement wordt gekomen.[298] Afschaffing van de separatistenpositie zou er dan toe leiden dat dit evenwicht wordt verstoord: de curator wordt vervreemdingsbevoegd, zal daarmee autonoom van de bank kunnen optreden en dat leidt ertoe dat een bestaand systeem van *checks and balances* verloren gaat.[299]

In wat Timmermans vervolgens schrijft, onthult zich evenwel waar de schoen voor de critici mogelijk wringt: veelal is het intreden van het faillissement de uitkomst van een mislukt reorganisatietraject onder begeleiding van de bijzonder-beheerafdeling van de bank (het *iii*-scenario).[300] Dat maakt dat de bank dan begrijpelijkerwijze minder optimistisch is over continuering van de onderneming dan een later in het proces betrokken curator nog zou kunnen zijn. Hij baseert zich hierbij op onderzoeken die laten zien dat grofweg 75% van de informele reorganisaties onder begeleiding van de huisbank met succes, zonder insolventie, wordt afgerond.[301] Vanuit dit perspectief boet het belang van continuïteit van de onderneming gedurende faillissement aan belang in: voortzetting en verkoop *going concern* is bij het uitspreken van een faillissement in die andere 25% van de gevallen veelal geen haalbare kaart (meer). De bank zal daar in ieder geval geen vertrouwen meer in hebben. Beekhoven van den Boezem bevestigt deze praktijk: een bank zal pas overgaan tot zelfstandige uitwinning van haar zekerheden als haar in de informele reorganisatiefase duidelijk is geworden dat voortzetting van de onderneming bedrijfseconomisch onverantwoord is; een beslissing die vervolgens, vanwege de expertise van de banken op dit gebied, veelal door de curator zal worden gedeeld.[302] Daarmee is het ook onwaarschijnlijk dat een bank een voortzetting van de onderneming zou frustreren door over te gaan tot zelfstandige uitwinning als er naar objectieve maatstaven nog mogelijkheden tot behoud van de onderneming zijn; sterker nog, juist vanwege het waardeverlies bij liquidatie hebben ook banken belang bij het zo lang mogelijk behouden van de onderneming.[303] Anders gezegd, de vrees voor het uiteenlopen van de belangen van separatist en boedel is ongegrond.

Vanuit het perspectief van het bankwezen levert de separatistenpositie aldus geen belemmering op voor voortzetting van gefailleerde ondernemingen, althans voor ondernemingen die naar objectieve maatstaven nog levensvatbaar zijn. Het bankwezen vreest juist het omgekeerde, namelijk dat het verlies van de separatistenpositie een belemmering

298 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 60.

299 Van Nieuwstadt, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14; Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 60 en 70.

300 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 61.

301 Timmermans, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* 2008, p. 61, onder verwijzing naar Van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* 2004, par 6.5, Couwenberg, *Resolving financial distress in the Netherlands* 1997; Adriaanse e.a., *Informele reorganisatie* (O&b nr. 224) 2004. In bevestigende zin ook Beekhoven van den Boezem, *TvI* 2008/13, par. 1, over de interne cijfers van ING: 'Van onze totale kredietportefeuille heeft minder dan 5% extra aandacht nodig. 80% daarvan keert terug naar de groep van gezonde kredietrelaties. Van de overblijvende 20% slaagt meer dan de helft erin zijn schuld aan de bank af te lossen, zonder dat daarvoor een insolventiescenario nodig is. De wettelijke faillissementsprocedure bestrijkt dus slechts ongeveer 0,4% van de kredietportefeuille, een in economisch opzicht vrijwel verwaarloosbaar getal!'

302 Beekhoven van den Boezem, *TvI* 2008/13, par. 4.

303 Beekhoven van den Boezem, *TvI* 2008/13, par. 4.

kan opleveren. Een goede voortzettingsbeslissing kan niet louter op juridische gronden (het domein van de curator) worden gemaakt, zeker niet als de informatiepositie van de bank niet tevens in die beslissing wordt betrokken. Aan de kwaliteit van het toezicht dat dan in de plaats komt van dat van de separatist, dat van de rechter-commissaris, wordt bovendien getwijfeld: de rechter-commissaris zou door tijdgebrek nauwelijks invulling kunnen geven aan zijn toezichthoudende taak.[304]

Om de beide stromingen in de literatuur goed tegenover elkaar af te kunnen wegen, moet op twee aspecten van het debat nader worden ingegaan:

i. In hoeverre heeft de separatist in een concreet faillissement echt de marktmacht om stevig te onderhandelen over zijn medewerking aan voortzetting van de failliete onderneming door de curator?
   En:
ii. In hoeverre is er een reëel risico op het uiteenlopen van het belang van de separatist en het belang van de boedel?

Over dit belang van de boedel dient in dit verband vooraf nog de volgende opmerking te worden gemaakt. Het boedelbelang is niet altijd gericht op continuïteit van de onderneming; pas wanneer continuering van de onderneming voor de gezamenlijke schuldeisers meer oplevert dan liquidatie van de onderneming, is het boedelbelang tevens gericht op deze continuïteit. Tegelijkertijd lijkt het mij aannemelijk dat de levensvatbaarheid van een (failliete) onderneming wordt weerspiegeld in de *going-concern*-waarde van de onderneming, en dat bij een *levensvatbare* onderneming (en dit is het type onderneming dat vanuit het belang van continuïteit van de onderneming het voortzetten waard is) de verkoop *going concern* altijd meer oplevert dan liquidatie ervan. Vanuit die aanname geredeneerd is bij levensvatbare ondernemingen het door de curator vanuit zijn wettelijke taak na te streven boedelbelang altijd primair gericht op continuïteit van de onderneming.

> Ik ben mij er evenwel van bewust dat 'levensvatbaarheid' in werkelijkheid een voorwaardelijk begrip is. De levensvatbaarheid van een failliete onderneming zal afhangen van (o.a.) de vraag of de curator erin slaagt de schuldenlast van de onderneming te herstructureren, en daarmee ook van de bereidheid van de schuldeisers (ook de separatist) om offers te brengen. Het (vooraf) waarderen van de levensvatbaarheid in een *going-concern*-waarde is daarmee een moeilijke exercitie, die verder bemoeilijkt wordt doordat ook vele andere verwachtingen (zoals de marktontwikkeling) een rol spelen. Omwille van de eenvoud wordt hier op deze plaats overheen gestapt.

De twee opgeworpen vragen zijn *in abstracto* moeilijk te beantwoorden, en met name het risico op uiteenlopen van belangen is moeilijk in algemene zin te waarderen. De opvatting dat de vrees voor uiteenlopende belangen ongegrond is, klinkt niet onaannemelijk, al ligt hierin dan een aanname besloten dat de separatist een bank is en dat diens bereidheid tot medewerking aan voortzetting van de onderneming niet door andere factoren dan levensvatbaarheid wordt vertroebeld (zoals een strategiewijziging ten aanzien van de

304 Van Nieuwstadt, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14, p. 52. Vgl. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden* 2022, p. 67.

inhoud van de kredietportefeuille van de bank). Het is met andere woorden een risico dat zich pas in een concreet geval zal verwezenlijken.

Een goede analyse van de onderhavige problematiek kan slechts plaatsvinden wanneer de persoon van de separatist als variabele buiten beschouwing wordt gelaten. Als we vervolgens tot uitgangspunt nemen dat zich een levensvatbare onderneming in faillissement bevindt (verkoop *going concern* levert meer op dan liquidatie), dan zijn er twee scenario's denkbaar:

1. Openbare verkoop van de bezwaarde goederen door de separatist zal naar verwachting onvoldoende opleveren om diens gesecureerde vordering volledig voldaan te krijgen.
2. Openbare verkoop van de bezwaarde goederen door de separatist zal naar verwachting *wel* voldoende opleveren om diens gesecureerde vordering volledig voldaan te krijgen.

Openbare verkoop door separatist levert naar verwachting onvoldoende op

Indien openbare verkoop van de bezwaarde goederen door de separatist onvoldoende oplevert om diens gesecureerde vordering volledig voldaan te krijgen, dan heeft de separatist in beginsel de curator nodig om tot een afwijkende wijze van verkoop te komen. Zoals Timmermans en Van Nieuwstadt onderkennen, zal een onderhandse verkoop in de regel meer opleveren dan een openbare verkoop.[305] Een pandhouder kan echter niet zelfstandig tot onderhandse verkoop overgaan; daarvoor heeft hij ofwel toestemming van de pandgever (art. 3:251 lid 2 BW) ofwel verlof van de voorzieningenrechter (art. 3:251 lid 1 BW) nodig. Een hypotheekhouder heeft bovendien altijd verlof van de voorzieningenrechter nodig voor een van openbare verkoop afwijkende wijze van verkoop (art. 3:268 lid 2 BW), hetgeen te omzeilen is door met de curator een 'oneigenlijke lossing' overeen te komen; een afspraak waarbij de curator zich ertoe verbindt het bezwaarde registergoed te verkopen en uit de opbrengst direct de vordering van de hypotheekhouder te voldoen, zonder dat het registergoed meedeelt in de omslag in de algemene faillissementskosten.[306] In het faillissement van een mkb-onderneming zullen de bezwaarde goederen vooral bestaan uit (handels)vorderingen op afnemers. De hierop gevestigde pandrechten zal de separatist primair door inning (art. 3:246 BW) uitwinnen, waarbij in beginsel de nominale waarde van de vordering zal worden gerealiseerd. Van waardevernietiging zal niet snel sprake zijn.

> Dat bij inning door de pandhouder niet snel sprake zal zijn van waardevernietiging, is af te leiden uit de inhoud van de inningsbevoegdheid bij medegedeelde pandrechten. In het arrest *Megalim Investments/De Veenbloem* verduidelijkt de Hoge Raad onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat de inningsbevoegdheid die bij mededeling overgaat op de pandhouder dient te worden onderscheiden van andere schuldeisersbevoegdheden zoals het verlenen van kwijtschelding.[307] Die andere schuldeisersbevoegdheden blijven achter bij de pandgever. Dat maakt dat de innende pandhouder niet de bevoegdheid heeft om bijvoorbeeld een tegenstribbelende debiteur tot betaling aan te zetten door de vordering

305 Van Nieuwstadt, in: Verstijlen & Van Nieuwstadt, *TvI* 2005/14.

306 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3453. Veelal zal wel een boedelbijdrage conform de Separatistenregeling worden overeengekomen.

307 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, r.o. 3.3.3, *NJ* 2017/2 (*Megalim Investments/De Veenbloem*).

> tot slechts het beloop van zijn eigen vordering op de pandgever te innen en het restant kwijt te schelden.[308]

Desalniettemin kunnen de verpande vorderingen ook ex artikel 3:248 lid 1 BW door de separatist worden verkocht, bijvoorbeeld aan een factoringbedrijf, waarbij het eerdergenoemde regime van verlof of toestemming (art. 3:251 BW) geldt.[309] Denkbaar is dat hiervoor gekozen wordt wanneer de betreffende vorderingen nog niet opeisbaar zijn of wanneer de separatist zich de moeite van het innen wil besparen. Ook in deze context zal een onderhandse verkoop in de regel meer opleveren dan een executoriale verkoop, waardoor de separatist dan een onderhandse verkoop zal prefereren.[310]

Dit betekent dat in dit scenario de separatist juist – omgekeerd – de medewerking van de curator nodig heeft, waarbij de curator in het belang van de boedel de macht heeft om aan te sturen op verkoop *going concern*, en daarmee op voortzetting van de onderneming. Continuïteit van de onderneming levert in dit scenario dus geen argument op tot afzwakking van de positie van de separatist. Het levert eerder nog een argument op tot behoud van deze positie, zoals Timmermans hiervoor maakte: ook de curator kan het als beschikkingsonbevoegde niet alleen af, hetgeen leidt tot een noodgedwongen samenwerking tussen de curator en de separatist en daarmee – in het geval van een bancaire separatist – tot bundeling van juridische en economische inzichten. Een bundeling die in mijn ogen in veel gevallen de continuïteit van de onderneming ten goede zal komen.

Openbare verkoop door de separatist levert naar verwachting wel voldoende op

In dit tweede scenario zijn de rollen omgedraaid. De separatist kan zich in beginsel volledig op zijn eigen belang richten en zich zelfstandig door middel van openbare verkoop, buiten het faillissement om, op de bezwaarde goederen verhalen. Het is in dit scenario dat van een machtsevenwicht tussen separatist en curator geen sprake is; de separatist heeft het volledig voor het zeggen en kan aldus de voortzetting van een levensvatbare doch gefailleerde onderneming frustreren door zelfstandig over te gaan tot *piecemeal liquidation* van de bezwaarde goederen. De vraag is wel hoe reëel dit scenario in werkelijkheid is. Betreft het een situatie waar een bancaire separatist zekerheidsrechten heeft op nagenoeg alle bedrijfsactiva, dan is sprake van het onwaarschijnlijke scenario dat de bank geen levensvatbaarheid ziet, maar dat tegelijkertijd zo veel en waardevol (bezwaard) actief aanwezig is dat met de liquidatie daarvan het volledige bancaire krediet kan worden voldaan. Waarschijnlijker is het scenario waar de separatist dan een niet-bancaire speler is (bijvoorbeeld een verstrekker van een flitskrediet) met een pandrecht op een voor de bedrijfscontinuïteit belangrijk goed, zoals een vorkheftruck van een kleinschalig overslagbedrijf. In deze situatie kan zich het risico verwezenlijken dat de separatist zich een waardevernietigende houding aanmeet, al ligt het in de rede dat de curator het bezwaarde goed dan ex artikel 58 lid 2 Fw lost. Hiervoor is evenwel

308 Desalniettemin kan over deze bevoegdheid wel rechtsgeldig worden gecontracteerd. Omstreden is of een dergelijke afspraak ook goederenrechtelijke werking heeft. Zie in bevestigende zin Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998, *JOR* 2020/100, m.nt. N.E.D. Faber. Zie nader Steneker, *Pandrecht (Mon. BW nr. B12a)* 2022/5.91 en Verdaas, in: *Overeenkomst en Zekerheid (R&P nr. InsR20)* 2023/14.

309 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/824.

310 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/824.

vereist dat het daarvoor benodigde geldbedrag in liquide vorm in de boedel aanwezig is of via een (overbruggings)krediet beschikbaar komt. Is dit niet het geval, dan vergt het belang van continuïteit van de onderneming dat de macht van de separatist kan worden afgezwakt. In het huidige Nederlandse recht is hierin al voorzien, hetgeen in het hiernavolgende aan bod komt.

3.4.3.2 De afkoelingsperiode ex artikel 63a en 376 Fw

Sinds 1992 kent de Faillissementswet de afkoelingsperiode, een door de rechter-commissaris of de rechtbank af te kondigen periode van ten hoogste twee maanden (en na verlenging hoogstens vier maanden) waarin onder meer elke bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen niet dan met machtiging van de rechter-commissaris kan worden uitgeoefend (art. 63a lid 1 jo. 4 Fw). Met deze periode wordt beoogd om de curator in de eerste tijd na de faillietverklaring de tijd te geven om zich een oordeel te vormen 'over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf'.[311] Gedurende deze periode wordt de verhaalsbevoegdheid van de separatist als het ware opgeschort. Dit houdt in dat een voorgenomen – en in het voorgaande voorbeeld waardevernietigende – openbare verkoop door de separatist, voor de duur van de afkoelingsperiode in ieder geval kan worden vertraagd.

De vraag die in dit verband rijst, is of een curator gedurende deze afkoelingsperiode bevoegd is tot zelfstandige verkoop van de bezwaarde goederen. Kan hij, met andere woorden, deze openbare verkoop naast vertragen ook frustreren door zelf een onderhandse verkoop *going concern* te arrangeren? In de aanvankelijke regeling was hierover niets geregeld en in het kader van de wijziging van de regeling in 2005 heeft een voorgestelde bepaling tot verlening van een gebruiks-, verbruiks- en vervreemdingsbevoegdheid aan de curator de eindstreep van het wetgevingsproces uiteindelijk niet gehaald.[312] Daarmee luidt het antwoord in beginsel negatief: de afkoelingsperiode is slechts bedoeld om de boedel te bewaren, niet ook om de curator zelfstandige bevoegdheden over de door de afkoelingsperiode getroffen goederen toe te kennen.[313]

In de rechtspraak is evenwel een aanknopingspunt te vinden voor een tegengesteld antwoord. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest *Maclou en Prouvost* in meer algemene zin overwogen dat 'aan de bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven die van de individuele schuldeisers'.[314] In dit arrest stond (onder meer) de vraag centraal of de curatoren van de failliete onderneming Van Schuppen hun taak onbehoorlijk hadden vervuld door in het kader van een doorstart (een activatransactie met o.a. de Leidse Wolspinnerij NV) ook de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken over te dragen, waarbij bovendien door de curatoren was bedongen dat de Leidse Wolspinnerij NV alle aanspraken van derden op deze zaken zou eerbiedigen en afwikkelen. Een klein anderhalf jaar nadien ging ook de Leidse Wolspinnerij NV failliet, zonder dat het eigendomsvoorbehoud

311 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw* 1992, p. 414 (MvT).
312 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 244, nr. 5, p. 23-24.
313 Vgl. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2627.
314 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou en Prouvost*).

van de vennootschappen Maclou en Prouvost correct was afgewikkeld, met als gevolg dat deze vennootschappen de curatoren (pro se) op voornoemde grond aanspraken. De Hoge Raad houdt in dit arrest het oordeel van het hof in stand dat geen sprake is van onzorgvuldig handelen jegens Maclou en Prouvost, en acht daarbij drie omstandigheden van belang: *i)* door de doorstart door de Leidse Wolspinnerij NV kon de onderneming van Van Schuppen worden voortgezet, hetgeen het belang van werknemers en schuldeisers diende; *ii)* de curatoren hebben bij de overdracht van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken uitdrukkelijk bedongen dat de Leidse Wolspinnerij NV alle rechten van derden moest eerbiedigen en afwikkelen; en *iii)* de curatoren mochten in redelijkheid erop vertrouwen dat deze verplichting ook zou worden nagekomen.[315]

Aldus is uit dit arrest af te leiden dat een curator onder omstandigheden maatschappelijke belangen zoals het continueren van een (levensvatbare) onderneming mag verkiezen boven het belang van een separatist.[316] Verstijlen ziet in zijn dissertatie dit arrest als aanleiding voor een grensverkenning van de 'beschikkingsbevoegdheid' van de curator – gedefinieerd als het niet persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de separatist – gedurende de afkoelingsperiode.[317] Toegespitst op de vervreemdingsbevoegdheid identificeert hij twee factoren die in zijn opvatting met name van belang zijn voor het aannemen van deze bevoegdheid in een concreet geval: *i)* de noodzaak van de inbreuk op het recht van de separatist; en *ii)* de aard van diens recht. Kort en goed is een inbreuk op het recht van de separatist door vervreemding van de bezwaarde goederen volgens Verstijlen pas gerechtvaardigd, *i)* wanneer dit handelen *noodzakelijk* is voor het behoud van de failliete onderneming en de werkgelegenheid; en *ii)* indien het recht van de separatist een zekerheidskarakter heeft (het is hem te doen om de *waarde* van het goed, niet om het goed zelf) én indien door de vervreemding de zekerheidspositie van de separatist niet wordt ondergraven (bijvoorbeeld door de separatist meteen uit de opbrengst te voldoen, het hem toekomende bedrag op depot te zetten of vervangende zekerheid te stellen).[318]

Deze opvatting van Verstijlen lijkt ook naar voren te komen in de lagere rechtspraak. Zo oordeelde de Rechtbank Middelburg dat het in de afkoelingsperiode vervreemden van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken door de curator met het oog op het mogelijk maken van een doorstart, mét de toezegging de verkoopopbrengst aan de eigendomsvoorbehouder af te dragen, geen onrechtmatig handelen behelst.[319] In vergelijkbare zin oordeelde de Rechtbank Den Haag over de verkoop van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken tijdens de afkoelingsperiode dat dit in beginsel is toegestaan ingeval zwaarwegende, boven de belangen van de individuele separatist prevalerende, belangen dit vergen, maar dat de rechten van de betreffende eigendomsvoorbehouder dan wel door de curatoren dienen te worden gewaarborgd. Een aanbod tot vergoeding van 70%

315 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.3, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou en Prouvost*).

316 In gelijke zin Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 159-160.

317 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 196 en 346-352.

318 Verstijlen, *De faillissementscurator* 1998, p. 347-350.

319 Rb. Middelburg 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BU9774, *JOR* 2012/58. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2630.

van de kostprijswaarde door de curatoren werd door de rechtbank als onrechtmatig handelen beoordeeld.[320]

Het voorgaande biedt evenwel geen soelaas indien de curator aanleiding ziet voor het beëindigen van het faillissement via de herstructurering van de schuldenlast door het aanbod van een faillissementsakkoord aan de schuldeisers. In die situatie is de curator niet uit op het zelfstandig verkopen van de verpande goederen, maar op behoud ervan. Heeft de curator ook in die situatie middelen om met een beroep op de ondernemingscontinuïteit de door de separatist gedwongen verkoop af te wenden?

Het is denkbaar dat hem in die situatie een succesvol beroep op misbruik van bevoegdheid kan toekomen: een door het recht toegekende bevoegdheid kan niet worden ingeroepen voor zover deze wordt misbruikt (art. 3:13 lid 1 BW). Hieronder valt onder meer de situatie waar door onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het daardoor te schaden belang naar redelijkheid niet tot die uitoefening kan worden gekomen (lid 2). Het komt dan aan op een weging van enerzijds het belang van de separatist bij een snelle openbare verkoop van het onderpand en anderzijds het continuïteitsbelang van de failliete onderneming. Hoewel de uitkomst sterk van de omstandigheden zal afhangen, zou de curator in deze situatie wel invloed kunnen uitoefenen op het belang van de separatist. Indien hij in staat is om een akkoord aan te bieden dat de schuldeiserspositie van de separatist maar in beperkte mate aantast (bijvoorbeeld louter betalings*uitstel*), lijkt mij dat het persisteren van de separatist al snel riekt naar misbruik en daarmee een blokkade opwerpt voor de uitoefening van zijn separatistenbevoegdheid.

Een vergelijkbare situatie doet zich voor in de voorbereiding van een onderhands dwangakkoord buiten faillissement (en surseance van betaling), een akkoordprocedure in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Deze procedure onderscheidt zich van het faillissement in de zin dat het aan een schuldenaar die toekomstige betalingsmoeilijkheden voorziet, een gereedschapskist geeft om zelf problematische schulden af te wikkelen door wijziging van de rechten van zijn schuldeisers. Aldus biedt een WHOA-procedure een alternatief voor de faillissementsprocedure, voor levensvatbare ondernemingen om weer toekomstperspectief te verkrijgen en voor ondernemingen zonder overlevingskansen om gecontroleerd te worden afgewikkeld.[321] Ook in deze procedure kan een afkoelingsperiode door de rechtbank worden afgekondigd, waarin onder meer de bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen niet dan met machtiging van de rechtbank kan worden uitgeoefend (art. 376 Fw).[322]

320 Rb. Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9398, r.o. 4.3-4.5 (kern), *JOR* 2016/284. Wessels ziet ook ruimte voor de opvatting dat het handelen van de curatoren op zich rechtmatig is, maar dat – via analoge toepassing van art. 6:168 lid 1 BW – zij toch schadeplichtig zijn jegens de eigendomsvoorbehoudsverkoper. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2631a.

321 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1-2.

322 Anders dan bij de afkoelingsperiode in faillissement geldt dat deze derden pas aan de afkoelingsperiode gebonden zijn indien zij over de afkondiging van de afkoelingsperiode zijn geïnformeerd of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid (art. 376 lid 2 sub a Fw).

Desalniettemin verschilt een WHOA-procedure fors van een faillissementsprocedure. Zo zullen in een WHOA-procedure de pand- en hypotheekhouders veelal nog niet bevoegd zijn tot parate executie. Immers, zolang de schuldenaar nog in staat is zijn lopende verplichtingen te voldoen (art. 370 lid 1 Fw), zal van verzuim in de voldoening van zijn verplichtingen jegens de separatist geen sprake zijn. Dat neemt evenwel niet weg dat een bezitloos resp. stil pandhouder bevoegd kan zijn om zijn pandrechten – ter bewaring van zijn rechten – om te zetten naar een vuistpand (art. 3:237 lid 3 BW) resp. medegedeeld pandrecht (art. 3:239 lid 3 BW). Daarnaast zal in een WHOA-procedure de focus van de schuldenaar in de regel niet liggen op *verkoop* van de onderneming, maar op herstructurering van de schuldenlast.

In deze context lijkt de benodigde en tevens ook gerealiseerde mate van de afzwakking van de separatist relatief beperkt te zijn: het is vooral de bevoegdheid tot omzetting van pandrechten die wordt geraakt, waarbij bovendien geldt dat een afkoelingsperiode pas wordt afgekondigd indien summierlijk is gebleken dat de geraakte schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (art. 376 lid 4 sub b Fw) en het verlies van de omzettingsbevoegdheid van artikel 3:239 lid 3 BW door de schuldenaar wordt gecompenseerd door het op toereikende wijze stellen van vervangende zekerheid (art. 376 lid 7 Fw). Bovendien wordt de afkoelingsperiode pas afgekondigd indien dit – toegespitst op het voortzettingsscenario – noodzakelijk is om de onderneming van de schuldenaar te kunnen blijven voortzetten gedurende de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord (art. 376 lid 4 sub a Fw).

Tegelijkertijd is de vraag naar de volledige beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar ten behoeve van een verkoop *going concern* slechts in beperkte mate relevant. Evenals bij het eerdergenoemde faillissementsakkoord zal de focus liggen op herstructurering van de schuldenlast en daarmee op het komen tot een duurzame en toekomstgerichte overeenstemming met onder andere de separatisten (gericht op gedeeltelijke kwijtschelding en/of betalingsuitstel), niet op het vereffenen van de onderneming en het (eenmalig) verdelen van de opbrengst onder de schuldeisers. In deze situatie lijkt mij hetgeen hiervoor is besproken over de figuur van misbruik van bevoegdheid in het kader van het faillissementsakkoord eveneens van toepassing. Zolang de rechten van de separatist onder het akkoord zodanig zijn dat dit '*an offer he can't refuse*' is, zal de parate executie in beginsel kunnen worden verhinderd.

Desalniettemin heeft de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar gedurende de WHOA-afkoelingsperiode een plaats in de wet. Artikel 377 Fw voorziet hierin, maar deze bepaling heeft blijkens het eerste lid een beperkt werkingsbereik. Zij is gericht op behoud van een reeds voor de afkoelingsperiode bestaande vervreemdingsbevoegdheid, althans voor zover die voortgezette uitoefening past binnen de normale voortzetting van de onderneming. Dit betreft dan ook slechts de bevoegdheid over de voor (door)verkoop bestemde zaken van de schuldenaar. Toch komt hier hetzelfde beeld naar voren als bij de afkoelingsperiode in faillissement. Het tweede lid van artikel 377 Fw schrijft namelijk voor dat de schuldenaar deze bevoegdheid slechts mag blijven gebruiken voor zover de belangen van de derden met aanspraken op de betreffende goederen voldoende worden

gewaarborgd.[323] De zekerheidspositie van – in de context van de huidige paragraaf – de separatist dient dus intact te worden gelaten.

Aldus tekent zich de lijn af dat het belang van continuïteit van de onderneming inderdaad kan vergen dat de macht van de separatist wordt afgezwakt, via een zelfstandige verkoop door de curator of de schuldenaar in een WHOA-procedure of via een beroep op misbruik van bevoegdheid. Wel geldt daarbij dat de zekerheidspositie van de separatist niet – of althans hooguit zeer beperkt – mag worden ondergraven.

3.4.4 Afronding continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar

In deze paragraaf stond centraal in hoeverre het continuïteitsargument overtuigt als rechtvaardiging voor enerzijds de hoge voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden en anderzijds voor het beknotten van specifiek de separatistenpositie.

De twee aangevoerde bouwstenen voor de rechtvaardiging van de hoge voorrangspositie, kredietverlening en *monitoring*, overtuigen niet. De positieve bijdrage van bancaire kredietverlening aan de ondernemingscontinuïteit onderscheidt zich in mijn ogen namelijk onvoldoende van andere vormen van kredietverlening (zoals leverancierskrediet) om als rechtvaardiging voor specifiek de voorrang van bancaire zekerheidsgerechtigden te gelden. De positieve bijdrage van bancaire *monitoring* is eveneens niet per definitie exclusief door banken te behalen. Bovendien lijken de belangen van alle schuldeisers het beste gediend indien de monitorende schuldeiser een laag gerangschikte verhaalspositie heeft. Dat maakt *monitoring* per definitie een slechte bouwsteen voor de rechtvaardiging van een voorrangspositie voor de *monitor*.

Het continuïteitsargument als rechtvaardiging voor de beknotting van de separatistenpositie ziet erop dat de regierol van de separatist een belemmering kan vormen voor de voortzetting van een failliete onderneming door de curator. Uit het voorgaande volgt dat dit zich slechts zal kunnen voordoen in het scenario dat een openbare verkoop van de ten gunste van de separatist bezwaarde goederen voldoende zal opleveren om zijn gesecureerde vordering volledig voldaan te krijgen, hetgeen zich tot atypische gevallen zal beperken. In die gevallen vergt het belang van continuïteit van de onderneming van de schuldenaar dat de macht van de separatist kan worden afgezwakt. Het huidige Nederlandse recht heeft hierin reeds voorzien met een regeling voor de afkoelingsperiode. Waar deze regeling geen soelaas biedt, verwacht ik dat de figuur van misbruik van bevoegdheid voorziet in de benodigde tegenmacht ten bate van het continuïteitsbelang.

3.5 Afronding

Uit dit hoofdstuk volgt dat in de theorievorming over voorrang bij verhaal vooral aandacht is voor de hoge voorrang van zekerheidsgerechtigden. De drie geanalyseerde voorrangstheorieën laten zich namelijk bundelen in de overkoepelende vraag of er een rechtvaardiging kan worden aangewezen voor de hoge voorrang van deze zekerheidsgerechtigden.

323 Uit de memorie van toelichting volgt dat aan dit waarborgen onder meer wordt voldaan door het stellen van vervangende zekerheid. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56. Ook contante betaling (voor gebruik, verbruik of vervreemding) is denkbaar. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (O&R nr. 118)* 2020/5.8.5.3, nr. 288.

De theorie die de beschikkingsvrijheid van een zekerheidsgever als rechtvaardigingsgrond voor de hoge voorrang van de zekerheidsgerechtigde aanwijst, overtuigt in mijn ogen niet. De aan deze theorie ten grondslag liggende aanname dat de vestiging van een zekerheidsrecht op een goed niet wezenlijk verschilt van de overdracht van dat goed en daarom op gelijke wijze behandeld dient te worden, gaat namelijk niet op. Er zijn goede gronden aan te wijzen dat de vestiging van een zekerheidsrecht een eigen, van overdracht te onderscheiden aard heeft.[324] Daarmee biedt de beschikkingsvrijheid weliswaar een rechtvaardiging voor de *aanwezigheid* van voorrang voor de zekerheidsgerechtigde, maar laat zij ruimte voor de nadere *vormgeving* (rangbepaling) van deze voorrang door andere rechtvaardigingsgronden.

Ook de rechtseconomie voorziet in theorievorming over de rechtvaardiging van aan zekerheidsrechten verbonden voorrang bij verhaal. De theorie op dit punt is dat de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten – die ten dele ook uit de voorrang voortkomen – een verklaring geven voor deze voorrang.[325] Tegelijkertijd is hiermee niet gezegd dat geen verdere welvaartsverbeteringen te bereiken zijn. Wanneer het rechtseconomisch streven naar efficiëntie als een sturende factor wordt beschouwd in het denken over rangorde bij verhaal, dan kan dat aanleiding geven om de plaats van zekerheidsgerechtigden in de rangorde aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

Zo is bijvoorbeeld verdedigbaar dat het positieve welvaartseffect uit *monitoring* groter wordt naarmate de *monitorende* partij in een potentiële *concursus* een lagere voorrangspositie zal hebben, zolang er maar specialisatie in *monitoring* is.[326] In de praktijk vindt dergelijke gespecialiseerde monitoring ook al plaats, door kredietverzekeraars die in een *concursus* de verhaalspositie van hun verzekerden (veelal concurrente handelsschuldeisers) overnemen. Voor de positie van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal betekent dit dat er ruimte ontstaat voor de verlaging van hun voorrangspositie. Dat heeft – sec vanuit *monitoring* bekeken – een positief welvaartseffect.

Tegenover de positieve welvaartseffecten staat een negatief welvaartseffect voor de *non-adjusting creditors*, die om welke reden dan ook hun (door de zekerheidsrechten van een derde) toegenomen kredietrisico niet kunnen verdisconteren in hun verhouding tot de schuldenaar. Er is dan een efficiëntieverbetering te behalen indien dit negatieve welvaartseffect kan worden verminderd op een manier die een nettowelvaartsstijging oplevert. Met andere woorden: het welvaartsvoordeel van deze groep moet groter zijn dan de eventueel daarmee gepaard gaande welvaartsdaling van anderen. In de context van de rangorde bij verhaal zijn hiertoe reeds initiatieven ontplooid, die neerkomen op de introductie van – al dan niet partiële – voorrangsposities boven de rang van zekerheidsgerechtigden.[327] De ruimte voor efficiëntieverbeteringen ligt dan in rangordewijzigingen waarbij de welvaartsstijging (primair liggend bij de *non-adjusting creditors*) groter is dan de welvaartsdaling (primair liggend bij de zekerheidsgerechtigden). Van de onderzochte initiatieven heeft een *fixed fraction priority rule*, zoveel mogelijk toegespitst op voorrang

324 Zie § 3.2.
325 Zie § 3.3.3.
326 Zie § 3.3.3.2.
327 Zie § 3.3.4.

voor de *non-adjusting creditors*, de beste kaarten om per saldo tot een efficiëntieverbetering te leiden.

In de literatuur is ook het belang van ondernemingscontinuïteit buiten (dreigende) insolventie wel gebruikt ter rechtvaardiging van de hoge voorrang van specifiek de *bancaire* zekerheidsgerechtigden. Deze rechtvaardigingsgrond schiet evenwel tekort, althans de daartoe aangevoerde bouwstenen – de aan zekerheidsrechten verbonden kredietverlening en de monitoringsactiviteiten van de (huis)bank – overtuigen niet, omdat zij onvoldoende onderscheidend zijn. Daarnaast heb ik betoogd dat het op deze grond belonen van *monitoring* via het toekennen van een voorrangspositie per definitie niet passend is.[328] De (vanuit het perspectief van alle schuldeisers) beste *monitoring* vindt namelijk plaats door een partij die in een toekomstig faillissement juist geen voorrangspositie zal toekomen.

In een situatie van (dreigende) insolventie zijn de kaarten iets anders geschud. Ik heb onderzocht in hoeverre het belang van ondernemingscontinuïteit hier een grond geeft voor de afzwakking van de separatistenpositie van pand- en hypotheekhouders. Dit speelt met name bij de herstructurering van schulden – binnen faillissement of een WHOA-procedure –, waar zich de situatie kan voordoen dat een separatist de continuïteit van de te herstructureren onderneming doorkruist door eigenhandige executie. In deze situatie kan het belang van continuïteit van de onderneming vergen dat de macht van de separatist wordt afgezwakt, alhoewel hieraan wel de voorwaarde is verbonden dat de zekerheidspositie van de separatist niet wordt ondergraven.[329] Aldus levert deze rechtvaardigingsgrond geen grond op voor het verlagen van de rang van de zekerheidsgerechtigde.

Al met al komt uit de in dit hoofdstuk geanalyseerde theorievorming naar voren dat primair de beschikkingsvrijheid van de schuldenaar en de rechtseconomie een rechtvaardigingsgrond aanreiken voor het toekennen van voorrang aan zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal. De rechtseconomie voorziet daarbij als enige tevens in theorievorming voor het nader bepalen van de aan deze voorrang te verbinden rang. Deze theorievorming laat daarbij ruimte voor een andere opvatting dan dat aan zekerheidsgerechtigden hoge voorrang dient toe te komen. Immers, verdere optimalisatie van de maatschappelijke welvaart lijkt mogelijk door aanpassing van de rangorde bij verhaal ten gunste van de *non-adjusting creditors*.

328 Zie § 3.4.2 en § 3.4.4.
329 Zie § 3.4.3 en § 3.4.4.

HOOFDSTUK 4

Verklaringen voor voorrang: een analyse van de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden verklaringen voor de aanwezigheid van voorrang in het Nederlandse verhaalsrecht in kaart gebracht. Hiertoe is onderzocht welke argumenten een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW in 1838 en hoe zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren. Anders dan in het voorgaande hoofdstuk vindt geen normatieve, maar een historisch-verklarende analyse plaats. De ontwikkeling van het verhaalsrecht wordt verklaard en geduid, aan de hand van de door politieke actoren gebruikte argumenten bij (pogingen tot) aanpassing van het verhaalsrecht. Hiervoor worden de door de jaren heen voorgestelde rangordewijzigingen op een rij gezet en de kernvraag is steeds *waarom* die wijziging (al dan niet) is doorgevoerd. De verwachting is dat op deze wijze een 'film' ontstaat van de politieke keuzes door de jaren heen over voorrang bij verhaal. Het blootleggen van deze keuzes voorziet zo in verklaringen voor de huidige voorrangsregels in het verhaalsrecht: *waarom* ziet het verhaalsrecht eruit zoals het er nu uitziet?

Dit hoofdstuk zal, bij wijze van 'nulmeting', worden aangevangen met de bespreking van de rechtsgronden voor de aanvankelijke voorrangsposities onder het regime van het OBW (§ 4.2). Een belangrijke plaats wordt daarbij ingenomen door de fiscale voorrang en de ontwikkeling van deze voorrang tot het midden van de twintigste eeuw (§ 4.3), waarna ook de ontwikkeling van de privaatrechtelijke voorrechten onder het OBW wordt besproken (§ 4.4). Voorts staat de overgang naar het NBW centraal (§ 4.5), waarbij bijzondere aandacht zal zijn voor het adviesrapport van de commissie-Houwing, die in opdracht van de wetgever het preferentiestelsel uit het OBW kritisch tegen het licht heeft gehouden. Het vervolg van het hoofdstuk zal zijn gewijd aan de ontwikkelingen in de voorrang bij verhaal sinds de invoering van het NBW. In dit kader zullen achtereenvolgens worden besproken: wetsvoorstel 22 942 (§ 4.6), het eindrapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementswet (§ 4.7), het voorontwerp Insolventiewet (§ 4.8) en de invoering van artikel 22*bis* IW 1990 (§ 4.9), alsmede meer recente ontwikkelingen zoals de hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA (§ 4.10). Tot slot zal – ten behoeve van het overzicht – in de afrondende paragraaf (§ 4.11) de trend worden geschetst die uit de voorgaande paragrafen te ontwaren is.

4.2 De privaatrechtelijke voorrechten in het OBW anno 1838

Voordat kan worden toegekomen aan de rangordewijzigingen die zijn voorgesteld in het kader van de invoering van het NBW, wordt een overzicht gegeven van de onder het OBW geldende rangorde van vorderingen. In de aanloop naar de invoering van het OBW in 1838 lijken de daarin opgenomen rangorderegels (in Boek II, titel 18; art. 1177 e.v.) een relatief rustig bezit te zijn. Weliswaar maakte de wetgever de keuze om afscheid te nemen van de onder het Franse recht geldende wettelijke en gerechtelijke hypotheken,[1] zodat enkel het hypotheek- en pandrecht uit overeenkomst overbleef, maar aan de in het wetsontwerp opgenomen bevoorrechte vorderingen was veelal ook onder het oude recht al voorrang verbonden. Dit laatste is mogelijk een verklaring voor de omstandigheid dat in de parlementaire beraadslagingen de rechtsgrond van de individuele voorrechten maar zelden wordt genoemd.

Het systeem van voorrang onder het OBW was tamelijk eenvoudig. Voorrang tussen schuldeisers spruit voort uit voorrecht (privilege), pand en hypotheek (art. 1179 lid 1). Voorrechten worden door de wet toegekend, op grond van de aard van de vordering (art. 1180 lid 1). Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt (art. 1180 lid 2). Tussen de bevoorrechte schuldeisers wordt de rang geregeld naar de aard van de voorrechten (art. 1181); is de rang gelijk, dan delen de betreffende schuldeisers 'ponds ponds gelijke' (art. 1182). Voorrechten kunnen daarbij zien op bepaalde goederen of op alle (roerende en onroerende) goederen van de schuldenaar, waarbij de eerstgenoemde voorrang hebben boven de laatstgenoemde (art. 1184).

De in 1838 ingevoerde *privaatrechtelijke* voorrechten kunnen in een aantal – deels overlappende – categorieën worden ingedeeld. Het hoogst gerangschikt staan de gerechtskosten van uitwinning (art. 1185 sub 1) en van uitwinning en boedelredding (art. 1195 sub 1). De rechtsgrond voor deze hoge voorrang ligt in de omstandigheid dat deze kosten niet slechts worden gemaakt in het belang van de uitwinnende schuldeiser, maar in het belang van alle schuldeisers: zij strekken ertoe de uit te winnen goederen aan het beheer van de schuldenaar te onttrekken en zo veilig te stellen voor verhaal door alle schuldeisers.[2]

Een deel van de overige voorrechten op bepaalde goederen kan vervolgens worden gegroepeerd onder de noemer 'afgeleid van de Romeinsrechtelijke legale hypotheek[3] of het Oud-Hollandse retentierecht'.[4] Dit zijn het voorrecht van de verhuurder (art. 1185 sub 2), van de herbergier (art. 1185 sub 6), van de vervoerder (art. 1185 sub 7) en van vergoedingen waartoe openbaar ambtenaren gehouden zijn wegens, kort gezegd, misslagen in de uitoefening van hun ambt (art. 1185 sub 9). Het voorrecht van de verhuurder is daarnaast – eveneens in overeenstemming met vroegere wetgeving – versterkt met een verhaalsrecht op bepaalde wat we nu zouden noemen 'bodemzaken' van derden

1 Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 5-6, onder verwijzing naar een rede van Nicolai (lid van de Commissie van redactie van het wetboek 1838) in *Voorduin IV* 1838, p. 339-340.

2 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 249.

3 De legale (of wettelijke) hypotheek was in het Romeinse recht een bezitloos pandrecht dat van rechtswege aan bepaalde schuldeisers werd verleend op bepaalde of alle goederen van hun schuldenaar. Zie nader o.a. Kaser & Wubbe, *Romeins privaatrecht* 1971, p. 150-151.

4 Ontleend aan Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 8.

(art. 1186). Dit voorrecht strekt ertoe te voorkomen dat de huurder het voorrecht kan ontduiken door via samenspanning en bedrog te doen voorkomen alsof deze goederen niet aan hem maar aan derden toebehoren.[5]

De resterende voorrechten op bepaalde goederen vinden elkaar in de omstandigheid dat de bevoorrechte schuldeiser het betreffende goed heeft behouden, in waarde heeft vermeerderd of heeft toegevoegd aan het vermogen van de schuldenaar, hetgeen in het belang van alle schuldeisers is.[6] Dit betreft het voorrecht wegens de onbetaalde koopprijs van roerende goederen (art. 1185 sub 3) en van specifiek zaden en gereedschappen (art. 1187), wegens kosten tot behoud (art. 1185 sub 4), wegens bearbeiding (art. 1185 sub 5) en het voorrecht van metselaars, timmerlieden en andere werkbazen (art. 1185 sub 8).

Ten aanzien van het voorrecht van de vervoerder en van metselaars, timmerlieden en andere werkbazen laat zich daarnaast een alternatieve grondslag vinden in het handelsbelang dat met het voorrecht is gemoeid. Zo betoogt Vlielander Hein dat het geven van meer betalingszekerheid aan een vervoerder het goederenvervoer – dat voor de handel van grote waarde is – bevordert.[7] Voor wat betreft het voorrecht van de metselaars, timmerlieden en andere werkbazen komt dit handelsbelang tot uitdrukking in aandacht voor de concurrentieverhoudingen. Zo wijst Asser, onder verwijzing naar Diephuis, erop dat dergelijke schuldeisers moeilijk zekerheid in de vorm van een hypotheek kunnen bedingen, vanwege het risico dat het werk dan aan anderen wordt gegund.[8]

Van de voorrechten op alle goederen is het grootste deel te bundelen in de humanitaire grondslag dat het kosten betreft (voor leveringen en diensten) die voorzien in eerste levensbehoeften, levensonderhoud of menselijke waardigheid en waarvan men wil voorkomen dat schuldeisers deze kosten niet maken uit de angst deze niet betaald te krijgen. Dit betreft het voorrecht voor begrafeniskosten (art. 1195 sub 2), voor kosten van de laatste ziekte (art. 1195 sub 3), voor kosten wegens de levering van levensmiddelen (art. 1195 sub 5) en voor kosten van kostschoolhouders (art. 1195 sub 6). Binnen deze categorie is ook het eerdergenoemde voorrecht van de herbergier te plaatsen, aangezien als grondslag voor dit voorrecht wel is gewezen op de omstandigheid dat hij *i)* huisvesting en levensonderhoud verleent aan reizigers; en *ii)* er maar op moet vertrouwen dat die reizigers voldoende solvabel blijken om de daarmee gemoeide kosten te voldoen.[9]

De laatste twee voorrechten op alle goederen hebben allebei een eigen, onderscheidende grondslag. Het voorrecht van dienst- en werkboden (art. 1195 sub 4; in 1907 uitgebreid tot alle arbeiders) lijkt aanvankelijk door overwegingen van loyaliteit te zijn ingegeven; in de woorden van Asser: 'Dienstboden, die hunner meester ook in dagen van tegenspoed getrouw zijn gebleven, verdienen eenige bescherming tegenover andere schuldeischers.'[10] Het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden (art. 1195 sub 7), dat in

5 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 613.
6 Ontleend aan Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 8-9.
7 Vlielander Hein, *Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen* 1861, p. 163.
8 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 268.
9 Vlielander Hein, *Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen* 1861, p. 154.
10 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 275.

1838 nieuw wordt ingevoerd,[11] strekt tot bescherming van afhankelijke personen, die bovendien als schuldeiser moeilijk voor zichzelf kunnen zorgen.[12]

Aan het voorgaande valt op dat er anno 1838 nog weinig systeem in de privaatrechtelijke voorrechten zit. Het aantal voorrechten is hoog en de redenen voor het bestaan van deze voorrechten zijn divers. Het lijkt erop dat de wetgever vooral het bestaande heeft willen behouden, dan wel geen aanleiding heeft gezien om het bestaande grondig te herzien of van meer onderlinge samenhang te voorzien; er wordt grosso modo op dezelfde voet voortgeleefd.

Een opvallende noot hierbij is de vermelding van Asser (verbonden aan de commissie van redactie der nationale wetgeving) dat wel zorgvuldig is onderzocht of ook aan de met de schuldenaar getrouwde vrouw een algemeen voorrecht, in lijn met het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden, zou moeten worden verleend.[13] Hij noemt daarbij twee argumenten uit de afweging – met uiteindelijk overigens een negatieve uitkomst – die ook in de tweede helft van de twintigste eeuw nog zullen terugkeren ten aanzien van alle voorrechten: *i)* men vond dat de positie van de concurrente schuldeisers al genoeg door voorrechten werd beknot; en *ii)* men voorzag afbakeningsproblemen: indien je de belangen van de vrouw van de schuldenaar wilt beschermen, dien je je dan niet ook de belangen van de getrouwde vrouwen, weduwen en 'onmondigen' onder de andere schuldeisers aan te trekken?[14]

4.3 De fiscale voorrang

4.3.1 De voorrang van 's Rijks schatkist

Naast de privaatrechtelijke voorrechten bevat het OBW ook een voorziening voor de voorrang van *'s Rijks schatkist* (art. 1183): 'De voorrang van 's rijks schatkist, de orde waarin dezelve wordt uitgeoefend, en de tijd van deszelfs duur, worden geregeld door de bijzondere wetten daartoe betrekkelijk.' De twee voornaamste *bijzondere wetten* zijn in de negentiende eeuw de Algemene Wet van 26 augustus 1822 (hierna: AW 1822) en de Invorderingswet 1845 (hierna: IW 1845).[15] De AW 1822 regelt de voorrang wegens accijnzen c.a. en geeft de fiscus in artikel 290 een hoge voorrang op de roerende zaken van de accijnsplichtige, waaronder expliciet ook alle werktuigen en gereedschappen in de fabrieken van de accijnsplichtige zijn begrepen, ook indien deze van derden zijn. Deze accijnsvorderingen nemen rang direct na de uitwinningskosten van artikel 1185 sub 1 en 1195 sub 1 OBW.

---

11 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 618-619.

12 Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 132.

13 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 620.

14 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 621.

15 Algemene Wet van 26 augustus 1822 over de heffing der regten van in-, uit- en doorvoer en van de accijnsen, alsmede van het tonnegeld der zeeschepen (*Stb.* 1822, 38); Wet van 22 mei 1845 op de invordering van 's Rijks directe belasting (*Stb.* 1845, 22).

De IW 1845 regelt het 'regt van voorrang' verbonden aan de directe belastingen. Deze directe belastingen bestonden in die tijd uit grondbelasting, personele belasting[16] en het recht van patent.[17] Anno 1845 betrof dit nog een voorrang boven alle andere (behalve de uitwinningskosten), en expliciet ook boven pand en hypotheek (art. 12). Deze hoge voorrang was niet nieuw. Al sinds 1808 heeft de fiscus voor de invordering van deze belastingen een 'regt van privilege' boven alle andere schuldeisers.[18] Deze hoge voorrang gaat bovendien nog veel verder terug, in de vorm van een legale hypotheek.[19] De bedoeling achter de IW 1845 is dan ook vooral het hercodificeren en bundelen van het bestaande invorderingsrecht in één verzamelwet.[20] De regering noemt daarbij drie redenen voor het behouden van de hoge voorrang: *i)* de schatkist kiest haar schuldenaren niet uit, maar treft hen aan onder allerlei rangen en standen, en moet niet machteloos staan tegenover de onwilligen onder hen; *ii)* 'kwalijkgezinden' moeten 'den last die door allen getorscht, des te ligter gedragen wordt' niet straffeloos kunnen afwerpen; *iii)* de schatkist moet met zekerheid op haar inkomsten kunnen rekenen.[21]

Desalniettemin stuit deze hoge voorrang bij de parlementaire behandeling van de wet op enig verzet. Zij is wat dat betreft – anders dan de privaatrechtelijke voorrechten – geen rustig bezit. In het bijzonder roeren zich enkele parlementsleden die vinden dat voor wat betreft de grondbelasting niet behoort te worden afgeweken van de hoofdregel dat pand en hypotheek boven privilege rangschikken. Aanvankelijk is er daarnaast ook een breder gedragen opvatting onder de parlementariërs dat de kosten tot behoud, de begrafeniskosten en de kosten van laatste ziekte in rang boven de fiscus behoren te komen.[22] De regering gaat hier niet in mee nu *a)* de fiscale voorrang in haar ogen het hypothecair krediet niet kan schaden, omdat de voorrang een beperkte duur heeft (twee jaar na de aanslag) en iedereen over de aanwezigheid, de omvang en de afbetaling van belastingschulden 'in het zekere onderrigt kan worden'; en *b)* zij geen reden ziet om de fiscus een bestaand en bestendig voorrangsrecht te ontzeggen.[23] De regering weet hierbij de meerderheid aan haar zijde te krijgen, want uiteindelijk ziet de wet zonder deze voorgestelde wijzigingen het levenslicht.

