



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).

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

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden verklaringen voor de aanwezigheid van voorrang in het Nederlandse verhaalsrecht in kaart gebracht. Hiertoe is onderzocht welke argumenten een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW in 1838 en hoe zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren. Anders dan in het voorgaande hoofdstuk vindt geen normatieve, maar een historisch-verklarende analyse plaats. De ontwikkeling van het verhaalsrecht wordt verklaard en geduid, aan de hand van de door politieke actoren gebruikte argumenten bij (pogingen tot) aanpassing van het verhaalsrecht. Hiervoor worden de door de jaren heen voorgestelde rangordewijzigingen op een rij gezet en de kernvraag is steeds *waarom* die wijziging (al dan niet) is doorgevoerd. De verwachting is dat op deze wijze een ‘film’ ontstaat van de politieke keuzes door de jaren heen over voorrang bij verhaal. Het blootleggen van deze keuzes voorziet zo in verklaringen voor de huidige voorrangsregels in het verhaalsrecht: *waarom* ziet het verhaalsrecht eruit zoals het er nu uit?

Dit hoofdstuk zal, bij wijze van ‘nulmeting’, worden aangevangen met de bespreking van de rechtsgronden voor de aanvankelijke voorrangsposities onder het regime van het OBW (§ 4.2). Een belangrijke plaats wordt daarbij ingenomen door de fiscale voorrang en de ontwikkeling van deze voorrang tot het midden van de twintigste eeuw (§ 4.3), waarna ook de ontwikkeling van de privaatrechtelijke voorrechten onder het OBW wordt besproken (§ 4.4). Voorts staat de overgang naar het NBW centraal (§ 4.5), waarbij bijzondere aandacht zal zijn voor het adviesrapport van de commissie-Houwing, die in opdracht van de wetgever het preferentiestelsel uit het OBW kritisch tegen het licht heeft gehouden. Het vervolg van het hoofdstuk zal zijn gewijd aan de ontwikkelingen in de voorrang bij verhaal sinds de invoering van het NBW. In dit kader zullen achtereenvolgens worden besproken: wetsvoorstel 22 942 (§ 4.6), het eindrapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementswet (§ 4.7), het voorontwerp Insolventiewet (§ 4.8) en de invoering van artikel 22*bis* IW 1990 (§ 4.9), alsmede meer recente ontwikkelingen zoals de hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA (§ 4.10). Tot slot zal – ten behoeve van het overzicht – in de afrondende paragraaf (§ 4.11) de trend worden geschetst die uit de voorgaande paragrafen te ontwaren is.

4.2 De privaatrechtelijke voorrechten in het OBW anno 1838

Voordat kan worden toegekomen aan de rangordewijzigingen die zijn voorgesteld in het kader van de invoering van het NBW, wordt een overzicht gegeven van de onder het OBW geldende rangorde van vorderingen. In de aanloop naar de invoering van het OBW in 1838 lijken de daarin opgenomen rangorderegels (in Boek II, titel 18; art. 1177 e.v.) een relatief rustig bezit te zijn. Weliswaar maakte de wetgever de keuze om afscheid te nemen van de onder het Franse recht geldende wettelijke en gerechtelijke hypotheek,¹ zodat enkel het hypotheek- en pandrecht uit overeenkomst overbleef, maar aan de in het wetsontwerp opgenomen bevoorrechte vorderingen was veelal ook onder het oude recht al voorrang verbonden. Dit laatste is mogelijk een verklaring voor de omstandigheid dat in de parlementaire beraadslagingen de rechtsgrond van de individuele voorrechten maar zelden wordt genoemd.

Het systeem van voorrang onder het OBW was tamelijk eenvoudig. Voorrang tussen schuldeisers spruit voort uit voorrecht (privilege), pand en hypotheek (art. 1179 lid 1). Voorrechten worden door de wet toegekend, op grond van de aard van de vordering (art. 1180 lid 1). Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt (art. 1180 lid 2). Tussen de bevoorrechte schuldeisers wordt de rang geregeld naar de aard van de voorrechten (art. 1181); is de rang gelijk, dan delen de betreffende schuldeisers 'ponds ponds gelijke' (art. 1182). Voorrechten kunnen daarbij zien op bepaalde goederen of op alle (roerende en onroerende) goederen van de schuldenaar, waarbij de eerstgenoemde voorrang hebben boven de laatstgenoemde (art. 1184).

De in 1838 ingevoerde *privaatrechtelijke* voorrechten kunnen in een aantal – deels overlappende – categorieën worden ingedeeld. Het hoogst gerangschikt staan de gerechtskosten van uitwinning (art. 1185 sub 1) en van uitwinning en boedelredding (art. 1195 sub 1). De rechtsgrond voor deze hoge voorrang ligt in de omstandigheid dat deze kosten niet slechts worden gemaakt in het belang van de uitwinnende schuldeiser, maar in het belang van alle schuldeisers: zij strekken ertoe de uit te winnen goederen aan het beheer van de schuldenaar te onttrekken en zo veilig te stellen voor verhaal door alle schuldeisers.²

Een deel van de overige voorrechten op bepaalde goederen kan vervolgens worden gegroepeerd onder de noemer 'afgeleid van de Romeinsrechtelijke legale hypotheek'³ of het Oud-Hollandse retentierecht.⁴ Dit zijn het voorrecht van de verhuurder (art. 1185 sub 2), van de herbergier (art. 1185 sub 6), van de vervoerder (art. 1185 sub 7) en van vergoedingen waartoe openbaar ambtenaren gehouden zijn wegens, kort gezegd, mislagen in de uitoefening van hun ambt (art. 1185 sub 9). Het voorrecht van de verhuurder is daarnaast – eveneens in overeenstemming met vroegere wetgeving – versterkt met een verhaalsrecht op bepaalde wat we nu zouden noemen 'bodempzaken' van derden

1 Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 5-6, onder verwijzing naar een rede van Nicolai (lid van de Commissie van redactie van het wetboek 1838) in *Voorduin IV* 1838, p. 339-340.

2 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 249.

3 De legale (of wettelijke) hypotheek was in het Romeinse recht een bezitloos pandrecht dat van rechtswege aan bepaalde schuldeisers werd verleend op bepaalde of alle goederen van hun schuldenaar. Zie nader o.a. Kaser & Wubbe, *Romeins privaatrecht* 1971, p. 150-151.

4 Ontleend aan Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 8.

(art. 1186). Dit voorrecht strekt ertoe te voorkomen dat de huurder het voorrecht kan ontduiken door via samenspanning en bedrog te doen voorkomen alsof deze goederen niet aan hem maar aan derden toebehoren.⁵

De resterende voorrechten op bepaalde goederen vinden elkaar in de omstandigheid dat de bevoorrechte schuldeiser het betreffende goed heeft behouden, in waarde heeft vermeerderd of heeft toegevoegd aan het vermogen van de schuldenaar, hetgeen in het belang van alle schuldeisers is.⁶ Dit betreft het voorrecht wegens de onbetaalde koopprijs van roerende goederen (art. 1185 sub 3) en van specifiek zaden en gereedschappen (art. 1187), wegens kosten tot behoud (art. 1185 sub 4), wegens bearbeiding (art. 1185 sub 5) en het voorrecht van metselaars, timmerlieden en andere werkbazen (art. 1185 sub 8).

Ten aanzien van het voorrecht van de vervoerder en van metselaars, timmerlieden en andere werkbazen laat zich daarnaast een alternatieve grondslag vinden in het handelsbelang dat met het voorrecht is gemoeid. Zo betoogt Vlieland Hein dat het geven van meer betalingszekerheid aan een vervoerder het goederenvervoer – dat voor de handel van grote waarde is – bevordert.⁷ Voor wat betreft het voorrecht van de metselaars, timmerlieden en andere werkbazen komt dit handelsbelang tot uitdrukking in aandacht voor de concurrentieverhoudingen. Zo wijst Asser, onder verwijzing naar Diephuis, erop dat dergelijke schuldeisers moeilijk zekerheid in de vorm van een hypotheek kunnen bedingen, vanwege het risico dat het werk dan aan anderen wordt gegend.⁸

Van de voorrechten op alle goederen is het grootste deel te bundelen in de humanitaire grondslag dat het kosten betreft (voor leveringen en diensten) die voorzien in eerste levensbehoeften, levensonderhoud of menselijke waardigheid en waarvan men wil voorkomen dat schuldeisers deze kosten niet maken uit de angst deze niet betaald te krijgen. Dit betreft het voorrecht voor begrafeniskosten (art. 1195 sub 2), voor kosten van de laatste ziekte (art. 1195 sub 3), voor kosten wegens de levering van levensmiddelen (art. 1195 sub 5) en voor kosten van kostschoolhouders (art. 1195 sub 6). Binnen deze categorie is ook het eerdergenoemde voorrecht van de herbergier te plaatsen, aangezien als grondslag voor dit voorrecht wel is gewezen op de omstandigheid dat hij i) huisvesting en levensonderhoud verleent aan reizigers; en ii) er maar op moet vertrouwen dat die reizigers voldoende solvabel blijken om de daarmee gemoeide kosten te voldoen.⁹

De laatste twee voorrechten op alle goederen hebben allebei een eigen, onderscheidende grondslag. Het voorrecht van dienst- en werkboden (art. 1195 sub 4; in 1907 uitgebreid tot alle arbeiders) lijkt aanvankelijk door overwegingen van loyaliteit te zijn ingegeven; in de woorden van Asser: 'Dienstboden, die hunner meester ook in dagen van tegenspoed getrouw zijn gebleven, verdienen eenige bescherming tegenover andere schuldeischers.'¹⁰ Het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden (art. 1195 sub 7), dat in

5 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon 1838*, § 613.

6 Ontleend aan Hellema, *De rechtsgrond der fiscaal-rechtelijke privileges* 1941, p. 8-9.

7 Vlieland Hein, *Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen* 1861, p. 163.

8 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 268.

9 Vlieland Hein, *Over de voorrechten gevestigd op zekere bepaalde goederen* 1861, p. 154.

10 Asser, *Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1890, p. 275.

1838 nieuw wordt ingevoerd,¹¹ strekt tot bescherming van afhankelijke personen, die bovendien als schuldeiser moeilijk voor zichzelf kunnen zorgen.¹²

Aan het voorgaande valt op dat er anno 1838 nog weinig systeem in de privaatrechtelijke voorrechten zit. Het aantal voorrechten is hoog en de redenen voor het bestaan van deze voorrechten zijn divers. Het lijkt erop dat de wetgever vooral het bestaande heeft willen behouden, dan wel geen aanleiding heeft gezien om het bestaande grondig te herzien of van meer onderlinge samenhang te voorzien; er wordt grosso modo op dezelfde voet voortgeleefd.

Een opvallende noot hierbij is de vermelding van Asser (verbonden aan de commissie van redactie der nationale wetgeving) dat wel zorgvuldig is onderzocht of ook aan de met de schuldenaar getrouwde vrouw een algemeen voorrecht, in lijn met het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden, zou moeten worden verleend.¹³ Hij noemt daarbij twee argumenten uit de afweging – met uiteindelijk overigens een negatieve uitkomst – die ook in de tweede helft van de twintigste eeuw nog zullen terugkeren ten aanzien van alle voorrechten: i) men vond dat de positie van de concurrente schuldeisers al genoeg door voorrechten werd beknot; en ii) men voorzag afbakeningsproblemen: indien je de belangen van de vrouw van de schuldenaar wilt beschermen, dien je je dan niet ook de belangen van de getrouwde vrouwen, weduwen en ‘onmondigen’ onder de andere schuldeisers aan te trekken?¹⁴

4.3 De fiscale voorrang

4.3.1 De voorrang van 's Rijks schatkist

Naast de privaatrechtelijke voorrechten bevat het OBW ook een voorziening voor de voorrang van 's Rijks schatkist (art. 1183): ‘De voorrang van 's rijks schatkist, de orde waarin dezelve wordt uitgeoefend, en de tijd van deszelfs duur, worden geregeld door de bijzondere wetten daartoe betrekkelijk.’ De twee voornaamste *bijzondere wetten* zijn in de negentiende eeuw de Algemene Wet van 26 augustus 1822 (hierna: AW 1822) en de Invorderingswet 1845 (hierna: IW 1845).¹⁵ De AW 1822 regelt de voorrang wegens accijnzen c.a. en geeft de fiscus in artikel 290 een hoge voorrang op de roerende zaken van de accijnsplichtige, waaronder expliciet ook alle werktuigen en gereedschappen in de fabrieken van de accijnsplichtige zijn begrepen, ook indien deze van derden zijn. Deze accijnsvorderingen nemen rang direct na de uitwinningkosten van artikel 1185 sub 1 en 1195 sub 1 OBW.

11 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 618-619.

12 Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 132.

13 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 620.

14 Asser, Asser & Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon* 1838, § 621.

15 Algemene Wet van 26 augustus 1822 over de heffing der regten van in-, uit- en doorvoer en van de accijnzen, alsmede van het tonnégeld der zeeschepen (*Stb.* 1822, 38); Wet van 22 mei 1845 op de invordering van 's Rijks directe belasting (*Stb.* 1845, 22).

De IW 1845 regelt het 'recht van voorrang' verbonden aan de directe belastingen. Deze directe belastingen bestonden in die tijd uit grondbelasting, personele belasting¹⁶ en het recht van patent.¹⁷ Anno 1845 betrof dit nog een voorrang boven alle andere (behalve de uitwinningskosten), en expliciet ook boven pand en hypotheek (art. 12). Deze hoge voorrang was niet nieuw. Al sinds 1808 heeft de fiscus voor de invordering van deze belastingen een 'recht van privilege' boven alle andere schuldeisers.¹⁸ Deze hoge voorrang gaat bovendien nog veel verder terug, in de vorm van een legale hypotheek.¹⁹ De bedoeling achter de IW 1845 is dan ook vooral het hercodificeren en bundelen van het bestaande invorderingsrecht in één verzamelwet.²⁰ De regering noemt daarbij drie redenen voor het behouden van de hoge voorrang: i) de schatkist kiest haar schuldenaren niet uit, maar treft hen aan onder allerlei rangen en standen, en moet niet machteloos staan tegenover de onwilligen onder hen; ii) 'kwalijkgezinden' moeten 'den last die door allen getorcht, des te lichter gedragen wordt' niet straffeloos kunnen afwerpen; iii) de schatkist moet met zekerheid op haar inkomsten kunnen rekenen.²¹

Desalniettemin stuit deze hoge voorrang bij de parlementaire behandeling van de wet op enig verzet. Zij is wat dat betreft – anders dan de privaatrechtelijke voorrechten – geen rustig bezit. In het bijzonder roeren zich enkele parlementsleden die vinden dat voor wat betreft de grondbelasting niet behoort te worden afgeweken van de hoofdregel dat pand en hypotheek boven privilege rangschikken. Aanvankelijk is er daarnaast ook een breder gedragen opvatting onder de parlementariërs dat de kosten tot behoud, de begrafeniskosten en de kosten van laatste ziekte in rang boven de fiscus behoren te komen.²² De regering gaat hier niet in mee nu a) de fiscale voorrang in haar ogen het hypothecair krediet niet kan schaden, omdat de voorrang een beperkte duur heeft (twee jaar na de aanslag) en iedereen over de aanwezigheid, de omvang en de afbetaling van belastingschulden 'in het zekere onderrigt kan worden'; en b) zij geen reden ziet om de fiscus een bestaand en bestendig voorrangrecht te ontzeggen.²³ De regering weet hierbij de meerderheid aan haar zijde te krijgen, want uiteindelijk ziet de wet zonder deze voorgestelde wijzigingen het levenslicht.

16 Personele (weelde)belasting was een voorloper van de huidige inkomsten- en vermogensbelasting en werd geheven op basis van uiterlijke, gemakkelijk te controleren tekenen van welstand. Zo betaalde men belasting over onder meer dienstboden, de huur of huurwaarde van woningen, landerijen en gronden en over deuren en ramen. Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 222-223. Zie nader Elias, *De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen* 2005, p. 77-79.

17 Het recht van patent was een zegelrecht dat betaald moest worden bij het verkrijgen van een vergunning ('een patent') voor het uitoefenen van een handel, beroep, bedrijf of nering, waarbij de hoogte werd bepaald aan de hand van de geschatte winstgevendheid van het bedrijf. Ook het dragen van gepoederd haar (tot ongeveer het begin van de negentiende eeuw mode onder welgestelden) was patentplichtig en viel daarmee onder het zegelrecht. Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 224. Zie nader Elias, *De Vrankrijker's Geschiedenis van de Belastingen* 2005, p. 64 en 79.

18 Art. 1, Wet van 12 november 1808 (*Bulletin des Lois* no. 213), die – voor zover relevant – luidt: 'Le privilège du Trésor public pour le recouvrement des contributions directes [...] s'exerce avant tout autre'; zie ook Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 96.

19 Zie bijv. Ydema, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Belastingrecht* 1997, p. 214; De Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht* (AN nr. 167) 2018/3.2.

20 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT).

21 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT).

22 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 4 (VV).

23 *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, nr. 3 (MvT) en nr. 5 (MvA).

Met de bril van het heden is het verwonderlijk dat men zich in de negentiende eeuw niet in een breder verband keerde tegen de hoge voorrang van accijnzen en directe belastingen. Een verklaring hiervoor zou kunnen liggen in de lage belastingdruk van destijds. Gedurende de gehele negentiende eeuw bedraagt de totale belastingopbrengst in Nederland jaarlijks ongeveer 10% van het bruto binnenlands product (bbp).²⁴ Zolang de bevoorrechte fiscale vorderingen beperkt in omvang zijn, is de impact van de hoge voorrang voor de overige schuldeisers in een *concurfus* – en daarmee ook hun bezwaar tegen die voorrang – beperkt.²⁵

Een tweede mogelijke verklaring zou kunnen liggen in de omstandigheid dat pas vanaf 1880, wanneer de industrialisatie op gang is gekomen en de kredietbehoefte toeneemt, het hypotheekbankbedrijf opkomt en de verstrekking van hypotheekair krediet toeneemt.²⁶ Tot die tijd was de behoefte aan grondkrediet nog beperkt²⁷ en daarmee mogelijk ook de rol van de hypotheek in een *concurfus*.

4.3.2 Kritiek op en wijziging van de fiscale voorrang

Vanaf 1914 verandert het tij. De bevoorrechte directe belastingen nemen sterk in omvang toe door onder meer de invoering van een algemene inkomstenbelasting (Wet Inkomstenbelasting 1914), al snel gevolgd door een verhoging van die belasting (Verdedigingsbelastingen II) en de invoering van oorlogswinstbelasting. Ook wordt in 1919 voor het eerst een hoge voorrang toegekend aan een socialeverzekeringspremie: aan de premie uit hoofde van de Invaliditeitswet wordt voorrang verleend op alle roerende en onroerende goederen van de premieplichtige werkgevers, rangschikkend boven alle bevoorrechte schulden met uitzondering van die van artikel 12 IW 1845 en artikel 1185 sub 1 en artikel 1195 sub 1 OBW.²⁸ Anders dan de aanvankelijke bedoeling van de regering was, rangschikt ook deze premie boven pand en hypotheek.²⁹

²⁴ Pfeil, *Op gelijke voet* 2013, p. 120.

²⁵ Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 45.

²⁶ Klein & Vleesenbeek, in: *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken* 1981, p. 13.

²⁷ Klein & Vleesenbeek, in: *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken* 1981, p. 11.

²⁸ Art. 210 lid 1, Wet van 5 juni 1913 tot verzekering van arbeiders tegen geldelijke gevolgen van invaliditeit en ouderdom (Invaliditeitswet) (*Stb.* 1913, 205). Deze wet voorziet niet in de eerste sociale verzekering – dat deed de Ongevallenwet 1901 –, maar wel in de eerste sociale verzekering waarvan de verschuldigde premie is bevoorrecht. De ratio hierachter is dat de omvang van de uitkering uit deze verzekering – anders dan de verzekering uit de Ongevallenwet – rechtstreeks is gekoppeld aan de betaalde premies. Daarmee dient de hoge voorrang ter bescherming van de verzekeringsplichtige werklieden, 'die te zwak geacht worden om voor zich zelf te zorgen'. *Kamerstukken II* 1904/05, 188, nr. 3, p. 66-67 (MvT).

²⁹ In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp wordt namelijk expliciet aangegeven dat *niet* wordt voorgesteld om deze premie voorrang boven pand en hypotheek te geven, om te voorkomen dat de kredietverstrekking aan werkgevers zou worden bemoeilijkt. *Kamerstukken II* 1904/05, 188, nr. 3, p. 67 (MvT); *Kamerstukken II* 1910/11, 258, nr. 3, p. 94 (MvT). De voorrangsregel, die deze verhouding tot pand en hypotheek niet expliciet benoemt, blijkt in de praktijk evenwel anders te worden geïnterpreteerd, zoals volgt uit o.a. *Kamerstukken II* 1927/28, 422, nr. 3, p. 8 (MvT) en Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 266-268.

In de naoorlogse jaren ontstaat vanuit de praktijk in toenemende mate kritiek op de hoge rang van de fiscus inzake de directe belastingen, specifiek in verhouding tot het recht van hypotheek. Waar voorheen hypotheekhouders weinig te vrezen hadden van het fiscale privilege, wordt het nu niet ondenkbeeldig dat zij bij de executie van verhypothekerde onroerende zaken met een verlies worden geconfronteerd. Deels wordt dit toegeschreven aan de toegenomen omvang van de fiscale vorderingen, in het bijzonder de oorlogswinstbelasting,³⁰ maar deels ook aan de wijze van invordering door de fiscus. Zo is het voorgekomen dat de fiscus in de naoorlogse jaren nog belastingaanslagen vaststelde over de hele periode vanaf 1914 en daardoor over dat gehele bedrag ex artikel 12 IW 1845 nog twee jaar voorrang genoot, hetgeen de verhaalpositie van de hypotheekhouder bij een *concurfus* verder onder druk zette.³¹ De onvrede hierover kanaliseert zich in een krachtige lobby die waarschuwt voor de gevolgen voor de kredietverlening. Zo wendt de Vereniging van Directeuren van Hypotheekbanken zich meermaals richting regering en Staten-Generaal, in pogingen om het hypothecair krediet – en daarmee ook de ‘destijds zeer veilig gewaande’ hypothecaire belegging³² – te beschermen.³³ Ook de Broederschap der Notarissen roert zich met een open brief aan de Tweede Kamer met het verzoek om een einde te maken aan het fiscale privilege, wijzend op de schade die het door haar omvang aanricht aan het hypotheekwezen. Waar het hypotheekstelsel ‘tot zijn buitengewone bloei is geraakt’ door de beginselen van specialiteit en publiciteit, die de confrontatie met onbekende preferente schulden of legale hypotheeken uitsloten, is het fiscale privilege nu teruggekeerd als een gevaar uit het verleden.³⁴

De wetgever blijkt vatbaar voor deze lobby. In 1922-1923 worden de fiscale vorderingen uit directe belastingen (grondbelasting uitgezonderd) achtergesteld bij die van hypotheekhouders.³⁵ Het sentiment van de lobbyende partijen over het maatschappelijke belang van hypothecaire kredietverstrekking is daarbij overgenomen door de Minister van Financiën, zo volgt uit de memorie van toelichting:

30 Zie bijv. Van Dijk, *WPNR* 1918/2550, p. 495.

31 Utrechtse Hypotheekbank, *Vijftig jaren* 1932, p. 36-37.

32 Zo is de belegging in hypothecaire geldleningen een van de weinige wijzen die destijds ex art. 449 lid 2 OBW in aanmerking kwam voor het beheer van het vermogen van minderjarigen en onder curatele gestelden.

33 Zie bijv. over de zojuist genoemde wijze van invordering: Utrechtse Hypotheekbank, *Vijftig jaren* 1932, p. 37, waarin wordt vermeld dat dit voorval (dat zich bij de Utrechtse Hypotheekbank voordeed) onder de aandacht van de vereniging werd gebracht, die zich hierover vervolgens tot de regering wendde. Noemenswaardig is tevens een in het *WPNR* gepubliceerd verzoekschrift aan de Tweede Kamer dat zich uitspreekt tegen twee wetsontwerpen tot invoering van nieuwe (bevoorrechte) directe belastingen – vermogensaanwasbelasting en aanvullende verdedigingsbelastingen – die de verhaalpositie van de hypotheekhouder nog verder zouden ondergraven. Vereniging van Directeuren van Hypotheekbanken, *WPNR* 1919/2603.

34 Gepubliceerd in *WPNR* 1921, afl. 2703, p. 430-431.

35 Aanvankelijk door toevoeging van art. 115bis aan de Wet Inkomstenbelasting 1914 (van toepassing op de inkomstenbelasting, verdedigingsbelastingen II, oorlogswinstbelasting en dividend- en tantiëmebelasting). Een jaar later is de rangwijziging veralgemeniseerd door wijziging van art. 12 IW 1845. Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 45-46.

