



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).

Vergelijking en evaluatie: voorrang bij verhaal in verleden, heden en toekomst

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken over voorrang bij verhaal met elkaar worden vergeleken en zal het handelen van de wetgever op dit onderwerp worden geëvalueerd. Daarbij zullen de volgende twee vragen, de laatste twee deelvragen van deze studie, worden beantwoord. De eerste vraag, die uit drie delen bestaat, luidt: in hoeverre wijken de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal van elkaar af, hoe kunnen eventuele afwijkingen worden verklaard, en hoe dient het handelen van de wetgever in dit licht te worden beoordeeld? De studie wordt vervolgens afgesloten met de tweede vraag: in welke richting dient het verhaalsrecht zich, het antwoord op de voorgaande vraag in acht nemende, te ontwikkelen? Gaandeweg worden hierbij ook vragen voor vervolgonderzoek geïdentificeerd.

5.2 Vergelijking van de theorie en de totstandkomingshistorie

5.2.1 Afwijkingen

5.2.1.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden

In de vergelijking tussen de theorie over en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal valt in de eerste plaats op dat in de onderzochte wetenschappelijke theorievorming de aandacht vooral uitgaat naar de rechtvaardiging van de voorrang van zekerheidsgerechtigden. De voorrang van andere categorieën schuldeisers speelt daarbij alleen een rol voor zover het gaat om de verhouding tot de voorrang van zekerheidsgerechtigden. Het valt daarbij op dat in deze theorievorming een genuanceerd beeld naar voren komt over de plaats van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal. Ze laat ruimte voor een andere opvatting dan dat aan zekerheidsgerechtigden hoge voorrang moet toekomen. In de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht is slechts weinig aandacht voor de plaats van deze voorrang in de rangorde. In de aandacht die er wel voor is, staat steeds het belang van voldoende kredietbeschikbaarheid voorop en ligt de aanname besloten dat een positief verband bestaat tussen de verhaalspositie van geseceureerde financiers en de kredietbeschikbaarheid in de economie: hoe hoger de voorrang, hoe ruimer deze kredietbeschikbaarheid. De aandacht bij de doorontwikkeling van het verhaalsrecht gaat

door de jaren heen dan ook met name uit naar het ten minste in stand houden van de hoge voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden.

5.2.1.2 *Maatschappelijke belangen en economische efficiëntie*

De totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht onderscheidt zich daarnaast van de theorievorming vanwege de aandacht voor maatschappelijke belangen die ten grondslag liggen aan diverse voorrechten. Voorrang wordt door de wetgever als instrument gebruikt om specifieke beleidsdoelen na te streven, waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar sociale belangen en het belang van alle schuldeisers tezamen. Voor zover in de onderzochte theorievorming vergelijkbare voorrangsposities worden voorgesteld, is de rechtvaardiging voor die voorrang anders. De rechtvaardiging is hier gelegen in het positieve welvaartseffect dat aan deze voorrang wordt toegedicht. De voorrang, zijnde specifiek (enige vorm van) voorrang boven zekerheidsgerechtigden, is daarbij een correctie op de omstandigheid dat de betreffende schuldeiser behoort tot een categorie schuldeisers die zich niet kan aanpassen aan de vestiging van zekerheidsrechten op de goederen van de schuldenaar (de *non-adjusting creditors*). Deze correctie heeft dan ook niet zozeer het belang van de specifieke, te bevoordelen schuldeiser voor ogen, maar vooral de welvaart van de gehele maatschappij. In die zin schiet de onderzochte theorievorming als model voor de toekenning van voorrangsposities tekort. De specifieke maatschappelijke belangen die met de voorrangregels worden gediend, vallen niet altijd binnen (in dit geval) de parameters van de rechtseconomische efficiëntietheorie. Dat maakt dan ook dat de regels van het verhaalsrecht niet met alleen de theorievorming kunnen worden vormgegeven. Bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht dienen de theorie en de aandacht voor maatschappelijke belangen elkaar aan te vullen.

5.2.1.3 *De totstandkomingshistorie toont vooral voortzetting van het bestaande*

Aan de totstandkomingshistorie valt verder op dat de ontwikkeling van het verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW – anders dan in de theorievorming over voorrang – vooral een voortzetting van het bestaande is. Dit is met name zichtbaar in het wetgevingsproces van het NBW. In dit proces is onder aanvoering van Meijers en later Snijders een conservatieve koers gevolgd bij de herziening van de verhaalsrechten. De fundamentele problemen waarmee het preferentiestelsel in de loop van de twintigste eeuw kampte – de wanorde in de publiekrechtelijke voorrechten en hun uit het lood geslagen verhouding tot de privaatrechtelijke voorrechten – zijn buiten deze herziening gehouden. In plaats daarvan beperkte de herziening zich tot het opfrissen van enkel de privaatrechtelijke voorrechten. Ook het rapport van de commissie-Houwing, dat een blauwdruk biedt voor fundamentele herziening van het gehele preferentiestelsel, weet de ontwerpers niet op andere gedachten te brengen. De aanbevelingen in het rapport worden slechts opgevolgd voor zover zij noodzakelijk zijn om de verhaalsrechtstitel invoerbaar te maken. De andere aanbevelingen worden doorgeschoven tot uiteindelijk wetsvoorstel 22 942, waarvan de behandeling al vrij snel door de regering wordt gestaakt. Ook latere pogingen om de regering te bewegen om het stelsel van het verhaalsrecht te herzien, zoals het *carve-out*-voorstel van INSOLAD met betrekking tot de voorrangspositie van zekerheidsgerechtigden, vallen

niet in vruchtbare aarde. Aldus is de overweging van fundamentele vernieuwingen in het verhaalsrecht door de wetgever tot op heden uitgebleven.

5.2.2 Verklaringen voor deze afwijkingen

Voor de hiervoor geïdentificeerde afwijkingen tussen de theorie en de wetgevingspraktijk zijn enkele mogelijke verklaringen te geven. Deze zullen hieronder worden uitgewerkt.

5.2.2.1 Lobbywerk

Een eerste verklaring voor de geïdentificeerde afwijkingen tussen de theorie en de wetgevingspraktijk kan worden gevonden in het lobbywerk dat bij de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht heeft plaatsgevonden. Zo ligt aan de aandacht van de wetgever en later de Minister van Financiën voor de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden in de eerste helft van de twintigste eeuw een krachtige lobby van de financieringspraktijk ten grondslag. De financieringspraktijk was daarbij als enige categorie schuldeisers in staat om tegenwicht te bieden tegen de toen uitdijende fiscale en sociale voorrechten. Zij wist daarbij wet- en regelgevers ervan te overtuigen dat ongestoorde voorrang van bancaire financiers van groot maatschappelijk belang is: het waarborgt voldoende kredietbeschikbaarheid. Dit biedt dan ook een verklaring voor de houding van de wetgever tegenover de voorrang van zekerheidsgerechtigden, alsook voor de omstandigheid dat de aandacht van de wetgever en de minister voor de negatieve gevolgen van de uitdijende fiscale en sociale voorrechten zich tot deze categorie schuldeisers beperkte.

Zoals uit hoofdstuk 4 volgt, komt de lobby in het verhaalsrecht ook uit een andere hoek: het Ministerie van Financiën. De lobby die met het verschijnen van het rapport van de commissie-Houwing vanuit dit ministerie opkomt tegen de verlaging van de fiscale voorrang, heeft tot op de dag van vandaag een duidelijk stempel gedrukt op de ontwikkeling van het verhaalsrecht in het NBW. Zo was dit tegengeluid voor regeringscommissaris Snijders een van de redenen voor de beperkte opvolging van het commissierapport in de voorbereiding van de nota van wijzigingen inzake Boek 3 NBW. Vanwege de prominente plaats van de fiscale voorrang in het verhaalsrecht, heeft deze lobby in feite elke fundamentele wijziging van het verhaalsrecht verhinderd. Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar in de snelle stagnatie van wetsvoorstel 22 942 en elke latere poging om de hoge fiscale voorrang en het bodemrecht ter discussie te stellen. Steevast wordt vanuit de zijde van de regering de boot afgehouden met een beroep op het budgettaire belang van de staat dat met deze voorrang wordt gediend. Juist omdat de regering medewetgever is en daarmee een belangrijke rol heeft in het wetgevingsproces, heeft deze lobby een krachtige uitwerking. Dat maakt dat ik in deze lobby een belangrijke oorzaak zie van de conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, waarbij vooral het bestaande wordt voortgezet. Voor al het meerdere was simpelweg geen draagvlak.

5.2.2.2 Padafhankelijkheid

In de conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht is ook een patroon van padafhankelijkheid te zien, dat een aanvullende verklaring biedt voor het uitblijven van grote veranderingen. Padafhankelijkheid is een begrip uit de evolutionaire economie dat een

verklaring geeft voor de wijze waarop het geheel aan regels in een maatschappij zich ontwikkelt.¹ Deze regels worden gezien vanuit het perspectief van een historisch pad van keuzes, waarbij eerdere keuzes invloed hebben op de uitkomst van een toekomstige keuze. Iedere keuze geeft het pad een nieuwe richting en deze nieuwe richting bepaalt de keuzeopties die op een toekomstig keuzemoment zullen voorliggen: zou in het verleden een andere keuze zijn gemaakt, dan waren de latere keuzeopties ook anders geweest. Deze theorie legt daarbij bloot dat de actoren die de regels ontwikkelen (zoals beleidsmakers, maar ook marktpartijen die door bestendig gedrag ongeschreven normen laten ontstaan) uit kostenoogpunt steeds de voorkeur geven aan het blijven volgen van het bestaande pad boven het terugkomen op eerdere keuzes en daarmee het verlaten van het pad, zelfs als dit laatste beter beleid zou opleveren.² Aldus maakt een keuze voor bepaald beleid bij een volgend keuzemoment de voortzetting van dit beleid aantrekkelijker dan een keuze voor een nieuw, ander beleid. Dit kan leiden tot een institutionele 'lock-in': voortbouwen op bestaand beleid, terwijl er een beter alternatief beleid is.³ Deze theorie heeft ook zijn weg gevonden in de politicologie, ter verklaring van het uitblijven van verandering in overheidsbeleid.⁴ Een van de factoren die hierbij is geïdentificeerd, is de omstandigheid dat aan iedere overstap naar nieuw beleid opstartkosten (denk aan onderzoekskosten, implementatiekosten en de (transactie)kosten om tot politieke overeenstemming te komen) zijn verbonden. Voor het bestaande beleid zijn die kosten al gemaakt, waardoor het voortbouwen op dit beleid *i)* minder kosten meebrengt; én *ii)* de gelegenheid biedt om langer te profiteren van deze kosten (in deze context ook wel 'verzonken kosten' genoemd).⁵ Een andere geïdentificeerde factor betreft de kennis van beleidsmakers en -uitvoerders. Zij hebben ervaring met het bestaande beleid die bij het voortbouwen op dit beleid van waarde blijft, terwijl zij – omgekeerd – mogelijk geen of onvoldoende kennis hebben van betere alternatieven.⁶ Dit tezamen kan dan leiden tot institutionele 'lock-in' en werkt zo de afhankelijkheid van het eerder ingeslagen pad in de hand.

