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).

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.