'Het betreft hier een zaak van meer dan particulier belang. Het recht van hypotheek mag zich verheugen in eene ongemeene mate van vertrouwen. Dank zij dat recht, komt er heel wat kapitaal in de handen van hen, die tot de meest nuttige aanwending er van in staat zijn.'³⁶

In de daaropvolgende periode blijven de bevoorrechte belastingen toenemen. Zo valt bij Wet van 28 mei 1925 ook de vermogensbelasting onder het bereik van artikel 12 IW 1845, en wordt in de jaren dertig de omzetbelasting ingevoerd en onder het bereik van artikel 290 AW 1822 (de voorrang van accijns) geplaatst.³⁷

Tegelijkertijd beklagt de praktijk zich opnieuw, erop wijzend dat de rangschikking van het fiscale voorrecht van artikel 12 IW 1845 boven pandrecht maakt dat ook de kredietverlening tegen onderpand (destijds vooral in effecten) wordt bemoeilijkt, en in veel gevallen zelfs zou worden verhinderd.³⁸ Ook hier blijkt de minister vatbaar voor dit argument. In 1932 wordt de fiscus bij resolutie opgedragen om de uitoefening van het voorrecht *jegens de pandhouder* zoveel mogelijk te beperken.³⁹ De voorschriften houden in dat – dringende gevallen uitgezonderd – nog slechts met toestemming van de minister tot beslag op (de opbrengst van) in pand gegeven zaken van de belastingdebiteur kan worden overgegaan. Kan beslaglegging niet wachten, dan mag slechts het noodzakelijke ter veiligstelling van de rechten van de schatkist worden verricht, in afwachting van nadere beslissing door de minister. Leidend bij de beslissing van de minister is dat het geldend maken van het voorrecht boven pand zoveel mogelijk wordt beperkt, waarbij onder meer een rol speelt in hoeverre de fiscus op een andere wijze dan op de verpande goederen verhaal kan nemen. Er is aldus sprake van een vorm van 'vrijwillige' zelfbinding: het fiscale voorrecht blijft ongewijzigd, maar de fiscus bindt zichzelf aan een bepaalde wijze van uitoefening van dit voorrecht jegens pandhouders.

Hoewel de praktijk aanvankelijk met de regeling van 1932 uit de voeten lijkt te hebben gekund,⁴⁰ wordt in het eerste jaar na de bevrijding in 1945 opnieuw melding gemaakt van een dreigend gevaar voor de kredietverlening, met name door een verder oplopende

36 *Kamerstukken II* 1921/22, 367, nr. 3 (MvT).

37 Voor beide belastingen geldt evenwel dat de hoge rang voor de wetgever 'bijvangst' lijkt te zijn. Zo komt de voorrang van de vermogensbelasting voort uit de meer algemene wens om de invordering van deze belasting op te dragen aan de ontvangers der directe belastingen. *Kamerstukken II* 1924/25, 268, nr. 3 (MvT). Voor wat betreft de omzetbelasting vermeldt de memorie van toelichting eenvoudigweg dat wordt aangesloten bij de regels over invordering van accijnzen. *Kamerstukken II* 1932/33, 305, nr. 3 (MvT).

38 Erasmus, *Invordering van belastingen* (FS nr. 2) 1978, p. 143; in vergelijkbare zin: Adriani, *Het belastingrecht* 1949, p. 215.

39 Resolutie van de Minister van Financiën van 16 juli 1932, nr. 46, opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 114-115; zie hierover nader Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 43 en Adriani, *Het belastingrecht* 1949, p. 215.

40 Zie hierover Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 42 en 104.

belastingdruk en door ingrijpende monetaire maatregelen van De Nederlandsche Bank.⁴¹ Na overleg met het bankwezen en mede in het licht van het belang van de kredietverlening voor de wederopbouw na de oorlog, vaardigt de minister een tweede resolutie uit, toegespitst op *bancaire* kredietverlening, die nu ook ingrijpt in de voorrangspositie zelf. Onder voorwaarden en met betrekking tot een bepaald aantal belastingen zal de fiscus zich (zonder tussenkomst van de minister) jegens een bancaire kredietverlener in rang achterstellen. Het moet dan gaan om een normaal verleend zakelijk krediet en er mogen geen redenen aanwezig zijn om aan te nemen dat het verstrekken of het voortzetten van het krediet plaatsvond, terwijl de kredietverlener wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de krediettransactie zou bevorderen dat goederen aan de boedel worden onttrokken of de rechten van de fiscus op een andere manier zouden worden 'verkort'.⁴² Specifiek jegens bancaire pandhouders (anno 1956 alleen nog bij pandrecht op effecten, celen en andere dergelijke stukken⁴³) geldt dat de fiscus bij executie wegens zijn voorrecht terug zal treden ten behoeve van de pandhouder, indien aan de zojuist genoemde voorwaarden is voldaan.⁴⁴ Betreft het door het pandrecht geseceerde krediet meer dan f 10.000, dan geldt daarbij tevens de eis dat de pandhouder voorafgaand aan de kredietverstrekking een verklaring van geen bezwaar van de fiscus heeft verkregen.⁴⁵

In andere gevallen (zoals bij ongesecureerd krediet of het ontbreken van de vereiste verklaring) is de bank afhankelijk van de welwillendheid van de fiscus. De directeur van 's Rijks belastingen en domeinen *kan* bepalen dat de fiscus een op grond van het fiscale voorrecht geïnd bedrag geheel of gedeeltelijk aan een daartoe verzoekende bank uitkeert, mits de schatkist is gebaat door het door de bank aan de belastingschuldige verstrekte krediet.⁴⁶

In de toelichting bij de regeling geeft de minister blijk van de belangenafweging die aan de regeling ten grondslag ligt, waarbij de nadruk ligt op het willen voorkomen dat het fiscale voorrecht het financieringsverkeer hindert:

'Reeds geruimen tijd bezin ik mij op maatregelen om in den toestand zooals hij langzamerhand is gegroeid, verandering te brengen. Voorop moet ik stellen, dat het economisch leven in Nederland niet mogelijk is zonder credietverstrekking; stagnatie in de financiering mag door den fiscus in het algemeen niet worden veroorzaakt. Van den anderen kant moet ik zooveel mogelijk waken voor het veilig stellen van de belangen van 's Rijks schatkist,

41 Zie hierover de toelichtende brief van de Minister van Financiën bij diens Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105, par. 2-3, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 104. Met betrekking tot de monetaire maatregelen vermeldt deze brief dat De Nederlandsche Bank eind 1945 in verschillende gevallen het opnemen van geblokkeerd tegoed heeft stopgezet en vervangen door kredietverstrekking door de bank op onderpand van het geblokkeerde tegoed. Omdat banken vreesden dat de fiscus zich op dit geblokkeerde tegoed zou verhalen, zou het verkrijgen van krediet onder dekking van een geblokkeerd tegoed bijzonder moeilijk en duur zijn geworden.

42 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('Voorrang 211'), par. 2, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 106.

43 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 44.

44 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('Voorrang 211'), par. 13.

45 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('Voorrang 211'), par. 14.

46 Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105 ('Voorrang 211'), par. 3.

in het bijzonder wanneer het geldt de zeer hoge heffingen welke van zwarte handelaren en collaborateurs zullen worden gevraagd.⁴⁷

In 1952 wordt de voorzichtige houding van de fiscus jegens met pandrecht bezwaarde goederen uitgebreid tot door de belastingschuldige in zekerheidseigendom overgedragen goederen, omdat de aanvankelijke moeilijkheden met betrekking tot het fiscale voorrecht en het pandrecht zich ook zouden voordoen bij de (in de financieringspraktijk in zwang geraakte) zekerheidsoverdracht.⁴⁸ Voor de goederen die onder het fiscale bodemrecht van artikel 16 lid 3 IW 1845 en artikel 290 lid 4 AW 1822 vallen, betekent dit namelijk dat de fiscus opnieuw voorgaat op de kredietverlener. De fiscus voer aanvankelijk scherp aan de wind door bij alle zekerheidsoverdrachten een beroep op het bodemrecht gerechtvaardigd te achten, zich daarbij baserende op een resolutie uit 1929 die de fiscus opdroeg het bodemrecht alleen nog maar uit te oefenen in de gevallen waarin de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de goederen aanleiding geeft om ze als *zijn* goederen te beschouwen.⁴⁹ Dit gaat de minister evenwel te ver. Voor het 'oneigenlijk pandrecht' dient dezelfde gedragslijn te gelden als voor het 'eigenlijke pandrecht' en daarmee dient dezelfde voorzichtige koers te worden gevaren: er mag geen beroep worden gedaan op het bodemrecht dan na toestemming van de minister.⁵⁰

De beoordeling van de minister zal volgens de resolutie hoofdzakelijk zien op de vraag of de uitoefening van het bodemrecht tegenover de betreffende derde *in redelijkheid gerechtvaardigd* is, waarbij tevens een grote plaats is voor overwegingen van billijkheid en de eisen van goed beleid.⁵¹ De resolutie geeft vervolgens twee eerste wijzigingen: i) indien de waarde van de goederen de schuld waarvoor zij zijn verbonden overtreft, zal er in beginsel niets op tegen zijn dat een dergelijk surplus aan de fiscus toekomt;⁵² en ii) voor de zakelijke lasten als loon- en omzetbelasting zal de uitoefening van het bodemrecht sneller gerechtvaardigd zijn: 'in het veel voorkomend geval [...] dat een bedrijf in belangrijke mate steunt op bankcrediet, mag vaak de regel gelden, dat degene die het voeren van een bedrijf mogelijk wil maken zich niet geheel ontslagen mag achten van verantwoordelijkheid tegenover zakelijke crediteuren en ten opzichte van de zakelijke lasten, die aan de bedrijfsvoering zijn verknocht.'⁵³

47 Toelichtende brief van de Minister van Financiën bij diens Resolutie van 7 maart 1946, nr. 105, par. 5, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 105.

48 Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 56-57.

49 Aldus de minister, bij Resolutie van 14 juli 1952, nr. 6, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 110-114, onder verwijzing naar de Resolutie van 4 oktober 1929, nr. 72.

50 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 2, zoals opgenomen in Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 110-114. Omdat – in tegenstelling tot bij het pandrecht – voor de fiscus voorafgaand aan beslag veelal niet zichtbaar is of op de betreffende goederen dergelijke rechten van derden rusten, betreft dit geen toestemming voorafgaand aan een (bodem)beslag, maar gedurende de bezwaarprocedure ex art. 16 lid 1 IW 1845 bij de directeur (van 's Rijks belastingen en domeinen).

51 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 5.

52 Volgens de resolutie handelt de minister ten aanzien van *verpande* goederen reeds in deze geest.

53 Resolutie van 14 juli 1952, nr. 7.

Wanneer deze resoluties worden samengenomen, dan ontstaat het volgende beeld: pandhouders en zekerheidseigenaren worden tegemoetgekomen via respectievelijk de Resolutie van 16 juli 1932 en de Resolutie van 14 juli 1952. Bancaire kredietverleners worden daarbovenop extra tegemoetgekomen via de 'Voorrang 211'-resolutie uit 1946; slaagt een beroep op deze resolutie niet, dan kunnen zij – mits van toepassing – nog terugvallen op de 1932- en/of 1952-resolutie. De rode draad die ze verbindt is het gemeenschappelijke doel van de resoluties: voorkomen dat de fiscale verhaalspositie de kredietverlening in gevaar brengt.

4.3.3 (Onderlinge) voorrang van belastingvorderingen en socialeverzekeringspremies

Een ander probleem dat met de toename van de bevoorrechte belasting- en premieschulden rijst, is dat het aantal publiekrechtelijke voorrechten – verspreid over diverse wetten – toeneemt, terwijl bovendien de afstemming, onderling en in verhouding tot de privaatrechtelijke voorrechten, te wensen overlaat. Naast het gevolg dat de onderlinge rangorde van de publiekrechtelijke voorrechten niet altijd duidelijk is en de Hoge Raad hier meermaals een knoop over heeft moeten doorhakken,⁵⁴ werkt dit ook het ontstaan van zogenoemde 'rangordecirkels' in de hand. Dit lijkt zich bijvoorbeeld voor te doen bij het aan successierechten verbonden voorrecht (art. 25 Successiewet 1859). Dit voorrecht rust op alle roerende en onroerende zaken die door het overlijden zijn geërfd of verkregen, en neemt rang onmiddellijk na alle op dat ogenblik bestaande voorrechten, pandrechten en hypotheekrechten. Dit lijkt een verstoring van de algemene rangorderegels uit het OBW, aangezien dit voorrecht aldus rangschikt voor posterieure rechten van pand en hypotheek. De samenloop van een schuldeiser (A) met een algemeen voorrecht daterend van voor het overlijden, de fiscus (B) met een vordering wegens successierecht en een schuldeiser (C) met een pandrecht daterend van na het overlijden, levert dan een cirkel op: A heeft voorrang boven B; B heeft voorrang boven C; en C heeft voorrang boven A (art. 1180 lid 2 OBW).⁵⁵ Een uitweg uit deze impasse vereist wat creativiteit, maar ligt in de herinterpretatie van dit voorrecht tot een – wel in het systeem van het privaatrecht passend – verhaalsrecht op de nalatenschap.⁵⁶ De privéschuldeisers van de erfgenaam kunnen zich hierop dan inderdaad pas, ongeacht hun rang, verhalen nadat de schuldeisers

54 Zie hierover uitgebreid Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 58-60, onder verwijzing naar HR 26 juni 1936, NJ 1936/1050, m.nt. P. Scholten (over de verhouding tussen de directe belastingen en de premievorderingen uit de Invaliditeitswet) en HR 23 april 1954, NJ 1955/3 (over de verhouding tussen de directe belastingen en de premievorderingen uit de Ziektewet, het Ziektefondsbesluit, de Kinderbijslagwet en de Werkloosheidswet). Zo heeft de Hoge Raad in 1936 beslist over de onderlinge rang van de premie uit hoofde van de Invaliditeitswet en de directe belastingen, waarbij de – in 1929 gewijzigde – voorrangsregel in art. 210 Invaliditeitswet, anders dan de bedoeling van de wetgever om deze premie te laten prevaleren boven de directe belastingen, identiek was aan de voorrangsregel in art. 12 IW 1845.

55 Voorbeeld ontleend aan Klaassen, *De Successiewet* 1936, p. 375-376.

56 Betoogd door Adriani, WPNR 1924/2835, p. 213-214. Instemmend Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 262-263.

van de nalatenschap zijn voldaan. Het ligt voor de hand dat de wetgever dit ook heeft beoogd, maar op een systeemvreemde manier heeft verwoord.⁵⁷

Het voorgaande lijkt een symptoom van een groter probleem, namelijk dat er geen duidelijk stelsel van voorrangregels is. Waar in de privaatrechtelijke voorrechten al geen duidelijke, overkoepelende visie achter het geheel van voorrangregels naar voren komt, heeft de in artikel 1183 OBW opgenomen *carte blanche* voor het vormgeven van de publiekrechtelijke voorrangregels (zie hiervoor, § 4.3.1) het spreken over een coherent stelsel van voorrangregels eigenlijk al direct onmogelijk gemaakt.

In een in 1956, in opdracht van de Vereniging voor Belastingwetenschap verschenen, commissierapport over de juridische en economische aspecten van voorrechten van de fiscus is deze problematiek een van de centrale thema's. De commissie, onder leiding van Suijling, concludeert – in lijn met het voorgaande – dat een overzichtelijke wettelijke regeling van de publiekrechtelijke voorrechten 'dringend gewenst' is, waarbij tevens aandacht dient te zijn voor hun onderlinge rangorde, hun verhouding tot pand, hypotheek en de privaatrechtelijke voorrechten en voor hun tijdsduur.⁵⁸ Met andere woorden, er dient weer orde in de ontstane warboel te worden gebracht.

4.4 De privaatrechtelijke voorrechten vanaf 1950

In de jaren vijftig en zestig worden ook de privaatrechtelijke voorrechten uitgebreid. Dat doet zich voor bij de invoering van de Appartementenwet (1951) en van de Wet op het schadeverzekeringsbedrijf (1964) en bij de pensioenrechten van werknemers (1968).

Met de invoering van de Appartementenwet (*Stb.* 1951, 571) wordt een voorrecht in het leven geroepen dat is verbonden aan de bijdrage van de appartementseigenaren (en vruchtgebruikers) in de kosten van het (in appartementsrechten opgesplitste) gebouw: artikel 1185 sub 9 OBW. Het doel van dit voorrecht is het voorkomen dat appartements-eigenaren de dupe kunnen worden van insolventie van een van hen, hetgeen afbreuk zou doen aan de verhandelbaarheid – en daarmee de populariteit – van appartementen.⁵⁹

Met de invoering van de Wet op het schadeverzekeringsbedrijf wordt een voorrecht toegekend aan de vorderingen tot uitkering op grond van de verzekeringsovereenkomst (art. 1195 sub 10 OBW jo. art. 8 lid 7 Wet op het schadeverzekeringsbedrijf). Het doel hiervan is zuiver technisch: het voorrecht zorgt ervoor dat bij liquidatie van een (schade)-verzekeraar de gerechtigden tot deze uitkeringen voorgaan op hen die recht hebben op premierestitutie.⁶⁰

De bevoorrchting van de pensioenrechten van werknemers (art. 1195 sub 3 en 4 OBW) komt voort uit een sociale noodzaak. Rond de jaren zestig blijkt dat bij inkrimping, fusie

⁵⁷ Adriani, *WPNR* 1924/2835, p. 214.

⁵⁸ Commissie-Suijling, *Rapport juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus* (Geschriften VBW nr. 92) 1956, p. 100.

⁵⁹ Dit moet worden gezien tegen de achtergrond dat in die tijd grote behoefte was aan (goedkope) koopwoningen – met de bouw van appartementencomplexen als oplossing – en dat het daarom van belang was om appartementen even goed verhandelbaar te laten zijn als eengezinswoningen. Pas dan – zo schrijven de ministers (van Justitie en van Wederopbouw en Volkshuisvesting) in de MvA bij de Appartementenwet – zal de regeling ingang vinden bij het publiek. Mertens, *Appartementen* (Mon. BW nr. B29) 2006/1; *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5 (MvA).

⁶⁰ Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 135.

of sluiting van ondernemingen de belangen van werknemers, in het bijzonder voor wat betreft hun pensioenvoorziening, te weinig worden beschermd.⁶¹ Weliswaar zijn door de Pensioen- en spaarfondsenwet de pensioenrechten van de meeste werknemers goed geborgd (doordat voor pensioen gestorte gelden dan verplicht buiten de onderneming worden gebracht), maar voor de uitzonderingsgevallen dient een voorziening te worden getroffen. De pensioenrechten betreffen in die gevallen slechts een (kwetsbare) vordering op de werkgever. Tot onvrede van de politiek kan de gewenste bescherming alleen niet worden bereikt. Men moet namelijk onder ogen zien dat de hoge voorrang van de belastingen en socialeverzekeringspremies het preferentiestelsel uit het lood hebben geslagen: door deze hoge voorrang blijven in de praktijk *alle* lager gerangschikten bijna altijd met lege handen achter.⁶² De belasting- en premiedruk bedraagt dan inmiddels ook meer dan 25% van het bbp (en zal nog oplopen tot 40% in 1980).⁶³ De toevoeging van twee algemene voorrechten aan artikel 1195 OBW, waarbij de onderlinge rang met de andere in deze bepaling opgenomen voorrechten overigens zorgvuldig wordt bepaald,⁶⁴ zet dan ook geen zoden aan de dijk. Desalniettemin wordt met de voorgestelde voorrechten ingestemd, nu de bevoorrechtiging dringend nodig is en elke verbetering van de positie van werknemers – hoe klein ook – welkom is.⁶⁵ Duidelijk is evenwel dat het preferentiestelsel herziening behoeft. Een algehele reflectie op de preferenties – inclusief die van de fiscus en de socialeverzekeringsinstellingen – is nodig.

4.5 De weg naar het NBW

4.5.1 Het Ontwerp-Meijers

Parallel aan de ontwikkelingen in de voorgaande paragraaf wordt intensief gewerkt aan de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek. Deze hercodificatie vangt aan met de opdracht aan Meijers in 1947 om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen, hetgeen in 1954 uitmondt in de publicatie van het eerste deel van zijn Ontwerp: de boeken 1 tot en met 4. In dit Ontwerp wijkt hij voor wat betreft de rangorde van vorderingen (titel 3.10 van het Ontwerp) – zoals hij ook zelf opmerkt in zijn toelichting bij het Ontwerp – niet principieel af van de bestaande regeling.⁶⁶ De in het Ontwerp voorgestelde aanpassingen

61 Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976, p. 124; *Kamerstukken II* 1966/67, 9010, nr. 3, p. 1 (MvT).

62 *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 4, p. 1 (VV).

63 Ontleend aan cijfers van het Belasting & Douane Museum, gebaseerd op oude miljoenennota's. Collectie geraadpleegd op 26 februari 2022.

64 Voorgesteld wordt om de pensioenrechten direct na de kosten van uitwinning en de begrafeniskosten te rangschikken, omdat de betreffende pensioengerechtigden in de opvatting van de minister (van Justitie) in de regel een zwakkere positie innemen dan de andere schuldeisers uit art. 1195 OBW en voor hun bestaan ook meer afhankelijk zijn van de voldoening van deze vorderingen. *Kamerstukken II* 1966/67, 9010, nr. 3, p. 1 (MvT).

65 *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 4, p. 1 (VV). Hierbij speelt mogelijk tevens een rol dat – zo geeft de minister in de MvA aan – de invoering van deze voorrechten ook los van de plaats in de rangorde meerwaarde heeft: zo worden bevoorrechte vorderingen niet getroffen door surseance van betaling (art. 232 Fw) en door een faillissementsakkoord (art. 157 Fw). *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 5, p. 1-2 (MvA).

66 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 289.

zijn deels klein en technisch van aard, al worden ook enkele inhoudelijke aanpassingen voorgesteld. Alle aanpassingen beperken zich daarbij tot het privaatrechtelijke deel van het preferentiestelsel.

4.5.1.1 De voornaamste wijzigingen in het Ontwerp

In het Ontwerp-Meijers springen met betrekking tot de voorrechten op bepaalde goederen de volgende wijzigingen het meest in het oog. In de eerste plaats wordt een voorrecht toegevoegd voor hen die voor de vervaardiging van een zaak aan een aannemer materialen hebben geleverd, of voor hem in of buiten dienstverband arbeid hebben verricht. Zij zijn dan voor de koopprijs of het arbeidsloon bevoorrecht op de vordering die de aannemer wegens de vervaardiging van die zaak op de aanbesteder heeft (art. 3.10.3.14). Met deze toevoeging wil het Ontwerp tegemoet komen aan 'de reeds lang in ruime kring bestaande wens' om ambachtslieden te beschermen.⁶⁷ Onder het OBW was het onzeker of hen al een dergelijk voorrecht toekwam. Het Ontwerp stelt dit buiten twijfel. Het voorrecht is bovendien uitgebreid tot hen die materialen hebben geleverd aan de aannemer. Er bestaat volgens Meijers namelijk onvoldoende grond om deze verkopers anders te behandelen dan de onderaannemers; beiden hebben immers eraan bijgedragen dat het werk vordert en dat de aannemer vervolgens een vordering op de aanbesteder verkrijgt.⁶⁸

Een tweede nieuw voorrecht ziet op hen die een geleden schade kunnen verhalen op een tegen een dergelijke aanspraak verzekerde. Zij zijn bevoorrecht op de vordering die de verzekerde uit hoofde van de verzekering jegens de verzekeraar heeft. Dit voorrecht komt tegemoet aan het risico dat de verzekeringsuitkering de benadeelde niet bereikt door bijvoorbeeld faillissement van de verzekerde.⁶⁹ Meijers onderkent dat er reeds verschillende oplossingen voor dit probleem zijn voorgesteld, en kiest vervolgens voor dit voorrecht als oplossing in het Ontwerp. Uitdrukkelijk wordt daarbij aangegeven dat het geven van een eigen recht aan de benadeelde tegen de verzekeraar te ver zou gaan als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen.⁷⁰

Ten derde wordt het voorrecht van de verhuurder en verpachter qua duur ingeperkt (art. 3.10.3.8). Het voorrecht geldt nog slechts voor vorderingen niet ouder dan één jaar, tegenover drie jaren in artikel 1189 OBW. Meijers acht dit noodzakelijk om verhuurder en verpachter aan te zetten tot actieve inning, zodat zij achterstanden niet te veel laten oplopen ten nadele van de andere schuldeisers.⁷¹

In het Ontwerp zijn verder enkele voorrechten op alle goederen geschrapt. Zo is het voorrecht voor de kosten van laatste ziekte (art. 1195 sub 3 OBW), ook wel het voorrecht van de medicus genoemd, geschrapt. Meijers acht het namelijk niet goed verdedigbaar dat de medicus wiens patiënt overlijdt bevoorrecht is, terwijl iemand wiens kunde en ervaring tot herstel van de ziekte leidt een lagere rang inneemt.⁷² Ook het voorrecht van de kostschoolhouders (art. 1195 sub 6 OBW) is geschrapt, met als bondige toelichting dat

67 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.

68 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.

69 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 295.

70 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

71 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 292-293.