In de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht is deze padafhankelijkheid duidelijk zichtbaar. Zo staat in het totstandkomingsproces van de verhaaltitel van het NBW steeds het belang van spoedige invoering van Boek 3, en daarmee het laten slagen van de hercodificatie, voorop. De moeilijkheden die de ontwerpers verwachtten bij een meer fundamentele herziening van het preferentiestelsel, zijn zij met het oog op dit belang uit de weg gegaan door ervoor te kiezen om de herziening te beperken tot de noodzakelijke wijzigingen. Bij de inpassing van de fiscale verhaalspositie in het systeem van het NBW stond ondertussen het behoud van de bestaande aanspraken voorop. Ook de graduele doorontwikkeling van die verhaalspositie past in de padafhankelijkheidstheorie. Zo staat voorop dat de wijzigingen geen negatief effect mogen hebben op de overheidsfinanciën. Ook is de fiscus gehecht aan de dreigende werking die de bestaande systematiek van het bodemrecht meebrengt (alleen al het dreigen met bodembeslag is vaak voldoende om de

1 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, i.h.b. p. 3 en 92-100; Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 61.

2 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, p. 98-100. Vgl. Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 61.

3 North, *Institutions, institutional change and economic performance* 1990, p. 94 en 103-104.

4 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62, met verdere literatuurwijzigingen.

5 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62-63.

6 Woerdman & Krol, *Politiek en politicologie* 2020, p. 62.

belastingenschuld geïnd te krijgen). Dat leidt tot de introductie van het bodemvoorrecht: moeilijk leesbare reparatiewetgeving ter behoud van het bestaande in afwachting van de definitieve regeling van de fiscale verhaalspositie. Deze opstelling culmineert vervolgens in de invoering van de meldingsplicht van artikel 22*bis* IW 1990 via het Belastingplan 2013. Vasthoudend aan het bestaande kader wordt een systeemvreemde constructie van een meldingsplicht en een aansluitende wachttermijn opgezet om de ondermijning van het bodemrecht en bodemvoorrecht tegen te gaan, zodat de inkomstenstroom uit het bodemrecht en het bodemvoorrecht gewaarborgd blijft.

Het risico van deze padafhankelijkheid is dat de wetgever zich kan afsluiten van de *state-of-the-art*-ontwikkelingen in het verhaalsrecht uit de theorievorming of uit andere rechtsstelsels. Het is in het belang van alle bij een *concurfus* betrokken schuldeisers dat de wetgever een 'open vizier' houdt in het verhaalsrecht om zoveel mogelijk recht te doen aan ieders belangen.

5.3 Evaluatie van de totstandkomingshistorie

5.3.1 *Toetsing aan de wetenschappelijke theorie: de voorrang van de zekerheidsge-rechtigden en de non-adjusting creditors*

De hiervoor gemaakte vergelijking tussen de wetenschappelijke theorie en de tot-standkomingshistorie biedt ook de mogelijkheid tot *evaluatie* van het handelen van de wetgever, met de theorie als beoordelingskader voor dit handelen. Gelet op de focus in de onderzochte theorievorming ziet deze evaluatie met name op de omgang van de wetgever met de voorrang van de zekerheidsgerechtigden en de *non-adjusting creditors*, en wordt hierbij primair de rechtseconomie als beoordelingskader gebruikt.⁷ Zoals ook uit de hiervoor (in § 5.2.1.1) gemaakte vergelijking volgt, is de houding van de wetgever ten aanzien van de voorrang van de zekerheidsgerechtigden bijzonder faciliterend. Hun verhaalspositie wordt steeds gezien vanuit het perspectief dat de kredietbeschikbaarheid in de economie moeten worden bewaakt of bevorderd. Het gevolg van dit perspectief is dat de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden door de jaren heen per saldo steeds sterker is geworden. Ook vandaag de dag, zo blijkt uit de behandeling van het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden, staat het streven naar de bevordering van de kredietbeschikbaarheid voorop en ligt de aandacht daarmee (direct en indirect) op het blijven verbeteren van de verhaalspositie van zekerheidsgerechtigden.⁸ Weliswaar wordt deze sterke verhaalspositie in beginsel gerechtvaardigd door de beschikkingsvrijheid van de zekerheidsgever en de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten, maar de rechtseconomie laat ook zien dat de wetgever er een te rooskleurig perspectief

7 Uit hfdst. 3 volgt namelijk dat van de onderzochte wetenschappelijke theorieën, die elk primair gericht zijn op de rechtvaardiging van de aan zekerheidsrechten verbonden voorrang, alleen de rechtseconomie voorziet in theorievorming over het nader *bepalen* van de aan deze voorrang te verbinden rang, met name in verhouding tot de verhaalspositie van de *non-adjusting creditors*. Zie § 3.5.

8 Zie bijv. *Kamerstukken II 2022/23*, 35 482, nr. 6, p. 3-4, waarin de Minister voor Rechtsbescherming het streven naar een ruimere kredietbeschikbaarheid voor het mkb onderstreept, als middel voor het grotere doel om incassorisico's te beperken en zo 'onnodige betalingsproblemen' in het mkb te voorkomen.

op nahoudt. De aandacht van de wetgever dient ook uit te gaan naar de negatieve kant van zekerheidsrechten: de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors*.

Uit hoofdstuk 3 volgt dat de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* zien op het toegenomen kredietrisico dat hen wordt opgedrongen en op de gevolgschade die hieruit kan ontstaan doordat zij – door hun gebrek aan aanpassingsvermogen – niet goed zijn toegerust om dit verhoogde kredietrisico te dragen. Het beperken van deze negatieve gevolgen levert efficiëntieverbeteringen op, zolang althans het nettowelvaartseffect positief is.

Om het handelen van de wetgever op dit punt te kunnen beoordelen, dient de groep *non-adjusting creditors* nader te worden gepreciseerd. Welke concrete categorieën schuldeisers kunnen worden onderscheiden, in hoeverre pleit de economische theorie voor verbetering van hun verhaalspositie en in hoeverre heeft de wetgever hierin voorzien? Aan de hand van de eerder gemaakte globale indeling (zie hiervoor, § 3.3.4) zijn vier categorieën schuldeisers te onderscheiden:⁹

De eerste categorie betreft de werknemers van een schuldenaar. De redenen voor deze kwalificatie liggen in de afhankelijke relatie tot hun werkgever en hun gebrek aan diversificatie van risico (zij zijn veelal volledig werkzaam bij één werkgever). Deze omstandigheden maken dat werknemers zich in verhouding tot hun werkgever maar moeilijk aan een toenemend kredietrisico kunnen aanpassen.

De tweede categorie die als '*non-adjuster*' zou kunnen worden gezien, is de fiscus. Dit komt voort uit het klassieke argument dat de fiscus zijn schuldenaren niet kan uitkiezen. Immers, iedereen die in Nederland belastingplichtig is, is periodiek schuldenaar van de fiscus. Daarnaast is het systeem van belastingheffing zo ingericht dat de fiscus bij bepaalde belastingen feitelijk aan kredietverlening doet. Zo dient de over een jaar verschuldigde inkomstenbelasting pas in het daaropvolgende kalenderjaar te worden voldaan. Het is evenwel de vraag of deze argumenten overtuigend genoeg zijn om de fiscus als '*non-adjuster*' te bestempelen. De fiscus heeft in vergelijking met andere schuldeisers namelijk al speciale invorderingsbevoegdheden die hem in staat stellen zich aan toenemend kredietrisico aan te passen. De fiscus hoeft bijvoorbeeld niet langs de rechter voor het verkrijgen van een executoriale titel (de uitvaardiging van een dwangbevel ex art. 12 IW 1990 volstaat) en de fiscale wetgeving bevat diverse regelingen waarbij derden medeaansprakelijk zijn voor belastingsschulden van een ander (denk aan de ketenaansprakelijkheid in de bouw, art. 35 IW 1990). En voor zover de fiscus zich toch niet aan een toename in kredietrisico kan aanpassen, geldt bovendien dat de staat geen schuldeiser is die niet is toegerust om een verhoogd kredietrisico te dragen. Welvaartsverlies wegens aan de fiscus opgedrongen kredietrisico is dan ook niet te verwachten. De fiscus is al met al dan ook niet als *non-adjusting creditor* te kwalificeren, hetgeen betekent dat fiscale voorrang ook niet op deze grond kan worden gefundeerd.

Ten derde komen de handelsschuldeisers in beeld die jegens de schuldenaar onvoldoende marktmacht hebben om het verhoogde kredietrisico in hun handelsrelatie met

9 Vgl. Akintola, *Insolv. Int.* 2017, p. 56 en Gullifer & Payne, *Corporate Finance Law* 2020, par. 7.6.2.3.

de schuldenaar te kunnen laten doorwerken.¹⁰ Hierbij is met name te denken aan kleine ondernemingen die, bijvoorbeeld omdat ze opereren in markten met grote, dominante wederpartijen, welhaast geen onderhandelingsruimte hebben bij het overeenkomen van prijzen en andere voorwaarden (zoals de toepasselijkheid van opschortingsrechten).¹¹ Tegelijkertijd is wel voorzichtigheid geboden bij het kwalificeren van een kleine handels-schuldeiser als ‘*non-adjuster*’ binnen deze categorie. De mogelijkheden tot aanpassing liggen namelijk ook buiten de handelsrelatie met de schuldenaar, bijvoorbeeld in diversificatie van handelspartners. Het is zodoende in het algemeen moeilijk vol te houden dat een handelsschuldeiser zich écht niet kan aanpassen aan verhoogd kredietrisico.

De vierde categorie betreft tot slot de schuldeisers die zonder handelsrelatie een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid op de schuldenaar hebben. Van deze schuldeisers is zonder meer te betogen dat zij zich niet hebben kunnen aanpassen aan het verhoogde kredietrisico. Zij zijn immers tegen wil en dank schuldeiser geworden. Voor wat betreft de omvang van hun welvaartsverlies is binnen deze categorie een nadere onderverdeling te maken naar aard en grootte van de schuldeisers. Te betogen is dat de kleinste schuldeisers binnen deze categorie, de kleine ondernemingen en de particulieren, het minst zijn toegerust om het opgedrongen kredietrisico te dragen en daarmee het grootste welvaartsverlies lijden.

Wanneer de omgang van de wetgever met de verhaalspositie van deze categorieën schuldeisers nader wordt bestudeerd, dan ontstaat het volgende beeld.