16 Personele (weelde)belasting was een voorloper van de huidige inkomsten- en vermogensbelasting en werd geheven op basis van uiterlijke, gemakkelijk te controleren tekenen van welstand. Zo betaalde men belasting over onder meer dienstboden, de huur of huurwaarde van woningen, landerijen en gronden en over deuren en ramen. Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 222-223. Zie nader Elias, *De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen* 2005, p. 77-79.

17 Het recht van patent was een zegelrecht dat betaald moest worden bij het verkrijgen van een vergunning ('een patent') voor het uitoefenen van een handel, beroep, bedrijf of nering, waarbij de hoogte werd bepaald aan de hand van de geschatte winstgevendheid van het bedrijf. Ook het dragen van gepoederd haar (tot ongeveer het begin van de negentiende eeuw mode onder welgestelden) was patentplichtig en viel daarmee onder het zegelrecht. Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 224. Zie nader Elias, *De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen* 2005, p. 64 en 79.

18 Art. 1, Wet van 12 november 1808 (*Bulletin des Lois* no. 213), die – voor zover relevant – luidt: 'Le privilège du Tresor public pour le recouvrement des contributions directes […] s'exerce avant tout autre'; zie ook Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 96.

19 Zie bijv. Ydema, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Belastingrecht* 1997, p. 214; De Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht (AN nr. 167)* 2018/3.2.

20 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT).

21 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT).

22 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 4 (VV).

23 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT) en nr. 5 (MvA).

Met de bril van het heden is het verwonderlijk dat men zich in de negentiende eeuw niet in een breder verband keerde tegen de hoge voorrang van accijnzen en directe belastingen. Een verklaring hiervoor zou kunnen liggen in de lage belastingdruk van destijds. Gedurende de gehele negentiende eeuw bedraagt de totale belastingopbrengst in Nederland jaarlijks ongeveer 10% van het bruto binnenlands product (bbp).[24] Zolang de bevoorrechte fiscale vorderingen beperkt in omvang zijn, is de impact van de hoge voorrang voor de overige schuldeisers in een *concursus* – en daarmee ook hun bezwaar tegen die voorrang – beperkt.[25]

Een tweede mogelijke verklaring zou kunnen liggen in de omstandigheid dat pas vanaf 1880, wanneer de industrialisatie op gang is gekomen en de kredietbehoefte toeneemt, het hypotheekbankbedrijf opkomt en de verstrekking van hypothecair krediet toeneemt.[26] Tot die tijd was de behoefte aan grondkrediet nog beperkt[27] en daarmee mogelijk ook de rol van de hypotheek in een *concursus*.

4.3.2 Kritiek op en wijziging van de fiscale voorrang

Vanaf 1914 verandert het tij. De bevoorrechte directe belastingen nemen sterk in omvang toe door onder meer de invoering van een algemene inkomstenbelasting (Wet Inkomstenbelasting 1914), al snel gevolgd door een verhoging van die belasting (Verdedigingsbelastingen II) en de invoering van oorlogswinstbelasting. Ook wordt in 1919 voor het eerst een hoge voorrang toegekend aan een socialeverzekeringspremie: aan de premie uit hoofde van de Invaliditeitswet wordt voorrang verleend op alle roerende en onroerende goederen van de premieplichtige werkgevers, rangschikkend boven alle bevoorrechte schulden met uitzondering van die van artikel 12 IW 1845 en artikel 1185 sub 1 en artikel 1195 sub 1 OBW.[28] Anders dan de aanvankelijke bedoeling van de regering was, rangschikt ook deze premie boven pand en hypotheek.[29]

---

24 Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 120.

25 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 45.

26 Klein & Vleesenbeek, in: *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken* 1981, p. 13.

27 Klein & Vleesenbeek, in: *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken* 1981, p. 11.

28 Art. 210 lid 1, Wet van 5 juni 1913 tot verzekering van arbeiders tegen geldelijke gevolgen van invaliditeit en ouderdom (Invaliditeitswet) (*Stb.* 1913, 205). Deze wet voorziet niet in de eerste sociale verzekering – dat deed de Ongevallenwet 1901 –, maar wel in de eerste sociale verzekering waarvan de verschuldigde premie is bevoorrecht. De ratio hierachter is dat de omvang van de uitkering uit deze verzekering – anders dan de verzekering uit de Ongevallenwet – rechtstreeks is gekoppeld aan de betaalde premies. Daarmee dient de hoge voorrang ter bescherming van de verzekeringsplichtige werklieden, 'die te zwak geacht worden om voor zich zelf te zorgen'. *Kamerstukken II* 1904/05, 188, nr. 3, p. 66-67 (MvT).

29 In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp wordt namelijk expliciet aangegeven dat *niet* wordt voorgesteld om deze premie voorrang boven pand en hypotheek te geven, om te voorkomen dat de kredietverstrekking aan werkgevers zou worden bemoeilijkt. *Kamerstukken II* 1904/05, 188, nr. 3, p. 67 (MvT); *Kamerstukken II* 1910/11, 258, nr. 3, p. 94 (MvT). De voorrangsregel, die deze verhouding tot pand en hypotheek niet expliciet benoemt, blijkt in de praktijk evenwel anders te worden geïnterpreteerd, zoals volgt uit o.a. *Kamerstukken II* 1927/28, 422, nr. 3, p. 8 (MvT) en Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 266-268.

In de naoorlogse jaren ontstaat vanuit de praktijk in toenemende mate kritiek op de hoge rang van de fiscus inzake de directe belastingen, specifiek in verhouding tot het recht van hypotheek. Waar voorheen hypotheekhouders weinig te vrezen hadden van het fiscale privilege, wordt het nu niet ondenkbeeldig dat zij bij de executie van verhypothekeerde onroerende zaken met een verlies worden geconfronteerd. Deels wordt dit toegeschreven aan de toegenomen omvang van de fiscale vorderingen, in het bijzonder de oorlogswinstbelasting,[30] maar deels ook aan de wijze van invordering door de fiscus. Zo is het voorgekomen dat de fiscus in de naoorlogse jaren nog belastingaanslagen vaststelde over de hele periode vanaf 1914 en daardoor over dat gehele bedrag ex artikel 12 IW 1845 nog twee jaar voorrang genoot, hetgeen de verhaalpositie van de hypotheekhouder bij een *concursus* verder onder druk zette.[31] De onvrede hierover kanaliseert zich in een krachtige lobby die waarschuwt voor de gevolgen voor de kredietverlening. Zo wendt de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken zich meermaals richting regering en Staten-Generaal, in pogingen om het hypothecair krediet – en daarmee ook de 'destijds zeer veilig gewaande' hypothecaire belegging[32] – te beschermen.[33] Ook de Broederschap der Notarissen roert zich met een open brief aan de Tweede Kamer met het verzoek om een einde te maken aan het fiscale privilege, wijzend op de schade die het door haar omvang aanricht aan het hypotheekwezen. Waar het hypotheekstelsel 'tot zijn buitengewone bloei is geraakt' door de beginselen van specialiteit en publiciteit, die de confrontatie met onbekende preferente schulden of legale hypotheken uitsloten, is het fiscale privilege nu teruggekeerd als een gevaar uit het verleden.[34]

De wetgever blijkt vatbaar voor deze lobby. In 1922-1923 worden de fiscale vorderingen uit directe belastingen (grondbelasting uitgezonderd) achtergesteld bij die van hypotheekhouders.[35] Het sentiment van de lobbyende partijen over het maatschappelijke belang van hypothecaire kredietverstrekking is daarbij overgenomen door de Minister van Financiën, zo volgt uit de memorie van toelichting:

30 Zie bijv. Van Dijk, *WPNR* 1918/2550, p. 495.

31 Utrechtse Hypotheekbank, *Vijftig jaren* 1932, p. 36-37.

32 Zo is de belegging in hypothecaire geldleningen een van de weinige wijzen die destijds ex art. 449 lid 2 OBW in aanmerking kwam voor het beheer van het vermogen van minderjarigen en onder curatele gestelden.

33 Zie bijv. over de zojuist genoemde wijze van invordering: Utrechtse Hypotheekbank, *Vijftig jaren* 1932, p. 37, waarin wordt vermeld dat dit voorval (dat zich bij de Utrechtse Hypotheekbank voordeed) onder de aandacht van de vereniging werd gebracht, die zich hierover vervolgens tot de regering wendde. Noemenswaardig is tevens een in het *WPNR* gepubliceerd verzoekschrift aan de Tweede Kamer dat zich uitspreekt tegen twee wetsontwerpen tot invoering van nieuwe (bevoorrechte) directe belastingen – vermogensaanwasbelasting en aanvullende verdedigingsbelastingen – die de verhaalspositie van de hypotheekhouder nog verder zouden ondergraven. Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken, *WPNR* 1919/2603.

34 Gepubliceerd in *WPNR* 1921, afl. 2703, p. 430-431.

35 Aanvankelijk door toevoeging van art. 115*bis* aan de Wet Inkomstenbelasting 1914 (van toepassing op de inkomstenbelasting, verdedigingsbelastingen II, oorlogswinstbelasting en dividend- en tantièmebelasting). Een jaar later is de rangwijziging veralgemeniseerd door wijziging van art. 12 IW 1845. Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 45-46.

> 'Het betreft hier een zaak van meer dan particulier belang. Het recht van hypotheek mag zich verheugen in eene ongemeene mate van vertrouwen. Dank zij dat recht, komt er heel wat kapitaal in de handen van hen, die tot de meest nuttige aanwending er van in staat zijn.'[36]

In de daaropvolgende periode blijven de bevoorrechte belastingen toenemen. Zo valt bij Wet van 28 mei 1925 ook de vermogensbelasting onder het bereik van artikel 12 IW 1845, en wordt in de jaren dertig de omzetbelasting ingevoerd en onder het bereik van artikel 290 AW 1822 (de voorrang van accijns) geplaatst.[37]

Tegelijkertijd beklaagt de praktijk zich opnieuw, erop wijzend dat de rangschikking van het fiscale voorrecht van artikel 12 IW 1845 boven pandrecht maakt dat *ook* de kredietverlening tegen onderpand (destijds vooral in effecten) wordt bemoeilijkt, en in veel gevallen zelfs zou worden verhinderd.[38] Ook hier blijkt de minister vatbaar voor dit argument. In 1932 wordt de fiscus bij resolutie opgedragen om de uitoefening van het voorrecht *jegens de pandhouder* zoveel mogelijk te beperken.[39] De voorschriften houden in dat – dringende gevallen uitgezonderd – nog slechts met toestemming van de minister tot beslag op (de opbrengst van) in pand gegeven zaken van de belastingdebiteur kan worden overgegaan. Kan beslaglegging niet wachten, dan mag slechts het noodzakelijke ter veiligstelling van de rechten van de schatkist worden verricht, in afwachting van nadere beslissing door de minister. Leidend bij de beslissing van de minister is dat het geldend maken van het voorrecht boven pand zoveel mogelijk wordt beperkt, waarbij onder meer een rol speelt in hoeverre de fiscus op een andere wijze dan op de verpande goederen verhaal kan nemen. Er is aldus sprake van een vorm van 'vrijwillige' zelfbinding: het fiscale voorrecht blijft ongewijzigd, maar de fiscus bindt zichzelf aan een bepaalde wijze van uitoefening van dit voorrecht jegens pandhouders.

Hoewel de praktijk aanvankelijk met de regeling van 1932 uit de voeten lijkt te hebben gekund,[40] wordt in het eerste jaar na de bevrijding in 1945 opnieuw melding gemaakt van een dreigend gevaar voor de kredietverlening, met name door een verder oplopende

36 *Kamerstukken II* 1921/22, 367, nr. 3 (MvT).

37 Voor beide belastingen geldt evenwel dat de hoge rang voor de wetgever 'bijvangst' lijkt te zijn. Zo komt de voorrang van de vermogensbelasting voort uit de meer algemene wens om de invordering van deze belasting op te dragen aan de ontvangers der directe belastingen. *Kamerstukken II* 1924/25, 268, nr. 3 (MvT). Voor wat betreft de omzetbelasting vermeldt de memorie van toelichting eenvoudigweg dat wordt aangesloten bij de regels over invordering van accijnzen. *Kamerstukken II* 1932/33, 305, nr. 3 (MvT).

38 Erasmus, *Invordering van belastingen* (FS nr. 2) 1978, p. 143; in vergelijkbare zin: Adriani, *Het belastingrecht* 1949, p. 215.

39 Resolutie van de Minister van Financiën van 16 juli 1932, nr. 46, opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 114-115; zie hierover nader Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 43 en Adriani, *Het belastingrecht* 1949, p. 215.

40 Zie hierover Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 42 en 104.

belastingdruk en door ingrijpende monetaire maatregelen van De Nederlandsche Bank.[41] Na overleg met het bankwezen en mede in het licht van het belang van de kredietverlening voor de wederopbouw na de oorlog, vaardigt de minister een tweede resolutie uit, toegespitst op *bancaire* kredietverlening, die nu ook ingrijpt in de voorrangspositie zelf. Onder voorwaarden en met betrekking tot een bepaald aantal belastingen zal de fiscus zich (zonder tussenkomst van de minister) jegens een bancaire kredietverlener in rang achterstellen. Het moet dan gaan om een normaal verleend zakelijk krediet en er mogen geen redenen aanwezig zijn om aan te nemen dat het verstrekken of het voortzetten van het krediet plaatsvond, terwijl de kredietverlener wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de kredieттransactie zou bevorderen dat goederen aan de boedel worden onttrokken of de rechten van de fiscus op een andere manier zouden worden 'verkort'.[42] Specifiek jegens bancaire pandhouders (anno 1956 alleen nog bij pandrecht op effecten, celen en andere dergelijke stukken[43]) geldt dat de fiscus bij executie wegens zijn voorrecht terug zal treden ten behoeve van de pandhouder, indien aan de zojuist genoemde voorwaarden is voldaan.[44] Betreft het door het pandrecht gesecureerde krediet meer dan *ƒ* 10.000, dan geldt daarbij tevens de eis dat de pandhouder voorafgaand aan de kredietverstrekking een verklaring van geen bezwaar van de fiscus heeft verkregen.[45]

In andere gevallen (zoals bij ongesecureerd krediet of het ontbreken van de vereiste verklaring) is de bank afhankelijk van de welwillendheid van de fiscus. De directeur van 's Rijks belastingen en domeinen *kan* bepalen dat de fiscus een op grond van het fiscale voorrecht geïnd bedrag geheel of gedeeltelijk aan een daartoe verzoekende bank uitkeert, mits de schatkist is gebaat door het door de bank aan de belastingschuldige verstrekte krediet.[46]

In de toelichting bij de regeling geeft de minister blijk van de belangenafweging die aan de regeling ten grondslag ligt, waarbij de nadruk ligt op het willen voorkomen dat het fiscale voorrecht het financieringsverkeer hindert:

> 'Reeds geruimen tijd bezin ik mij op maatregelen om in den toestand zooals hij langzamerhand is gegroeid, verandering te brengen. Voorop moet ik stellen, dat het economisch leven in Nederland niet mogelijk is zonder credietverstrekking; stagnatie in de financiering mag door den fiscus in het algemeen niet worden veroorzaakt. Van den anderen kant moet ik zooveel mogelijk waken voor het veilig stellen van de belangen van 's Rijks schatkist,

41 Zie hierover de toelichtende brief van de Minister van Financiën bij diens Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105, par. 2-3, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 104. Met betrekking tot de monetaire maatregelen vermeldt deze brief dat De Nederlandsche Bank eind 1945 in verschillende gevallen het opnemen van geblokkeerd tegoed heeft stopgezet en vervangen door kredietverstrekking door de bank op onderpand van het geblokkeerde tegoed. Omdat banken vreesden dat de fiscus zich op dit geblokkeerde tegoed zou verhalen, zou het verkrijgen van krediet onder dekking van een geblokkeerd tegoed bijzonder moeilijk en duur zijn geworden.

42 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('*Voorrang 211*'), par. 2, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 106.

43 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 44.

44 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('*Voorrang 211*'), par. 13.

45 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('*Voorrang 211*'), par. 14.

46 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('*Voorrang 211*'), par. 3.

> in het bijzonder wanneer het geldt de zeer hooge heffingen welke van zwarte handelaren en collaborateurs zullen worden gevraagd.'[47]

In 1952 wordt de voorzichtige houding van de fiscus jegens met pandrecht bezwaarde goederen uitgebreid tot door de belastingschuldige in zekerheidseigendom overgedragen goederen, omdat de aanvankelijke moeilijkheden met betrekking tot het fiscale voorrecht en het pandrecht zich ook zouden voordoen bij de (in de financieringspraktijk in zwang geraakte) zekerheidsoverdracht.[48] Voor de goederen die onder het fiscale bodemrecht van artikel 16 lid 3 IW 1845 en artikel 290 lid 4 AW 1822 vallen, betekent dit namelijk dat de fiscus opnieuw voorgaat op de kredietverlener. De fiscus voer aanvankelijk scherp aan de wind door bij alle zekerheidsoverdrachten een beroep op het bodemrecht gerechtvaardigd te achten, zich daarbij baserende op een resolutie uit 1929 die de fiscus opdroeg het bodemrecht alleen nog maar uit te oefenen in de gevallen waarin de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de goederen aanleiding geeft om ze als *zijn* goederen te beschouwen.[49] Dit gaat de minister evenwel te ver. Voor het 'oneigenlijk pandrecht' dient dezelfde gedragslijn te gelden als voor het 'eigenlijke pandrecht' en daarmee dient dezelfde voorzichtige koers te worden gevaren: er mag geen beroep worden gedaan op het bodemrecht dan na toestemming van de minister.[50]

> De beoordeling van de minister zal volgens de resolutie hoofdzakelijk zien op de vraag of de uitoefening van het bodemrecht tegenover de betreffende derde *in redelijkheid gerechtvaardigd* is, waarbij tevens een grote plaats is voor overwegingen van billijkheid en de eisen van goed beleid.[51] De resolutie geeft vervolgens twee eerste vingerwijzingen: *i)* indien de waarde van de goederen de schuld waarvoor zij zijn verbonden overtreft, zal er in beginsel niets op tegen zijn dat een dergelijk surplus aan de fiscus toekomt;[52] en *ii)* voor de zakelijke lasten als loon- en omzetbelasting zal de uitoefening van het bodemrecht sneller gerechtvaardigd zijn: 'in het veel voorkomend geval […] dat een bedrijf in belangrijke mate steunt op bankcrediet, mag vaak de regel gelden, dat degene die het voeren van een bedrijf mogelijk wil maken zich niet geheel ontslagen mag achten van verantwoordelijkheid tegenover zakelijke crediteuren en ten opzichte van de zakelijke lasten, die aan de bedrijfsvoering zijn verknocht.'[53]

---

47 Toelichtende brief van de Minister van Financiën bij diens Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105, par. 5, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 105.

48 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 56-57.

49 Aldus de minister, bij Resolutie van 14 juli 1952, nr. 6, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 110-114, onder verwijzing naar de Resolutie van 4 oktober 1929, nr. 72.

50 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 2, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 110-114. Omdat – in tegenstelling tot bij het pandrecht – voor de fiscus voorafgaand aan beslag veelal niet zichtbaar is of op de betreffende goederen dergelijke rechten van derden rusten, betreft dit geen toestemming voorafgaand aan een (bodem)beslag, maar gedurende de bezwaarprocedure ex art. 16 lid 1 IW 1845 bij de directeur (van 's Rijks belastingen en domeinen).

51 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 5.

52 Volgens de resolutie handelt de minister ten aanzien van *verpande* goederen reeds in deze geest.

53 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 7.

Wanneer deze resoluties worden samengenomen, dan ontstaat het volgende beeld: pandhouders en zekerheidseigenaren worden tegemoetgekomen via respectievelijk de Resolutie van 16 juli 1932 en de Resolutie van 14 juli 1952. Bancaire kredietverleners worden daarbovenop extra tegemoetgekomen via de 'Voorrang 211'-resolutie uit 1946; slaagt een beroep op deze resolutie niet, dan kunnen zij – mits van toepassing – nog terugvallen op de 1932- en/of 1952-resolutie. De rode draad die ze verbindt is het gemeenschappelijke doel van de resoluties: voorkomen dat de fiscale verhaalspositie de kredietverlening in gevaar brengt.

4.3.3 (Onderlinge) voorrang van belastingvorderingen en socialeverzekeringspremies

Een ander probleem dat met de toename van de bevoorrechte belasting- en premieschulden rijst, is dat het aantal publiekrechtelijke voorrechten – verspreid over diverse wetten – toeneemt, terwijl bovendien de afstemming, onderling en in verhouding tot de privaatrechtelijke voorrechten, te wensen overlaat. Naast het gevolg dat de onderlinge rangorde van de publiekrechtelijke voorrechten niet altijd duidelijk is en de Hoge Raad hier meermaals een knoop over heeft moeten doorhakken,[54] werkt dit ook het ontstaan van zogenoemde 'rangordecirkels' in de hand. Dit lijkt zich bijvoorbeeld voor te doen bij het aan successierechten verbonden voorrecht (art. 25 Successiewet 1859). Dit voorrecht rust op alle roerende en onroerende zaken die door het overlijden zijn geërfd of verkregen, en neemt rang onmiddellijk na alle op dat ogenblik bestaande voorrechten, pandrechten en hypotheekrechten. Dit lijkt een verstoring van de algemene rangorderegels uit het OBW, aangezien dit voorrecht aldus rangschikt *voor* posterieure rechten van pand en hypotheek. De samenloop van een schuldeiser (A) met een algemeen voorrecht daterend van *voor* het overlijden, de fiscus (B) met een vordering wegens successierecht en een schuldeiser (C) met een pandrecht daterend van *na* het overlijden, levert dan een cirkel op: A heeft voorrang boven B; B heeft voorrang boven C; en C heeft voorrang boven A (art. 1180 lid 2 OBW).[55] Een uitweg uit deze impasse vereist wat creativiteit, maar ligt in de herinterpretatie van dit voorrecht tot een – wel in het systeem van het privaatrecht passend – verhaalsrecht op de nalatenschap.[56] De privéschuldeisers van de erfgenaam kunnen zich hierop dan inderdaad pas, ongeacht hun rang, verhalen nadat de schuldeisers

54 Zie hierover uitgebreid Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 58-60, onder verwijzing naar HR 26 juni 1936, *NJ* 1936/1050, m.nt. P. Scholten (over de verhouding tussen de directe belastingen en de premievorderingen uit de Invaliditeitswet) en HR 23 april 1954, *NJ* 1955/3 (over de verhouding tussen de directe belastingen en de premievorderingen uit de Ziektewet, het Ziektefondsbesluit, de Kinderbijslagwet en de Werkloosheidswet). Zo heeft de Hoge Raad in 1936 beslist over de onderlinge rang van de premie uit hoofde van de Invaliditeitswet en de directe belastingen, waarbij de – in 1929 gewijzigde – voorrangsregel in art. 210 Invaliditeitswet, anders dan de bedoeling van de wetgever om deze premie te laten prevaleren boven de directe belastingen, identiek was aan de voorrangsregel in art. 12 IW 1845.

55 Voorbeeld ontleend aan Klaassen, *De Successiewet* 1936, p. 375-376.

56 Betoogd door Adriani, *WPNR* 1924/2835, p. 213-214. Instemmend Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 262-263.

van de nalatenschap zijn voldaan. Het ligt voor de hand dat de wetgever dit ook heeft beoogd, maar op een systeemvreemde manier heeft verwoord.[57]

Het voorgaande lijkt een symptoom van een groter probleem, namelijk dat er geen duidelijk stelsel van voorrangsregels is. Waar in de privaatrechtelijke voorrechten al geen duidelijke, overkoepelende visie achter het geheel van voorrangsregels naar voren komt, heeft de in artikel 1183 OBW opgenomen *carte blanche* voor het vormgeven van de publiekrechtelijke voorrangsregels (zie hiervoor, § 4.3.1) het spreken over een coherent stelsel van voorrangsregels eigenlijk al direct onmogelijk gemaakt.

In een in 1956, in opdracht van de Vereniging voor Belastingwetenschap verschenen, commissierapport over de juridische en economische aspecten van voorrechten van de fiscus is deze problematiek een van de centrale thema's. De commissie, onder leiding van Suijling, concludeert – in lijn met het voorgaande – dat een overzichtelijke wettelijke regeling van de publiekrechtelijke voorrechten 'dringend gewenst' is, waarbij tevens aandacht dient te zijn voor hun onderlinge rangorde, hun verhouding tot pand, hypotheek en de privaatrechtelijke voorrechten en voor hun tijdsduur.[58] Met andere woorden, er dient weer orde in de ontstane warboel te worden gebracht.

4.4 De privaatrechtelijke voorrechten vanaf 1950

In de jaren vijftig en zestig worden ook de privaatrechtelijke voorrechten uitgebreid. Dat doet zich voor bij de invoering van de Appartementenwet (1951) en van de Wet op het schadeverzekeringsbedrijf (1964) en bij de pensioenrechten van werknemers (1968).

Met de invoering van de Appartementenwet (*Stb.* 1951, 571) wordt een voorrecht in het leven geroepen dat is verbonden aan de bijdrage van de appartementseigenaren (en vruchtgebruikers) in de kosten van het (in appartementsrechten opgesplitste) gebouw: artikel 1185 sub 9 OBW. Het doel van dit voorrecht is het voorkomen dat appartementseigenaren de dupe kunnen worden van insolventie van een van hen, hetgeen afbreuk zou doen aan de verhandelbaarheid – en daarmee de populariteit – van appartementen.[59]

Met de invoering van de Wet op het schadeverzekeringsbedrijf wordt een voorrecht toegekend aan de vorderingen tot uitkering op grond van de verzekeringsovereenkomst (art. 1195 sub 10 OBW jo. art. 8 lid 7 Wet op het schadeverzekeringsbedrijf). Het doel hiervan is zuiver technisch: het voorrecht zorgt ervoor dat bij liquidatie van een (schade)-verzekeraar de gerechtigden tot deze uitkeringen voorgaan op hen die recht hebben op premierestitutie.[60]

De bevoorrechting van de pensioenrechten van werknemers (art. 1195 sub 3 en 4 OBW) komt voort uit een sociale noodzaak. Rond de jaren zestig blijkt dat bij inkrimping, fusie

57 Adriani, *WPNR* 1924/2835, p. 214.

58 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 100.

59 Dit moet worden bezien tegen de achtergrond dat in die tijd grote behoefte was aan (goedkope) koopwoningen – met de bouw van appartementencomplexen als oplossing – en dat het daarom van belang was om appartementen even goed verhandelbaar te laten zijn als eengezinswoningen. Pas dan – zo schrijven de ministers (van Justitie en van Wederopbouw en Volkshuisvesting) in de MvA bij de Appartementenwet – zal de regeling ingang vinden bij het publiek. Mertens, *Appartementen (Mon. BW nr. B29)* 2006/1; *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5 (MvA).

60 Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 135.

of sluiting van ondernemingen de belangen van werknemers, in het bijzonder voor wat betreft hun pensioenvoorziening, te weinig worden beschermd.[61] Weliswaar zijn door de Pensioen- en spaarfondsenwet de pensioenrechten van de meeste werknemers goed geborgd (doordat voor pensioen gestorte gelden dan verplicht buiten de onderneming worden gebracht), maar voor de uitzonderingsgevallen dient een voorziening te worden getroffen. De pensioenrechten betreffen in die gevallen slechts een (kwetsbare) vordering op de werkgever. Tot onvrede van de politiek kan de gewenste bescherming alleen niet worden bereikt. Men moet namelijk onder ogen zien dat de hoge voorrang van de belastingen en socialeverzekeringspremies het preferentiestelsel uit het lood hebben geslagen: door deze hoge voorrang blijven in de praktijk *alle* lager gerangschikten bijna altijd met lege handen achter.[62] De belasting- en premiedruk bedraagt dan inmiddels ook meer dan 25% van het bbp (en zal nog oplopen tot 40% in 1980).[63] De toevoeging van twee algemene voorrechten aan artikel 1195 OBW, waarbij de onderlinge rang met de andere in deze bepaling opgenomen voorrechten overigens zorgvuldig wordt bepaald,[64] zet dan ook geen zoden aan de dijk. Desalniettemin wordt met de voorgestelde voorrechten ingestemd, nu de bevoorrechting dringend nodig is en elke verbetering van de positie van werknemers – hoe klein ook – welkom is.[65] Duidelijk is evenwel dat het preferentiestelsel herziening behoeft. Een algehele reflectie op de preferenties – inclusief die van de fiscus en de socialeverzekeringsinstellingen – is nodig.

4.5 De weg naar het NBW

4.5.1 Het Ontwerp-Meijers

Parallel aan de ontwikkelingen in de voorgaande paragraaf wordt intensief gewerkt aan de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek. Deze hercodificatie vangt aan met de opdracht aan Meijers in 1947 om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen, hetgeen in 1954 uitmondt in de publicatie van het eerste deel van zijn Ontwerp: de boeken 1 tot en met 4. In dit Ontwerp wijkt hij voor wat betreft de rangorde van vorderingen (titel 3.10 van het Ontwerp) – zoals hij ook zelf opmerkt in zijn toelichting bij het Ontwerp – niet principieel af van de bestaande regeling.[66] De in het Ontwerp voorgestelde aanpassingen

61 Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 124; *Kamerstukken II* 1966/67, 9010, nr. 3, p. 1 (MvT).

62 *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 4, p. 1 (VV).

63 Ontleend aan cijfers van het Belasting & Douane Museum, gebaseerd op oude miljoenennota's. Collectie geraadpleegd op 26 februari 2022.

64 Voorgesteld wordt om de pensioenrechten direct na de kosten van uitwinning en de begrafeniskosten te rangschikken, omdat de betreffende pensioengerechtigden in de opvatting van de minister (van Justitie) in de regel een zwakkere positie innemen dan de andere schuldeisers uit art. 1195 OBW en voor hun bestaan ook meer afhankelijk zijn van de voldoening van deze vorderingen. *Kamerstukken II* 1966/67, 9010, nr. 3, p. 1 (MvT).

65 *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 4, p. 1 (VV). Hierbij speelt mogelijk tevens een rol dat – zo geeft de minister in de MvA aan – de invoering van deze voorrechten ook los van de plaats in de rangorde meerwaarde heeft: zo worden bevoorrechte vorderingen niet getroffen door surseance van betaling (art. 232 Fw) en door een faillissementsakkoord (art. 157 Fw). *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 5, p. 1-2 (MvA).

66 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 289.

zijn deels klein en technisch van aard, al worden ook enkele inhoudelijke aanpassingen voorgesteld. Alle aanpassingen beperken zich daarbij tot het privaatrechtelijke deel van het preferentiestelsel.

4.5.1.1 De voornaamste wijzigingen in het Ontwerp

In het Ontwerp-Meijers springen met betrekking tot de voorrechten op bepaalde goederen de volgende wijzigingen het meest in het oog. In de eerste plaats wordt een voorrecht toegevoegd voor hen die voor de vervaardiging van een zaak aan een aannemer materialen hebben geleverd, of voor hem in of buiten dienstverband arbeid hebben verricht. Zij zijn dan voor de koopprijs of het arbeidsloon bevoorrecht op de vordering die de aannemer wegens de vervaardiging van die zaak op de aanbesteder heeft (art. 3.10.3.14). Met deze toevoeging wil het Ontwerp tegemoet komen aan 'de reeds lang in ruime kring bestaande wens' om ambachtslieden te beschermen.[67] Onder het OBW was het onzeker of hen al een dergelijk voorrecht toekwam. Het Ontwerp stelt dit buiten twijfel. Het voorrecht is bovendien uitgebreid tot hen die materialen hebben geleverd aan de aannemer. Er bestaat volgens Meijers namelijk onvoldoende grond om deze verkopers anders te behandelen dan de onderaannemers; beiden hebben immers eraan bijgedragen dat het werk vordert en dat de aannemer vervolgens een vordering op de aanbesteder verkrijgt.[68]

Een tweede nieuw voorrecht ziet op hen die een geleden schade kunnen verhalen op een tegen een dergelijke aanspraak verzekerde. Zij zijn bevoorrecht op de vordering die de verzekerde uit hoofde van de verzekering jegens de verzekeraar heeft. Dit voorrecht komt tegemoet aan het risico dat de verzekeringsuitkering de benadeelde niet bereikt door bijvoorbeeld faillissement van de verzekerde.[69] Meijers onderkent dat er reeds verschillende oplossingen voor dit probleem zijn voorgesteld, en kiest vervolgens voor dit voorrecht als oplossing in het Ontwerp. Uitdrukkelijk wordt daarbij aangegeven dat het geven van een eigen recht aan de benadeelde tegen de verzekeraar te ver zou gaan als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen.[70]

Ten derde wordt het voorrecht van de verhuurder en verpachter qua duur ingeperkt (art. 3.10.3.8). Het voorrecht geldt nog slechts voor vorderingen niet ouder dan één jaar, tegenover drie jaren in artikel 1189 OBW. Meijers acht dit noodzakelijk om verhuurder en verpachter aan te zetten tot actieve inning, zodat zij achterstanden niet te veel laten oplopen ten nadele van de andere schuldeisers.[71]

In het Ontwerp zijn verder enkele voorrechten op alle goederen geschrapt. Zo is het voorrecht voor de kosten van laatste ziekte (art. 1195 sub 3 OBW), ook wel het voorrecht van de medicus genoemd, geschrapt. Meijers acht het namelijk niet goed verdedigbaar dat de medicus wiens patiënt overlijdt bevoorrecht is, terwijl iemand wiens kunde en ervaring tot herstel van de ziekte leidt een lagere rang inneemt.[72] Ook het voorrecht van de kostschoolhouders (art. 1195 sub 6 OBW) is geschrapt, met als bondige toelichting dat

67 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.
68 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.
69 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.
70 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.
71 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 292-293.
72 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

dit voorrecht voor ons land niet voldoende gemotiveerd is.[73] Tot slot is ook het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden (art. 1195 sub 7 OBW) geschrapt, met als toelichting dat deze personen op een andere manier zekerheid moet worden gepoogd te geven.[74] Ook de in deze OBW-bepaling uitgewerkte kinderalimentatievordering komt in het Ontwerp niet meer voor bevoorrechting in aanmerking, nu het belang van dit voorrecht gering is: een voorrecht krijgt pas relevantie bij insolventie van de schuldenaar, en dat zal juist een reden geven om de kinderalimentatie te verlagen.[75] Beter is het – aldus Meijers – om de vertegenwoordiger van de kinderen middelen te geven om tegen onwillige ouders op te treden, en de toelichting vermeldt dat de wet hier al afdoende voor zorgt.[76]

Toegevoegd is verder het voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag, als hoogst gerangschikte algemene voorrecht. Deze toevoeging komt voort uit het onderscheid dat Meijers maakt tussen eigenlijke en oneigenlijke executiekosten.[77] De kosten van de faillissementsaanvraag beschouwt hij als oneigenlijke executiekosten en daarmee vallen zij buiten de hoge voorrang die de eigenlijke executiekosten genieten. Dit hangt samen met de nieuwe opzet van de verdelingsregels in deze titel: een aparte bepaling voor de uitwinningskosten zoals artikel 1185 sub 1 en artikel 1195 sub 1 OBW is niet meer nodig; conform artikel 3.10.1.2 (later 3:277) BW zijn deze verdelingsregels nog slechts van toepassing op de netto-opbrengst (aldus na aftrek van deze uitwinningskosten). Maar omdat Meijers de kosten voor de faillissementsaanvraag als oneigenlijke executiekosten ziet, is hiervoor wel nog een aparte bepaling vereist: het oude artikel 1195 sub 1 OBW wordt beperkt tot deze kosten en rangschikt als hoogste onder de algemene voorrechten.

> Deze keuze van Meijers beslecht de tot dan bestaande onduidelijkheid over de verhouding tussen de in artikel 1195 sub 1 OBW genoemde kosten en de verhouding tot de 'algemene faillissementskosten' in de zin van artikel 182 Fw. Hoewel anno 1950 duidelijk was dat de kosten van de faillissementsaanvraag onder de reikwijdte van artikel 1195 sub 1 OBW vielen,[78] bestonden in de literatuur meerdere opvattingen over de consequentie daarvan. Zo is enerzijds betoogd dat pas wanneer de betreffende kosten ook onder het begrip 'algemene faillissementskosten' vallen, deze kosten ex artikel 182 Fw worden omgeslagen over ieder deel van de boedel en daarmee ook voorrang hebben boven de bijzondere voorrechten.[79] Voor de kosten van de faillissementsaanvraag liepen de opvattingen hierover uiteen.[80]

73 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.
74 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.
75 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.
76 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296. Inmiddels is een wetsvoorstel aanhangig om kinderalimentatievorderingen toch weer van een voorrecht (op alle goederen) te voorzien. Hoewel Meijers' bezwaar nog onverminderd actueel is, kiest de regering toch voor bevoorrechting vanwege de meerwaarde hiervan bij situaties van cumulatief (derden)beslag. Zie hierover nader: *Kamerstukken II* 2020/21, 31 265, nr. 75, p. 10-11; *Kamerstukken II* 2023/24, 36 433, nr. 3, p. 2-4 en 8 (MvT).
77 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 289-290.
78 Vaste rechtspraak sinds HR 2 januari 1885, *W.* 5119. Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355.
79 *Asser/Scholten* 1933, p. 387.
80 Zo betoogt Polak onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet dat de algemene faillissementskosten beperkt zijn tot de ná de faillietverklaring gemaakte kosten. Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355. Zie anders: Smits, *Praeadvies faillissementskosten* (Hand. NJV, deel 1, eerste stuk) 1935, p. 31-32.

Anderzijds is betoogd dat alle kosten van artikel 1195 sub 1 OBW zonder meer voorrang genieten boven de bijzondere voorrechten en worden omgeslagen over ieder deel van de boedel.[81] Meijers hakt in zijn Ontwerp de spreekwoordelijke knoop door: de kosten van de faillissementsaanvraag moeten worden onderscheiden van de eigenlijke executiekosten en krijgen in die hoedanigheid een aparte, lagere rang. Meijers sluit hierbij aan bij de praktijk, waar dit onderscheid volgens hem al staande praktijk is.[82]

4.5.1.2 Bespiegelingen over het Ontwerp

Het is opvallend dat de fundamentele problemen bij de rangorde van vorderingen – de wanorde in de publiekrechtelijke voorrechten en de uit het lood geslagen verhouding tussen de fiscale en sociale voorrechten en de privaatrechtelijke voorrechten – niet worden geadresseerd in het Ontwerp van Meijers. De focus ligt volledig op het doorlichten van de privaatrechtelijke voorrechten. Weliswaar ontstaat de brede aandacht voor deze problemen pas na finalisering van Meijers' Ontwerp (door de publicatie van het rapport van de commissie-Suijling in 1956 en de parlementaire behandeling inzake de bevoorrechting van pensioenrechten in de jaren zestig). Tegelijkertijd is het onaannemelijk dat Meijers niet van deze problemen op de hoogte was. Zij zijn namelijk wel onder Meijers' aandacht gebracht, in ieder geval door Van Vrijberghe de Coningh in de opstellenbundel die in 1935 aan Meijers is aangeboden ter gelegenheid van zijn ambtsjubileum. Van Vrijberghe de Coningh adresseert hierin primair de 'chaos' in de publiekrechtelijke voorrechten, met ook aandacht voor de drukkende werking die kan worden ervaren vanwege omvangrijke voorrechten van het Rijk.[83] Het is dan ook aannemelijk dat de focus op de privaatrechtelijke voorrechten voortkomt uit een bewuste keuze van Meijers. Naar de redenen die aan deze keuze ten grondslag liggen is het tot op zekere hoogte gissen. In de vergaderingen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot Herziening van de Nederlandse Burgerlijk Wetgeving – de plaats waar onder leiding van Meijers het nieuwe BW wordt voorbereid – komt het onderwerp van de publiekrechtelijke voorrechten niet aan bod.[84] De notulen laten 'slechts' een artikelsgewijze behandeling van het conceptontwerp van Meijers zien, waar – evenals in het uiteindelijke Ontwerp-Meijers en anders dan in artikel 1183 OBW – geen aandacht is voor de niet-privaatrechtelijke gronden van voorrang.

Wat wel opvalt in de notulen van deze twee vergaderingen is dat Meijers in zijn conceptontwerp van deze titel conservatief te werk is gegaan. Zo bevat zijn conceptontwerp nog bijna alle algemene voorrechten uit het OBW. Bij de bespreking ervan komt Meijers tot het

81 Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht* 1961, nr. 176 (deel III); Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355.

82 Notulen van de 85ste vergadering van de subcommissie Burgerlijk recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijk wetgeving. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 181.

83 Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, i.h.b. p. 247-248.

84 Aldus de notulen van de 84ste en 85ste vergadering van de subcommissie Burgerlijk recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijk wetgeving. De bespreking van de titel 'Verhaalsrecht op Goederen' vond in deze twee vergaderingen (op 21 mei en 11 juni 1949) plaats. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 181.

inzicht dat een deel ervan (kosten laatste ziekte en de vorderingen van kostschoolhouders) toch dient te worden geschrapt.[85]

Een plausibele verklaring voor het ontbreken van deze aandacht kan worden gelezen in het zojuist genoemde opstel van Van Vrijberghe de Coningh, waarin met betrekking tot de voorrechten een onderscheid wordt gemaakt tussen de voorschriften van de burgerlijke wetgever (titel 3.18 OBW) en die van de publiekrechtelijke wetgever (de diverse regelingen inzake de publiekrechtelijke voorrechten).[86] Het is mogelijk dat Meijers hetzelfde onderscheid maakte en zich in de herziening van het Burgerlijk Wetboek beperkte tot de voorschriften van de burgerlijke wetgever. Dit kan een keuze van principiële aard zijn geweest, maar evengoed kan zij zijn gelegen in Meijers' bij uitstek pragmatische houding bij de herziening: hij was er boven alles op uit om met een ontwerp te komen dat een reële kans zou hebben om daadwerkelijk te worden ingevoerd.[87] Wanneer dan ook een onderdeel van publiekrecht in het Ontwerp wordt betrokken – dat naast Justitie ook de (politieke) betrokkenheid van de departementen van Financiën en Sociale Zaken vergt – heeft dat een negatief effect op deze slagingskans.

Ook in de vraagpuntenprocedure, waarin Meijers over een aantal specifieke onderwerpen de in de Tweede Kamer levende opvattingen peilde, komen de publiekrechtelijke voorrechten niet aan bod. Sterker nog, geen van de aan de Kamer voorgelegde vraagpunten had betrekking op de rangorde tussen schuldeisers. Dit wil evenwel niet zeggen dat Meijers geen vraagpunten over dit onderwerp had voorbereid. In de eerste reeks van twaalf vraagpunten die Meijers (via de ministerraad) aan de vaste commissie voor Privaat- en Strafrecht voorlegde, hadden er twee (XI en XII) betrekking op titel 3.10. Zij blijken in het vooroverleg met de vaste commissie en toenmalig Minister van Justitie Donker te zijn gesneuveld.[88] In deze vraagpunten peilde Meijers de opvatting van de Kamer over opheffing of wijziging van het voorrecht van de verhuurder en verpachter, en over de invoering van een voorrecht of directe actie voor gelaedeerden jegens de verzekeraar van de aansprakelijke en voor de leverancier van bouwmaterialen.[89] De notulen van dit vooroverleg onthullen dat Meijers worstelde met deze titel. Zo start hij zijn toelichting op deze vraagpunten met de opmerking dat 'de materie van de voorrechten ontzaglijk

85 Zie in dit verband ook het conceptontwerp van deze titel (genummerd B.W. 14b), met handgeschreven verbeteringen. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 182. Dit sluit overigens aan bij hoe Meijers ook de andere titels van het Ontwerp opstelde: in de eerste concepten zoveel mogelijk aansluiten bij het geldende recht, waarna deze concepten ter becommentariëring aan derden werden voorgelegd. Zie uitgebreid over Meijers' werkwijze: Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 106 e.v.

86 Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 247.

87 Zie nader over Meijers' pragmatische houding bij het opstellen van zijn Ontwerp: Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 122 en 129.

88 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

89 Eerste reeks vraagpunten over het nieuwe burgerlijk wetboek, bij nota van 6 januari 1951 door de Minister van Justitie gedeeld met de andere ministers ter behandeling in de Raad van Ministers. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 202.

lastig is, omdat eigenlijk alle categorieën van schuldeisers met een zeker recht kunnen aanvoeren dat zij een voorrecht behoren te hebben'.[90] Ook de andere deelnemers aan deze bespreking geven blijk van terughoudendheid als het aankomt op het herzien van de voorrechten. Zo merkt Van Rijckevorsel (lid van de vaste commissie) op bang te zijn dat 'wanneer men iets aan het systeem van de voorrechten gaat veranderen, het hele systeem zal gaan wankelen'.[91] Ten aanzien van het vraagpunt over het voorrecht van de bouwmaterialenleverancier wordt daarnaast door minister Donker gevreesd dat dit – doordat dan ook de verhouding tot het loonvoorrecht van werknemers moet worden geregeld – de roep om herziening van het recentelijk herziene arbeidsrecht zou versterken, met het risico dat de daarmee gemoeide vertraging het herzieningswerk zou laten mislukken.[92] Het lijkt er aldus op dat men de voorrechten een beladen onderwerp vindt. Men is heel voorzichtig met het doen van aanpassingen en men houdt het liefst de spreekwoordelijke geest in de fles: voorzichtigheid is geboden om geen publiek debat over wijzigingen in het preferentiestelsel uit te lokken.

4.5.2 De commissie-Houwing

4.5.2.1 Aanleiding en overkoepelend beeld

De voorgestelde titel 3.10 van het Ontwerp-Meijers wordt in de Tweede Kamer niet goed ontvangen. Zes jaar na het hiervoor beschreven vooroverleg over de vraagpunten lijkt het sentiment te zijn omgeslagen. De vaste commissie voor Justitie (met deels dezelfde samenstelling als de eerdere vaste commissie voor Privaat- en Strafrecht[93]) betreurt in haar voorlopig verslag dat de bestaande onoverzichtelijkheid van het preferentiestelsel niet is aangepakt. Zo bevat het Ontwerp nog steeds alleen de privaatrechtelijke preferenties zonder een centrale regeling van de onderlinge rangorde van *alle* (privaat- én publiekrechtelijke) preferenties. Dit zit een nadere reflectie van deze onderlinge rangorde in de weg en verhindert in het bijzonder een reflectie op de – naar het oordeel van de commissie – 'al te zeer verschoven' verhouding tussen de fiscus en de andere preferente schuldeisers.[94]

Minister (van Justitie) Polak reageert met de instelling van een commissie, onder het voorzitterschap van Houwing, met als taak de wenselijkheid van de voorrechten, hun

90 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

91 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

92 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210. Zie ook Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 149-150.

93 Zo zaten de Tweede Kamerleden Van den Heuvel, Oud*, Van Rijckevorsel*, Wttewaal van Stoetwegen en Zeelenberg* in beide commissies en waren de met een * gemarkeerde commissieleden bovendien aanwezig bij het vooroverleg. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. IX-X; notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

94 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 843-844.

onderlinge rangorde en de plaats waar zij het beste kunnen worden geregeld, te onderzoeken.[95] De minister stelt daarbij ook enkele ambtelijke waarnemers aan, waaronder regeringscommissaris Snijders, die bevoegd zijn de commissievergaderingen bij te wonen.[96] De commissie krijgt de volgende vragen mee:[97]

> 'a. Verdient het aanbeveling de rangorde der voorrechten op goederen onderling, alsook ten opzichte van de zekerheidsrechten te wijzigen, bestaande voorrechten te wijzigen of af te schaffen en nieuwe in te voeren? In hoeverre is het gewenst in verband hiermede de regeling van het verhaalsrecht te herzien? Op welke wijze kan de door de commissie aanbevolen regeling mede worden ingepast in het stelsel van het (ontwerp van) het nieuwe Burgerlijk Wetboek?
>
> b. Verdient een geheel of ten dele centrale regeling van de voorrechten de voorkeur? Zo ja, in welke wet dient deze een plaats te vinden?
>
> c. Kan het huidige stelsel der voorrechten nog in ander opzicht worden vereenvoudigd?'

In haar rapport (1974) vangt de commissie aan met een kritische analyse van de rechtsgronden van de voorrechten. Zij neemt daarbij tot uitgangspunt dat een voorrecht slechts op zijn plaats is indien duidelijke redenen aanwezig zijn om de hoofdregel van gelijkheid van schuldeisers voor een van hen te doorbreken.[98] Het belang dat hij wordt voldaan, moet prevaleren boven dat van de andere schuldeisers. De commissie toont zich daarbij een voorstander van het sterk verminderen van het aantal voorrechten: dan immers komt men tot een regeling waarbij enerzijds aan het in beginsel gelijke recht van de concurrente schuldeisers niet onnodig afbreuk wordt gedaan en anderzijds de beschermenswaardige belangen door een voorrecht worden beschermd zonder dat die bescherming 'door voorrechten van twijfelachtige aard in gevaar kan worden gebracht'.[99]

---

95 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 845; Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 92. Twee leden in de commissie hadden eerder ook zitting in de hiervoor genoemde commissie-Suijling: M.A. Suijling (advocate en procureur) en W.P. Erasmus (tot 1968 hoofd Bureau invorderingszaken van de Directie Directe Belastingen van het Ministerie van Financiën). De andere commissieleden waren G. Hekkelman (hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam), H.J. Hofstra (hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Leiden), G.H.A. Schut (hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam), P.A. Stein (hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam), F.F.M. Stolwijk (lid, later vicevoorzitter, van de Centrale Raad van Beroep), Ph.A.N. Houwing (voorzitter; oud-raadsheer in de Hoge Raad) en E. Lukács (secretaris; administrateur bij het Ministerie van Justitie). Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 15-16. Uit een brief van de minister aan Houwing volgt dat is overwogen om ook een notaris voor de commissie te vragen, maar dat de minister hier uiteindelijk van heeft afgezien 'omdat anders Financiën en Sociale Zaken zouden vinden, dat zij te weinig vertegenwoordiger in het geheel zouden hebben'. Brief van de Minister van Justitie aan Houwing d.d. 20 juni 1968. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 43.

96 Deze ambtelijke waarnemers waren Th.A. van Os en J.J. van Oosterom (voor het Ministerie van Financiën), B.C. de Bie en W. Snijders (voor het Ministerie van Justitie) en E.J. Rood en G.H.J.M. Jansen, later vervangen door W.J. de Rijk (voor het Ministerie van Sociale Zaken en Volksgezondheid). Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 16.