72 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

dit voorrecht voor ons land niet voldoende gemotiveerd is.⁷³ Tot slot is ook het voorrecht van minderjarigen en onder curatele gestelden (art. 1195 sub 7 OBW) geschrapt, met als toelichting dat deze personen op een andere manier zekerheid moet worden gepoogd te geven.⁷⁴ Ook de in deze OBW-bepaling uitgewerkte kinderalimentatievordering komt in het Ontwerp niet meer voor bevoorrecht in aanmerking, nu het belang van dit voorrecht gering is: een voorrecht krijgt pas relevantie bij insolventie van de schuldenaar, en dat zal juist een reden geven om de kinderalimentatie te verlagen.⁷⁵ Beter is het – aldus Meijers – om de vertegenwoordiger van de kinderen middelen te geven om tegen onwillige ouders op te treden, en de toelichting vermeldt dat de wet hier al afdoende voor zorgt.⁷⁶

Toegevoegd is verder het voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag, als hoogst gerangschikte algemene voorrecht. Deze toevoeging komt voort uit het onderscheid dat Meijers maakt tussen eigenlijke en oneigenlijke executiekosten.⁷⁷ De kosten van de faillissementsaanvraag beschouwt hij als oneigenlijke executiekosten en daarmee vallen zij buiten de hoge voorrang die de eigenlijke executiekosten genieten. Dit hangt samen met de nieuwe opzet van de verdelingsregels in deze titel: een aparte bepaling voor de uitwinningskosten zoals artikel 1185 sub 1 en artikel 1195 sub 1 OBW is niet meer nodig; conform artikel 3.10.1.2 (later 3:277) BW zijn deze verdelingsregels nog slechts van toepassing op de netto-opbrengst (aldus na aftrek van deze uitwinningskosten). Maar omdat Meijers de kosten voor de faillissementsaanvraag als oneigenlijke executiekosten ziet, is hiervoor wel nog een aparte bepaling vereist: het oude artikel 1195 sub 1 OBW wordt beperkt tot deze kosten en rangschikt als hoogste onder de algemene voorrechten.

Deze keuze van Meijers beslecht de tot dan bestaande onduidelijkheid over de verhouding tussen de in artikel 1195 sub 1 OBW genoemde kosten en de verhouding tot de 'algemene faillissementskosten' in de zin van artikel 182 Fw. Hoewel anno 1950 duidelijk was dat de kosten van de faillissementsaanvraag onder de reikwijdte van artikel 1195 sub 1 OBW vielen,⁷⁸ bestonden in de literatuur meerdere opvattingen over de consequentie daarvan. Zo is enerzijds betoogd dat pas wanneer de betreffende kosten ook onder het begrip 'algemene faillissementskosten' vallen, deze kosten ex artikel 182 Fw worden omgeslagen over ieder deel van de boedel en daarmee ook voorrang hebben boven de bijzondere voorrechten.⁷⁹ Voor de kosten van de faillissementsaanvraag liepen de opvattingen hierover uiteen.⁸⁰

73 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

74 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

75 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296.

76 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 296. Inmiddels is een wetsvoorstel aanhangig om kinderalimentatievorderingen toch weer van een voorrecht (op alle goederen) te voorzien. Hoewel Meijers' bezwaar nog onverminderd actueel is, kiest de regering toch voor bevoorrechtiging vanwege de meerwaarde hiervan bij situaties van cumulatief (derden)beslag. Zie hierover nader: *Kamerstukken II* 2020/21, 31 265, nr. 75, p. 10-11; *Kamerstukken II* 2023/24, 36 433, nr. 3, p. 2-4 en 8 (MvT).

77 Meijers, *Toelichting Ontwerp-NBW (Boek 1-4)* 1954, p. 289-290.

78 Vaste rechtspraak sinds HR 2 januari 1885, W. 5119. Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355.

79 Asser/Scholten 1933, p. 387.

80 Zo betoogt Polak onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet dat de algemene faillissementskosten beperkt zijn tot de ná de faillietverklaring gemaakte kosten. Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355. Zie anders: Smits, *Praeadvies faillissementskosten* (Hand. NJV, deel 1, eerste stuk) 1935, p. 31-32.

Anderzijds is betoogd dat alle kosten van artikel 1195 sub 1 OBW zonder meer voorrang genieten boven de bijzondere voorrechten en worden omgeslagen over ieder deel van de boedel.⁸¹ Meijers hakt in zijn Ontwerp de spreekwoordelijke knoop door: de kosten van de faillissementsaanvraag moeten worden onderscheiden van de eigenlijke executiekosten en krijgen in die hoedanigheid een aparte, lagere rang. Meijers sluit hierbij aan bij de praktijk, waar dit onderscheid volgens hem al staande praktijk is.⁸²

4.5.1.2 Bespiegelingen over het Ontwerp

Het is opvallend dat de fundamentele problemen bij de rangorde van vorderingen – de wanorde in de publiekrechtelijke voorrechten en de uit het lood geslagen verhouding tussen de fiscale en sociale voorrechten en de privaatrechtelijke voorrechten – niet worden geadresseerd in het Ontwerp van Meijers. De focus ligt volledig op het doorlichten van de privaatrechtelijke voorrechten. Weliswaar ontstaat de brede aandacht voor deze problemen pas na finalisering van Meijers' Ontwerp (door de publicatie van het rapport van de commissie-Suijling in 1956 en de parlementaire behandeling inzake de bevoorrechtiging van pensioenrechten in de jaren zestig). Tegelijkertijd is het onaannemelijk dat Meijers niet van deze problemen op de hoogte was. Zij zijn namelijk wel onder Meijers' aandacht gebracht, in ieder geval door Van Vrijberghe de Coningh in de opstellenbundel die in 1935 aan Meijers is aangeboden ter gelegenheid van zijn ambtsjubileum. Van Vrijberghe de Coningh adresseert hierin primair de 'chaos' in de publiekrechtelijke voorrechten, met ook aandacht voor de drukkende werking die kan worden ervaren vanwege omvangrijke voorrechten van het Rijk.⁸³ Het is dan ook aannemelijk dat de focus op de privaatrechtelijke voorrechten voortkomt uit een bewuste keuze van Meijers. Naar de redenen die aan deze keuze ten grondslag liggen is het tot op zekere hoogte gissen. In de vergaderingen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot Herziening van de Nederlandse Burgerlijk Wetgeving – de plaats waar onder leiding van Meijers het nieuwe BW wordt voorbereid – komt het onderwerp van de publiekrechtelijke voorrechten niet aan bod.⁸⁴ De notulen laten 'slechts' een artikelsgewijze behandeling van het conceptontwerp van Meijers zien, waar – evenals in het uiteindelijke Ontwerp-Meijers en anders dan in artikel 1183 OBW – geen aandacht is voor de niet-privaatrechtelijke gronden van voorrang.

Wat wel opvalt in de notulen van deze twee vergaderingen is dat Meijers in zijn conceptontwerp van deze titel conservatief te werk is gegaan. Zo bevat zijn conceptontwerp nog bijna alle algemene voorrechten uit het OBW. Bij de bespreking ervan komt Meijers tot het

81 Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht* 1961, nr. 176 (deel III); Polak/Polak, *Faillissement en Surséance van betaling* 1972, p. 355.

82 Notulen van de 85^{ste} vergadering van de subcommissie Burgerlijk recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijk wetgeving. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 181.

83 Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, i.h.b. p. 247-248.

84 Aldus de notulen van de 84^{ste} en 85^{ste} vergadering van de subcommissie Burgerlijk recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijk wetgeving. De bespreking van de titel 'Verhaalsrecht op Goederen' vond in deze twee vergaderingen (op 21 mei en 11 juni 1949) plaats. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 181.

inzicht dat een deel ervan (kosten laatste ziekte en de vorderingen van kostschoolhouders) toch dient te worden geschrapt.⁸⁵

Een plausible verklaring voor het ontbreken van deze aandacht kan worden gelezen in het zojuist genoemde opstel van Van Vrijberghe de Coningh, waarin met betrekking tot de voorrechten een onderscheid wordt gemaakt tussen de voorschriften van de burgerlijke wetgever (titel 3.18 OBW) en die van de publiekrechtelijke wetgever (de diverse regelingen inzake de publiekrechtelijke voorrechten).⁸⁶ Het is mogelijk dat Meijers hetzelfde onderscheid maakte en zich in de herziening van het Burgerlijk Wetboek beperkte tot de voorschriften van de burgerlijke wetgever. Dit kan een keuze van principiële aard zijn geweest, maar evengoed kan zij zijn gelegen in Meijers' bij uitstek pragmatische houding bij de herziening: hij was er boven alles op uit om met een ontwerp te komen dat een reële kans zou hebben om daadwerkelijk te worden ingevoerd.⁸⁷ Wanneer dan ook een onderdeel van publiekrecht in het Ontwerp wordt betrokken – dat naast Justitie ook de (politieke) betrokkenheid van de departementen van Financiën en Sociale Zaken vergt – heeft dat een negatief effect op deze slagingskans.

Ook in de vraagpuntenprocedure, waarin Meijers over een aantal specifieke onderwerpen die in de Tweede Kamer levende opvattingen peilde, komen de publiekrechtelijke voorrechten niet aan bod. Sterker nog, geen van de aan de Kamer voorgelegde vraagpunten had betrekking op de rangorde tussen schuldeisers. Dit wil evenwel niet zeggen dat Meijers geen vraagpunten over dit onderwerp had voorbereid. In de eerste reeks van twaalf vraagpunten die Meijers (via de ministerraad) aan de vaste commissie voor Privaat- en Strafrecht voorlegde, hadden er twee (XI en XII) betrekking op titel 3.10. Zij blijken in het vooroverleg met de vaste commissie en toenmalig Minister van Justitie Donker te zijn gesneuveld.⁸⁸ In deze vraagpunten peilde Meijers de opvatting van de Kamer over opheffing of wijziging van het voorrecht van de verhuurder en verpachter, en over de invoering van een voorrecht of directe actie voor gelaedeerden jegens de verzekeraar van de aansprakelijke en voor de leverancier van bouwmaterialen.⁸⁹ De notulen van dit vooroverleg onthullen dat Meijers worstelde met deze titel. Zo start hij zijn toelichting op deze vraagpunten met de opmerking dat 'de materie van de voorrechten ontzaglijk

85 Zie in dit verband ook het conceptontwerp van deze titel (genummerd B.W. 14b), met handgeschreven verbeteringen. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 182. Dit sluit overigens aan bij hoe Meijers ook de andere titels van het Ontwerp opstelde: in de eerste concepten zoveel mogelijk aansluiten bij het geldende recht, waarna deze concepten ter becommentariëring aan derden werden voorgelegd. Zie uitgebreid over Meijers' werkwijze: Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 106 e.v.

86 Van Vrijberghe de Coningh, in: *Rechtskundige opstellen* 1935, p. 247.

87 Zie nader over Meijers' pragmatische houding bij het opstellen van zijn Ontwerp: Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 122 en 129.

88 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

89 Eerste reeks vraagpunten over het nieuwe burgerlijk wetboek, bij nota van 6 januari 1951 door de Minister van Justitie gedeeld met de andere ministers ter behandeling in de Raad van Ministers. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 202.

lastig is, omdat eigenlijk alle categorieën van schuldeisers met een zeker recht kunnen aanvoeren dat zij een voorrecht behoren te hebben'.⁹⁰ Ook de andere deelnemers aan deze bespreking geven blijk van terughoudendheid als het aankomt op het herzien van de voorrechten. Zo merkt Van Rijckevorsel (lid van de vaste commissie) op bang te zijn dat 'wanneer men iets aan het systeem van de voorrechten gaat veranderen, het hele systeem zal gaan wankelen'.⁹¹ Ten aanzien van het vraagpunt over het voorrecht van de bouwmaterialenleverancier wordt daarnaast door minister Donker gevreesd dat dit – doordat dan ook de verhouding tot het loonvoorrecht van werknemers moet worden geregeld – de roep om herziening van het recentelijk herziene arbeidsrecht zou versterken, met het risico dat de daarmee gemoeide vertraging het herzieningswerk zou laten mislukken.⁹² Het lijkt er aldus op dat men de voorrechten een beladen onderwerp vindt. Men is heel voorzichtig met het doen van aanpassingen en men houdt het liefst de spreekwoordelijke geest in de fles: voorzichtigheid is geboden om geen publiek debat over wijzigingen in het preferentiestelsel uit te lokken.

4.5.2 *De commissie-Houwing*

4.5.2.1 *Aanleiding en overkoepelend beeld*

De voorgestelde titel 3.10 van het Ontwerp-Meijers wordt in de Tweede Kamer niet goed ontvangen. Zes jaar na het hiervoor beschreven vooroverleg over de vraagpunten lijkt het sentiment te zijn omgeslagen. De vaste commissie voor Justitie (met deels dezelfde samenstelling als de eerdere vaste commissie voor Privaat- en Strafrecht⁹³) betreurt in haar voorlopig verslag dat de bestaande onoverzichtelijkheid van het preferentiestelsel niet is aangepakt. Zo bevat het Ontwerp nog steeds alleen de privaatrechtelijke preferenties zonder een centrale regeling van de onderlinge rangorde van *alle* (privaat- én publiekrechtelijke) preferenties. Dit zit een nadere reflectie van deze onderlinge rangorde in de weg en verhindert in het bijzonder een reflectie op de – naar het oordeel van de commissie – 'al te zeer verschoven' verhouding tussen de fiscus en de andere preferente schuldeisers.⁹⁴

Minister (van Justitie) Polak reageert met de instelling van een commissie, onder het voorzitterschap van Houwing, met als taak de wenselijkheid van de voorrechten, hun

90 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

91 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

92 Notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210. Zie ook Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 149-150.

93 Zo zaten de Tweede Kamerleden Van den Heuvel, Oud*, Van Rijckevorsel*, Wttewaal van Stoetwegen en Zeelenberg* in beide commissies en waren de met een * gemarkeerde commissieleden bovendien aanwezig bij het vooroverleg. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. IX-X; notulen bespreking vraagpunten betreffende het Burgerlijk Wetboek op 31 oktober 1952. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 210.

94 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 843-844.

onderlinge rangorde en de plaats waar zij het beste kunnen worden geregeld, te onderzoeken.⁹⁵ De minister stelt daarbij ook enkele ambtelijke waarnemers aan, waaronder regeringscommissaris Snijders, die bevoegd zijn de commissievergaderingen bij te wonen.⁹⁶ De commissie krijgt de volgende vragen mee:⁹⁷

'a. Verdient het aanbeveling de rangorde der voorrechten op goederen onderling, alsook ten opzichte van de zekerheidsrechten te wijzigen, bestaande voorrechten te wijzigen of af te schaffen en nieuwe in te voeren? In hoeverre is het gewenst in verband hiermede de regeling van het verhaalsrecht te herzien? Op welke wijze kan de door de commissie aanbevolen regeling mede worden ingepast in het stelsel van het (ontwerp van) het nieuwe Burgerlijk Wetboek?

b. Verdient een geheel of ten dele centrale regeling van de voorrechten de voorkeur? Zo ja, in welke wet dient deze een plaats te vinden?

c. Kan het huidige stelsel der voorrechten nog in ander opzicht worden vereenvoudigd?'

In haar rapport (1974) vangt de commissie aan met een kritische analyse van de rechtsgronden van de voorrechten. Zij neemt daarbij tot uitgangspunt dat een voorrecht slechts op zijn plaats is indien duidelijke redenen aanwezig zijn om de hoofdregel van gelijkheid van schuldeisers voor een van hen te doorbreken.⁹⁸ Het belang dat hij wordt voldaan, moet prevaleren boven dat van de andere schuldeisers. De commissie toont zich daarbij een voorstander van het sterk verminderen van het aantal voorrechten: dan immers komt men tot een regeling waarbij enerzijds aan het in beginsel gelijke recht van de concurrente schuldeisers niet onnodig afbreuk wordt gedaan en anderzijds de beschermenswaardige belangen door een voorrecht worden beschermd zonder dat die bescherming 'door voorrechten van twijfelachtige aard in gevaar kan worden gebracht'.⁹⁹

95 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 845; Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 92. Twee leden in de commissie hadden eerder ook zitting in de hiervoor genoemde commissie-Suijling: M.A. Suijling (advocate en procureur) en W.P. Erasmus (tot 1968 hoofd Bureau invorderingszaken van de Directie Directe Belastingen van het Ministerie van Financiën). De andere commissieleden waren G. Hekkelman (hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam), H.J. Hofstra (hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Leiden), G.H.A. Schut (hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam), P.A. Stein (hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam), F.F.M. Stolwijk (lid, later vicevoorzitter, van de Centrale Raad van Beroep), Ph.A.N. Houwing (voorzitter; oud-raadsheer in de Hoge Raad) en E. Lukács (secretaris; administrateur bij het Ministerie van Justitie). Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 15-16. Uit een brief van de minister aan Houwing volgt dat is overwogen om ook een notaris voor de commissie te vragen, maar dat de minister hier uiteindelijk van heeft afgezien 'omdat anders Financiën en Sociale Zaken zouden vinden, dat zij te weinig vertegenwoordiger in het geheel zouden hebben'. Brief van de Minister van Justitie aan Houwing d.d. 20 juni 1968. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 43.

96 Deze ambtelijke waarnemers waren Th.A. van Os en J.J. van Oosterom (voor het Ministerie van Financiën), B.C. de Bie en W. Snijders (voor het Ministerie van Justitie) en E.J. Rood en G.H.J.M. Jansen, later vervangen door W.J. de Rijk (voor het Ministerie van Sociale Zaken en Volksgezondheid). Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 16.

97 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 3.

98 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 18.

99 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 18.

De commissie signaleert daarbij dat de destijds bestaande voorrechten lijden aan 'stelselloosheid': de toekenning van de voorrechten blijkt vaak op willekeurige basis en in de regel zonder goede motivering te hebben plaatsgevonden.¹⁰⁰ Dit heeft tot gevolg dat – als er al een duidelijk omlijnde rechtsgrond is aan te wijzen – veel van de in de literatuur aangevoerde rechtsgronden voor die voorrechten evengoed voor de bevoorrechtiging van vergelijkbare, concurrente vorderingen kunnen worden aangevoerd.¹⁰¹ Dat maakt dat de commissie deze traditionele rechtsgronden niet meer voldoende acht voor het toekennen van een voorrecht. Vier rechtsgronden springen daar in het bijzonder uit.

In de eerste plaats acht de commissie de verklaring onvoldoende dat de betreffende schuldeiser aan de boedel enige waarde heeft toegevoegd, die daarin nog op enige wijze tastbaar aanwezig is. De moeilijkheid van deze verklaring schuilt daarbij in een gebrek aan onderscheidenheid: de meeste (handels)schuldeisers zullen kunnen betogen dat hun vordering voortkomt uit de toevoeging van waarde aan de schuldenaar.¹⁰²

Ten tweede beschouwt de commissie de rechtsgrond ontoereikend dat de schuldeiser vanwege de aard van zijn bedrijf of zijn maatschappelijke positie wordt gedwongen tot kredietverlening zonder dat hij zijn handelsrelaties kan selecteren op kredietwaardigheid of zekerheden kan bedingen. De commissie beschouwt dit als een bedrijfsrisico, dat in zijn algemeenheid geen reden is voor een voorrecht. Bovendien is de commissie kritisch op een te gemakkelijk gebruik van dit argument: in veel gevallen staat voor de schuldeisers in kwestie de uitoefening van het retentierecht open, waaraan in het NBW bovendien voorrang bij verhaal op de teruggehouden zaak zal zijn verbonden.¹⁰³

De derde niet-toereikende rechtsgrond is dat de vordering strekt tot betaling van geld dat de schuldenaar voor de schuldeiser heeft geïnd, maar nog niet heeft afgedragen. In het bijzonder speelt hierbij een rol dat het gelden betreft waarbij door (oneigenlijke) vermenging geen goederenrechtelijke aanspraak op rust; daarin ziet de commissie een argument om de betreffende schuldeiser juist niet te bevoordelen.¹⁰⁴ Ook een hieraan verwante categorie vorderingen, de voor een ander *voorgeschoten* gelden (zoals door een makelaar in zeeassurantie voorgeschoten premie), mist een overtuigende grond voor een voorrecht. Hoewel de commissie een beschermenswaardig belang hier niet uitsluit, ziet zij geen reden om de bescherming ten nadele van de medeschuldeisers te laten verlopen.¹⁰⁵

In de vierde plaats ziet de commissie in het algemeen niets in de verklaring dat de betreffende schuldeiser in een maatschappelijk zwakke positie verkeert en voor zijn levensonderhoud van de betaling van periodiek aan hem toekomende gelden afhankelijk is. Het probleem dat de commissie hierin ziet is vooral dat een voorrecht in een dergelijke situatie een suboptimale oplossing is. Een dergelijke schuldeiser wordt namelijk meer geholpen door voortzetting van de periodieke betalingen, bijvoorbeeld via een publiekrechtelijke regeling, dan door een eenmalige, afsluitende uitkering in een faillissement. Pas als voortzetting via de publiekrechtelijke weg niet mogelijk is, kan deze rechtsgrond voor de commissie als argument voor toekenning van een voorrecht gelden.¹⁰⁶

100 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 18-19.

101 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 19.

102 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 19.

103 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 20.

104 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 19-20.

105 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 32-33.

106 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 20-21.

4.5.2.2 Redenen voor de schrapping van voorrechten

Toegepast op een aantal specifieke voorrechten, dan concludeert de commissie al direct op de eerste twee gronden tot schrapping van de voorrechten wegens bearbeiding (zowel op roerende als onroerende zaken), van de vervoerder en van de onbetaalde verkoper; van al deze voorrechten overtuigt de rechtsgrond niet en bovendien zouden bearbeiders en vervoerders in staat moeten zijn om zich adequaat te beschermen via bijvoorbeeld het retentierecht.¹⁰⁷ Op deze laatste grond sneeft voor de commissie ook het voorrecht van de herbergier: ook hij kan zich afdoende beschermen door uitoefening van het retentierecht.¹⁰⁸

Een tweede deel van de bestaande voorrechten dient te worden geschrapt wegens een gebrek aan belang: het voorrecht van de verhuurder/verpachter wordt nauwelijks meer uitgeoefend; van toepassing van het voorrecht op vergoedingen waartoe openbaar ambtenaren gehouden zijn wegens misslagen in de ambtsuitoefening is de commissie überhaupt niet gebleken; het voorrecht wegens kosten laatste ziekte heeft door de opkomst van de sociale verzekeringen en de ziektekostenverzekering zijn belang verloren; het voorrecht van kostschoolhouders is door het sterk teruggelopen aantal kostscholen irrelevant geworden; curandi en minderjarigen worden in de ogen van de commissie reeds afdoende beschermd door het rechterlijk toezicht op de bewindvoering; en, tot slot, voor wat betreft kinderalimentatievorderingen sluit de commissie zich aan bij Meijers' redenen voor schrapping (zie hiervoor, § 4.5.1.1).¹⁰⁹

4.5.2.3 Redenen voor het behoud van voorrechten

Tegelijkertijd ziet de commissie ook argumenten voor behoud van enkele voorrechten. Zo wordt de rang van de kosten van uitwinning volgens de commissie gerechtvaardigd door de omstandigheid dat deze kosten in het belang van alle schuldeisers worden gemaakt.¹¹⁰ Dit geldt ook voor de kosten tot behoud van een zaak gemaakt, waarbij de commissie tevens wijst op het algemeen belang dat dit voorrecht voorkomt dat men aarzelt om een zaak voor tenietgaan te behoeden, uit angst om de kosten niet te kunnen verhalen.¹¹¹

Ook de belangen van de werknemer rechtvaardigen voor de commissie het behoud van zijn voorrechten wegens loon en pensioenrechten. Hier speelt een sterk sociaal argument, gestoeld op zijn afhankelijkheid van deze periodiek uit te keren gelden voor zijn levensonderhoud en zijn afhankelijkheid van zijn werkgever(/schuldenaar).¹¹² Hoewel de commissie overweegt dat deze bescherming het beste kan worden gezocht in publiekrechtelijke voorzieningen, bieden deze hier geen sluitende oplossing. Pensioengerechtigden kunnen slechts beperkt worden beschermd (via de AOW) en de loongarantieregeling voor werkenden biedt niet voor alle gevallen een waterdichte oplossing.¹¹³ Daarmee

¹⁰⁷ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 36-38.

¹⁰⁸ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974 p. 43.

¹⁰⁹ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 39-47. Desalniettemin is momenteel – bijna vijftig jaar later – een wetsvoorstel aanhangig om kinderalimentatie toch weer van een voorrecht te voorzien. Zie nader hiervoor, voetnoot 76 (§ 4.5.1.1).

¹¹⁰ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 30-31.

¹¹¹ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 31-32.

¹¹² Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 34-35.