Ten aanzien van werknemers heeft de wetgever inderdaad voorzien in een beschermende regeling bij betalingsonmacht van de werkgever, primair in de vorm van de loongarantieregeling (art. 61-68 WW). Deze regeling gaat daarbij, in lijn met het te beschermen belang van de werknemer, bovendien verder dan slechts voorrang bij verhaal. Zoals de commissie-Houwing ook heeft overwogen, is een voorrangrecht eigenlijk een suboptimaal mechanisme om een schuldeiser die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van periodieke uitkeringen echte bescherming te bieden.¹² Een voorrangrecht ziet namelijk op het verhogen van de eenmalige uitkering die een schuldeiser – bij faillissement – pas na de vereffening van de boedel ontvangt. Weliswaar biedt dat iets van bescherming, maar een werknemer is pas echt geholpen met voortzetting van (een deel van) zijn loonbetaling gedurende een bepaalde periode. Hierin voorziet de loongarantieregeling, waarbij de laagpreferente werknemersvoorrechten (art. 3:288 sub c-e BW) als ‘achtervang’ bestaan voor die gevallen waar de loongarantieregeling geen (toereikende) oplossing biedt.¹³

Zoals uit het voorgaande volgt heeft de wetgever de fiscus ook voorzien van een sterke verhaalspositie, via het fiscale voorrecht, bodemvoorrecht en bodemrecht. De fiscus neemt

10 Een verwante categorie betreft handelsschuldeisers die überhaupt niet in staat zijn (of niet de noodzaak voelen) om hun kredietrisico goed in te schatten. Weliswaar zijn zij ook ‘*non-adjusters*’, maar de werking van de markt maakt dat aan dergelijke marktpartijen in het algemeen geen lang leven toekomt en dat bescherming van deze partijen (in feite tegen zichzelf) dan ook niet op haar plaats is. Zie hierover nader Mokkel, *Corporate Insolvency Law* 2005, par. 5.4.

11 Zie bijv. nader over marktmacht, met verdere verwijzingen: Van Boom, *Privaatrecht en markt* 2020, par. 5.4.2.

12 Zie § 4.5.2.1 en § 4.5.2.3.

13 Bijv. omdat het periodieke loon van de werknemer hoger ligt dan de maximale loonuitkering onder de loongarantieregeling of omdat het loon over een grotere periode verschuldigd is dan waarin de regeling voorziet.

hierbij, bij verhaal op bodemzaken, in verhouding tot de zekerheidsgerechtigden een dermate sterke positie in dat het voor hen onvoorspelbaar is in hoeverre deze zaken voor de financiers bestemde uitwinningsofbrengst zullen genereren. Zij vormen – met andere woorden – geen betrouwbaar onderpand voor financieringen, hetgeen afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten.¹⁴ Dit is rechtseconomisch bezien een ongelukkige keuze van de wetgever. De sterke verhaalspositie laat zich niet binnen het hiervoor uitgewerkte rechtseconomisch kader onderbouwen en bovendien gaat zij ten koste van de rechtszekerheid van zekerheidsgerechtigden, met negatieve welvaartseffecten tot gevolg.

Voor wat betreft de kleine handelsschuldeisers met beperkte marktmacht heeft de wetgever alleen een specifieke groep een voorrangrecht bij verhaal toegekend, de kleine zelfstandigen die werkzaamheden aan een zaak hebben verricht (art. 3:285 BW). Anders dan de door de commissie-Houwing bepleite afschaffing van het (bredere) voorrecht wegens bearbeiting onder het oude recht, heeft de wetgever er bij de invoering van het NBW bewust voor gekozen om dit voorrecht te behouden voor specifiek zzp'ers en kleine ondernemingen waarbinnen de leidinggevendenden het aangenomen werk zelf mee uitvoeren (de 'kleine aannemers'). Dit voorrecht neemt daarbij een relatief hoge rang in. Het gaat in beginsel boven een op de zaak gevestigd vuistloos pandrecht, tenzij dit pandrecht na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en vervolgens in vuistpand is genomen (art. 3:285 lid 2 BW). Aangezien het in vuistpand nemen van zaken in de huidige financieringspraktijk slechts bij uitzondering voorkomt, voorziet de wet de kleine zelfstandige dan ook in een sterk voorrangrecht. Van belang is evenwel dat de beweegreden voor deze hoge rang niet voortkomt uit de aard van de schuldeiser (en dus niet uit de beschermende strekking van het voorrecht), maar uit de aard van de vordering. Door de verrichte werkzaamheden is de verhaalspositie van de vuistloos pandhouder verbeterd en dat is de grondslag voor de onderlinge rangwisseling.¹⁵ Dat maakt dat de rangwisseling – in ieder geval in theorie – niet ten koste van de verhaalspositie van de pandhouder gaat. De bearbeitingskosten zullen er namelijk toe strekken waarde toe te voegen aan het onderpand (of in ieder geval waarde te behouden) – een goed onderhouden bedrijfsauto is immers meer waard dan een niet onderhouden equivalent. Het hoger rangschikken van deze kosten zal de pandhouder dan ook per saldo niet of hooguit maar beperkt voelen. Het voorrecht heeft verder een maar klein werkingsbereik. Alleen de kleine zelfstandigen die via aanneming van werk werkzaamheden aan een zaak hebben verricht, komen hiervoor in aanmerking. Andere kleine zelfstandigen heeft de wetgever een dergelijke voorrangpositie niet geboden. En voor zover een verandering op dit punt wenselijk zou worden geacht – door bijvoorbeeld schrapping van het aannemings- en zaaksbearbeitingselement – is het onwaarschijnlijk dat de wetgever, gelet op de grondslag van de rangwisseling, de rangwisseling ten gunste van alle kleine zelfstandigen zou laten gelden.

Ook aan de laatste categorie schuldeisers, zij die zonder handelsrelatie met de schuldenaar een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid hebben, komt maar in bepaalde gevallen een voorrangrecht toe. Het voorrecht dat hierop ziet, artikel 3:287

14 Deze voorrang lijkt immers op de *adjustable priority rule*, zoals hiervoor in § 3.3.4.2 is uitgewerkt. Zie in die paragraaf een nadere uitwerking van de welvaartseffecten van deze voorrangsvorm.

15 Zie hiervoor, § 4.5.3.3.

BW, geeft elke benadeelde schuldeiser (de wet differentieert hierbij niet naar aard of grootte) weliswaar een hoogpreferent voorrecht, maar dat rust dan op de vordering van de aansprakelijke op diens verzekeraar. Met andere woorden: aan de schuldeiser komt pas voorrang toe indien zijn schuldenaar voor de veroorzaakte schade is verzekerd. Is de veroorzaakte schade niet verzekerd, dan heeft de benadeelde slechts een concurrente vordering. Bovendien biedt het voorrecht ook bij verzekerde schade geen waterdichte bevoorrechte aanspraak op schadevergoeding. Het voorrecht gaat immers teniet indien de verzekeraar onverhoopt (tegen de staande praktijk in het verzekeringswezen in) tot uitbetaling aan de aansprakelijke overgaat.¹⁶ De benadeelde heeft ook dan nog slechts een concurrente vordering op zijn schuldenaar.

De wetgever is de laatste twee categorieën *non-adjusting creditors* bovendien recentelijk in de WHOA tegemoetgekomen door invoering van de beschermingsregeling voor de kleinere mkb-schuldeisers met een vordering uit geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad en voor particulieren met een onrechtmatigedaadsvordering. Bij een WHOA-akkoord dient aan hen in beginsel een minimumuitkering van 20% van hun vordering te worden aangeboden. Biedt de schuldenaar een lagere uitkering aan zonder dat hier een zwaarwegende grond voor is, dan loopt hij het risico dat het akkoord niet zal worden gehomologeerd. Opvallend is dat een goede onderbouwing voor deze beschermingsregel ontbreekt in het amendement dat deze regel aan de WHOA heeft toegevoegd. De onderbouwing gaat niet verder dan dat vooral de kleine ondernemingen uit het mkb dienen te profiteren van een WHOA-akkoord.¹⁷ Dit lijkt een 'toevalstreffer' te zijn, zonder dat er een bewuste bedoeling achter zit om deze schuldeisers vanuit een (veralgemeniseerde) hoedanigheid als *non-adjusting creditor* een betere verhaalspositie te geven. Het betreft veel meer de uitvoering van een ongefundeerde politieke wens om de verhaalspositie van de kleinere concurrente schuldeisers te verbeteren.

Al met al valt op dat de wetgever, gelet op het beoordelingskader, met name goed werk heeft verricht ten aanzien van werknemers en de 'kleine aannemers'. Zij genieten bescherming zonder dat dit ten koste gaat van de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden. Ten aanzien van de verdere bescherming, van de andere kleine handelsschuldeisers en de kleine schuldeisers met een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid, heeft de wetgever zijn werk minder goed gedaan. Buiten de werkingssfeer van de WHOA ontbreekt bescherming voor de eerste groep en is de bescherming voor de tweede groep slechts beperkt. Ook met betrekking tot de verhaalspositie van de fiscus scoort de wetgever niet goed. Weliswaar betekent het ontbreken van een rechtseconomische onderbouwing voor voorrang vanzelfsprekend niet dat er dan geen voorrang hoort te zijn, maar het pijnpunt zit erin dat de gekozen vorm van voorrang een negatief effect op de rechtszekerheid van zekerheidsgerechtigden heeft en daarmee een negatief welvaartseffect teweeg brengt.

¹⁶ Zie hiervoor, § 2.4.2.1.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2.

5.3.2 *Het handelen van de wetgever buiten het theoretisch beoordelingskader*

In hoofdstuk 4 is ook een aantal andere argumenten voor voorrang bij verhaal naar voren gekomen dat door de wetgever is gebruikt bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht, waarbij niet direct een verband is te leggen met de onderzochte theorie. In hoofdstuk 4 zijn deze argumenten als verklaring voor voorrang gepresenteerd. In deze paragraaf wordt ook ingegaan op de dragende kracht van een aantal van deze argumenten ter evaluatie van de verdere omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal. Waar mogelijk wordt daarbij ook dit handelen van de wetgever getoetst aan het voorgaande theoretische beoordelingskader.

5.3.2.1 *Voorrang wegens het belang van alle schuldeisers*

Een in het oog springend argument dat de wetgever heeft gebruikt voor voorrang is de omstandigheid dat de betreffende te bevoorrechten vordering is ontstaan uit een actie die rechtstreeks in het belang is van alle schuldeisers. In het huidige recht is het aantal voorrangstreken dat hierin zijn grondslag vindt, beperkt. Het betreft de uitwinningkosten, de kosten van de faillissementsaanvraag en de kosten tot behoud van een goed. Dat past bij de beperkte reikwijdte van dit argument. Het gaat namelijk op voor kosten die er rechtstreeks toe leiden dat de medeschuldeisers ofwel een voordeel ontvangen dat zij anders niet gehad zouden hebben (een goed is behouden als verhaalsobject) ofwel bepaalde – voor verhaal noodzakelijke – kosten niet meer zelf hoeven maken (uitwinningkosten en kosten van de faillissementsaanvraag). In de aanwezigheid van één van deze twee omstandigheden zie ik een dragende grond voor het prioriteren van deze kosten boven alle andere vorderingen waarvoor op het betreffende goed verhaal mogelijk blijft (m.b.t. de kosten tot behoud) of verhaal wordt gezocht (m.b.t. de uitwinningkosten), of die in het faillissement worden ingediend (m.b.t. de faillissementsaanvraag). Het gedeelde belang bij het maken van deze kosten rechtvaardigt deze plaats in de rangorde.