97 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 3.

98 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 18.

99 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 18.

De commissie signaleert daarbij dat de destijds bestaande voorrechten lijden aan 'stelselloosheid': de toekenning van de voorrechten blijkt vaak op willekeurige basis en in de regel zonder goede motivering te hebben plaatsgevonden.[100] Dit heeft tot gevolg dat – als er al een duidelijk omlijnde rechtsgrond is aan te wijzen – veel van de in de literatuur aangevoerde rechtsgronden voor die voorrechten evengoed voor de bevoorrechting van vergelijkbare, concurrente vorderingen kunnen worden aangevoerd.[101] Dat maakt dat de commissie deze traditionele rechtsgronden niet meer voldoende acht voor het toekennen van een voorrecht. Vier rechtsgronden springen daar in het bijzonder uit.

In de eerste plaats acht de commissie de verklaring onvoldoende dat de betreffende schuldeiser aan de boedel enige waarde heeft toegevoegd, die daarin nog op enige wijze tastbaar aanwezig is. De moeilijkheid van deze verklaring schuilt daarbij in een gebrek aan onderscheidenheid: de meeste (handels)schuldeisers zullen kunnen betogen dat hun vordering voortkomt uit de toevoeging van waarde aan de schuldenaar.[102]

Ten tweede beschouwt de commissie de rechtsgrond ontoereikend dat de schuldeiser vanwege de aard van zijn bedrijf of zijn maatschappelijke positie wordt gedwongen tot kredietverlening zonder dat hij zijn handelsrelaties kan selecteren op kredietwaardigheid of zekerheden kan bedingen. De commissie beschouwt dit als een bedrijfsrisico, dat in zijn algemeenheid geen reden is voor een voorrecht. Bovendien is de commissie kritisch op een te gemakkelijk gebruik van dit argument: in veel gevallen staat voor de schuldeisers in kwestie de uitoefening van het retentierecht open, waaraan in het NBW bovendien voorrang bij verhaal op de teruggehouden zaak zal zijn verbonden.[103]

De derde niet-toereikende rechtsgrond is dat de vordering strekt tot betaling van geld dat de schuldenaar voor de schuldeiser heeft geïnd, maar nog niet heeft afgedragen. In het bijzonder speelt hierbij een rol dat het gelden betreft waarbij door (oneigenlijke) vermenging geen goederenrechtelijke aanspraak op rust; daarin ziet de commissie een argument om de betreffende schuldeiser juist niet te bevoordelen.[104] Ook een hieraan verwante categorie vorderingen, de voor een ander *voorgeschoten* gelden (zoals door een makelaar in zeeassuranties voorgeschoten premie), mist een overtuigende grond voor een voorrecht. Hoewel de commissie een beschermenswaardig belang hier niet uitsluit, ziet zij geen reden om de bescherming ten nadele van de medeschuldeisers te laten verlopen.[105]

In de vierde plaats ziet de commissie in het algemeen niets in de verklaring dat de betreffende schuldeiser in een maatschappelijk zwakke positie verkeert en voor zijn levensonderhoud van de betaling van periodiek aan hem toekomende gelden afhankelijk is. Het probleem dat de commissie hierin ziet is vooral dat een voorrecht in een dergelijke situatie een suboptimale oplossing is. Een dergelijke schuldeiser wordt namelijk meer geholpen door voortzetting van de periodieke betalingen, bijvoorbeeld via een publiekrechtelijke regeling, dan door een eenmalige, afsluitende uitkering in een faillissement. Pas als voorzetting via de publiekrechtelijke weg niet mogelijk is, kan deze rechtsgrond voor de commissie als argument voor toekenning van een voorrecht gelden.[106]

100 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 18-19.
101 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 19.
102 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 19.
103 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 20.
104 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 19-20.
105 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 32-33.
106 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 20-21.

4.5.2.2 Redenen voor de schrapping van voorrechten

Toegepast op een aantal specifieke voorrechten, dan concludeert de commissie al direct op de eerste twee gronden tot schrapping van de voorrechten wegens bearbeiding (zowel op roerende als onroerende zaken), van de vervoerder en van de onbetaalde verkoper; van al deze voorrechten overtuigt de rechtsgrond niet en bovendien zouden bearbeiders en vervoerders in staat moeten zijn om zich adequaat te beschermen via bijvoorbeeld het retentierecht.[107] Op deze laatste grond sneeft voor de commissie ook het voorrecht van de herbergier: ook hij kan zich afdoende beschermen door uitoefening van het retentierecht.[108]

Een tweede deel van de bestaande voorrechten dient te worden geschrapt wegens een gebrek aan belang: het voorrecht van de verhuurder/verpachter wordt nauwelijks meer uitgeoefend; van toepassing van het voorrecht op vergoedingen waartoe openbaar ambtenaren gehouden zijn wegens misslagen in de ambtsuitoefening is de commissie überhaupt niet gebleken; het voorrecht wegens kosten laatste ziekte heeft door de opkomst van de sociale verzekeringen en de ziektekostenverzekering zijn belang verloren; het voorrecht van kostschoolhouders is door het sterk teruggelopen aantal kostscholen irrelevant geworden; curandi en minderjarigen worden in de ogen van de commissie reeds afdoende beschermd door het rechterlijk toezicht op de bewindvoering; en, tot slot, voor wat betreft kinderalimentatievorderingen sluit de commissie zich aan bij Meijers' redenen voor schrapping (zie hiervoor, § 4.5.1.1).[109]

4.5.2.3 Redenen voor het behoud van voorrechten

Tegelijkertijd ziet de commissie ook argumenten voor behoud van enkele voorrechten. Zo wordt de rang van de kosten van uitwinning volgens de commissie gerechtvaardigd door de omstandigheid dat deze kosten in het belang van alle schuldeisers worden gemaakt.[110] Dit geldt ook voor de kosten tot behoud van een zaak gemaakt, waarbij de commissie tevens wijst op het algemeen belang dat dit voorrecht voorkomt dat men aarzelt om een zaak voor tenietgaan te behoeden, uit angst om de kosten niet te kunnen verhalen.[111]

Ook de belangen van de werknemer rechtvaardigen voor de commissie het behoud van zijn voorrechten wegens loon en pensioenrechten. Hier speelt een sterk sociaal argument, gestoeld op zijn afhankelijkheid van deze periodiek uit te keren gelden voor zijn levensonderhoud en zijn afhankelijkheid van zijn werkgever(/schuldenaar).[112] Hoewel de commissie overweegt dat deze bescherming het beste kan worden gezocht in publiekrechtelijke voorzieningen, bieden deze hier geen sluitende oplossing. Pensioengerechtigden kunnen slechts beperkt worden beschermd (via de AOW) en de loongarantieregeling voor werkenden biedt niet voor alle gevallen een waterdichte oplossing.[113] Daarmee

107 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 36-38.
108 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974 p. 43.
109 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 39-47. Desalniettemin is momenteel – bijna vijftig jaar later – een wetsvoorstel aanhangig om kinderalimentatie toch weer van een voorrecht te voorzien. Zie nader hiervoor, voetnoot 76 (§ 4.5.1.1).
110 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 30-31.
111 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 31-32.
112 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 34-35.
113 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 34-36.

vormen deze voorrechten als het ware een extra beschermingslaag van de positie van de werknemer, die is vereist zolang andere regelingen geen volledige bescherming kunnen bieden. Dit sociale argument doet de commissie tevens concluderen tot het invoeren van een algemeen voorrecht, te verbinden aan de premievorderingen van een pensioenfonds op een werkgever. Omdat een pensioenfonds voor de uitkering van pensioenen volledig afhankelijk is van de door werkgevers afgedragen pensioenpremies, is een voorrecht vrijwel de enige manier om de uitbetaling van de pensioenen te kunnen blijven verzekeren.[114]

Tot slot wijst de commissie op enkele specifieke belangen die een voorrecht rechtvaardigen. Zo wordt het voorrecht van de douane-expediteur (art. 58 Algemene Wet Douane en Accijnzen), ondanks dat dit in beginsel niet-beschermenswaardige voorgeschoten gelden betreft, gerechtvaardigd door het belang van een vlot internationaal goederenvervoer dat het dient.[115] Verder ziet de commissie voldoende rechtvaardiging in het voorrecht van appartementseigenaren (rechtsgrond: de verhandelbaarheid van appartementsrechten) en in het voorrecht wegens begrafeniskosten (rechtsgrond: eerbied voor de menselijke persoon).[116] Ook het door Meijers voorgestelde voorrecht, verbonden aan de vordering tot voldoening van geleden schade (§ 4.5.1.1), vindt instemming bij de commissie, vanuit het perspectief van slachtofferbescherming.[117]

4.5.2.4 Fiscale en sociale voorrechten

De commissie betrekt uitdrukkelijk ook de voorrechten van de belasting- en premievorderingen in haar analyse. Voor wat betreft het fiscale voorrecht overweegt de commissie dat de historische rechtsgronden zoals opgenomen in de memorie van toelichting bij de Invorderingswet 1845 (§ 4.3.1) niet meer voldoende dragend zijn. In de eerste plaats speelt hierbij een rol dat deze rechtsgronden dateren van een tijd waarin de bevoorrechte belastingvorderingen in aantal en omvang fors kleiner waren dan anno 1974. Ten tweede beschouwt de commissie de rechtsgronden als onvoldoende onderscheidend – zo kiezen ook vele andere schuldeisers dan de fiscus hun schuldenaren niet uit en moeten ook zij met zekerheid op hun inkomsten kunnen rekenen – dan wel irrelevant: in het tegengaan van belastingontduiking (de derde historische rechtsgrond) ziet de commissie geen argument dat benadeling van andere schuldeisers rechtvaardigt.[118] Dit betekent evenwel niet dat de commissie concludeert tot schrapping van het fiscale voorrecht. Vier andere argumenten zijn in staat om het behoud van *een* voorrecht te rechtvaardigen, hoewel

114 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 61-64. Het zal evenwel uiteindelijk niet tot invoering van dit voorrecht komen. Weliswaar heeft de regering deze aanbeveling van de commissie vele jaren later gevolgd door dit voorrecht op te nemen in wetsvoorstel 22 942 (zie hierna, § 4.6), maar dit wetsvoorstel heeft de eindstreep van het wetgevingsproces nooit gehaald.

115 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 33.

116 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 44-45.

117 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 67-68. Ook de commissie erkent dat er meer manieren zijn om deze bescherming te verwezenlijken, zoals een directe aanspraak op de verzekeraar, maar wijst – na consultatie van schadeverzekeraars – op het grote belang dat de praktijk hecht aan blijvende betrokkenheid van de verzekerde bij de schadeafhandelingsprocedure (o.a. m.b.t. te voeren verweer tegen de schadevordering).

118 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 23 en 27.

deze argumenten voor de commissie niet krachtig genoeg zijn om de bestaande hoge rang (van belastingen én premies) te continueren.[119]

Het belangrijkste argument voor behoud is het zogenoemde soepelheidsargument: vanwege de bescherming door een voorrecht kan de fiscus zich veroorloven om een soepele houding aan te nemen bij de invordering, een houding die ook van de fiscus wordt verwacht. Dit gaat samen met de verwachting dat een scherpe aanslag- en invorderingspolitiek de publieke opinie over het betalen van belastingen benadeelt, met maatschappelijke nadelen (te denken valt aan belastingontwijking) tot gevolg.[120] Desalniettemin is een minderheid van de commissie niet overtuigd: zij zien de van de fiscus verlangde soepelheid als een overheidsplicht, waarbij de hierdoor te lijden verliezen behoren te worden omgeslagen over *alle* belastingplichtigen tezamen.[121]

> Uit de notulen van een van de commissievergaderingen waarin het fiscale voorrecht centraal stond, komt deze verdeeldheid duidelijk naar voren. Houwing en Snijders zijn kritisch over het veronderstelde verband tussen de fiscale preferentie en de soepelheid bij de invordering. Snijders merkt daarbij op graag meer informatie over dit verband te ontvangen. Dit wordt evenwel afgehouden door de ambtelijk waarnemer voor het Ministerie van Financiën (Van Os). Hij ziet geen reden voor een nader onderzoek, omdat het – zo vermelden de notulen – 'voor hem vast[staat] dat de soepelheid van de ontvanger mede op het bestaan van de preferentie steunt'. Ook Erasmus en Hofstra steunen op hun eigen ervaringen ter onderbouwing van het soepelheidsargument.[122]

Twee aanvullende argumenten, beide toegespitst op specifieke belastingen, voor een fiscaal voorrecht liggen volgens de commissie in de omstandigheid dat bepaalde belastingen de fiscus in feite verplichten tot kredietverlening (zoals inkomstenbelasting) en dat andere belastingen reeds voor de staat geïnde gelden zijn (zoals loon- en omzetbelasting).[123]

Het vierde argument vindt de commissie in de omstandigheid dat de fiscus in tegenstelling tot andere schuldeisers niet vooraf zekerheid voor zijn vorderingen kan bedingen, al geeft de commissie direct toe dat hieraan geen zelfstandige betekenis toekomt; immers, de fiscus staat hierin bij lange na niet alleen.[124]

Voor wat betreft het voorrecht van de socialeverzekeringspremies is de commissie tot slot van oordeel dat vooral aan het eerdergenoemde soepelheidsargument dragende kracht toekomt, waarbij voorts de sterke verwantschap tussen de belastingen en premies maakt dat het redelijk is om ze op één lijn te stellen.[125]

> Uit de notulen van de commissievergaderingen volgt dat Snijders een kritische houding aanneemt ten aanzien van de ter tafel komende argumenten voor het fiscale voorrecht.

119 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 70.
120 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 24-25.
121 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 25.
122 Notulen van de 17e vergadering van de Commissie Houwing, gehouden op 26 maart 1970. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 42.
123 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 25-26. Verrassend genoeg acht de commissie dit laatste argument in deze context wel overtuigend, terwijl het voor de commissie in beginsel juist geen toereikende rechtsgrond voor bevoorrechting oplevert.
124 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 26-27.
125 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 29.

Onder verwijzing naar de 'tegenzin' tegen dit voorrecht in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie (zie hiervoor, § 4.5.2.1) spoort hij de commissie aan om de toekomst van dit voorrecht echt goed te doordenken. Zo merkt hij op: 'Als men dit [voorrecht] wil handhaven, zullen feitelijke argumenten daarvoor moeten worden aangevoerd. Men zal er rekening mee moeten houden dat het in de Kamer vooral als een kwestie van de middenstand zal worden beschouwd. Het rapport van de Commissie zal, wil het de Kamer overtuigen, argumenten moeten bevatten die op een onderzoek berusten.'[126] Dit komt ook terug in zijn verdere inbreng. Hij spoort de commissie steeds aan om ter tafel gekomen veronderstellingen – bijvoorbeeld over het nadeel van de fiscus bij verlies van het voorrecht – met nader (waar mogelijk cijfermatig) onderzoek te onderbouwen.

4.5.2.5 Onderlinge rangorde

Met betrekking tot de volgorde van voorrang adviseert de commissie één grote wijziging: gelijkstelling van alle algemene voorrechten, inclusief die van de fiscus en de socialeverzekeringsinstellingen, op de laagste voorrangstrede.[127] Zoals eerder aangehaald bieden de argumenten voor de fiscale en sociale voorrechten immers geen rechtvaardiging voor hun van oudsher speciale status onder de voorrechten. Belangrijker nog: de motieven voor de algemene voorrechten lopen dermate uiteen dat een onderlinge weging van de te beschermen belangen eigenlijk niet mogelijk is en daarom per definitie willekeurig zal zijn.[128] De commissie gebruikt dit argument tevens voor de onderlinge gelijkstelling van de bijzondere voorrechten, al voorziet de commissie dat – indien haar voorstellen worden overgenomen – een samenloop zich hier niet snel meer zal voordoen.[129]

Desalniettemin maakt de commissie een uitzondering op deze gelijkheid voor de – algemene en bijzondere – kosten van uitwinning (inclusief de kosten van de faillissementsaanvraag): omdat zij ten behoeve van *alle* schuldeisers worden gemaakt en noodzakelijk zijn om tot uitdeling onder de schuldeisers te komen, adviseert de commissie tot rangschikking boven alle andere – bijzondere en algemene – voorrechten en zelfs boven pand en hypotheek.[130] Een tweede uitzondering ziet de commissie in de kosten van behoud. Omdat zonder deze kosten andere schuldeisers überhaupt geen verhaal op dit goed meer zouden hebben kunnen nemen en omdat verhaalsonzekerheid geen belemmering mag zijn bij pogingen een goed te behouden, dienen deze kosten te worden bevoorrecht boven alle anterieure bevoorrechte vorderingen en rechten van derden.[131] Passend in de uitgangspunten die de commissie hanteert, wordt hier aldus in de argumenten die met

126 Notulen van de 17e vergadering van de Commissie Houwing, gehouden op 26 maart 1970. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 42.

127 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 69-70.

128 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 70.

129 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 71.

130 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 70-71. Voor wat betreft toepassing in het NBW volgt de commissie hier het door Meijers ontworpen stelsel dat uitgaat van verhaal op de netto-opbrengst (nadat de executiekosten reeds zijn voldaan): in deze situatie behelst dit voorrecht – in overeenstemming met het Ontwerp-Meijers – nog slechts de kosten van de faillissementsaanvraag, aangezien Meijers deze niet als eigenlijke executiekosten beschouwde. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856 (TM).

131 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 71.

elkaar gemeen hebben dat ze zien op de belangen van de andere schuldeisers, reden gezien tot een (aanzienlijke) rangverhoging.

> Ook aan het voorrecht verbonden aan de vordering tot voldoening van geleden schade (met als ratio slachtofferbescherming) wordt een afwijkende rang gegeven: verhaal zonder mogelijkheid van tegenwerping van rechten van derden op de vordering van de verzekerde op de verzekeraar. De commissie licht deze rang niet toe, al is een toelichting op basis van de ratio van het voorrecht in te vullen. In de praktijk zal overigens slechts een samenloop met pandrecht denkbaar zijn. Er zijn immers geen andere – door de commissie voorgestelde – bijzondere voorrechten die aan deze vordering kunnen zijn verbonden en de algemene voorrechten staan sowieso lager in rang.

4.5.2.6 De werkingssfeer van voorrechten op alle goederen

De commissie staat in haar rapport ook expliciet stil bij de positie van de concurrente schuldeisers en de mogelijkheden – naast vermindering van het aantal voorrechten – die hun positie zouden kunnen verbeteren. De commissie noemt concreet de mogelijkheid tot inperking van de werkingssfeer van de algemene voorrechten, in de zin dat zij slechts op een deel van de opbrengst van de boedel voorrang geven.[132] In een uitdeling in een executie zal dat er als volgt uitzien.

Uit de opbrengst worden eerst de gerichte aanspraken op het goed (zoals pandrecht, retentierecht en de bijzondere voorrechten) afgewikkeld. Van de restantopbrengst wordt vervolgens een deel, bijvoorbeeld de helft, gereserveerd waaruit de vorderingen met een algemeen voorrecht paritair worden voldaan. Is dit opbrengstdeel onvoldoende, dan delen deze schuldeisers voor hun restantvordering paritair mee met de concurrente schuldeisers in het andere opbrengstdeel. Is er juist een overschot in het opbrengstdeel, dan wordt de restantopbrengst aan het opbrengstdeel voor de concurrente schuldeisers toegevoegd.

De commissie blijkt evenwel verdeeld over de wenselijkheid van dit alternatieve stelsel. Zo wordt het door een deel van de commissie inconsequent geacht om een vordering eerst op goede gronden in rang te verhogen en vervolgens halverwege op deze beslissing terug te komen.[133] Daarnaast signaleert de commissie dat dit alternatieve stelsel pas een merkbaar voordeel voor de concurrente schuldeisers oplevert aan twee (cumulatieve) voorwaarden wordt voldaan: *i)* de omvang van de concurrente vorderingen is niet veel groter dan die van de vorderingen met een algemeen voorrecht; en *ii)* de restantopbrengst beschikbaar voor beide soorten vorderingen is ongeveer even groot als de omvang van de vorderingen met een algemeen voorrecht.[134] Dit is een combinatie die zich volgens de commissie – op basis van een eigen steekproef – maar weinig voor lijkt te doen.[135]

Daarmee komt de commissie niet tot een daadwerkelijk advies over de wenselijkheid van de inperking van de werkingssfeer van de algemene voorrechten. Zij wordt slechts in overweging gegeven.

---

132 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 78.
133 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 80.
134 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 81.
135 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 82.

4.5.2.7 Het fiscale bodemrecht

De commissie houdt in haar studie ook het fiscale bodemrecht tegen het licht. Zij erkent daarbij het belang dat het fiscale bodemrecht aanvankelijk diende: het beschermen van de fiscus tegen het risico dat de schuldenaar zijn verhaalsvermogen wegsluist door overdracht met behoud van gebruik aan een bevriende derde. Desalniettemin betwijfelt de commissie of het bodemrecht hiervoor een redelijke oplossing geeft. Voor pure bescherming tegen misbruik staat de fiscus namelijk ook de pauliana ten dienste, die bovendien niet is beperkt tot bodemzaken. Daarnaast gaat de wettekst – evenals de beperktere uitvoering die de fiscus eraan geeft – verder dan voor misbruikbescherming is vereist.[136] Thans ziet de toepassing van het bodemrecht namelijk alleen nog op verhaal met voorrang boven schuldeisers met bedongen (geheel of in overwegende mate) tot zekerheid strekkende rechten, in het bijzonder zekerheidseigendom en eigendomsvoorbehoud.

> Al in 1932 werd de toepassing buiten de context van misbruik door de Hoge Raad toegestaan, in een procedure over een aan een bekende brouwerij in zekerheidseigendom gegeven café-inventaris.[137] Een latere poging vanuit de praktijk om toepassing van het bodemrecht toch te beperken tot situaties van misbruik, strandt bij de Hoge Raad. Een hiertoe gericht middel dat inhoudt dat de aanvankelijke strekking van het bodemrecht meebrengt dat de uitsluiting van het verzet in artikel 16 lid 3 IW 1845 alleen geldt indien de betreffende rechtshandeling ten doel had het verhaal door de fiscus te verijdelen, wordt van de hand gewezen. Leidend is enkel de wettekst, aangezien voor de Raad (in navolging van de A-G) de wetsgeschiedenis geen blijk geeft van de bedoeling om deze strekking ook daadwerkelijk een voorwaarde voor toepasselijkheid van het bodemrecht te maken.[138]

De commissie ziet evenwel een nieuwe rechtvaardigingsgrond voor de gewijzigde vorm van het bodemrecht. Dit recht leidt namelijk tot een zeker evenwicht onder de verschillende soorten schuldeisers: de zekerheidsgerechtigden moeten het bij verhaal in eerste instantie hebben van de niet-bodemzaken en op de bodemzaken heeft de fiscus in beginsel het sterkste verhaalsrecht.[139] Toegegeven dient evenwel te worden dat deze 'verschillende soorten schuldeisers' zich aldus beperken tot de fiscus en de zekerheidsgerechtigden; de andere schuldeisers zijn niet in dit evenwicht betrokken.

De commissie pleit daarom voor behoud van het fiscale bodemrecht, door codificering van zijn huidige vorm met bovendien uitbreiding van het bereik. Het bodemrecht moet van toepassing worden op *alle* roerende zaken (niet-registergoederen) die bestemd zijn voor blijvend gebruik in het bedrijf of vrij beroep van de schuldenaar, niet slechts op de zaken die dienen tot 'stoffering' van de bodem. De onderbouwing die de commissie hiervoor geeft, is evenwel aan de magere kant. Voor het evenwicht tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus is dit voorstel een aanzienlijke verschuiving ten voordele van de fiscus, maar hierop wordt niet ingegaan. De commissie volstaat met de opmerking dat de 'stoffering'-beperking willekeurig aandeed.[140]

136 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 74-75.
137 HR 28 januari 1932, *B.* 5258, *NJ* 1932, p. 338; Van Eijsden, *WFR* 1994/6126, par. 3.
138 HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, *NJ* 1981/656, m.nt. F.H.J. Mijnssen (*Honeywell Bull/Ontvanger*).
139 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 75-76.
140 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 75-76.

Het voorgestelde bodemrecht *nieuwe stijl* wordt vervolgens door de commissie *NBW-proof* gemaakt in de zin dat het ook op door de schuldenaar bezitloos verpande zaken zijn werking behoudt. Zo luidt de conceptwettekst – voor zover relevant – als volgt:[141]

> '[O]p de roerende zaken die niet registergoederen zijn en bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in het bedrijf of vrij beroep van de schuldenaar [kan door de fiscus voor de in dit artikel omschreven vorderingen, RvU] verhaal worden genomen, zonder dat een andere schuldeiser aan degene die verhaal neemt een bedongen, overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken kan tegenwerpen.'

Het rapport maakt ten slot melding van een *dissenting opinion* van een aantal commissieleden, die inhoudt dat het bodemrecht voor alle schuldeisers met een algemeen voorrecht zou moeten gelden.[142] Zij hebben daarbij in het bijzonder de voorrechten wegens (toekomstige) pensioenrechten in het oog. Vanwege de klemmende redenen voor dit voorrecht zien zij geen goede grond om de (al dan niet toekomstige) pensioengerechtigden een minder sterke voorrangspositie te geven dan de fiscus. Bovendien zien deze leden een positieverslechtering voor deze groep schuldeisers bij de voorgestelde uitbreiding van het bodemrecht. Op de niet tot stoffering dienende bodemzaken hebben zij – anders dan nu – toch ook de fiscus weer voor zich te dulden. De meerderheid van de commissie gaat hier niet in mee.[143] Zij ziet in de voorstellen reeds een voldoende verzwakking van de positie van de fiscus en versterking van die van de pensioengerechtigden. Bovendien vreest zij voor de potentiële economische consequenties, zijnde:

> 'dat zowel de fiscus als de bank – die zich eigendom tot zekerheid of bezitloos pand heeft verschaft – een minder soepel beleid zullen gaan voeren en met name in een eerder stadium het krediet opzeggen en aldus een faillissement uitlokken. De kredietverlening in Nederland is nu eenmaal mede op vormen van bezitloze zekerheid gebaseerd. Dit stelsel zou ernstig in gevaar worden gebracht, indien aan het bodemrecht ten behoeve van een grote groep van krediteuren [sic] uitbreiding zou worden gegeven.'[144]

Het afsluitende weerwoord van de *dissenters* is hier evenwel kritisch op en verwoordt in feite de andere zijde van de medaille:

> '[Het is te betwijfelen] of een dergelijk gevolg, als het zich al zou voordoen, als een nadeel zou moeten worden beschouwd: heeft een bedrijf niet meer de middelen tot voldoening van zijn belangrijkste schuldeisers en is ook niet te verwachten dat het binnen afzienbare tijd financieel weer gezond zal zijn, dan is het voor alle belanghebbenden beter dat het tijdig wordt beëindigd of overgedragen, voordat het zover is gekomen dat alleen de bank en de fiscus nog min of meer bevredigd kunnen worden.'[145]

141 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76 en 118-119.
142 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76.
143 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76-77.
144 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 77.
145 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 77.

4.5.2.8 Overzicht en voorgestelde plaats in de wet

Concluderend komt de commissie-Houwing tot een regeling die de privaat- en publiekrechtelijke voorrechten stevig inperkt, met in het bijzonder een aanzienlijke rangverlaging van het fiscale voorrecht. Het fiscale bodemrecht wordt evenwel juist uitgebreid, als instrument om de greep van de zekerheidsgerechtigden op het verhaalsvermogen van de schuldenaar te verkleinen.

De commissie neemt voorts de suggestie van de vaste commissie voor Justitie over om zowel de toekenning als de onderlinge rangorde van *alle* voorrechten (en hun rang ten opzichte van pand en hypotheek) op één plaats in de wet vast te leggen.[146] Zij komt daarbij ook met een conceptwettekst, ter plaatsing in titel 3.10 van het NBW, die de materie in acht 'kernartikelen' regelt.[147]

4.5.3 Wetgevingsproces na de commissie-Houwing

4.5.3.1 Consultatie van de praktijk ter voorbereiding van de nota van wijzigingen

Na het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing in 1974 verstuurt het Ministerie van Justitie het rapport naar een aantal belanghebbenden in de praktijk. In de bijgaande brieven verzoekt de minister om op het rapport te reageren, zodat de reacties kunnen worden meegenomen bij het opstellen van een nieuw wetsontwerp van titel 3.10 (de nota van wijzigingen).[148] Dit verzoek valt niet overal in vruchtbare aarde. Zo blijkt bij het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) weinig animo te zijn om de spreekwoordelijke handschoen op te pakken. Weliswaar stelt het NGB een speciale sectie 'Bevoorrechting van vorderingen' in met als taak om een reactie voor te bereiden, maar er blijkt weinig belangstelling onder de leden te zijn om in deze sectie te participeren.[149] Bijna tien maanden na de instelling wordt in de bestuursvergadering van het genootschap gemeld dat de sectie bij gebrek aan mankracht stilligt. Het gebrek aan animo wordt hierbij ook geduid:

> 'Het onderwerp is vooral van belang voor de bankiers en deze hebben het rapport reeds bekeken; weinig bedrijven worden echter met dit vraagstuk geconfronteerd. In het antwoord aan Justitie (aan het bestuur voor te leggen) zal dit vermeld worden.'[150]

Het voorgenomen antwoord aan de minister lijkt nooit te zijn verstuurd. In de archiefinventaris van de sectie bevindt zich in ieder geval geen inhoudelijk voorbereidend werk en in de notulen van de latere bestuursvergaderingen keert het onderwerp niet meer

146 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 84.
147 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 115-119.
148 Zie bijv. de brief aan de Sociale Verzekeringsraad (SVR) d.d. 21 augustus 1974. Nationaal Archief, Den Haag, Sociale Verzekeringsraad, archiefnummer 2.25.17, inventarisnummer 1940.
149 Notulen bestuursvergadering NGB d.d. 7 november 1974. Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummer 23.
150 Notulen bestuursvergadering NGB d.d. 30 september 1975. Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummer 23.

terug.[151] Deze uitkomst is verrassend, aangezien het NGB zich op andere onderdelen van het NBW wel actief richting de wetgever heeft uitgesproken.[152]

Het ministerie ontvangt wel reacties van in ieder geval de Sociale Verzekeringsraad (SVR) en de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV). Zij komen onder meer tot de volgende aanbevelingen.[153] Beide instanties spreken zich in positieve zin uit over de voorgestelde rangwijziging van de premievorderingen. Wel pleiten zij beiden voor uitbreiding van het bodemrecht. Dit verhaalsrecht zou ook aan de bedrijfsverenigingen moeten toekomen, onder meer omdat het inconsistent zou zijn indien het bodemrecht alleen geldt voor de premievorderingen die de fiscus int. De SVR en FBV spreken zich daarnaast op vergelijkbare gronden uit tegen de afschaffing van het voorrecht wegens bearbeiding van een zaak (art. 1185 sub 5 en 8 OBW). Zo staat de alternatieve bescherming via het retentierecht slechts open voor een kleine, specifieke groep bearbeiders (SVR) en verhoudt de afschaffing zich slecht tot de bescherming die loonvorderingen genieten (FBV). De FBV is verder kritisch op de beperking van het werkingsbereik van de algemene voorrechten (zie hiervoor, § 4.5.2.6), onder meer vanwege extra administratiekosten die dit in een faillissement veroorzaakt. In elk faillissement waarin enige uitdeling aan de schuldeisers met een algemeen voorrecht in het verschiet ligt, zullen dan immers ook alle concurrente vorderingen moeten worden geverifieerd. Dat gaat ten koste het voor verdeling beschikbare actief en doet de vraag rijzen of de concurrente schuldeisers er dan wel écht op vooruit gaan.

4.5.3.2 Voorbereiding mondeling overleg en nota van wijzigingen

In het begin van 1976 wordt op het Ministerie van Justitie het werk aan titel 3.10 NBW hervat. Dit is de periode van voorbereiding van het mondeling overleg over Boek 3 NBW met de vaste commissie voor Justitie alsook de nota van wijzigingen inzake dit Boek. Het valt op dat in de eerste nota ter voorbereiding van het mondeling overleg regeringscommissaris Snijders zich nog voornemens toont om de voorstellen van de commissie-Houwing zonder enig voorbehoud in titel 3.10 te verwerken.[154] Dit voornemen is evenwel van korte duur. In een tweede nota, gericht aan de griffier van de vaste commissie voor Justitie, C.H.M. Jansen, schrijft Snijders:

> 'Het rapport van de Commissie Houwing bevat als bijlage een mede op Boek 3 afgestemd voorontwerp, maar ik vrees dat invoeging daarvan thans moeilijk meer overwogen kan

151 Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummers 23 en 24 (bestuursvergaderingen bestudeerd tot en met 14 september 1979).

152 Zie bijv. Van Dunné, *Ex tunc, ex nunc* 1990, p. 171-188 (interview met Jaap Spier over de rol van het NGB bij het wetgevingsproces van het NBW), en Spier, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985 (weergave op hoofdlijnen van een brief van het NGB aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer over o.a. de fiduciaire rechtsverhoudingen).

153 Ontleend aan de brief van de SVR aan de Minister van Justitie d.d. 1 april 1975 en de concept-consultatiereactie van de FBV (zoals op 6 januari 1975 door de FBV gedeeld met de SVR). Nationaal Archief, Den Haag, Sociale Verzekeringsraad, archiefnummer 2.25.17, inventarisnummer 1940.

154 Nota van W. Snijders d.d. 25 februari 1976 getiteld 'Lijst van belangrijke wijzigingen aangebracht bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3'. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

> worden. Het voorstel zal de normale wetgevingsstadia moeten doorlopen. Wèl kunnen wellicht al een aantal voorzieningen in titel 3.10 worden aangebracht die deze titel voorlopig invoerbaar zouden maken.'[155]

In de vervolgens door Jansen opgestelde vraagpuntennota voor de leden van de vaste commissie, bestemd ter voorbereiding en inkadering van het mondeling overleg,[156] neemt Jansen deze terughoudendheid in vergelijkbare bewoordingen over. Uit deze vraagpuntennota volgt ook de reden van Snijders' terughoudende opstelling. Snijders is op weerstand gestuit van met name het Ministerie van Financiën, voor wie de kwestie van de fiscale en sociale voorrechten 'gelet op het belang van de schatkist […] erg moeilijk ligt'.[157]

Snijders' terughoudendheid is ook terug te lezen in zijn voorbereidende notities over titel 3.10 ter voorbereiding van de nota van wijzigingen inzake Boek 3. Nu het aankomt op de implementatie van de voorstellen van de commissie-Houwing in Boek 3 lijkt Snijders zich het ingrijpende karakter van een aantal van deze voorstellen te realiseren en vreest hij voor de negatieve gevolgen voor de voortgang van het wetgevingsproces. Deze voorstellen betreffen *i)* het samenbrengen van alle voorrechten in één bepaling; *ii)* de 'forse' wijzigingen in de 'belangrijke' voorrechten van de fiscus en de bedrijfsverenigingen en het bodembeslag; *iii)* de schrapping van veel voorrechten; en *iv)* de herziene rangorde van de algemene voorrechten.[158] Snijders schrijft hierover:

> 'M.i. is het niet raadzaam om dit alles in dit stadium nog in Boek 3 te willen verwerken. Aldus zou immers deze – ten dele politiek niet onbelangrijke – materie zonder de gebruikelijke voorbereiding en zonder de normale parlementaire behandeling in de wetgeving worden opgenomen. Te vrezen valt zowel dat dit weerstand zou oproepen alsook dat het tot vertraging zou leiden, nu op zijn minst een vrij diepgaand overleg met andere departementen nodig zou zijn om tot een regeling in de voorgestelde trant te komen. Dit geldt uiteraard in het bijzonder voor dat gedeelte van de materie dat naar huidig recht en ook in het stelsel van het Nieuwe B.W geen B.W.-stof is.'[159]

In plaats hiervan kiest Snijders ervoor om de wijzigingen in titel 3.10 te beperken tot hetgeen noodzakelijk is om de titel zo snel mogelijk in een invoerbare staat te brengen. Dit betekent dat de meest ingrijpende wijziging zich beperkt tot het overnemen van de schrappingsvoorstellen inzake de privaatrechtelijke voorrechten:

---

155 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Nota voor Mr. Jansen bij de lijst van belangrijke wijzigingen aangebracht bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3, dd. 25 februari 1976'. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

156 Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 427.

157 Vraagpuntenota van C.H.M Jansen aan de leden en plaatsvervangende leden van de vaste commissie voor Justitie, gedateerd juni 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

158 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

159 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

> 'Voorlopige handhaving van deze voorrechten zou meebrengen dat zij in elk geval redactioneel opnieuw zouden moeten worden bezien, zulks mede in verband met de nieuwe regeling van het pandrecht. Waar de in het rapport van de Commissie Houwing aangevoerde argumenten voor schrapping sterk zijn, is het echter weinig aantrekkelijk om thans nog tijd en energie aan deze toch voor sloop bestemde delen van het nieuwe wetboek te spenderen.'[160]

4.5.3.3 Herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten

In lijn met het voorgaande zet de regering in de nota van wijzigingen inzake Boek 3 primair in op herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten, waarbij in het voetspoor van het commissierapport vooral is gestreefd naar beperking van het aantal voorrechten, en naar vereenvoudiging.[161] Voor de andere voorstellen van het commissierapport acht de regering het te laat. Ze geeft te kennen dat de parlementaire behandeling van Boek 3 zich op dat moment (najaar 1976) in een te vergevorderd stadium bevindt om nog 'ingrijpende vernieuwingen' in het preferentiestelsel aan te snijden.[162]

Met betrekking tot de in de nota opgenomen wijzigingen valt het volgende op. Ten aanzien van de bijzondere voorrechten sneuvelen in lijn met het commissierapport de bijzondere voorrechten van de onbetaalde verkoper, de verhuurder, de verpachter, de herbergier en de vervoerder. In afwijking van het rapport wordt evenwel het voorrecht van de bearbeider behouden, doch met een beperkter werkingsbereik: het voorrecht komt nog slechts toe aan 'kleine zelfstandigen wier arbeid zich niet pleegt te bepalen tot leiding geven'.[163] Deze afwijking is een reactie van regeringscommissaris Snijders op de in de literatuur en jegens de minister geuite kritiek (zie hiervoor, § 4.5.3.1) op dit onderdeel van het commissierapport.[164] Sociale overwegingen en de omstandigheid dat dit voorrecht in deze beperktere vorm aansluit bij het algemene voorrecht van de arbeider in loondienst, liggen hieraan ten grondslag.[165] Ten aanzien van de algemene voorrechten worden in de nota verder *ogenschijnlijk* nagenoeg alle voorstellen van de commissie overgenomen. Waar de regering aangeeft af te wijken, is dit slechts van (wets)technische aard.[166]

> Enkele afwijkingen worden in de nota niet toegelicht, maar laten zich verklaren door Snijders' keuze om de wijzigingen in deze titel tot het minimale te beperken. Dit betreft allereerst de rang van het algemene voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag. Waar de commissie-Houwing dit voorrecht rangschikt als hoogste voorrecht, rang nemend boven alle andere voorrechten en zelfs pand en hypotheek, volgt de nota de rang uit het ontwerp van Meijers: het hoogst gerangschikte *algemene* voorrecht. Ook de aanbevelingen tot het invoeren van een algemeen voorrecht op de premievorderingen van pensioenfondsen op

160 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

161 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 861.

162 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 861.

163 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 868.

164 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976, en de toelichting bij de concept nota van wijzigingen van W. Snijders d.d. 9 augustus 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

165 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 868.

166 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 879-880.

> een werkgever en tot het onderling paritair rangschikken van de algemene voorrechten worden zonder vermelding niet overgenomen.

Aan de bijzondere voorrechten tot behoud en van de bearbeider wordt verder een extra rangorderegel toegevoegd: deze voorrechten gaan voor op bezitloos pandrecht, tenzij dit pandrecht na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en ondertussen is omgezet in een vuistpand. De regering sluit hierbij aan bij de arresten *Pluvier* en *Van Gend & Loos* over de verhouding tussen voorrechten en de eigendomsoverdracht tot zekerheid.[167] In deze arresten overweegt de Hoge Raad dat de eigendomsoverdracht tot zekerheid door levering c.p. geen werking heeft tegenover een derde met een bijzonder voorrecht op de overgedragen zaak, mits de zekerheidseigenaar de zaak heeft verkregen dankzij de prestatie van deze derde. In het *Pluvier*-arrest betrof deze derde een onbetaalde verkoper, van wie de Hoge Raad overwoog dat zonder diens levering aan de schuldenaar de zekerheidseigenaar de betreffende zaken inderdaad niet in zekerheidseigendom zou hebben verkregen. Aldus ziet de Hoge Raad hierin een grond voor een achterstelling in rang: de omstandigheid dat een ander je verhaalspositie verbetert vormt een grondslag om deze verbetering niet aan jou maar aan die ander te geven. De regering bestendigt deze achterstelling door deze ook van toepassing te verklaren op bezitloos pandrecht, ten aanzien van twee groepen schuldeisers van wie inderdaad gezegd kan worden dat zij door hun prestatie (behoud dan wel bearbeiding) de verhaalspositie van de stil pandhouder hebben verbeterd. De regering trekt evenwel een grens bij posterieure bezitloze pandrechten die vervolgens worden omgezet in vuistpand; in die situatie gaat het pandrecht voor (conform hoofdregel), omdat dan geen verschil behoort te worden gemaakt met de situatie waar de zaak posterieur rechtstreeks in vuistpand wordt genomen.[168]

> Een verrassende wijziging vindt tot slot nog plaats in het voorrecht tot behoud, waaraan wordt toegevoegd dat een na het maken van de kosten tot behoud overeenkomstig artikel 3:90 lid 2 BW verkregen recht slechts aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dit artikel is voldaan. Deze aanvulling wordt onderbouwd met het argument dat zij buiten twijfel stelt dat ook hier moet worden gelet op artikel 3:90 lid 2 BW, die in het verlengde ligt van de zojuist besproken achterstelling van een posterieur bezitloos pandrecht.[169] Deze toevoeging is eigenaardig, omdat de wettekst eigenlijk niets toevoegt en de selectieve toevoeging de suggestie zou kunnen wekken dat dit niet geldt ten aanzien van de andere bijzondere voorrechten.

Op de valreep is verder artikel 3:289 BW nog toegevoegd, dat een algemeen voorrecht toekent aan de vorderingen uit heffingen op de productie van kolen en staal.[170] Anders dan de plaats van het voorrecht in de wet doet vermoeden, is dit geen privaatrechtelijk maar een publiekrechtelijk voorrecht. De wetgever komt hiermee toch enigszins tegemoet

167 HR 6 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB7171, *NJ* 1970/433, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Pluvier*); HR 7 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB7436, *NJ* 1976/91, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*).

168 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 868.

169 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1388.

170 Bij de zogenoemde 'Bezemwet' van 2 april 1991, houdende correctie en aanpassingen van het eerste, tweede en vierde tot en met twaalfde gedeelte van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (dertiende gedeelte)) (*Stb.* 1991, 199).

aan de aanbeveling van de commissie-Houwing om de voorrechten zoveel mogelijk op één plaats te regelen.

De nieuwe bepaling vervangt artikel 1195a OBW,[171] die tegen het einde van de jaren tachtig is ingevoerd na een daartoe verplichtende aanbeveling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen.[172] Deze aanbeveling verplicht lidstaten die aan hun fiscale vorderingen een voorrecht toekennen, om dit voorrecht ook toe te kennen aan de vorderingen uit de EEG-heffingen op de productie van kolen en staal en om dit voorrecht dezelfde rang te geven als de vordering uit omzetbelasting.[173] De ratio achter dit voorrecht is het zoveel mogelijk verzekeren van de inkomsten van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS), die deze heffing als voornaamste inkomstenbron heeft en zich via dit voorrecht wil beschermen tegen insolventie van de heffingsplichtigen.[174]

Tijdens de parlementaire behandeling wordt aan de minister (van Justitie) wel gevraagd hoe het opnemen van dit voorrecht zich verhoudt tot de conclusies van de commissie-Houwing, die juist een beperking van de voorrechten heeft bepleit.[175] Deze vraag wordt door de minister ontwijkend beantwoord: een voorrecht voor *alle* EEG-heffingen zou inderdaad niet stroken met deze conclusies en voor het overige wordt verwezen naar de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, die op dat moment reeds is aangesteld om de publiekrechtelijke voorrechten kritisch tegen het licht te houden.[176]

4.5.3.4 De fiscale en sociale voorrechten

De herwaardering van de fiscale en sociale voorrechten wordt na het verschijnen van het commissierapport aanvankelijk door de minister 'geparkeerd', omdat hierover eerst uitvoerig moet worden overlegd met de departementen van Financiën en Sociale Zaken en het waarschijnlijk is dat zij 'de onderhavige materie, waarmee zeer gewichtige belangen zijn gemoeid, niet op korte termijn kunnen doorlichten en, voor een enigszins gefundeerd oordeel, een omvangrijk onderzoek wenselijk achten'.[177] De focus wordt daarmee gelegd op het in ieder geval komen tot een op zichzelf afgerond stelsel van privaatrechtelijke voorrechten in Boek 3 NBW (met behoud van de voorrechten buiten het NBW), zodat dit onderwerp de inwerkingtreding van Boek 3 niet in de weg staat.[178] Deze keuze wordt evenwel kritisch ontvangen in de Tweede Kamer. Zo spreekt Kamerlid Lückers-Bergmans de – inmiddels uitgekomen – vrees uit 'dat als de Minister zegt dit te zullen bespreken met zijn collega's van Sociale Zaken en van Financiën wij tot in de volgende eeuw zullen blijven zitten met de eerste preferentie van fiscus en bedrijfsvereniging'.[179]

171 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1390.
172 Ingevoerd bij Wet van 10 november 1988 (*Stb.* 1988, 535), in reactie op Aanbeveling 86/198/EGKS inzake de invoering van een voorrecht voor schuldvorderingen uit hoofde van de heffingen op de produktie van kolen en staal (*PbEG* 1986, L 144).
173 Art. 1 en 2, Aanbeveling 86/198/EGKS. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 3, p. 1 (MvT).
174 Considerans bij Aanbeveling 86/198/EGKS. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 5, p. 1 (nota n.a.v. het verslag).
175 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 4, p. 1 (verslag).
176 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 5, p. 1 (nota n.a.v. het verslag).
177 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 846.
178 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 850.
179 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 848.

De regering kan er evenwel niet omheen om – voorafgaand aan deze herwaardering – de bestaande verhaalspositie van de fiscus aan te passen aan de vernieuwingen in het NBW, voordat het NBW in werking treedt. Dit wordt aanvankelijk, vooruitlopend op de algehele herziening van de Invorderingswet tot de Invorderingswet 1990, opgepakt als aanpassing van de bestaande Invorderingswet 1845. In de memorie van toelichting bij deze aanpassing wordt benadrukt dat zij primair een aanpassing van technische aard betreft; inhoudelijke wijzigingen zijn zoveel mogelijk vermeden.[180]

Met betrekking tot de verhouding tussen het fiscale voorrecht en de voorrechten in het NBW wordt tot uitgangspunt genomen geen inbreuk te maken op het systeem van het NBW.[181] Om deze reden wordt de rang van het fiscale voorrecht iets verlaagd: het zal rang nemen na het nieuwe voorrecht wegens de verzekerde schadevergoedingsvordering (art. 3:287 BW) en het voorrecht wegens *posterieur* aan de fiscale vordering gemaakte kosten tot behoud (art. 3:284 BW). Immers, deze twee voorrechten worden in het NBW boven rechten van derden geplaatst en de rang van het fiscale voorrecht wordt hierop afgestemd. Het fiscale voorrecht wordt daarnaast ook onder het algemene voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag (art. 3:288 sub a BW) gerangschikt. Dit wordt afgedaan als een technische wijziging, die de bestaande verhouding tussen deze twee voorrechten voortzet.[182] Onder het OBW vielen de kosten van de faillissementsaanvraag immers binnen de boven het fiscale voorrecht gerangschikte uitwinningskosten van artikel 1195 sub 1,[183] terwijl in de systematiek van het NBW voor deze kosten nog slechts een algemeen voorrecht resteert dat als hoogste onder de algemene NBW-voorrechten rangschikt. Om vervolgens hetzelfde resultaat als onder de vigeur van het OBW te bereiken, kiest de wetgever ervoor om deze kosten boven het fiscale voorrecht te rangschikken.

> Dit is evenwel een ongelukkige keuze van de wetgever, omdat voor wat betreft de kosten van de faillissementsaanvraag binnen de systematiek van de BW-voorrechten een rangverlaging plaatsvindt die niet doorwerkt in de Invorderingswet. Dit werkt het ontstaan van rangordecirkels in de hand, nu er bijzondere voorrechten zijn die enerzijds na het fiscale voorrecht rangschikken en anderzijds voor het algemene voorrecht van artikel 3:288 onder a BW. Dit betreft de voorrechten wegens aanneming van werk (art. 3:285 BW) en wegens anterieur gemaakte kosten tot behoud (art. 3:284 BW). Het uitgangspunt om geen inbreuk te maken op het systeem van het NBW wordt op dit punt dan ook niet verwezenlijkt.

Voor wat betreft de rang van het fiscale voorrecht in verhouding tot het nieuw in te voeren bezitloos pandrecht wordt ervoor gekozen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande verhouding tussen de verhaalspositie van de fiscus en de zekerheidseigenaars. Dat leidt tot het uitgangspunt dat het fiscale voorrecht rangschikt boven het bezitloos pandrecht in situaties waar bij zekerheidsoverdracht het bodemrecht van toepassing zou zijn.[184] Conform dit uitgangspunt vindt het fiscaal bodem*voor*recht vervolgens zijn plaats in artikel 21 lid 2 IW 1990.

---

180 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 295.
181 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 298.
182 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 298.
183 Zie evenwel genuanceerd hiervoor, § 4.5.1.1.
184 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 299.