¹¹³ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 34-36.

vormen deze voorrechten als het ware een extra beschermingslaag van de positie van de werknemer, die is vereist zolang andere regelingen geen volledige bescherming kunnen bieden. Dit sociale argument doet de commissie tevens concluderen tot het invoeren van een algemeen voorrecht, te verbinden aan de premievorderingen van een pensioenfonds op een werkgever. Omdat een pensioenfonds voor de uitkering van pensioenen volledig afhankelijk is van de door werkgevers afgedragen pensioenpremies, is een voorrecht vrijwel de enige manier om de uitbetaling van de pensioenen te kunnen blijven verzekeren.¹¹⁴

Tot slot wijst de commissie op enkele specifieke belangen die een voorrecht rechtvaardigen. Zo wordt het voorrecht van de douane-expediteur (art. 58 Algemene Wet Douane en Accijnzen), ondanks dat dit in beginsel niet-beschermenswaardige voorgesloten gelden betreft, gerechtvaardigd door het belang van een vlot internationaal goederenvervoer dat het dient.¹¹⁵ Verder ziet de commissie voldoende rechtvaardiging in het voorrecht van appartementseigenaren (rechtsgrond: de verhandelbaarheid van appartementsrechten) en in het voorrecht wegens begrafeniskosten (rechtsgrond: eerbied voor de menselijke persoon).¹¹⁶ Ook het door Meijers voorgestelde voorrecht, verbonden aan de vordering tot voldoening van geleden schade (§ 4.5.1.1), vindt instemming bij de commissie, vanuit het perspectief van slachtofferbescherming.¹¹⁷

4.5.2.4 Fiscale en sociale voorrechten

De commissie betreft uitdrukkelijk ook de voorrechten van de belasting- en premievorderingen in haar analyse. Voor wat betreft het fiscale voorrecht overweegt de commissie dat de historische rechtsgronden zoals opgenomen in de memorie van toelichting bij de Invorderingswet 1845 (§ 4.3.1) niet meer voldoende dragend zijn. In de eerste plaats speelt hierbij een rol dat deze rechtsgronden dateren van een tijd waarin de bevoorrechte belastingvorderingen in aantal en omvang fors kleiner waren dan anno 1974. Ten tweede beschouwt de commissie de rechtsgronden als onvoldoende onderscheidend – zo kiezen ook vele andere schuldeisers dan de fiscus hun schuldenaren niet uit en moeten ook zij met zekerheid op hun inkomsten kunnen rekenen – dan wel irrelevant: in het tegengaan van belastingontduiking (de derde historische rechtsgrond) ziet de commissie geen argument dat benadeling van andere schuldeisers rechtvaardigt.¹¹⁸ Dit betekent evenwel niet dat de commissie concludeert tot schrapping van het fiscale voorrecht. Vier andere argumenten zijn in staat om het behoud van een voorrecht te rechtvaardigen, hoewel

114 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 61–64. Het zal evenwel uiteindelijk niet tot invoering van dit voorrecht komen. Weliswaar heeft de regering deze aanbeveling van de commissie vele jaren later gevolgd door dit voorrecht op te nemen in wetsvoorstel 22 942 (zie hierna, § 4.6), maar dit wetsvoorstel heeft de eindstreep van het wetgevingsproces nooit gehaald.

115 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 33.

116 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 44–45.

117 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 67–68. Ook de commissie erkent dat er meer manieren zijn om deze bescherming te verwezenlijken, zoals een directe aanspraak op de verzekeraar, maar wijst – na consultatie van schadeverzekeraars – op het grote belang dat de praktijk hecht aan blijvende betrokkenheid van de verzekerde bij de schadeafhandelingsprocedure (o.a. m.b.t. te voeren verweer tegen de schadevordering).

118 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 23 en 27.

deze argumenten voor de commissie niet krachtig genoeg zijn om de bestaande hoge rang (van belastingen én premies) te continueren.¹¹⁹

Het belangrijkste argument voor behoud is het zogenoemde soepelheidsargument: vanwege de bescherming door een voorrecht kan de fiscus zich veroorloven om een soepele houding aan te nemen bij de invordering, een houding die ook van de fiscus wordt verwacht. Dit gaat samen met de verwachting dat een scherpe aanslag- en invorderingspolitiek de publieke opinie over het betalen van belastingen benadeelt, met maatschappelijke nadelen (te denken valt aan belastingontwijking) tot gevolg.¹²⁰ Desalniettemin is een minderheid van de commissie niet overtuigd: zij zien de van de fiscus verlangde soepelheid als een overheidsplicht, waarbij de hierdoor te lijden verliezen behoren te worden omgeslagen over *alle* belastingplichtigen tezamen.¹²¹

Uit de notulen van een van de commissievergaderingen waarin het fiscale voorrecht centraal stond, komt deze verdeeldheid duidelijk naar voren. Houwing en Snijders zijn kritisch over het veronderstelde verband tussen de fiscale preferentie en de soepelheid bij de invordering. Snijders merkt daarbij op graag meer informatie over dit verband te ontvangen. Dit wordt evenwel afgehouden door de ambtelijk waarnemer voor het Ministerie van Financiën (Van Os). Hij ziet geen reden voor een nader onderzoek, omdat het – zo vermelden de notulen – ‘voor hem vast[staat] dat de soepelheid van de ontvanger mede op het bestaan van de preferentie steunt’. Ook Erasmus en Hofstra steunen op hun eigen ervaringen ter onderbouwing van het soepelheidsargument.¹²²

Twee aanvullende argumenten, beide toegespitst op specifieke belastingen, voor een fiscaal voorrecht liggen volgens de commissie in de omstandigheid dat bepaalde belastingen de fiscus in feite verplichten tot kredietverlening (zoals inkomstenbelasting) en dat andere belastingen reeds voor de staat geïnde gelden zijn (zoals loon- en omzetbelasting).¹²³

Het vierde argument vindt de commissie in de omstandigheid dat de fiscus in tegenstelling tot andere schuldeisers niet vooraf zekerheid voor zijn vorderingen kan bedingen, al geeft de commissie direct toe dat hieraan geen zelfstandige betekenis toekomt; immers, de fiscus staat hierin bij lange na niet alleen.¹²⁴

Voor wat betreft het voorrecht van de socialeverzekeringspremies is de commissie tot slot van oordeel dat vooral aan het eerdergenoemde soepelheidsargument dragende kracht toekomt, waarbij voorts de sterke verwantschap tussen de belastingen en premies maakt dat het redelijk is om ze op één lijn te stellen.¹²⁵

Uit de notulen van de commissievergaderingen volgt dat Snijders een kritische houding aanneemt ten aanzien van de ter tafel komende argumenten voor het fiscale voorrecht.

119 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 70.

120 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 24-25.

121 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 25.

122 Notulen van de 17^e vergadering van de Commissie Houwing, gehouden op 26 maart 1970. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 42.

123 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 25-26. Verrassend genoeg acht de commissie dit laatste argument in deze context wel overtuigend, terwijl het voor de commissie in beginsel juist geen toereikende rechtsgrond voor bevoorrechting oplevert.

124 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 26-27.

125 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 29.

Onder verwijzing naar de 'tegenzin' tegen dit voorrecht in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie (zie hiervoor, § 4.5.2.1) spoort hij de commissie aan om de toekomst van dit voorrecht echt goed te doordenken. Zo merkt hij op: 'Als men dit [voorrecht] wil handhaven, zullen feitelijke argumenten daarvoor moeten worden aangevoerd. Men zal er rekening mee moeten houden dat het in de Kamer vooral als een kwestie van de middenstand zal worden beschouwd. Het rapport van de Commissie zal, wil het de Kamer overtuigen, argumenten moeten bevatten die op een onderzoek berusten.'¹²⁶ Dit komt ook terug in zijn verdere inbreng. Hij spoort de commissie steeds aan om ter tafel gekomen veronderstellingen – bijvoorbeeld over het nadeel van de fiscus bij verlies van het voorrecht – met nader (waar mogelijk cijfermatig) onderzoek te onderbouwen.

4.5.2.5 Onderlinge rangorde

Met betrekking tot de volgorde van voorrang adviseert de commissie één grote wijziging: gelijkstelling van alle algemene voorrechten, inclusief die van de fiscus en de socialeverzekeringsinstellingen, op de laagste voorrangstrede.¹²⁷ Zoals eerder aangehaald bieden de argumenten voor de fiscale en sociale voorrechten immers geen rechtvaardiging voor hun van oudsher speciale status onder de voorrechten. Belangrijker nog: de motieven voor de algemene voorrechten lopen dermate uiteen dat een onderlinge weging van de te beschermen belangen eigenlijk niet mogelijk is en daarom per definitie willekeurig zal zijn.¹²⁸ De commissie gebruikt dit argument tevens voor de onderlinge gelijkstelling van de bijzondere voorrechten, al voorziet de commissie dat – indien haar voorstellen worden overgenomen – een samenloop zich hier niet snel meer zal voordoen.¹²⁹

Desalniettemin maakt de commissie een uitzondering op deze gelijkheid voor de – algemene en bijzondere – kosten van uitwinning (inclusief de kosten van de faillissementsaanvraag): omdat zij ten behoeve van *alle* schuldeisers worden gemaakt en noodzakelijk zijn om tot uitdeling onder de schuldeisers te komen, adviseert de commissie tot rangschikking boven alle andere – bijzondere en algemene – voorrechten en zelfs boven pand en hypotheek.¹³⁰ Een tweede uitzondering ziet de commissie in de kosten van behoud. Omdat zonder deze kosten andere schuldeisers überhaupt geen verhaal op dit goed meer zouden hebben kunnen nemen en omdat verhaalsonzekerheid geen belemmering mag zijn bij pogingen een goed te behouden, dienen deze kosten te worden bevoorrecht boven alle anterieure bevoorrechte vorderingen en rechten van derden.¹³¹ Passend in de uitgangspunten die de commissie hanteert, wordt hier aldus in de argumenten die met

126 Notulen van de 17^e vergadering van de Commissie Houwing, gehouden op 26 maart 1970. Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 462 Ph.A.N. Houwing, archiefnummer 2.21.241, inventarisnummer 42.

127 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 69-70.

128 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 70.

129 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 71.

130 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 70-71. Voor wat betreft toepassing in het NBW volgt de commissie hier het door Meijers ontworpen stelsel dat uitgaat van verhaal op de netto-opbrengst (nadat de executiekosten reeds zijn voldaan): in deze situatie behelst dit voorrecht – in overeenstemming met het Ontwerp-Meijers – nog slechts de kosten van de faillissementsaanvraag, aangezien Meijers deze niet als eigenlijke executiekosten beschouwde. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856 (TM).

131 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 71.

elkaar gemeen hebben dat ze zien op de belangen van de andere schuldeisers, reden gezien tot een (aanzienlijke) rangverhoging.

Ook aan het voorrecht verbonden aan de vordering tot voldoening van geleden schade (met als ratio slachtofferbescherming) wordt een afwijkende rang gegeven: verhaal zonder mogelijkheid van tegenwerping van rechten van derden op de vordering van de verzekerde op de verzekeraar. De commissie licht deze rang niet toe, al is een toelichting op basis van de ratio van het voorrecht in te vullen. In de praktijk zal overigens slechts een samenloop met pandrecht denkbaar zijn. Er zijn immers geen andere – door de commissie voorgestelde – bijzondere voorrechten die aan deze vordering kunnen zijn verbonden en de algemene voorrechten staan sowieso lager in rang.

4.5.2.6 De werkingssfeer van voorrechten op alle goederen

De commissie staat in haar rapport ook expliciet stil bij de positie van de concurrente schuldeisers en de mogelijkheden – naast vermindering van het aantal voorrechten – die hun positie zouden kunnen verbeteren. De commissie noemt concreet de mogelijkheid tot inperking van de werkingssfeer van de algemene voorrechten, in de zin dat zij slechts op een deel van de opbrengst van de boedel voorrang geven.¹³² In een uitdeling in een executie zal dat er als volgt uitzien.

Uit de opbrengst worden eerst de gerichte aanspraken op het goed (zoals pandrecht, retentierecht en de bijzondere voorrechten) afgewikkeld. Van de restantopbrengst wordt vervolgens een deel, bijvoorbeeld de helft, gereserveerd waaruit de vorderingen met een algemeen voorrecht paritair worden voldaan. Is dit opbrengstdeel onvoldoende, dan delen deze schuldeisers voor hun restantvordering paritair mee met de concurrente schuldeisers in het andere opbrengstdeel. Is er juist een overschot in het opbrengstdeel, dan wordt de restantopbrengst aan het opbrengstdeel voor de concurrente schuldeisers toegevoegd.

De commissie blijkt evenwel verdeeld over de wenselijkheid van dit alternatieve stelsel. Zo wordt het door een deel van de commissie inconsequent geacht om een vordering eerst op goede gronden in rang te verhogen en vervolgens halverwege op deze beslissing terug te komen.¹³³ Daarnaast signaleert de commissie dat dit alternatieve stelsel pas een merkbaar voordeel voor de concurrente schuldeisers oplevert aan twee (cumulatieve) voorwaarden wordt voldaan: *i)* de omvang van de concurrente vorderingen is niet veel groter dan die van de vorderingen met een algemeen voorrecht; en *ii)* de restantopbrengst beschikbaar voor beide soorten vorderingen is ongeveer even groot als de omvang van de vorderingen met een algemeen voorrecht.¹³⁴ Dit is een combinatie die zich volgens de commissie – op basis van een eigen steekproef – maar weinig voor lijkt te doen.¹³⁵

Daarmee komt de commissie niet tot een daadwerkelijk advies over de wenselijkheid van de inperking van de werkingssfeer van de algemene voorrechten. Zij wordt slechts in overweging gegeven.

¹³² Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 78.

¹³³ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 80.

¹³⁴ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 81.

¹³⁵ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 82.

4.5.2.7 Het fiscale bodemrecht

De commissie houdt in haar studie ook het fiscale bodemrecht tegen het licht. Zij erkent daarbij het belang dat het fiscale bodemrecht aanvankelijk diende: het beschermen van de fiscus tegen het risico dat de schuldenaar zijn verhaalsvermogen wegsluit door overdracht met behoud van gebruik aan een bevriende derde. Desalniettemin betwijfelt de commissie of het bodemrecht hiervoor een redelijke oplossing geeft. Voor pure bescherming tegen misbruik staat de fiscus namelijk ook de pauliana ten dienste, die bovendien niet is beperkt tot bodemzaken. Daarnaast gaat de wettekst – evenals de beperktere uitvoering die de fiscus eraan geeft – verder dan voor misbruikbescherming is vereist.¹³⁶ Thans ziet de toepassing van het bodemrecht namelijk alleen nog op verhaal met voorrang boven schuldeisers met bedongen (geheel of in overwegende mate) tot zekerheid strekkende rechten, in het bijzonder zekerheidseigendom en eigendomsvoorbehoud.

Al in 1932 werd de toepassing buiten de context van misbruik door de Hoge Raad toegestaan, in een procedure over een aan een bekende brouwerij in zekerheidseigendom gegeven café-inventaris.¹³⁷ Een latere poging vanuit de praktijk om toepassing van het bodemrecht toch te beperken tot situaties van misbruik, strandt bij de Hoge Raad. Een hiertoe gericht middel dat inhoudt dat de aanvankelijke strekking van het bodemrecht meebrengt dat de uitsluiting van het verzet in artikel 16 lid 3 IW 1845 alleen geldt indien de betreffende rechtshandeling ten doel had het verhaal door de fiscus te verijdelen, wordt van de hand gewezen. Leidend is enkel de wettekst, aangezien voor de Raad (in navolging van de A-G) de wetsgeschiedenis geen blijk geeft van de bedoeling om deze strekking ook daadwerkelijk een voorwaarde voor toepasselijkheid van het bodemrecht te maken.¹³⁸

De commissie ziet evenwel een nieuwe rechtvaardigingsgrond voor de gewijzigde vorm van het bodemrecht. Dit recht leidt namelijk tot een zeker evenwicht onder de verschillende soorten schuldeisers: de zekerheidsgerechtigden moeten het bij verhaal in eerste instantie hebben van de niet-bodemzaken en op de bodemzaken heeft de fiscus in beginsel het sterkste verhaalsrecht.¹³⁹ Toegegeven dient evenwel te worden dat deze ‘verschillende soorten schuldeisers’ zich aldus beperken tot de fiscus en de zekerheidsgerechtigden; de andere schuldeisers zijn niet in dit evenwicht betrokken.

De commissie pleit daarom voor behoud van het fiscale bodemrecht, door codificering van zijn huidige vorm met bovendien uitbreiding van het bereik. Het bodemrecht moet van toepassing worden op *alle* roerende zaken (niet-registergoederen) die bestemd zijn voor blijvend gebruik in het bedrijf of vrij beroep van de schuldenaar, niet slechts op de zaken die dienen tot ‘stofferij’ van de bodem. De onderbouwing die de commissie hiervoor geeft, is evenwel aan de magere kant. Voor het evenwicht tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus is dit voorstel een aanzienlijke verschuiving ten voordele van de fiscus, maar hierop wordt niet ingegaan. De commissie volstaat met de opmerking dat de ‘stofferij’-beperking willekeurig aandeed.¹⁴⁰

¹³⁶ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 74-75.

¹³⁷ HR 28 januari 1932, B. 5258, NJ 1932, p. 338; Van Eijdsen, *WFR* 1994/6126, par. 3.

¹³⁸ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4129, NJ 1981/656, m.nt. F.H.J. Mijnsen (*Honeywell Bull/Ontvanger*).

¹³⁹ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 75-76.

¹⁴⁰ Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 75-76.

Het voorgestelde bodemrecht *nieuwe stijl* wordt vervolgens door de commissie *NBW-proof* gemaakt in de zin dat het ook op door de schuldenaar bezitloos verpande zaken zijn werking behoudt. Zo luidt de conceptwettekst – voor zover relevant – als volgt:¹⁴¹

'[O]p de roerende zaken die niet registergoederen zijn en bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in het bedrijf of vrij beroep van de schuldenaar [kan door de fiscus voor de in dit artikel omschreven vorderingen, RvU] verhaal worden genomen, zonder dat een andere schuldeiser aan degene die verhaal neemt een bedongen, overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken kan tegenwerpen.'

Het rapport maakt ten slot melding van een *dissenting opinion* van een aantal commissieleden, die inhoudt dat het bodemrecht voor alle schuldeisers met een algemeen voorrecht zou moeten gelden.¹⁴² Zij hebben daarbij in het bijzonder de voorrechten wegens (toekomstige) pensioenrechten in het oog. Vanwege de klemmende redenen voor dit voorrecht zien zij geen goede grond om de (al dan niet toekomstige) pensioengerechtigden een minder sterke voorrangpositie te geven dan de fiscus. Bovendien zien deze leden een positieverslechtering voor deze groep schuldeisers bij de voorgestelde uitbreiding van het bodemrecht. Op de niet tot stoffering dienende bodemzaken hebben zij – anders dan nu – toch ook de fiscus weer voor zich te dulden. De meerderheid van de commissie gaat hier niet in mee.¹⁴³ Zij ziet in de voorstellen reeds een voldoende verzwakking van de positie van de fiscus en versterking van die van de pensioengerechtigden. Bovendien vreest zij voor de potentiële economische consequenties, zijnde:

'dat zowel de fiscus als de bank – die zich eigendom tot zekerheid of bezitloos pand heeft verschaft – een minder soepel beleid zullen gaan voeren en met name in een eerder stadium het krediet opzeggen en aldus een faillissement uitlokken. De kredietverlening in Nederland is nu eenmaal mede op vormen van bezitloze zekerheid gebaseerd. Dit stelsel zou ernstig in gevaar worden gebracht, indien aan het bodemrecht ten behoeve van een grote groep van krediteuren [sic] uitbreiding zou worden gegeven.'¹⁴⁴

Het afsluitende weerwoord van de *dissenters* is hier evenwel kritisch op en verwoordt in feite de andere zijde van de medaille:

'[Het is te betwijfelen] of een dergelijk gevolg, als het zich al zou voordoen, als een nadeel zou moeten worden beschouwd: heeft een bedrijf niet meer de middelen tot voldoening van zijn belangrijkste schuldeisers en is ook niet te verwachten dat het binnen afzienbare tijd financieel weer gezond zal zijn, dan is het voor alle belanghebbenden beter dat het tijdig wordt beëindigd of overgedragen, voordat het zover is gekomen dat alleen de bank en de fiscus nog min of meer bevredigd kunnen worden.'¹⁴⁵

141 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76 en 118-119.

142 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76.

143 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 76-77.

144 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 77.

145 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechting van vorderingen* 1974, p. 77.

4.5.2.8 Overzicht en voorgestelde plaats in de wet

Concluderend komt de commissie-Houwing tot een regeling die de privaats- en publiekrechtelijke voorrechten stevig inperkt, met in het bijzonder een aanzienlijke rangverlaging van het fiscale voorrecht. Het fiscale bodemrecht wordt evenwel juist uitgebreid, als instrument om de greep van de zekerheidsgerechtigden op het verhaalsvermogen van de schuldenaar te verkleinen.

De commissie neemt voorts de suggestie van de vaste commissie voor Justitie over om zowel de toekenning als de onderlinge rangorde van *alle* voorrechten (en hun rang ten opzichte van pand en hypotheek) op één plaats in de wet vast te leggen.¹⁴⁶ Zij komt daarbij ook met een conceptwettekst, ter plaatsing in titel 3.10 van het NBW, die de materie in acht 'kernartikelen' regelt.¹⁴⁷

4.5.3 Wetgevingsproces na de commissie-Houwing

4.5.3.1 Consultatie van de praktijk ter voorbereiding van de nota van wijzigingen

Na het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing in 1974 verstuurt het Ministerie van Justitie het rapport naar een aantal belanghebbenden in de praktijk. In de bijgaande brieven verzoekt de minister om op het rapport te reageren, zodat de reacties kunnen worden meegenomen bij het opstellen van een nieuw wetsontwerp van titel 3.10 (de nota van wijzigingen).¹⁴⁸ Dit verzoek valt niet overal in vruchtbare aarde. Zo blijkt bij het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) weinig animo te zijn om de spreekwoordelijke handschoen op te pakken. Weliswaar stelt het NGB een speciale sectie 'Bevoorrechtiging van vorderingen' in met als taak om een reactie voor te bereiden, maar er blijkt weinig belangstelling onder de leden te zijn om in deze sectie te participeren.¹⁴⁹ Bijna tien maanden na de instelling wordt in de bestuursvergadering van het genootschap gemeld dat de sectie bij gebrek aan mankracht stilligt. Het gebrek aan animo wordt hierbij ook geduid:

'Het onderwerp is vooral van belang voor de bankiers en deze hebben het rapport reeds bekeken; weinig bedrijven worden echter met dit vraagstuk geconfronteerd. In het antwoord aan Justitie (aan het bestuur voor te leggen) zal dit vermeld worden.'¹⁵⁰

Het voorgenomen antwoord aan de minister lijkt nooit te zijn verstuurd. In de archiefinventaris van de sectie bevindt zich in ieder geval geen inhoudelijk voorbereidend werk en in de notulen van de latere bestuursvergaderingen keert het onderwerp niet meer

146 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 84.

147 Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 115-119.

148 Zie bijv. de brief aan de Sociale Verzekeringsraad (SVR) d.d. 21 augustus 1974. Nationaal Archief, Den Haag, Sociale Verzekeringsraad, archiefnummer 2.25.17, inventarisnummer 1940.

149 Notulen bestuursvergadering NGB d.d. 7 november 1974. Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummer 23.

150 Notulen bestuursvergadering NGB d.d. 30 september 1975. Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummer 23.

terug.¹⁵¹ Deze uitkomst is verrassend, aangezien het NGB zich op andere onderdelen van het NBW wel actief richting de wetgever heeft uitgesproken.¹⁵²

Het ministerie ontvangt wel reacties van in ieder geval de Sociale Verzekeringsraad (SVR) en de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV). Zij komen onder meer tot de volgende aanbevelingen.¹⁵³ Beide instanties spreken zich in positieve zin uit over de voorgestelde rangwijziging van de premievorderingen. Wel pleiten zij beiden voor uitbreiding van het bodemrecht. Dit verhaalsrecht zou ook aan de bedrijfsverenigingen moeten toekomen, onder meer omdat het inconsistent zou zijn indien het bodemrecht alleen geldt voor de premievorderingen die de fiscus int. De SVR en FBV spreken zich daarnaast op vergelijkbare gronden uit tegen de afschaffing van het voorrecht wegens bearbeiting van een zaak (art. 1185 sub 5 en 8 OBW). Zo staat de alternatieve bescherming via het retentierecht slechts open voor een kleine, specifieke groep bearbeiders (SVR) en verhoudt de afschaffing zich slecht tot de bescherming die loonvorderingen genieten (FBV). De FBV is verder kritisch op de beperking van het werkingsbereik van de algemene voorrechten (zie hiervoor, § 4.5.2.6), onder meer vanwege extra administratiekosten die dit in een faillissement veroorzaakt. In elk faillissement waarin enige uitdeling aan de schuldeisers met een algemeen voorrecht in het verschiet ligt, zullen dan immers ook alle concurrente vorderingen moeten worden geverifieerd. Dat gaat ten koste het voor verdeling beschikbare actief en doet de vraag rijzen of de concurrente schuldeisers er dan wel écht op vooruit gaan.

4.5.3.2 Voorbereiding mondeling overleg en nota van wijzigingen

In het begin van 1976 wordt op het Ministerie van Justitie het werk aan titel 3.10 NBW hervat. Dit is de periode van voorbereiding van het mondeling overleg over Boek 3 NBW met de vaste commissie voor Justitie alsook de nota van wijzigingen inzake dit Boek. Het valt op dat in de eerste nota ter voorbereiding van het mondeling overleg regeringscommissaris Snijders zich nog voornemens toont om de voorstellen van de commissie-Houwing zonder enig voorbehoud in titel 3.10 te verwerken.¹⁵⁴ Dit voornemen is evenwel van korte duur. In een tweede nota, gericht aan de griffier van de vaste commissie voor Justitie, C.H.M. Jansen, schrijft Snijders:

'Het rapport van de Commissie Houwing bevat als bijlage een mede op Boek 3 afgestemd voorontwerp, maar ik vrees dat invoeging daarvan thans moeilijk meer overwogen kan

151 Nationaal Archief, Den Haag, Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, archiefnummer 2.19.103.19, inventarisnummers 23 en 24 (bestuursvergaderingen bestudeerd tot en met 14 september 1979).