Kijkend naar de plaats die de wetgever deze kosten heeft toegekend, valt op dat de kosten van de faillissementsaanvraag een afwijkende rang innemen die niet past bij de belangen die worden gediend. Immers, een (succesvolle) faillissementsaanvraag wordt – in de aanname dat de gefailleerde onderneming inderdaad niet meer levensvatbaar is – gedaan in het belang van alle schuldeisers die vervolgens hun vordering(en) ter verificatie bij de curator indienen om zich zo op de faillissementsboedel te verhalen. Dat legitimeert een rang die gelijk is aan die van de uitwinningkosten, die rangschikken boven alle prefaillissementsvorderingen (die van separatisten uitgezonderd), niet de huidige rang van artikel 3:288 sub a BW (voorrang slechts boven alle andere algemene voorrechten).

5.3.2.2 *Sociale en andere maatschappelijke belangen*

Veel van de door de wetgever gebruikte argumenten voor voorrang zien op de sociale en andere maatschappelijke belangen die met het betreffende voorrangstrekenrecht worden nagestreefd. Hierin komt tot uiting dat het verhaalsrecht in de kern een politieke aan gelegenheid is. Het gaat om het verdelen van financiële schade die ontstaat doordat het verhaalsvermogen van een schuldenaar niet groot genoeg is om alle vorderingen van diens schuldeisers volledig te voldoen. Er dient dan een politieke keuze te worden gemaakt

over waar deze schade neerslaat, en bij een politieke keuze gaat het om de weging van maatschappelijke belangen. De te maken keuzes zijn daarbij maar beperkt toetsbaar aan de wetenschappelijke theorievorming over voorrang bij verhaal, aangezien deze theorievorming niet in een alomvattend beoordelingskader voorziet (zie hiervoor, § 5.2.1.2). Dat betekent dat het bij de beoordeling van deze keuzes primair aankomt op de beoordeling van de door de wetgever gemaakte belangenweging. Zijn de maatschappelijke belangen die de wetgever door de invoering (of instandhouding) van een voorrangrecht laat prevaleren, krachtig genoeg om de gevolgen van de hierdoor aangebrachte herverdeling te dragen?

Met betrekking tot bepaalde voorrangrechten komen de herverdelingspolitiek van de wetgever en de wetenschappelijke theorievorming samen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij de voorrang voor werknemers en 'kleine aannemers'. Deze voorrang komt voort uit sociale politiek (de bescherming van economisch zwakkere partijen), maar zij past tevens in de rechtseconomische theorie over de bevoorrechtiging van de *non-adjusting creditors*. De theorie reikt in dat geval een aanvullende grondslag aan voor deze voorrang.

De beoordeling van de belangenafweging vergt bij voorrangrechten met een beschermende strekking bijzondere aandacht. Ten aanzien van deze voorrangrechten dient namelijk ook te worden nagegaan in hoeverre een voorrangrecht daadwerkelijk de gewenste bescherming biedt. Immers, zoals hiervoor reeds is uitgewerkt is een voorrangrecht een suboptimaal mechanisme om een schuldeiser te beschermen die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van een periodieke uitkering van zijn schuldenaar.¹⁸ Het ligt dan meer in de rede om de bescherming op een andere wijze te realiseren, in de vorm van een publiekrechtelijke regeling die de loonbetaling gedurende een bepaalde periode van de werkgever overneemt (in het huidige recht verwezenlijkt met de loongarantieregeling van art. 61-68 WW). Dit betekent tegelijkertijd niet dat een sociaal belang als grond voor voorrang geen draagkracht heeft. Immers, de legitieme behoefte tot bescherming blijft en een voorrangrecht kan – zoals dat ook in het huidige recht geldt met betrekking tot de loonvordering van de werknemer – een aanvullende bescherming bieden indien de publiekrechtelijke regeling de vorderingen op de werkgever niet voor de volle 100% overneemt.

Sociale belangen en regres

Het voorbeeld van werknemersbescherming via de loongarantieregeling roept de vraag op in hoeverre het gerechtvaardigd is dat een voorrecht met een sociale, beschermende strekking via regres overgaat op een andere partij, die zelf buiten het beschermingsbereik van dit voorrecht valt. Dit speelt bij uitstek bij de loongarantieregeling, waar het UWV de loonbetaling overneemt en vervolgens op grond van artikel 66 lid 1 WW de loonvorderingen tezamen met de daaraan verbonden werknemersvoorrechten op de werkgever verkrijgt. Aangezien het UWV als overheidsinstantie een draagkrachtige partij is, gaat het argument voor het bestaan van het werknemersvoorrecht – beschermen van een beschermenswaardige schuldeiser – niet meer op. Het sociale argument achter dit voorrecht kan deze voorrang in ieder geval niet meer dragen. Uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de loongarantieregeling blijkt dat de commissie Sociale Verzekeringen

¹⁸ Zie § 5.3.1 en, verder terug, ook § 4.5.2.1 en § 4.5.2.3.

van de SER precies om voorgaande reden negatief adviseerde over de overgang van het werknemersvoorrecht op het UWV (destijds nog de bedrijfsvereniging).¹⁹ Dit advies is evenwel terzijde geschoven, onder meer met het argument dat een nadere studie naar het geheel aan preferenties nog zou volgen en dat ook de vraag naar de bevoorrechtiging van de bedrijfsvereniging daarin 'ongetwijfeld' zou worden meegenomen.²⁰ In deze latere studie, door de commissie-Houwing, is deze kwestie evenwel niet meer ter tafel gekomen. Van belang is wel dat de commissie-Houwing – uitgaand van de bescherming via de loongarantieregeling – slechts tot behoud van het werknemersvoorrecht adviseerde om te verzekeren dat ook in de gevallen waar de loongarantieregeling geen waterdichte oplossing biedt, de werknemersbescherming behouden blijft.²¹ Het belang van het voorrecht bevond zich voor de commissie dus nog slechts buiten de reikwijdte van de loongarantieregeling. Door die externe omstandigheid profiteert het UWV tot op de dag van vandaag via de loongarantieregeling van het werknemersvoorrecht.

Het voorgaande laat zien dat de overgang van voorrechten via subrogatie (als vorm van regres) geen automatisme mag zijn. De verhaalspositie van het UWV jegens de werkgever kan immers ook door de creatie van een zelfstandig regresrecht, een nieuwe vordering die ontstaat uit de wet, worden vormgegeven.²² Desgewenst kan deze vordering van een eigen, op het UWV toegespitst voorrangrecht worden voorzien, maar dit mag geen vanzelfsprekendheid zijn. De belangen van het UWV dienen hiervoor expliciet te worden afgewogen tegen de belangen van de andere schuldeisers. De uitkomst daarvan bepaalt of de regresvordering überhaupt bevoorrecht dient te zijn en, zo ja, welke rang dit voorrecht dan dient te krijgen. De wetgever heeft dit bij de totstandkoming van de loongarantieregeling miskend.

Maatschappelijke belangen en fiscale voorrang

Bij het spreken over de maatschappelijke belangen als argument voor voorrang vormen de belangen die aan de fiscale voorrang (het algemene fiscale voorrecht, het bodemvoorrecht en het bodemrecht) worden toegedicht de spreekwoordelijke *elephant in the room*. Deze belangen betreffen met name het faciliteren van een soepel invorderingsbeleid en het budgettaire belang van de staat. Een belangrijke vaststelling uit hoofdstuk 4 is dat de plaats van de huidige fiscale voorrang in het verhaalsrecht op oneigenlijke gronden is behouden. Het debat over de plaats van deze voorrang is steevast uit de weg gegaan met een beroep op het budgettaire belang van de staat en later ook de pressiefunctie die het bodem(voor)recht heeft. Het Ministerie van Financiën wilde de voorrang niet verliezen wegens de inkomsten die zij jaarlijks voor de staat oplevert en wilde hierbij met name ook zijn stok achter de deur om betaling af te dwingen niet verliezen. De voorrang móést dus behouden blijven, en mocht bovendien ook haar bestaande vorm van superpreferentie op

19 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 515, nr. 3, p. 6 (MvT).

20 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 515, nr. 3, p. 6 (MvT). Zie hierover nader Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie* (MSR nr. 75) 2019/3.6.1, p. 60.

21 Zie hiervoor, § 4.5.2.3.

22 Voor zover dit op het probleem stuit dat het UWV deze vorderingen (als postfaillissementsvorderingen) niet zal kunnen indienen in het faillissement van een werkgever, is de oplossing hiervoor eenvoudig: de Faillissementswet voorzien van een bepaling die voorschrijft dat het UWV voor deze vorderingen wel in het faillissement kan opkomen. Vgl. Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie* (MSR nr. 75) 2019/3.6.1, p. 60.

bodemzaken niet verliezen. Het staat buiten kijf dat dit negatief geformuleerde argument ('de fiscus mag er niet op achteruitgaan') geen dragende grond is voor het behoud van deze voorrang. De grondslag dient in plaats daarvan in inhoudelijke, positief geformuleerde gronden te worden gevonden.

Van de in hoofdstuk 4 geïdentificeerde gronden is in mijn ogen het enige krachtige argument voor fiscale voorrang dat deze, zoals meermaals is bevestigd, een soepel invorderingsbeleid mogelijk maakt.²³ Alle andere argumenten overtuigen niet. Zo acht ik de omstandigheden dat voor wat betreft sommige belastingen de fiscus in feite aan verplichte kredietverlening doet (zoals inkomstenbelasting) of de belastingschuldige gelden onder zich heeft die hij voor de staat heeft geïnd (zoals omzetbelasting), onvoldoende onderscheidend, omdat deze omstandigheden voor private schuldeisers juist als onvoldoende dragend zijn beschouwd.²⁴ Het budgettaire belang van de staat (de schatkist moet met zekerheid op haar inkomsten – die niet kunnen worden gemist – kunnen rekenen) kan daarnaast niet worden ontkend, maar dit is geen dragende grond voor voorrang. Dit argument is namelijk evengoed voor andere schuldeisers te maken. In feite moet iedereen voor zijn voortbestaan met enige zekerheid op zijn inkomsten kunnen rekenen, waarbij de overheid bovendien de meest draagkrachtige van alle schuldeisers is en zodoende het minste recht van spreken heeft. Hier is tegenover te stellen dat de overheid ook grote verantwoordelijkheden heeft, de uitoefening van zijn publieke taak, waarvoor voldoende overheidsinkomsten noodzakelijk zijn. Maar dit werpt de principiële vraag op of het juist is dat de verantwoordelijkheid voor zekerstelling van de overheidsinkomsten via de weg van de fiscale voorrang wordt neergelegd bij de toevallige medeschuldeisers van een insolvente belastingschuldige. Deze verantwoordelijkheid kan ook op andere wijzen worden vormgegeven, bijvoorbeeld door hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders (die de belasting- of premieschuld hebben laten oplopen) of door de verliezen over alle belastingplichtigen om te slaan.²⁵ Gelet op de belangen achter – in ieder geval – de andere bevoorrechte vorderingen acht ik het disproportioneel om deze verantwoordelijkheid via de bestaande hoge fiscale voorrang primair bij deze schuldeisers te leggen.