Binnen de algehele herziening van de Invorderingswet wordt de herwaardering van het fiscale voorrecht en bodemrecht opnieuw uitgesteld. In de memorie van toelichting bij de nieuwe Invorderingswet wordt hiervoor als onderbouwing gegeven dat zij niet op zichzelf kan plaatsvinden, maar dient te worden geplaatst in een *algehele* herwaardering van de niet-privaatrechtelijke voorrechten voordat een verantwoorde afweging kan worden gemaakt; een afweging waarbij – zo wordt verzekerd – de opvattingen van de commissie-Houwing met betrekking tot het fiscale voorrecht tot uitgangspunt zullen worden genomen.[185]

Omdat de minister (van Justitie) en staatssecretaris (van Financiën) wel van opvatting zijn dat zonder deze herbezinning een besluit over het definitieve behoud van het fiscale voorrecht en bodemrecht niet kan worden genomen, worden de bepalingen die deze rechten regelen gekoppeld aan een horizonbepaling (art. 70 IW 1990).[186] Deze horizonbepaling houdt – in de aanvankelijk voorgestelde vorm – in dat de bepalingen inzake het fiscale voorrecht en bodemrecht vervallen op het moment van inwerkingtreding van Boek 3 NBW, tenzij eerder een wetsvoorstel wordt ingediend waarbij hetzij de materie wordt geregeld, hetzij de geldigheidsduur van de bepalingen wordt verlengd.[187]

> De definitieve tekst van de horizonbepaling wijkt evenwel op twee punten af. Via twee amendementen is – helaas tweemaal zonder onderbouwing – *i)* het fiscale voorrecht uit de voorgestelde horizonbepaling geschrapt; en *ii)* de horizon gefixeerd op een vaste datum: 1 januari 1993.[188]

In het kader van de algehele herziening van de Invorderingswet tot de Invorderingswet 1990 wordt daarnaast ook het bodemrecht alvast enigszins aangepast. Er wordt namelijk voorgesteld om het bodemrecht nog slechts te laten gelden voor aangiftebelastingen, die limitatief in de nieuwe bepaling worden opgesomd. Uit de onderbouwing hiervan komt evenwel naar voren dat dit feitelijk een codificatie is van een reeds bestaande praktijk: 'uit een oogpunt van billijkheid en goed beleid' werd onder de oude Invorderingswet het bodemrecht nog slechts tegen derden uitgeoefend voor zover sprake was van invordering van belastingen 'die aan een derde in rekening zijn gebracht of die de inhoudingsplichtige als ware hij houder voor de fiscus in zijn bezit heeft'.[189] Op deze belastinggelden rust namelijk een dusdanig zware claim van de fiscus dat ingrijpen in de gecreëerde eigendomsverhoudingen als gerechtvaardigd wordt beschouwd.[190]

In de memorie van toelichting bij de nieuwe Invorderingswet wordt voorts erkend dat de rechtsgrond van het bodemrecht anders is dan in 1845. Het bodemrecht dient aan het einde van de twintigste eeuw vooral ter veiligstelling van de hoog bevoorrechte verhaalspositie van de fiscus: het corrigeren van ondermijning van het fiscale voorrecht via zekerheidseigendom, *financial lease* en levering onder eigendomsvoorbehoud.[191]

185 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 9 (MvT).
186 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 9 (MvT).
187 Art. 71 Invorderingswet 1990 (aanvankelijk Invorderingswet 1989), zoals voorgesteld in *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 2.
188 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 16 en 17.
189 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 66 (MvT).
190 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 66 (MvT).
191 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 67 (MvT).

4.5.4 De interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht

Voor de algehele herwaardering van de niet-privaatrechtelijke voorrechten wordt de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht gevormd. Deze werkgroep staat onder voorzitterschap van Lukács en bestaat uit afgevaardigden van de Ministeries van Binnenlandse Zaken, Justitie, Financiën en Sociale Zaken. Zij krijgt de opdracht mee het kabinetsstandpunt voor te bereiden over *i)* de bevoorrechting van vorderingen voor zover nog niet in het kader van de totstandkoming van het NBW vastgesteld; *ii)* het bodemrecht; *iii)* de onderlinge voorrang van zowel de privaatrechtelijke als niet-privaatrechtelijke vorderingen; en *iv)* de plaats in de wetgeving van voorgaande punten.[192]

Voor wat betreft de publiekrechtelijke voorrechten sluit de werkgroep nagenoeg volledig aan bij de voorstellen van de commissie-Houwing. Dit geldt in het bijzonder ook voor de rechtvaardiging van het fiscale voorrecht, waarbij de werkgroep wijst op dossieronderzoek door het Ministerie van Financiën dat de soepele houding van de fiscus bevestigt: de fiscus is geregeld bereid tot het treffen van een betalingsregeling, indien dat voor het voortbestaan van de belastingschuldige nodig is.[193] Evenals de commissie-Houwing is ook de werkgroep verder van opvatting dat deze bevoorrechting ook dient te gelden voor de sociale premies en de gemeentelijke en provinciale belastingen.

Een afwijkende opvatting neemt de werkgroep evenwel in ten aanzien van een drietal (categorieën van) vorderingen. In de eerste plaats betreft dit de publiekrechtelijke vorderingen die vergelijkbaar zijn met de kosten van behoud. Anders dan de commissie-Houwing is de werkgroep van oordeel dat specifieke publiekrechtelijke voorrechten hier niet op hun plaats zijn. Voor zover daadwerkelijk sprake is van kosten tot behoud, kan het betreffende publiekrechtelijke lichaam zich immers beroepen op de algemene bepaling in artikel 3:284 BW.[194] Ten tweede komt de werkgroep voor wat betreft het voorrecht van de douane-expediteur tot een andere afweging. De werkgroep onderschrijft weliswaar het argument van de commissie-Houwing, maar ziet hierin onvoldoende grond om deze bijzondere positie te rechtvaardigen, mede omdat het hier een normaal bedrijfsrisico van de expediteur betreft.[195] Ten derde is de werkgroep, anders dan de commissie-Houwing, van oordeel dat milieuheffingen bevoorrecht dienen te blijven. De werkgroep wijst er namelijk op dat deze heffingen inmiddels als (bestemmings)belastingen moeten worden gezien en daarom bevoorrecht dienen te blijven.[196]

Ook in de onderlinge rangorde van de voorrechten volgt de werkgroep de commissie-Houwing nagenoeg geheel. Volstaan wordt daarbij met de opmerkingen dat de werkgroep instemt met de gelijkschakeling van de algemene voorrechten (kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd) en dat het voorstel van de werkgroep in één opzicht afwijkt: de anterieure kosten tot behoud. Anders dan in het voorstel van de commissie-Houwing stelt de werkgroep voor om deze anterieure kosten tot behoud niet in rang direct boven, maar direct onder de algemene voorrechten te plaatsen. De

192 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 3.1.
193 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 7.6.
194 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.2.
195 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.4.
196 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.13.

reden hiervoor is wetssystematisch: artikel 3:284 lid 3 NBW en de daarop aangepaste artikelen 21 lid 2 IW 1990 en 16 CSV (Coördinatiewet Sociale Verzekeringen) limiteren de voorrang van de kosten tot behoud boven (onder meer) de algemene voorrechten tot de posterieure kosten tot behoud, en dit voorstel van de werkgroep sluit hierbij aan.[197]

Ook wat het bodemrecht betreft blijft de werkgroep dicht bij de commissie-Houwing. Het meest in het oog springt hierbij de door de commissie-Houwing voorgestelde uitbreiding van het bodemzakenbegrip. De werkgroep neemt dit voorstel over met als summiere toelichting dat hiermee de bestaande 'archaïsche omschrijving' wordt vervangen.[198]

Over de rechtvaardiging van het bodemrecht wijst de werkgroep in de eerste plaats op de argumenten voor het fiscale voorrecht, die volgens de commissie tot op zekere hoogte ook voor het bodemrecht kunnen worden aangevoerd. Het bodemrecht vormt daarbij een 'noodzakelijk verlengstuk' van het fiscale voorrecht: het voorkomt dat andere schuldeisers zich 'door het aangaan van bepaalde overeenkomsten' voorrang boven de fiscus weten te verschaffen.[199] Ten tweede ziet de commissie het bodemrecht als een tegenwicht van de fiscus tegen de bezitloos pandhouder en de sterk groeiende *financial-leasing*-praktijk.[200] In navolging van de commissie-Houwing ziet de werkgroep het bodemrecht in dit verband als een verdeling van zekerheden; een verdeling die een evenwicht schept tussen de bedongen zekerheden van financiers en het bodemrecht als – in de ogen van de werkgroep – wettelijk zekerheidsrecht van de fiscus.[201] Het rapport maakt in dit verband melding van de uitvraag van financiële gegevens bij kredietgevers over de omvang van de schade die zij door het bodemrecht lijden, maar die gegevens 'konden niet worden verschaft'.[202]

In het rapport wordt tevens een toekomstverwachting geschetst van eventuele afschaffing van het bodemrecht. Verrassend genoeg ziet de werkgroep het verlies van verhaalsmogelijkheden op de bedrijfsinventaris niet als belangrijkste gevolg; de werkgroep voorziet vooral een verharding van de invordering, omdat het bodemrecht in de praktijk vooral preventieve werking heeft en bodembeslag eerder een pressiemiddel dan het voorstadium van uitwinning is.[203] Over de keerzijde, een mogelijke verruiming van de kredietmogelijkheden van ondernemingen, is de werkgroep tegelijkertijd sceptisch: nog los van de wenselijkheid van een dergelijke verruiming, acht de werkgroep dit effect onzeker, omdat ondanks het bestaan van het bodemrecht de kredietverstrekking en de *leasing*-praktijk reeds sterk zijn gegroeid.[204]

De werkgroep heeft daarnaast gezocht naar alternatieven voor het bodemrecht. Hierbij stelt de werkgroep voorop dat een evenwicht tussen de zekerheden *moet* worden gevonden. De werkgroep verkent twee alternatieven, een wettelijk bezitloos pandrecht op alle goederen en een wettelijk privilege tot een bepaald percentage van de executie-opbrengst

197 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 11.4.
198 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 20.2.
199 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.1.
200 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.2.
201 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.3.
202 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.3.
203 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 18.1.
204 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 18.2.

van bodemzaken, maar concludeert dat het bestaande systeem qua eenvoud de voorkeur verdient en een betere stok achter de deur is om (zonder executie) betaling af te dwingen.[205]

Tot slot gaat de werkgroep in op de vraag of het bodemrecht beperkt dient de blijven tot gebruik door de fiscus. Zij pleit in dit verband tot herinvoering van het bodemrecht voor gemeenten (zoals ook gold onder de Invorderingswet 1845), maar nu – net als bij de rijksbelastingen – afgebakend tot de gemeentelijke belastingen die als afdrachtsbelasting kunnen worden gekwalificeerd (anno 1990 alleen de toeristenbelasting).[206] De reden hiervoor wordt niet gegeven. Vermoedelijk speelt hier op de achtergrond hetzelfde argument als bij de uitbreiding van het fiscale voorrecht tot de gemeentelijke belastingen: het onderscheid berust op toevalligheden. Naast de gemeenten zou het bodemrecht volgens de werkgroep ook moeten toekomen aan de bedrijfsverenigingen wegens de sociale premies. Ook hier is de toelichting beperkt. De werkgroep ziet geen reden om het bodemrecht niet ook toe te passen voor de inning van sociale premies en verwijst vervolgens naar de argumentatie van Levelt-Overmars, in haar preadvies, dat het niet onredelijk is om bedrijfsverenigingen een zekere compensatie te geven voor de op hen rustende uitkeringsplicht (die ook bij premieachterstanden voortduurt).[207]

Het rapport van de werkgroep wordt op 4 juli 1990 door de regering aan de Tweede Kamer toegezonden.[208] Het rapport is daarna onderwerp van schriftelijk en mondeling overleg tussen de regering en de vaste commissie voor Financiën.[209] Uit dit overleg blijkt dat het rapport kritisch is ontvangen in de Kamer. Zo kan de vaste commissie zich niet vinden in de aanbevelingen inzake het fiscale voorrecht en het bodemrecht, hetgeen mede wordt ingegeven door een – in de ogen van de Kamerleden – gebrekkige onderbouwing van deze aanbevelingen. Het vernieuwde bodemrecht moet het daarbij in het bijzonder ontgelden. Het CDA ziet hierin een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling van roerende zaken, en daarmee indirect van verschillende groepen schuldeisers.[210] De PvdA is daarnaast kritisch op de moeilijkheden die het bodemrecht creëert bij *leasing*-contracten. Het voor de toepassing van het bodemrecht allesbepalende onderscheid tussen *financial* en *operational lease* is in het individuele geval namelijk niet altijd eenvoudig te trekken en zal dan ook aanleiding geven tot veel juridische procedures.[211] Voor de VVD ligt het probleem vooral in de cumulatie van bevoegdheden van de fiscus. De fiscus is al een schuldeiser met veel speciale bevoegdheden in vergelijking met andere schuldeisers. Het behouden (en tegelijkertijd ook uitbreiden) van het bodemrecht is dan niet op zijn plaats.[212] De vaste commissie spoort de regering dan ook aan om de werkgroepaanbevelingen inzake het fiscale voorrecht en bodemrecht te heroverwegen en meer onderzoek te doen naar alternatieven voor het bodemrecht.

205 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 21.
206 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 24.2.
207 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 24.1, onder verwijzing naar Levelt-Overmars, in: *Preadviezen NJV* 1986, p. 189 en 198.
208 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 31.
209 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 34 en 36.
210 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 34, p. 3-4; *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 2.
211 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 4.
212 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 5-6.

4.6 Wetsvoorstel 22 942

Gebaseerd op het rapport van de interdepartementale werkgroep wordt op 30 november 1992 (een maand voor activatie van de horizonbepaling) door de regering een wetsvoorstel ingediend ter definitieve regeling van de bevoorrechting van vorderingen en het bodemrecht, wetsvoorstel 22 942. De kritiek vanuit de Tweede Kamer ten spijt, is het wetsvoorstel nagenoeg identiek aan het voorontwerp in het rapport. Ook bevat het de langverwachte bundeling van alle preferenties (met uitzondering van die in het vervoersrecht) op één centrale plaats: titel 3.10 BW.

Het voorstel behelst in een notendop één centrale bepaling (art. 3:280) die alle bevoorrechte vorderingen bevat en via een genummerde lijst hun rang – onderling en ten opzichte van pand en hypotheek – aangeeft. De bestaande afwijkende rangorderegels uit artikel 3:284 lid 2-3, artikel 3:285 lid 2, artikel 3:286 lid 2-3 en artikel 3:287 lid 2 BW zijn vervolgens in losse, aansluitende bepalingen geplaatst.

Nieuw ten opzichte van het recent ingevoerde NBW is – in lijn met de daartoe strekkende aanbevelingen van de commissie-Houwing en de interdepartementale werkgroep – het algemene voorrecht verbonden aan de vorderingen van pensioen- en spaarfondsen en van verzekeraars op werkgevers ter zake van pensioenpremies (art. 3:280 nr. 5 sub g en h). In het oog springen verder de opgeschoonde rangorderegels ten aanzien van de fiscale verhaalspositie. De op alle goederen van de schuldenaar ('algemeen') bevoorrechte belasting-, premie- en heffingsvorderingen zijn tezamen met de andere op alle goederen bevoorrechte vorderingen (de hoogpreferente kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd) gelijk van rang. Voor een aantal specifieke afdrachtsbelastingen en sociale premies geldt daarbovenop het – wat ik noem – 'herziene bodemrecht', dat – in lijn met de commissie-Houwing en de interdepartementale werkgroep – wordt uitgebreid tot alle roerende zaken 'bestemd om blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar'. Voor zover deze zaken aan de schuldenaar toebehoren is de belasting- of premievordering bevoorrecht boven een op die zaken gevestigd bezitloos pandrecht (art. 3:284). Behoren deze zaken niet aan de schuldenaar toe, dan kan voor de belasting- of premievordering 'bijzonder verhaal' worden genomen op deze zaken. De belasting- of premie-innende schuldeiser kan verhaal nemen zonder dat hem 'bedongen overwegend tot zekerheid strekkende rechten' op deze zaken kunnen worden tegengeworpen (art. 3:287).

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden de gemaakte keuzes onderbouwd. Opvallend daarbij is de positieve houding tegenover de rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Deze rangverlaging wordt namelijk gezien als een verandering die niet van grote betekenis is.[213] Met betrekking tot het bijzonder verhaalsrecht en de hoge rang ten opzichte van bezitloos pandrecht wordt verder het evenwicht tussen enerzijds de fiscus en de bedrijfsvereniging en anderzijds de financiers ter sprake gebracht. Steunend op het rapport van de interdepartementale werkgroep wordt geen onwenselijke beperking van de kredietverstrekking voorzien.[214]

213 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 3. (MvT).
214 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 5. (MvT).

In de memorie van toelichting worden tevens de verwachte gevolgen voor de belastingopbrengst op een rij gezet. Per saldo is dit een vermindering van *f* 70 miljoen; de uitbreiding van het bodemrecht levert naar schatting *f* 10 miljoen extra op, maar deze extra opbrengst staat tegenover een verlies van *f* 80 miljoen door de overige wijzigingen aan het fiscale voorrecht en bodemrecht.[215]

Het wetsvoorstel stuit op veel kritiek in de Tweede Kamer, in lijn met de eerdere kritiek op het rapport van de interdepartementale werkgroep.[216] Waar de regering zich met het wetsvoorstel volledig achter de inhoud van dit rapport schaart, neemt de vaste commissie voor Justitie (belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel) hier juist geen genoegen mee. Uit de beraadslaging met de regering is op te maken dat de vaste commissie uit is op een voortzetting van de herwaardering van de verhaalspositie van de fiscus, het bodemrecht in het bijzonder. Zo wordt in het eindverslag van de vaste commissie verzocht om meer onderzoek naar mogelijke alternatieven, wordt de uitbreiding naar alle bedrijfsinventaris (ook het 'rollend materieel') en het daarbij gebruikte evenwichtsargument niet overtuigend geacht, en vraagt men zich af of het bodemrecht zich niet (weer) tot misbruikgevallen zou moeten beperken.[217]

In de literatuur is het wetsvoorstel ondertussen ook kritisch ontvangen, waarbij met name de ontwijkingsgevoeligheid van het herziene bodemrecht onder de aandacht wordt gebracht. Zo ziet De Liagre Böhl het als fundamenteel gebrek dat de verhaalspositie van de fiscus nog steeds wordt gekoppeld aan de 'voor manipulatie vatbare karaktereigenschappen' van een zaak.[218] Naar zijn opvatting is het fiscale bodemrecht dan ook beter vorm te geven als een voorrecht op *alle* roerende en onroerende zaken van de schuldenaar, dat recht geeft op een bepaald percentage van de uitwinningsopbrengst van die zaken.[219] Zoals De Liagre Böhl zelf ook onderkent, is ook een dergelijk voorrecht niet 'waterdicht', aangezien een voorrecht geen zaaksgevolg heeft. Zo kan een bancaire pandhouder in het zicht van een faillissement de aan haar verpande bedrijfsmiddelen in stilte onderhands uitwinnen door deze zaken over te dragen aan een eigen leasemaatschappij, die de zaken vervolgens aan de schuldenaar verhuurt.[220] De fiscus is dan zijn aanspraak op die zaken kwijt. Dit gebrek kleeft in gelijke zin aan het boven pandrecht gerangschikte fiscale voorrecht in het wetsvoorstel.

Een oplossing hiervoor wordt aangedragen door Van Mierlo. Hij pleit voor invoering van het door de werkgroep afgewezen wettelijk bezitloos pandrecht, dat wel zaaksgevolg heeft.[221] Gekoppeld aan een constructiebestendige formulering van het oude bodemzakenbegrip

215 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 8. (MvT). Deze cijfers dienen te worden bezien tegen een totale belastingopbrengst van ongeveer *f* 150 miljard per jaar (in 1992: *f* 153,5 miljard). Zie hiervoor bijlage 4 bij de Miljoenennota 1994, p. 110-111 (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 400, nr. 2). Een nettoverlies van *f* 70 miljoen betekent dan een opbrengstverlies van 0,005%.

216 Zie hiervoor, § 4.5.4.

217 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 942, nr. 9, p. 2-5 (EV).

218 De Liagre Böhl, *NJB* 1993, p. 196.

219 De Liagre Böhl, *NJB* 1993, p. 196.

220 De Liagre Böhl, *NJB* 1994, p. 707.

221 Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 37-39.

als object van dit pandrecht,[222] is dit volgens Van Mierlo de weg die zou moeten worden ingeslagen met het herziene bodemrecht.[223]

Het lijkt erop dat het de regering vervolgens te heet onder de voeten wordt. De behandeling van het wetsvoorstel valt stil, in afwachting van beantwoording van de in het eindverslag opgeworpen vragen.

4.7 Rapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht

Wetsvoorstel 22 942 belandt omstreeks de eeuwwisseling weer in de actualiteit. In het kader van de operatie 'Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (MDW) wordt door het kabinet een werkgroep 'Modernisering faillissementsrecht' ingesteld. Deze werkgroep, onder voorzitterschap van Raaijmakers en verder bestaande uit vertegenwoordigers van de Ministeries van Economische Zaken, Financiën, Justitie en Sociale Zaken, heeft als opdracht te onderzoeken of de Faillissementswet optimaal functioneert, in het bijzonder wat betreft het vermogen om bedrijven in moeilijkheden te reorganiseren. In de tweede fase van dit project betrekt de werkgroep ook het fiscale voorrecht en het bodemrecht, aangezien het kabinet in deze fase mede aandacht vroeg voor onderwerpen die de positie van kapitaalverschaffers, leveranciers, personeel en preferente schuldeisers raken.

De werkgroep komt in dit verband tot de aanbeveling om wetsvoorstel 22 942 met spoed en voorrang voort te zetten, zodat de al lang in het vooruitzicht gestelde herwaardering van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht eindelijk plaats kan vinden.[224] De werkgroep stelt daarbij voorop dat een voortvarende parlementaire behandeling een geactualiseerde motivering van (onder meer) de fiscale verhaalspositie moet opleveren en zij formuleert in dit verband een tweede aanbeveling: algehele afschaffing van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht.[225] De motivering is helaas wat aan de summiere kant. De werkgroep volstaat voor wat betreft het fiscale voorrecht namelijk met de opmerking dat het afwegen van de voor- en tegenargumenten haar tot de slotsom bracht dat 'handhaving van de status quo in de samenleving anno 2001 niet zonder meer […] voor de hand lag'.[226] Met betrekking tot het bodem(voor)recht is de werkgroep concreter: zij pleit voor afschaffing, omdat dit de kredietbeschikbaarheid ten goede kan komen. Immers, zo redeneert de werkgroep, het bodem(voor)recht leidt ertoe dat de dekkingswaarde van de zekerheden vermindert, hetgeen in het bijzonder effect sorteert in de gevallen waar het krediet relatief zwaar steunt op zekerheden, zoals bij het mkb en starters.[227]

De aanbeveling tot afschaffing van de fiscale voorrangspositie is evenwel niet unaniem. De vertegenwoordigers van de Ministeries van Financiën en van Sociale Zaken stellen het budgettaire belang voorop: het financiële belang dat is verbonden aan het voorrecht voor belastingen en sociale premies en aan het bodem(voor)recht, maakt dat deze

222 Van Mierlo pleit voor de formulering 'roerende zaken die bestemd zijn tot blijvend gebruik van de roerende of onroerende zaak waarin de schuldenaar zijn beroep of bedrijf uitoefent of heeft uitgeoefend'. Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 36-37.

223 Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 35-41.

224 MDW-werkgroep 2001, p. 36-37.

225 MDW-werkgroep 2001, p. 37.

226 MDW-werkgroep 2001, p. 37.

227 MDW-werkgroep 2001, p. 37.

rechten niet kunnen worden gemist.[228] De werkgroep komt daarom met een subsidiaire aanbeveling. Als de budgettaire consequenties zodanig zijn dat afschaffing onmogelijk is, dan dient het in wetsvoorstel 22 942 voorgestelde bijzonder verhaalsrecht in ieder geval te worden hervormd.[229] De werkgroep spreekt daarbij – ten behoeve van het voort te zetten parlementaire debat – een duidelijke voorkeur uit over deze hervorming. Het bijzonder verhaalsrecht moet *i)* een beperktere reikwijdte krijgen; *ii)* aan de hand van het voorstel van Van Mierlo als een wettelijk pandrecht worden vormgegeven (ter verlaging van de 'constructiegevoeligheid'); en *iii)* worden aangevuld met een 'percentageregeling a la De Liagre Böhl' zodat het mogelijk is om het bijzonder verhaalsrecht in de toekomst gefaseerd af te bouwen.[230]

De aanbieding van het eindrapport door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer gaat gepaard met het regeringsstandpunt. Ten aanzien van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht luidt dit standpunt dat een besluit hierover wordt opgeschort totdat de economische en budgettaire effecten van de werkgroepvoorstellen door het CPB in kaart zijn gebracht.[231] De primaire aanbeveling om wetsvoorstel 22 942 met spoed weer op te pakken, lijkt niet te worden overgenomen. Over de implementatie van deze aanbeveling wordt in de Kamerbrief gezwegen.

In opdracht van de Ministeries van Financiën en van Economische Zaken wordt vervolgens een drietal studies verricht naar de economische en budgettaire effecten. De budgettaire consequenties worden door de Belastingdienst in kaart gebracht en het onderzoeks- en adviesbureau ECORYS-NEI bestudeert de aan een wijziging verbonden gedragseffecten.[232] Deze twee studies dienen vervolgens als basis voor de derde studie, een welvaartsanalyse door het CPB in samenwerking met ECORYS-NEI.[233]

De studies leveren een aantal waardevolle inzichten op. Zo komt uit de ECORYS-NEI-studie naar voren dat de veronderstelde verbetering van de kredietbeschikbaarheid bij afschaffing van het bodem(voor)recht hooguit in een heel geringe mate te verwachten is. Voor zover dit effect zich voordoet, zal het zich uiten in een beperkte stijging van het maximale kredietbedrag, niet in een verandering in de initiële financieringsbeslissing of een verbetering van de voorwaarden of tarieven.[234] De onderzoekers tekenen daarbij bovendien aan dat dit effect bij mkb-ondernemingen onzeker is door onvolkomenheden in de markt voor mkb-financiering.[235] Hiermee wordt het hoofdargument voor afschaffing in het MDW-rapport dan ook weerlegd. Afschaffing van het bodem(voor)recht heeft wel een duidelijk positief effect op de kapitaalvernietiging door ontwijkingsconstructies. Het CPB en ECORYS-NEI hebben gepoogd deze welvaartswinst te kwantificeren door bepaling van deze kapitaalvernietiging. Zij komen daarbij evenwel niet verder dan een 'zeer ruwe' schatting van € 15 miljoen per jaar, op basis van de ervaringscijfers van geïnterviewde

228 MDW-werkgroep 2001, p. 37-38.
229 MDW-werkgroep 2001, p. 39.
230 MDW-werkgroep 2001, p. 39.
231 *Kamerstukken II* 2001/02, 24 036, nr. 238, p. 6.
232 Belastingdienst/CPP 2003; ECORYS-NEI 2004.
233 CPB & ECORYS-NEI 2004.
234 ECORYS-NEI 2004, p. 63-65.
235 ECORYS-NEI 2004, p. 65, onder verwijzing naar een eerdere CPB-studie.

curatoren.[236] De studies bevestigen verder dat het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht voor de fiscus aanleiding zijn voor een zekere lankmoedigheid bij betalingsproblemen.[237] Dat betekent tegelijkertijd dat het 'zeer aannemelijk' is dat afschaffing van deze rechten leidt tot een strenger invorderingsbeleid.[238]

Voor een duiding van het voorgaande in welvaartseffecten zoeken het CPB en ECORYS-NEI aansluiting bij de economische literatuur, die in de context van faillissement twee vormen van welvaartsverlies identificeert. De eerste betreft welvaartsverlies dat ontstaat doordat een *niet*-levensvatbare onderneming te lang wordt voortgezet (een 'type-I-fout'). De tweede vorm ziet op de omgekeerde situatie. Welvaartsverlies ontstaat ook als een *wel* levensvatbare onderneming ten onder gaat aan tijdelijke financiële problemen (een 'type-II-fout').[239] In de context van het invorderingsbeleid van de fiscus zien de onderzoekers in het bestaan van de sterke fiscale verhaalsrechten een bron van type-I-fouten, vanuit de geconstateerde fiscale coulance bij betalingsproblemen. Met afschaffing van de sterke verhaalspositie is dan welvaartswinst te behalen, zolang althans deze welvaartswinst – tezamen met het positieve welvaartseffect op de ontwijkingsconstructies – niet teniet wordt gedaan door een te grote stijging van type-II-fouten door een strenger invorderingsbeleid. Op basis van dit denkkader komen het CPB en ECORYS-NEI tot de conclusie dat de meeste welvaartswinst wordt behaald door het bodem(voor)recht af te schaffen, maar alleen voor grote ondernemingen (GO's).[240] Voor grote ondernemingen zien de onderzoekers namelijk duidelijke welvaartswinsten. Dit onderscheid komt voort uit de inschatting van de onderzoekers dat bij dit type ondernemingen vooral type-I-fouten voorkomen, terwijl type-II-fouten maar weinig voorkomen. Bovendien verwachten de onderzoekers dat – onder de aanname dat de afschaffing leidt tot verbetering van de verhaalspositie van banken – sterke concurrentie in de markt voor GO-financiering leidt tot extra kredietbeschikbaarheid.[241] Voor de kleinere ondernemingen achten de onderzoekers het welvaartseffect minder duidelijk. Dit wordt vooral ingegeven door de beperkte concurrentie op de markt voor mkb-financiering en de bevinding dat banken deze ondernemingen relatief gemakkelijk aan hun lot overlaten.[242] Aldus achten de onderzoekers de welvaartswinst voor deze groep beperkter, terwijl er tegelijkertijd wel een duidelijk welvaartsverlies te verwachten is door strenger invorderingsbeleid. Afschaffing ligt dan – vanuit economisch perspectief bezien – niet in de rede.

236 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 16. Deze schatting is gebaseerd op de ervaringscijfers van vijftien door ECORYS-NEI geïnterviewde curatoren.

237 Zo geven de ontvangers in de Belastingdienst-studie aan dat in 23% van de onderzochte dossiers waarin uitstel van betaling is verleend, dit uitstel niet in dezelfde vorm zou zijn verleend zonder het bodemrecht en/of voorrecht. Belastingdienst/CPP 2003, p. 11 en 15; ECORYS-NEI 2004, p. 72.

238 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 17.

239 ECORYS-NEI 2004, p. 42-43.

240 Voor de definitie van 'grote onderneming' wordt aangesloten bij de definitie die de Belastingdienst hiervoor hanteert. Het gaat dan om ondernemingen met een ondernemingsvermogen van meer dan *f* 20 miljoen, meer dan *f* 40 miljoen verschuldigde omzetbelasting of meer dan 250 werknemers in dienst. Ook ondernemingen die hieraan niet voldoen, maar wel voldoen aan twee van de volgende criteria (a. meer dan *f* 5 miljoen ondernemingsvermogen; b. meer dan *f* 10 miljoen verschuldigde omzetbelasting; c. meer van vijftig werknemers in dienst) vallen onder deze definitie. CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 14.

241 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26.

242 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26; ECORYS-NEI 2004, p. 65.

Het economische perspectief biedt ook geen grond voor afschaffing van het algemene fiscale voorrecht. De onderzoekers verwachten namelijk dat afschaffing slechts zeer kleine welvaartseconomische effecten heeft. Zij beschouwen het al dan niet afschaffen daarom als een politieke keuze.[243]

Het politieke element komt ook terug in de verwachte derving van de belastinginkomsten indien het fiscale voorrecht en/of het bodem(voor)recht worden afgeschaft. De Belastingdienst-studie schat de derving bij een algehele afschaffing op € 700-926 miljoen per jaar, waarvan ongeveer twee derde deel is toe te rekenen aan het bodem(voor)recht (€ 406-539 miljoen).[244] Bij een afschaffing van alleen het bodem(voor)recht bij grote ondernemingen is deze derving een stuk kleiner: ongeveer € 67-100 miljoen.[245] Het CPB en ECORYS-NEI schatten de totale derving à € 700-926 miljoen evenwel een ruwe € 200 miljoen lager in door alternatief (strenger) invorderingsbeleid en vanuit de aanname dat een aanzienlijk deel van de belastingderving alsnog – via de (tevens belastingplichtige) andere schuldeisers – naar de fiscus vloeit.[246]

> Deze verwachte derving is beter te duiden indien zij wordt afgezet tegen het totaal aan overheidsontvangsten uit belastingen en premies wettelijke sociale verzekeringen. Deze totale ontvangsten bedroegen in 2004 € 186,3 miljard.[247] Dat betekent dat de door het CPB en ECORYS-NEI geschatte derving (€ 700-926 miljoen minus € 200 miljoen) neerkomt op een belasting- en premiederving van 0,27-0,39%.[248]

Voor zover enige belastingderving niet politiek wenselijk wordt bevonden, geven het CPB en ECORYS-NEI op economische gronden twee (eventueel te combineren) alternatieven in overweging. Dat is in de eerste plaats de vormgeving van het bodem(voor)recht als het wettelijke pandrecht zoals voorgesteld door Van Mierlo, zodat het welvaartsverlies

243 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26.

244 Belastingdienst/CPP 2003, par. 4.4. Deze cijfers zijn gebaseerd op een steekproef van 470 dossiers van aanslagen waar een dwangbevel is betekend, een beslagopdracht is gegeven of al tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden. Door middel van een vragenlijst is aan de betreffende ontvangers gevraagd om een inschatting te maken van de invorderbaarheid van deze aanslagen zonder het fiscaal voorrecht resp. het bodem(voor)recht. De resultaten van deze steekproef zijn vervolgens geëxtrapoleerd tot een totale jaarlijkse derving. Deze cijfers zijn bovendien beperkt tot het directe financiële belang van de fiscus, dus het bedrag aan openstaande aanslagen dat naar verwachting niet meer invorderbaar zal zijn. Een aanvullend preventief effect van deze fiscale rechten is niet in de studie betrokken. Belastingdienst/CPP 2003, par. 2.

245 Ontleend aan CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 27.

246 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 15.

247 CBS StatLine, Overheid; ontvangen belastingen en wettelijke premies, beschikbaar via https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/84120NED/table?dl=9D283 (geraadpleegd op 30 juli 2024).

248 Hierbij geldt evenwel de kanttekening dat voor 2006 de heffing van de premies werknemersverzekeringen nog niet door de fiscus werd verricht. Deze premiederving is daarom niet meegenomen in de Belastingdienst-studie, terwijl de ontvangsten uit deze premies wel door het CBS zijn meegenomen in het totaal aan belastingen en premies. Dat betekent dat het verwachte dervingscijfer in de werkelijkheid iets hoger zal liggen.

door ontwijkingsconstructies wordt weggenomen.[249] De onderzoekers voorzien bij dit alternatief evenwel een toename van het welvaartsverlies door type-I-fouten, omdat dit alternatief de schuldeiserspositie van de (lankmoedige) fiscus versterkt in verhouding tot die van de banken.[250] Het tweede alternatief is het sec creëren van een strenger invorderingsbeleid jegens grote ondernemingen, hetgeen op papier dezelfde invloed heeft op type-I- en type-II-fouten als afschaffing van het bodem(voor)recht. De onderzoekers zetten wel direct vraagtekens bij de haalbaarheid van dit alternatief, aangezien zij verwachten dat er zonder duidelijk financiële prikkel bij de ontvangers weinig van dergelijk beleid terecht zal komen.[251]

Ook met deze studies als bagage pakt de regering wetsvoorstel 22 942 niet op. In plaats daarvan vormen zij aanleiding voor *nog meer* studie, omdat de onderzoeksresultaten niet in een eenduidige richting wijzen. In een wetgevingsoverleg, een ruime maand na de aanbieding van het CPB-rapport aan de Tweede Kamer, merkt Minister van Justitie Donner hierover het volgende op:

> 'De onderzoeksresultaten geven aan dat directe budgettaire effecten omvangrijk en negatief zouden kunnen zijn, maar er is ook sprake van positieve welvaartseffecten. Het gaat meer om een beredenering dan om een kwantificering van verschillende voor- en nadelen. Om die reden heeft het kabinet meer informatie nodig, ook over de wijze waarop een en ander in het buitenland functioneert. Ik hoop dat dit onderzoek in de komende maand beschikbaar komt, zodat wij aan het eind van het jaar de benodigde informatie hebben en daarover kunnen beslissen.'[252]

De in het vooruitzicht gestelde beslissing zal de opvolgende jaren evenwel uitblijven. Wetsvoorstel 22 942 blijft onaangeroerd, de aanbeveling van de MDW-werkgroep ten spijt.

Parallel aan deze ontwikkelingen wordt ondertussen wel het toepassingsbereik van het bodemrecht en bodemvoorrecht verder uitgebreid, tot ook de invordering van de premies voor de werknemersverzekeringen, door invoering van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) per 1 januari 2006. De beweegreden achter deze uitbreiding ligt in de vereenvoudiging van de heffingsprocessen inzake de sociale verzekeringen en de loonbelasting.[253] Waar de heffingstaak tot dan toe was verdeeld tussen het UWV (heffing van de premies werknemersverzekeringen[254]) en de fiscus (heffing van de

249 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28 en 29. Van het door De Liagre Böhl voorgestelde alternatief zijn de onderzoekers niet overtuigd, omdat hieraan 'nogal wat praktische bezwaren kleven'. Zij wijzen hierbij in het bijzonder op de moeilijkheid om dit alternatief werkelijk constructiebestendig te krijgen. Zie ook ECORYS-NEI 2004, p. 77-78.

250 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28.

251 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28 en 29.

252 *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 18, p. 19 (verslag van een wetgevingsoverleg d.d. 19 april 2004 over het wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement).

253 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 3.

254 Bevoorrecht op grond van art. 16 CSV met een voorrecht met gelijke rang als het algemene fiscale voorrecht: '[d]e vordering […] is bevoorrecht op alle goederen van de werkgever en gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 287 en 288 onder a, alsmede dat van artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover de daar bedoelde kosten zijn gemaakt na de vaststelling van de voorschotpremie of de premie'.

premies volksverzekeringen[255] en de loonbelasting), wordt de heffing nu volledig in de handen van de fiscus gelegd. Vanuit het oogpunt van doelmatige invordering (o.a. schaalvoordelen door uniforme werkprocessen) wordt daarbij het invorderingsregime van de premies volksverzekeringen en de loonbelasting ook van toepassing op de premies werknemersverzekeringen (art. 60 lid 3 Wfsv).[256] De beperking van de verhaalsmogelijkheden van de andere schuldeisers wordt daarbij weliswaar onderkend, maar afgedaan met een beroep op 'het uitvoeringsbelang' en de omstandigheid dat de meeste andere schuldeisers 'vrijwillig' schuldeiser van de belastingschuldige zijn geworden:

> '[De integratie van de heffing en inning van de premies werknemersverzekeringen met de heffing en inning van de loonbelasting en de premies volksverzekeringen] gaat gepaard met een geringe beperking van de verhaalsmogelijkheden van andere, met name private, schuldeisers. Het uitvoeringsbelang dient zwaarder te wegen. Van belang daarbij is dat private partijen, anders dan de Belastingdienst, op basis van vrijwilligheid commerciële transacties zijn aangegaan en van tevoren hebben kunnen overwegen welke zekerheden zij willen bedingen.'[257]

4.8 Voorontwerp Insolventiewet

Een van de andere aanbevelingen van de MDW-werkgroep is de instelling van een adviescommissie insolventierecht, bestaande uit deskundigen uit de praktijk, die de Minister van Justitie dient te adviseren in het wetgevingsproces ter modernisering van de Faillissementswet.[258] Deze aanbeveling leidt tot de instelling van de Commissie insolventierecht,[259] die in 2007 haar werk afrondt met de aanbieding van een Voorontwerp Insolventiewet aan de minister.

Het onderwerp van rangorde tussen schuldeisers lijkt in het voorontwerp op het eerste gezicht een bijrol te hebben. Zo geeft de commissie in de toelichting bij het voorontwerp aan dat de eventuele aanpassing van andere wetgeving dan de Faillissementswet (in ruime zin), zoals expliciet de wettelijke regeling van voorrechten en de fiscale bepalingen, buiten haar taakopvatting valt.[260] De aanbevelingen van de commissie geven evenwel een ander beeld. Zo pleit de commissie, vanuit het streven naar versterking van de positie van de concurrente schuldeisers, voor afschaffing van *alle* voorrechten. De onderbouwing is desalniettemin bondig. De commissie volstaat met de opmerkingen dat zij geen werkelijk overtuigende grond voor de bestaande veelheid aan preferenties ziet en dat het terugdringen van het aantal preferenties past bij recente ontwikkelingen in onder meer Denemarken, Duitsland en Engeland.[261] Vooruitlopend op deze afschaffing stelt de commissie een tussenvorm voor, om de positie van de concurrente schuldeisers alvast te

255 Invordering ex art. 16 lid 2 WFV overeenkomstig de regels inzake de invordering van de inkomstenbelasting resp. de loonbelasting.
256 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 51-52.
257 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 52.
258 MDW-werkgroep 2001, p. 19-21.
259 Ingesteld bij koninklijk besluit van 3 april 2003 (*Stcrt.* 2003, 76).
260 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV)* 2007, nr. 3 (toelichting).
261 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV)* 2007, nr. 16 (toelichting).

versterken. Deze tussenvorm houdt in dat de preferente vorderingen (inclusief die van de fiscus) niet meer volledig voorgaan op de concurrente vorderingen, maar dat deze nog slechts voor een tweemaal zo groot percentage worden voldaan als de concurrente vorderingen (art. 6.3.2 Voorontwerp).[262]

Met betrekking tot het bodemrecht en het bodemvoorrecht deelt de commissie verder de primaire aanbeveling van de MDW-werkgroep: deze rechten dienen te worden afgeschaft. De commissie acht deze rechten namelijk een te ernstige inbreuk op de rechten van derden zonder dat hiervoor een toereikende rechtvaardiging is aan te wijzen. Bovendien passen zij – vanwege de ontwijkingsconstructies door financiers – niet bij een insolventiewet die beoogt het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken, heeft de fiscus voldoende andere (dwang)invorderingsmiddelen, en voorziet de commissie (onder verwijzing naar de hiervoor in § 4.7 genoemde CPB-studie) dat afschaffing leidt tot een lastenverlichting voor het bedrijfsleven met potentieel slechts beperkte budgettaire effecten voor de overheid.[263]

Ondanks de beperkte taakopvatting grijpt de commissie toch de gelegenheid van het voorontwerp aan om haar visie op de toekomst van de rangorderegels onder de aandacht van de wetgever te brengen.

Na de aanbieding van het voorontwerp blijkt het politieke momentum voor een grote herziening van de Faillissementswet ten einde te lopen. Weliswaar brengt het Ministerie van Justitie het voorontwerp voortvarend in internetconsultatie en is een 'wetsvoorstel nieuwe Insolventiewet' medio 2009 nog onderdeel van zijn wetgevingsprogramma (met beoogde inwerkingtreding 1 januari 2012),[264] in november 2009 valt het doek. Het kabinet stopt het wetgevingsproject nog voor de indiening in de Tweede Kamer met het argument dat zijn 'taakstellingsoperatie' en de vele andere wetgevingsprioriteiten geen ruimte laten om dit grote project ter hand te nemen.[265]

> Het is goed mogelijk dat deze kabinetsbeslissing is ingegeven door de in 2008 uitgebroken economische crisis. Parallel aan deze beslissing wordt namelijk een grote bezuinigingsoperatie gestart. Het kabinet stelt een groot aantal ambtelijke werkgroepen in met de opdracht om te zoeken naar besparingen in de overheidsuitgaven om het snel opgelopen financieringstekort terug te dringen.[266] Dat hier een grote opgave ligt, is af te leiden uit de besparingsopdracht die de werkgroep 'Uitvoering belasting- en premieheffing' krijgt: het vinden van besparingen die de uitvoeringskosten voor belasting- en premieheffing

262 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV)* 2007, nr. 16 en 21 (toelichting). Deze verdelingsregel ontleent de commissie aan hetgeen reeds geldt in de wettelijke schuldsanering (art. 349 lid 2 Fw) en aan de voornaamste voorwaarde voor instemming van de fiscus met een (schuldsanerings)akkoord (art. 22 lid a onder 1 URIW 1990). Toepassing van deze verdelingsregel vergt bij een concrete uitdeling overigens wel enige rekenkracht. Zie voor enkele rekenvoorbeelden, die zien op de werking van art. 349 lid 2 Fw: Wind, *TvCu* 2015.

263 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV)* 2007, nr. 21 (toelichting).

264 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123-VI, nr. 2, p. 239.

265 Brief van 18 november 2009 van de Minister van Justitie aan commissievoorzitter Kortmann, zoals beschreven in Verstijlen, *TvI* 2011/12.

266 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 360-III, nr. 1, p. 8.

(ongeveer € 2 miljard per jaar) met minimaal 20% terugbrengen.[267] Voor wat betreft de invordering komt deze werkgroep met een rigoureus voorstel. Zij stelt voor om het door Van Mierlo geopperde wettelijk fiscaal pandrecht weer van stal te halen, ter vervanging van het bodemrecht, maar dan rustend op de handelsvorderingen van een belastingschuldige onderneming.[268] Dit ingrijpende voorstel, dat (veel) verder gaat dan het enkel besparen op de uitvoeringskosten, lijkt evenwel op weinig instemming te kunnen rekenen: er wordt geen wetgevende actie op ondernomen.

Ook het volgende kabinet pakt het Voorontwerp Insolventiewet niet meer op. Ingegeven door de gevolgen van de economische crisis heeft dit kabinet een aantal inhoudelijke bezwaren tegen het voorontwerp, zo volgt begin 2011 uit de antwoorden van Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten op Kamervragen. De minister wijst op de aanwezigheid van 'de nodige controversiële suggesties' in het voorontwerp, zoals de afschaffing van de preferenties van de fiscus en het UWV en het creëren van een andere balans tussen de schuldeisers ten laste van onder meer de positie van banken.[269] Hij acht deze ongewenst, omdat *i)* de afschaffing van deze preferenties 'een toenemend beslag op de collectieve middelen' kan leggen in een tijd waarin de overheid juist verantwoordelijkheid neemt in het dempen van de gevolgen van de economische crisis; en *ii)* het risico vermeden dient te worden dat een verslechtering van de verhaalspositie van banken leidt tot een rem op de kredietverstrekking.[270] Deze bezwaren, tezamen met de waarde van een stabiel wettelijk kader 'in het huidige tijdsgewricht en investeringsklimaat', maken dat een integrale herziening van de Faillissementswet conform het voorontwerp voor het kabinet niet op zijn plaats is.[271] In plaats daarvan houdt de minister zich aanbevolen voor concrete suggesties voor *bijstelling* van de faillissementswetgeving, waarbij hij INSOLAD uitnodigt om met dergelijke suggesties te komen.[272]

In deze kabinetsperiode verslikt het kabinet zich nog bijna in wetsvoorstel 22 942. Bij brief van 25 oktober 2010 inzake de kabinetsformatie informeert minister-president Rutte de Tweede Kamer over een aantal wetsvoorstellen dat zal worden ingetrokken, waaronder ook wetsvoorstel 22 942.[273] Gelet op de horizonbepaling (art. 70 IW 1990) zou dat betekenen dat onverwachts het zo gekoesterde bodemrecht (en waarschijnlijk ook het bodemvoorrecht) alsnog zou komen te vervallen.[274] Een kleine maand later wordt duidelijk dat het kabinet zich dit voor 's Rijks schatkist kostbare neveneffect achteraf ook realiseerde. Voordat het tot wetstechnische brokken kan komen, deelt de Minister van Veiligheid en Justitie de Tweede Kamer mee dat het wetsvoorstel 'vanwege redenden [sic] van wetgevingstechnische aard' toch niet zal worden ingetrokken.[275]

267 Rapport brede heroverwegingen. 16. Uitvoering belasting- en premieheffing (rapport van april 2010), p. 69. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 359, nr. 1 (aanbieding rapporten van de ambtelijke heroverwegingswerkgroepen aan de Tweede Kamer).
268 Rapport brede heroverwegingen. 16. Uitvoering belasting- en premieheffing (rapport van april 2010), p. 63.
269 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014, p. 2.
270 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014, p. 2.
271 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014, p. 2-3.
272 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014, p. 3.
273 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 47, p. 1.
274 Verstijlen, *NJB* 2011/20, p. 43.
275 *Kamerstukken II* 2010/11, 22 942, nr. 10.

4.9 Constructiebestendig bodem(voor)recht

4.9.1 Belastingplan 2013

Ondertussen komt het kabinet in september 2012 in het (verzamel)wetsvoorstel Belastingplan 2013, de jaarlijkse verzamelwet die alle fiscale aanpassingen voor het komende jaar regelt, met een voorstel ter aanpassing van het bodemrecht en bodemvoorrecht: de invoering van artikel 22*bis* IW 1990. Deze bepaling – die een mededelingsplicht en aansluitende wachttermijn in het leven roept ten aanzien van verhaalsuitoefening op bodemzaken[276] – is erop gericht om de ontwijkingsconstructies een halt toe te roepen, en wordt door het kabinet ook nadrukkelijk zo gepresenteerd.[277] Het voorstel is verder onderdeel van een groot scala aan maatregelen, onder meer gericht op het verbeteren van de overheidsfinanciën,[278] en de baten die het oplevert (uit extra belastingopbrengsten én besparingen op de uitvoeringskosten) worden ook direct ingezet ter financiering van die andere plannen.[279]

Het voorstel wordt kritisch ontvangen. Zo adviseert de Afdeling advisering van de Raad van State om het voorstel in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. Gelet op de potentiële gevolgen voor de financiering van het bedrijfsleven, acht de Afdeling het van belang dat dit voorstel grondig en op zijn eigen merites wordt beoordeeld, zonder de aan het Belastingplan verbonden tijdsdruk en na consultatie van de praktijk.[280] De Afdeling roept daarbij ook de horizonbepaling in herinnering, die nog steeds een grondige herbezinning van het bodemrecht verlangt.[281] Ook in de Tweede Kamer klinkt dit geluid. Het kabinet houdt evenwel voet bij stuk, met als primaire argument dat het vooral reparatiewetgeving is die zo snel mogelijk moet worden ingevoerd om de ontwijkingsconstructies te bestrijden.[282] Ook een poging van CDA-Kamerlid Omtzigt om bij motie de regering te bewegen het voorstel als apart wetsvoorstel in te dienen – de motie wijst daarbij expliciet op positionering binnen wetsdossier 22 942 – haalt het niet. De motie wordt met ruime meerderheid verworpen.[283] Het Belastingplan wordt uiteindelijk in een tijdsbestek van drie maanden door beide Kamers aangenomen.

> In het laatste Kamerdebat in de Tweede Kamer over het Belastingplan 2013 wordt met betrekking tot wetsvoorstel 22 942 de bal nadrukkelijk bij de Kamer gelegd. Staatssecretaris van Financiën Weekers (nota bene de ambtsopvolger van een van de indieners van dit wetsvoorstel) vindt het niet aan hem om dit wetsvoorstel 'uit de mottenballen' te halen: 'Het voorstel ligt bij de Kamer. De Kamer kan elk moment besluiten om dat voorstel verder te bespreken. Ik wil in ieder geval niet dat wij nu weer een jarenlange maatschappelijke

276 Zie nader hiervoor, § 2.4.3.4.
277 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 16-19.
278 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 2.
279 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 34.
280 De consultatie voor de indiening van het huidige voorstel is namelijk beperkt tot alleen ambtelijk overleg met de NVB. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 35 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 32-33.
281 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 4, p. 2-3.
282 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 46, p. 89; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 4, p. 3-4; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 34-35.
283 https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/stemmingsuitslagen (zoek op '2012P17118').

discussie gaan voeren en afwachten wat daar uitkomt. Ik wil constructies bestrijden.'[284] De vervolgens door onder meer de twee regeringspartijen, VVD en PvdA, verworpen motie-Omtzigt is daarbij een indicatie dat een dergelijk besluit van de Kamer voorlopig niet te verwachten is.