152 Zie bijv. Van Dunné, *Ex tunc, ex nunc* 1990, p. 171-188 (interview met Jaap Spier over de rol van het NGB bij het wetgevingsproces van het NBW), en Spier, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985 (weergave op hoofdlijnen van een brief van het NGB aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer over o.a. de fiduciaire rechtsverhoudingen).

153 Ontleend aan de brief van de SVR aan de Minister van Justitie d.d. 1 april 1975 en de concept-consultatiereactie van de FBV (zoals op 6 januari 1975 door de FBV gedeeld met de SVR). Nationaal Archief, Den Haag, Sociale Verzekeringsraad, archiefnummer 2.25.17, inventarisnummer 1940.

154 Nota van W. Snijders d.d. 25 februari 1976 getiteld 'Lijst van belangrijke wijzigingen aangebracht bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3'. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

worden. Het voorstel zal de normale wetgevingsstadia moeten doorlopen. Wèl kunnen wellicht al een aantal voorzieningen in titel 3.10 worden aangebracht die deze titel voorlopig invoerbaar zouden maken.¹⁵⁵

In de vervolgens door Jansen opgestelde vraagpuntennota voor de leden van de vaste commissie, bestemd ter voorbereiding en inkadering van het mondeling overleg,¹⁵⁶ neemt Jansen deze terughoudendheid in vergelijkbare bewoordingen over. Uit deze vraagpuntennota volgt ook de reden van Snijders' terughoudende opstelling. Snijders is op weerstand gestuit van met name het Ministerie van Financiën, voor wie de kwestie van de fiscale en sociale voorrechten 'gelet op het belang van de schatkist [...] erg moeilijk ligt'.¹⁵⁷

Snijders' terughoudendheid is ook terug te lezen in zijn voorbereidende notities over titel 3.10 ter voorbereiding van de nota van wijzigingen inzake Boek 3. Nu het aankomt op de implementatie van de voorstellen van de commissie-Houwing in Boek 3 lijkt Snijders zich het ingrijpende karakter van een aantal van deze voorstellen te realiseren en vreest hij voor de negatieve gevolgen voor de voortgang van het wetgevingsproces. Deze voorstellen betreffen i) het samenbrengen van alle voorrechten in één bepaling; ii) de 'forse' wijzigingen in de 'belangrijke' voorrechten van de fiscus en de bedrijfsverenigingen en het bodembeslag; iii) de schrapping van veel voorrechten; en iv) de herziene rangorde van de algemene voorrechten.¹⁵⁸ Snijders schrijft hierover:

'M.i. is het niet raadzaam om dit alles in dit stadium nog in Boek 3 te willen verwerken. Aldus zou immers deze – ten dele politiek niet onbelangrijke – materie zonder de gebruikelijke voorbereiding en zonder de normale parlementaire behandeling in de wetgeving worden opgenomen. Te vrezen valt zowel dat dit weerstand zou oproepen alsook dat het tot vertraging zou leiden, nu op zijn minst een vrij diepgaand overleg met andere departementen nodig zou zijn om tot een regeling in de voorgestelde trant te komen. Dit geldt uiteraard in het bijzonder voor dat gedeelte van de materie dat naar huidig recht en ook in het stelsel van het Nieuwe B.W. geen B.W.-stof is.'¹⁵⁹

In plaats hiervan kiest Snijders ervoor om de wijzigingen in titel 3.10 te beperken tot hetgeen noodzakelijk is om de titel zo snel mogelijk in een invoerbare staat te brengen. Dit betekent dat de meest ingrijpende wijziging zich beperkt tot het overnemen van de schrappingsvoorstellen inzake de privaatrechtelijke voorrechten:

155 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Nota voor Mr. Jansen bij de lijst van belangrijke wijzigingen aangebracht bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3, dd. 25 februari 1976'. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

156 Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* 1994, p. 427.

157 Vraagpuntennota van C.H.M. Jansen aan de leden en plaatsvervangende leden van de vaste commissie voor Justitie, gedateerd juni 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 564.

158 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

159 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

'Voorlopige handhaving van deze voorrechten zou meebrengen dat zij in elk geval redactioneel opnieuw zouden moeten worden gezien, zulks mede in verband met de nieuwe regeling van het pandrecht. Waar de in het rapport van de Commissie Houwing aangevoerde argumenten voor schrapping sterk zijn, is het echter weinig aantrekkelijk om thans nog tijd en energie aan deze toch voor sloop bestemde delen van het nieuwe wetboek te spenderen.'¹⁶⁰

4.5.3.3 Herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten

In lijn met het voorgaande zet de regering in de nota van wijzigingen inzake Boek 3 primair in op herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten, waarbij in het voetspoor van het commissierapport vooral is gestreefd naar beperking van het aantal voorrechten, en naar vereenvoudiging.¹⁶¹ Voor de andere voorstellen van het commissierapport acht de regering het te laat. Ze geeft te kennen dat de parlementaire behandeling van Boek 3 zich op dat moment (najaar 1976) in een te vergevorderd stadium bevindt om nog 'ingrijpende vernieuwingen' in het preferentiestelsel aan te snijden.¹⁶²

Met betrekking tot de in de nota opgenomen wijzigingen valt het volgende op. Ten aanzien van de bijzondere voorrechten sneuvelen in lijn met het commissierapport de bijzondere voorrechten van de onbetaalde verkoper, de verhuurder, de verpachter, de herbergier en de vervoerder. In afwijking van het rapport wordt evenwel het voorrecht van de bearbeider behouden, doch met een beperkter werkingsbereik: het voorrecht komt nog slechts toe aan 'kleine zelfstandigen wier arbeid zich niet pleegt te bepalen tot leiding geven'.¹⁶³ Deze afwijking is een reactie van regeringscommissaris Snijders op de in de literatuur en jegens de minister geuite kritiek (zie hiervoor, § 4.5.3.1) op dit onderdeel van het commissierapport.¹⁶⁴ Sociale overwegingen en de omstandigheid dat dit voorrecht in deze beperktere vorm aansluit bij het algemene voorrecht van de arbeider in loondienst, liggen hieraan ten grondslag.¹⁶⁵ Ten aanzien van de algemene voorrechten worden in de nota verder *ogenschijnlijk* nagenoeg alle voorstellen van de commissie overgenomen. Waar de regering aangeeft af te wijken, is dit slechts van (wets)technische aard.¹⁶⁶

Enkele afwijkingen worden in de nota niet toegelicht, maar laten zich verklaren door Snijders' keuze om de wijzigingen in deze titel tot het minimale te beperken. Dit betreft allereerst de rang van het algemene voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag. Waar de commissie-Houwing dit voorrecht rangschikt als hoogste voorrecht, rang nemend boven alle andere voorrechten en zelfs pand en hypotheek, volgt de nota de rang uit het ontwerp van Meijers: het hoogst gerangschikte *algemene* voorrecht. Ook de aanbevelingen tot het invoeren van een algemeen voorrecht op de premievorderingen van pensioenfondsen op

160 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

161 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 861.

162 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 861.

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

164 Nota van W. Snijders d.d. 25 maart 1976, getiteld 'Voorbereidende notities titel 3.10' d.d. 6 april 1976, en de toelichting bij de concept nota van wijzigingen van W. Snijders d.d. 9 augustus 1976. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, archiefnummer 2.09.75, inventarisnummer 586.

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

166 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 879-880.

een werkgever en tot het onderling paritair rangschikken van de algemene voorrechten worden zonder vermelding niet overgenomen.

Aan de bijzondere voorrechten tot behoud en van de bearbeider wordt verder een extra rangorderegels toegevoegd: deze voorrechten gaan voor op bezitloos pandrecht, tenzij dit pandrecht na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en ondertussen is omgezet in een vuistpand. De regering sluit hierbij aan bij de arresten *Pluvier* en *Van Gend & Loos* over de verhouding tussen voorrechten en de eigendomsoverdracht tot zekerheid.¹⁶⁷ In deze arresten overweegt de Hoge Raad dat de eigendomsoverdracht tot zekerheid door levering c.p. geen werking heeft tegenover een derde met een bijzonder voorrecht op de overgedragen zaak, mits de zekerheidseigenaar de zaak heeft verkregen dankzij de prestatie van deze derde. In het *Pluvier*-arrest betrof deze derde een onbetaalde verkoper, van wie de Hoge Raad overwoog dat zonder diens levering aan de schuldenaar de zekerheidseigenaar de betreffende zaken inderdaad niet in zekerheidseigendom zou hebben verkregen. Aldus ziet de Hoge Raad hierin een grond voor een achterstelling in rang: de omstandigheid dat een ander je verhaalspositie verbetert vormt een grondslag om deze verbetering niet aan jou maar aan die ander te geven. De regering bestendigt deze achterstelling door deze ook van toepassing te verklaren op bezitloos pandrecht, ten aanzien van twee groepen schuldeisers van wie inderdaad gezegd kan worden dat zij door hun prestatie (behoud dan wel bearbeiding) de verhaalspositie van de stil pandhouder hebben verbeterd. De regering trekt evenwel een grens bij posterieure bezitloze pandrechten die vervolgens worden omgezet in vuistpand; in die situatie gaat het pandrecht voor (conform hoofdregel), omdat dan geen verschil behoort te worden gemaakt met de situatie waar de zaak posterieur rechtstreeks in vuistpand wordt genomen.¹⁶⁸

Een verrassende wijziging vindt tot slot nog plaats in het voorrecht tot behoud, waaraan wordt toegevoegd dat een na het maken van de kosten tot behoud overeenkomstig artikel 3:90 lid 2 BW verkregen recht slechts aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dit artikel is voldaan. Deze aanvulling wordt onderbouwd met het argument dat zij buiten twijfel stelt dat ook hier moet worden gelet op artikel 3:90 lid 2 BW, die in het verlengde ligt van de zojuist besproken achterstelling van een posterieur bezitloos pandrecht.¹⁶⁹ Deze toevoeging is eigenaardig, omdat de wettekst eigenlijk niets toevoegt en de selectieve toevoeging de suggestie zou kunnen wekken dat dit niet geldt ten aanzien van de andere bijzondere voorrechten.

Op de valreep is verder artikel 3:289 BW nog toegevoegd, dat een algemeen voorrecht toekent aan de vorderingen uit heffingen op de productie van kolen en staal.¹⁷⁰ Anders dan de plaats van het voorrecht in de wet doet vermoeden, is dit geen privaatrechtelijk maar een publiekrechtelijk voorrecht. De wetgever komt hiermee toch enigszins tegemoet

167 HR 6 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB7171, NJ 1970/433, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Pluvier*); HR 7 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB7436, NJ 1976/91, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*).

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

169 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1388.

170 Bij de zogenoemde 'Bezemwet' van 2 april 1991, houdende correctie en aanpassingen van het eerste, tweede en vierde tot en met twaalfde gedeelte van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (dertiende gedeelte)) (*Stb.* 1991, 199).

aan de aanbeveling van de commissie-Houwing om de voorrechten zoveel mogelijk op één plaats te regelen.

De nieuwe bepaling vervangt artikel 1195a OBW,¹⁷¹ die tegen het einde van de jaren tachtig is ingevoerd na een daartoe verplichtende aanbeveling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen.¹⁷² Deze aanbeveling verplicht lidstaten die aan hun fiscale vorderingen een voorrecht toekennen, om dit voorrecht ook toe te kennen aan de vorderingen uit de EEG-heffingen op de productie van kolen en staal en om dit voorrecht dezelfde rang te geven als de vordering uit omzetbelasting.¹⁷³ De ratio achter dit voorrecht is het zoveel mogelijk verzekeren van de inkomsten van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS), die deze heffing als voornaamste inkomstenbron heeft en zich via dit voorrecht wil beschermen tegen insolventie van de heffingsplichtigen.¹⁷⁴

Tijdens de parlementaire behandeling wordt aan de minister (van Justitie) wel gevraagd hoe het opnemen van dit voorrecht zich verhoudt tot de conclusies van de commissie-Houwing, die juist een beperking van de voorrechten heeft bepleit.¹⁷⁵ Deze vraag wordt door de minister ontwijkend beantwoord: een voorrecht voor *alle* EEG-heffingen zou inderdaad niet stroken met deze conclusies en voor het overige wordt verwezen naar de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, die op dat moment reeds is aangesteld om de publiekrechtelijke voorrechten kritisch tegen het licht te houden.¹⁷⁶

4.5.3.4 De fiscale en sociale voorrechten

De herwaardering van de fiscale en sociale voorrechten wordt na het verschijnen van het commissierapport aanvankelijk door de minister 'geparkeerd', omdat hierover eerst uitvoerig moet worden overlegd met de departementen van Financiën en Sociale Zaken en het waarschijnlijk is dat zij 'de onderhavige materie, waarmee zeer gewichtige belangen zijn gemoeid, niet op korte termijn kunnen doorlichten en, voor een enigszins gefundeerd oordeel, een omvangrijk onderzoek wenselijk achten'.¹⁷⁷ De focus wordt daarmee gelegd op het in ieder geval komen tot een op zichzelf afgerond stelsel van privaatrechtelijke voorrechten in Boek 3 NBW (met behoud van de voorrechten buiten het NBW), zodat dit onderwerp de inwerkingtreding van Boek 3 niet in de weg staat.¹⁷⁸ Deze keuze wordt evenwel kritisch ontvangen in de Tweede Kamer. Zo spreekt Kamerlid Lückers-Bergmans de – inmiddels uitgekomen – vrees uit 'dat als de Minister zegt dit te zullen bespreken met zijn collega's van Sociale Zaken en van Financiën wij tot in de volgende eeuw zullen blijven zitten met de eerste preferentie van fiscus en bedrijfsvereniging'.¹⁷⁹

171 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1390.

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

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

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

175 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 4, p. 1 (verslag).

176 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 434, nr. 5, p. 1 (nota n.a.v. het verslag).

177 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 846.

178 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 850.

179 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 848.

De regering kan er evenwel niet omheen om – voorafgaand aan deze herwaardering – de bestaande verhaalspositie van de fiscus aan te passen aan de vernieuwingen in het NBW, voordat het NBW in werking treedt. Dit wordt aanvankelijk, vooruitlopend op de algehele herziening van de Invorderingswet tot de Invorderingswet 1990, opgepakt als aanpassing van de bestaande Invorderingswet 1845. In de memorie van toelichting bij deze aanpassing wordt benadrukt dat zij primair een aanpassing van technische aard betreft; inhoudelijke wijzigingen zijn zoveel mogelijk vermeden.¹⁸⁰

Met betrekking tot de verhouding tussen het fiscale voorrecht en de voorrechten in het NBW wordt tot uitgangspunt genomen geen inbreuk te maken op het systeem van het NBW.¹⁸¹ Om deze reden wordt de rang van het fiscale voorrecht iets verlaagd: het zal rang nemen na het nieuwe voorrecht wegens de verzekerde schadevergoedingsvordering (art. 3:287 BW) en het voorrecht wegens *posterieur* aan de fiscale vordering gemaakte kosten tot behoud (art. 3:284 BW). Immers, deze twee voorrechten worden in het NBW boven rechten van derden geplaatst en de rang van het fiscale voorrecht wordt hierop afgestemd. Het fiscale voorrecht wordt daarnaast ook onder het algemene voorrecht wegens de kosten van de faillissementsaanvraag (art. 3:288 sub a BW) gerangschikt. Dit wordt afgedaan als een technische wijziging, die de bestaande verhouding tussen deze twee voorrechten voortzet.¹⁸² Onder het OBW vielen de kosten van de faillissementsaanvraag immers binnen de boven het fiscale voorrecht gerangschikte uitwinningskosten van artikel 1195 sub 1,¹⁸³ terwijl in de systematiek van het NBW voor deze kosten nog slechts een algemeen voorrecht resteert dat als hoogste onder de algemene NBW-voorrechten rangschikt. Om vervolgens hetzelfde resultaat als onder de vigeur van het OBW te bereiken, kiest de wetgever ervoor om deze kosten boven het fiscale voorrecht te rangschikken.

Dit is evenwel een ongelukkige keuze van de wetgever, omdat voor wat betreft de kosten van de faillissementsaanvraag binnen de systematiek van de BW-voorrechten een rangverlaging plaatsvindt die niet doorwerkt in de Invorderingswet. Dit werkt het ontstaan van rangordecirkels in de hand, nu er bijzondere voorrechten zijn die enerzijds na het fiscale voorrecht rangschikken en anderzijds voor het algemene voorrecht van artikel 3:288 onder a BW. Dit betreft de voorrechten wegens aanneming van werk (art. 3:285 BW) en wegens anterieur gemaakte kosten tot behoud (art. 3:284 BW). Het uitgangspunt om geen inbreuk te maken op het systeem van het NBW wordt op dit punt dan ook niet verwezenlijkt.

Voor wat betreft de rang van het fiscale voorrecht in verhouding tot het nieuw in te voeren bezitloos pandrecht wordt ervoor gekozen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande verhouding tussen de verhaalspositie van de fiscus en de zekerheidseigenaars. Dat leidt tot het uitgangspunt dat het fiscale voorrecht rangschikt boven het bezitloos pandrecht in situaties waar bij zekerheidsoverdracht het bodemrecht van toepassing zou zijn.¹⁸⁴ Conform dit uitgangspunt vindt het fiscaal bodemvoorrecht vervolgens zijn plaats in artikel 21 lid 2 IW 1990.

180 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 295.

181 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 298.

182 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 298.

183 Zie evenwel genuanceerd hiervoor, § 4.5.1.1.

184 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten* 1992, p. 299.

Binnen de algehele herziening van de Invorderingswet wordt de herwaardering van het fiscale voorrecht en bodemrecht opnieuw uitgesteld. In de memorie van toelichting bij de nieuwe Invorderingswet wordt hiervoor als onderbouwing gegeven dat zij niet op zichzelf kan plaatsvinden, maar dient te worden geplaatst in een *algehele* herwaardering van de niet-privaatrechtelijke voorrechten voordat een verantwoorde afweging kan worden gemaakt; een afweging waarbij – zo wordt verzekerd – de opvattingen van de commissie-Houwing met betrekking tot het fiscale voorrecht tot uitgangspunt zullen worden genomen.¹⁸⁵

Omdat de minister (van Justitie) en staatssecretaris (van Financiën) wel van opvatting zijn dat zonder deze herbezinning een besluit over het definitieve behoud van het fiscale voorrecht en bodemrecht niet kan worden genomen, worden de bepalingen die deze rechten regelen gekoppeld aan een horizonbepaling (art. 70 IW 1990).¹⁸⁶ Deze horizonbepaling houdt – in de aanvankelijk voorgestelde vorm – in dat de bepalingen inzake het fiscale voorrecht en bodemrecht vervallen op het moment van inwerkingtreding van Boek 3 NBW, tenzij eerder een wetsvoorstel wordt ingediend waarbij hetzij de materie wordt geregeld, hetzij de geldigheidsduur van de bepalingen wordt verlengd.¹⁸⁷

De definitieve tekst van de horizonbepaling wijkt evenwel op twee punten af. Via twee amendementen is – helaas tweemaal zonder onderbouwing – i) het fiscale voorrecht uit de voorgestelde horizonbepaling geschrapt; en ii) de horizon gefixeerd op een vaste datum: 1 januari 1993.¹⁸⁸

In het kader van de algehele herziening van de Invorderingswet tot de Invorderingswet 1990 wordt daarnaast ook het bodemrecht alvast enigszins aangepast. Er wordt namelijk voorgesteld om het bodemrecht nog slechts te laten gelden voor aangiftebelastingen, die limitatief in de nieuwe bepaling worden opgesomd. Uit de onderbouwing hiervan komt evenwel naar voren dat dit feitelijk een codificatie is van een reeds bestaande praktijk: 'uit een oogpunt van billijkheid en goed beleid' werd onder de oude Invorderingswet het bodemrecht nog slechts tegen derden uitgeoefend voor zover sprake was van invordering van belastingen 'die aan een derde in rekening zijn gebracht of die de inhoudingsplichtige als ware hij houder voor de fiscus in zijn bezit heeft'.¹⁸⁹ Op deze belastinggelden rust namelijk een dusdanig zware claim van de fiscus dat ingrijpen in de gecreëerde eigendomsverhoudingen als gerechtvaardigd wordt beschouwd.¹⁹⁰

In de memorie van toelichting bij de nieuwe Invorderingswet wordt voorts erkend dat de rechtsgrond van het bodemrecht anders is dan in 1845. Het bodemrecht dient aan het einde van de twintigste eeuw vooral ter veiligstelling van de hoog bevoorrechte verhaalspositie van de fiscus: het corrigeren van ondermijning van het fiscale voorrecht via zekerheidseigendom, *financial lease* en levering onder eigendomsvoorbehoud.¹⁹¹

185 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 9 (MvT).

186 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 9 (MvT).

187 Art. 71 Invorderingswet 1990 (aanvankelijk Invorderingswet 1989), zoals voorgesteld in *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 2.

188 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 16 en 17.

189 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 66 (MvT).

190 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 66 (MvT).

191 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 67 (MvT).

4.5.4 *De interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht*

Voor de algehele herwaardering van de niet-privaatrechtelijke voorrechten wordt de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht gevormd. Deze werkgroep staat onder voorzitterschap van Lukács en bestaat uit afgevaardigden van de Ministeries van Binnenlandse Zaken, Justitie, Financiën en Sociale Zaken. Zij krijgt de opdracht mee het kabinetsstandpunt voor te bereiden over i) de bevoorrechting van vorderingen voor zover nog niet in het kader van de totstandkoming van het NBW vastgesteld; ii) het bodemrecht; iii) de onderlinge voorrang van zowel de privaatrechtelijke als niet-privaatrechtelijke vorderingen; en iv) de plaats in de wetgeving van voorgaande punten.¹⁹²

Voor wat betreft de publiekrechtelijke voorrechten sluit de werkgroep nagenoeg volledig aan bij de voorstellen van de commissie-Houwing. Dit geldt in het bijzonder ook voor de rechtvaardiging van het fiscale voorrecht, waarbij de werkgroep wijst op dossieronderzoek door het Ministerie van Financiën dat de soepele houding van de fiscus bevestigt: de fiscus is geregeld bereid tot het treffen van een betalingsregeling, indien dat voor het voortbestaan van de belastingschuldige nodig is.¹⁹³ Evenals de commissie-Houwing is ook de werkgroep verder van opvatting dat deze bevoorrechting ook dient te gelden voor de sociale premies en de gemeentelijke en provinciale belastingen.

Een afwijkende opvatting neemt de werkgroep evenwel in ten aanzien van een drietal (categorieën van) vorderingen. In de eerste plaats betreft dit de publiekrechtelijke vorderingen die vergelijkbaar zijn met de kosten van behoud. Anders dan de commissie-Houwing is de werkgroep van oordeel dat specifieke publiekrechtelijke voorrechten hier niet op hun plaats zijn. Voor zover daadwerkelijk sprake is van kosten tot behoud, kan het betreffende publiekrechtelijke lichaam zich immers beroepen op de algemene bepaling in artikel 3:284 BW.¹⁹⁴ Ten tweede komt de werkgroep voor wat betreft het voorrecht van de douane-expediteur tot een andere afweging. De werkgroep onderschrijft weliswaar het argument van de commissie-Houwing, maar ziet hierin onvoldoende grond om deze bijzondere positie te rechtvaardigen, mede omdat het hier een normaal bedrijfsrisico van de expediteur betreft.¹⁹⁵ Ten derde is de werkgroep, anders dan de commissie-Houwing, van oordeel dat milieuheffingen bevoorrecht dienen te blijven. De werkgroep wijst er namelijk op dat deze heffingen inmiddels als (bestemmings)belastingen moeten worden gezien en daarom bevoorrecht dienen te blijven.¹⁹⁶

Ook in de onderlinge rangorde van de voorrechten volgt de werkgroep de commissie-Houwing nagenoeg geheel. Volstaan wordt daarbij met de opmerkingen dat de werkgroep instemt met de gelijkschakeling van de algemene voorrechten (kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd) en dat het voorstel van de werkgroep in één opzicht afwijkt: de anterieure kosten tot behoud. Anders dan in het voorstel van de commissie-Houwing stelt de werkgroep voor om deze anterieure kosten tot behoud niet in rang direct boven, maar direct onder de algemene voorrechten te plaatsen. De

¹⁹² *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 3.1.

¹⁹³ *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 7.6.

¹⁹⁴ *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.2.

¹⁹⁵ *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.4.