Ook de door de commissie-Houwing aangewezen nieuwe grond voor het bodem(voor)-recht – het leidt tot een zeker 'evenwicht' tussen de schuldeisers – overtuigt niet. In zekere zin is dit een gelegenheidsargument voor voortzetting van de bestaande verhouding tussen de zekerheidsgerechtigden en de fiscus. Het argument is daarbij met name een argument *tegen* uitbreiding van de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigden. Het bodem(voor)-recht leidt er namelijk toe dat er in ieder geval nog enig actief in de faillissementsboedel belandt ten bate van andere schuldeisers dan de zekerheidsgerechtigden. Dit argument is alleen niet dragend voor zover het gaat om de begunstigde van deze voorrang. In een onderbouwing voor de fiscus als (enig) begunstigde wordt namelijk niet voorzien.

Het voorgaande afwegende, zie ik geen overtuigende argumenten voor de huidige hoge fiscale voorrang. De starre houding van het Ministerie van Financiën en van diverse kabinetten inzake de herwaardering van deze voorrang, alsook gebrek aan actie vanuit de Tweede Kamer om die herwaardering op de politieke agenda te houden, hebben er dan ook toe geleid dat de wetgever op dit punt zijn wetgevende taak heeft verzaakt.

23 Zie hiervoor, § 4.5.2.4, § 4.5.4 en § 4.7.

24 Zie hiervoor, § 4.5.2.1.

25 Vgl. Helsen, *The Law and Economics of Secured Lending* (PLS nr. XII) 2021, nr. 375-376.

Maar betekent dit dat de fiscale voorrang geheel dient te worden afgeschaft? In mijn opvatting noopt het voorgaande tot een genuanceerdere conclusie. Er is in ieder geval geen rechtvaardiging voor de bestaande fiscale superpreferentie op bodemzaken uit het bodemrecht en het bodemvoorrecht. Gecombineerd met de eerdere bevindingen uit de theorie dat deze voorrang zich ook niet rechtseconomisch laat onderbouwen en bovendien tot negatieve welvaartseffecten leidt, betekent dit dat deze voorrangrechten dienen te worden afgeschaft. Tegen deze afschaffing zou evenwel kunnen worden ingebracht dat dit conform de CPB en ECORYS-NEI-studie ook een negatief welvaartseffect zal hebben doordat de fiscus een strenger invorderingsbeleid zal gaan voeren.²⁶ Het is dan de vraag welk welvaartseffect per saldo resteert. Het is echter van belang te realiseren dat ook dit argument geen intrinsieke rechtvaardiging voor deze voorrangrechten biedt, maar slechts een pleidooi voor het behoud van de huidige inrichting van de fiscale voorrang en het daarop afgestemde invorderingsapparaat. Indien een nieuw systeem van voorrangrechten zou worden ontworpen, waarbij de te bevoorrechten vorderingen op hun eigen merites worden beoordeeld, zou dit argument geen rol spelen. Voorts is het nog te bezien of dit strengere invorderingsbeleid er daadwerkelijk komt, of dat de fiscus vanuit het algemeen belang of via andere, al dan niet nieuw te ontwikkelen pressiemiddelen (denk aan de eerder aangestipte hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders) enige soepelheid in de invordering zal blijven betrachten.

Voor wat betreft het algemene fiscale voorrecht wijst het voorgaande in de richting van een rangverlaging van dit voorrecht. Niet is in te zien waarom de aan het fiscale voorrecht verbonden belangen, primair het soepele invorderingsbeleid, zwaarder wegen dan de belangen achter de andere voorrechten. Dit betekent dat deze belangen het voorrecht slechts kunnen dragen voor zover zijn rang zoveel mogelijk in lijn is met die van de andere algemene voorrechten (van artikel 3:288 BW).

5.4 De toekomst van het verhaalsrecht

Het voorgaande laat zien dat het Nederlandse verhaalsrecht anders moet worden ingericht dan nu het geval is. Hierbij zijn tevens voorbeelden de revue gepasseerd over hoe deze veranderingen kunnen worden gerealiseerd. Als sluitstuk van deze studie klinkt daarom nu een oproep aan de wetgever om het verhaalsrecht ook daadwerkelijk te *gaan* herzien. Hiertoe wordt in deze paragraaf uitgewerkt in welke richting het verhaalsrecht zich, met inachtneming van de hiervoor verworven inzichten, dient te ontwikkelen. Hiervoor worden eerst enkele algemene lijnen geschetst, waarna bij wijze van aanbeveling aan de wetgever een concrete uitwerking volgt van een *fixed fraction priority scheme* dat recht doet aan de verworven inzichten.

5.4.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors

5.4.1.1 Naar fixed fraction priority

Ten aanzien van de zekerheidsgerechtigden is in deze studie een genuanceerd beeld ontstaan over de hoge voorrangpositie die hen toekomt. De primair rechtseconomische

²⁶ Zie hiervoor, § 4.7.

rechtvaardiging voor de plaats in de rangorde bij verhaal wijst op de te behalen positieve welvaartseffecten op het gebied van *monitoring* en reductie van het welvaartsverlies van de *non-adjusting creditors* indien de voorrangpositie van de zekerheidsgerechtigden wordt gereduceerd ten gunste van de laatstgenoemde groep schuldeisers. Voor het behalen van deze positieve welvaartseffecten is het evenwel van belang dat de zekerheidsgerechtigden zoveel mogelijk rechtszekerheid behouden ten aanzien van hun verhaalspositie bij een *concursum creditorum*. Dat betekent dat deze voorrangverschuiving bij voorkeur dient te worden gerealiseerd in de vorm van *fixed fraction priority*. De voorrang van de zekerheidsgerechtigde beperkt zich dan tot een gefixeerd percentage (een *fixed fraction*) van de aan hem naar huidig recht toekomende uitwinningsopbrengst van de met pand- of hypotheekrechten bezwaarde goederen. Het andere deel van de uitwinningsopbrengst (de andere *fixed fraction*) dient toe te vallen aan hierna nader uit te werken *non-adjusting creditors*. Voor het bepalen van de omvang van deze *fixed fraction* is nader (rechtseconomisch) onderzoek vereist, zodat met de uiteindelijke *fixed fraction* een optimaal welvaartseffect wordt bereikt.

Aangezien de rechtvaardiging van deze voorrang geen onderscheid maakt in het soort goederen dat in zekerheid is gegeven, dient deze voorrang van toepassing te zijn op *alle* met zekerheidsrechten bezwaarde goederen van de schuldenaar. Dat heeft de consequentie dat zij bijvoorbeeld ook dient te gelden bij de inning van verpande vorderingen. De pandhouder dient dan een *fixed fraction* van de inningsopbrengst af te dragen. Zijn verrekeningsbevoegdheid conform het arrest *Mulder q.q./CLBN* dient dan ook dienovereenkomstig te worden beperkt in de zin dat de verplichting tot afdracht ook geldt ten aanzien van de bijbeschrijvingen op de bankrekening van de schuldenaar bij de pandhouder.

De keuze voor *fixed fraction priority* ten gunste van een groep schuldeisers vereist dat er ook een tussenpersoon wordt aangesteld, die de belangen van deze schuldeisers behartigt en zorgt voor een correcte verdeling van de opbrengst. Bij verhaal na de faillietverklaring van de schuldenaar, het perspectief van deze studie, is de infrastructuur hiervoor al aanwezig. De rol van de tussenpersoon kan dan door de curator worden vervuld, zoals hij ook nu al ex artikel 57 lid 3 Fw de belangen van de hoger bevoorrechte faillissementsschuldeisers jegens de separatisten behartigt, waarbij hij na verificatie van de vorderingen de uitkeringen verzorgt. De separatist is dan dus een afdracht verschuldigd jegens de faillissementsboedel of, indien de curator de uitwinning verzorgt, ontvangt de uitwinningsopbrengst onder aftrek van een inhouding.

Dit roept de vraag op in hoeverre *fixed fraction priority* ook bij verhaal op een solvante schuldenaar (aldus buiten faillissement) een werkbare en wenselijke voorrangsregel kan zijn. Hiervoor is vervolgonderzoek nodig. Denkbaar is dat de tot stand te brengen verdeling buiten faillissement – onder de zekerheidsgerechtigde en één of meer beslagleggers – wel gewoon door de dan aangewezen verdelende instantie (de notaris ex art. 3:270 BW, de deurwaarder ex art. 480 Rv of de rechter-commissaris ex art. 481 e.v. Rv) kan worden gerealiseerd. Voor de wenselijkheidsvraag dient in ieder geval onder ogen te worden gezien dat deze voorrangsregel buiten faillissement gedragsprikkel kan geven die negatieve welvaartseffecten hebben. Zo is voorstelbaar dat de regel aanzet tot verhaalsacties door tot deze voorrang gerechtigde schuldeisers, hetgeen een negatief effect heeft op de positieve

welvaartseffecten die zijn verbonden aan het exclusiviteitsaspect van zekerheidsrechten (zie hiervoor, § 3.3.3.5).

5.4.1.2 Te begunstigen *non-adjusting creditors*

De vraag die rijst is welke schuldeisers precies de begunstigten van deze *fixed fraction priority* dienen te worden. Een belangrijke les uit het Verenigd Koninkrijk is om de groep begunstigten klein te houden. Immers, hoe groter deze groep is, hoe hoger de administratiekosten voor de curator uitvallen (wegens o.a. de verificatie van de vorderingen), hetgeen de met deze voorrang te bereiken positieve welvaartseffecten drukt.²⁷

In het voorgaande zijn twee groepen *non-adjusting creditors* naar voren gekomen bij wie de kans het grootst is dat de toekenning van voorrang positieve welvaartseffecten teweegbrengt. Dat zijn de kleine schuldeisers (particulieren en kleine ondernemingen) met een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid en – met evenwel enige voorzichtigheid – de kleine handelsschuldeisers (wegens onvoldoende marktmacht). Het ligt voor de hand om aansluiting te zoeken bij de in de WHOA onderscheiden groep en de voorrang dus te laten gelden voor de kleinere mkb-schuldeisers (inclusief zzp'ers en eenmanszaken) met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of uit onrechtmatige daad, en voor particulieren met een vordering uit onrechtmatige daad. De rechtseconomische theorie noopt evenwel tot het maken van een andere keuze. De groep 'kleinere mkb-schuldeisers' die de WHOA in artikel 374 lid 2 Fw aanwijst is namelijk een potentieel grote groep, aangezien CBS-cijfers laten zien dat ruim 99% van de ondernemingen in Nederland tot het 'kleinere mkb' in de zin van deze bepaling behoort.²⁸ Dat maakt een nadere afbakening nodig, waarbij tevens de eerder (in § 5.3.1) benoemde voorzichtigheid meespeelt bij het categorisch kwalificeren van de kleinere handelsschuldeisers als '*non-adjuster*'.

