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 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.