¹⁹⁶ *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 10.13.

reden hiervoor is wetssystematisch: artikel 3:284 lid 3 NBW en de daarop aangepaste artikelen 21 lid 2 IW 1990 en 16 CSV (Coördinatiewet Sociale Verzekeringen) limiteren de voorrang van de kosten tot behoud boven (onder meer) de algemene voorrechten tot de posterieure kosten tot behoud, en dit voorstel van de werkgroep sluit hierbij aan.¹⁹⁷

Ook wat het bodemrecht betreft blijft de werkgroep dicht bij de commissie-Houwing. Het meest in het oog springt hierbij de door de commissie-Houwing voorgestelde uitbreiding van het bodemzakenbegrip. De werkgroep neemt dit voorstel over met als summiere toelichting dat hiermee de bestaande 'archaïsche omschrijving' wordt vervangen.¹⁹⁸

Over de rechtvaardiging van het bodemrecht wijst de werkgroep in de eerste plaats op de argumenten voor het fiscale voorrecht, die volgens de commissie tot op zekere hoogte ook voor het bodemrecht kunnen worden aangevoerd. Het bodemrecht vormt daarbij een 'noodzakelijk verlengstuk' van het fiscale voorrecht: het voorkomt dat andere schuldeisers zich 'door het aangaan van bepaalde overeenkomsten' voorrang boven de fiscus weten te verschaffen.¹⁹⁹ Ten tweede ziet de commissie het bodemrecht als een tegenwicht van de fiscus tegen de bezitloos pandhouder en de sterk groeiende *financial-leasing*-praktijk.²⁰⁰ In navolging van de commissie-Houwing ziet de werkgroep het bodemrecht in dit verband als een verdeling van zekerheden; een verdeling die een evenwicht schept tussen de bedongen zekerheden van financiers en het bodemrecht als – in de ogen van de werkgroep – wettelijk zekerheidsrecht van de fiscus.²⁰¹ Het rapport maakt in dit verband melding van de uitvraag van financiële gegevens bij kredietgevers over de omvang van de schade die zij door het bodemrecht lijden, maar die gegevens 'konden niet worden verschaft'.²⁰²

In het rapport wordt tevens een toekomstverwachting geschetst van eventuele afschaffing van het bodemrecht. Verrassend genoeg ziet de werkgroep het verlies van verhaalsmogelijkheden op de bedrijfsinventaris niet als belangrijkste gevolg; de werkgroep voorziet vooral een verharding van de invordering, omdat het bodemrecht in de praktijk vooral preventieve werking heeft en bodembeslag eerder een pressiemiddel dan het voorstadium van uitwinning is.²⁰³ Over de keerzijde, een mogelijke verruiming van de kredietmogelijkheden van ondernemingen, is de werkgroep tegelijkertijd sceptisch: nog los van de wenselijkheid van een dergelijke verruiming, acht de werkgroep dit effect onzeker, omdat ondanks het bestaan van het bodemrecht de kredietverstrekking en de *leasing*-praktijk reeds sterk zijn gegroeid.²⁰⁴

De werkgroep heeft daarnaast gezocht naar alternatieven voor het bodemrecht. Hierbij stelt de werkgroep voorop dat een evenwicht tussen de zekerheden *moet* worden gevonden. De werkgroep verkent twee alternatieven, een wettelijk bezitloos pandrecht op alle goederen en een wettelijk privilege tot een bepaald percentage van de executie-opbrengst

197 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 11.4.

198 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 20.2.

199 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.1.

200 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.2.

201 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.3.

202 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 15.3.

203 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 18.1.

204 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 18.2.

van bodemzaken, maar concludeert dat het bestaande systeem qua eenvoud de voorkeur verdient en een betere stok achter de deur is om (zonder executie) betaling af te dwingen.²⁰⁵

Tot slot gaat de werkgroep in op de vraag of het bodemrecht beperkt dient te blijven tot gebruik door de fiscus. Zij pleit in dit verband tot herinvoering van het bodemrecht voor gemeenten (zoals ook gold onder de Invorderingswet 1845), maar nu – net als bij de rijksbelastingen – afgebakend tot de gemeentelijke belastingen die als afdrachtsbelasting kunnen worden gekwalificeerd (anno 1990 alleen de toeristenbelasting).²⁰⁶ De reden hiervoor wordt niet gegeven. Vermoedelijk speelt hier op de achtergrond hetzelfde argument als bij de uitbreiding van het fiscale voorrecht tot de gemeentelijke belastingen: het onderscheid berust op toevalligheden. Naast de gemeenten zou het bodemrecht volgens de werkgroep ook moeten toekomen aan de bedrijfsverenigingen wegens de sociale premies. Ook hier is de toelichting beperkt. De werkgroep ziet geen reden om het bodemrecht niet ook toe te passen voor de inning van sociale premies en verwijst vervolgens naar de argumentatie van Levelt-Overmars, in haar preadvies, dat het niet onredelijk is om bedrijfsverenigingen een zekere compensatie te geven voor de op hen rustende uitkeringsplicht (die ook bij premieachterstanden voortduurt).²⁰⁷

Het rapport van de werkgroep wordt op 4 juli 1990 door de regering aan de Tweede Kamer toegezonden.²⁰⁸ Het rapport is daarna onderwerp van schriftelijk en mondeling overleg tussen de regering en de vaste commissie voor Financiën.²⁰⁹ Uit dit overleg blijkt dat het rapport kritisch is ontvangen in de Kamer. Zo kan de vaste commissie zich niet vinden in de aanbevelingen inzake het fiscale voorrecht en het bodemrecht, hetgeen mede wordt ingegeven door een – in de ogen van de Kamerleden – gebrekkige onderbouwing van deze aanbevelingen. Het vernieuwde bodemrecht moet het daarbij in het bijzonder ontgelden. Het CDA ziet hierin een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling van roerende zaken, en daarmee indirect van verschillende groepen schuldeisers.²¹⁰ De PvdA is daarnaast kritisch op de moeilijkheden die het bodemrecht creëert bij *leasing*-contracten. Het voor de toepassing van het bodemrecht allesbepalende onderscheid tussen *financial* en *operational lease* is in het individuele geval namelijk niet altijd eenvoudig te trekken en zal dan ook aanleiding geven tot veel juridische procedures.²¹¹ Voor de VVD ligt het probleem vooral in de cumulatie van bevoegdheden van de fiscus. De fiscus is al een schuldeiser met veel speciale bevoegdheden in vergelijking met andere schuldeisers. Het behouden (en tegelijkertijd ook uitbreiden) van het bodemrecht is dan niet op zijn plaats.²¹² De vaste commissie spoort de regering dan ook aan om de werkgroepaanbevelingen inzake het fiscale voorrecht en bodemrecht te heroverwegen en meer onderzoek te doen naar alternatieven voor het bodemrecht.

205 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 21.

206 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 24.2.

207 *Rapport Voorrecht en bodemrecht* 1990, par. 24.1, onder verwijzing naar Levelt-Overmars, in: *Preadviezen NJV* 1986, p. 189 en 198.

208 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 31.

209 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 34 en 36.

210 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 34, p. 3-4; *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 2.

211 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 4.

212 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 588, nr. 36, p. 5-6.

4.6 Wetsvoorstel 22 942

Gebaseerd op het rapport van de interdepartementale werkgroep wordt op 30 november 1992 (een maand voor activatie van de horizonbepaling) door de regering een wetsvoorstel ingediend ter definitieve regeling van de bevoorrechtiging van vorderingen en het bodemrecht, wetsvoorstel 22 942. De kritiek vanuit de Tweede Kamer ten spijt, is het wetsvoorstel nagenoeg identiek aan het voorontwerp in het rapport. Ook bevat het de langverwachte bundeling van alle preferenties (met uitzondering van die in het vervoersrecht) op één centrale plaats: titel 3.10 BW.

Het voorstel behelst in een notendop één centrale bepaling (art. 3:280) die alle bevoorrechte vorderingen bevat en via een genummerde lijst hun rang – onderling en ten opzichte van pand en hypotheek – aangeeft. De bestaande afwijkende rangorderegels uit artikel 3:284 lid 2-3, artikel 3:285 lid 2, artikel 3:286 lid 2-3 en artikel 3:287 lid 2 BW zijn vervolgens in losse, aansluitende bepalingen geplaatst.

Nieuw ten opzichte van het recent ingevoerde NBW is – in lijn met de daartoe strekkende aanbevelingen van de commissie-Houwing en de interdepartementale werkgroep – het algemene voorrecht verbonden aan de vorderingen van pensioen- en spaarfondsen en van verzekeraars op werkgevers ter zake van pensioenpremies (art. 3:280 nr. 5 sub g en h). In het oog springen verder de opgeschoonde rangorderegels ten aanzien van de fiscale verhaalspositie. De op alle goederen van de schuldenaar ('algemeen') bevoorrechte belasting-, premie- en heffingsvorderingen zijn tezamen met de andere op alle goederen bevoorrechte vorderingen (de hoogpreferente kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd) gelijk van rang. Voor een aantal specifieke afdrachtsbelastingen en sociale premies geldt daarbovenop het – wat ik noem – 'herziene bodemrecht', dat – in lijn met de commissie-Houwing en de interdepartementale werkgroep – wordt uitgebreid tot alle roerende zaken 'bestemd om blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar'. Voor zover deze zaken aan de schuldenaar toebehoren is de belasting- of premievordering bevoorrecht boven een op die zaken gevestigd bezitloos pandrecht (art. 3:284). Behoren deze zaken niet aan de schuldenaar toe, dan kan voor de belasting- of premievordering 'bijzonder verhaal' worden genomen op deze zaken. De belasting- of premie-innende schuldeiser kan verhaal nemen zonder dat hem 'bedongen overwegend tot zekerheid strekkende rechten' op deze zaken kunnen worden tegengeworpen (art. 3:287).

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden de gemaakte keuzes onderbouwd. Opvallend daarbij is de positieve houding tegenover de rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Deze rangverlaging wordt namelijk gezien als een verandering die niet van grote betekenis is.²¹³ Met betrekking tot het bijzonder verhaalsrecht en de hoge rang ten opzichte van bezitloos pandrecht wordt verder het evenwicht tussen enerzijds de fiscus en de bedrijfsvereniging en anderzijds de financiers ter sprake gebracht. Steunend op het rapport van de interdepartementale werkgroep wordt geen onwenselijke beperking van de kredietverstrekking voorzien.²¹⁴

²¹³ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 3. (MvT).

²¹⁴ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 5. (MvT).

In de memorie van toelichting worden tevens de verwachte gevolgen voor de belastingopbrengst op een rij gezet. Per saldo is dit een vermindering van *f* 70 miljoen; de uitbreiding van het bodemrecht levert naar schatting *f* 10 miljoen extra op, maar deze extra opbrengst staat tegenover een verlies van *f* 80 miljoen door de overige wijzigingen aan het fiscale voorrecht en bodemrecht.²¹⁵

Het wetsvoorstel stuit op veel kritiek in de Tweede Kamer, in lijn met de eerdere kritiek op het rapport van de interdepartementale werkgroep.²¹⁶ Waar de regering zich met het wetsvoorstel volledig achter de inhoud van dit rapport schaaft, neemt de vaste commissie voor Justitie (belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel) hier juist geen genoegen mee. Uit de beraadslaging met de regering is op te maken dat de vaste commissie uit is op een voortzetting van de herwaardering van de verhaalspositie van de fiscus, het bodemrecht in het bijzonder. Zo wordt in het eindverslag van de vaste commissie verzocht om meer onderzoek naar mogelijke alternatieven, wordt de uitbreiding naar alle bedrijfsinventaris (ook het 'rollend materieel') en het daarbij gebruikte evenwichtsargument niet overtuigend geacht, en vraagt men zich af of het bodemrecht zich niet (weer) tot misbruikgevallen zou moeten beperken.²¹⁷

In de literatuur is het wetsvoorstel ondertussen ook kritisch ontvangen, waarbij met name de ontwijkingsgevoeligheid van het herziene bodemrecht onder de aandacht wordt gebracht. Zo ziet De Liagre Böhl het als fundamenteel gebrek dat de verhaalspositie van de fiscus nog steeds wordt gekoppeld aan de 'voor manipulatie vatbare karaktereigenschappen' van een zaak.²¹⁸ Naar zijn opvatting is het fiscale bodemrecht dan ook beter vorm te geven als een voorrecht op *alle* roerende en onroerende zaken van de schuldenaar, dat recht geeft op een bepaald percentage van de uitwinningsofbrengst van die zaken.²¹⁹ Zoals De Liagre Böhl zelf ook onderkent, is ook een dergelijk voorrecht niet 'waterdicht', aangezien een voorrecht geen zaaksegevolg heeft. Zo kan een bancaire pandhouder in het zicht van een faillissement de aan haar verpande bedrijfsmiddelen in stilte onderhands uitwinnen door deze zaken over te dragen aan een eigen leasemaatschappij, die de zaken vervolgens aan de schuldenaar verhuurt.²²⁰ De fiscus is dan zijn aanspraak op die zaken kwijt. Dit gebrek kleeft in gelijke zin aan het boven pandrecht gerangschikte fiscale voorrecht in het wetsvoorstel.

Een oplossing hiervoor wordt aangedragen door Van Mierlo. Hij pleit voor invoering van het door de werkgroep afgewezen wettelijk bezitloos pandrecht, dat wel zaaksegevolg heeft.²²¹ Gekoppeld aan een constructiebestendige formulering van het oude bodemzakenbegrip

215 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 942, nr. 3, p. 8. (MvT). Deze cijfers dienen te worden gezien tegen een totale belastingopbrengst van ongeveer *f* 150 miljard per jaar (in 1992: *f* 153,5 miljard). Zie hiervoor bijlage 4 bij de Miljoenennota 1994, p. 110-111 (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 400, nr. 2). Een nettoverlies van *f* 70 miljoen betekent dan een opbrengstverlies van 0,005%.

216 Zie hiervoor, § 4.5.4.

217 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 942, nr. 9, p. 2-5 (EV).

218 De Liagre Böhl, *NJB* 1993, p. 196.

219 De Liagre Böhl, *NJB* 1993, p. 196.

220 De Liagre Böhl, *NJB* 1994, p. 707.

221 Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 37-39.

als object van dit pandrecht,²²² is dit volgens Van Mierlo de weg die zou moeten worden ingeslagen met het herziene bodemrecht.²²³

Het lijkt erop dat het de regering vervolgens te heet onder de voeten wordt. De behandeling van het wetsvoorstel valt stil, in afwachting van beantwoording van de in het eindverslag opgeworpen vragen.

4.7 Rapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht

Wetsvoorstel 22 942 belandt omstreeks de eeuwwisseling weer in de actualiteit. In het kader van de operatie 'Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (MDW) wordt door het kabinet een werkgroep 'Modernisering faillissementsrecht' ingesteld. Deze werkgroep, onder voorzitterschap van Raaijmakers en verder bestaande uit vertegenwoordigers van de Ministeries van Economische Zaken, Financiën, Justitie en Sociale Zaken, heeft als opdracht te onderzoeken of de Faillissementswet optimaal functioneert, in het bijzonder wat betreft het vermogen om bedrijven in moeilijkheden te reorganiseren. In de tweede fase van dit project betreft de werkgroep ook het fiscale voorrecht en het bodemrecht, aangezien het kabinet in deze fase mede aandacht vroeg voor onderwerpen die de positie van kapitaalverschaffers, leveranciers, personeel en preferente schuldeisers raken.

De werkgroep komt in dit verband tot de aanbeveling om wetsvoorstel 22 942 met spoed en voorrang voort te zetten, zodat de al lang in het vooruitzicht gestelde herwaardering van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht eindelijk plaats kan vinden.²²⁴ De werkgroep stelt daarbij voorop dat een voortvarende parlementaire behandeling een geactualiseerde motivering van (onder meer) de fiscale verhaalspositie moet opleveren en zij formuleert in dit verband een tweede aanbeveling: algehele afschaffing van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht.²²⁵ De motivering is helaas wat aan de summiere kant. De werkgroep volstaat voor wat betreft het fiscale voorrecht namelijk met de opmerking dat het afwegen van de voor- en tegenargumenten haar tot de slotsom bracht dat 'handhaving van de status quo in de samenleving anno 2001 niet zonder meer [...] voor de hand lag'.²²⁶ Met betrekking tot het bodem(voor)recht is de werkgroep concreter: zij pleit voor afschaffing, omdat dit de kredietbeschikbaarheid ten goede kan komen. Immers, zo redeneert de werkgroep, het bodem(voor)recht leidt ertoe dat de dekkingswaarde van de zekerheden vermindert, hetgeen in het bijzonder effect sorteert in de gevallen waar het krediet relatief zwaar steunt op zekerheden, zoals bij het mkb en starters.²²⁷

De aanbeveling tot afschaffing van de fiscale voorrangspositie is evenwel niet unaniem. De vertegenwoordigers van de Ministeries van Financiën en van Sociale Zaken stellen het budgettaire belang voorop: het financiële belang dat is verbonden aan het voorrecht voor belastingen en sociale premies en aan het bodem(voor)recht, maakt dat deze

²²² Van Mierlo pleit voor de formulering 'roerende zaken die bestemd zijn tot blijvend gebruik van de roerende of onroerende zaak waarin de schuldenaar zijn beroep of bedrijf uitoefent of heeft uitgeoefend'. Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 36-37.

²²³ Van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement* 1994, p. 35-41.

²²⁴ MDW-werkgroep 2001, p. 36-37.

²²⁵ MDW-werkgroep 2001, p. 37.

²²⁶ MDW-werkgroep 2001, p. 37.

²²⁷ MDW-werkgroep 2001, p. 37.

rechten niet kunnen worden gemist.²²⁸ De werkgroep komt daarom met een subsidiaire aanbeveling. Als de budgettaire consequenties zodanig zijn dat afschaffing onmogelijk is, dan dient het in wetsvoorstel 22 942 voorgestelde bijzonder verhaalsrecht in ieder geval te worden hervormd.²²⁹ De werkgroep spreekt daarbij – ten behoeve van het voort te zetten parlementaire debat – een duidelijke voorkeur uit over deze hervorming. Het bijzonder verhaalsrecht moet *i)* een beperktere reikwijdte krijgen; *ii)* aan de hand van het voorstel van Van Mierlo als een wettelijk pandrecht worden vormgegeven (ter verlaging van de ‘constructiegevoeligheid’); en *iii)* worden aangevuld met een ‘percentageregeling a la De Liagre Böhl’ zodat het mogelijk is om het bijzonder verhaalsrecht in de toekomst gefaseerd af te bouwen.²³⁰

De aanbieding van het eindrapport door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer gaat gepaard met het regeringsstandpunt. Ten aanzien van het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht luidt dit standpunt dat een besluit hierover wordt opgeschort totdat de economische en budgettaire effecten van de werkgroepvoorstellen door het CPB in kaart zijn gebracht.²³¹ De primaire aanbeveling om wetsvoorstel 22 942 met spoed weer op te pakken, lijkt niet te worden overgenomen. Over de implementatie van deze aanbeveling wordt in de Kamerbrief gezwegen.

In opdracht van de Ministeries van Financiën en van Economische Zaken wordt vervolgens een drietal studies verricht naar de economische en budgettaire effecten. De budgettaire consequenties worden door de Belastingdienst in kaart gebracht en het onderzoeks- en adviesbureau ECORYS-NEI bestudeert de aan een wijziging verbonden gedragseffecten.²³² Deze twee studies dienen vervolgens als basis voor de derde studie, een welvaartsanalyse door het CPB in samenwerking met ECORYS-NEI.²³³

De studies leveren een aantal waardevolle inzichten op. Zo komt uit de ECORYS-NEI-studie naar voren dat de veronderstelde verbetering van de kredietbeschikbaarheid bij afschaffing van het bodem(voor)recht hooguit in een heel geringe mate te verwachten is. Voor zover dit effect zich voordoet, zal het zich uiten in een beperkte stijging van het maximale kredietbedrag, niet in een verandering in de initiële financieringsbeslissing of een verbetering van de voorwaarden of tarieven.²³⁴ De onderzoekers tekenen daarbij bovendien aan dat dit effect bij mkb-ondernemingen onzeker is door onvolkomenheden in de markt voor mkb-financiering.²³⁵ Hiermee wordt het hoofdargument voor afschaffing in het MDW-rapport dan ook weerlegd. Afschaffing van het bodem(voor)recht heeft wel een duidelijk positief effect op de kapitaalvernietiging door ontwijkingsconstructies. Het CPB en ECORYS-NEI hebben gepoogd deze welvaartswinst te kwantificeren door bepaling van deze kapitaalvernietiging. Zij komen daarbij evenwel niet verder dan een ‘zeer ruwe’ schatting van € 15 miljoen per jaar, op basis van de ervaringscijfers van geïnterviewde

228 MDW-werkgroep 2001, p. 37-38.

229 MDW-werkgroep 2001, p. 39.

230 MDW-werkgroep 2001, p. 39.

231 *Kamerstukken II* 2001/02, 24 036, nr. 238, p. 6.

232 Belastingdienst/CPB 2003; ECORYS-NEI 2004.

233 CPB & ECORYS-NEI 2004.

234 ECORYS-NEI 2004, p. 63-65.

235 ECORYS-NEI 2004, p. 65, onder verwijzing naar een eerdere CPB-studie.

curatoren.²³⁶ De studies bevestigen verder dat het fiscale voorrecht en het bodem(voor)recht voor de fiscus aanleiding zijn voor een zekere lankmoedigheid bij betalingsproblemen.²³⁷ Dat betekent tegelijkertijd dat het 'zeer aannemelijk' is dat afschaffing van deze rechten leidt tot een strenger invorderingsbeleid.²³⁸

Voor een duiding van het voorgaande in welvaartseffecten zoeken het CPB en ECORYS-NEI aansluiting bij de economische literatuur, die in de context van faillissement twee vormen van welvaartsverlies identificeert. De eerste betreft welvaartsverlies dat ontstaat doordat een *niet*-levensvatbare onderneming te lang wordt voortgezet (een 'type-I-fout'). De tweede vorm ziet op de omgekeerde situatie. Welvaartsverlies ontstaat ook als een *wel* levensvatbare onderneming ten onder gaat aan tijdelijke financiële problemen (een 'type-II-fout').²³⁹ In de context van het invorderingsbeleid van de fiscus zien de onderzoekers in het bestaan van de sterke fiscale verhaalsrechten een bron van type-I-fouten, vanuit de geconstateerde fiscale coulance bij betalingsproblemen. Met afschaffing van de sterke verhaalspositie is dan welvaartswinst te behalen, zolang althans deze welvaartswinst – tezamen met het positieve welvaartseffect op de ontwikkelingsconstructies – niet teniet wordt gedaan door een te grote stijging van type-II-fouten door een strenger invorderingsbeleid. Op basis van dit denkkader komen het CPB en ECORYS-NEI tot de conclusie dat de meeste welvaartswinst wordt behaald door het bodem(voor)recht af te schaffen, maar alleen voor grote ondernemingen (GO's).²⁴⁰ Voor grote ondernemingen zien de onderzoekers namelijk duidelijke welvaartswinsten. Dit onderscheid komt voort uit de inschatting van de onderzoekers dat bij dit type ondernemingen vooral type-I-fouten voorkomen, terwijl type-II-fouten maar weinig voorkomen. Bovendien verwachten de onderzoekers dat – onder de aanname dat de afschaffing leidt tot verbetering van de verhaalspositie van banken – sterke concurrentie in de markt voor GO-financiering leidt tot extra kredietbeschikbaarheid.²⁴¹ Voor de kleinere ondernemingen achten de onderzoekers het welvaartseffect minder duidelijk. Dit wordt vooral ingegeven door de beperkte concurrentie op de markt voor mkb-financiering en de bevinding dat banken deze ondernemingen relatief gemakkelijk aan hun lot overlaten.²⁴² Aldus achten de onderzoekers de welvaartswinst voor deze groep beperkter, terwijl er tegelijkertijd wel een duidelijk welvaartsverlies te verwachten is door strenger invorderingsbeleid. Afschaffing ligt dan – vanuit economisch perspectief bezien – niet in de rede.

236 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 16. Deze schatting is gebaseerd op de ervaringscijfers van vijftien door ECORYS-NEI geïnterviewde curatoren.

237 Zo geven de ontvangers in de Belastingdienst-studie aan dat in 23% van de onderzochte dossiers waarin uitstel van betaling is verleend, dit uitstel niet in dezelfde vorm zou zijn verleend zonder het bodemrecht en/of voorrecht. Belastingdienst/CPP 2003, p. 11 en 15; ECORYS-NEI 2004, p. 72.

238 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 17.

239 ECORYS-NEI 2004, p. 42-43.

240 Voor de definitie van 'grote onderneming' wordt aangesloten bij de definitie die de Belastingdienst hiervoor hanteert. Het gaat dan om ondernemingen met een ondernemingsvermogen van meer dan f 20 miljoen, meer dan f 40 miljoen verschuldigde omzetbelasting of meer dan 250 werknemers in dienst. Ook ondernemingen die hieraan niet voldoen, maar wel voldoen aan twee van de volgende criteria (a. meer dan f 5 miljoen ondernemingsvermogen; b. meer dan f 10 miljoen verschuldigde omzetbelasting; c. meer van vijftig werknemers in dienst) vallen onder deze definitie. CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 14.

241 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26.

242 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26; ECORYS-NEI 2004, p. 65.