Het is daarbij, ook los van de rechtseconomische rechtvaardiging, de vraag of voorrang voor een dergelijk grote groep handelsschuldeisers te rechtvaardigen is. De commissie-Houwing was hier terughoudend in, ingegeven door haar uitgangspunt dat bedrijfsrisico in het algemeen geen grond voor een voorrecht oplevert (zie hiervoor, § 4.5.2.1).

Bij de afbakening ligt het voor de hand om de te begunstigen schuldeisers in de eerste plaats te zoeken in de groep waarvoor de rechtseconomische rechtvaardiging voor voorrang het sterkst is. Die groep betreft de particulieren en de kleine ondernemingen zonder handelsrelatie met de schuldenaar, die een vordering uit buitencontractuele aansprakelijkheid op de schuldenaar hebben. Voor het 'kleine ondernemingen'-criterium is daarbij wel aan te sluiten bij het WHOA-criterium.²⁹ Voor wat betreft de afbakening van de groep kleine handelsschuldeisers met een vordering uit geleverde goederen of

²⁷ Zie hiervoor, § 3.3.4.1.

²⁸ Zie nader Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport) 2021, p. 16. Bovendien geven de auteurs aan dat het criterium van art. 374 lid 2 Fw in de praktijk moeilijk te hanteren is (zie p. 31-32 en 54).

²⁹ Het verdient hierbij aanbeveling om de aansluiting specifiek te zoeken bij de aanbeveling in de recent verschenen WHOA-evaluatie tot vereenvoudiging en precisering van dit WHOA-criterium (en de eventuele opvolging hiervan door de wetgever). Zie Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord* (WODC-rapport) 2023, p. 136.

diensten is, in de tweede plaats, eraan te denken aansluiting te zoeken bij een bestaand 'kleine schuldeiser'-criterium in de wet: het 'kleine aannemer'-criterium van artikel 3:285 BW. De voorrang beperkt zich in dat geval tot, zoals de toelichting bij deze bepaling bondig weergeeft, de 'kleine zelfstandigen wier arbeid zich niet pleegt te bepalen tot leiding geven'.³⁰ Aansluitend bij de bewoordingen van de wettekst van artikel 3:285 lid 1 BW gaat het dan om natuurlijke personen die persoonlijk aan de levering van de goederen of diensten in hun bedrijf plegen deel te nemen, dan wel om vennootschappen of rechtspersonen waarvan één of meer beherende vennoten of bestuurders dit plegen te doen. Tegelijkertijd voorziet ook dit criterium niet in een sluitende afbakening. Een gebrek aan marktmacht heeft immers niet alleen betrekking op de eigenschappen van de schuldeiser, maar ook op die van diens (gebruikelijke) handelspartners. Zo zal een kleine onderneming die actief is in een markt met voornamelijk andere kleine ondernemingen niet snel een gebrek aan marktmacht hebben. Ook deze omstandigheid dient dan ook in de afbakening van de te begunstigen schuldeisers in deze categorie te worden betrokken. Het vergt derhalve vervolgonderzoek naar de operationalisering van 'gebrek aan marktmacht' om tot een passende afbakening te komen.

5.4.1.3 Aandachtspunten bij de vormgeving van *fixed fraction priority*

Zoals eerder (in § 3.3.4.1) al is besproken, is een *fixed fraction priority rule* vatbaar voor ondermijning door zekerheidsgerechtigden, hetgeen het te bereiken welvaartseffect negatief beïnvloedt. Bij de vormgeving van deze voorrang dient er daarom naar te worden gestreefd om deze ondermijning onmogelijk te maken. Dat leidt tot drie aandachtspunten. Deze aandachtspunten worden op deze plaats op hoofdlijnen besproken. De inpassing hiervan in een concrete afdrachtsregeling wordt hierna (in § 5.4.4) nader uitgewerkt.

Het eerste punt van aandacht betreft het bepalen van de zekerheidsrechten waarop de *fixed fraction priority* van toepassing is. Het is van belang om deze voorrang van een zo breed mogelijk toepassingsbereik te voorzien, om te voorkomen dat de afdrachtsverplichting door een financier kan worden ontweken door het bedingen van zekerheidsrechten waarop deze verplichting niet van toepassing is. Concreet houdt dit in dat het beperken van de afdrachtsverplichting tot pand en hypotheek financiers kan aanzetten tot het bedingen van op eigendom gestoelde zekerheidsconstructies zoals *leasing*. Het verdient, ten behoeve van het welvaartseffect, daarom aanbeveling om de afdrachtsverplichting niet alleen te laten gelden ten aanzien van de uitwinningsofbrengst van de met pand of hypotheek bezwaarde goederen van de schuldenaar, maar ook van de goederen met tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraken van derden. Deze aanbeveling roept evenwel de complexe vraag op wanneer een eigendomsaanspraak precies tot zekerheid strekt, zo getuige bijvoorbeeld de gedetailleerde fiscale beleidsregels met betrekking tot reëel eigendom van bodemzaken (art. 22.9 Leidraad Invordering 2008). Deze aanbeveling vergt dan ook een nadere uitwerking van welke eigendomsaanspraken wel en welke niet binnen het bereik van de afdrachtsverplichting moeten worden gebracht. Hiervoor is vervolgonderzoek nodig.

³⁰ Zie hiervoor, § 4.5.3.3.

Een mogelijke afbakening die bij dit vervolgonderzoek als vertrekpunt zou kunnen worden genomen, is de hierna (in § 5.4.4) nog kort te bespreken begrenzing van de afdrachtplicht tot alleen de eigendomsaanspraken waarbij de zekerheidsgerechtigde zich op het verbonden goed dient te *verhalen* om zijn schuld te voldoen. Een nadere uitwerking hiervan is evenwel geboden om tot een gedegen aanbeveling te kunnen komen.

Het tweede aandachtspunt betreft het risico van oversecurering door zekerheidsgerechtigden. Schuldeisers die voorzien dat zij bij uitwinning van hun zekerheidsrechten een percentage van de uitwinningsopbrengst moeten afstaan, kunnen geneigd zijn zich voor dit percentage te oversecureren zodat de waarde van de uitwinningsopbrengst de hoogte van hun gecureerde vordering met (minimaal) dit percentage zal overstijgen. De werking van de *fixed-fraction*-voorrang wordt dan ondergraven. Immers, deze voorrang komt dan feitelijk niet meer ten laste van de zekerheidsgerechtigde maar van de andere schuldeisers, die zich anders op deze overwaarde hadden kunnen verhalen. Dit negatieve effect is tegen te gaan door de afdracht niet alleen uit te drukken als percentage van de uitwinningsopbrengst, maar – zoals in Duitsland is voorgesteld – ook als percentage van de gecureerde vordering van de zekerheidsgerechtigde.

Een laatste aandachtspunt is het temporele bereik van de afdrachtsverplichting in het geval dat deze verplichting slechts geldt bij faillissement van de schuldenaar (het perspectief van deze studie). Een beperking tot het faillissement betekent dat er een onderscheid in de rangorde bij verhaal ontstaat tussen verhaal buiten faillissement en verhaal tijdens faillissement. Dit onderscheid kan onwenselijk, anticiperend gedrag uitlokken. Uitwinning van zekerheidsrechten voordat de schuldenaar faillieert levert de zekerheidsgerechtigde dan immers meer op dan nadat het faillissement is uitgesproken. Dit onderscheid kan zekerheidsgerechtigden dan ook aanzetten tot vroegtijdige uitwinning om het faillissement voor te zijn, met daarbij het risico dat hierdoor juist meer ondernemingen faillieren dan wanneer deze uitwinningsprikkel niet zou hebben bestaan. Deze gedragsprikkel dient te worden tegengegaan. Het uitbreiden van het temporele bereik van de afdrachtsverplichting tot ook een bepaalde periode voorafgaand aan het faillissement is een manier om dit te bereiken.

5.4.2 *De fiscale voorrang: reductie en herverdeling*

Voor wat betreft de fiscus wijzen de bevindingen van deze studie naar een sterke reductie van diens voorrangpositie. Het ontbreken van een goede grondslag voor het bodemrecht en het bodemvoorrecht, tezamen met de negatieve welvaartseffecten die zij teweegbrengen (door gebrekkige rechtszekerheid voor financiers), maakt dat er voor deze voorrangrechten geen plaats meer is in het verhaalsrecht. Zij dienen dan ook te worden afgeschaft. Voor wat betreft het algemene fiscale voorrecht wijst het voorgaande in de richting van een rangverlaging. In essentie gaat het hierbij wel om een politieke belangenafweging die door de wetgever dient te worden gemaakt, maar de argumenten die tot nu toe zijn aangevoerd ter onderbouwing van de huidige hoge voorrang zijn naar mijn opvatting onvoldoende overtuigend om een hogere voorrang dan de andere, privaatrechtelijke algemene voorrechten te legitimeren.

Deze rangverlaging roept de vervolgvraag op welke rang het algemene fiscale voorrecht dan precies dient te krijgen, aangezien de algemene voorrechten rang nemen in de volgorde waarin de wet hen plaatst (art. 3:281 lid 2 BW). De wetgever doet er in dit verband goed aan de aanbeveling van de commissie-Houwing tot onderlinge pariteit van de algemene voorrechten, de kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd, in overweging te nemen. Zoals de commissie ook overwoog, lopen de motieven voor deze voorrechten namelijk dermate uiteen dat iedere onderlinge weging arbitrair en daarom niet wenselijk is. Dat maakt een onderlinge gelijke rang de meest passende vorm van rangorde.

De voorgestelde afschaffing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht leidt tot een herverdelingsvraag. Welke schuldeisers dienen van deze afschaffing te profiteren? De enkele afschaffing zal ertoe leiden dat de zekerheidsgerechtigden profiteren. Bij verhaal op de bodemzaken hebben zij de fiscus immers niet meer boven zich te duchten. Gelet op de lage uitkeringspercentages in faillissementen (zie hiervoor, § 2.6) en het ontbreken van een rechtvaardiging voor een sterkere verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden, acht ik het wenselijk om het voordeel bij de andere schuldeisers te laten neerslaan. Dat vereist het behoud van voorrang boven de zekerheidsgerechtigden, die dan een andere invulling dient te krijgen. Vanuit rechtseconomisch perspectief is ook hier een vorm van *fixed fraction priority* het meest geschikt. Immers, deze vorm van voorrang biedt de zekerheidsgerechtigden meer zekerheid over hun verhaalspositie dan onder het huidige recht. Het verdient daarom aanbeveling om te komen tot een verplichte afdracht (of inhouding) ter grootte van een gefixeerd percentage van de aan de zekerheidsgerechtigde toekomende uitwinningsopbrengst van alle bezwaarde goederen, dat – naar Brits model – overeenstemt met het bedrag dat zekerheidsgerechtigden nu gemiddeld (via de curator) aan de fiscus dienen af te staan.