4.9.2 Alternatieve voorstellen van NVB en INSOLAD

In reactie op het voorstel tot invoering van artikel 22*bis* IW 1990 in het Belastingplan 2013 hebben de NVB en INSOLAD beiden een alternatief voorstel gedaan, gericht op de definitieve regeling van het bodemrecht in de vorm van een afdrachtsregeling. De NVB stelt voor om het bodemrecht en bodemvoorrecht te vervangen door een verplichte afdracht door zekerheidsgerechtigden aan de fiscus, ter grootte van een vast percentage van de opbrengst van de aan hen in zekerheid gegeven bodemzaken.[285] Door dit vaste percentage weten financiers vooraf beter wat hun verhaalspositie ten aanzien van deze zaken is, hetgeen volgens de NVB de kredietverlening minder verstoort. De staatssecretaris wijst dit voorstel bij de behandeling van het Belastingplan evenwel resoluut van de hand. Nog los van de omstandigheid dat dit een ingrijpender voorstel is dat om die reden niet past in een Belastingplan, stuit dit voorstel voor de staatssecretaris met name af op het verlies aan regie voor de fiscus bij betalingsmoeilijkheden van de schuldenaar.[286] Zo kanaliseert de uitwinning van de bodemzaken naar de zekerheidsgerechtigden tot een ongewenst 'monopolie op de uitwinning' en verliest de fiscus zijn stok achter de deur om de betaling van belastingschulden af te dwingen.[287]

Het voorstel van INSOLAD was al in voorbereiding als onderdeel van de aan de minister aan te bieden voorstellen ter verbetering van de Faillissementswet en wordt in oktober 2012 vervroegd aan de vaste commissie voor Financiën gestuurd.[288] Dit betreft een bredere afdrachtsregeling, die tegelijkertijd een meer uniforme wijze van faillissementsafwikkeling beoogt te bereiken. Zo wordt het onderscheid naar de aard van de goederen geschrapt. In plaats daarvan is een zekerheidsgerechtigde een afdracht verschuldigd over de opbrengst van *elk* gesecureerd goed. Bovendien strekt de afdrachtsregeling zich uit tot zowel de goederen van de schuldenaar, die met een pand- of hypotheekrecht zijn bezwaard, als de goederen waar derden een tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraak op hebben. De afdracht dient aan de boedel te worden gedaan, waarna deze – na aftrek van een omslag in de algemene faillissementskosten – via de uitdelingslijst in het faillissement aan de gezamenlijke schuldeisers zal worden uitgekeerd. Op grond van de – te behouden – bepaling inzake het algemene fiscale voorrecht (art. 21 lid 1 en lid 2, eerste zin, IW 1990), zou dit betekenen dat de fiscus de voornaamste gerechtigde is tot deze afdracht. De omvang

284 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 46, p. 76.

285 NVB, *Position Paper Wet Wijziging Bodem(voor)recht* (7 oktober 2012), zoals weergegeven in Mennens, *TvI* 2013/38, par. 3.2.

286 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 10-11.

287 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 10-11.

288 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet. Separatistenregeling* (voorstel aan de vaste commissie voor Financiën van 31 oktober 2012), te raadplegen via https://static.basenet.nl/cms/105928/website/Vaste-Cie-voor-Financien.pdf. Zie voor het uiteindelijke, aan de minister aangeboden, voorstel: Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 6-9, te raadplegen via https://www.insolad.nl/publicaties/. Zie ook Mennens, *TvI* 2013/38, par. 3.3.

van de afdrachtsverplichting stelt INSOLAD aanvankelijk op 15% van de opbrengst van onroerende zaken en 20% van de opbrengst van de andere goederen. In het uiteindelijke voorstel aan de minister wordt hiervan afgezien. In plaats daarvan beperkt het voorstel zich tot een aanzet tot een afdrachtssystematiek: variatie in het af te dragen percentage aan de hand van het type goed en de hoogte van de opbrengst. Anders dan het NVB-voorstel komt het INSOLAD-voorstel niet ter sprake bij de parlementaire behandeling van het Belastingplan. De bezwaren van de staatssecretaris laten zich evenwel ook op het INSOLAD-voorstel toepassen.

De positie van de Ministeries van Financiën en van Veiligheid en Justitie ten aanzien van beide voorstellen wordt enkele maanden later duidelijk tijdens het congres '*Eyes on Insolvency*', over de noodzaak tot herziening van het faillissementsrecht. Zo betoogt Van Eijsden hier namens het Ministerie van Financiën dat het bodemvoorrecht en bodemrecht pas opgegeven zullen worden indien een alternatief budgetneutraal is én de afdwingbaarheid van betaling van belastingschulden buiten faillissement (de pressiefunctie) niet aantast.[289] De fiscus moet aldus een recht overhouden waarmee hij – net als met het bodemrecht – voldoende afschrikwekkend kan dreigen om de betaling van achterstallige belastingen af te dwingen. In de bredere context van de herijking van het insolventierecht voegt Schmieman hier namens het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan toe dat er ook van dit ministerie weinig te verwachten is.[290] Er is namelijk maar beperkt politiek draagvlak en beperkte capaciteit voor aanpassingen aan het insolventierecht. Hij spreekt daarbij weliswaar zijn waardering uit voor het werk van de rechtswetenschap, maar doet de ter tafel liggende nieuwe ideeën tegelijkertijd als 'te hemelbestormend' af. En al staat het ministerie altijd open voor suggesties, plannen voor aanpassing van het bodemrecht en de positie van separatisten zijn er niet.

4.10 Recente ontwikkelingen

4.10.1 Hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA

De verschuiving van de aandacht op het Ministerie van Veiligheid en Justitie van integrale herziening van de Faillissementswet naar concrete suggesties tot bijstelling van de faillissementswetgeving leidt ondertussen eind 2012 tot de introductie van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'.[291] Dit wetgevingsprogramma bestaat uit drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen en fraudebestrijding. Binnen de tweede pijler is de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) tot stand gekomen. Deze wet, die is opgenomen in de Faillissementswet (art. 369 e.v.), ziet op het tot stand brengen van een dwangakkoord met schuldeisers (en/of aandeelhouders) buiten een faillissement. De WHOA stelt een schuldenaar in staat om bij dreigende insolventie aan zijn schuldeisers (en/of aandeelhouders) een akkoord aan te bieden dat veelal de vorm zal hebben van kwijtschelding van een deel van de schuldenlast. Dit akkoord kan – indien aan alle voorwaarden wordt

289 Kentie & Kloet, *TvI* 2013/29, p. 168.
290 Kentie & Kloet, *TvI* 2013/29, p. 168.
291 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1-2.

voldaan – vervolgens door de rechter worden gehomologeerd, waarmee ook de tegenstemmers aan het akkoord worden gebonden.[292]

Een van de beoogde effecten van de WHOA is dat de verhaalspositie van ondernemingen uit het mkb wordt verbeterd. Waar zij in een faillissement vaak concurrente schuldeiser zijn en er in die hoedanigheid veelal bijzonder bekaaid van afkomen, is de verwachting dat toepassing van de WHOA leidt tot een forse verbetering van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers.[293]

In de afrondende fase van het wetgevingsproces in de Tweede Kamer krijgt de verbetering van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers ook een prominente rol. Zo wordt op deze grond – onder verwijzing naar de zojuist genoemde verwachting – bij amendement een minimumbescherming voor de kleinere (mkb-)schuldeisers ingevoerd.[294]

> Deze groep schuldeisers betreft ondernemingen uit het kleinere mkb (versimpeld gezegd: ondernemingen met maximaal vijftig werkzame personen)[295] met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad, alsook natuurlijke personen zonder onderneming met een vordering uit onrechtmatige daad.[296]

Het akkoord moet aan deze schuldeisers in beginsel een uitkering (of recht) van minimaal 20% van hun vorderingen in het vooruitzicht stellen. Is dit niet mogelijk, dan moet in het akkoord een verklaring worden opgenomen waarin wordt aangegeven welke zwaarwegende grond hiervoor aanwezig is (art. 375 lid 2, aanhef en onder f, Fw). De aanwezigheid van deze zwaarwegende grond kan bovendien in de homologatieprocedure door de rechter worden getoetst,[297] waarbij een negatieve uitkomst leidt tot het stranden van het akkoord: de homologatie wordt afgewezen (art. 384 lid 4, aanhef en onder a, Fw).

Een amendement dat toevoegt dat aandeelhouders in de akkoordprocedure niet ook de gedaante kunnen aannemen van een gesecureerd schuldeiser door zich te beroepen op met zekerheidsrechten gesecureerde aandeelhoudersleningen, en zich aldus boven een groot deel van de schuldeisers te plaatsen, haalt het evenwel niet.[298]

De verhaalsbelangen van de concurrente schuldeisers komen tevens terug in een drietal moties, alle door de Kamer aangenomen, waaruit een zekere urgentie voor dit

---

292 Zie hierover nader hiervoor, § 2.5.

293 De minister verwijst daarbij naar Amerikaans onderzoek waaruit volgt dat in het Amerikaanse equivalent van de WHOA de concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld maar liefst 52% van hun vordering ontvangen. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 4.

294 Voorgesteld bij (gewijzigd) amendement van Van der Graaf, Van Nispen en Nijboer. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25.

295 Strikt genomen is dit 'werkzame personen'-criterium slechts één van de *alternatieve* criteria. De onder deze groep vallende ondernemingen betreffen ondernemingen die in het jaarrekeningenrecht als micro- of kleinbedrijf worden aangemerkt (art. 2:395a en 2:396 BW) of waarbij maximaal vijftig personen werkzaam zijn (feitelijk of volgens opgave in het Handelsregister), zo volgt uit art. 374 lid 2 Fw.

296 Zo volgt uit de toelichting op art. 374 lid 2 Fw in *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2-3. In de wettekst komt dit niet goed tot uitdrukking.

297 Op verzoek van een van de betreffende (mkb-)schuldeisers, mits hij – én zijn klasse – tegen het akkoord heeft gestemd.

298 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 12 (amendement-Nijboer en Van der Graaf). Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht III (R&P nr. InsR17)* 2021/7.4.2.3.

onderwerp valt af te leiden. De regering wordt in deze moties verzocht voorstellen in kaart te brengen om *i)* de mate van verpanding bij ondernemingen te beperken;[299] en *ii)* het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken;[300] en wordt verder verzocht om *iii)* te onderzoeken hoe bij faillissement een rechtvaardigere verdeling van de boedel kan worden gemaakt tussen de banken en de overige schuldeisers en hiertoe met voorstellen te komen.[301]

> De eerstgenoemde motie is een relatief vreemde eend in de bijt, aangezien zij haaks staat op het sinds 2020 in de Kamer aanhangige wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden (35 482) dat juist inzet op uitbreiding van de verpandingsmogelijkheden om de kredietverlening aan met name het mkb te stimuleren.[302] De minister (voor Rechtsbescherming) ontraadt deze motie dan ook, onder verwijzing naar dit belang van kredietbeschikbaarheid voor het mkb en het remmend effect hierop van de huidige verpandingsverboden.[303] Bij de (latere) behandeling van het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden houdt de minister deze lijn vast. De motie wordt dan ook niet binnen *deze* context opgevolgd, maar via de in november 2021 in consultatie gegeven discussienota over de toekomst van het insolventierecht.[304]

De motie inzake de rechtvaardigere verdeling leidt tot de toezegging van de minister – die het belang van het onderwerp onderschrijft – dat dit onderzoek er komt.[305] In het kader van dit onderzoek, dat wordt toegespitst op de positie van de concurrente (mkb-) schuldeisers in faillissement, is in 2021 een WODC-rapport door onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen uitgebracht.[306]

> In dit rapport wordt door kwalitatief onderzoek de huidige positie van de concurrente schuldeisers geschetst (een gemiddeld – niet representatief – uitkeringspercentage van resp. 0,10% en 7,9%), waarna de meest gerede maatregelen ter verbetering van deze huidige positie worden onderzocht. Dit zijn *i)* een afdrachtsregeling ten laste van zekerheidsgerechtigden; *ii)* een minimumuitkering aan concurrente mkb-schuldeisers ter grootte van 20% van hun vorderingen; *iii)* inperking van de positie van aandeelhouders in een faillissementsakkoord; *iv)* wettelijke regulering van aandeelhoudersleningen; en *v)* striktere waardering van zekerheden. Tot een concrete aanbeveling van maatregelen komt het evenwel niet: de voor- en nadelen worden op een rij gezet en het wordt verder aan de wetgever gelaten om de (rechtspolitieke) knoop door te hakken.[307] Wel volgt uit het rapport dat moet worden

299 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 18 (motie-Nijboer).
300 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 19 (motie-Nijboer).
301 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 21 (motie-Van Nispen, Van der Graaf, Nijboer en Van den Berge).
302 Zie *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1 (MvT).
303 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 74-75.
304 *Kamerstukken II* 2022/23, 35 482, nr. 6, p. 3-4. De consultatiestukken zijn raadpleegbaar via https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie. Ten tijde van het schrijven is de regeringsreactie op de consultatieresultaten, met daarin dan ook de verdere opvolging van de motie, nog niet verschenen.
305 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 100.
306 In september 2021 door de minister gedeeld met de Tweede Kamer, onder de toezegging dat een inhoudelijke reactie nog zal volgen. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 225, nr. 22.
307 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 14.

opgepast met atypische maatregelen zoals een afdrachtsregeling ten gunste van specifiek de concurrente schuldeisers en de 20%-minimumuitkering voor deze groep. Zo kunnen zij ertoe leiden dat de concurrenten meer ontvangen dan de andere – conform de traditionele rangorderegels hoger gerangschikte – schuldeisers. Bovendien is specifiek voor de laatstgenoemde maatregel de omvang van de bijdrageplicht van zekerheidsgerechtigden op voorhand niet te schatten, wat de risicobeoordeling bij kredietverlening zal bemoeilijken.[308] Van de overige onderzochte maatregelen springen er twee uit qua verwachte positieve effecten op de positie van de concurrente schuldeisers: een afdrachtsregeling gecombineerd met het terugbrengen van de boedelschulden en het verminderen (of zelfs geheel afschaffen) van de voorrechten, en het achterstellen van (ongesecureerde) aandeelhoudersleningen.[309] Het is dan ook voorstelbaar dat – hoewel het regeringsstandpunt over de inhoud van het rapport nog moet volgen – de opvolging ervan door de wetgever langs deze lijn zal worden aangevangen.

4.10.2 Nieuwe herwaardering van het bodemrecht en afschaffing van de horizonbepaling

Binnen het door de minister toegezegde onderzoek naar een rechtvaardigere verdeling in faillissement vindt tevens een nieuwe herwaardering van het fiscale bodemrecht plaats, door de Ministeries van Justitie en Veiligheid en van Financiën. In de berichtgeving van het kabinet aan de Tweede Kamer hierover komt wel expliciet naar voren dat daarbij mede zal worden verkend in hoeverre een budgetneutraal alternatief mogelijk is, aangezien het bodemrecht wordt beschouwd als een belangrijk middel bij de invordering van belastingen.[310] *A priori* lijkt budgetneutraliteit dus een belangrijke plaats in te nemen bij het opnieuw tegen het licht houden van de verhaalspositie van de fiscus.

Vooruitlopend op de uitkomsten van deze herwaardering is met ingang van 2022 wel alvast de horizonbepaling (art. 70 IW 1990) afgeschaft.[311] De regering wil namelijk tegelijkertijd van wetsvoorstel 22 942 af, dat inmiddels sterk aan belang zou hebben ingeboet, en wil ongelukken voorkomen: het fiscale bodemrecht mag bij een toekomstige intrekking van dit wetsvoorstel niet onbedoeld vervallen.[312] Een half jaar later wordt de daad bij het woord gevoegd en volgt de daadwerkelijke intrekking.[313] Na een sluimerend bestaan van bijna dertig jaar dooft wetsvoorstel 22 942 als een nachtkaars uit.

Hoewel het positief stemt dat de regering na lange tijd het verdelingsvraagstuk in faillissement weer onder de loep heeft willen leggen, is het te hopen dat – wetsvoorstel 22 942 indachtig – de regering nu wel bereid zal zijn om door te pakken en *eindelijk* tot definitieve regeling van het gehele preferentiestelsel komt. De afschaffing van wetsvoorstel

308 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 31.

309 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 59-60.

310 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 708, nr. 6, p. 15-16. Het kabinet steunt daarbij evenwel nog steeds op de cijfers van het CPB uit 2004: tussen € 700 en 926 miljoen, waarvan twee derde toe te rekenen aan het bodemrecht en één derde aan het fiscaal voorrecht.

311 Bij Wet van 8 december 2021 tot wijziging van enkele belastingwetten (Fiscale verzamelwet 2022) (*Stb.* 2021, 612).

312 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 708, nr. 3, p. 5.

313 *Kamerstukken II* 2021/22, 22 942, nr. 11.

22 942 wijst in dit opzicht helaas al in de verkeerde richting. De wetgever zou er goed aan doen om op zijn minst het centrale idee achter dit wetsvoorstel te behouden en als uitgangspunt te nemen bij de herijking van de verdeling in faillissement: het overzichtelijk op één plaats regelen van *alle* preferenties. Dat is anno 2024 nog onverminderd van belang.

4.11 Afronding

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke argumenten voor voorrang bij verhaal een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren. Deze argumenten worden hierna op een rij gezet aan de hand van de ontwikkeling die het verhaalsrecht in deze periode heeft doorgemaakt.

In de begindagen van het OBW lijken de voorrangsregels bij verhaal nog een rustig bezit. Weliswaar zijn de privaatrechtelijke voorrechten groot in aantal en zijn de redenen voor hun bestaan divers, maar tezamen genomen komen zij over als een overzichtelijk geheel, voor het grootste deel sinds jaar en dag bestendig aanwezig in ons recht. Deze voorrechten zijn daarbij *grosso modo* terug te voeren op *i)* de omstandigheid dat een bepaalde schuld in het belang van alle schuldeisers is gemaakt; *ii)* het belang van een vlot lopend handelsverkeer; *iii)* humanitaire en sociale overwegingen; en *iv)* de kennelijke wens tot behoud van aanspraken uit bepaalde goederenrechtelijke verhoudingen onder het oude recht (de legale hypotheek en het retentierecht). De voorrang van de fiscus is dan al bijzonder hoog. De fiscus heeft zelfs voorrang boven pand en hypotheek. De reden hiervoor ligt onder meer in de omstandigheid dat hiermee een bestaande, bestendige voorrang wordt voortgezet. Dit wordt verder onderbouwd met de argumenten dat de schatkist haar schuldenaren niet uitkiest, dat de belastingen – in ieders belang – niet straffeloos ontlopen mogen worden en dat de schatkist met zekerheid op haar inkomsten moet kunnen rekenen.

De hoge voorrang van de fiscus lijkt in die tijd niet problematisch te zijn, mede door de beperkte omvang van de bevoorrechte belastingen. Dit verandert in het begin van de twintigste eeuw. Door sterke toename van de bevoorrechte belastingen en een daaropvolgende krachtige lobby van de financieringspraktijk dat dit de hypothecaire kredietverstrekking in gevaar brengt, wordt in de jaren twintig het fiscale voorrecht voor directe belastingen achtergesteld bij hypotheek. Het bewaken van de kredietbeschikbaarheid vormt vervolgens ook de volgende decennia het leidmotief in de verhaalsverhoudingen tussen de fiscus en de financieringspraktijk.

Tegelijkertijd met de toename van de belastingdruk neemt gedurende de eerste helft van de twintigste eeuw door de opkomst van de verzorgingsstaat ook het aantal publiekrechtelijke voorrechten toe. Bij deze toevoegingen *ad hoc* lijkt de wetgever zich niet altijd voldoende rekenschap te geven van de inpassing in het bestaande preferentiestelsel. Het stelsel verliest hierdoor zijn coherentie, met het gevolg dat – bij rangordevragen met betrekking tot de publiekrechtelijke voorrechten – het overzicht verloren gaat. De verschillende voorrangsregels staan verspreid over diverse wetten en sluiten niet altijd goed op elkaar aan. Daarnaast leidt deze toename (in aantal en omvang) ertoe dat vanaf de jaren vijftig het preferentiestelsel onherkenbaar is veranderd: door de hoge voorrang van de publiekrechtelijke voorrechten blijven alle lager gerangschikte schuldeisers bijna altijd

met lege handen achter. De publiekrechtelijke voorrechten hebben het preferentiestelsel uit het lood geslagen.

In de jaren vijftig en zestig worden desondanks nog enkele privaatrechtelijke voorrechten aan het stelsel toegevoegd. In twee gevallen betreft dit de tegemoetkoming aan een specifiek belang, namelijk de verhandelbaarheid van appartementsrechten en de bescherming van de pensioenrechten van werknemers. Ook wordt de systematiek van voorrang bij verhaal ingezet voor een zuiver technisch doel: het ordenen van aanspraken bij de liquidatie van een (schade)verzekeraar.

In het wetgevingsproces van het NBW wordt het preferentiestelsel nader tegen het licht gehouden. Meijers beperkt zich daarbij in zijn Ontwerp tot de privaatrechtelijke voorrangsposities en gaat daarbij bovendien redelijk conservatief te werk. De onvrede die dit in de vaste commissie voor Justitie oplevert, leidt tot de instelling van de commissie-Houwing. Deze commissie houdt de rechtsgronden van de voorrechten kritisch tegen het licht. Zij neemt daarbij tot uitgangspunt dat een voorrecht pas op zijn plaats is als er duidelijke redenen zijn om de betreffende schuldeiser te bevoordelen boven zijn medeschuldeisers. Deze redenen laten zich samenvatten in *i)* het belang van alle schuldeisers; *ii)* het algemeen belang tot behoud van goederen; *iii)* sociale belangen; en *iv)* een aantal specifieke belangen zoals het vlot internationaal goederenvervoer, de verhandelbaarheid van appartementsrechten en slachtofferbescherming. Met betrekking tot de sociale belangen is de commissie wel scherp op de vraag in hoeverre voorrang bij verhaal écht aan het beschermenswaardige belang tegemoetkomt. In een aantal gevallen is het sociale belang meer gediend door de voortzetting van periodieke betalingen uit een publiekrechtelijke regeling. Een aantal voorrechten wordt verder geschrapt bij gebrek aan belang, omdat de rechtsgrond niet sterk genoeg (meer) is. Zo acht de commissie waardetoevoeging aan de boedel, gedwongen kredietverlening (aldus bedrijfsrisico) en het recht op door de schuldenaar als tussenpersoon geïnde gelden in beginsel onvoldoende van gewicht om een voorrecht te rechtvaardigen.

Ook de fiscale en sociale voorrechten moeten het ontgelden. De commissie-Houwing acht de traditionele redenen voor de fiscale voorrang niet meer voldoende dragend. Het meest krachtige argument vindt de commissie dat voorrang een soepele invordering – van belastingen én premies – mogelijk maakt, maar dit argument is niet krachtig genoeg om de hoge voorrang te behouden. Samen met bijna alle andere algemene voorrechten dienen zij pondspondsgewijs te rangschikken, omdat de verschillende motieven voor deze voorrechten te divers zijn om hen tegen elkaar af te wegen. Het voorgaande geldt niet voor het fiscale bodemrecht. De commissie ziet voor dit recht juist een duidelijke rechtvaardiging – het bereiken van een evenwicht tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus – en pleit om die reden zelfs voor uitbreiding van dit recht.

Wanneer het wetgevingsproces ten aanzien van titel 3.10 NBW na het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing weer wordt hervat, staat in het Ministerie van Justitie het belang van een zo spoedig mogelijke invoering van Boek 3 NBW voorop. De controversiële delen uit het rapport worden bewaard voor een afzonderlijk wetsvoorstel en de focus beperkt zich tot het doen van de noodzakelijke aanpassingen om titel 3.10 te kunnen invoeren. Dat betekent dat de herwaardering van de voorrechten wordt beperkt

tot de privaatrechtelijke voorrechten en dat vooral de voorstellen tot schrapping van voorrechten worden overgenomen.

Met betrekking tot de fiscale en sociale voorrechten en het fiscale bodemrecht wordt een nieuwe adviescommissie ingesteld, de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, die de aanbevelingen van de commissie-Houwing nagenoeg volledig overneemt. Het hierop volgende wetgevingsproces – de behandeling van wetsvoorstel 22 942 – stagneert evenwel al snel, na forse kritiek vanuit de Tweede Kamer op de voorgestelde wijzigingen van de fiscale verhaalspositie. In de daaropvolgende periode worden met betrekking tot de fiscale verhaalspositie de Haagse hakken steevast in het zand gezet: het budgettaire belang van de onverminderd sterke fiscale verhaalspositie is te groot om in deze positie te gaan snijden. De ontwikkeling gaat daarbij zelfs in de tegengestelde richting door de invoering van de meldingsplicht van artikel 22*bis* IW 1990 via het Belastingplan 2013.

Sinds het Voorontwerp Insolventiewet in 2007 komt tot slot de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers in een faillissement nadrukkelijk naar voren als gezichtspunt bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. Zo pleit de Commissie insolventierecht op deze grond voor een nieuwe verdelingsregel voor de verhouding tussen de bevoorrechte en concurrente schuldeisers, en secundair voor afschaffing van alle voorrechten. Ook bij de totstandkoming van de WHOA keert dit gezichtspunt terug, hetgeen uitmondt in een minimumbeschermingsbepaling voor de kleinere (mkb-) schuldeisers en een aantal moties over onder meer een rechtvaardigere verdeling van de faillissementsboedel.

Uit het voorgaande zijn de volgende lijnen te trekken. Zo valt op dat de redenen voor het bestaan van de privaatrechtelijke voorrechten divers zijn en een afspiegeling vormen van beleidsdoelen van de wetgever. Dit is te zien aan de specifieke belangen die aan bepaalde voorrechten (zoals de verhandelbaarheid van appartementsrechten) zijn verbonden. Door de jaren heen zijn daarnaast de voorrechten die zijn verbonden aan vorderingen die in het belang van alle schuldeisers zijn ontstaan en de voorrechten waarmee een sociaal belang is gediend, het meest bestendig gebleken. Tegelijkertijd is met de overgang naar het NBW gebleken dat een voorrecht bij verhaal niet voor elk sociaal belang passend is. Schuldeisers die afhankelijk zijn van periodieke betalingen door de schuldenaar zijn immers meer gebaat bij een voortzetting van deze betalingen, via een in het publiekrecht vormgegeven regeling, dan bij een uitgestelde, finale uitkering na afloop van een faillissement.

Voor wat betreft de fiscale voorrang bij verhaal valt op dat de vraag naar de grondslag van deze voorrang in de eerste helft van de twintigste eeuw onvoldoende is gesteld. Daar was voor de fiscale wetgever ook geen noodzaak toe, omdat de voorrangsregel zelf nagenoeg ongewijzigd is gebleven. De fiscale voorrang nam immers toe door uitbreiding van de directe belastingen, niet door uitbreiding van de wettekst van artikel 12 IW 1845. Waar de grondslag (door effectief lobbywerk) wel is bevraagd, beperkte deze bevraging zich tot de verhouding tot de voorrang van gesecureerde kredietverleners. Hier vormde het aan laatstgenoemde voorrang verbonden belang van voldoende kredietbeschikbaarheid een argument om de onderlinge rangorde met de fiscale voorrang te herzien. Voor het overige is de rang van de fiscale voorrang ongemoeid gelaten. Pogingen vanaf de jaren vijftig om de gerechtvaardigdheid van deze hoge voorrang opnieuw te wegen en te laten doorwerken

in een herwaardering van de voorrang, vangen bot bij de wetgever. Met een beroep op het grote budgettaire belang van de staat bij deze hoge voorrang heeft de regering de wijziging ervan tot nu toe steeds weten af te houden. Bij de totstandkoming van het NBW hebben Meijers en later ook Snijders deze voorrang bewust buiten de wetsontwerpen gehouden. Het onderwerp viel buiten de invloedssfeer van het departement van Justitie, lag bovendien bijzonder gevoelig en vormde daarmee een gevaar voor de voortgang van het codificatieproject. Meijers en Snijders hebben zich vanuit pragmatisch oogpunt dan ook beperkt tot de meest noodzakelijke wijzigingen in de verhaalsrechten. De grondige herziening van het preferentiestelsel werd verplaatst naar een zelfstandig wetsontwerp, wetsvoorstel 22 942, dat na bijna dertig jaar uiteindelijk een stille dood is gestorven.

In het licht van het voorgaande is het geen verrassing dat in recentere jaren de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers zich aandringt als argument om tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel te komen. De stilstand in de verdere ontwikkeling van het preferentiestelsel is immers het meest zichtbaar bij de groep schuldeisers die er bij een *concursus* het meest bekaaid van af komt.

Aldus valt op dat de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht vanaf de twintigste eeuw vooral is gedreven door pragmatisme. De wetgever is steeds reactief te werk gegaan en heeft daarbij, de controverse vermijdend, 'de heetste aardappelen' steevast doorgeschoven. Het gevolg is dat veel van de inhoudelijke argumenten achter de voorstellen van de commissie-Houwing ten onrechte geen rol hebben kunnen spelen in de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht in het NBW. Bij de wetgever heeft het pragmatisme het tot nu toe gewonnen van de inhoud.

HOOFDSTUK 5

Vergelijking en evaluatie: voorrang bij verhaal in verleden, heden en toekomst

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken over voorrang bij verhaal met elkaar worden vergeleken en zal het handelen van de wetgever op dit onderwerp worden geëvalueerd. Daarbij zullen de volgende twee vragen, de laatste twee deelvragen van deze studie, worden beantwoord. De eerste vraag, die uit drie delen bestaat, luidt: in hoeverre wijken de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal van elkaar af, hoe kunnen eventuele afwijkingen worden verklaard, en hoe dient het handelen van de wetgever in dit licht te worden beoordeeld? De studie wordt vervolgens afgesloten met de tweede vraag: in welke richting dient het verhaalsrecht zich, het antwoord op de voorgaande vraag in acht nemende, te ontwikkelen? Gaandeweg worden hierbij ook vragen voor vervolgonderzoek geïdentificeerd.

5.2 Vergelijking van de theorie en de totstandkomingshistorie

5.2.1 Afwijkingen

5.2.1.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden

In de vergelijking tussen de theorie over en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal valt in de eerste plaats op dat in de onderzochte wetenschappelijke theorievorming de aandacht vooral uitgaat naar de rechtvaardiging van de voorrang van zekerheidsgerechtigden. De voorrang van andere categorieën schuldeisers speelt daarbij alleen een rol voor zover het gaat om de verhouding tot de voorrang van zekerheidsgerechtigden. Het valt daarbij op dat in deze theorievorming een genuanceerd beeld naar voren komt over de plaats van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal. Ze laat ruimte voor een andere opvatting dan dat aan zekerheidsgerechtigden hoge voorrang moet toekomen. In de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht is slechts weinig aandacht voor de plaats van deze voorrang in de rangorde. In de aandacht die er wel voor is, staat steeds het belang van voldoende kredietbeschikbaarheid voorop en ligt de aanname besloten dat een positief verband bestaat tussen de verhaalspositie van gesecureerde financiers en de kredietbeschikbaarheid in de economie: hoe hoger de voorrang, hoe ruimer deze kredietbeschikbaarheid. De aandacht bij de doorontwikkeling van het verhaalsrecht gaat

door de jaren heen dan ook met name uit naar het ten minste in stand houden van de hoge voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden.

5.2.1.2 Maatschappelijke belangen en economische efficiëntie

De totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht onderscheidt zich daarnaast van de theorievorming vanwege de aandacht voor maatschappelijke belangen die ten grondslag liggen aan diverse voorrechten. Voorrang wordt door de wetgever als instrument gebruikt om specifieke beleidsdoelen na te streven, waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar sociale belangen en het belang van alle schuldeisers tezamen. Voor zover in de onderzochte theorievorming vergelijkbare voorrangsposities worden voorgesteld, is de rechtvaardiging voor die voorrang anders. De rechtvaardiging is hier gelegen in het positieve welvaartseffect dat aan deze voorrang wordt toegedicht. De voorrang, zijnde specifiek (enige vorm van) voorrang boven zekerheidsgerechtigden, is daarbij een correctie op de omstandigheid dat de betreffende schuldeiser behoort tot een categorie schuldeisers die zich niet kan aanpassen aan de vestiging van zekerheidsrechten op de goederen van de schuldenaar (de *non-adjusting creditors*). Deze correctie heeft dan ook niet zozeer het belang van de specifieke, te bevoordelen schuldeiser voor ogen, maar vooral de welvaart van de gehele maatschappij. In die zin schiet de onderzochte theorievorming als model voor de toekenning van voorrangsposities tekort. De specifieke maatschappelijke belangen die met de voorrangsregels worden gediend, vallen niet altijd binnen (in dit geval) de parameters van de rechtseconomische efficiëntietheorie. Dat maakt dan ook dat de regels van het verhaalsrecht niet met alleen de theorievorming kunnen worden vormgegeven. Bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht dienen de theorie en de aandacht voor maatschappelijke belangen elkaar aan te vullen.

5.2.1.3 De totstandkomingshistorie toont vooral voortzetting van het bestaande

Aan de totstandkomingshistorie valt verder op dat de ontwikkeling van het verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW – anders dan in de theorievorming over voorrang – vooral een voortzetting van het bestaande is. Dit is met name zichtbaar in het wetgevingsproces van het NBW. In dit proces is onder aanvoering van Meijers en later Snijders een conservatieve koers gevolgd bij de herziening van de verhaalsrechten. De fundamentele problemen waarmee het preferentiestelsel in de loop van de twintigste eeuw kampte – de wanorde in de publiekrechtelijke voorrechten en hun uit het lood geslagen verhouding tot de privaatrechtelijke voorrechten – zijn buiten deze herziening gehouden. In plaats daarvan beperkte de herziening zich tot het opfrissen van enkel de privaatrechtelijke voorrechten. Ook het rapport van de commissie-Houwing, dat een blauwdruk biedt voor fundamentele herziening van het gehele preferentiestelsel, weet de ontwerpers niet op andere gedachten te brengen. De aanbevelingen in het rapport worden slechts opgevolgd voor zover zij noodzakelijk zijn om de verhaalsrechttitel invoerbaar te maken. De andere aanbevelingen worden doorgeschoven tot uiteindelijk wetsvoorstel 22 942, waarvan de behandeling al vrij snel door de regering wordt gestaakt. Ook latere pogingen om de regering te bewegen om het stelsel van het verhaalsrecht te herzien, zoals het *carve-out*-voorstel van INSOLAD met betrekking tot de voorrangspositie van zekerheidsgerechtigden, vallen

niet in vruchtbare aarde. Aldus is de overweging van fundamentele vernieuwingen in het verhaalsrecht door de wetgever tot op heden uitgebleven.

5.2.2 Verklaringen voor deze afwijkingen

Voor de hiervoor geïdentificeerde afwijkingen tussen de theorie en de wetgevingspraktijk zijn enkele mogelijke verklaringen te geven. Deze zullen hieronder worden uitgewerkt.

5.2.2.1 Lobbywerk

Een eerste verklaring voor de geïdentificeerde afwijkingen tussen de theorie en de wetgevingspraktijk kan worden gevonden in het lobbywerk dat bij de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht heeft plaatsgevonden. Zo ligt aan de aandacht van de wetgever en later de Minister van Financiën voor de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden in de eerste helft van de twintigste eeuw een krachtige lobby van de financieringspraktijk ten grondslag. De financieringspraktijk was daarbij als enige categorie schuldeisers in staat om tegenwicht te bieden tegen de toen uitdijende fiscale en sociale voorrechten. Zij wist daarbij wet- en regelgevers ervan te overtuigen dat ongestoorde voorrang van bancaire financiers van groot maatschappelijk belang is: het waarborgt voldoende kredietbeschikbaarheid. Dit biedt dan ook een verklaring voor de houding van de wetgever tegenover de voorrang van zekerheidsgerechtigden, alsook voor de omstandigheid dat de aandacht van de wetgever en de minister voor de negatieve gevolgen van de uitdijende fiscale en sociale voorrechten zich tot deze categorie schuldeisers beperkte.

Zoals uit hoofdstuk 4 volgt, komt de lobby in het verhaalsrecht ook uit een andere hoek: het Ministerie van Financiën. De lobby die met het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing vanuit dit ministerie opkomt tegen de verlaging van de fiscale voorrang, heeft tot op de dag van vandaag een duidelijk stempel gedrukt op de ontwikkeling van het verhaalsrecht in het NBW. Zo was dit tegengeluid voor regeringscommissaris Snijders een van de redenen voor de beperkte opvolging van het commissierapport in de voorbereiding van de nota van wijzigingen inzake Boek 3 NBW. Vanwege de prominente plaats van de fiscale voorrang in het verhaalsrecht, heeft deze lobby in feite elke fundamentele wijziging van het verhaalsrecht verhinderd. Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar in de snelle stagnatie van wetsvoorstel 22 942 en elke latere poging om de hoge fiscale voorrang en het bodemrecht ter discussie te stellen. Steevast wordt vanuit de zijde van de regering de boot afgehouden met een beroep op het budgettaire belang van de staat dat met deze voorrang wordt gediend. Juist omdat de regering medewetgever is en daarmee een belangrijke rol heeft in het wetgevingsproces, heeft deze lobby een krachtige uitwerking. Dat maakt dat ik in deze lobby een belangrijke oorzaak zie van de conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, waarbij vooral het bestaande wordt voortgezet. Voor al het meerdere was simpelweg geen draagvlak.

5.2.2.2 Padafhankelijkheid

In de conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht is ook een patroon van padafhankelijkheid te zien, dat een aanvullende verklaring biedt voor het uitblijven van grote veranderingen. Padafhankelijkheid is een begrip uit de evolutionaire economie dat een

verklaring geeft voor de wijze waarop het geheel aan regels in een maatschappij zich ontwikkelt.[1] Deze regels worden bezien vanuit het perspectief van een historisch pad van keuzes, waarbij eerdere keuzes invloed hebben op de uitkomst van een toekomstige keuze. Iedere keuze geeft het pad een nieuwe richting en deze nieuwe richting bepaalt de keuzeopties die op een toekomstig keuzemoment zullen voorliggen: zou in het verleden een andere keuze zijn gemaakt, dan waren de latere keuzeopties ook anders geweest. Deze theorie legt daarbij bloot dat de actoren die de regels ontwikkelen (zoals beleidsmakers, maar ook marktpartijen die door bestendig gedrag ongeschreven normen laten ontstaan) uit kostenoogpunt steeds de voorkeur geven aan het blijven volgen van het bestaande pad boven het terugkomen op eerdere keuzes en daarmee het verlaten van het pad, zelfs als dit laatste beter beleid zou opleveren.[2] Aldus maakt een keuze voor bepaald beleid bij een volgend keuzemoment de voortzetting van dit beleid aantrekkelijker dan een keuze voor een nieuw, ander beleid. Dit kan leiden tot een institutionele '*lock-in*': voortbouwen op bestaand beleid, terwijl er een beter alternatief beleid is.[3] Deze theorie heeft ook zijn weg gevonden in de politicologie, ter verklaring van het uitblijven van verandering in overheidsbeleid.[4] Een van de factoren die hierbij is geïdentificeerd, is de omstandigheid dat aan iedere overstap naar nieuw beleid opstartkosten (denk aan onderzoekskosten, implementatiekosten en de (transactie)kosten om tot politieke overeenstemming te komen) zijn verbonden. Voor het bestaande beleid zijn die kosten al gemaakt, waardoor het voortbouwen op dit beleid *i)* minder kosten meebrengt; én *ii)* de gelegenheid biedt om langer te profiteren van deze kosten (in deze context ook wel 'verzonken kosten' genoemd).[5] Een andere geïdentificeerde factor betreft de kennis van beleidsmakers en -uitvoerders. Zij hebben ervaring met het bestaande beleid die bij het voortbouwen op dit beleid van waarde blijft, terwijl zij – omgekeerd – mogelijk geen of onvoldoende kennis hebben van betere alternatieven.[6] Dit tezamen kan dan leiden tot institutionele '*lock-in*' en werkt zo de afhankelijkheid van het eerder ingeslagen pad in de hand.

In de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht is deze padafhankelijkheid duidelijk zichtbaar. Zo staat in het totstandkomingsproces van de verhaalstitel van het NBW steeds het belang van spoedige invoering van Boek 3, en daarmee het laten slagen van de hercodificatie, voorop. De moeilijkheden die de ontwerpers verwachtten bij een meer fundamentele herziening van het preferentiestelsel, zijn zij met het oog op dit belang uit de weg gegaan door ervoor te kiezen om de herziening te beperken tot de noodzakelijke wijzigingen. Bij de inpassing van de fiscale verhaalspositie in het systeem van het NBW stond ondertussen het behoud van de bestaande aanspraken voorop. Ook de graduele doorontwikkeling van die verhaalspositie past in de padafhankelijkheidstheorie. Zo staat voorop dat de wijzigingen geen negatief effect mogen hebben op de overheidsfinanciën. Ook is de fiscus gehecht aan de dreigende werking die de bestaande systematiek van het bodemrecht meebrengt (alleen al het dreigen met bodembeslag is vaak voldoende om de

1 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, i.h.b. p. 3 en 92-100; Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 61.
2 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, p. 98-100. Vgl. Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 61.
3 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, p. 94 en 103-104.
4 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62, met verdere literatuurverwijzingen.
5 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62-63.
6 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62.

belastingschuld geïnd te krijgen). Dat leidt tot de introductie van het bodemvoorrecht: moeilijk leesbare reparatiewetgeving ter behoud van het bestaande in afwachting van de definitieve regeling van de fiscale verhaalspositie. Deze opstelling culmineert vervolgens in de invoering van de meldingsplicht van artikel 22*bis* IW 1990 via het Belastingplan 2013. Vasthoudend aan het bestaande kader wordt een systeemvreemde constructie van een meldingsplicht en een aansluitende wachttermijn opgezet om de ondermijning van het bodemrecht en bodemvoorrecht tegen te gaan, zodat de inkomstenstroom uit het bodemrecht en het bodemvoorrecht gewaarborgd blijft.

Het risico van deze padafhankelijkheid is dat de wetgever zich kan afsluiten van de *state-of-the-art*-ontwikkelingen in het verhaalsrecht uit de theorievorming of uit andere rechtsstelsels. Het is in het belang van alle bij een *concursus* betrokken schuldeisers dat de wetgever een 'open vizier' houdt in het verhaalsrecht om zoveel mogelijk recht te doen aan ieders belangen.

5.3 Evaluatie van de totstandkomingshistorie

5.3.1 Toetsing aan de wetenschappelijke theorie: de voorrang van de zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors

De hiervoor gemaakte vergelijking tussen de wetenschappelijke theorie en de totstandkomingshistorie biedt ook de mogelijkheid tot *evaluatie* van het handelen van de wetgever, met de theorie als beoordelingskader voor dit handelen. Gelet op de focus in de onderzochte theorievorming ziet deze evaluatie met name op de omgang van de wetgever met de voorrang van de zekerheidsgerechtigden en de *non-adjusting creditors*, en wordt hierbij primair de rechtseconomie als beoordelingskader gebruikt.[7] Zoals ook uit de hiervoor (in § 5.2.1.1) gemaakte vergelijking volgt, is de houding van de wetgever ten aanzien van de voorrang van de zekerheidsgerechtigden bijzonder faciliterend. Hun verhaalspositie wordt steeds bezien vanuit het perspectief dat de kredietbeschikbaarheid in de economie moeten worden bewaakt of bevorderd. Het gevolg van dit perspectief is dat de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden door de jaren heen per saldo steeds sterker is geworden. Ook vandaag de dag, zo blijkt uit de behandeling van het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden, staat het streven naar de bevordering van de kredietbeschikbaarheid voorop en ligt de aandacht daarmee (direct en indirect) op het blijven verbeteren van de verhaalspositie van zekerheidsgerechtigden.[8] Weliswaar wordt deze sterke verhaalspositie in beginsel gerechtvaardigd door de beschikkingsvrijheid van de zekerheidsgever en de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten, maar de rechtseconomie laat ook zien dat de wetgever er een te rooskleurig perspectief

7 Uit hfdst. 3 volgt namelijk dat van de onderzochte wetenschappelijke theorieën, die elk primair gericht zijn op de rechtvaardiging van de aan zekerheidsrechten verbonden voorrang, alleen de rechtseconomie voorziet in theorievorming over het nader *bepalen* van de aan deze voorrang te verbinden rang, met name in verhouding tot de verhaalspositie van de *non-adjusting creditors*. Zie § 3.5.

8 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2022/23, 35 482, nr. 6, p. 3-4, waarin de Minister voor Rechtsbescherming het streven naar een ruimere kredietbeschikbaarheid voor het mkb onderstreept, als middel voor het grotere doel om incassorisico's te beperken en zo 'onnodige betalingsproblemen' in het mkb te voorkomen.

op nahoudt. De aandacht van de wetgever dient ook uit te gaan naar de negatieve kant van zekerheidsrechten: de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors*.

Uit hoofdstuk 3 volgt dat de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* zien op het toegenomen kredietrisico dat hen wordt opgedrongen en op de gevolgschade die hieruit kan ontstaan doordat zij – door hun gebrek aan aanpassingsvermogen – niet goed zijn toegerust om dit verhoogde kredietrisico te dragen. Het beperken van deze negatieve gevolgen levert efficiëntieverbeteringen op, zolang althans het nettowelvaartseffect positief is.

Om het handelen van de wetgever op dit punt te kunnen beoordelen, dient de groep *non-adjusting creditors* nader te worden gepreciseerd. Welke concrete categorieën schuldeisers kunnen worden onderscheiden, in hoeverre pleit de economische theorie voor verbetering van hun verhaalspositie en in hoeverre heeft de wetgever hierin voorzien? Aan de hand van de eerder gemaakte globale indeling (zie hiervoor, § 3.3.4) zijn vier categorieën schuldeisers te onderscheiden:[9]

De eerste categorie betreft de werknemers van een schuldenaar. De redenen voor deze kwalificatie liggen in de afhankelijke relatie tot hun werkgever en hun gebrek aan diversificatie van risico (zij zijn veelal volledig werkzaam bij één werkgever). Deze omstandigheden maken dat werknemers zich in verhouding tot hun werkgever maar moeilijk aan een toenemend kredietrisico kunnen aanpassen.

De tweede categorie die als '*non-adjuster*' zou kunnen worden gezien, is de fiscus. Dit komt voort uit het klassieke argument dat de fiscus zijn schuldenaren niet kan uitkiezen. Immers, iedereen die in Nederland belastingplichtig is, is periodiek schuldenaar van de fiscus. Daarnaast is het systeem van belastingheffing zo ingericht dat de fiscus bij bepaalde belastingen feitelijk aan kredietverlening doet. Zo dient de over een jaar verschuldigde inkomstenbelasting pas in het daaropvolgende kalenderjaar te worden voldaan. Het is evenwel de vraag of deze argumenten overtuigend genoeg zijn om de fiscus als '*non-adjuster*' te bestempelen. De fiscus heeft in vergelijking met andere schuldeisers namelijk al speciale invorderingsbevoegdheden die hem in staat stellen zich aan toenemend kredietrisico aan te passen. De fiscus hoeft bijvoorbeeld niet langs de rechter voor het verkrijgen van een executoriale titel (de uitvaardiging van een dwangbevel ex art. 12 IW 1990 volstaat) en de fiscale wetgeving bevat diverse regelingen waarbij derden medeaansprakelijk zijn voor belastingschulden van een ander (denk aan de ketenaansprakelijkheid in de bouw, art. 35 IW 1990). En voor zover de fiscus zich toch niet aan een toename in kredietrisico kan aanpassen, geldt bovendien dat de staat geen schuldeiser is die niet is toegerust om een verhoogd kredietrisico te dragen. Welvaartsverlies wegens aan de fiscus opgedrongen kredietrisico is dan ook niet te verwachten. De fiscus is al met al dan ook niet als *non-adjusting creditor* te kwalificeren, hetgeen betekent dat fiscale voorrang ook niet op deze grond kan worden gefundeerd.

Ten derde komen de handelsschuldeisers in beeld die jegens de schuldenaar onvoldoende marktmacht hebben om het verhoogde kredietrisico in hun handelsrelatie met

9 Vgl. Akintola, *Insolv. Int.* 2017, p. 56 en Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, par. 7.6.2.3.

de schuldenaar te kunnen laten doorwerken.[10] Hierbij is met name te denken aan kleine ondernemingen die, bijvoorbeeld omdat ze opereren in markten met grote, dominante wederpartijen, welhaast geen onderhandelingsruimte hebben bij het overeenkomen van prijzen en andere voorwaarden (zoals de toepasselijkheid van opschortingsrechten).[11] Tegelijkertijd is wel voorzichtigheid geboden bij het kwalificeren van een kleine handelsschuldeiser als '*non-adjuster*' binnen deze categorie. De mogelijkheden tot aanpassing liggen namelijk ook buiten de handelsrelatie met de schuldenaar, bijvoorbeeld in diversificatie van handelspartners. Het is zodoende in het algemeen moeilijk vol te houden dat een handelsschuldeiser zich écht niet kan aanpassen aan verhoogd kredietrisico.

De vierde categorie betreft tot slot de schuldeisers die zonder handelsrelatie een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid op de schuldenaar hebben. Van deze schuldeisers is zonder meer te betogen dat zij zich niet hebben kunnen aanpassen aan het verhoogde kredietrisico. Zij zijn immers tegen wil en dank schuldeiser geworden. Voor wat betreft de omvang van hun welvaartsverlies is binnen deze categorie een nadere onderverdeling te maken naar aard en grootte van de schuldeisers. Te betogen is dat de kleinste schuldeisers binnen deze categorie, de kleine ondernemingen en de particulieren, het minst zijn toegerust om het opgedrongen kredietrisico te dragen en daarmee het grootste welvaartsverlies lijden.

Wanneer de omgang van de wetgever met de verhaalspositie van deze categorieën schuldeisers nader wordt bestudeerd, dan ontstaat het volgende beeld.