Het economische perspectief biedt ook geen grond voor afschaffing van het algemene fiscale voorrecht. De onderzoekers verwachten namelijk dat afschaffing slechts zeer kleine welvaartseconomische effecten heeft. Zij beschouwen het al dan niet afschaffen daarom als een politieke keuze.²⁴³

Het politieke element komt ook terug in de verwachte derving van de belastinginkomsten indien het fiscale voorrecht en/of het bodem(voor)recht worden afgeschaft. De Belastingdienst-studie schat de derving bij een algehele afschaffing op € 700-926 miljoen per jaar, waarvan ongeveer twee derde deel is toe te rekenen aan het bodem(voor)recht (€ 406-539 miljoen).²⁴⁴ Bij een afschaffing van alleen het bodem(voor)recht bij grote ondernemingen is deze derving een stuk kleiner: ongeveer € 67-100 miljoen.²⁴⁵ Het CPB en ECORYS-NEI schatten de totale derving à € 700-926 miljoen evenwel een ruwe € 200 miljoen lager in door alternatief (strenger) invorderingsbeleid en vanuit de aanname dat een aanzienlijk deel van de belastingderving alsnog – via de (tevens belastingplichtige) andere schuldeisers – naar de fiscus vloeit.²⁴⁶

Deze verwachte derving is beter te duiden indien zij wordt afgezet tegen het totaal aan overheidsontvangsten uit belastingen en premies wettelijke sociale verzekeringen. Deze totale ontvangsten bedroegen in 2004 € 186,3 miljard.²⁴⁷ Dat betekent dat de door het CPB en ECORYS-NEI geschatte derving (€ 700-926 miljoen minus € 200 miljoen) neerkomt op een belasting- en premiederving van 0,27-0,39%.²⁴⁸

Voor zover enige belastingderving niet politiek wenselijk wordt bevonden, geven het CPB en ECORYS-NEI op economische gronden twee (eventueel te combineren) alternatieven in overweging. Dat is in de eerste plaats de vormgeving van het bodem(voor)recht als het wettelijke pandrecht zoals voorgesteld door Van Mierlo, zodat het welvaartsverlies

243 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 26.

244 Belastingdienst/CPP 2003, par. 4.4. Deze cijfers zijn gebaseerd op een steekproef van 470 dossiers van aanslagen waar een dwangbevel is betekend, een beslagopdracht is gegeven of al tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden. Door middel van een vragenlijst is aan de betreffende ontvangers gevraagd om een inschatting te maken van de invorderbaarheid van deze aanslagen zonder het fiscaal voorrecht resp. het bodem(voor)recht. De resultaten van deze steekproef zijn vervolgens geëxtrapoleerd tot een totale jaarlijkse derving. Deze cijfers zijn bovendien beperkt tot het directe financiële belang van de fiscus, dus het bedrag aan openstaande aanslagen dat naar verwachting niet meer invorderbaar zal zijn. Een aanvullend preventief effect van deze fiscale rechten is niet in de studie betrokken. Belastingdienst/CPP 2003, par. 2.

245 Ontleend aan CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 27.

246 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 15.

247 CBS StatLine, Overheid; ontvangen belastingen en wettelijke premies, beschikbaar via <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/84120NED/table?dl=9D283> (geraadpleegd op 30 juli 2024).

248 Hierbij geldt evenwel de kanttekening dat voor 2006 de heffing van de premies werknemersverzekeringen nog niet door de fiscus werd verricht. Deze premiederving is daarom niet meegenomen in de Belastingdienst-studie, terwijl de ontvangsten uit deze premies wel door het CBS zijn meegenomen in het totaal aan belastingen en premies. Dat betekent dat het verwachte dervingscijfer in de werkelijkheid iets hoger zal liggen.

door ontwijkingsconstructies wordt weggenomen.²⁴⁹ De onderzoekers voorzien bij dit alternatief evenwel een toename van het welvaartsverlies door type-I-fouten, omdat dit alternatief de schuldeiserspositie van de (lankmoedige) fiscus versterkt in verhouding tot die van de banken.²⁵⁰ Het tweede alternatief is het sec creëren van een strenger invorderingsbeleid jegens grote ondernemingen, hetgeen op papier dezelfde invloed heeft op type-I- en type-II-fouten als afschaffing van het bodem(voor)recht. De onderzoekers zetten wel direct vraagtekens bij de haalbaarheid van dit alternatief, aangezien zij verwachten dat er zonder duidelijk financieel prikkel bij de ontvangers weinig van dergelijk beleid terecht zal komen.²⁵¹

Ook met deze studies als bagage pakt de regering wetsvoorstel 22 942 niet op. In plaats daarvan vormen zij aanleiding voor *nog meer* studie, omdat de onderzoeksresultaten niet in een eenduidige richting wijzen. In een wetgevingsoverleg, een ruime maand na de aanbieding van het CPB-rapport aan de Tweede Kamer, merkt Minister van Justitie Donner hierover het volgende op:

'De onderzoeksresultaten geven aan dat directe budgettaire effecten omvangrijk en negatief zouden kunnen zijn, maar er is ook sprake van positieve welvaartseffecten. Het gaat meer om een beredenering dan om een kwantificering van verschillende voor- en nadelen. Om die reden heeft het kabinet meer informatie nodig, ook over de wijze waarop een en ander in het buitenland functioneert. Ik hoop dat dit onderzoek in de komende maand beschikbaar komt, zodat wij aan het eind van het jaar de benodigde informatie hebben en daarover kunnen beslissen.'²⁵²

De in het vooruitzicht gestelde beslissing zal de opvolgende jaren evenwel uitblijven. Wetsvoorstel 22 942 blijft onaangeroerd, de aanbeveling van de MDW-werkgroep ten spijt.

Parallel aan deze ontwikkelingen wordt ondertussen wel het toepassingsbereik van het bodemrecht en bodemvoorrecht verder uitgebreid, tot ook de invordering van de premies voor de werknemersverzekeringen, door invoering van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) per 1 januari 2006. De beweegreden achter deze uitbreiding ligt in de vereenvoudiging van de heffingsprocessen inzake de sociale verzekeringen en de loonbelasting.²⁵³ Waar de heffingstaak tot dan toe was verdeeld tussen het UWV (heffing van de premies werknemersverzekeringen²⁵⁴) en de fiscus (heffing van de

249 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28 en 29. Van het door De Liagre Böhl voorgestelde alternatief zijn de onderzoekers niet overtuigd, omdat hieraan 'nogal wat praktische bezwaren kleven'. Zij wijzen hierbij in het bijzonder op de moeilijkheid om dit alternatief werkelijk constructiebestendig te krijgen. Zie ook ECORYS-NEI 2004, p. 77-78.

250 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28.

251 CPB & ECORYS-NEI 2004, p. 28 en 29.

252 *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 18, p. 19 (verslag van een wetgevingsoverleg d.d. 19 april 2004 over het wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement).

253 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 3.

254 Bevoorrecht op grond van art. 16 CSV met een voorrecht met gelijke rang als het algemene fiscale voorrecht: '[d]e vordering [...] is bevoorrecht op alle goederen van de werkgever en gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 287 en 288 onder a, alsmede dat van artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover de daar bedoelde kosten zijn gemaakt na de vaststelling van de voorschotpremie of de premie'.

premies volksverzekeringen²⁵⁵ en de loonbelasting), wordt de heffing nu volledig in de handen van de fiscus gelegd. Vanuit het oogpunt van doelmatige invordering (o.a. schaalvoordelen door uniforme werkprocessen) wordt daarbij het invorderingsregime van de premies volksverzekeringen en de loonbelasting ook van toepassing op de premies werknemersverzekeringen (art. 60 lid 3 Wfsv).²⁵⁶ De beperking van de verhaalsmogelijkheden van de andere schuldeisers wordt daarbij weliswaar onderkend, maar afgedaan met een beroep op 'het uitvoeringsbelang' en de omstandigheid dat de meeste andere schuldeisers 'vrijwillig' schuldeiser van de belastingschuldige zijn geworden:

'[De integratie van de heffing en inning van de premies werknemersverzekeringen met de heffing en inning van de loonbelasting en de premies volksverzekeringen] gaat gepaard met een geringe beperking van de verhaalsmogelijkheden van andere, met name private, schuldeisers. Het uitvoeringsbelang dient zwaarder te wegen. Van belang daarbij is dat private partijen, anders dan de Belastingdienst, op basis van vrijwilligheid commerciële transacties zijn aangegaan en van tevoren hebben kunnen overwegen welke zekerheden zij willen bedingen.'²⁵⁷

4.8 Voorontwerp Insolventiewet

Een van de andere aanbevelingen van de MDW-werkgroep is de instelling van een adviescommissie insolventierecht, bestaande uit deskundigen uit de praktijk, die de Minister van Justitie dient te adviseren in het wetgevingsproces ter modernisering van de Faillissementswet.²⁵⁸ Deze aanbeveling leidt tot de instelling van de Commissie insolventierecht,²⁵⁹ die in 2007 haar werk afrondt met de aanbidding van een Voorontwerp Insolventiewet aan de minister.

Het onderwerp van rangorde tussen schuldeisers lijkt in het voorontwerp op het eerste gezicht een bijrol te hebben. Zo geeft de commissie in de toelichting bij het voorontwerp aan dat de eventuele aanpassing van andere wetgeving dan de Faillissementswet (in ruime zin), zoals expliciet de wettelijke regeling van voorrechten en de fiscale bepalingen, buiten haar taakopvatting valt.²⁶⁰ De aanbevelingen van de commissie geven evenwel een ander beeld. Zo pleit de commissie, vanuit het streven naar versterking van de positie van de concurrente schuldeisers, voor afschaffing van *alle* voorrechten. De onderbouwing is desalniettemin bondig. De commissie volstaat met de opmerkingen dat zij geen werkelijk overtuigende grond voor de bestaande veelheid aan preferenties ziet en dat het terugdringen van het aantal preferenties past bij recente ontwikkelingen in onder meer Denemarken, Duitsland en Engeland.²⁶¹ Vooruitlopend op deze afschaffing stelt de commissie een tussenvorm voor, om de positie van de concurrente schuldeisers alvast te

255 Invordering ex art. 16 lid 2 WfV overeenkomstig de regels inzake de invordering van de inkomstenbelasting resp. de loonbelasting.

256 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 51-52.

257 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 52.

258 MDW-werkgroep 2001, p. 19-21.

259 Ingesteld bij koninklijk besluit van 3 april 2003 (*Stcrt.* 2003, 76).

260 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV) 2007*, nr. 3 (toelichting).

261 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV) 2007*, nr. 16 (toelichting).

versterken. Deze tussenvorm houdt in dat de preferente vorderingen (inclusief die van de fiscus) niet meer volledig voorgaan op de concurrente vorderingen, maar dat deze nog slechts voor een tweemaal zo groot percentage worden voldaan als de concurrente vorderingen (art. 6.3.2 Voorontwerp).²⁶²

Met betrekking tot het bodemrecht en het bodemvoorrecht deelt de commissie verder de primaire aanbeveling van de MDW-werkgroep: deze rechten dienen te worden afgeschaft. De commissie acht deze rechten namelijk een te ernstige inbreuk op de rechten van derden zonder dat hiervoor een toereikende rechtvaardiging is aan te wijzen. Bovendien passen zij – vanwege de ontwijkingsconstructies door financiers – niet bij een insolventiewet die beoogt het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken, heeft de fiscus voldoende andere (dwang)invorderingsmiddelen, en voorziet de commissie (onder verwijzing naar de hiervoor in § 4.7 genoemde CPB-studie) dat afschaffing leidt tot een lastenverlichting voor het bedrijfsleven met potentieel slechts beperkte budgettaire effecten voor de overheid.²⁶³

Ondanks de beperkte taakopvatting grijpt de commissie toch de gelegenheid van het voorontwerp aan om haar visie op de toekomst van de rangorderegels onder de aandacht van de wetgever te brengen.

Na de aanbieding van het voorontwerp blijkt het politieke momentum voor een grote herziening van de Faillissementswet ten einde te lopen. Weliswaar brengt het Ministerie van Justitie het voorontwerp voortvarend in internetconsultatie en is een 'wetsvoorstel nieuwe Insolventiewet' medio 2009 nog onderdeel van zijn wetgevingsprogramma (met beoogde inwerkingtreding 1 januari 2012),²⁶⁴ in november 2009 valt het doek. Het kabinet stopt het wetgevingsproject nog voor de indiening in de Tweede Kamer met het argument dat zijn 'taakstellingsoperatie' en de vele andere wetgevingsprioriteiten geen ruimte laten om dit grote project ter hand te nemen.²⁶⁵

Het is goed mogelijk dat deze kabinetsbeslissing is ingegeven door de in 2008 uitgebroken economische crisis. Parallel aan deze beslissing wordt namelijk een grote bezuinigingsoperatie gestart. Het kabinet stelt een groot aantal ambtelijke werkgroepen in met de opdracht om te zoeken naar besparingen in de overheidsuitgaven om het snel opgelopen financieringstekort terug te dringen.²⁶⁶ Dat hier een grote opgave ligt, is af te leiden uit de besparingsopdracht die de werkgroep 'Uitvoering belasting- en premieheffing' krijgt: het vinden van besparingen die de uitvoeringskosten voor belasting- en premieheffing

262 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV) 2007*, nr. 16 en 21 (toelichting). Deze verdelingsregel ontleent de commissie aan hetgeen reeds geldt in de wettelijke schuldsanering (art. 349 lid 2 Fw) en aan de voornaamste voorwaarde voor instemming van de fiscus met een (schuldsanerings)akkoord (art. 22 lid a onder 1 URIW 1990). Toepassing van deze verdelingsregel vergt bij een concrete uitdeling overigens wel enige rekenkracht. Zie voor enkele rekenvoorbeelden, die zien op de werking van art. 349 lid 2 Fw: Wind, *TvCu* 2015.

263 Commissie insolventierecht, *Geschiedenis Fw – Voorontwerp Insolventiewet (O&R nr. 2-IV) 2007*, nr. 21 (toelichting).

264 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123-VI, nr. 2, p. 239.

265 Brief van 18 november 2009 van de Minister van Justitie aan commissievoorzitter Kortmann, zoals beschreven in Verstijlen, *TvI* 2011/12.

266 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 360-III, nr. 1, p. 8.

(ongeveer € 2 miljard per jaar) met minimaal 20% terugbrengen.²⁶⁷ Voor wat betreft de invordering komt deze werkgroep met een rigoureuus voorstel. Zij stelt voor om het door Van Mierlo geopperde wettelijk fiscaal pandrecht weer van stal te halen, ter vervanging van het bodemrecht, maar dan rustend op de handelsvorderingen van een belastingschuldige onderneming.²⁶⁸ Dit ingrijpende voorstel, dat (veel) verder gaat dan het enkel besparen op de uitvoeringskosten, lijkt evenwel op weinig instemming te kunnen rekenen: er wordt geen wetgevende actie op ondernomen.

Ook het volgende kabinet pakt het Voorontwerp Insolventiewet niet meer op. Ingegeven door de gevolgen van de economische crisis heeft dit kabinet een aantal inhoudelijke bezwaren tegen het voorontwerp, zo volgt begin 2011 uit de antwoorden van Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten op Kamervragen. De minister wijst op de aanwezigheid van 'de nodige controversiële suggesties' in het voorontwerp, zoals de afschaffing van de preferenties van de fiscus en het UWV en het creëren van een andere balans tussen de schuldeisers ten laste van onder meer de positie van banken.²⁶⁹ Hij acht deze ongewenst, omdat i) de afschaffing van deze preferenties 'een toenemend beslag op de collectieve middelen' kan leggen in een tijd waarin de overheid juist verantwoordelijkheid neemt in het dempen van de gevolgen van de economische crisis; en ii) het risico vermeden dient te worden dat een verslechtering van de verhaalspositie van banken leidt tot een rem op de kredietverstrekking.²⁷⁰ Deze bezwaren, tezamen met de waarde van een stabiel wettelijk kader 'in het huidige tijdsgewricht en investeringsklimaat', maken dat een integrale herziening van de Faillissementswet conform het voorontwerp voor het kabinet niet op zijn plaats is.²⁷¹ In plaats daarvan houdt de minister zich aanbevolen voor concrete suggesties voor *bijstelling* van de faillissementswetgeving, waarbij hij INSOLAD uitnodigt om met dergelijke suggesties te komen.²⁷²

In deze kabinetsperiode verslikt het kabinet zich nog bijna in wetsvoorstel 22 942. Bij brief van 25 oktober 2010 inzake de kabinetsformatie informeert minister-president Rutte de Tweede Kamer over een aantal wetsvoorstellen dat zal worden ingetrokken, waaronder ook wetsvoorstel 22 942.²⁷³ Gelet op de horizonbepaling (art. 70 IW 1990) zou dat betekenen dat onverwachts het zo gekoesterde bodemrecht (en waarschijnlijk ook het bodemvoorrecht) alsnog zou komen te vervallen.²⁷⁴ Een kleine maand later wordt duidelijk dat het kabinet zich dit voor 's Rijks schatkist kostbare neveneffect achteraf ook realiseerde. Voordat het tot wetstechnische brokken kan komen, deelt de Minister van Veiligheid en Justitie de Tweede Kamer mee dat het wetsvoorstel 'vanwege redenden [sic] van wetgevingstechnische aard' toch niet zal worden ingetrokken.²⁷⁵

267 Rapport brede heroverwegingen. 16. Uitvoering belasting- en premieheffing (rapport van april 2010), p. 69. Bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 32 359, nr. 1 (aanbieding rapporten van de ambtelijke heroverwegingswerkgroepen aan de Tweede Kamer).

268 Rapport brede heroverwegingen. 16. Uitvoering belasting- en premieheffing (rapport van april 2010), p. 63.

269 *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, nr. 1014, p. 2.

270 *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, nr. 1014, p. 2.

271 *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, nr. 1014, p. 2-3.

272 *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, nr. 1014, p. 3.

273 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 417, nr. 47, p. 1.

274 *Verstijlen, NJB 2011/20*, p. 43.

275 *Kamerstukken II 2010/11*, 22 942, nr. 10.

4.9 Constructiebestendig bodem(voor)recht

4.9.1 Belastingplan 2013

Ondertussen komt het kabinet in september 2012 in het (verzamel)wetsvoorstel Belastingplan 2013, de jaarlijkse verzamelwet die alle fiscale aanpassingen voor het komende jaar regelt, met een voorstel ter aanpassing van het bodemrecht en bodemvoorrecht: de invoering van artikel 22*bis* IW 1990. Deze bepaling – die een mededelingsplicht en aansluitende wachttermijn in het leven roept ten aanzien van verhaalsuitoefening op bodemzaken²⁷⁶ – is erop gericht om de ontwikkelingsconstructies een halt toe te roepen, en wordt door het kabinet ook nadrukkelijk zo gepresenteerd.²⁷⁷ Het voorstel is verder onderdeel van een groot scala aan maatregelen, onder meer gericht op het verbeteren van de overheidsfinanciën,²⁷⁸ en de baten die het oplevert (uit extra belastingopbrengsten én besparingen op de uitvoeringskosten) worden ook direct ingezet ter financiering van die andere plannen.²⁷⁹

Het voorstel wordt kritisch ontvangen. Zo adviseert de Afdeling advisering van de Raad van State om het voorstel in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. Gelet op de potentiële gevolgen voor de financiering van het bedrijfsleven, acht de Afdeling het van belang dat dit voorstel grondig en op zijn eigen merites wordt beoordeeld, zonder de aan het Belastingplan verbonden tijdsdruk en na consultatie van de praktijk.²⁸⁰ De Afdeling roept daarbij ook de horizonbepaling in herinnering, die nog steeds een grondige herbezinning van het bodemrecht verlangt.²⁸¹ Ook in de Tweede Kamer klinkt dit geluid. Het kabinet houdt evenwel voet bij stuk, met als primaire argument dat het vooral reparatiewetgeving is die zo snel mogelijk moet worden ingevoerd om de ontwikkelingsconstructies te bestrijden.²⁸² Ook een poging van CDA-Kamerlid Omtzigt om bij motie de regering te bewegen het voorstel als apart wetsvoorstel in te dienen – de motie wijst daarbij expliciet op positionering binnen wetsdossier 22 942 – haalt het niet. De motie wordt met ruime meerderheid verworpen.²⁸³ Het Belastingplan wordt uiteindelijk in een tijdsbestek van drie maanden door beide Kamers aangenomen.

In het laatste Kamerdebat in de Tweede Kamer over het Belastingplan 2013 wordt met betrekking tot wetsvoorstel 22 942 de bal nadrukkelijk bij de Kamer gelegd. Staatssecretaris van Financiën Weekers (nota bene de ambtsopvolger van een van de indieners van dit wetsvoorstel) vindt het niet aan hem om dit wetsvoorstel 'uit de mottenballen' te halen: 'Het voorstel ligt bij de Kamer. De Kamer kan elk moment besluiten om dat voorstel verder te bespreken. Ik wil in ieder geval niet dat wij nu weer een jarenlange maatschappelijke

²⁷⁶ Zie nader hiervoor, § 2.4.3.4.

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 16-19.

²⁷⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 2.

²⁷⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 34.

²⁸⁰ De consultatie voor de indiening van het huidige voorstel is namelijk beperkt tot alleen ambtelijk overleg met de NVB. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 35 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 32-33.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 4, p. 2-3.

²⁸² Zie onder meer *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 46, p. 89; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 4, p. 3-4; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 7, p. 34-35.

²⁸³ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/stemmingsuitslagen> (zoek op '2012P17118').

discussie gaan voeren en afwachten wat daar uitkomt. Ik wil constructies bestrijden.²⁸⁴ De vervolgens door onder meer de twee regeringspartijen, VVD en PvdA, verworpen motie-Omtzigt is daarbij een indicatie dat een dergelijk besluit van de Kamer voorlopig niet te verwachten is.

4.9.2 *Alternatieve voorstellen van NVB en INSOLAD*

In reactie op het voorstel tot invoering van artikel 22bis IW 1990 in het Belastingplan 2013 hebben de NVB en INSOLAD beiden een alternatief voorstel gedaan, gericht op de definitieve regeling van het bodemrecht in de vorm van een afdrachtsregeling. De NVB stelt voor om het bodemrecht en bodemvoorrecht te vervangen door een verplichte afdracht door zekerheidsgerechtigden aan de fiscus, ter grootte van een vast percentage van de opbrengst van de aan hen in zekerheid gegeven bodemzaken.²⁸⁵ Door dit vaste percentage weten financiers vooraf beter wat hun verhaalspositie ten aanzien van deze zaken is, hetgeen volgens de NVB de kredietverlening minder verstoort. De staatssecretaris wijst dit voorstel bij de behandeling van het Belastingplan evenwel resoluut van de hand. Nog los van de omstandigheid dat dit een ingrijpender voorstel is dat om die reden niet past in een Belastingplan, stuit dit voorstel voor de staatssecretaris met name af op het verlies aan regie voor de fiscus bij betalingsmoeilijkheden van de schuldenaar.²⁸⁶ Zo kanaliseert de uitwinning van de bodemzaken naar de zekerheidsgerechtigden tot een ongewenst 'monopolie op de uitwinning' en verliest de fiscus zijn stok achter de deur om de betaling van belastingsschulden af te dwingen.²⁸⁷

Het voorstel van INSOLAD was al in voorbereiding als onderdeel van de aan de minister aan te bieden voorstellen ter verbetering van de Faillissementswet en wordt in oktober 2012 vervroegd aan de vaste commissie voor Financiën gestuurd.²⁸⁸ Dit betreft een bredere afdrachtsregeling, die tegelijkertijd een meer uniforme wijze van faillissementsafwikkeling beoogt te bereiken. Zo wordt het onderscheid naar de aard van de goederen geschrapt. In plaats daarvan is een zekerheidsgerechtigde een afdracht verschuldigd over de opbrengst van *elk* gecureerd goed. Bovendien strekt de afdrachtsregeling zich uit tot zowel de goederen van de schuldenaar, die met een pand- of hypotheekrecht zijn bezwaard, als de goederen waar derden een tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraak op hebben. De afdracht dient aan de boedel te worden gedaan, waarna deze – na aftrek van een omslag in de algemene faillissementskosten – via de uitdelingslijst in het faillissement aan de gezamenlijke schuldeisers zal worden uitgekeerd. Op grond van de – te behouden – bepaling inzake het algemene fiscale voorrecht (art. 21 lid 1 en lid 2, eerste zin, IW 1990), zou dit betekenen dat de fiscus de voornaamste gerechtigde is tot deze afdracht. De omvang

284 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 46, p. 76.

285 NVB, *Position Paper Wet Wijziging Bodem(voor)recht* (7 oktober 2012), zoals weergegeven in Mennens, *Tvl* 2013/38, par. 3.2.

286 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 10-11.

287 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 14, p. 10-11.

288 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet. Separatistenregeling* (voorstel aan de vaste commissie voor Financiën van 31 oktober 2012), te raadplegen via <https://static.basenet.nl/cms/105928/website/Vaste-Cie-voor-Financien.pdf>. Zie voor het uiteindelijke, aan de minister aangeboden, voorstel: Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 6-9, te raadplegen via <https://www.insolad.nl/publicaties/>. Zie ook Mennens, *Tvl* 2013/38, par. 3.3.

van de afdrachtsverplichting stelt INSOLAD aanvankelijk op 15% van de opbrengst van onroerende zaken en 20% van de opbrengst van de andere goederen. In het uiteindelijke voorstel aan de minister wordt hiervan afgezien. In plaats daarvan beperkt het voorstel zich tot een aanzet tot een afdrachtssystematiek: variatie in het af te dragen percentage aan de hand van het type goed en de hoogte van de opbrengst. Anders dan het NVB-voorstel komt het INSOLAD-voorstel niet ter sprake bij de parlementaire behandeling van het Belastingplan. De bezwaren van de staatssecretaris laten zich evenwel ook op het INSOLAD-voorstel toepassen.