Ook hier speelt de vraag naar de werkbaarheid en wenselijkheid van deze voorrangsregel bij verhaal op een solvante schuldenaar, zoals ook hiervoor (in § 5.4.1.1) kort is besproken. Ik volsta hier met een verwijzing naar deze eerder gemaakte opmerkingen, die voor de onderhavige voorrang evengoed gelden. Dit geldt eveneens voor de in § 5.4.1.3 uitgewerkte aandachtspunten om ondermijning van deze voorrangsvorm tegen te gaan.

Ook hier is het de vraag aan wie de baten uit de afdracht precies dienen toe te komen. Hoewel het aantrekkelijk kan zijn om de concurrente schuldeisers als de begunstigden naar voren te schuiven, is dit om meerdere redenen onwenselijk.³¹ Zo leert de eerdergenoemde Britse ervaring juist dat de groep begunstigden bij voorkeur beperkt gehouden dient te worden, om te voorkomen dat de baten te veel verwateren en (door toenemende verificatiekosten) verdampen. Bovendien is deze begunstiging in strijd met het wezen van het stelsel van voorrang bij verhaal, aangezien zij miskent dat de bevoorrechte vorderingen op inhoudelijke gronden meer aanspraak hebben op deze baten dan de vorderingen zonder voorrang. Begunstiging van de laatstgenoemde groep keert dit om en doet daarmee afbreuk aan het stelsel. Het verdient daarom de voorkeur om de baten neer te laten slaan bij de schuldeisers die al voorrang toekomt, maar wier voorrang onder het huidige recht 'in het water valt' door de hoge voorrang van de fiscus en van de

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

zekerheidsgerechtigden. Concreet betekent dit dat de baten via de bestaande rangorde-regels dienen te worden verdeeld, zodat zij in de eerste plaats toekomen aan de hoogst gerangschikte schuldeisers na de zekerheidsgerechtigden (in de regel de schuldeisers met een bijzonder of algemeen voorrecht).³²

5.4.3 *De realiteit van de concurrente schuldeisers*

In het voorgaande toont zich de realiteit die de concurrente schuldeisers onder ogen hebben te zien. Voorrang voor een generieke, niet afgebakende groep schuldeisers leidt ertoe dat veel van de beschikbare baten ‘weglekken’ aan kosten om alle ingediende vorderingen te verifiëren en de vele uitkeringen te realiseren. Het hebben van een vordering met voorrang levert dan voor de individuele schuldeisers in het algemeen weinig op, terwijl deze voorrang veel kosten creëert die anders niet gemaakt zouden hoeven worden. Vanuit rechtseconomisch perspectief zal een dergelijke voorrang naar verwachting dan ook een negatief welvaartseffect hebben. Het is daarom zinvoller om een wel afgebakende groep schuldeisers, voor wie een concrete dragende grond voor voorrang is aan te wijzen, de groep concurrente schuldeisers te laten ontstijgen door aan hun vorderingen een voorrecht of een ander voorrangrecht toe te kennen. Voor de concurrente schuldeisers in het bijzonder staat daarom de eigen zelfredzaamheid voorop. Zij dienen alle beschikbare feitelijke en juridische middelen (zoals aanmaning, opschorting, beslag en/of (krediet)verzekering) te benutten om te voorkomen dat de vordering op een later moment als oninbaar moet worden afgeschreven vanwege het faillissement van de schuldenaar.

5.4.4 *Een concrete uitwerking: het INSOLAD-afdrachtsvoorstel revisited*

De hiervoor voorgestelde *fixed fraction priority* vertoont veel verwantschap met de door INSOLAD in 2012 voorgestelde afdrachtsregeling (zie hiervoor, § 4.9.2), gericht op de definitieve regeling van het fiscale bodemrecht. Deze voorgestelde afdrachtsregeling biedt dan ook een goed vertrekpunt voor de vormgeving van de hiervoor geschetste *fixed fraction priority*. De regeling voorziet via een uitbreiding van artikel 57 Fw met een vijfde en zesde lid in een gestaffelde afdrachtsverplichting voor pand- en hypotheekhouders én derden met ‘andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject’:

‘5. Indien de pand- of hypotheekhouder het verpande of verhypothekeerde goed te gelde maakt, dient hij van de opbrengst van het goed, na aftrek van in redelijkheid gemaakte kosten alsmede hetgeen hij verschuldigd is aan de curator op de voet van lid 3, aan de curator een gedeelte af te dragen alsmede het bedrag dat de curator aan omzetbelasting verschuldigd is ter zake van de executie. Het aan de curator af te dragen gedeelte van de opbrengst wordt berekend aan de hand van de totale opbrengst van de tot zekerheid strekkende onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten dan wel de overige tot zekerheid strekkende goederen van de gefailleerde in evenredigheid met het aandeel van de opbrengst daarin, zodanig dat de curator ten behoeve van de boedel de volgende

32 Waarbij de fiscus zelf – bij doorvoering van de tevens voorgestelde rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht – nog slechts als gelijke onder de andere schuldeisers met een algemeen voorrecht meedeelt in deze baten.

percentages ontvangt: voor onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten, bij een totale opbrengst tot EUR 500.000, [...]%; over het meerdere tot EUR 2.500.000, [...]%; over het meerdere, [...]%; voor overige goederen, bij een totale opbrengst tot EUR 200.000, [...]%; over het meerdere tot EUR 1.000.000, [...]%; over het meerdere, [...]%.³³

6. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing op andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject van de zekerheidscrediteur.³³

Aansprekend aan deze regeling is in de eerste plaats de concrete inbedding in de uitwinningregels in de Faillissementswet. Zo is de zekerheidsgerechtigde bij (zelfstandige) uitwinning van zijn zekerheden verplicht tot een afdracht aan de boedel, uitgedrukt in een deel van de opbrengst die hem conform zijn rang zou toekomen (dus na aftrek van onder meer de afdracht wegens andere hoger gerangschikte schuldeisers ex art. 57 lid 3 Fw). Deze afdracht geldt bovendien eveneens als de curator zelf – door het verstrijken van een aan de zekerheidsgerechtigde gestelde redelijke termijn – tot uitwinning overgaat, zo volgt uit de tevens voorgestelde gewijzigde tekst van artikel 58 lid 1 Fw:

‘1. De curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 en 176 verkopen, onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst *overeenkomstig de verdeling voorzien in artikel 57 lid 5*. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.’³⁴ (cursivering RvU)

Deze uniformiteit, het tweede aansprekende punt van deze regeling, komt ook terug in de goederen waarop de afdracht van toepassing is. De afdracht strekt zich namelijk uit over de opbrengsten van *alle* soorten bezwaarde goederen van de gefailleerde, met daarbij tevens de goederen van derden voor zover zij dienen als verhaalsobject van de zekerheidsgerechtigde. Daarmee voorziet deze regeling al in de eerdergenoemde aanbeveling om *fixed fraction priority* zich ook te laten uitstrekken over de tot zekerheid strekkende eigendomsaanspraken van derden. In de toelichting wordt vermeld dat het zesde lid beoogt om de afdrachtsverplichting te laten gelden voor alle eigendomsaanspraken waarbij de zekerheidsgerechtigde zich op het verbonden goed dient te *verhalen* om zijn schuld te voldoen. Dat heeft tot gevolg, zo vervolgt de toelichting, dat de afdracht (doorgaans) niet zal gelden voor een bedongen eigendomsvoorbehoud, maar veelal wel voor in *financial lease* gegeven goederen.³⁵ Dit is op het eerste gezicht een aansprekend onderscheid, omdat schuldeisers die het niet om de waarde van de goederen maar om de goederen zelf te doen is (zoals eigendomsvoorbehoudsverkopers), niet gedwongen worden om de afdracht uit eigen middelen te betalen. Tegelijkertijd is het een onderscheid dat nadere uitwerking behoeft. Immers, voorkomen dient te worden dat ook dit

33 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 6, te raadplegen via <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

34 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 9, te raadplegen via <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

35 Commissie INSOLAD, *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* (voorstel aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 13 december 2012), p. 7, te raadplegen via <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

onderscheid financiers uitnodigt tot ontwijking van de afdrachtsverplichting door creatief gebruik van het eigendomsvoorbehoud of door aanpassing van de thans gebruikelijke leasevoorwaarden bij uitoefening van hun schuldeisersrechten.³⁶ Dit betreft aldus een onderwerp voor nader onderzoek.

Aansprekend is ten derde de flexibiliteit die de voorgestelde wijze van de afdrachtsberekening biedt. De regeling biedt de mogelijkheid om maatwerk te leveren in het afdrachtspercentage, al naar gelang de aard van de goederen, en hierin kunnen desgewenst nog verdere onderverdelingen worden gemaakt. De gestaffelde percentages voor wat betreft de omvang van de uitwinningsopbrengsten maken het bovendien mogelijk om – indien gewenst – de afdracht in kleine faillissementsboedels relatief gezien hoger te laten uitvallen dan in grotere faillissementsboedels.

Tegelijkertijd dient te worden benadrukt dat de in deze paragraaf voorgestelde afdrachtsregeling uitdrukkelijk niet beoogt om ook een oplossing te bieden voor het salaristekort van de curatoren in faillissementen met een lege boedel. Dit kan weliswaar een neveneffect zijn doordat de afdracht leidt tot meer baten voor de boedel, maar de afdracht mag dit niet tot doel hebben. Dit salarisprobleem dient door de wetgever op een andere, geschiktere wijze, te worden geadresseerd.

Op enkele punten behoeft het INSOLAD-voorstel nog verbetering. Zo verdient het aanbeveling om een regeling toe te voegen die voorkomt dat de werking van de afdrachtsregeling wordt ondergraven door oversecuring door zekerheidsgerechtigden (zie hiervoor, § 5.4.1.3). Dit is te bereiken met een regeling die in beginsel uitgaat van een afdracht in verhouding tot de aan de zekerheidsgerechtigde toekomende uitwinningsopbrengst, maar die verplicht tot een grotere afdracht indien die opbrengst hoger is dan (de nominale waarde van) de geseceureerde vordering. De afdracht dient dan in verhouding tot de geseceureerde vordering te worden bepaald en dient te worden aangevuld met het verschil tussen de uitwinningsopbrengst en deze vordering. Dit tweede deel van deze afdracht dient daarbij overigens niet aan de met de afdrachtsregeling te begunstigen schuldeisers toe te komen, maar dient – als overwaarde – toe te vallen aan de gezamenlijke schuldeisers. Deze studie identificeert immers geen rechtvaardiging voor voorrang op deze overwaarde, die dan ten laste van de andere, ongesecureerde schuldeisers zou komen.