Ten aanzien van werknemers heeft de wetgever inderdaad voorzien in een beschermende regeling bij betalingsonmacht van de werkgever, primair in de vorm van de loongarantieregeling (art. 61-68 WW). Deze regeling gaat daarbij, in lijn met het te beschermen belang van de werknemer, bovendien verder dan slechts voorrang bij verhaal. Zoals de commissie-Houwing ook heeft overwogen, is een voorrangsrecht eigenlijk een suboptimaal mechanisme om een schuldeiser die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van periodieke uitkeringen echte bescherming te bieden.[12] Een voorrangsrecht ziet namelijk op het verhogen van de eenmalige uitkering die een schuldeiser – bij faillissement – pas na de vereffening van de boedel ontvangt. Weliswaar biedt dat iets van bescherming, maar een werknemer is pas echt geholpen met voortzetting van (een deel van) zijn loonbetaling gedurende een bepaalde periode. Hierin voorziet de loongarantieregeling, waarbij de laagpreferente werknemersvoorrechten (art. 3:288 sub c-e BW) als 'achtervang' bestaan voor die gevallen waar de loongarantieregeling geen (toereikende) oplossing biedt.[13]

Zoals uit het voorgaande volgt heeft de wetgever de fiscus ook voorzien van een sterke verhaalspositie, via het fiscale voorrecht, bodemvoorrecht en bodemrecht. De fiscus neemt

10 Een verwante categorie betreft handelsschuldeisers die überhaupt niet in staat zijn (of niet de noodzaak voelen) om hun kredietrisico goed in te schatten. Weliswaar zijn zij ook '*non-adjusters*', maar de werking van de markt maakt dat aan dergelijke marktpartijen in het algemeen geen lang leven toekomt en dat bescherming van deze partijen (in feite tegen zichzelf) dan ook niet op haar plaats is. Zie hierover nader Mokal, *Corporate Insolvency Law* 2005, par. 5.4.

11 Zie bijv. nader over marktmacht, met verdere verwijzingen: Van Boom, *Privaatrecht en markt* 2020, par. 5.4.2.

12 Zie § 4.5.2.1 en § 4.5.2.3.

13 Bijv. omdat het periodieke loon van de werknemer hoger ligt dan de maximale loonuitkering onder de loongarantieregeling of omdat het loon over een grotere periode verschuldigd is dan waarin de regeling voorziet.

hierbij, bij verhaal op bodemzaken, in verhouding tot de zekerheidsgerechtigden een dermate sterke positie in dat het voor hen onvoorspelbaar is in hoeverre deze zaken voor de financiers bestemde uitwinningsopbrengst zullen genereren. Zij vormen – met andere woorden – geen betrouwbaar onderpand voor financieringen, hetgeen afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten.[14] Dit is rechtseconomisch bezien een ongelukkige keuze van de wetgever. De sterke verhaalspositie laat zich niet binnen het hiervoor uitgewerkte rechtseconomisch kader onderbouwen en bovendien gaat zij ten koste van de rechtszekerheid van zekerheidsgerechtigden, met negatieve welvaartseffecten tot gevolg.

Voor wat betreft de kleine handelsschuldeisers met beperkte marktmacht heeft de wetgever alleen een specifieke groep een voorrangsrecht bij verhaal toegekend, de kleine zelfstandigen die werkzaamheden aan een zaak hebben verricht (art. 3:285 BW). Anders dan de door de commissie-Houwing bepleite afschaffing van het (bredere) voorrecht wegens bearbeiding onder het oude recht, heeft de wetgever er bij de invoering van het NBW bewust voor gekozen om dit voorrecht te behouden voor specifiek zzp'ers en kleine ondernemingen waarbinnen de leidinggevenden het aangenomen werk zelf mee uitvoeren (de 'kleine aannemers'). Dit voorrecht neemt daarbij een relatief hoge rang in. Het gaat in beginsel boven een op de zaak gevestigd vuistloos pandrecht, tenzij dit pandrecht na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en vervolgens in vuistpand is genomen (art. 3:285 lid 2 BW). Aangezien het in vuistpand nemen van zaken in de huidige financieringspraktijk slechts bij uitzondering voorkomt, voorziet de wet de kleine zelfstandige dan ook in een sterk voorrangsrecht. Van belang is evenwel dat de beweegreden voor deze hoge rang niet voortkomt uit de aard van de schuldeiser (en dus niet uit de beschermende strekking van het voorrecht), maar uit de aard van de vordering. Door de verrichte werkzaamheden is de verhaalspositie van de vuistloos pandhouder verbeterd en dát is de grondslag voor de onderlinge rangwisseling.[15] Dat maakt dat de rangwisseling – in ieder geval in theorie – niet ten koste van de verhaalspositie van de pandhouder gaat. De bearbeidingskosten zullen er namelijk toe strekken waarde toe te voegen aan het onderpand (of in ieder geval waarde te behouden) – een goed onderhouden bedrijfsauto is immers meer waard dan een niet onderhouden equivalent. Het hoger rangschikken van deze kosten zal de pandhouder dan ook per saldo niet of hooguit maar beperkt voelen. Het voorrecht heeft verder een maar klein werkingsbereik. Alleen de kleine zelfstandigen die via aanneming van werk werkzaamheden aan een zaak hebben verricht, komen hiervoor in aanmerking. Andere kleine zelfstandigen heeft de wetgever een dergelijke voorrangspositie niet geboden. En voor zover een verandering op dit punt wenselijk zou worden geacht – door bijvoorbeeld schrapping van het aannemings- en zaaksbearbeidingselement – is het onwaarschijnlijk dat de wetgever, gelet op de grondslag van de rangwisseling, de rangwisseling ten gunste van álle kleine zelfstandigen zou laten gelden.

Ook aan de laatste categorie schuldeisers, zij die zonder handelsrelatie met de schuldenaar een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid hebben, komt maar in bepaalde gevallen een voorrangsrecht toe. Het voorrecht dat hierop ziet, artikel 3:287

14 Deze voorrang lijkt immers op de *adjustable priority rule*, zoals hiervoor in § 3.3.4.2 is uitgewerkt. Zie in die paragraaf een nadere uitwerking van de welvaartseffecten van deze voorrangsvorm.

15 Zie hiervoor, § 4.5.3.3.

BW, geeft elke benadeelde schuldeiser (de wet differentieert hierbij niet naar aard of grootte) weliswaar een hoogpreferent voorrecht, maar dat rust dan op de vordering van de aansprakelijke op diens verzekeraar. Met andere woorden: aan de schuldeiser komt pas voorrang toe indien zijn schuldenaar voor de veroorzaakte schade is verzekerd. Is de veroorzaakte schade niet verzekerd, dan heeft de benadeelde slechts een concurrente vordering. Bovendien biedt het voorrecht ook bij verzekerde schade geen waterdichte bevoorrechte aanspraak op schadevergoeding. Het voorrecht gaat immers teniet indien de verzekeraar onverhoopt (tegen de staande praktijk in het verzekeringswezen in) tot uitbetaling aan de aansprakelijke overgaat.[16] De benadeelde heeft ook dan nog slechts een concurrente vordering op zijn schuldenaar.

De wetgever is de laatste twee categorieën *non-adjusting creditors* bovendien recentelijk in de WHOA tegemoetgekomen door invoering van de beschermingsregeling voor de kleinere mkb-schuldeisers met een vordering uit geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad en voor particulieren met een onrechtmatigedaadsvordering. Bij een WHOA-akkoord dient aan hen in beginsel een minimumuitkering van 20% van hun vordering te worden aangeboden. Biedt de schuldenaar een lagere uitkering aan zonder dat hier een zwaarwegende grond voor is, dan loopt hij het risico dat het akkoord niet zal worden gehomologeerd. Opvallend is dat een goede onderbouwing voor deze beschermingsregel ontbreekt in het amendement dat deze regel aan de WHOA heeft toegevoegd. De onderbouwing gaat niet verder dan dat vooral de kleine ondernemingen uit het mkb dienen te profiteren van een WHOA-akkoord.[17] Dit lijkt een 'toevalstreffer' te zijn, zonder dat er een bewuste bedoeling achter zit om deze schuldeisers vanuit een (veralgemeniseerde) hoedanigheid als *non-adjusting creditor* een betere verhaalspositie te geven. Het betreft veel meer de uitvoering van een ongefundeerde politieke wens om de verhaalspositie van de kleinere concurrente schuldeisers te verbeteren.

Al met al valt op dat de wetgever, gelet op het beoordelingskader, met name goed werk heeft verricht ten aanzien van werknemers en de 'kleine aannemers'. Zij genieten bescherming zonder dat dit ten koste gaat van de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden. Ten aanzien van de verdere bescherming, van de andere kleine handelsschuldeisers en de kleine schuldeisers met een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid, heeft de wetgever zijn werk minder goed gedaan. Buiten de werkingssfeer van de WHOA ontbreekt bescherming voor de eerste groep en is de bescherming voor de tweede groep slechts beperkt. Ook met betrekking tot de verhaalspositie van de fiscus scoort de wetgever niet goed. Weliswaar betekent het ontbreken van een rechtseconomische onderbouwing voor voorrang vanzelfsprekend niet dat er dan geen voorrang hoort te zijn, maar het pijnpunt zit erin dat de gekozen vorm van voorrang een negatief effect op de rechtszekerheid van zekerheidsgerechtigden heeft en daarmee een negatief welvaartseffect teweeg brengt.

16 Zie hiervoor, § 2.4.2.1.
17 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2.

5.3.2 Het handelen van de wetgever buiten het theoretisch beoordelingskader

In hoofdstuk 4 is ook een aantal andere argumenten voor voorrang bij verhaal naar voren gekomen dat door de wetgever is gebruikt bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht, waarbij niet direct een verband is te leggen met de onderzochte theorie. In hoofdstuk 4 zijn deze argumenten als verklaring voor voorrang gepresenteerd. In deze paragraaf wordt ook ingegaan op de dragende kracht van een aantal van deze argumenten ter evaluatie van de verdere omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal. Waar mogelijk wordt daarbij ook dit handelen van de wetgever getoetst aan het voorgaande theoretische beoordelingskader.

5.3.2.1 Voorrang wegens het belang van alle schuldeisers

Een in het oog springend argument dat de wetgever heeft gebruikt voor voorrang is de omstandigheid dat de betreffende te bevoorrechten vordering is ontstaan uit een actie die rechtstreeks in het belang is van alle schuldeisers. In het huidige recht is het aantal voorrangsrechten dat hierin zijn grondslag vindt, beperkt. Het betreft de uitwinningskosten, de kosten van de faillissementsaanvraag en de kosten tot behoud van een goed. Dat past bij de beperkte reikwijdte van dit argument. Het gaat namelijk op voor kosten die er rechtstreeks toe leiden dat de medeschuldeisers ofwel een voordeel ontvangen dat zij anders niet gehad zouden hebben (een goed is behouden als verhaalsobject) ofwel bepaalde – voor verhaal noodzakelijke – kosten niet meer zelf hoeven maken (uitwinningskosten en kosten van de faillissementsaanvraag). In de aanwezigheid van één van deze twee omstandigheden zie ik een dragende grond voor het prioriteren van deze kosten boven alle andere vorderingen waarvoor op het betreffende goed verhaal mogelijk blijft (m.b.t. de kosten tot behoud) of verhaal wordt gezocht (m.b.t. de uitwinningskosten), of die in het faillissement worden ingediend (m.b.t. de faillissementsaanvraag). Het gedeelde belang bij het maken van deze kosten rechtvaardigt deze plaats in de rangorde.

Kijkend naar de plaats die de wetgever deze kosten heeft toegekend, valt op dat de kosten van de faillissementsaanvraag een afwijkende rang innemen die niet past bij de belangen die worden gediend. Immers, een (succesvolle) faillissementsaanvraag wordt – in de aanname dat de gefailleerde onderneming inderdaad niet meer levensvatbaar is – gedaan in het belang van alle schuldeisers die vervolgens hun vordering(en) ter verificatie bij de curator indienen om zich zo op de faillissementsboedel te verhalen. Dat legitimeert een rang die gelijk is aan die van de uitwinningskosten, die rangschikken boven alle prefaillissementsvorderingen (die van separatisten uitgezonderd), niet de huidige rang van artikel 3:288 sub a BW (voorrang slechts boven alle andere algemene voorrechten).

5.3.2.2 Sociale en andere maatschappelijke belangen

Veel van de door de wetgever gebruikte argumenten voor voorrang zien op de sociale en andere maatschappelijke belangen die met het betreffende voorrangsrecht worden nagestreefd. Hierin komt tot uiting dat het verhaalsrecht in de kern een politieke aangelegenheid is. Het gaat om het verdelen van financiële schade die ontstaat doordat het verhaalsvermogen van een schuldenaar niet groot genoeg is om alle vorderingen van diens schuldeisers volledig te voldoen. Er dient dan een politieke keuze te worden gemaakt

over waar deze schade neerslaat, en bij een politieke keuze gaat het om de weging van maatschappelijke belangen. De te maken keuzes zijn daarbij maar beperkt toetsbaar aan de wetenschappelijke theorievorming over voorrang bij verhaal, aangezien deze theorievorming niet in een alomvattend beoordelingskader voorziet (zie hiervoor, § 5.2.1.2). Dat betekent dat het bij de beoordeling van deze keuzes primair aankomt op de beoordeling van de door de wetgever gemaakte belangenweging. Zijn de maatschappelijke belangen die de wetgever door de invoering (of instandhouding) van een voorrangsrecht laat prevaleren, krachtig genoeg om de gevolgen van de hierdoor aangebrachte herverdeling te dragen?

> Met betrekking tot bepaalde voorrangsrechten komen de herverdelingspolitiek van de wetgever en de wetenschappelijke theorievorming samen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij de voorrang voor werknemers en 'kleine aannemers'. Deze voorrang komt voort uit sociale politiek (de bescherming van economisch zwakkere partijen), maar zij past tevens in de rechtseconomische theorie over de bevoorrechting van de *non-adjusting creditors*. De theorie reikt in dat geval een aanvullende grondslag aan voor deze voorrang.

De beoordeling van de belangenafweging vergt bij voorrangsrechten met een beschermende strekking bijzondere aandacht. Ten aanzien van deze voorrangsrechten dient namelijk ook te worden nagegaan in hoeverre een voorrangsrecht daadwerkelijk de gewenste bescherming biedt. Immers, zoals hiervoor reeds is uitgewerkt is een voorrangsrecht een suboptimaal mechanisme om een schuldeiser te beschermen die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van een periodieke uitkering van zijn schuldenaar.[18] Het ligt dan meer in de rede om de bescherming op een andere wijze te realiseren, in de vorm van een publiekrechtelijke regeling die de loonbetaling gedurende een bepaalde periode van de werkgever overneemt (in het huidige recht verwezenlijkt met de loongarantieregeling van art. 61-68 WW). Dit betekent tegelijkertijd niet dat een sociaal belang als grond voor voorrang geen draagkracht heeft. Immers, de legitieme behoefte tot bescherming blijft en een voorrangsrecht kan – zoals dat ook in het huidige recht geldt met betrekking tot de loonvordering van de werknemer – een aanvullende bescherming bieden indien de publiekrechtelijke regeling de vorderingen op de werkgever niet voor de volle 100% overneemt.

Sociale belangen en regres

Het voorbeeld van werknemersbescherming via de loongarantieregeling roept de vraag op in hoeverre het gerechtvaardigd is dat een voorrecht met een sociale, beschermende strekking via regres overgaat op een andere partij, die zelf buiten het beschermingsbereik van dit voorrecht valt. Dit speelt bij uitstek bij de loongarantieregeling, waar het UWV de loonbetaling overneemt en vervolgens op grond van artikel 66 lid 1 WW de loonvorderingen tezamen met de daaraan verbonden werknemersvoorrechten op de werkgever verkrijgt. Aangezien het UWV als overheidsinstantie een draagkrachtige partij is, gaat het argument voor het bestaan van het werknemersvoorrecht – beschermen van een beschermenswaardige schuldeiser – niet meer op. Het sociale argument achter dit voorrecht kan deze voorrang in ieder geval niet meer dragen. Uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de loongarantieregeling blijkt dat de commissie Sociale Verzekeringen

18 Zie § 5.3.1 en, verder terug, ook § 4.5.2.1 en § 4.5.2.3.

van de SER precies om voorgaande reden negatief adviseerde over de overgang van het werknemersvoorrecht op het UWV (destijds nog de bedrijfsvereniging).[19] Dit advies is evenwel terzijde geschoven, onder meer met het argument dat een nadere studie naar het geheel aan preferenties nog zou volgen en dat ook de vraag naar de bevoorrechting van de bedrijfsvereniging daarin 'ongetwijfeld' zou worden meegenomen.[20] In deze latere studie, door de commissie-Houwing, is deze kwestie evenwel niet meer ter tafel gekomen. Van belang is wel dat de commissie-Houwing – uitgaand van de bescherming via de loongarantieregeling – slechts tot behoud van het werknemersvoorrecht adviseerde om te verzekeren dat ook in de gevallen waar de loongarantieregeling geen waterdichte oplossing biedt, de werknemersbescherming behouden blijft.[21] Het belang van het voorrecht bevond zich voor de commissie dus nog slechts buiten de reikwijdte van de loongarantieregeling. Door die externe omstandigheid profiteert het UWV tot op de dag van vandaag via de loongarantieregeling van het werknemersvoorrecht.

Het voorgaande laat zien dat de overgang van voorrechten via subrogatie (als vorm van regres) geen automatisme mag zijn. De verhaalspositie van het UWV jegens de werkgever kan immers ook door de creatie van een zelfstandig regresrecht, een nieuwe vordering die ontstaat uit de wet, worden vormgegeven.[22] Desgewenst kan deze vordering van een eigen, op het UWV toegespitst voorrangsrecht worden voorzien, maar dit mag geen vanzelfsprekendheid zijn. De belangen van het UWV dienen hiervoor expliciet te worden afgewogen tegen de belangen van de andere schuldeisers. De uitkomst daarvan bepaalt of de regresvordering überhaupt bevoorrecht dient te zijn en, zo ja, welke rang dit voorrecht dan dient te krijgen. De wetgever heeft dit bij de totstandkoming van de loongarantieregeling miskend.

Maatschappelijke belangen en fiscale voorrang

Bij het spreken over de maatschappelijke belangen als argument voor voorrang vormen de belangen die aan de fiscale voorrang (het algemene fiscale voorrecht, het bodemvoorrecht en het bodemrecht) worden toegedicht de spreekwoordelijke *elephant in the room*. Deze belangen betreffen met name het faciliteren van een soepel invorderingsbeleid en het budgettaire belang van de staat. Een belangrijke vaststelling uit hoofdstuk 4 is dat de plaats van de huidige fiscale voorrang in het verhaalsrecht op oneigenlijke gronden is behouden. Het debat over de plaats van deze voorrang is steevast uit de weg gegaan met een beroep op het budgettaire belang van de staat en later ook de pressiefunctie die het bodem(voor)recht heeft. Het Ministerie van Financiën wilde de voorrang niet verliezen wegens de inkomsten die zij jaarlijks voor de staat oplevert en wilde hierbij met name ook zijn stok achter de deur om betaling af te dwingen niet verliezen. De voorrang móést dus behouden blijven, en mocht bovendien ook haar bestaande vorm van superpreferentie op

19 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 515, nr. 3, p. 6 (MvT).

20 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 515, nr. 3, p. 6 (MvT). Zie hierover nader Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie (MSR nr. 75)* 2019/3.6.1, p. 60.

21 Zie hiervoor, § 4.5.2.3.

22 Voor zover dit op het probleem stuit dat het UWV deze vorderingen (als postfaillissementsvorderingen) niet zal kunnen indienen in het faillissement van een werkgever, is de oplossing hiervoor eenvoudig: de Faillissementswet voorzien van een bepaling die voorschrijft dat het UWV voor deze vorderingen *wel* in het faillissement kan opkomen. Vgl. Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie (MSR nr. 75)* 2019/3.6.1, p. 60.

bodemzaken niet verliezen. Het staat buiten kijf dat dit negatief geformuleerde argument ('de fiscus mag er niet op achteruitgaan') geen dragende grond is voor het behoud van deze voorrang. De grondslag dient in plaats daarvan in inhoudelijke, positief geformuleerde gronden te worden gevonden.

Van de in hoofdstuk 4 geïdentificeerde gronden is in mijn ogen het enige krachtige argument voor fiscale voorrang dat deze, zoals meermaals is bevestigd, een soepel invorderingsbeleid mogelijk maakt.[23] Alle andere argumenten overtuigen niet. Zo acht ik de omstandigheden dat voor wat betreft sommige belastingen de fiscus in feite aan verplichte kredietverlening doet (zoals inkomstenbelasting) of de belastingschuldige gelden onder zich heeft die hij voor de staat heeft geïnd (zoals omzetbelasting), onvoldoende onderscheidend, omdat deze omstandigheden voor private schuldeisers juist als onvoldoende dragend zijn beschouwd.[24] Het budgettaire belang van de staat (de schatkist moet met zekerheid op haar inkomsten – die niet kunnen worden gemist – kunnen rekenen) kan daarnaast niet worden ontkend, maar dit is geen dragende grond voor voorrang. Dit argument is namelijk evengoed voor andere schuldeisers te maken. In feite moet iedereen voor zijn voortbestaan met enige zekerheid op zijn inkomsten kunnen rekenen, waarbij de overheid bovendien de meest draagkrachtige van alle schuldeisers is en zodoende het minste recht van spreken heeft. Hier is tegenover te stellen dat de overheid ook grote verantwoordelijkheden heeft, de uitoefening van zijn publieke taak, waarvoor voldoende overheidsinkomsten noodzakelijk zijn. Maar dit werpt de principiële vraag op of het juist is dat de verantwoordelijkheid voor zekerstelling van de overheidsinkomsten via de weg van de fiscale voorrang wordt neergelegd bij de toevallige medeschuldeisers van een insolvente belastingschuldige. Deze verantwoordelijkheid kan ook op andere wijzen worden vormgegeven, bijvoorbeeld door hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders (die de belasting- of premieschuld hebben laten oplopen) of door de verliezen over alle belastingplichtigen om te slaan.[25] Gelet op de belangen achter – in ieder geval – de andere bevoorrechte vorderingen acht ik het disproportioneel om deze verantwoordelijkheid via de bestaande hoge fiscale voorrang primair bij deze schuldeisers te leggen.

Ook de door de commissie-Houwing aangewezen nieuwe grond voor het bodem(voor)-recht – het leidt tot een zeker 'evenwicht' tussen de schuldeisers – overtuigt niet. In zekere zin is dit een gelegenheidsargument voor voortzetting van de bestaande verhouding tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus. Het argument is daarbij met name een argument *tegen* uitbreiding van de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden. Het bodem(voor)-recht leidt er namelijk toe dat er in ieder geval nog enig actief in de faillissementsboedel belandt ten bate van andere schuldeisers dan de zekerheidsgerechtigden. Dit argument is alleen niet dragend voor zover het gaat om de begunstigde van deze voorrang. In een onderbouwing voor de fiscus als (enig) begunstigde wordt namelijk niet voorzien.

Het voorgaande afwegende, zie ik geen overtuigende argumenten voor de huidige hoge fiscale voorrang. De starre houding van het Ministerie van Financiën en van diverse kabinetten inzake de herwaardering van deze voorrang, alsook gebrek aan actie vanuit de Tweede Kamer om die herwaardering op de politieke agenda te houden, hebben er dan ook toe geleid dat de wetgever op dit punt zijn wetgevende taak heeft verzaakt.

23 Zie hiervoor, § 4.5.2.4, § 4.5.4 en § 4.7.

24 Zie hiervoor, § 4.5.2.1.

25 Vgl. Helsen, *The Law and Economics of Secured Lending* (PLS nr. XII) 2021, nr. 375-376.

Maar betekent dit dat de fiscale voorrang geheel dient te worden afgeschaft? In mijn opvatting noopt het voorgaande tot een genuanceerdere conclusie. Er is in ieder geval geen rechtvaardiging voor de bestaande fiscale superpreferentie op bodemzaken uit het bodemrecht en het bodemvoorrecht. Gecombineerd met de eerdere bevindingen uit de theorie dat deze voorrang zich ook niet rechtseconomisch laat onderbouwen en bovendien tot negatieve welvaartseffecten leidt, betekent dit dat deze voorrangsrechten dienen te worden afgeschaft. Tegen deze afschaffing zou evenwel kunnen worden ingebracht dat dit conform de CPB en ECORYS-NEI-studie ook een negatief welvaartseffect zal hebben doordat de fiscus een strenger invorderingsbeleid zal gaan voeren.[26] Het is dan de vraag welk welvaartseffect per saldo resteert. Het is echter van belang te realiseren dat ook dit argument geen intrinsieke rechtvaardiging voor deze voorrangsrechten biedt, maar slechts een pleidooi voor het behoud van de huidige inrichting van de fiscale voorrang en het daarop afgestemde invorderingsapparaat. Indien een nieuw systeem van voorrangsrechten zou worden ontworpen, waarbij de te bevoorrechten vorderingen op hun eigen merites worden beoordeeld, zou dit argument geen rol spelen. Voorts is het nog te bezien of dit strengere invorderingsbeleid er daadwerkelijk komt, of dat de fiscus vanuit het algemeen belang of via andere, al dan niet nieuw te ontwikkelen pressiemiddelen (denk aan de eerder aangestipte hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders) enige soepelheid in de invordering zal blijven betrachten.

Voor wat betreft het algemene fiscale voorrecht wijst het voorgaande in de richting van een rangverlaging van dit voorrecht. Niet is in te zien waarom de aan het fiscale voorrecht verbonden belangen, primair het soepele invorderingsbeleid, zwaarder wegen dan de belangen achter de andere voorrechten. Dit betekent dat deze belangen het voorrecht slechts kunnen dragen voor zover zijn rang zoveel mogelijk in lijn is met die van de andere algemene voorrechten (van artikel 3:288 BW).

5.4 De toekomst van het verhaalsrecht

Het voorgaande laat zien dat het Nederlandse verhaalsrecht anders moet worden ingericht dan nu het geval is. Hierbij zijn tevens voorbeelden de revue gepasseerd over hoe deze veranderingen kunnen worden gerealiseerd. Als sluitstuk van deze studie klinkt daarom nu een oproep aan de wetgever om het verhaalsrecht ook daadwerkelijk te *gaan* herzien. Hiertoe wordt in deze paragraaf uitgewerkt in welke richting het verhaalsrecht zich, met inachtneming van de hiervoor verworven inzichten, dient te ontwikkelen. Hiervoor worden eerst enkele algemene lijnen geschetst, waarna bij wijze van aanbeveling aan de wetgever een concrete uitwerking volgt van een *fixed fraction priority scheme* dat recht doet aan de verworven inzichten.

5.4.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors

5.4.1.1 Naar fixed fraction priority

Ten aanzien van de zekerheidsgerechtigden is in deze studie een genuanceerd beeld ontstaan over de hoge voorrangspositie die hen toekomt. De primair rechtseconomische

26 Zie hiervoor, § 4.7.

rechtvaardiging voor de plaats in de rangorde bij verhaal wijst op de te behalen positieve welvaartseffecten op het gebied van *monitoring* en reductie van het welvaartsverlies van de *non-adjusting creditors* indien de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden wordt gereduceerd ten gunste van de laatstgenoemde groep schuldeisers. Voor het behalen van deze positieve welvaartseffecten is het evenwel van belang dat de zekerheidsgerechtigden zoveel mogelijk rechtszekerheid behouden ten aanzien van hun verhaalspositie bij een *concursus creditorum*. Dat betekent dat deze voorrangsverschuiving bij voorkeur dient te worden gerealiseerd in de vorm van *fixed fraction priority*. De voorrang van de zekerheidsgerechtigde beperkt zich dan tot een gefixeerd percentage (een *fixed fraction*) van de aan hem naar huidig recht toekomende uitwinningsopbrengst van de met pand- of hypotheekrechten bezwaarde goederen. Het andere deel van de uitwinningsopbrengst (de andere *fixed fraction*) dient toe te vallen aan hierna nader uit te werken *non-adjusting creditors*. Voor het bepalen van de omvang van deze *fixed fraction* is nader (rechtseconomisch) onderzoek vereist, zodat met de uiteindelijke *fixed fraction* een optimaal welvaartseffect wordt bereikt.

> Aangezien de rechtvaardiging van deze voorrang geen onderscheid maakt in het soort goederen dat in zekerheid is gegeven, dient deze voorrang van toepassing te zijn op *alle* met zekerheidsrechten bezwaarde goederen van de schuldenaar. Dat heeft de consequentie dat zij bijvoorbeeld ook dient te gelden bij de inning van verpande vorderingen. De pandhouder dient dan een *fixed fraction* van de inningsopbrengst af te dragen. Zijn verrekeningsbevoegdheid conform het arrest *Mulder q.q./CLBN* dient dan ook dienovereenkomstig te worden beperkt in de zin dat de verplichting tot afdracht ook geldt ten aanzien van de bijschrijvingen op de bankrekening van de schuldenaar bij de pandhouder.

De keuze voor *fixed fraction priority* ten gunste van een groep schuldeisers vereist dat er ook een tussenpersoon wordt aangesteld, die de belangen van deze schuldeisers behartigt en zorgt voor een correcte verdeling van de opbrengst. Bij verhaal na de faillietverklaring van de schuldenaar, het perspectief van deze studie, is de infrastructuur hiervoor al aanwezig. De rol van de tussenpersoon kan dan door de curator worden vervuld, zoals hij ook nu al ex artikel 57 lid 3 Fw de belangen van de hoger bevoorrechte faillissementsschuldeisers jegens de separatisten behartigt, waarbij hij na verificatie van de vorderingen de uitkeringen verzorgt. De separatist is dan dus een afdracht verschuldigd jegens de faillissementsboedel of, indien de curator de uitwinning verzorgt, ontvangt de uitwinningsopbrengst onder aftrek van een inhouding.

> Dit roept de vraag op in hoeverre *fixed fraction priority* ook bij verhaal op een solvente schuldenaar (aldus buiten faillissement) een werkbare en wenselijke voorrangsregel kan zijn. Hiervoor is vervolgonderzoek nodig. Denkbaar is dat de tot stand te brengen verdeling buiten faillissement – onder de zekerheidsgerechtigde en één of meer beslagleggers – wel gewoon door de dan aangewezen verdelende instantie (de notaris ex art. 3:270 BW, de deurwaarder ex art. 480 Rv of de rechter-commissaris ex art. 481 e.v. Rv) kan worden gerealiseerd. Voor de wenselijkheidsvraag dient in ieder geval onder ogen te worden gezien dat deze voorrangsregel buiten faillissement gedragsprikkels kan geven die negatieve welvaartseffecten hebben. Zo is voorstelbaar dat de regel aanzet tot verhaalsacties door tot deze voorrang gerechtigde schuldeisers, hetgeen een negatief effect heeft op de positieve

welvaartseffecten die zijn verbonden aan het exclusiviteitsaspect van zekerheidsrechten (zie hiervoor, § 3.3.3.5).

5.4.1.2 Te begunstigen non-adjusting creditors

De vraag die rijst is welke schuldeisers precies de begunstigden van deze *fixed fraction priority* dienen te worden. Een belangrijke les uit het Verenigd Koninkrijk is om de groep begunstigden klein te houden. Immers, hoe groter deze groep is, hoe hoger de administratiekosten voor de curator uitvallen (wegens o.a. de verificatie van de vorderingen), hetgeen de met deze voorrang te bereiken positieve welvaartseffecten drukt.[27]

In het voorgaande zijn twee groepen *non-adjusting creditors* naar voren gekomen bij wie de kans het grootst is dat de toekenning van voorrang positieve welvaartseffecten teweegbrengt. Dat zijn de kleine schuldeisers (particulieren en kleine ondernemingen) met een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid en – met evenwel enige voorzichtigheid – de kleine handelsschuldeisers (wegens onvoldoende marktmacht). Het ligt voor de hand om aansluiting te zoeken bij de in de WHOA onderscheiden groep en de voorrang dus te laten gelden voor de kleinere mkb-schuldeisers (inclusief zzp'ers en eenmanszaken) met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad, en voor particulieren met een vordering uit onrechtmatige daad. De rechtseconomische theorie noopt evenwel tot het maken van een andere keuze. De groep 'kleinere mkb-schuldeisers' die de WHOA in artikel 374 lid 2 Fw aanwijst is namelijk een potentieel grote groep, aangezien CBS-cijfers laten zien dat ruim 99% van de ondernemingen in Nederland tot het 'kleinere mkb' in de zin van deze bepaling behoort.[28] Dat maakt een nadere afbakening nodig, waarbij tevens de eerder (in § 5.3.1) benoemde voorzichtigheid meespeelt bij het categorisch kwalificeren van de kleinere handelsschuldeisers als '*non-adjuster*'.

> Het is daarbij, ook los van de rechtseconomische rechtvaardiging, de vraag of voorrang voor een dergelijk grote groep handelsschuldeisers te rechtvaardigen is. De commissie-Houwing was hier terughoudend in, ingegeven door haar uitgangspunt dat bedrijfsrisico in het algemeen geen grond voor een voorrecht oplevert (zie hiervoor, § 4.5.2.1).

Bij de afbakening ligt het voor de hand om de te begunstigen schuldeisers in de eerste plaats te zoeken in de groep waarvoor de rechtseconomische rechtvaardiging voor voorrang het sterkst is. Die groep betreft de particulieren en de kleine ondernemingen zonder handelsrelatie met de schuldenaar, die een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid op de schuldenaar hebben. Voor het 'kleine ondernemingen'-criterium is daarbij wel aan te sluiten bij het WHOA-criterium.[29] Voor wat betreft de afbakening van de groep kleine handelsschuldeisers met een vordering uit geleverde goederen of

27 Zie hiervoor, § 3.3.4.1.

28 Zie nader Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 16. Bovendien geven de auteurs aan dat het criterium van art. 374 lid 2 Fw in de praktijk moeilijk te hanteren is (zie p. 31-32 en 54).

29 Het verdient hierbij aanbeveling om de aansluiting specifiek te zoeken bij de aanbeveling in de recent verschenen WHOA-evaluatie tot vereenvoudiging en precisering van dit WHOA-criterium (en de eventuele opvolging hiervan door de wetgever). Zie Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord* (WODC-rapport) 2023, p. 136.

diensten is, in de tweede plaats, eraan te denken aansluiting te zoeken bij een bestaand 'kleine schuldeiser'-criterium in de wet: het 'kleine aannemer'-criterium van artikel 3:285 BW. De voorrang beperkt zich in dat geval tot, zoals de toelichting bij deze bepaling bondig weergeeft, de 'kleine zelfstandigen wier arbeid zich niet pleegt te bepalen tot leiding geven'.[30] Aansluitend bij de bewoordingen van de wettekst van artikel 3:285 lid 1 BW gaat het dan om natuurlijke personen die persoonlijk aan de levering van de goederen of diensten in hun bedrijf plegen deel te nemen, dan wel om vennootschappen of rechtspersonen waarvan één of meer beherende vennoten of bestuurders dit plegen te doen. Tegelijkertijd voorziet ook dit criterium niet in een sluitende afbakening. Een gebrek aan marktmacht heeft immers niet alleen betrekking op de eigenschappen van de schuldeiser, maar ook op die van diens (gebruikelijke) handelspartners. Zo zal een kleine onderneming die actief is in een markt met voornamelijk andere kleine ondernemingen niet snel een gebrek aan marktmacht hebben. Ook deze omstandigheid dient dan ook in de afbakening van de te begunstigen schuldeisers in deze categorie te worden betrokken. Het vergt derhalve vervolgonderzoek naar de operationalisering van 'gebrek aan marktmacht' om tot een passende afbakening te komen.

5.4.1.3 Aandachtspunten bij de vormgeving van fixed fraction priority

Zoals eerder (in § 3.3.4.1) al is besproken, is een *fixed fraction priority rule* vatbaar voor ondermijning door zekerheidsgerechtigden, hetgeen het te bereiken welvaartseffect negatief beïnvloedt. Bij de vormgeving van deze voorrang dient er daarom naar te worden gestreefd om deze ondermijning onmogelijk te maken. Dat leidt tot drie aandachtpunten. Deze aandachtspunten worden op deze plaats op hoofdlijnen besproken. De inpassing hiervan in een concrete afdrachtsregeling wordt hierna (in § 5.4.4) nader uitgewerkt.

Het eerste punt van aandacht betreft het bepalen van de zekerheidsrechten waarop de *fixed fraction priority* van toepassing is. Het is van belang om deze voorrang van een zo breed mogelijk toepassingsbereik te voorzien, om te voorkomen dat de afdrachtsverplichting door een financier kan worden ontweken door het bedingen van zekerheidsrechten waarop deze verplichting niet van toepassing is. Concreet houdt dit in dat het beperken van de afdrachtsverplichting tot pand en hypotheek financiers kan aanzetten tot het bedingen van op eigendom gestoelde zekerheidsconstructies zoals *leasing*. Het verdient, ten behoeve van het welvaartseffect, daarom aanbeveling om de afdrachtsverplichting niet alleen te laten gelden ten aanzien van de uitwinningsopbrengst van de met pand of hypotheek bezwaarde goederen van de schuldenaar, maar ook van de goederen met tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraken van derden. Deze aanbeveling roept evenwel de complexe vraag op wanneer een eigendomsaanspraak precies tot zekerheid strekt, zo getuige bijvoorbeeld de gedetailleerde fiscale beleidsregels met betrekking tot reëel eigendom van bodemzaken (art. 22.9 Leidraad Invordering 2008). Deze aanbeveling vergt dan ook een nadere uitwerking van welke eigendomsaanspraken wel en welke niet binnen het bereik van de afdrachtsverplichting moeten worden gebracht. Hiervoor is vervolgonderzoek nodig.

30 Zie hiervoor, § 4.5.3.3.

Een mogelijke afbakening die bij dit vervolgonderzoek als vertrekpunt zou kunnen worden genomen, is de hierna (in § 5.4.4) nog kort te bespreken begrenzing van de afdrachtsplicht tot alleen de eigendomsaanspraken waarbij de zekerheidsgerechtigde zich op het verbonden goed dient te *verhalen* om zijn schuld te voldoen. Een nadere uitwerking hiervan is evenwel geboden om tot een gedegen aanbeveling te kunnen komen.

Het tweede aandachtspunt betreft het risico van oversecurering door zekerheidsgerechtigden. Schuldeisers die voorzien dat zij bij uitwinning van hun zekerheidsrechten een percentage van de uitwinningsopbrengst moeten afstaan, kunnen geneigd zijn zich voor dit percentage te oversecureren zodat de waarde van de uitwinningsopbrengst de hoogte van hun gesecureerde vordering met (minimaal) dit percentage zal overstijgen. De werking van de *fixed-fraction*-voorrang wordt dan ondergraven. Immers, deze voorrang komt dan feitelijk niet meer ten laste van de zekerheidsgerechtigde maar van de andere schuldeisers, die zich anders op deze overwaarde hadden kunnen verhalen. Dit negatieve effect is tegen te gaan door de afdracht niet alleen uit te drukken als percentage van de uitwinningsopbrengst, maar – zoals in Duitsland is voorgesteld – ook als percentage van de gesecureerde vordering van de zekerheidsgerechtigde.

Een laatste aandachtspunt is het temporele bereik van de afdrachtsverplichting in het geval dat deze verplichting slechts geldt bij faillissement van de schuldenaar (het perspectief van deze studie). Een beperking tot het faillissement betekent dat er een onderscheid in de rangorde bij verhaal ontstaat tussen verhaal buiten faillissement en verhaal tijdens faillissement. Dit onderscheid kan onwenselijk, anticiperend gedrag uitlokken. Uitwinning van zekerheidsrechten voordat de schuldenaar failleert levert de zekerheidsgerechtigde dan immers meer op dan nadat het faillissement is uitgesproken. Dit onderscheid kan zekerheidsgerechtigden dan ook aanzetten tot vroegtijdige uitwinning om het faillissement voor te zijn, met daarbij het risico dat hierdoor juist meer ondernemingen failleren dan wanneer deze uitwinningsprikkel niet zou hebben bestaan. Deze gedragsprikkel dient te worden tegengegaan. Het uitbreiden van het temporele bereik van de afdrachtsverplichting tot ook een bepaalde periode voorafgaand aan het faillissement is een manier om dit te bereiken.

5.4.2 De fiscale voorrang: reductie en herverdeling

Voor wat betreft de fiscus wijzen de bevindingen van deze studie naar een sterke reductie van diens voorrangspositie. Het ontbreken van een goede grondslag voor het bodemrecht en het bodemvoorrecht, tezamen met de negatieve welvaartseffecten die zij teweegbrengen (door gebrekkige rechtszekerheid voor financiers), maakt dat er voor deze voorrangsrechten geen plaats meer is in het verhaalsrecht. Zij dienen dan ook te worden afgeschaft. Voor wat betreft het algemene fiscale voorrecht wijst het voorgaande in de richting van een rangverlaging. In essentie gaat het hierbij wel om een politieke belangenafweging die door de wetgever dient te worden gemaakt, maar de argumenten die tot nu toe zijn aangevoerd ter onderbouwing van de huidige hoge voorrang zijn naar mijn opvatting onvoldoende overtuigend om een hogere voorrang dan de andere, privaatrechtelijke algemene voorrechten te legitimeren.

> Deze rangverlaging roept de vervolgvraag op welke rang het algemene fiscale voorrecht dan precies dient te krijgen, aangezien de algemene voorrechten rang nemen in de volgorde waarin de wet hen plaatst (art. 3:281 lid 2 BW). De wetgever doet er in dit verband goed aan de aanbeveling van de commissie-Houwing tot onderlinge pariteit van de algemene voorrechten, de kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd, in overweging te nemen. Zoals de commissie ook overwoog, lopen de motieven voor deze voorrechten namelijk dermate uiteen dat iedere onderlinge weging arbitrair en daarom niet wenselijk is. Dat maakt een onderlinge gelijke rang de meest passende vorm van rangorde.

De voorgestelde afschaffing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht leidt tot een herverdelingsvraag. Welke schuldeisers dienen van deze afschaffing te profiteren? De enkele afschaffing zal ertoe leiden dat de zekerheidsgerechtigden profiteren. Bij verhaal op de bodemzaken hebben zij de fiscus immers niet meer boven zich te duchten. Gelet op de lage uitkeringspercentages in faillissementen (zie hiervoor, § 2.6) en het ontbreken van een rechtvaardiging voor een sterkere verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden, acht ik het wenselijk om het voordeel bij de andere schuldeisers te laten neerslaan. Dat vereist het behoud van voorrang boven de zekerheidsgerechtigden, die dan een andere invulling dient te krijgen. Vanuit rechtseconomisch perspectief is ook hier een vorm van *fixed fraction priority* het meest geschikt. Immers, deze vorm van voorrang biedt de zekerheidsgerechtigden meer zekerheid over hun verhaalspositie dan onder het huidige recht. Het verdient daarom aanbeveling om te komen tot een verplichte afdracht (of inhouding) ter grootte van een gefixeerd percentage van de aan de zekerheidsgerechtigde toekomende uitwinningsopbrengst van alle bezwaarde goederen, dat – naar Brits model – overeenstemt met het bedrag dat zekerheidsgerechtigden nu gemiddeld (via de curator) aan de fiscus dienen af te staan.

> Ook hier speelt de vraag naar de werkbaarheid en wenselijkheid van deze voorrangsregel bij verhaal op een solvente schuldenaar, zoals ook hiervoor (in § 5.4.1.1) kort is besproken. Ik volsta hier met een verwijzing naar deze eerder gemaakte opmerkingen, die voor de onderhavige voorrang evengoed gelden. Dit geldt eveneens voor de in § 5.4.1.3 uitgewerkte aandachtspunten om ondermijning van deze voorrangsvorm tegen te gaan.

Ook hier is het de vraag aan wie de baten uit de afdracht precies dienen toe te komen. Hoewel het aanlokkelijk kan zijn om de concurrente schuldeisers als de begunstigden naar voren te schuiven, is dit om meerdere redenen onwenselijk.[31] Zo leert de eerdergenoemde Britse ervaring juist dat de groep begunstigden bij voorkeur beperkt gehouden dient te worden, om te voorkomen dat de baten te veel verwateren en (door toenemende verificatiekosten) verdampen. Bovendien is deze begunstiging in strijd met het wezen van het stelsel van voorrang bij verhaal, aangezien zij miskent dat de bevoorrechte vorderingen op inhoudelijke gronden meer aanspraak hebben op deze baten dan de vorderingen zonder voorrang. Begunstiging van de laatstgenoemde groep keert dit om en doet daarmee afbreuk aan het stelsel. Het verdient daarom de voorkeur om de baten neer te laten slaan bij de schuldeisers die al voorrang toekomt, maar wier voorrang onder het huidige recht 'in het water valt' door de hoge voorrang van de fiscus en van de

31 Vgl. Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 59.

zekerheidsgerechtigden. Concreet betekent dit dat de baten via de bestaande rangorderegels dienen te worden verdeeld, zodat zij in de eerste plaats toekomen aan de hoogst gerangschikte schuldeisers na de zekerheidsgerechtigden (in de regel de schuldeisers met een bijzonder of algemeen voorrecht).[32]

5.4.3 De realiteit van de concurrente schuldeisers

In het voorgaande toont zich de realiteit die de concurrente schuldeisers onder ogen hebben te zien. Voorrang voor een generieke, niet afgebakende groep schuldeisers leidt ertoe dat veel van de beschikbare baten 'weglekken' aan kosten om alle ingediende vorderingen te verifiëren en de vele uitkeringen te realiseren. Het hebben van een vordering met voorrang levert dan voor de individuele schuldeisers in het algemeen weinig op, terwijl deze voorrang veel kosten creëert die anders niet gemaakt zouden hoeven worden. Vanuit rechtseconomisch perspectief zal een dergelijke voorrang naar verwachting dan ook een negatief welvaartseffect hebben. Het is daarom zinvoller om een wel afgebakende groep schuldeisers, voor wie een concrete dragende grond voor voorrang is aan te wijzen, de groep concurrente schuldeisers te laten ontstijgen door aan hun vorderingen een voorrecht of een ander voorrangsrecht toe te kennen. Voor de concurrente schuldeisers in het bijzonder staat daarom de eigen zelfredzaamheid voorop. Zij dienen alle beschikbare feitelijke en juridische middelen (zoals aanmaning, opschorting, beslag en/of (krediet)verzekering) te benutten om te voorkomen dat de vordering op een later moment als oninbaar moet worden afgeschreven vanwege het faillissement van de schuldenaar.

5.4.4 Een concrete uitwerking: het INSOLAD-afdrachtsvoorstel revisited

De hiervoor voorgestelde *fixed fraction priority* vertoont veel verwantschap met de door INSOLAD in 2012 voorgestelde afdrachtsregeling (zie hiervoor, § 4.9.2), gericht op de definitieve regeling van het fiscale bodemrecht. Deze voorgestelde afdrachtsregeling biedt dan ook een goed vertrekpunt voor de vormgeving van de hiervoor geschetste *fixed fraction priority*. De regeling voorziet via een uitbreiding van artikel 57 Fw met een vijfde en zesde lid in een gestaffelde afdrachtsverplichting voor pand- en hypotheekhouders én derden met 'andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject':

> '5. Indien de pand- of hypotheekhouder het verpande of verhypothekeerde goed te gelde maakt, dient hij van de opbrengst van het goed, na aftrek van in redelijkheid gemaakte kosten alsmede hetgeen hij verschuldigd is aan de curator op de voet van lid 3, aan de curator een gedeelte af te dragen alsmede het bedrag dat de curator aan omzetbelasting verschuldigd is ter zake van de executie. Het aan de curator af te dragen gedeelte van de opbrengst wordt berekend aan de hand van de totale opbrengst van de tot zekerheid strekkende onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten dan wel de overige tot zekerheid strekkende goederen van de gefailleerde in evenredigheid met het aandeel van de opbrengst daarin, zodanig dat de curator ten behoeve van de boedel de volgende

32 Waarbij de fiscus zelf – bij doorvoering van de tevens voorgestelde rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht – nog slechts als gelijke onder de andere schuldeisers met een algemeen voorrecht meedeelt in deze baten.

> percentages ontvangt: voor onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten, bij een totale opbrengst tot EUR 500.000, […]%; over het meerdere tot EUR 2.500.000, […]%; over het meerdere, […]%; voor overige goederen, bij een totale opbrengst tot EUR 200.000, […]%; over het meerdere tot EUR 1.000.000, […]%; over het meerdere, […]%.
>
> 6. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing op andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject van de zekerheidscrediteur.'[33]

Aansprekend aan deze regeling is in de eerste plaats de concrete inbedding in de uitwinningsregels in de Faillissementswet. Zo is de zekerheidsgerechtigde bij (zelfstandige) uitwinning van zijn zekerheden verplicht tot een afdracht aan de boedel, uitgedrukt in een deel van de opbrengst die hem conform zijn rang zou toekomen (dus na aftrek van onder meer de afdracht wegens andere hoger gerangschikte schuldeisers ex art. 57 lid 3 Fw). Deze afdracht geldt bovendien eveneens als de curator zelf – door het verstrijken van een aan de zekerheidsgerechtigde gestelde redelijke termijn – tot uitwinning overgaat, zo volgt uit de tevens voorgestelde gewijzigde tekst van artikel 58 lid 1 Fw:

> '1. De curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 en 176 verkopen, onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst *overeenkomstig de verdeling voorzien in artikel 57 lid 5*. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.'[34] (cursivering RvU)

Deze uniformiteit, het tweede aansprekende punt van deze regeling, komt ook terug in de goederen waarop de afdracht van toepassing is. De afdracht strekt zich namelijk uit over de opbrengsten van *alle* soorten bezwaarde goederen van de gefailleerde, met daarbij tevens de goederen van derden voor zover zij dienen als verhaalsobject van de zekerheidsgerechtigde. Daarmee voorziet deze regeling al in de eerdergenoemde aanbeveling om *fixed fraction priority* zich ook te laten uitstrekken over de tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraken van derden. In de toelichting wordt vermeld dat het zesde lid beoogt om de afdrachtsverplichting te laten gelden voor alle eigendomsaanspraken waarbij de zekerheidsgerechtigde zich op het verbonden goed dient te *verhalen* om zijn schuld te voldoen. Dat heeft tot gevolg, zo vervolgt de toelichting, dat de afdracht (doorgaans) niet zal gelden voor een bedongen eigendomsvoorbehoud, maar veelal wel voor in *financial lease* gegeven goederen.[35] Dit is op het eerste gezicht een aansprekend onderscheid, omdat schuldeisers die het niet om de waarde van de goederen maar om de goederen zelf te doen is (zoals eigendomsvoorbehoudsverkopers), niet gedwongen worden om de afdracht uit eigen middelen te betalen. Tegelijkertijd is het een onderscheid dat nadere uitwerking behoeft. Immers, voorkomen dient te worden dat ook dit

33 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 6, te raadplegen via https://www.insolad.nl/publicaties/.

34 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 9, te raadplegen via https://www.insolad.nl/publicaties/.

35 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 7, te raadplegen via https://www.insolad.nl/publicaties/.

onderscheid financiers uitnodigt tot ontwijking van de afdrachtsverplichting door creatief gebruik van het eigendomsvoorbehoud of door aanpassing van de thans gebruikelijke leasevoorwaarden bij uitoefening van hun schuldeisersrechten.[36] Dit betreft aldus een onderwerp voor nader onderzoek.

Aansprekend is ten derde de flexibiliteit die de voorgestelde wijze van de afdrachtsberekening biedt. De regeling biedt de mogelijkheid om maatwerk te leveren in het afdrachtspercentage, al naar gelang de aard van de goederen, en hierin kunnen desgewenst nog verdere onderverdelingen worden gemaakt. De gestaffelde percentages voor wat betreft de omvang van de uitwinningsopbrengsten maken het bovendien mogelijk om – indien gewenst – de afdracht in kleine faillissementsboedels relatief gezien hoger te laten uitvallen dan in grotere faillissementsboedels.