De positie van de Ministeries van Financiën en van Veiligheid en Justitie ten aanzien van beide voorstellen wordt enkele maanden later duidelijk tijdens het congres '*Eyes on Insolvency*', over de noodzaak tot herziening van het faillissementsrecht. Zo betoogt Van Eijsden hier namens het Ministerie van Financiën dat het bodemvoorrecht en bodemrecht pas opgegeven zullen worden indien een alternatief budgetneutraal is én de afdwingbaarheid van betaling van belastingschulden buiten faillissement (de pressiefunctie) niet aantast.²⁸⁹ De fiscus moet aldus een recht overhouden waarmee hij – net als met het bodemrecht – voldoende afschrikwekkend kan dreigen om de betaling van achterstallige belastingen af te dwingen. In de bredere context van de herijking van het insolventierecht voegt Schmieman hier namens het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan toe dat er ook van dit ministerie weinig te verwachten is.²⁹⁰ Er is namelijk maar beperkt politiek draagvlak en beperkte capaciteit voor aanpassingen aan het insolventierecht. Hij spreekt daarbij weliswaar zijn waardering uit voor het werk van de rechtswetenschap, maar doet de ter tafel liggende nieuwe ideeën tegelijkertijd als 'te hemelbestormend' af. En al staat het ministerie altijd open voor suggesties, plannen voor aanpassing van het bodemrecht en de positie van separatisten zijn er niet.

4.10 Recente ontwikkelingen

4.10.1 *Hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA*

De verschuiving van de aandacht op het Ministerie van Veiligheid en Justitie van integrale herziening van de Faillissementswet naar concrete suggesties tot bijstelling van de faillissementswetgeving leidt ondertussen eind 2012 tot de introductie van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'.²⁹¹ Dit wetgevingsprogramma bestaat uit drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen en fraudebestrijding. Binnen de tweede pijler is de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) tot stand gekomen. Deze wet, die is opgenomen in de Faillissementswet (art. 369 e.v.), ziet op het tot stand brengen van een dwangakkoord met schuldeisers (en/of aandeelhouders) buiten een faillissement. De WHOA stelt een schuldenaar in staat om bij dreigende insolventie aan zijn schuldeisers (en/of aandeelhouders) een akkoord aan te bieden dat veelal de vorm zal hebben van kwijtschelding van een deel van de schuldenlast. Dit akkoord kan – indien aan alle voorwaarden wordt

²⁸⁹ Kentie & Kloet, *TvI* 2013/29, p. 168.

²⁹⁰ Kentie & Kloet, *TvI* 2013/29, p. 168.

²⁹¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1-2.

voldaan – vervolgens door de rechter worden gehomologeerd, waarmee ook de tegenstemmers aan het akkoord worden gebonden.²⁹²

Een van de beoogde effecten van de WHOA is dat de verhaalspositie van ondernemingen uit het mkb wordt verbeterd. Waar zij in een faillissement vaak concurrente schuldeiser zijn en er in die hoedanigheid veelal bijzonder bekaaid van afkomen, is de verwachting dat toepassing van de WHOA leidt tot een forse verbetering van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers.²⁹³

In de afrondende fase van het wetgevingsproces in de Tweede Kamer krijgt de verbetering van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers ook een prominente rol. Zo wordt op deze grond – onder verwijzing naar de zojuist genoemde verwachting – bij amendement een minimumbescherming voor de kleinere (mkb-)schuldeisers ingevoerd.²⁹⁴

Deze groep schuldeisers betreft ondernemingen uit het kleinere mkb (versimpeld gezegd: ondernemingen met maximaal vijftig werkzame personen)²⁹⁵ met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad, alsook natuurlijke personen zonder onderneming met een vordering uit onrechtmatige daad.²⁹⁶

Het akkoord moet aan deze schuldeisers in beginsel een uitkering (of recht) van minimaal 20% van hun vorderingen in het vooruitzicht stellen. Is dit niet mogelijk, dan moet in het akkoord een verklaring worden opgenomen waarin wordt aangegeven welke zwaarwegende grond hiervoor aanwezig is (art. 375 lid 2, aanhef en onder f, Fw). De aanwezigheid van deze zwaarwegende grond kan bovendien in de homologatieprocedure door de rechter worden getoetst,²⁹⁷ waarbij een negatieve uitkomst leidt tot het stranden van het akkoord: de homologatie wordt afgewezen (art. 384 lid 4, aanhef en onder a, Fw).

Een amendement dat toevoegt dat aandeelhouders in de akkoordprocedure niet ook de gedaante kunnen aannemen van een gesecureerd schuldeiser door zich te beroepen op met zekerheidsrechten gesecureerde aandeelhoudersleningen, en zich aldus boven een groot deel van de schuldeisers te plaatsen, haalt het evenwel niet.²⁹⁸

De verhaalsbelangen van de concurrente schuldeisers komen tevens terug in een drietal moties, alle door de Kamer aangenomen, waaruit een zekere urgentie voor dit

292 Zie hierover nader hiervoor, § 2.5.

293 De minister verwijst daarbij naar Amerikaans onderzoek waaruit volgt dat in het Amerikaanse equivalent van de WHOA de concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld maar liefst 52% van hun vordering ontvangen. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 4.

294 Voorgesteld bij (gewijzigd) amendement van Van der Graaf, Van Nispen en Nijboer. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25.

295 Strikt genomen is dit 'werkzame personen'-criterium slechts één van de *alternatieve* criteria. De onder deze groep vallende ondernemingen betreffen ondernemingen die in het jaarrekeningenrecht als micro- of kleinbedrijf worden aangemerkt (art. 2:395a en 2:396 BW) of waarbij maximaal vijftig personen werkzaam zijn (feitelijk of volgens opgave in het Handelsregister), zo volgt uit art. 374 lid 2 Fw.

296 Zo volgt uit de toelichting op art. 374 lid 2 Fw in *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2-3. In de wettekst komt dit niet goed tot uitdrukking.

297 Op verzoek van een van de betreffende (mkb-)schuldeisers, mits hij – én zijn klasse – tegen het akkoord heeft gestemd.

298 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 12 (amendement-Nijboer en Van der Graaf). Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht III (RE&P nr. InsR17) 2021/7.4.2.3*.

onderwerp valt af te leiden. De regering wordt in deze moties verzocht voorstellen in kaart te brengen om i) de mate van verpanding bij ondernemingen te beperken;²⁹⁹ en ii) het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken;³⁰⁰ en wordt verder verzocht om iii) te onderzoeken hoe bij faillissement een rechtvaardigere verdeling van de boedel kan worden gemaakt tussen de banken en de overige schuldeisers en hiertoe met voorstellen te komen.³⁰¹

De eerstgenoemde motie is een relatief vreemde eend in de bijt, aangezien zij haaks staat op het sinds 2020 in de Kamer aanhangige wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden (35 482) dat juist inzet op uitbreiding van de verpandingsmogelijkheden om de kredietverlening aan met name het mkb te stimuleren.³⁰² De minister (voor Rechtsbescherming) ontraadt deze motie dan ook, onder verwijzing naar dit belang van kredietbeschikbaarheid voor het mkb en het remmend effect hierop van de huidige verpandingsverboden.³⁰³ Bij de (latere) behandeling van het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden houdt de minister deze lijn vast. De motie wordt dan ook niet binnen deze context opgevolgd, maar via de in november 2021 in consultatie gegeven discussienota over de toekomst van het insolventierecht.³⁰⁴

De motie inzake de rechtvaardigere verdeling leidt tot de toezegging van de minister – die het belang van het onderwerp onderschrijft – dat dit onderzoek er komt.³⁰⁵ In het kader van dit onderzoek, dat wordt toegespitst op de positie van de concurrente (mkb-) schuldeisers in faillissement, is in 2021 een WODC-rapport door onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen uitgebracht.³⁰⁶

In dit rapport wordt door kwalitatief onderzoek de huidige positie van de concurrente schuldeisers geschetst (een gemiddeld – niet representatief – uitkeringspercentage van resp. 0,10% en 7,9%), waarna de meest gerede maatregelen ter verbetering van deze huidige positie worden onderzocht. Dit zijn i) een afdrachtsregeling ten laste van zekerheidsgerechtigden; ii) een minimumuitkering aan concurrente mkb-schuldeisers ter grootte van 20% van hun vorderingen; iii) inperking van de positie van aandeelhouders in een faillissementsakkoord; iv) wettelijke regulering van aandeelhoudersleningen; en v) striktere waardering van zekerheden. Tot een concrete aanbeveling van maatregelen komt het evenwel niet: de voor- en nadelen worden op een rij gezet en het wordt verder aan de wetgever gelaten om de (rechtspolitieke) knoop door te hakken.³⁰⁷ Wel volgt uit het rapport dat moet worden

299 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 18 (motie-Nijboer).

300 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 19 (motie-Nijboer).

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

302 Zie *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1 (MvT).

303 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 74-75.

304 *Kamerstukken II* 2022/23, 35 482, nr. 6, p. 3-4. De consultatiestukken zijn raadpleegbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>. Ten tijde van het schrijven is de regeringsreactie op de consultatieresultaten, met daarin dan ook de verdere opvolging van de motie, nog niet verschenen.

305 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 100.

306 In september 2021 door de minister gedeeld met de Tweede Kamer, onder de toezegging dat een inhoudelijke reactie nog zal volgen. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 225, nr. 22.

307 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 14.

opgepast met atypische maatregelen zoals een afdrachtsregeling ten gunste van specifiek de concurrente schuldeisers en de 20%-minimumuitkering voor deze groep. Zo kunnen zij ertoe leiden dat de concurrenten meer ontvangen dan de andere – conform de traditionele rangorderegels hoger gerangschikte – schuldeisers. Bovendien is specifiek voor de laatstgenoemde maatregel de omvang van de bijdrageplicht van zekerheidsgerechtigden op voorhand niet te schatten, wat de risicobehoedeling bij kredietverlening zal bemoeilijken.³⁰⁸ Van de overige onderzochte maatregelen springen er twee uit qua verwachte positieve effecten op de positie van de concurrente schuldeisers: een afdrachtsregeling gecombineerd met het terugbrengen van de boedelschulden en het verminderen (of zelfs geheel afschaffen) van de voorrechten, en het achterstellen van (ongesecureerde) aandeelhoudersleningen.³⁰⁹ Het is dan ook voorstelbaar dat – hoewel het regeringsstandpunt over de inhoud van het rapport nog moet volgen – de opvolging ervan door de wetgever langs deze lijn zal worden aangevangen.

4.10.2 *Nieuwe herwaardering van het bodemrecht en afschaffing van de horizonbepaling*

Binnen het door de minister toegezegde onderzoek naar een rechtvaardigere verdeling in faillissement vindt tevens een nieuwe herwaardering van het fiscale bodemrecht plaats, door de Ministeries van Justitie en Veiligheid en van Financiën. In de berichtgeving van het kabinet aan de Tweede Kamer hierover komt wel expliciet naar voren dat daarbij mede zal worden verkend in hoeverre een budgetneutraal alternatief mogelijk is, aangezien het bodemrecht wordt beschouwd als een belangrijk middel bij de invordering van belastingen.³¹⁰ *A priori* lijkt budgetneutraliteit dus een belangrijke plaats in te nemen bij het opnieuw tegen het licht houden van de verhaalspositie van de fiscus.

Vooruitlopend op de uitkomsten van deze herwaardering is met ingang van 2022 wel alvast de horizonbepaling (art. 70 IW 1990) afgeschaft.³¹¹ De regering wil namelijk tegelijkertijd van wetsvoorstel 22 942 af, dat inmiddels sterk aan belang zou hebben ingeboet, en wil ongelukken voorkomen: het fiscale bodemrecht mag bij een toekomstige intrekking van dit wetsvoorstel niet onbedoeld vervallen.³¹² Een half jaar later wordt de daad bij het woord gevoegd en volgt de daadwerkelijke intrekking.³¹³ Na een sluimerend bestaan van bijna dertig jaar dooft wetsvoorstel 22 942 als een nachtkaaars uit.

Hoewel het positief stemt dat de regering na lange tijd het verdelingsvraagstuk in faillissement weer onder de loep heeft willen leggen, is het te hopen dat – wetsvoorstel 22 942 indachtig – de regering nu wel bereid zal zijn om door te pakken en *eindelijk* tot definitieve regeling van het gehele preferentiestelsel komt. De afschaffing van wetsvoorstel

308 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 31.

309 Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 59-60.

310 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 708, nr. 6, p. 15-16. Het kabinet steunt daarbij evenwel nog steeds op de cijfers van het CPB uit 2004: tussen € 700 en 926 miljoen, waarvan twee derde toe te rekenen aan het bodemrecht en één derde aan het fiscaal voorrecht.

311 Bij Wet van 8 december 2021 tot wijziging van enkele belastingwetten (Fiscale verzamelwet 2022) (*Stb.* 2021, 612).

312 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 708, nr. 3, p. 5.

313 *Kamerstukken II* 2021/22, 22 942, nr. 11.

22 942 wijst in dit opzicht helaas al in de verkeerde richting. De wetgever zou er goed aan doen om op zijn minst het centrale idee achter dit wetsvoorstel te behouden en als uitgangspunt te nemen bij de herijking van de verdeling in faillissement: het overzichtelijk op één plaats regelen van *alle* preferenties. Dat is anno 2024 nog onverminderd van belang.

4.11 Afronding

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke argumenten voor voorrang bij verhaal een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren. Deze argumenten worden hierna op een rij gezet aan de hand van de ontwikkeling die het verhaalsrecht in deze periode heeft doorgemaakt.

In de begindagen van het OBW lijken de voorrangregels bij verhaal nog een rustig bezit. Weliswaar zijn de privaatrechtelijke voorrechten groot in aantal en zijn de redenen voor hun bestaan divers, maar tezamen genomen komen zij over als een overzichtelijk geheel, voor het grootste deel sinds jaar en dag bestendig aanwezig in ons recht. Deze voorrechten zijn daarbij *grosso modo* terug te voeren op *i)* de omstandigheid dat een bepaalde schuld in het belang van alle schuldeisers is gemaakt; *ii)* het belang van een vlot lopend handelsverkeer; *iii)* humanitaire en sociale overwegingen; en *iv)* de kennelijke wens tot behoud van aanspraken uit bepaalde goederenrechtelijke verhoudingen onder het oude recht (de legale hypotheek en het retentierecht). De voorrang van de fiscus is dan al bijzonder hoog. De fiscus heeft zelfs voorrang boven pand en hypotheek. De reden hiervoor ligt onder meer in de omstandigheid dat hiermee een bestaande, bestendige voorrang wordt voortgezet. Dit wordt verder onderbouwd met de argumenten dat de schatkist haar schuldenaren niet uitkiest, dat de belastingen – in ieders belang – niet straffeloos ontlopen mogen worden en dat de schatkist met zekerheid op haar inkomsten moet kunnen rekenen.

De hoge voorrang van de fiscus lijkt in die tijd niet problematisch te zijn, mede door de beperkte omvang van de bevoorrechte belastingen. Dit verandert in het begin van de twintigste eeuw. Door sterke toename van de bevoorrechte belastingen en een daaropvolgende krachtige lobby van de financieringspraktijk dat dit de hypothecaire kredietverstrekking in gevaar brengt, wordt in de jaren twintig het fiscale voorrecht voor directe belastingen achtergesteld bij hypotheek. Het bewaken van de kredietbeschikbaarheid vormt vervolgens ook de volgende decennia het leidmotief in de verhaalsverhoudingen tussen de fiscus en de financieringspraktijk.

Tegelijkertijd met de toename van de belastingdruk neemt gedurende de eerste helft van de twintigste eeuw door de opkomst van de verzorgingsstaat ook het aantal publiekrechtelijke voorrechten toe. Bij deze toevoegingen *ad hoc* lijkt de wetgever zich niet altijd voldoende rekenschap te geven van de inpassing in het bestaande preferentiestelsel. Het stelsel verliest hierdoor zijn coherentie, met het gevolg dat – bij rangordevragen met betrekking tot de publiekrechtelijke voorrechten – het overzicht verloren gaat. De verschillende voorrangregels staan verspreid over diverse wetten en sluiten niet altijd goed op elkaar aan. Daarnaast leidt deze toename (in aantal en omvang) ertoe dat vanaf de jaren vijftig het preferentiestelsel onherkenbaar is veranderd: door de hoge voorrang van de publiekrechtelijke voorrechten blijven alle lager gerangschikte schuldeisers bijna altijd

met lege handen achter. De publiekrechtelijke voorrechten hebben het preferentiestelsel uit het lood geslagen.

In de jaren vijftig en zestig worden desondanks nog enkele privaatrechtelijke voorrechten aan het stelsel toegevoegd. In twee gevallen betreft dit de tegemoetkoming aan een specifiek belang, namelijk de verhandelbaarheid van appartementsrechten en de bescherming van de pensioenrechten van werknemers. Ook wordt de systematiek van voorrang bij verhaal ingezet voor een zuiver technisch doel: het ordenen van aanspraken bij de liquidatie van een (schade)verzekeraar.

In het wetgevingsproces van het NBW wordt het preferentiestelsel nader tegen het licht gehouden. Meijers beperkt zich daarbij in zijn Ontwerp tot de privaatrechtelijke voorrangposities en gaat daarbij bovendien redelijk conservatief te werk. De onvrede die dit in de vaste commissie voor Justitie oplevert, leidt tot de instelling van de commissie-Houwing. Deze commissie houdt de rechtsgronden van de voorrechten kritisch tegen het licht. Zij neemt daarbij tot uitgangspunt dat een voorrecht pas op zijn plaats is als er duidelijke redenen zijn om de betreffende schuldeiser te bevoordelen boven zijn medeschuldeisers. Deze redenen laten zich samenvatten in *i)* het belang van alle schuldeisers; *ii)* het algemeen belang tot behoud van goederen; *iii)* sociale belangen; en *iv)* een aantal specifieke belangen zoals het vlot internationaal goederenvervoer, de verhandelbaarheid van appartementsrechten en slachtofferbescherming. Met betrekking tot de sociale belangen is de commissie wel scherp op de vraag in hoeverre voorrang bij verhaal écht aan het beschermenswaardige belang tegemoetkomt. In een aantal gevallen is het sociale belang meer gediend door de voortzetting van periodieke betalingen uit een publiekrechtelijke regeling. Een aantal voorrechten wordt verder geschrapt bij gebrek aan belang, omdat de rechtsgrond niet sterk genoeg (meer) is. Zo acht de commissie waardetoevoeging aan de boedel, gedwongen kredietverlening (aldus bedrijfsrisico) en het recht op door de schuldenaar als tussenpersoon geïnde gelden in beginsel onvoldoende van gewicht om een voorrecht te rechtvaardigen.

Ook de fiscale en sociale voorrechten moeten het ontgelden. De commissie-Houwing acht de traditionele redenen voor de fiscale voorrang niet meer voldoende dragend. Het meest krachtige argument vindt de commissie dat voorrang een soepele invordering – van belastingen én premies – mogelijk maakt, maar dit argument is niet krachtig genoeg om de hoge voorrang te behouden. Samen met bijna alle andere algemene voorrechten dienen zij pondspondsgewijs te rangschikken, omdat de verschillende motieven voor deze voorrechten te divers zijn om hen tegen elkaar af te wegen. Het voorgaande geldt niet voor het fiscale bodemrecht. De commissie ziet voor dit recht juist een duidelijke rechtvaardiging – het bereiken van een evenwicht tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus – en pleit om die reden zelfs voor uitbreiding van dit recht.

Wanneer het wetgevingsproces ten aanzien van titel 3.10 NBW na het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing weer wordt hervat, staat in het Ministerie van Justitie het belang van een zo spoedig mogelijke invoering van Boek 3 NBW voorop. De controversiële delen uit het rapport worden bewaard voor een afzonderlijk wetsvoorstel en de focus beperkt zich tot het doen van de noodzakelijke aanpassingen om titel 3.10 te kunnen invoeren. Dat betekent dat de herwaardering van de voorrechten wordt beperkt

tot de privaatrechtelijke voorrechten en dat vooral de voorstellen tot schrapping van voorrechten worden overgenomen.

Met betrekking tot de fiscale en sociale voorrechten en het fiscale bodemrecht wordt een nieuwe adviescommissie ingesteld, de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, die de aanbevelingen van de commissie-Houwing nagenoeg volledig overneemt. Het hierop volgende wetgevingsproces – de behandeling van wetsvoorstel 22 942 – stagneert evenwel al snel, na forse kritiek vanuit de Tweede Kamer op de voorgestelde wijzigingen van de fiscale verhaalspositie. In de daaropvolgende periode worden met betrekking tot de fiscale verhaalspositie de Haagse hakken steevast in het zand gezet: het budgettaire belang van de onverminderd sterke fiscale verhaalspositie is te groot om in deze positie te gaan snijden. De ontwikkeling gaat daarbij zelfs in de tegengestelde richting door de invoering van de meldingsplicht van artikel 22*bis* IW 1990 via het Belastingplan 2013.

Sinds het Voorontwerp Insolventiewet in 2007 komt tot slot de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers in een faillissement nadrukkelijk naar voren als gezichtspunt bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. Zo pleit de Commissie insolventierecht op deze grond voor een nieuwe verdelingsregel voor de verhouding tussen de bevoorrechte en concurrente schuldeisers, en secundair voor afschaffing van alle voorrechten. Ook bij de totstandkoming van de WHOA keert dit gezichtspunt terug, hetgeen uitmondt in een minimumbeschermingsbepaling voor de kleinere (mkb-) schuldeisers en een aantal moties over onder meer een rechtvaardigere verdeling van de faillissementsboedel.

Uit het voorgaande zijn de volgende lijnen te trekken. Zo valt op dat de redenen voor het bestaan van de privaatrechtelijke voorrechten divers zijn en een afspiegeling vormen van beleidsdoelen van de wetgever. Dit is te zien aan de specifieke belangen die aan bepaalde voorrechten (zoals de verhandelbaarheid van appartementsrechten) zijn verbonden. Door de jaren heen zijn daarnaast de voorrechten die zijn verbonden aan vorderingen die in het belang van alle schuldeisers zijn ontstaan en de voorrechten waarmee een sociaal belang is gediend, het meest bestendig gebleken. Tegelijkertijd is met de overgang naar het NBW gebleken dat een voorrecht bij verhaal niet voor elk sociaal belang passend is. Schuldeisers die afhankelijk zijn van periodieke betalingen door de schuldenaar zijn immers meer gebaat bij een voortzetting van deze betalingen, via een in het publiekrecht vormgegeven regeling, dan bij een uitgestelde, finale uitkering na afloop van een faillissement.

Voor wat betreft de fiscale voorrang bij verhaal valt op dat de vraag naar de grondslag van deze voorrang in de eerste helft van de twintigste eeuw onvoldoende is gesteld. Daar was voor de fiscale wetgever ook geen noodzaak toe, omdat de voorrangsregel zelf nagenoeg ongewijzigd is gebleven. De fiscale voorrang nam immers toe door uitbreiding van de directe belastingen, niet door uitbreiding van de wettekst van artikel 12 IW 1845. Waar de grondslag (door effectief lobbywerk) wel is bevraagd, beperkte deze bevraging zich tot de verhouding tot de voorrang van gecureerde kredietverleners. Hier vormde het aan laatstgenoemde voorrang verbonden belang van voldoende kredietbeschikbaarheid een argument om de onderlinge rangorde met de fiscale voorrang te herzien. Voor het overige is de rang van de fiscale voorrang ongemoeid gelaten. Pogingen vanaf de jaren vijftig om de gerechtvaardigheid van deze hoge voorrang opnieuw te wegen en te laten doorwerken

in een herwaardering van de voorrang, vangen bot bij de wetgever. Met een beroep op het grote budgettaire belang van de staat bij deze hoge voorrang heeft de regering de wijziging ervan tot nu toe steeds weten af te houden. Bij de totstandkoming van het NBW hebben Meijers en later ook Snijders deze voorrang bewust buiten de wetsontwerpen gehouden. Het onderwerp viel buiten de invloedssfeer van het departement van Justitie, lag bovendien bijzonder gevoelig en vormde daarmee een gevaar voor de voortgang van het codificatieproject. Meijers en Snijders hebben zich vanuit pragmatisch oogpunt dan ook beperkt tot de meest noodzakelijke wijzigingen in de verhaalsrechten. De grondige herziening van het preferentiestelsel werd verplaatst naar een zelfstandig wetsontwerp, wetsvoorstel 22 942, dat na bijna dertig jaar uiteindelijk een stille dood is gestorven.

In het licht van het voorgaande is het geen verrassing dat in recentere jaren de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers zich aandringt als argument om tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel te komen. De stilstand in de verdere ontwikkeling van het preferentiestelsel is immers het meest zichtbaar bij de groep schuldeisers die er bij een *concurfus* het meest bekaaid van af komt.

Aldus valt op dat de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht vanaf de twintigste eeuw vooral is gedreven door pragmatisme. De wetgever is steeds reactief te werk gegaan en heeft daarbij, de controverse vermijgend, ‘de heetste aardappelen’ stevast doorgeschoven. Het gevolg is dat veel van de inhoudelijke argumenten achter de voorstellen van de commissie-Houwing ten onrechte geen rol hebben kunnen spelen in de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht in het NBW. Bij de wetgever heeft het pragmatisme het tot nu toe gewonnen van de inhoud.