Een voorbeeld kan dit verhelderen. Stel dat A een vordering heeft op B ter hoogte van 100, tot zekerheid waarvan B pandrechten heeft gevestigd op zijn machines. Als A na faillietverklaring van B overgaat tot uitwinning van zijn pandrechten, realiseert hij een uitwinningsopbrengst van 120. Zonder afdrachtsverplichting zou A zijn vordering volledig uit deze opbrengst hebben kunnen voldoen en zou 20 als overwaarde de faillissementsboedel van A invloeden. Stel dat hier een afdrachtsverplichting in de zin van deze paragraaf geldt van 15% van de uitwinningsopbrengst. Deze *fixed fraction priority* doet de gevolgen van oversecuring teniet indien zij wordt vormgegeven als regel die de voorrang van B's pandrechten feitelijk maximeert tot 85% van B's geseceureerde vordering. B moet dan 15 (de eigenlijke afdracht, bestemd voor de met de afdrachtsregeling te begunstigen schuldeisers),

36 Zo is het niet ondenkbaar dat in plaats van de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak, niet-registergoed, een 'sale-and-sale-back'-transactie wordt opgezet, waarbij de zaak eerst ten titel van koop aan de financier wordt overgedragen en vervolgens (tegen een hogere prijs) onder eigendomsvoorbehoud terug wordt overgedragen aan de schuldenaar.

vermeerderd met 20 (de overwaarde, bestemd voor de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement) afstaan.

Ook het temporele werkingsbereik van de voorgestelde afdrachtsregeling dient te worden aangepast. Aangezien de huidige beperking tot alleen de uitwinning van zekerheidsrechten tijdens het faillissement van de schuldenaar onwenselijk, anticiperend gedrag kan uitlokken (zie hiervoor, § 5.4.1.3), strekt het tot aanbeveling om het temporele bereik te vergroten. Dit is te realiseren via een zogenoemde *claw-back*-bepaling in de afdrachtsregeling, die de curator de bevoegdheid geeft om de afdracht ook op te vorderen van executies die in een bepaalde periode (bijvoorbeeld zes maanden) voorafgaand aan het faillissement hebben plaatsgevonden.³⁷

Het afdrachtsvoorstel gaat verder slechts uit van een afdracht ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht. De afdracht valt daarbij toe aan de gezamenlijke faillissementsschuldeisers, conform de geldende rangorderegels. De afdracht wordt namelijk, na aftrek van de gebruikelijke omslag in de algemene faillissementskosten, via de uitdelingslijst in het faillissement aan de gezamenlijke schuldeisers uitgekeerd. Dit is in lijn met de hiervoor (in § 5.4.2) voorgestelde herverdeling na afschaffing van deze fiscale rechten. Voor de afdrachtsregeling ten bate van de *non-adjusting creditors* volstaat deze verdeling evenwel niet. Dit roept tegelijkertijd de vraag op in hoeverre beide afdrachtsregelingen in één totaalregeling kunnen worden gecombineerd. Ik acht dit mogelijk met een regeling op basis van de hiernavolgende uitgangspunten, die voortbouwt op het INSOLAD-voorstel.

1. Afdrachtspercentage/fixed fraction

In de eerste plaats dient bij de vaststelling van het afdrachtspercentage tot een totaalpercentage te worden gekomen dat de som is van het afdrachtspercentage ten bate van de *non-adjusting creditors* en het afdrachtspercentage ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht. Bij de vaststelling van deze percentages kan de door INSOLAD voorgestelde staffelsystematiek (variatie naar aard van de goederen en omvang van de uitwinningsopbrengst) worden toegepast, om – indien hier aanleiding voor is – maatwerk te bieden voor de gevalstypen die zich laten onderscheiden.

De afdracht dient vervolgens in beginsel te worden berekend als percentage van de aan de zekerheidsgerechtigde toekomstende uitwinningsopbrengst, tenzij die opbrengst hoger is dan diens geseecureerde vordering (lees: in het geval van oversecurering). In dit laatste geval dient de afdracht te worden berekend als percentage van de geseecureerde vordering, met een aanvullende afdracht van wat zonder de afdrachtsregeling als overwaarde zou moeten worden afgedragen (het verschil tussen de genoemde uitwinningsopbrengst en de geseecureerde vordering). Deze aanvullende afdracht dient daarbij van de eigenlijke afdracht te worden afgezonderd en als overwaarde in de faillissementsboedel te vloeien.

Aldus wordt met het voorgaande een afdracht gerealiseerd die bestaat uit twee van elkaar te onderscheiden delen: een deel ten bate van de *non-adjusting creditors* en een deel ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht.

³⁷ Vgl. Struycken, in: Kaptein, *TvI* 2012/19, par. 5.

2. Omslag in de algemene faillissementskosten

Over de afdracht dient de gebruikelijke omslag in de algemene faillissementskosten plaats te vinden. Immers, omdat alle begunstigden faillissementsschuldeisers zijn vallen zij onder de werking van de omslag van artikel 182 lid 1 Fw. Dit is ook gerechtvaardigd, aangezien deze faillissementskosten (mede) in hun belang worden gemaakt.

3. Non-adjusting creditors

De afdrachtdelen dienen vervolgens te worden verdeeld onder de hiervoor in aanmerking komende schuldeisers. Voor wat betreft het afdrachtsdeel ten bate van de *non-adjusting creditors* ligt het voor de hand dat de afdrachtsregeling zelf³⁸ specificeert welke groepen schuldeisers (zie § 5.4.1.2) aanspraak op deze gelden hebben en hoe deze groepen hierbij onderling rangschikken.³⁹ De uitkering kan vervolgens gewoon via de uitdelingslijst in het faillissement worden gerealiseerd.

Volledigheidshalve dient hierbij ook te worden voorzien in het geval dat de baten uit dit afdrachtsdeel groter zijn dan de aanspraak die hierop door de begunstigde schuldeisers wordt gemaakt. Het ligt voor de hand om voor te schrijven dat de resterende baten in dat geval terug dienen te vloeien naar de zekerheidsgerechtigde. Voor een andere toedeling van dit restant (bijvoorbeeld door toevoeging aan het andere afdrachtsdeel) is namelijk geen steun te vinden in de rechtseconomische rechtvaardiging van deze voorrang boven de zekerheidsgerechtigde.

4. Gezamenlijke schuldeisers

Voor de verdeling van het afdrachtsdeel ter vervanging van het fiscale bodemrecht en bodemvoorrecht is geen speciale regeling nodig. De bestaande rangorderegels van titel 3.10 BW regelen dat deze baten conform de geldende rangorde aan de gezamenlijke schuldeisers toekomen. Anders dan in het INSOLAD-voorstel dient deze afdrachtsregeling gepaard te gaan met een rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht (zie hiervoor, § 5.4.2), hetgeen betekent dat de afdracht wijder neerslaat dan alleen bij de fiscus.

Het strekt tot aanbeveling dat de wetgever aan de hand van deze voorgestelde regeling tot introductie van deze voorrangsvorm overgaat, teneinde het verhaalsrecht beter te laten aansluiten bij de in deze studie uiteengezette wetenschappelijk inzichten over voorrang bij verhaal. Uit het voorgaande volgt weliswaar dat de precieze vormgeving van deze regeling geen eenvoudige opgave is en nog enig nader onderzoek vergt, maar dat mag geen argument zijn om de spreekwoordelijke handschoen niet op te nemen. Het is nu, vijftig jaar na het rapport van de commissie-Houwing, hoog tijd dat de lang vooruitgeschoven herwaardering van *alle* voorrangsposities in het verhaalsrecht wordt verricht en dat het verhaalsrecht dienovereenkomstig wordt herzien.

38 Bijvoorbeeld in een aan art. 57 Fw toe te voegen zevende lid.

39 De rechtseconomische rechtvaardiging van deze voorrang maakt dat de keuze voor de onderlinge rangschikking dient te worden gemaakt door vergelijking van de welvaartseffecten van de verschillende vormen van voorrang (pariteit of rangverschil), toegepast op de groepen schuldeisers die als begunstigden van deze afdracht worden aangewezen.

5.5 Afronding

Uit dit hoofdstuk volgt dat de wetgever in zijn omgang met voorrang bij verhaal bepaald niet in de pas loopt met de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal. Zo is in de vergelijking van beide in de eerste plaats opgevallen dat er bij de wetgever veel minder aandacht is voor de plaats van de zekerheidsgerechtigden in de rangorde en dat, in de aandacht die er wel voor is, het genuanceerde beeld dat de theorievorming hierover laat zien, niet wordt onderkend. De vergelijking toont tegelijkertijd dat het handelen van de wetgever, voor wat betreft het nastreven van maatschappelijke belangen, ook niet volledig in de onderzochte theorievorming kan worden gevat. De wetenschappelijke theorie en de beleidsdoelen van de wetgever dienen elkaar dan ook aan te vullen bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. De vergelijking heeft verder blootgelegd dat de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal wordt gekenmerkt door voortzetting van het bestaande. Fundamentele vernieuwingen zoals in de theorie ontwikkeld of door de commissie-Houwing voorgesteld, heeft de wetgever keer op keer achterwege gelaten. Deze afwijkingen, die vooral samenkomen in een conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, laten zich verklaren door enerzijds krachtig lobbywerk van de financieringspraktijk en het Ministerie van Financiën en anderzijds het institutionele verschijnsel van padafhankelijkheid dat in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht duidelijk zichtbaar is.

Als het handelen van de wetgever inzake voorrang bij verhaal in dit licht wordt geëvalueerd, dan valt met name op dat de wetgever is tekortgeschoten in het goed aanpakken van de negatieve gevolgen van zekerheidsrechten voor de *non-adjusting creditors*. In deze evaluatie, waarbij ook de dragende kracht van de door de wetgever gebruikte argumenten voor voorrang buiten het theoretisch beoordelingskader is onderzocht, is verder onder meer naar voren gekomen dat de rang van de kosten van de faillissementsaanvraag lager is dan het achterliggende belang legitimeert, en dat de overgang van voorrechten via regres geen automatisme mag zijn. Ook overtuigen de gebruikte argumenten voor de bestaande hoge fiscale voorrang niet, waarbij de inrichting van het bodem(voor)recht bovendien – vanuit rechtseconomisch perspectief – afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten. Dit noopt tot afschaffing van het bodemrecht en bodemvoorrecht en tot rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Het strekt daarbij tot aanbeveling de rang van dit algemene voorrecht gelijk te schakelen met de rang van de andere algemene voorrechten en hen onderling paritair te rangschikken.

Het voorgaande roept de vraag op in welke richting het verhaalsrecht zich nu dient te ontwikkelen, gelet op de bevindingen in deze studie. Het strekt in dit verband tot aanbeveling dat de wetgever overgaat tot de introductie van *fixed fraction priority*, een afdrachtsverplichting ten laste van de zekerheidsgerechtigden, waarbij zowel de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* beter worden aangepakt als het gat wordt opgevuld dat de afschaffing van het bodem(voor)recht achterlaat. Het INSOLAD-afdrachtsvoorstel biedt hiertoe een goed vertrekpunt, dat in aangepaste vorm – een totaalregeling die beide doelen verwezenlijkt – een blauwdruk aanreikt voor de introductie van deze voorrangsvorm in het huidige verhaalsrecht. Het is al met al hoog tijd dat de wetgever de handschoen opneemt en mede aan de hand van de inzichten in deze studie tot (de lang vooruitgeschoven) herziening van het verhaalsrecht overgaat.