> Tegelijkertijd dient te worden benadrukt dat de in deze paragraaf voorgestelde afdrachtsregeling uitdrukkelijk niet beoogt om ook een oplossing te bieden voor het salaristekort van de curatoren in faillissementen met een lege boedel. Dit kan weliswaar een neveneffect zijn doordat de afdracht leidt tot meer baten voor de boedel, maar de afdracht mag dit niet tot doel hebben. Dit salarisprobleem dient door de wetgever op een andere, geschiktere wijze, te worden geadresseerd.

Op enkele punten behoeft het INSOLAD-voorstel nog verbetering. Zo verdient het aanbeveling om een regeling toe te voegen die voorkomt dat de werking van de afdrachtsregeling wordt ondergraven door oversecurering door zekerheidsgerechtigden (zie hiervoor, § 5.4.1.3). Dit is te bereiken met een regeling die in beginsel uitgaat van een afdracht in verhouding tot de aan de zekerheidsgerechtigde toekomende uitwinningsopbrengst, maar die verplicht tot een grotere afdracht indien die opbrengst hoger is dan (de nominale waarde van) de gesecureerde vordering. De afdracht dient dan in verhouding tot de gesecureerde vordering te worden bepaald en dient te worden aangevuld met het verschil tussen de uitwinningsopbrengst en deze vordering. Dit tweede deel van deze afdracht dient daarbij overigens niet aan de met de afdrachtsregeling te begunstigen schuldeisers toe te komen, maar dient – als overwaarde – toe te vallen aan de gezamenlijke schuldeisers. Deze studie identificeert immers geen rechtvaardiging voor voorrang op deze overwaarde, die dan ten laste van de andere, ongesecureerde schuldeisers zou komen.

> Een voorbeeld kan dit verhelderen. Stel dat A een vordering heeft op B ter hoogte van 100, tot zekerheid waarvan B pandrechten heeft gevestigd op zijn machines. Als A na faillietverklaring van B overgaat tot uitwinning van zijn pandrechten, realiseert hij een uitwinningsopbrengst van 120. Zonder afdrachtsverplichting zou A zijn vordering volledig uit deze opbrengst hebben kunnen voldoen en zou 20 als overwaarde de faillissementsboedel van A invloeien. Stel dat hier een afdrachtsverplichting in de zin van deze paragraaf geldt van 15% van de uitwinningopbrengst. Deze *fixed fraction priority* doet de gevolgen van oversecurering teniet indien zij wordt vormgegeven als regel die de voorrang van B's pandrechten feitelijk maximeert tot 85% van B's gesecureerde vordering. B moet dan 15 (de eigenlijke afdracht, bestemd voor de met de afdrachtsregeling te begunstigen schuldeisers),

36 Zo is het niet ondenkbaar dat in plaats van de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak, niet-registergoed, een *'sale-and-sale-back'*-transactie wordt opgezet, waarbij de zaak eerst ten titel van koop aan de financier wordt overgedragen en vervolgens (tegen een hogere prijs) onder eigendomsvoorbehoud terug wordt overgedragen aan de schuldenaar.

vermeerderd met 20 (de overwaarde, bestemd voor de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement) afstaan.

Ook het temporele werkingsbereik van de voorgestelde afdrachtsregeling dient te worden aangepast. Aangezien de huidige beperking tot alleen de uitwinning van zekerheidsrechten tijdens het faillissement van de schuldenaar onwenselijk, anticiperend gedrag kan uitlokken (zie hiervoor, § 5.4.1.3), strekt het tot aanbeveling om het temporele bereik te vergroten. Dit is te realiseren via een zogenoemde *claw-back*-bepaling in de afdrachtsregeling, die de curator de bevoegdheid geeft om de afdracht ook op te vorderen van executies die in een bepaalde periode (bijvoorbeeld zes maanden) voorafgaand aan het faillissement hebben plaatsgevonden.[37]

Het afdrachtsvoorstel gaat verder slechts uit van een afdracht ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht. De afdracht valt daarbij toe aan de gezamenlijke faillissementsschuldeisers, conform de geldende rangorderegels. De afdracht wordt namelijk, na aftrek van de gebruikelijke omslag in de algemene faillissementskosten, via de uitdelingslijst in het faillissement aan de gezamenlijke schuldeisers uitgekeerd. Dit is in lijn met de hiervoor (in § 5.4.2) voorgestelde herverdeling na afschaffing van deze fiscale rechten. Voor de afdrachtsregeling ten bate van de *non-adjusting creditors* volstaat deze verdeling evenwel niet. Dit roept tegelijkertijd de vraag op in hoeverre beide afdrachtsregelingen in één totaalregeling kunnen worden gecombineerd. Ik acht dit mogelijk met een regeling op basis van de hiernavolgende uitgangspunten, die voortbouwt op het INSOLAD-voorstel.

1. Afdrachtspercentage/fixed fraction

In de eerste plaats dient bij de vaststelling van het afdrachtspercentage tot een totaalpercentage te worden gekomen dat de som is van het afdrachtspercentage ten bate van de *non-adjusting creditors* en het afdrachtspercentage ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht. Bij de vaststelling van deze percentages kan de door INSOLAD voorgestelde staffelsystematiek (variatie naar aard van de goederen en omvang van de uitwinningsopbrengst) worden toegepast, om – indien hier aanleiding voor is – maatwerk te bieden voor de gevalstypen die zich laten onderscheiden.

De afdracht dient vervolgens in beginsel te worden berekend als percentage van de aan de zekerheidsgerechtigde toekomende uitwinningsopbrengst, tenzij die opbrengst hoger is dan diens gesecureerde vordering (lees: in het geval van oversecurering). In dit laatste geval dient de afdracht te worden berekend als percentage van de gesecureerde vordering, met een aanvullende afdracht van wat zonder de afdrachtsregeling als overwaarde zou moeten worden afgedragen (het verschil tussen de genoemde uitwinningsopbrengst en de gesecureerde vordering). Deze aanvullende afdracht dient daarbij van de eigenlijke afdracht te worden afgezonderd en als overwaarde in de faillissementsboedel te vloeien.

Aldus wordt met het voorgaande een afdracht gerealiseerd die bestaat uit twee van elkaar te onderscheiden delen: een deel ten bate van de *non-adjusting creditors* en een deel ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht.

37 Vgl. Struycken, in: Kaptein, *TvI* 2012/19, par. 5.

2. Omslag in de algemene faillissementskosten
Over de afdracht dient de gebruikelijke omslag in de algemene faillissementskosten plaats te vinden. Immers, omdat alle begunstigden faillissementsschuldeisers zijn vallen zij onder de werking van de omslag van artikel 182 lid 1 Fw. Dit is ook gerechtvaardigd, aangezien deze faillissementskosten (mede) in hun belang worden gemaakt.

3. Non-adjusting creditors
De afdrachtsdelen dienen vervolgens te worden verdeeld onder de hiervoor in aanmerking komende schuldeisers. Voor wat betreft het afdrachtsdeel ten bate van de *non-adjusting creditors* ligt het voor de hand dat de afdrachtsregeling zelf[38] specificeert welke groepen schuldeisers (zie § 5.4.1.2) aanspraak op deze gelden hebben en hoe deze groepen hierbij onderling rangschikken.[39] De uitkering kan vervolgens gewoon via de uitdelingslijst in het faillissement worden gerealiseerd.

Volledigheidshalve dient hierbij ook te worden voorzien in het geval dat de baten uit dit afdrachtsdeel groter zijn dan de aanspraak die hierop door de begunstigde schuldeisers wordt gemaakt. Het ligt voor de hand om voor te schrijven dat de resterende baten in dat geval terug dienen te vloeien naar de zekerheidsgerechtigde. Voor een andere toedeling van dit restant (bijvoorbeeld door toevoeging aan het andere afdrachtsdeel) is namelijk geen steun te vinden in de rechtseconomische rechtvaardiging van deze voorrang boven de zekerheidsgerechtigde.

4. Gezamenlijke schuldeisers
Voor de verdeling van het afdrachtsdeel ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht is geen speciale regeling nodig. De bestaande rangorderegels van titel 3.10 BW regelen dat deze baten conform de geldende rangorde aan de gezamenlijke schuldeisers toekomen. Anders dan in het INSOLAD-voorstel dient deze afdrachtsregeling gepaard te gaan met een rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht (zie hiervoor, § 5.4.2), hetgeen betekent dat de afdracht wijder neerslaat dan alleen bij de fiscus.

Het strekt tot aanbeveling dat de wetgever aan de hand van deze voorgestelde regeling tot introductie van deze voorrangsvorm overgaat, teneinde het verhaalsrecht beter te laten aansluiten bij de in deze studie uiteengezette wetenschappelijk inzichten over voorrang bij verhaal. Uit het voorgaande volgt weliswaar dat de precieze vormgeving van deze regeling geen eenvoudige opgave is en nog enig nader onderzoek vergt, maar dat mag geen argument zijn om de spreekwoordelijke handschoen niet op te nemen. Het is nu, vijftig jaar na het rapport van de commissie-Houwing, hoog tijd dat de lang vooruitgeschoven herwaardering van *alle* voorrangsposities in het verhaalsrecht wordt verricht en dat het verhaalsrecht dienovereenkomstig wordt herzien.

38 Bijvoorbeeld in een aan art. 57 Fw toe te voegen zevende lid.
39 De rechtseconomische rechtvaardiging van deze voorrang maakt dat de keuze voor de onderlinge rangschikking dient te worden gemaakt door vergelijking van de welvaartseffecten van de verschillende vormen van voorrang (pariteit of rangverschil), toegepast op de groepen schuldeisers die als begunstigden van deze afdracht worden aangewezen.

5.5 Afronding

Uit dit hoofdstuk volgt dat de wetgever in zijn omgang met voorrang bij verhaal bepaald niet in de pas loopt met de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal. Zo is in de vergelijking van beide in de eerste plaats opgevallen dat er bij de wetgever veel minder aandacht is voor de plaats van de zekerheidsgerechtigden in de rangorde en dat, in de aandacht die er wel voor is, het genuanceerde beeld dat de theorievorming hierover laat zien, niet wordt onderkend. De vergelijking toont tegelijkertijd dat het handelen van de wetgever, voor wat betreft het nastreven van maatschappelijke belangen, ook niet volledig in de onderzochte theorievorming kan worden gevat. De wetenschappelijke theorie en de beleidsdoelen van de wetgever dienen elkaar dan ook aan te vullen bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. De vergelijking heeft verder blootgelegd dat de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal wordt gekenmerkt door voortzetting van het bestaande. Fundamentele vernieuwingen zoals in de theorie ontwikkeld of door de commissie-Houwing voorgesteld, heeft de wetgever keer op keer achterwege gelaten. Deze afwijkingen, die vooral samenkomen in een conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, laten zich verklaren door enerzijds krachtig lobbywerk van de financieringspraktijk en het Ministerie van Financiën en anderzijds het institutionele verschijnsel van padafhankelijkheid dat in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht duidelijk zichtbaar is.

Als het handelen van de wetgever inzake voorrang bij verhaal in dit licht wordt geëvalueerd, dan valt met name op dat de wetgever is tekortgeschoten in het goed aanpakken van de negatieve gevolgen van zekerheidsrechten voor de *non-adjusting creditors*. In deze evaluatie, waarbij ook de dragende kracht van de door de wetgever gebruikte argumenten voor voorrang buiten het theoretisch beoordelingskader is onderzocht, is verder onder meer naar voren gekomen dat de rang van de kosten van de faillissementsaanvraag lager is dan het achterliggende belang legitimeert, en dat de overgang van voorrechten via regres geen automatisme mag zijn. Ook overtuigen de gebruikte argumenten voor de bestaande hoge fiscale voorrang niet, waarbij de inrichting van het bodem(voor)recht bovendien – vanuit rechtseconomisch perspectief – afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten. Dit noopt tot afschaffing van het bodemrecht en bodemvoorrecht en tot rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Het strekt daarbij tot aanbeveling de rang van dit algemene voorrecht gelijk te schakelen met de rang van de andere algemene voorrechten en hen onderling paritair te rangschikken.

Het voorgaande roept de vraag op in welke richting het verhaalsrecht zich nu dient te ontwikkelen, gelet op de bevindingen in deze studie. Het strekt in dit verband tot aanbeveling dat de wetgever overgaat tot de introductie van *fixed fraction priority*, een afdrachtsverplichting ten laste van de zekerheidsgerechtigden, waarbij zowel de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* beter worden aangepakt als het gat wordt opgevuld dat de afschaffing van het bodem(voor)recht achterlaat. Het INSOLAD-afdrachtsvoorstel biedt hiertoe een goed vertrekpunt, dat in aangepaste vorm – een totaalregeling die beide doelen verwezenlijkt – een blauwdruk aanreikt voor de introductie van deze voorrangsvorm in het huidige verhaalsrecht. Het is al met al hoog tijd dat de wetgever de handschoen opneemt en mede aan de hand van de inzichten in deze studie tot (de lang vooruitgeschoven) herziening van het verhaalsrecht overgaat.

SAMENVATTING

I.

Dit proefschrift gaat over de rangorde tussen schuldeisers bij verhaal op de goederen van een gefailleerde onderneming. Wanneer een onderneming failleert, dan is in beginsel sprake van een situatie waarin haar vermogen ontoereikend is om al haar schulden volledig te voldoen. Er is dan sprake van een *concursus*, een samenloop, van schuldeisers. Het is deze situatie, waarin de regels omtrent rangorde bij verhaal (het verhaalsrecht, neergelegd in titel 3.10 BW) hun functie krijgen. Zij regelen hoe het beschikbare verhaalsvermogen over de schuldeisers dient te worden verdeeld en roepen diverse vormen van voorrang in het leven: uit pand en hypotheek, uit diverse soorten voorrechten en uit andere in de wet aangegeven gronden. Een vraag die daarbij rijst, is *waarom* bepaalde schuldeisers zich eigenlijk met voorrang boven anderen mogen verhalen op het verhaalsvermogen van hun schuldenaar. Deze vraag neemt in dit proefschrift een centrale plaats in en wordt daarbij vanuit twee invalshoeken benaderd. In de eerste plaats wordt bestudeerd welke wetenschappelijke theorieën over de *rechtvaardiging* van voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang. Ten tweede wordt de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal bestudeerd, ter *verklaring* van de huidige voorrang bij verhaal. Deze perspectieven worden vervolgens met elkaar vergeleken, waarna het handelen van de wetgever wordt geëvalueerd en aanbevelingen worden gedaan voor de verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht. De hoofdvraag in dit proefschrift weerspiegelt deze opzet:

> Welke rechtvaardigingsgronden voor voorrang bij verhaal bestaan in de wetenschappelijke theorievorming, in hoeverre wijkt de gebruikte argumentatie in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht hiervan af en in welke richting dient het verhaalsrecht zich, de theorievorming in acht nemende, te ontwikkelen?

II.

Ter beantwoording van deze vraag is in dit proefschrift eerst ingegaan op de thans geldende rangorde tussen schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht.[1] Achtereenvolgens wordt ingegaan op de *paritas creditorum* als de verdelingsmaatstaf in een *concursus creditorum* en op de verschillende uitzonderingen die op deze maatstaf (kunnen) bestaan. Deze uitzonderingen laten zich in twee categorieën indelen. De *paritas creditorum* is in de eerste plaats te doorbreken door handelingen van de schuldenaar en/of zijn schuldeisers, namelijk door (het afdwingen van) betaling, verrekening, het overeenkomen van een achterstelling en het vestigen van pand- en/of hypotheekrechten.[2] De mogelijkheden

1 Zie hfdst. 2.
2 Zie § 2.3.

zijn hierbij niet onbegrensd. In sommige gevallen heeft de rechtspraak ingegrepen om in beginsel toegestane doorbrekingen van de *paritas* toch te verhinderen.[3] De tweede categorie betreft gevallen waarin de wet aan bepaalde categorieën vorderingen een afwijkende rang geeft bij een *concursus creditorum*. Dit betreft de executiekosten, de voorrechten en 'de andere in de wet genoemde gronden' van voorrang.[4] Bij de bespreking hiervan wordt ook ingegaan op de bijzondere verhaalspositie die de wet aan de fiscus en aan het UWV toekent.[5] Aan de orde komen verder de verdelingsregels die gelden bij de herstructurering van schulden onder een WHOA-akkoord.[6] De WHOA (art. 369 e.v. Fw) kent namelijk een eigen verdelingssystematiek, die afwijkt van de normaal geldende rangorderegels. Voorts wordt het voorgaande gespiegeld aan de realiteit, waarbij op basis van CBS-cijfers over de afwikkeling van faillissementen wordt getoond dat de waarde van een voorrangspositie in een faillissement in het algemeen beperkt is.[7] Dit laat zien dat er 'werk aan de winkel' is in het faillissementsrecht om het stelsel van voorrang bij verhaal meer tot zijn recht te laten komen.

III.

De beantwoording van de hoofdvraag vervolgt met een onderzoek naar de normatieve rechtvaardigingen voor voorrang bij verhaal in de wetenschappelijke literatuur.[8] In dit proefschrift worden drie theorieën geïdentificeerd die het bestaan van voorrang trachten te rechtvaardigen. In elk van deze theorieën ligt de nadruk op de rechtvaardiging van de voorrang van zekerheidsgerechtigden. Dit betreft in de eerste plaats de theorie dat voorrang – specifiek de hoge voorrang van zekerheidsgerechtigden – wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de schuldenaar vrij is te beschikken over zijn goederen en dus ook om op deze wijze voorrangsposities in het leven te roepen.[9] Deze theorie overtuigt niet. De aan deze theorie ten grondslag liggende aanname dat de vestiging van een zekerheidsrecht op een goed niet wezenlijk verschilt van de overdracht van dat goed en daarom op gelijke wijze behandeld dient te worden, gaat namelijk niet op. Er zijn goede gronden aan te wijzen dat de vestiging van een zekerheidsrecht een eigen, van overdracht te onderscheiden aard heeft. Daarmee biedt de beschikkingsvrijheid weliswaar een rechtvaardiging voor de *aanwezigheid* van voorrang voor de zekerheidsgerechtigde, maar laat zij ruimte voor de nadere *vormgeving* (rangbepaling) van deze voorrang door andere rechtvaardigingsgronden.

Ook de rechtseconomie voorziet in theorievorming over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal, toegespitst op de aan zekerheidsrechten verbonden voorrang. De theorie op dit punt is dat de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten – die ten dele ook uit de voorrang voortkomen – een verklaring geven voor deze voorrang.[10] Tegelijkertijd is hiermee niet gezegd dat geen verdere welvaartsverbeteringen te bereiken zijn. Zo is bijvoorbeeld verdedigbaar dat het positieve welvaartseffect uit *monitoring*

3 Zie § 2.3.5.
4 Zie § 2.4.
5 Zie § 2.4.3 en § 2.4.4.
6 Zie § 2.5.
7 Zie § 2.6.
8 Zie hfdst. 3.
9 Zie § 3.2.
10 Zie § 3.3.3.

groter wordt naarmate de *monitorende* partij in een potentiële *concursus* een lagere voorrangspositie zal hebben, zolang er maar specialisatie in *monitoring* is.[11] Voor de positie van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal betekent dit dat er ruimte ontstaat voor de verlaging van hun voorrangspositie. Dat heeft – sec vanuit *monitoring* bekeken – een positief welvaartseffect. Tegenover de positieve welvaartseffecten staat daarnaast een negatief welvaartseffect voor de *non-adjusting creditors*, die om welke reden dan ook hun (door de zekerheidsrechten van een derde) toegenomen kredietrisico niet kunnen verdisconteren in hun verhouding tot de schuldenaar. Er is dan een efficiëntieverbetering te behalen indien dit negatieve welvaartseffect kan worden verminderd op een manier die een nettowelvaartsstijging oplevert. In de context van de rangorde bij verhaal zijn hiertoe reeds initiatieven ontplooid, die neerkomen op de introductie van – al dan niet partiële – voorrangsposities boven de rang van zekerheidsgerechtigden.[12] De ruimte voor efficiëntieverbeteringen ligt dan in rangordewijzigingen waarbij de welvaartsstijging (primair liggend bij de *non-adjusting creditors*) groter is dan de welvaartsdaling (primair liggend bij de zekerheidsgerechtigden). Van de onderzochte initiatieven heeft een *fixed fraction priority rule*, zoveel mogelijk toegespitst op voorrang voor de *non-adjusting creditors*, de beste kaarten om per saldo tot een efficiëntieverbetering te leiden.

In de literatuur is ook het belang van ondernemingscontinuïteit buiten (dreigende) insolventie wel gebruikt ter rechtvaardiging van de hoge voorrang van specifiek de *bancaire* zekerheidsgerechtigden. Deze rechtvaardigingsgrond schiet evenwel tekort, althans de daartoe aangevoerde bouwstenen – de aan zekerheidsrechten verbonden kredietverlening en de monitoringsactiviteiten van de (huis)bank – overtuigen niet, omdat zij onvoldoende onderscheidend zijn. Daarnaast wordt in dit proefschrift betoogd dat het op deze grond belonen van *monitoring* via het toekennen van een voorrangspositie per definitie niet passend is.[13] De (vanuit het perspectief van alle schuldeisers) beste *monitoring* vindt namelijk plaats door een partij die in een toekomstig faillissement juist geen voorrangspositie zal toekomen. In een situatie van (dreigende) insolventie zijn de kaarten iets anders geschud. In dit proefschrift wordt onderzocht in hoeverre het belang van ondernemingscontinuïteit hier een grond geeft voor de afzwakking van de separatistenpositie van pand- en hypotheekhouders. Dit speelt met name bij de herstructurering van schulden – binnen faillissement of een WHOA-procedure –, waar zich de situatie kan voordoen dat een separatist de continuïteit van de te herstructureren onderneming doorkruist door eigenhandige executie. In deze situatie kan het belang van continuïteit van de onderneming vergen dat de macht van de separatist wordt afgezwakt, alhoewel hieraan wel de voorwaarde is verbonden dat de zekerheidspositie van de separatist niet wordt ondergraven.[14] Aldus levert deze rechtvaardigingsgrond geen grond op voor het verlagen van de rang van de zekerheidsgerechtigde.

Al met al komt uit de geanalyseerde theorievorming naar voren dat primair de beschikkingsvrijheid van de schuldenaar en de rechtseconomie een rechtvaardigingsgrond aanreiken voor het toekennen van voorrang aan zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal. De rechtseconomie voorziet daarbij als enige tevens in theorievorming voor

11 Zie § 3.3.3.2.
12 Zie § 3.3.4.
13 Zie § 3.4.2 en § 3.4.4.
14 Zie § 3.4.3 en § 3.4.4.

het nader bepalen van de aan deze voorrang te verbinden rang. Deze theorievorming laat daarbij ruimte voor een andere opvatting dan dat aan zekerheidsgerechtigden hoge voorrang dient toe te komen. Immers, verdere optimalisatie van de maatschappelijke welvaart lijkt mogelijk door aanpassing van de rangorde bij verhaal ten gunste van de *non-adjusting creditors*.

IV.

Voor wat betreft de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal wordt in dit proefschrift onderzocht welke argumenten voor voorrang een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 en hoe deze argumenten de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren.[15] Voor wat betreft de privaatrechtelijke voorrechten valt op dat de redenen voor hun bestaan divers zijn en een afspiegeling vormen van beleidsdoelen van de wetgever. Dit is te zien aan de specifieke belangen die aan bepaalde voorrechten (zoals de verhandelbaarheid van appartementsrechten) zijn verbonden. Door de jaren heen zijn daarnaast de voorrechten die zijn verbonden aan vorderingen die in het belang van alle schuldeisers zijn ontstaan en de voorrechten waarmee een sociaal belang is gediend, het meest bestendig gebleken. Tegelijkertijd is bij de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek gebleken dat een voorrecht bij verhaal niet voor elk sociaal belang passend is. Schuldeisers die afhankelijk zijn van periodieke betalingen door de schuldenaar zijn immers meer gebaat bij een voortzetting van deze betalingen, via een in het publiekrecht vormgegeven regeling, dan bij een uitgestelde, finale uitkering na afloop van een faillissement.

Voor wat betreft de fiscale voorrang bij verhaal valt op dat de vraag naar de grondslag van deze voorrang in de eerste helft van de twintigste eeuw onvoldoende is gesteld. Waar de grondslag door effectief lobbywerk wel is bevraagd, beperkte deze bevraging zich tot de verhouding tot de voorrang van gesecureerde kredietverleners. Hier vormde het aan de laatstgenoemde voorrang verbonden belang van voldoende kredietbeschikbaarheid een argument om de onderlinge rangorde met de fiscale voorrang te herzien. Voor het overige is de rang van de fiscale voorrang ongemoeid gelaten. Pogingen vanaf de jaren vijftig om de gerechtvaardigdheid van deze hoge voorrang opnieuw te wegen en te laten doorwerken in een herwaardering van de voorrang, vangen bot bij de wetgever. Met een beroep op het grote budgettaire belang van de staat bij deze hoge voorrang heeft de regering de wijziging ervan tot nu toe steeds weten af te houden. Bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) hebben Meijers en later ook Snijders deze voorrang bewust buiten de wetsontwerpen gehouden. Het onderwerp viel buiten de invloedssfeer van het departement van Justitie, lag bovendien bijzonder gevoelig en vormde daarmee een gevaar voor de voortgang van het codificatieproject. Meijers en Snijders hebben zich vanuit pragmatisch oogpunt dan ook beperkt tot de meest noodzakelijke wijzigingen in de verhaalsrechten. De grondige herziening van het preferentiestelsel – aan de hand van een daartoe strekkend rapport van de commissie-Houwing – werd verplaatst naar een zelfstandig wetsontwerp (wetsvoorstel 22 942) dat in 2022, na een sluimerend bestaan van bijna dertig jaar, uiteindelijk een stille dood is gestorven.

15 Zie hfdst. 4.

In het licht van het voorgaande is het geen verrassing dat in recentere jaren de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers zich aandringt als argument om tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel te komen. De stilstand in de verdere ontwikkeling van het preferentiestelsel is immers het meest zichtbaar bij de groep schuldeisers die er bij een *concursus* het meest bekaaid van afkomt. In dit proefschrift wordt dan ook geconcludeerd dat de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht vanaf de twintigste eeuw vooral is gedreven door pragmatisme. De wetgever is steeds reactief te werk gegaan en heeft daarbij, de controverse vermijdend, 'de heetste aardappelen' steevast doorgeschoven. Het gevolg is dat veel van de inhoudelijke argumenten achter de herzieningsvoorstellen van de commissie-Houwing ten onrechte geen rol hebben kunnen spelen in de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht in het NBW. Bij de wetgever heeft het pragmatisme het tot nu toe gewonnen van de inhoud.

V.

Bij de vergelijking van de twee voorgaande perspectieven valt op dat de wetgever in zijn omgang met voorrang bij verhaal bepaald niet in de pas loopt met de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal.[16] Zo valt in de eerste plaats op dat er bij de wetgever veel minder aandacht is voor de plaats van de zekerheidsgerechtigden in de rangorde en dat, in de aandacht die er wel voor is, het genuanceerde beeld dat de theorievorming hierover laat zien, niet wordt onderkend. De vergelijking toont tegelijkertijd dat het handelen van de wetgever, voor wat betreft het nastreven van maatschappelijke belangen, ook niet volledig in de onderzochte theorievorming kan worden gevat. De wetenschappelijke theorie en de beleidsdoelen van de wetgever dienen elkaar dan ook aan te vullen bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. De vergelijking laat verder zien dat de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal wordt gekenmerkt door voortzetting van het bestaande. Fundamentele vernieuwingen zoals in de theorie ontwikkeld of door de commissie-Houwing voorgesteld, heeft de wetgever keer op keer achterwege gelaten. Deze afwijkingen, die vooral samenkomen in een conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, laten zich verklaren door enerzijds krachtig lobbywerk van de financieringspraktijk en het Ministerie van Financiën en anderzijds het institutionele verschijnsel van padafhankelijkheid dat in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht duidelijk zichtbaar is.

Deze vergelijking biedt tevens de mogelijkheid om het handelen van de wetgever inzake voorrang bij verhaal te evalueren. Hierbij valt met name op dat de wetgever is tekortgeschoten in het goed aanpakken van de negatieve gevolgen van zekerheidsrechten voor de *non-adjusting creditors*.[17] In deze evaluatie is verder ook de dragende kracht onderzocht van de door de wetgever gebruikte argumenten waarbij niet direct een verband te leggen is met de onderzochte wetenschappelijke theorievorming.[18] Hieruit is onder meer naar voren gekomen dat de rang van de kosten van de faillissementsaanvraag lager is dan het achterliggende belang legitimeert, en dat de overgang van voorrechten via regres geen automatisme mag zijn. Ook overtuigen de gebruikte argumenten voor de bestaande hoge fiscale voorrang niet, waarbij de inrichting van het bodem(voor)recht bovendien – vanuit rechtseconomisch perspectief – afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden

16 Zie § 5.2.
17 Zie § 5.3.1.
18 Zie § 5.3.2.

positieve welvaartseffecten. Dit noopt tot afschaffing van het bodemrecht en bodemvoorrecht en tot rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Het strekt daarbij tot aanbeveling de rang van dit algemene voorrecht gelijk te schakelen met de rang van de andere algemene voorrechten en hen onderling paritair te rangschikken.

Dit proefschrift besluit met het beantwoorden van de vraag in welke richting het verhaalsrecht zich – gelet op het voorgaande – dient te ontwikkelen.[19] Verdedigd wordt dat de wetgever dient over te gaan tot de introductie van *fixed fraction priority*, een afdrachtsverplichting ten laste van de zekerheidsgerechtigden, waarbij zowel de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* beter worden aangepakt als het gat wordt opgevuld dat de afschaffing van het bodem(voor)recht achterlaat. Het INSOLAD-afdrachtsvoorstel (2012) biedt hiertoe een goed vertrekpunt, dat in aangepaste vorm – een totaalregeling die beide doelen verwezenlijkt – een blauwdruk aanreikt voor de introductie van deze voorrangsvorm in het huidige verhaalsrecht. Het is al met al hoog tijd dat de wetgever de handschoen opneemt en mede aan de hand van de inzichten in dit proefschrift tot (de lang vooruitgeschoven) herziening van het verhaalsrecht overgaat.

19 Zie § 5.4.

SUMMARY

Priority of claims. Justifications and explanations

I.

This dissertation is about the ranking of creditors seeking recourse for their claims against the assets of a bankrupt company. When a company goes bankrupt, this typically means that its assets are insufficient to fully satisfy all of its debts. This creates a situation of *concursus creditorum*, a concurrence of creditors (*samenloop van schuldeisers*). It is in this situation that the rules regarding the order of priority of claims (priority of claims law (*het verhaalsrecht*), as primarily laid down in Title 3.10 of the Dutch Civil Code) become relevant. These rules determine how the proceeds of the available assets should be distributed among the creditors and establish various sorts of priority rights: deriving from pledges and mortgages (*pand en hypotheek*), from different types of privileges (*voorrechten*), and from other grounds of priority as specified by law (*andere in de wet aangegeven gronden voor voorrang*). A question that arises in this context is *why* certain creditors are allowed to have prioritised recourse over other creditors against the debtor's assets. This question has a central place in this dissertation and is approached from two perspectives. First, the dissertation examines which academic theories on the *justification* of priority of claims can be identified and what they say about the content and scope of such priority. Secondly, it studies the Dutch legislator's approach to priority of claims, to *explain* why the current order of priority of claims is as it is. These perspectives are then compared, followed by an evaluation of the legislator's actions in this matter, after which recommendations are formulated for further development of Dutch priority of claims law. This structure is reflected in the main research question of this dissertation:

> What are the justifications for priority of claims according to academic theories, to what extent does the reasoning used in the legislative history of the Dutch law of priority of claims deviate from this, and in what direction should the law of priority of claims be developed in the light of these theories?

II.

To answer this question, this dissertation first examines the current ranking of creditors in Dutch priority of claims law.[1] It discusses the *pari passu* principle (*paritas creditorum*) as the standard of distribution in a *concursus creditorum* and the various exceptions to this standard. These exceptions can be divided into two categories. Firstly, the *pari passu* principle can be overridden by actions of the debtor and/or his creditors, such as (enforcing) payment, set-off, agreeing on subordination, and granting security interests

1 See chapter 2.

(like pledges and mortgages).[2] However, these possibilities are not unlimited. In some cases, the courts have intervened to prevent excessive or unjust incursions into the *pari passu* principle.[3] The second category concerns cases where the law gives a preferential status to certain types of claims in a *concursus creditorum*. This concerns execution costs, privileges, and other grounds of priority as specified by law.[4] The discussion also covers the priority rights given by law to the tax authorities and the UWV (the Dutch Employee Insurance Agency).[5] Additionally, the distribution rules that apply to debt restructuring under a WHOA agreement are addressed.[6] The WHOA (art. 369 *et seq.* Dutch Bankruptcy Act) has its own system of distribution, which deviates from the general rules on the order of priority. Finally, the forgoing is mirrored against reality, based on CBS (Statistics Netherlands) data on the settlement of bankruptcies, showing that the value of a priority right in bankruptcy is generally limited.[7] This demonstrates that there is 'work to be done' in bankruptcy law to ensure that the system of priority of claims better serves its purpose.

III.

The search of an answer to the main research question continues with a study of the normative justifications for priority of claims in academic literature.[8] Three theories are identified in this dissertation that attempt to justify the existence of priority rights. Each of these theories focuses on justifying the priority of secured creditors. The first theory is that priority – specifically, the high-ranking priority of secured creditors – is justified by the fact that the debtor is free to dispose of his assets and therefore also to grant priority rights to some of his creditors (in the form of security interests).[9] This theory fails to convince. The assumption underlying this theory, *viz.* that granting a security interest over an asset does not fundamentally differ from the outright transfer (*overdracht*) of that asset and should therefore be treated similarly, does not hold. There are good grounds for considering that granting a security interest has a nature of its own, distinct from that of a transfer. While this freedom of disposition justifies the *presence* of priority for the secured creditor, it leaves room for further *shaping* this priority (determining its rank) based on other justifications.

Law and economics theory also provides for a justification of priority of claims, again focusing on the priority of security interests. The theory here is that the positive social welfare effects associated with security interests – which partly also arise from the priority – explain this priority.[10] At the same time, this does not mean that further welfare improvements cannot be achieved. For example, it is arguable that the positive welfare effect of monitoring increases as the priority position of the monitoring party in a potential *concursus* is lowered, as long as there is specialisation in monitoring.[11] For the position

2 See § 2.3.
3 See § 2.3.5.
4 See § 2.4.
5 See § 2.4.3 and § 2.4.4.
6 See § 2.5.
7 See § 2.6.
8 See chapter 3.
9 See § 3.2.
10 See § 3.3.3.
11 See § 3.3.3.2.

of secured creditors in the order of priority of claims, this means that there is room for lowering their priority position. Viewed solely from the perspective of monitoring, this has a positive welfare effect. In addition to the positive welfare effects, there is also a negative welfare effect for the non-adjusting creditors, who for various reasons cannot offset their increased credit risk (due to the granting of the security interests) in their relationship with the debtor. There is, then, an efficiency gain to be achieved if this negative welfare effect can be reduced in a way that results in a net increase in welfare. In the context of ranking of claims, initiatives have already been developed to introduce – partial or absolute – priority over secured creditors.[12] The room for efficiency gains lies in changes to the order of priority of claims where the welfare increase (primarily benefiting the non-adjusting creditors) is greater than the welfare decrease (primarily affecting the secured creditors). Of the initiatives examined, a fixed fraction priority rule, as focused as possible on priority for non-adjusting creditors, seems to have the best potential to lead to a net efficiency gain.

In the literature, the (societal) interest of business continuity outside (imminent) bankruptcy has also been used to justify the high priority of secured creditors, specifically those in the banking sector. However, this justification falls short, or at least the arguments used – the secured creditor grants credit and undertakes monitoring activities – are unconvincing because they are insufficiently distinctive. Moreover, this dissertation argues that rewarding monitoring by granting a priority position is inherently inappropriate.[13] The best monitoring (from the perspective of all creditors) is done by a party that will not have any priority position in the event of bankruptcy. In a situation of (imminent) bankruptcy, the dynamics are somewhat different. This dissertation examines the extent to which the interest of business continuity provides a ground for weakening the special enforcement position (*separatistenpositie*) of pledgees and mortgagees, who are entitled to enforce their security interests as if there were no bankruptcy. This is particularly relevant in debt restructuring – in a bankruptcy or in a WHOA procedure – where these creditors might disrupt the continuity of the business by enforcing their security interests. In this situation, the interest of business continuity may require that the power of these creditors is being weakened, although this may not lead to undermining their security position.[14] Thus, this justification does not provide a ground for lowering the rank of the secured creditor in the order of priority of claims.

All in all, the analysed academic theories show that primarily the debtor's freedom of disposition and law and economics theory provide a justification for granting priority to secured creditors in the order of priority of claims. Uniquely, law and economics theory also provides a basis for determining the specific rank of this priority. This theory allows for a different view than that secured creditors should have a high priority. Further efficiency gains seem possible by adjusting the order of priority in favour of non-adjusting creditors.

IV.

As regards the Dutch legislator's approach to priority of claims, this dissertation examines which arguments for prioritised recourse have played a meaningful role in the legislative

12 See § 3.3.4.
13 See § 3.4.2 and § 3.4.4.
14 See § 3.4.3 and § 3.4.4.

history of the law of priority of claims since the introduction of the Civil Code of 1838 (*OBW*) and how these arguments explain the development of priority of claims law during this period.[15] Concerning civil privileges (*privaatrechtelijke voorrechten*), it is notable that the reasons for their existence are diverse and reflect the policy objectives pursued by the legislator. This is evident in the specific interests behind certain privileges (such as the marketability of apartment rights). Over the years, privileges associated with claims arising in the interest of all creditors and privileges serving a social interest have proven to be the most enduring. At the same time, it became apparent during the recodification of the Civil Code that a privilege is not always the right mechanism to serve social interests. Creditors dependent on periodic payments from the debtor are more served by the continuation of these payments through a public law scheme (like the Dutch wage guarantee scheme (*loongarantieregeling*)) than by a deferred final payment in bankruptcy.

Regarding the (high-ranking) priority of the tax authorities, it is notable that the question of its justification was insufficiently addressed in the first half of the twentieth century. Where the justification *was* questioned through effective lobbying, this questioning was limited to the rank in relation to the priority of secured lenders. Here, the interest of sufficient credit availability associated with the latter priority was an argument to revise its rank relative to the tax priority. For the rest, the rank of the tax priority was left untouched. Attempts from the 1950s onward to reassess the justification for this high-ranking priority and to incorporate this in a revaluation of this priority by the legislator, were unsuccessful. By invoking the significant budgetary interest of the state in maintaining this high priority, the government has so far managed to avoid any legislative change in this matter. During the recodification process leading to the New Civil Code (*NBW*), the principal drafters (professor Meijers and later government commissioner Snijders) deliberately excluded this priority from the legislative drafts. The subject was beyond the sole influence of the Ministry of Justice, was particularly sensitive, and thus posed a threat to the progress of the codification project. For pragmatic reasons, Meijers and Snijders limited themselves to the most necessary changes in priority of claims law. A comprehensive revision of the system of priority of claims – based on the report of the Houwing committee – was postponed and moved to a separate legislative proposal (Bill 22 942). The legislative work on this proposal, however, soon paused, and eventually, after almost thirty years of dormancy, the proposal was withdrawn in 2022.

Given the above, it is no surprise that in recent years the strengthening of the recourse position of the ordinary creditors (*concurrente schuldeisers*) has emerged as an argument for a fairer distribution of the bankruptcy estate. After all, the stagnation in the further development of the system of priority of claims is most visible among the group of creditors with the lowest rank in a *concursus*. Considering the foregoing, this dissertation concludes that the development of Dutch priority of claims law from the twentieth century onwards has been mainly driven by pragmatism. The legislator has consistently acted reactively, avoiding controversy, and has repeatedly postponed the most contentious issues. As a result, many of the substantive arguments behind the revision proposals of the Houwing committee have unjustifiably not played a role in the development of Dutch priority of claims law in the (New) Civil Code. Pragmatism has so far prevailed over substance.

15 See chapter 4.

V.

The comparison of the two previous perspectives reveals that the legislator's approach to priority of claims does not align well with academic theory on priority of claims.[16] It is particularly striking that the legislator pays much less attention to the position of secured creditors in the order of priority, and where attention is paid, the nuanced view presented by academic theory is not recognised. At the same time, the comparison shows that the legislator's actions, with regard to pursuing societal interests, cannot be fully captured by the examined theories. Thus, academic theory and the policy objectives of the legislator should complement each other in the (further) development of the law of priority of claims. The comparison further shows that the legislator's approach to priority of claims is characterised by continuing the existing system. Fundamental innovations, such as those developed in theory or proposed by the Houwing committee, have repeatedly not been undertaken by the legislator. The foregoing deviations, which show a conservative development of priority of claims law, can be explained by powerful lobbying from finance practice and the Ministry of Finance, as well as the institutional phenomenon of path dependency, which is clearly visible in the legislative history of priority of claims law.

This comparison also provides an opportunity to evaluate the legislator's actions regarding priority of claims. Here it is particularly noticeable that the legislator has fallen short in adequately addressing the negative consequences of security interests for non-adjusting creditors.[17] Not all legislative work in this matter, however, can be assessed with the examined academic theory. If this is so, the arguments used by the legislator are examined based on their own normative force.[18] Here it is found, among other things, that the rank of the costs of filing for bankruptcy (*faillissementsaanvraag*) is lower than the underlying interest justifies, and that the passing (*overgang*) of privileges through subrogation should be the exception rather than the general principle. Moreover, the arguments used to justify the existing high tax priority are also unconvincing, and the two strongest tax priority rights (*bodemrecht* and *bodemvoorrecht*) impair – from a law and economics perspective – the positive welfare effects associated with security interests. This calls for the abolition of these priority rights and for lowering the rank of the general tax privilege (*algemene fiscale voorrecht*). It is also recommended to align the rank of this general tax privilege with the rank of the other general privileges (*algemene voorrechten*), and to let them all rank *pari passu*.

This dissertation concludes by answering the question in which direction priority of claims law should develop, given the above.[19] It is argued that the legislator should introduce a scheme of fixed fraction priority over the priority of secured creditors, in a way that addresses both the negative consequences of security interests for the non-adjusting creditors and fills the gap left by the abolition of the *bodemrecht* and *bodemvoorrecht*. The INSOLAD proposal (2012) provides a good starting point for this purpose, which, in an adapted form (a comprehensive scheme that achieves both objectives), offers a blueprint for introducing this type of priority into current Dutch priority of claims law. It is about time the legislator took up the challenge and, guided by the insights of this dissertation, proceeded with the (long-postponed) revision of the law of priority of claims.

16 See § 5.2.
17 See § 5.3.1.
18 See § 5.3.2.
19 See § 5.4.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Adriaanse e.a., Informele reorganisatie (O&b nr. 224) 2004
J.A.A. Adriaanse e.a., *Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement* (Onderzoek en beleid nr. 224), Den Haag: BJu/WODC 2004

Adriani, WPNR 1924/2835
P.J.A. Adriani, 'Eenige beschouwingen over de theorie der Successiewet en haar belang voor de praktijk (II)', *WPNR* 1924, afl. 2835, p. 213-215

Adriani, Het belastingrecht 1949
P.J.A. Adriani, *Het belastingrecht. Zijn grondslagen en ontwikkeling. Tweede deel,* Amsterdam: L.J. Veen 1949

Akintola, What is left of the floating charge 2016
K. Akintola, *What is left of the floating charge?* (diss. Nottingham), z.p.: z.n. 2016

Akintola, Insolv. Int. 2017
K. Akintola, 'The prescribed part for unsecured creditors: a pithy review', *Insolv. Int.* 2017, afl. 4, p. 55-58

Akintola, Insolv. Int. 2019
K. Akintola, 'The prescribed part for unsecured creditors: a further review', *Insolv. Int.* 2019, afl. 2, p. 67-70

Van Amsterdam, Insolventie in economisch perspectief 2004
A.M.J.G. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2004

Van Andel, TvI 2000
W.J.M. van Andel, 'Het bodemvoorrecht in de praktijk: een gordiaanse knoop?', *TvI* 2000, afl. 3, p. 75-77

Anderson, Melb. U. L. Rev. 2006
H. Anderson, 'Creditors' rights of recovery: economic theory, corporate jurisprudence and the role of fairness', *Melb. U. L. Rev.* 2006, afl. 1, p. 1-28

Armour, ECFR 2008
J. Armour, 'The Law and Economics Debate about Secured Lending: Lessons for European Lawmaking?', *ECFR* 2008, afl. 2, p. 3-29

Asser, Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht 1890
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Tweede deel,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1890

Asser, Asser & Asser, Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon 1838
C. Asser, L. Asser & C.D. Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon,* 's-Gravenhage: Van Cleef 1838

Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2021
S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger) & H.D. Ploeger, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Asser/Lutjens *7-XI* 2023
E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023

Asser/Van Mierlo & Krzemiński *3-VI* 2020
A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzemiński, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser Procesrecht/Steneker *5* 2019
A. Steneker, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 5. Beslag en executie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Scholten 1933
P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933

Asser/Sieburgh *6-II* 2021
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**
J. Vranken, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*****, Deventer: Kluwer 2014

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-*IX* 2019
J.H. Wansink, N. van Tiggele-Van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Baird, Virginia L. Rev. 1994
D.G. Baird, 'Security Interests Reconsidered', *Virginia L. Rev.* 1994, afl. 8, p. 2249-2272

Bais, in: T&C Insolventierecht, commentaar op afd. 11C Fw
H. Bais, in: J.L.M. Groenewegen & F.M.J. Verstijlen (red.), *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer, commentaar op afd. 11C Fw

Bebchuk & Fried, Yale L. J. 1996
L.A. Bebchuk & J.M. Fried, 'The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', *Yale L. J.* 1996, afl. 4, p. 857-934

Bebchuk & Fried, Cornell L. Rev. 1997
L.A. Bebchuk & J.M. Fried, 'The uneasy case for the priority of secured claims in bankruptcy: further thoughts and a reply to critics', *Cornell L. Rev.* 1997, afl. 6, p. 1279-1348

Beekhoven van den Boezem, TvI 2008/13
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?', *TvI* 2008/13, afl. 2, p. 71-79

Belastingdienst/CPP 2003
Belastingdienst/CPP, *Financieel belang van het bodem(voor)recht en het fiscale voorrecht bij invordering* (rapport nr. 24 van juli 2003 aan het Ministerie van Financiën), Utrecht: Belastingdienst/CPP 2003

Van den Berg, FIP 2024/44
M.J. van den Berg, 'De (praktische) problemen van art. 22bis Invorderingswet 1990', *FIP* 2024/44, afl. 3, p. 10-16

Berger & Udell, J. Monet. Econ. 1990, p. 21-42
A.N. Berger & G.F. Udell, 'Collateral, loan quality, and bank risk', *J. Monet. Econ.* 1990, afl. 1, p. 21-42

Bloemink, MvV 2018
R. Bloemink, 'Zekerheidsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief', *MvV* 2018, afl. 2, p. 50-60

Blomkwist, TvI 2004/69
J.W.H. Blomkwist, 'Recensie. N.W.M. van den Heuvel, Zekerheid en voorrang (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004', *TvI* 2004/69, afl. 6, p. 344-347

Blomkwist, TvI 2007/19
J.W.H. Blomkwist, 'De functie van het bankkrediet', *TvI* 2007/19, afl. 3, p. 102-108

Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9) 1997
G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (Onderneming en Recht nr. 9)* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Van Boom, WPNR 1994/6151
W.H. van Boom, 'Hoe geprivilegieerd is het voorrecht op de verzekeringspenningen? Herkomst, werking en tekortkomingen van art. 3:287 BW', *WPNR* 1994, afl. 6151, p. 635-640

Van Boom, Privaatrecht en markt 2020
W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt,* Den Haag: Boom juridisch 2020

Van Boom, Goederen- en zekerhedenrecht 2023
W.H. van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht,* Den Haag: Boom juridisch 2023

Van den Bosch & Messelink, NTHR 2017
R. van den Bosch & K.A. Messelink, 'De relevantie van het pandrecht voor de bancaire financieringspraktijk. Een terugblik op 25 jaar stil pandrecht sinds de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek', *NTHR* 2017, afl. 3, p. 109-122

Brand, NJB 2020/570
L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement. Is het patiëntenbelang naar de huidige wetssystematiek voldoende gediend?', *NJB* 2020/570, afl. 9, p. 602-608

Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (JP nr. 156) 2011
M. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen* (Jus Privatum nr. 156), Tübingen: Mohr Siebeck 2011

Brock, in: The Oxford Handbook of Distributive Justice 2018
G. Brock, 'Sufficiency and Needs-Based Approaches', in: S. Olsaretti (red.), *The Oxford Handbook of Distributive Justice,* Oxford: Oxford University Press 2018, p. 86-108

Van Buchem-Spapens & Pouw, Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering (Mon. Pr. nr. 2) 2023
A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering (Monografieën Privaatrecht nr. 2),* Deventer: Wolters Kluwer 2023

Buckley, Virginia L. Rev. 1986
F.H. Buckley, 'The bankruptcy priority puzzle', *Virginia L. Rev.* 1986, afl. 8, p. 1393-1470

Commissie-Houwing, Rapport bevoorrechting van vorderingen 1974
Commissie-Houwing, *Rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen,* 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1974

Commissie insolventierecht, Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV) 2007
Commissie insolventierecht, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet (Onderneming en Recht nr. 2-IV),* Deventer: Kluwer 2007

Commissie-Suijling, Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus (Geschriften VBW nr. 92) 1956
Commissie-Suijling, *Rapport van de commissie tot bestudering van de juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 92), Alphen aan den Rijn: N. Samsom n.v. Uitgever 1956

Couwenberg, Resolving financial distress in the Netherlands 1997
O. Couwenberg, *Resolving financial distress in the Netherlands: a case study approach* (diss. Groningen), z.p.: z.n. 1997

CPB & ECORYS-NEI 2004
CPB & ECORYS-NEI, *Afschaffen of niet? Analyse van fiscale verhaalsrechten bij faillissementen* (CPB-rapport nr. 53 van februari 2004 aan het Ministerie van Economische Zaken), Den Haag: CPB 2004

Van Dijck, Snel & Van Golen, Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek 2023
G. van Dijck, M.V.R. Snel & T. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2023

Van Dijck e.a., TvI 2008/33
G. van Dijck e.a., 'Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels', *TvI* 2008/33, afl. 5, p. 210-220

Van Dijk, WPNR 1918/2550
G.L.A. van Dijk, 'De Staat en de hypothecaire schuldeischer', *WPNR* 1918, afl. 2550, p. 495

Dirix, in: Curator en Crediteuren 2009
E. Dirix, 'Fiscale schuldvorderingen in rechtsvergelijkend perspectief', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren. INSOLAD Jaarboek 2009,* Deventer: Kluwer 2009, p. 65-74

Drukarczyk, Int. Rev. Law & Econ. 1991
J. Drukarczyk, 'Secured debt, bankruptcy, and the creditors' bargain model', *Int. Rev. Law & Econ.* 1991, afl. 2, p. 203-221

Van Dunné, Ex tunc, ex nunc 1990
J.M. van Dunné, *Ex tunc, ex nunc. Twee generaties juristen aan het woord over de ontwikkeling van het recht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990

ECORYS-NEI 2004
ECORYS-NEI, *Gedragseffecten ten gevolge van wijzigingen in het regime van de fiscale voorrechten. Mogelijke veranderingen in het gedrag van fiscus, UWV, banken en overige crediteuren* (rapport van 21 januari 2004 aan het Ministerie van Economische Zaken), Rotterdam: ECORYS-NEI 2004

Van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement 2006
L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement: een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2006

Van Eijsden, WFR 1994/6126
A. van Eijsden, 'De noodzakelijkheid van het bodem(voor)recht voor de fiscus', *WFR* 1994, afl. 6126, p. 1629-1633

Elias, De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen 2005
A.M. Elias, *De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen,* Amsterdam: De Bataafse Leeuw 2005

Van Elswijk e.a., Faillissementen: oorzaken en schulden 2015 (CBS-rapport) 2016
D.A. van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport van 12 december 2016), Den Haag: CBS 2016

Erasmus, Bevoorrechte vorderingen (SP nr. 9) 1976
W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen. Preferenties naar geldend en wordend recht* (Studiepockets privaatrecht, nr. 9), Zwolle: Tjeenk Willink 1976

Erasmus, Invordering van belastingen (FS nr. 2) 1978
W.P. Erasmus, *Invordering van belastingen* (Fiscale Studieserie no. 2), Deventer: FED 1978

Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I) 2016
G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-I)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Van der Feltz-II (O&R nr. 2-II) 2016
G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz II 1897 (Onderneming en Recht nr. 2-II)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Fesevur, Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13) 2017
J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Monografieën BW nr. B13),* Deventer: Wolters Kluwer 2017

Finch, MLR 1999
V. Finch, 'Security, Insolvency and Risk: Who Pays the Price', *MLR* 1999, afl. 5, p. 633-670

Finch & Milman, Corporate insolvency law 2017
V. Finch & D. Milman, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles,* Cambridge: Cambridge University Press 2017

Florijn, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek 1994
E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: UPM 1994

Franken, Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13) 2019
M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief (Recht en Praktijk nr. InsR13),* Deventer: Wolters Kluwer 2019

Franks & Sussman, Rev. Finance 2005
J. Franks & O. Sussman, 'Financial distress and bank restructuring of small to medium size UK companies', *Rev. Finance* 2005, afl. 1, p. 65-96

Frima, FIP 2021/94
J.C.A.T. Frima, 'Meten is weten, spreken is goud: KPI's en het kantoorgesprek van de rechter-commissaris met de curator', *FIP* 2021/94, afl. 4, p. 4-9

Gant, in: Floating Charges in Scotland (ESiL nr. 18) 2022
J.L.L. Gant, 'Floating Charges and Moral Hazard: Finding Fairness for Involuntary and Vulnerable Stakeholders', in: J. Hardman & A.D.J. MacPherson (red.), *Floating Charges in Scotland* (Edinburgh Studies in Law, volume 18), Edinburgh: Edinburgh University Press 2022, p. 228-270

Goode, Can. Bus. L. J. 1983-1984
R.M. Goode, 'Is the law too favourable to secured creditors?', *Can. Bus. L. J.* 1983-1984, afl. 1, p. 53-80

Gullifer & Payne, Corporate Finance Law 2020
L. Gullifer & J. Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy,* Oxford: Hart 2020

Haentjens, De autonomie van de alchemist 2014
M. Haentjens, *De autonomie van de alchemist. Een beginsel van burgerlijk recht in het bankwezen* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2014

Hamilton e.a., Report on Business Finance and Security Over Moveable Property 2002
J. Hamilton e.a., *Report on Business Finance and Security Over Moveable Property,* Edinburgh: Scottish Executive Central Research Unit 2002

Hardman, ELR 2017
J. Hardman, 'Some Legal Determinants of External Finance in Scotland: A Response to Lord Hodge', *ELR* 2017, afl. 1, p. 30-54

Harris & Mooney, Virginia L. Rev. 1994
S.L. Harris & C.W. Mooney, 'A Property-Based Theory of Security Interests: Taking Debtors' Choices Seriously', *Virginia L. Rev.* 1994, afl. 8, p. 2021-2072

Van Hees, TvI 1997
J.J. van Hees, 'Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken én doen', *TvI* 1997, afl. 4, p. 102-107

Van Hees, in: Vertrouwen in het burgerlijke recht (O&R nr. 100) 2017
J.J. van Hees, 'Het faillissement als achterhaald concept', in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Onderneming en Recht nr. 100)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 185-198

Hellema, De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges 1941
H.J. Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1941

Helsen, The Law and Economics of Secured Lending (PLS nr. XII) 2021
F. Helsen, *The Law and Economics of Secured Lending* (Property Law Series nr. XII), Cambridge: Intersentia 2021

Van den Heuvel, Zekerheid en voorrang 2004
N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2004

Hijma e.a., Rechtshandeling en overeenkomst (SBR 3) 2022
Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Hoekstra, De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht 2007
G.D. Hoekstra, *De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht. Een rechtseconomisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2007

Hoffmann, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (HeiRA nr. 13) 2016
J.F. Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung* (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen nr. 13), Tübingen: Mohr Siebeck 2016

Van Hoof, TvI 2018/10
V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *TvI* 2018/10, afl. 2, p. 56-60

De Hoog, De prioriteitsregel in het vermogensrecht (AN nr. 167) 2018
L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht (Ars Notariatus nr. 167)* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018

Huijgen, WPNR 1996/6223
W.G. Huijgen, 'Huurder of hypotheekhouder?', *WPNR* 1996, afl. 6223, p. 363-364

Huijgen, Hypotheek (Mon. BW nr. B12b) 2023
W.G. Huijgen, *Hypotheek (Monografieën BW nr. B12b),* Deventer: Wolters Kluwer 2023

Hummelen, Distress dynamics 2015
J.M. Hummelen, *Distress dynamics: An efficiency assessment of Dutch bankruptcy law* (diss. Groningen), Den Haag: Eleven International Publishing 2015

Insolvency Law Review Committee, Insolvency Law and Practice 1982
Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* (Report of the Review Committee, Cmnd. 8558), London: HMSO 1982

The Insolvency Service, Insolvency – A Second Chance 2001
The Insolvency Service, *Insolvency – A Second Chance* (White Paper van 30 juli 2001, CM 5234), London: The Stationery Office 2001

Jackson, The logic and limits of bankruptcy law 2001
T.H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law,* Washington: Beard Books 2001

Jackson & Kronman, Yale L. J. 1979
T.H. Jackson & A.T. Kronman, 'Secured Financing and Priorities Among Creditors', *Yale L. J.* 1979, afl. 6, p. 1143-1182

Jansen, GROM 2008
J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée en het Romeinse recht. Enige opmerkingen over overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *GROM* 2008, afl. 1, p. 75-91

Jensen & Meckling, JFE 1976
M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure', *JFE* 1976, afl. 4, p. 305-360

De Jong, De structuur van het Goederenrecht (Rechtswetenschappelijke publicaties) 2006
Th.F. de Jong, *De structuur van het Goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem (Rechtswetenschappelijke publicaties)* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Van het Kaar & Knegt, NJB 1996
R.H. van het Kaar & R. Knegt, 'Doorstart na faillissement: de positie van werknemers', *NJB* 1996, afl. 39, p. 1622-1627

Kamer van Koophandel, Data over de bedrijvendynamiek (Jaaroverzicht 2022) 2023
Kamer van Koophandel, *Data over de bedrijvendynamiek (Jaaroverzicht 2022),* Utrecht: KvK 2023

Kamp e.a., Geschiedenis schrijven 2016
J. Kamp e.a., *Geschiedenis schrijven! Wegwijzer voor historici,* Amsterdam: Amsterdam University Press 2016

Kaptein, TvI 2012/19
F.J.L. Kaptein, 'Verslag van: INSOLAD Workshop 'Aanpassing Faillissementswet'', *TvI* 2012/19, afl. 4, p. 98-101

Kaptein, Pandrecht 2016
F.J.L. Kaptein, *Pandrecht: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht* (diss. Groningen)*,* Groningen: RUG 2016

Karapetian, Lennarts & Verstijlen, De positie van concurrente schuldeisers in faillissement (WODC-rapport) 2021
A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren* (WODC-rapport, uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen)*,* z.p.: WODC 2021

Kaser & Wubbe, Romeins privaatrecht 1971
M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971

Kentie & Kloet, TvI 2013/29
B. Kentie & A. Kloet, 'Structurele hervorming van het insolventierecht: hemelbestormend? Verslag van het congres Eyes on Insolvency', *TvI* 2013/29, afl. 4, p. 167-171

Klaassen, De Successiewet 1936
J.G. Klaassen, *De Successiewet,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936

Klein & Vleesenbeek, in: 75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken 1981
P.W. Klein & H.H. Vleesenbeek, 'De geschiedenis van het hypotheekbankwezen', in: R. Burgert, J.L. Bouma & H. Visser (red.), *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken,* Nijmegen: G.J. Thieme 1981, p. 9-30

Kommission für Insolvenzrecht, Erster Bericht 1985
Kommission für Insolvenzrecht, *Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht,* Köln: RWS 1985

Koops, MvV 2014
E. Koops, 'Van taartpunt tot tennisbal. Proefschrift van mr. A.F. Mollema', *MvV* 2014, afl. 1, p. 6-11

Kortmann, Het faillissement, een paradijs voor banken 2017
S.C.J.J. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken* (afscheidsrede Nijmegen), Nijmegen: RU 2017

Kortmann, Faber & Schuijling, *Geschiedenis Fw – Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*
S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & B.A. Schuijling (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen (Onderneming en Recht nr. 2-III)*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Kreikamp, FIP 2015/226
H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnappingsroute voor werkgevers?', *FIP* 2015/226, afl. 4, p. 34-37

Kripke, U. Pa. L. Rev. 1985
H. Kripke, 'Law and economics: measuring the economic efficiency of commercial law in a vacuum of fact', *U. Pa. L. Rev.* 1985, afl. 5, p. 929-985

Lakwijk, Poorthuis & Van Ingen, in: Het Verdelingsvraagstuk 2022
I.F.M. Lakwijk, O.B.J. Poorthuis & M.J.W. van Ingen, 'Insolventie zonder fixatie; over het verdelen van een bewegende taart', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022,* Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 117-132

Levelt-Overmars, in: Preadviezen NJV 1986
W.M. Levelt-Overmars, 'De positie van werknemers en bedrijfsverenigingen bij surséance van betaling en faillissement', in: *Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surséance van betaling en faillissement van een onderneming te wijzigen?: preadviezen van P.A. Stein, Ch.P.A. Geppaart, W.M. Levelt-Overmars* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 139-203

Levmore, Yale L. J. 1982-1983
S. Levmore, 'Monitors and freeriders in commercial and corporate settings', *Yale L. J.* 1982-1983, afl. 1, p. 49-83

De Liagre Böhl, NJB 1993
E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'Het destructieve effect van het bodem(voor)recht oude en nieuwe stijl', *NJB* 1993, afl. 6, p. 193-198

De Liagre Böhl, NJB 1994
E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'De misbruikgevoeligheid van het bodem(voor)recht-nieuwe stijl. Nadere beschouwingen naar aanleiding van Wetsontwerp 22 942', *NJB* 1994, afl. 21, p. 705-709

Van der Linden van Sprankhuizen, TvI 2020/3
F.F.L. van der Linden van Sprankhuizen, 'Herziening van de positie van de pandhouder tijdens faillissement: de Duitse ervaring', *TvI* 2020/3, afl. 1, p. 7-17

LoPucki, Virginia L. Rev. 1994
L.M. LoPucki, 'The Unsecured Creditor's Bargain', *Virginia L. Rev.* 1994, afl. 8, p. 1887-1965

Maarsen, FD 14 augustus 2018
H. Maarsen, 'KKR helpt Nederlands mkb met kredietfonds', *FD* 14 augustus 2018

McCormack, JBL 2003
G. McCormack, 'The priority of secured credit: an Anglo-American perspective', *JBL* 2003, afl. juli, p. 389-419

McCormack, Secured Credit under English and American Law 2004
G. McCormack, *Secured Credit under English and American Law,* Cambridge: Cambridge University Press 2004

MDW-werkgroep 2001
Modernisering Faillissementsrecht. Tweede fase (Eindrapport MDW-werkgroep, oktober 2001), http://docplayer.nl/9062321-Eindrapport-mdw-werkgroep-modernisering-faillissementsrecht-tweede-fase.html

Meijers, Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4) 1954
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting. Eerste gedeelte (Boek 1-4),* 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954

Mennens, TvI 2013/38
A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *TvI* 2013/38, afl. 6, p. 216-231

Mennens, Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (O&R nr. 118) 2020
A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en Recht nr. 118)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Mertens, Appartementen (Mon. BW nr. B29) 2006
R.F.H. Mertens, *Appartementen (Monografieën BW nr. B29),* Deventer: Kluwer 2006

Messelink, in: Dilemma's van nu 2024
K.A. Messelink, 'Art. 54 Fw: geen botte bijl maar instrument voor bestrijding van verrekenings- en verhaalsmisbruik', in: E.J.R. Verwey e.a. (red.), *Dilemma's van nu. INSOLAD Jaarboek 2024,* Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 171-192

Messelink & Van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer (R&P nr. InsR10) 2017
K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen (Recht en Praktijk nr. InsR10),* Deventer: Wolters Kluwer 2017

Messelink, Tuil & Verhoeven, in: Het Verdelingsvraagstuk 2022
K.A. Messelink, M.L. Tuil & R.H.W.A. Verhoeven, 'De verdelingsdiscussie: onderzoek naar recovery rates en een verkenning van de gevolgen voor bancaire financieringen', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022,* Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 259-293

Van Mierlo, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement 1994
A.I.M. van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement. Over troetelkindjes en aanbevelingen voor een alternatief* (oratie Rotterdam), Deventer: Law & Practice Publishers 1994

Mijnlieff, De rangschikking in het faillissement 1885
A. Mijnlieff, *De rangschikking in het faillissement* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1885

Mokal, Corporate Insolvency Law 2005
R.J. Mokal, *Corporate Insolvency Law: theory and application,* Oxford: Oxford University Press 2005

Molengraaff/Star Busmann, De Faillissementswet 1951
C.W. Star Busmann (bew.), *De Faillissementswet verklaard door mr. W.L.P.A. Molengraaff*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951

Mollema, Het beperkte recht 2013
A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), z.p.: z.n. 2013

Moss, Wessels & Haentjens (red.), EU banking and insurance insolvency 2017
G. Moss, B. Wessels & M. Haentjens (red.), *EU banking and insurance insolvency*, Oxford: Oxford University Press 2017

Nelemans, TvCu 2019
M.D.H. Nelemans, 'De failliete boedel en het vermoeden van fraude – beslagen, bewijsstukken en bekostiging', *TvCu* 2019, afl. 3, p. 75-81

Nieuwenhuis, Het vierspan 2013
J.H. Nieuwenhuis, *Het vierspan. Eigendom • Contract • Persoon • Staat. De paardenkracht van het recht,* Zutphen: Paris 2013

North, Institutions, institutional change and economic performance 1990
D.C. North, *Institutions, institutional change and economic performance,* Cambridge: Cambridge University Press 1990

Noteboom, in: De Curator en het Faillissementsproces(recht) 2020
M.J. Noteboom, 'Beginsel van gelijkheid van schuldeisers, paritas creditorum en gelijkheidsregel: tautologieën?', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert (red.), *De Curator en het Faillissementsproces(recht). INSOLAD Jaarboek 2019,* Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 375-390

Noteboom, De rol van de paritas creditorum bij een faillissement 2023
M.J. Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement: een meervoudige plaatsbepaling* (diss. Heerlen), Deventer: Wolters Kluwer 2023

Olsaretti, in: The Oxford Handbook of Distributive Justice 2018
S. Olsaretti, 'The Idea of Distributive Justice', in: S. Olsaretti (red.), *The Oxford Handbook of Distributive Justice,* Oxford: Oxford University Press 2018, p. 1-10

Pannevis, Achtergestelde vorderingen (O&R nr. 114) 2019
N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen (Onderneming en Recht nr. 114)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019

Pannevis, WPNR 2020/7299
N.B. Pannevis, 'Over het opstellen van achterstellingsovereenkomsten', *WPNR* 2020, afl. 7299, p. 749-756

Pannevis, TvI 2022/15
N.B. Pannevis, 'De structuur van de rangorde', *TvI* 2022/15, afl. 3, p. 100-109

Pannevis, in: In debat met Van Andel 2024
N.B. Pannevis, 'De omslag, de pandinbreng en de vorderingen van artikel 57 lid 3 Fw', in: E.L. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel,* Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 351-367

Pannevis, TvI 2024/2
N.B. Pannevis, 'De afdracht van art. 57 lid 3 Fw, de omslag, en de regel van Aerts q.q.', *TvI* 2024/2, afl. 1, p. 5-20

Parl. Gesch. BW Boek 3 1981
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten 1992
W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & J.B. Rijpkema (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992
W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & J.B. Rijpkema (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992

Parl. Gesch. Wwz 2015
G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds (red.), *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

Pfeil, Op gelijke voet 2013
T.J.E.M. Pfeil, *Op gelijke voet. De geschiedenis van de Belastingdienst,* Deventer: Kluwer 2013

Picker, U. Chi. L. Rev. 1992
R.C. Picker, 'Security interests, misbehavior, and common pools', *U. Chi. L. Rev.* 1992, afl. 2, p. 645-679

Van der Pijl, Arbeidsrecht en insolventie (MSR nr. 75) 2019
J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie: Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever (Monografieën Sociaal Recht nr. 75)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019

Polak/Pannevis, Insolventierecht 2022
N.B. Pannevis (bew.), *Polak. Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Polak/Polak, Faillissement en Surséance van betaling 1972
N.J. Polak (bew.), *Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht. Deel I, derde gedeelte. Faillissement en Surséance van betaling*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972

Pool, De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden 2022
J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement* (diss. Leiden), z.p.: z.n. 2022

Pool, TvI 2022/20
J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/20, afl. 4, p. 134-140

Posner, Economic analysis of law 2011
R.A. Posner, *Economic analysis of law,* New York: Aspen Publishers 2011

Rapport Voorrecht en bodemrecht 1990
Voorrecht en bodemrecht. Rapport van de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, z.p.: z.n. 1990

Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019
W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlandse burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2019

Renssen, De herijking van het faillissementsrecht III (R&P nr. InsR17) 2021
S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA (Recht en Praktijk nr. InsR17),* Deventer: Wolters Kluwer 2021

Rijken, TvGR 2019
J.J. Rijken, 'Het failliet van het faillissement?', *TvGR* 2019, afl. 2, p. 105-106

Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4) 2024
P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR4),* Deventer: Wolters Kluwer 2024

Schols-van Oppen, Inleiding pensioenrecht (MSR nr. 51) 2015
E.M.F. Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 51),* Deventer: Wolters Kluwer 2015

Schuijling, in: Het bancaire belang (O&R nr. 141) 2023
B.A. Schuijling, 'Saldering van het betalingsverkeer in de '54-periode'', in: B.A. Schuijling, M. van Wingerden & P.M.P. Frenken (red.), *Het bancaire belang. Opstellen aangeboden aan mr. ing. H.J. Damkot (Onderneming en Recht nr. 141),* Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 179-193

Schwarcz, Duke L. J. 1997
S.L. Schwarcz, 'The Easy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', *Duke L. J.* 1997, afl. 3, p. 425-489

Schwartz, J. Leg. Stud. 1981
A. Schwartz, 'Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories', *J. Leg. Stud.* 1981, afl. 1, p. 1-37

Schwartz, J. Leg. Stud. 1989
A. Schwartz, 'A theory of loan priorities', *J. Leg. Stud.* 1989, afl. 2, p. 209-261

Schwartz, Virginia L. Rev. 1994
A. Schwartz, 'Taking the Analysis of Security Seriously', *Virginia L. Rev.* 1994, afl. 8, p. 2073-2088

Scottish Law Commission, Discussion Paper on Moveable Transactions (DP No 151) 2011
Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Moveable Transactions* (Discussion Paper No 151), Edinburgh: The Stationery Office 2011

Shupack, Rutgers L. Rev. 1988-1989
P.M. Shupack, 'Solving the Puzzle of Secured Transactions', *Rutgers L. Rev.* 1988-1989, afl. 4, p. 1067-1129

Siebrasse, A review of secured lending theory 1997
N. Siebrasse, *A review of secured lending theory* (World Bank Paper), Fredericton: University of New Brunswick 1997

Smit, FD 29 januari 2019
R. Smit, 'Creatief geld zoeken als de bank nee zegt', *FD* 29 januari 2019

Smits, Omstreden rechtswetenschap 2015
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline,* Den Haag: BJu 2015

Smits, Praeadvies faillissementskosten (Hand. NJV, deel 1, eerste stuk) 1935
P.H. Smits, *Praeadvies: wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behooren deze te worden gedragen?* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk), 's-Gravenhage: Belinfante 1935

Snijders, in: Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit 2003
W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit,* Den Haag: BJu 2003, p. 269-287

Snijders & Rank-Berenschot, Goederenrecht (SBR 2) 2022
H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 2),* Deventer: Wolters Kluwer 2022

Spath & Bartels, in: Capita Civilologie 2013
J.B. Spath & S.E. Bartels, 'Zekerheden en veronderstellingen: het zekere voor het onzekere', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 607-648

Spier, Kwartaalbericht Nieuw BW 1985
J. Spier, 'Fiduciaire rechtsverhoudingen, eigendomsvoorbehoud en bekrachtiging/standpunt van de bedrijfsjuristen', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985, afl. 1, p. 1-5

Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a) 2022
A. Steneker, *Pandrecht (Monografieën BW nr. B12a),* Deventer: Wolters Kluwer 2022

Suijling, Zakenrecht 1940
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht,* Haarlem: De Erven F. Bohn 1940

Tekstra, Handboek fiscaal insolventierecht 2017
A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht,* Den Haag: Sdu 2017

Timmermans, in: Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd 2008
J.H.S.G.K. Timmermans, 'De positie van de separatist', in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 57-71

Tjong Tjin Tai & Verbruggen, NJB 2022/2
T.F.E. Tjong Tjin Tai & P.W.J. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap', *NJB* 2022/2, afl. 1, p. 4-12

Tollenaar, Het pre-insolventieakkoord 2016
N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord: grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Groningen: RUG 2016

Tollenaar, TvI 2016/9
N.W.A. Tollenaar, 'Over het faillissement als instrument van de financier en het evenwicht tussen gesecureerde en ongesecureerde crediteuren', *TvI* 2016/9, afl. 2, p. 55-63

Van Uden, TvI 2019/9
R.C.P. van Uden, 'Oversecurering en vrijgave. Over de werking van de Algemene Bankvoorwaarden bij een overmaat aan zekerheden', *TvI* 2019/9, afl. 2, p. 70-80

Urbanus, FIP 2018/57
C. Urbanus, 'Werken met 'KEI'. "Als faillissementscurator kan ik nu sneller handelen"', *FIP* 2018/57, afl. 1, p. 33-35

Utrechtse Hypotheekbank, Vijftig jaren 1932
Utrechtse Hypotheekbank, *Vijftig jaren: 1882 – 14 juli – 1932. Een overzicht van de geschiedenis van de N.V. Utrechtse Hypotheekbank,* Utrecht: Utrechtse Hypotheekbank 1932

Van Veen, in: JB (ZIFO nr. 29) 2019
W.J.M. van Veen, 'Over misbruik van bevoegdheid en turboliquidatie', in: W.J.M. van Veen & A.F. Verdam (red.), *JB. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam (ZIFO-reeks nr. 29),* Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 537-549

Van der Velden & Den Brinker, FD 7 december 2019
L. van der Velden & G. den Brinker, 'Wehkamp grijpt in na moeizaam jaar', *FD* 7 december 2019

Van Velthoven & Van Wijck, Recht en efficiëntie 2019
B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Verdaas, De bancaire kredietovereenkomst 2018
A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018

Verdaas, in: Overeenkomst en Zekerheid (R&P nr. InsR20) 2023
A.J. Verdaas, 'De bevoegdheden van de pandhouder', in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten (red.), *Overeenkomst en Zekerheid (Recht en Praktijk nr. InsR20)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 249-258

Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken, WPNR 1919/2603
Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken, 'De rechten van hypotheekhouders en de Fiscus (verzoekschrift aan de Tweede kamer der Staten-Generaal)', *WPNR* 1919, afl. 2603, p. 437-438

Verheul, Eigendomsvoorbehoud (Rechtswetenschappelijke publicaties) 2018
E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud (Rechtswetenschappelijke publicaties)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018

Verstijlen, De faillissementscurator 1998
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg), z.p.: z.n. 1998

Verstijlen, TPR 2006
F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TPR* 2006, afl. 2, p. 1157-1236

Verstijlen, NJB 2011/20
F.M.J. Verstijlen, 'In afwachting van wat voorbij is', *NJB* 2011/20, afl. 1, p. 42-43

Verstijlen, TvI 2011/12
F.M.J. Verstijlen, 'Alles (te) rustig aan het wetgevingsfront', *TvI* 2011/12, afl. 2, p. 62-63

Verstijlen, Algemene bepalingen pand en hypotheek (Mon. BW nr. B11) 2013
F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek (Monografieën BW nr. B11)*, Deventer: Kluwer 2013

Verstijlen e.a., Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord (WODC-rapport) 2023
F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord* (WODC-rapport, uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen en Universiteit Leiden), z.p.: WODC 2023

Verstijlen & Van Nieuwstadt, TvI 2005/14
F.M.J. Verstijlen & F.M. van Nieuwstadt, 'Stelling: De separatistenpositie voor zekerheidsgerechtigden moet worden afgeschaft', *TvI* 2005/14, afl. 2, p. 48-52

Vetter & Tekstra, Invordering van belastingen 2020
J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen (Fed Fiscale Studieserie nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Vlielander Hein, Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen 1861
B.M. Vlielander Hein, *Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen* (diss. Leiden), Leiden: Jac. Cornsz. Hazenberg 1861

Völlmar, Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht 1961
H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht,* Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1961

***Voorduin IV* 1838**
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen. IV. deel*, Utrecht: Robert Natan 1838.

Vos, Kredietopvraging en insolventierisico 2009
P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden,* Deventer: Kluwer 2009

Van Vrijberghe de Coningh, in: Rechtskundige opstellen 1935
A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, 'De publiekrechtelijke privileges', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers voorafgegaan door een alphabetisch overzicht zijner publicaties,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 247-307

Wessels, Achtergestelde vorderingen (Mon. Pr. nr. 6) 2013
B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen (Monografieën Privaatrecht nr. 6),* Deventer: Kluwer 2013

Wessels, Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. I) 2018
B. Wessels, Insolventierecht: Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. I), Deventer: Wolters Kluwer 2018

Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019
B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. II)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III) 2019
B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. III)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Wessels, Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV) 2020
B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Wessels, Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII) 2021
B. Wessels, *Insolventierecht: Vereffening van de boedel* (Wessels Insolventierecht nr. VII), Deventer: Wolters Kluwer 2021

West & James, Insolv. Int. 2021
I. West & R. James, 'The return of Crown preference: a backward step', *Insolv. Int.* 2021, afl. 1, p. 3-5

Westrik, 'Koop breekt geen huur' en het huurbeding 2001
R. Westrik, *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding* (diss. Rotterdam), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001

Wibier, in: De Curator en de Failliet 2019
R.M. Wibier, 'De arme curator en de failliet: hoe ons zekerhedenrecht de doelstellingen van het faillissement heeft ondermijnd en wat daaraan gedaan zou moeten worden', in: M.A. Broeders, Ph.W. Schreurs & R.F. Veenstra (red.), *De Curator en de Failliet. INSOLAD Jaarboek 2019,* Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 251-265

Wind, TvCu 2015
J. Wind, 'Financiële afwikkeling WSNP', *TvCu* 2015, afl. 5/6, p. 173-177

Van Wingerden & Damkot, in: Het Verdelingsvraagstuk 2022
M. van Wingerden & H.J. Damkot, 'Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022,* Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 295-342

Woerdman & Krol, Politiek en politicologie 2020
E. Woerdman & E. Krol, *Politiek en politicologie,* Groningen/Utrecht: Noordhoff 2020

Woodward, Cornell L. Rev. 1997
W.J. Woodward, 'The Realist and Secured Credit: Grant Gilmore Common-Law Courts and the Article 9 Reform Process', *Cornell L. Rev.* 1997, afl. 6, p. 1511-1531

Ydema, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Belastingrecht 1997
O.I.M. Ydema, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Belastingrecht. Over de bevoegdheid van de overheid om belastingen te heffen en de plaats daarbij van het Romeinse recht in het bijzonder met betrekking tot de ontwikkelingen in Holland tot aan 1795* (diss. Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff 1997

Van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3) 2012
T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR3)* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012

Van Zwieten, Goode on Principles of Corporate Insolvency Law 2018
K. van Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law,* London: Sweet & Maxwell 2018

JURISPRUDENTIEREGISTER

(Verwezen wordt naar de paragraafnummers.)

Hoge Raad der Nederlanden
HR 3 maart 1905, *W.* 8191 (*Blaauboer/Berlips*) | 2.3.4.1
HR 22 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1429 | 3.2.1
HR 28 januari 1932, *B.* 5258, *NJ* 1932, p. 338 | 4.5.2.7
HR 26 juni 1936, *NJ* 1936/1050, m.nt. P. Scholten | 4.3.3
HR 23 april 1954, *NJ* 1955/3 | 4.3.3
HR 16 februari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4985, *NJ* 1968/253 (*Faillissement Ruygrok*) | 2.4.1.1
HR 6 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB7171, *NJ* 1970/433, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Pluvier*) | 4.5.3.3
HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976/249, m.nt. B. Wachter (*Postgirodienst*) | 2.3.5.2
HR 7 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB7436, *NJ* 1976/91, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*) | 4.5.3.3
HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, *NJ* 1981/656 (*Honeywell Bull/Ontvanger*) | 2.4.3.2, 2.4.3.3, 4.5.2.7
HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, *NJ* 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*) | 2.3.5.1
HR 13 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5557, *NJ* 1988/556, m.nt. W.M. Kleijn | 2.3.4.3
HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, *NJ* 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Loeffen/BMH I*) | 2.3.5.2
HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC0457, *NJ* 1989/449, m.nt. J.B.M. Vranken (*AMRO/Curatoren THB*) | 2.3.5.2
HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2498, *NJ* 1990/130, m.nt. W.H. Heemskerk (*Gerritse/Ontvanger*) | 2.4.3.3
HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, *NJ* 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*) | 2.3.5.2
HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*) | 2.4.1.3
HR 22 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0323, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*) | 2.3.2
HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0373, *NJ* 1992/298, m.nt. H.J. Snijders (*Big Dutchman/Ontvanger*) | 2.4.3.2
HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*) | 2.3.4.4, 2.3.5.2
HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*) | 3.4.3.1

HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*) | 2.4.2.1
HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Mees-Pierson/Mentink q.q.*) | 2.4.1, 2.4.1.1
HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou en Prouvost*) | 3.4.3.1, 3.4.3.2
HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*) | 2.4.1.3
HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, *NJ* 1998/745, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN Amro*) | 2.4.3.2
HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, *NJ* 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*) | 2.3.5.1
HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, *NJ* 2000/733, m.nt. W.M. Kleijn (*Derksen/Rabobank*) | 2.3.4.2
HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1547, *NJ* 2002/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Verdonk q.q./Ontvanger*) | 2.4.3.2
HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, *NJ* 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Niehe/Heidinga q.q.*) | 2.4.2.2
HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Groenemeijer/Payroll*) | 2.3.5.1
HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van der Werff/BLG*) | 2.4.1.3
HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, *NJ* 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*) | 2.3.4.4
HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*) | 2.4.2
HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN Amro*) | 2.3.4.4, 2.4.1.3
HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) | 3.3.4
HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) | 2.4.1
HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*) | 2.3.4.4, 2.4.1.3
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, *NJ* 2016/289, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Maas q.q./Heineken*) | 2.3.4.3
HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *NJ* 2017/2 (*Megalim Investments/De Veenbloem*) | 3.4.3.1
HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *NJ* 2017/466 (*Mondia/curatoren V&D c.s.*) | 2.3.5.1, 2.5
HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, *NJ* 2019/343, m.nt. H.J. Snijders (*Curatoren Eurocommerce/Rabobank*) | 2.3.5.2
HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2257, *NJ* 2019/81, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/Coca-Cola*) | 2.4.3.3
HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, *NJ* 2020/166, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Crienen/Bontrup*) | 2.3.2

HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Gemeente Ridderkerk/Heijnen q.q.*) | 2.6
HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, *NJ* 2022/150, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering*) | 2.5
HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, *NJ* 2023/332, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Van den Bergh q.q.*) | 2.3.2, 2.3.4.4, 2.3.5.2
HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:56, *NJ* 2024/43 (*Groningen Seaports/Silvius q.q. c.s.*) | 2.4.1

Centrale Raad van Beroep
CRvB 27 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI5948, *RSV* 2009/192 | 2.4.4

Gerechtshoven
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:9777 (*V&D c.s./Mondia*) | 2.3.5.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1635, *JOR* 2024/103, m.nt. B.A. Schuijling (*Jansen q.q./Rabobank*) | 2.3.5.2

Rechtbanken
Rb. Groningen 27 september 1901, *W.* 7684 | 2.3.4.3
Rb. Groningen 11 maart 1963, *NJ* 1963/464 | 2.3.4.3
Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*) | 2.4.1.3
Rb. Middelburg 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BU9774, *JOR* 2012/58 | 3.4.3.2
Rb. Rotterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1678 | 2.3.5.1
Rb. Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9398, *JOR* 2016/284 | 3.4.3.2
Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998, *JOR* 2020/100, m.nt. N.E.D. Faber | 3.4.3.1
Rb. Amsterdam (vzr.) 3 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4452, *JOR* 2022/220, m.nt. C.M. Harmsen (*curatoren ATB/Microsoft*) | 2.3.5.1

WETSARTIKELENREGISTER

(Verwezen wordt naar de paragraafnummers.)

Aanbeveling 86/198/EGKS
1 | 2.4.2.2, 4.5.3.3
2 | 2.4.2.2, 4.5.3.3

Algemene Bankvoorwaarden 2017 (ABV)
26 | 3.2.2.1

Algemene Wet Douane en Accijnzen
58 | 4.5.2.3

Algemene Wet van 26 augustus 1822 (AW 1822)
290 | 4.3.1, 4.3.2

Burgerlijk Wetboek

Boek 2
395a | 2.5, 4.10.1
396 | 2.5, 4.10.1

Boek 3
13 | 2.3.5.1, 2.5, 3.2.1, 3.4.3.2
45 | 3.2.1
81 | 2.3.4.4, 3.2.1
83 | 3.2.2.4, 3.2.1
84 | 2.3.4.2, 3.2.2.3
90 | 2.4.2, 2.4.2.1, 4.5.3.3
94 | 2.3.4.2
97 | 2.3.4.2
98 | 2.3.4.2, 3.2.2.4
115 | 2.4.2.1
231 | 2.3.4.1, 2.3.4.2
234 | 2.4.3.2
235 | 2.3.4.4
236 | 2.3.4.2
237 | 2.3.4.2, 2.4.2.1, 3.4.3.2

239 | 2.3.4.2, 3.4.3.2
246 | 2.3.4.4, 3.4.3.1
248 | 2.3.4.1, 2.3.4.3, 3.4.3.1
250 | 2.3.4.3
251 | 2.3.4.3, 3.4.3.1
253 | 2.3.4.4
255 | 2.3.4.4
264 | 2.4.1.2, 2.4.5.1, 2.4.5.2
268 | 2.3.4.1, 2.3.4.3, 3.4.3.1
270 | 5.4.1.1
276 | 2.1, 2.3.3, 2.3.4.1
277 | 2.2, 2.3, 2.3.3, 2.3.4.1, 2.3.4.3, 2.4.1, 2.4.1.2, 2.4.1.3, 2.4.2, 2.4.2.2, 2.4.5.2, 4.5.1.1
277-279 | 2.3.4.1
278 | 1.1, 2.3.4.1, 2.4.1.3, 2.4.2, 2.4.5, 3.2.1, 3.2.2.3
279 | 2.3.4.1, 2.4.2, 2.4.2.1, 3.2.1, 3.2.2.3
279-281 | 2.4.2
280 | 2.4.2, 2.4.2.1
281 | 2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.5.2, 5.4.2
282 | 2.4.1.2, 2.4.5.1, 2.4.5.2, 3.2.2.3
284 | 2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.3.1, 2.4.4, 3.2.1, 4.5.3.4, 4.5.4, 4.6, 4.7
285 | 2.4.2, 2.4.2.1, 4.5.3.4, 5.3.1, 4.6, 5.4.1.2
286 | 2.4.2.1, 4.6
287 | 2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.3.1, 2.4.4, 4.5.3.4, 4.6, 4.7, 5.3.1
288 | 2.4.2.2, 5.3.2.2
288 sub a | 2.4.2.2, 2.4.3.1, 2.4.4, 4.5.3.4, 4.7, 5.3.2.1
288 sub b | 2.4.2.2
288 sub c-e | 5.3.1
288 sub c | 2.4.2.2
288 sub d | 2.4.2.2
288 sub e | 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.4
289 | 2.4.2.2, 4.5.3.3
290 | 2.4.5.3
291 | 2.4.5.3
292 | 2.4.5.3
306 | 2.4.2.2

Boek 5
112 | 2.4.2.1
113 | 2.4.2.1

Boek 6
52 | 2.3.5.1
87 | 2.1
127 | 2.3.2
127 e.v. | 2.3.2

140 | 2.3.2, 2.3.5.2
142 | 2.4.2, 2.4.4
150 | 2.4.5.1
168 | 3.4.3.2
262 | 2.3.5.1

Boek 7
226 | 2.4.5.1, 2.4.5.2
361 | 2.4.5.1
673c | 2.4.2.2
936 | 2.4.2.1
962 | 3.4.2.2

Burgerlijk Wetboek (oud)
449 | 4.3.2
1177 e.v. | 4.2
1179 | 4.2
1180 | 4.2, 4.3.3
1181 | 4.2
1182 | 4.2
1183 | 4.3.1, 4.3.3, 4.5.1.2
1184 | 4.2
1185 sub 1 | 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.5.1.1
1185 sub 2 | 4.2
1185 sub 3 | 4.2
1185 sub 4 | 4.2
1185 sub 5 | 4.2, 4.5.3.1
1185 sub 6 | 4.2
1185 sub 7 | 4.2
1185 sub 8 | 2.4.2.1, 4.2, 4.5.3.1
1185 sub 9 | 4.2, 4.4
1186 | 4.2
1187 | 4.2
1189 | 4.5.1.1
1195 sub 1 | 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.5.1.1, 4.5.3.4
1195 sub 2 | 4.2
1195 sub 3 | 4.2, 4.4, 4.5.1.1
1195 sub 4 | 4.2, 4.4
1195 sub 5 | 4.2
1195 sub 6 | 4.2, 4.5.1.1
1195 sub 7 | 4.2, 4.5.1.1
1195 sub 10 | 4.4
1195a | 4.5.3.3
1230 | 2.4.5.1

Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV)
16 | 4.5.4, 4.7

Faillissementswet (Fw)
23 | 2.3.4.3, 2.3.4.4
37b | 2.3.5.1
39 | 2.4.1
40 | 2.4.1, 2.4.2.2, 2.4.4
42 | 3.2.1, 3.2.2.1
47 | 2.3.1, 2.3.5.2, 3.2.1, 3.2.2.1
53 | 2.3.2, 2.3.5.2
54 | 2.3.2, 2.3.5.2
57 | 2.3.4.1, 2.3.4.3, 2.4.1.2, 2.4.3.2, 2.4.5.1, 2.4.5.2, 3.4.3.1, 5.4.1.1, 5.4.4
58 | 2.3.4.3, 2.4.1.1, 3.4.3.1, 5.4.4
60 | 2.4.1.2, 2.4.5.3
63a | 3.4.3.1, 3.4.3.2
68 | 2.3.4.3, 2.6, 3.4.3.1
105b | 2.3.5.1
157 | 4.4
173-174 | 3.4.3.1
182 | 2.3.4.3, 2.4.1.2, 2.4.1.3, 2.4.3.2, 2.4.5.1, 2.4.5.2, 2.4.5.3, 4.5.1.1, 5.4.4
232 | 4.4
349 | 4.8
369 | 2.5
369 e.v. | 2.5, 4.10.1
370 | 3.4.3.2
374 | 2.5, 4.10.1, 5.4.1.2
375 | 4.10.1
376 | 3.4.3.2
377 | 3.4.3.2
381 | 2.5
383 | 2.5
384 | 2.5, 4.10.1

Insolvency Act 1986
175 | 3.3.4.1
176A | 3.3.4.1
176ZA | 3.3.4.1

Insolvenzordnung (InsO)
142 | 3.2.2.3
170 | 3.3.4.1
171 | 3.3.4.1

Invaliditeitswet
210 | 4.3.2, 4.3.3

Invorderingswet 1845 (IW 1845)
12 | 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.11
16 | 4.3.2, 4.5.2.7

Invorderingswet 1990 (IW 1990)
12 | 5.3.1
21 | 2.4.1.2, 2.4.2, 2.4.3.1, 2.4.3.2, 2.4.4, 4.5.3.4, 4.5.4, 4.9.2
22 | 2.4.3.2, 2.4.3.3, 2.4.3.4
22*bis* | 2.4.3.4, 4.9.1, 4.9.2, 4.11, 5.2.2.2
35 | 5.3.1
57 | 2.4.4
70 | 4.5.3.4, 4.8, 4.10.2

Leidraad Invordering 2008
22.9 | 5.4.1.3
22.9.1 | 2.4.3.3
22.9.2 | 2.4.3.3
22*bis*.1 | 2.4.3.4

Pensioenwet
23 | 2.4.2.2

Richtlijn 2014/59/EU
34 | 1.2

Successiewet 1859
25 | 4.3.3

The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003
3 | 3.3.4.1

The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) (Amendment) Order 2020
2 | 3.3.4.1

Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 (URIW 1990)
1cj | 2.4.3.4
22 | 4.8

Verdrag tot de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS-Verdrag)
49 | 2.4.2.2
50 | 2.4.2.2
97 | 2.4.2.2

Werkloosheidswet (WW)
61-68 | 2.4.2.2, 2.4.4, 5.3.1, 5.3.2.2
61 | 2.4.4

64 | 2.4.4
66 | 2.4.1, 2.4.4, 5.3.2.2

Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM)
6 | 2.4.2.1

Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv)
60 | 2.4.3.1, 2.4.3.2, 2.4.4, 4.7

Wet financiering volksverzekeringen (WFV)
16 | 4.7

Wet Inkomstenbelasting 1914
115*bis* | 4.3.2

Wet op het schadeverzekeringsbedrijf
8 | 4.4

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)
475 | 2.3.4.2
480 | 2.1, 5.4.1.1
481 e.v. | 5.4.1.1
490b | 2.3.4.4

Zorgverzekeringswet (Zvw)
48 | 2.4.4
49 | 2.4.4

CURRICULUM VITAE

Ruben van Uden is op 25 maart 1992 geboren te Dordrecht. Van 2004 tot 2010 genoot hij zijn voorbereidend wetenschappelijk onderwijs aan de Christelijke Scholengemeenschap De Lage Waard te Papendrecht. Vervolgens studeerde hij Rechtsgeleerdheid (LLB, 2013) en Civiel recht (LLM, 2016) aan de Universiteit Leiden. Aansluitend volgde hij de postacademische LLM in Comparative and European Private Law aan de University of Edinburgh (LLM, 2017). Vanaf 2017 werkte hij als PhD-fellow (promovendus en docent) bij de afdeling Civiel recht van het Instituut voor Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, waar hij sinds april 2024 als universitair docent werkzaam is.

Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK

Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht
Onder redactie van prof.mr. R.P.J.L Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6e druk
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
CA8. B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen
CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, M. Zilinsky, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 7e druk
CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk
CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2e druk
CA17. R. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichthouders
CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker
CA19. J.M. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken
CA20. J.E. Brink-van der Meer, Accountantsaansprakelijkheid
CA21. D.A. van der Kooij, Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade
CA22. G.M. Veldt, Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling
CA23. T.J.K. van Santen, Artikel 7:25 BW: een analyse van zijn oorsprong, strekking en reikwijdte
CA24. R.I.V.F. Bertrams, P.C. Russcher, Bankgaranties
CA25. W. Th. Nuninga, Recht, plicht, remedie
CA26. A.M.M. Hendrikx, Methoden van contractsuitleg
CA27. G.J. Boeve, Het algemene opschortingsrecht
CA28. H. Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten in het verbintenissenrecht

Recht en Praktijk – Decentralisatierecht
DR1. G. Boogaard, Decentraliseren kan je leren
DR2. J. Westerweel, Lokale democratische innovatie
DR3. H. Havekes, Succesvol decentraliseren? Een vlootschouw van het (decentrale) waterbeheer
DR4. C.B. Modderman, T.H.G. Robbe, G. Boogaard, Juridische vragen in het sociaal domein

Recht en Praktijk – Financieel Recht
Onder redactie van prof.mr. D. Busch, dr.mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière
FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
FR2. G.R. Boshuizen, B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2e druk
FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7e druk
FR5. K. Frielink, M. van Eersel, M.T. van der Wulp, Toezicht trustkantoren in Nederland – 3e druk
FR6. L.J. Silverentand, F.W.J. van der Eerden (red.), Hoofdlijnen Wft, – 4e druk
FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer – 5e druk
FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 3e druk
FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht
FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector – 2e druk
FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?
FR14. R.E. van Esch, De financiëledienstverlener online
FR15. J.P. Franx, Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract
FR16. R. Knopper, Toegankelijkheid, ADR en effectendienstverlening
FR17. C.A. Oudshoorn, Grensoverschrijdend bankbeslag op geldvorderingen
FR18. R.M.I. Lamp, M. Nelemans (red.), Handboek Handel met voorwetenschap
FR19. J.M. Meindertsma, De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten
FR20. R.A. Spence, Collateral transactions and shadow banking

Recht en Praktijk – Informatie en Communicatietechnologie
ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
ICT4. S. van der Hof, A.R. Lodder, G.J. Zwenne (red.), Recht en computer
ICT5. A.G. Awesta, De Grondslagen van de Cyberspace – 2e druk

Recht en Praktijk – Insolventierecht
Onder redactie van mr. drs. J.M.G.J. Boon, prof. mr. drs. C.M. Harmsen, mr. K.A. Messelink, prof. dr. R.J. de Weijs, mr. J.H.M. van de Wiel
InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 3e druk

InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren, J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos, J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventieadvocaten
InsR10. K.A. Messelink, R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen
InsR11. A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen
InsR12. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler modernisering
InsR13. M.J.M. Franken, Het Insolventiepassief
InsR14. R.J. de Weijs (red.), Grenzen aan financieringsvrijheid
InsR15. M.L.H. Reumers, De insolvente naamloze en besloten vennootschap
InsR16. E.F. Groot, Faillissementsprocesrecht
InsR17. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA
InsR18. C.M. Harmsen, M.L.H. Reumers (red.), De WHOA: van wet naar recht
InsR19. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA en de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie
InsR20. E. Verheul, T.T. van Zanten (red.), Overeenkomst en Zekerheid
InsR21. W.J.E. Nijnens, Cooperation and Communication Obligations in European Insolvency Law
InsR22 R.C.P. van Uden, Voorrang bij verhaal

Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom
IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht
IE2. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht – 4e druk
IE3. M.W.D. van der Burg, Enkele goederenrechtelijke aspecten van octrooirechten

Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht
Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg
ONR1.W.J.M. van Veen, J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA); voortgezet door W.J.M. van Veen, De NV en VBA naar Arubaans recht – 2e geheel herziene druk
ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 6e druk
ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2e druk
ONR4. F.K. Buijn, P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
ONR7. W.J.M. van Veen, M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen
ONR8. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht

ONR9. R. Abma, D.P. van Kleef, N. Lemmers, M. Olaerts, De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen
ONR10. K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht

Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht
Onder redactie van prof.mr. F. Ibili
PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding – 3e druk
PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
PFR3. F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht – Wegwijzer voor de rechtspraktijk – 3e druk
PFR4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding
PRF5. P.A.W. Kuijper, Een nieuwe visie op afstamming
PFR6. F. Ibili (red.), Handboek internationale kinderontvoering, 2e druk
PFR6a. F. Ibili, L.A.J. Brouwer, A.J. Nederveen, Rechtspraak internationale kinderontvoering
PFR7. M.R. Bruning, K.F.M. Klep & E.C.C. Punselie (red.), De invloed van 30 jaar Kinderrechtenverdrag in Nederland
PFR8. J.H. de Graaf, G.C.A.M. Ruitenberg (red.), 100 jaar kinderrechter
PFR9. J.H. Lieber, Vergoedingen in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht
PFR 10. T.M. Subelack, De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift

Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht
SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure – 6e druk
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht
SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak – 7e druk
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

Recht en Praktijk – Vastgoedrecht
VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht – 8e druk
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten – 2e druk
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting – 2e druk
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures
VG8. E.H.M. Swaneveld-Bakelaar, De huur van ongebouwde onroerende zaken: een leemte in de wet
VG9. S.J.L.M. van Bergen, Zekerheid voor de vastgoedfinancier
VG10. J. Broese van Groenou, De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter

VG11. J.Ph. van Lochem, Open normen in het huurrecht
VG12. M. de Koe, De waarde van erfpacht

Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)
Onder redactie van prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde, prof.mr. J.H. Wansink, mr. S.Y.Th. Meijer en mr. N. Vloemans
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht – 6e druk
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering – 3e druk
VR4. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht
VR5. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering – 3e druk
VR6. S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans, J.H. Wansink (red.), Zicht op toezicht in de verzekeringssector
VR7a. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering
VR7b. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering. Besloten rechtspraak geopenbaard
VR8. G.T. Baak, Mededinging en verzekering
VR9. Van Tiggele-van der Velde, Meijer & Vloemans (red.), De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht

Recht en Praktijk - Verschenen delen onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht

6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
6b. Huurrecht bedrijfsruimten
6c. Huurprijzenwet woonruimten

7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)

8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk

10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)

11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed

36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van produkten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag

102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw

161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovername en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht