



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).

SAMENVATTING

I.

Dit proefschrift gaat over de rangorde tussen schuldeisers bij verhaal op de goederen van een gefailleerde onderneming. Wanneer een onderneming faillieert, dan is in beginsel sprake van een situatie waarin haar vermogen ontoereikend is om al haar schulden volledig te voldoen. Er is dan sprake van een *concurfus*, een samenloop, van schuldeisers. Het is deze situatie, waarin de regels omtrent rangorde bij verhaal (het verhaalsrecht, neergelegd in titel 3.10 BW) hun functie krijgen. Zij regelen hoe het beschikbare verhaalsvermogen over de schuldeisers dient te worden verdeeld en roepen diverse vormen van voorrang in het leven: uit pand en hypotheek, uit diverse soorten voorrechten en uit andere in de wet aangegeven gronden. Een vraag die daarbij rijst, is *waarom* bepaalde schuldeisers zich eigenlijk met voorrang boven anderen mogen verhalen op het verhaalsvermogen van hun schuldenaar. Deze vraag neemt in dit proefschrift een centrale plaats in en wordt daarbij vanuit twee invalshoeken benaderd. In de eerste plaats wordt bestudeerd welke wetenschappelijke theorieën over de *rechtvaardiging* van voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang. Ten tweede wordt de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal bestudeerd, ter *verklaring* van de huidige voorrang bij verhaal. Deze perspectieven worden vervolgens met elkaar vergeleken, waarna het handelen van de wetgever wordt geëvalueerd en aanbevelingen worden gedaan voor de verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht. De hoofdvraag in dit proefschrift weerspiegelt deze opzet:

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

II.

Ter beantwoording van deze vraag is in dit proefschrift eerst ingegaan op de thans geldende rangorde tussen schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht.¹ Achtereenvolgens wordt ingegaan op de *paritas creditorum* als de verdelingsmaatstaf in een *concurfus creditorum* en op de verschillende uitzonderingen die op deze maatstaf (kunnen) bestaan. Deze uitzonderingen laten zich in twee categorieën indelen. De *paritas creditorum* is in de eerste plaats te doorbreken door handelingen van de schuldenaar en/of zijn schuldeisers, namelijk door (het afdwingen van) betaling, verrekening, het overeenkomen van een achterstelling en het vestigen van pand- en/of hypotheekrechten.² De mogelijkheden

1 Zie hfdst. 2.

2 Zie § 2.3.

zijn hierbij niet onbegrensd. In sommige gevallen heeft de rechtspraak ingegrepen om in beginsel toegestane doorbrekingen van de *paritas* toch te verhinderen.³ De tweede categorie betreft gevallen waarin de wet aan bepaalde categorieën vorderingen een afwijkende rang geeft bij een *concursum creditorum*. Dit betreft de executiekosten, de voorrechten en ‘de andere in de wet genoemde gronden’ van voorrang.⁴ Bij de bespreking hiervan wordt ook ingegaan op de bijzondere verhaalspositie die de wet aan de fiscus en aan het UWV toekent.⁵ Aan de orde komen verder de verdelingsregels die gelden bij de herstructurering van schulden onder een WHOA-akkoord.⁶ De WHOA (art. 369 e.v. Fw) kent namelijk een eigen verdelingssystematiek, die afwijkt van de normaal geldende rangorderegels. Voorts wordt het voorgaande gespiegeld aan de realiteit, waarbij op basis van CBS-cijfers over de afwikkeling van faillissementen wordt getoond dat de waarde van een voorrangpositie in een faillissement in het algemeen beperkt is.⁷ Dit laat zien dat er ‘werk aan de winkel’ is in het faillissementsrecht om het stelsel van voorrang bij verhaal meer tot zijn recht te laten komen.

III.

De beantwoording van de hoofdvraag vervolgt met een onderzoek naar de normatieve rechtvaardigingen voor voorrang bij verhaal in de wetenschappelijke literatuur.⁸ In dit proefschrift worden drie theorieën geïdentificeerd die het bestaan van voorrang trachten te rechtvaardigen. In elk van deze theorieën ligt de nadruk op de rechtvaardiging van de voorrang van zekerheidsgerechtigden. Dit betreft in de eerste plaats de theorie dat voorrang – specifiek de hoge voorrang van zekerheidsgerechtigden – wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de schuldenaar vrij is te beschikken over zijn goederen en dus ook om op deze wijze voorrangposities in het leven te roepen.⁹ Deze theorie overtuigt niet. De aan deze theorie ten grondslag liggende aanname dat de vestiging van een zekerheidsrecht op een goed niet wezenlijk verschilt van de overdracht van dat goed en daarom op gelijke wijze behandeld dient te worden, gaat namelijk niet op. Er zijn goede gronden aan te wijzen dat de vestiging van een zekerheidsrecht een eigen, van overdracht te onderscheiden aard heeft. Daarmee biedt de beschikkingsvrijheid weliswaar een rechtvaardiging voor de *aanwezigheid* van voorrang voor de zekerheidsgerechtigde, maar laat zij ruimte voor de nadere *vormgeving* (rangbepaling) van deze voorrang door andere rechtvaardigingsgronden.

Ook de rechtseconomie voorziet in theorievorming over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal, toegespitst op de aan zekerheidsrechten verbonden voorrang. De theorie op dit punt is dat de aan zekerheidsrechten verbonden positieve welvaartseffecten – die ten dele ook uit de voorrang voortkomen – een verklaring geven voor deze voorrang.¹⁰ Tegelijkertijd is hiermee niet gezegd dat geen verdere welvaartsverbeteringen te bereiken zijn. Zo is bijvoorbeeld verdedigbaar dat het positieve welvaartseffect uit *monitoring*

3 Zie § 2.3.5.

4 Zie § 2.4.

5 Zie § 2.4.3 en § 2.4.4.

6 Zie § 2.5.

7 Zie § 2.6.

8 Zie hfdst. 3.

9 Zie § 3.2.

10 Zie § 3.3.3.

groter wordt naarmate de *monitorende* partij in een potentiële *concurfus* een lagere voorrangpositie zal hebben, zolang er maar specialisatie in *monitoring* is.¹¹ Voor de positie van zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal betekent dit dat er ruimte ontstaat voor de verlaging van hun voorrangpositie. Dat heeft – sec vanuit *monitoring* bekeken – een positief welvaartseffect. Tegenover de positieve welvaartseffecten staat daarnaast een negatief welvaartseffect voor de *non-adjusting creditors*, die om welke reden dan ook hun (door de zekerheidsrechten van een derde) toegenomen kredietrisico niet kunnen verdisconteren in hun verhouding tot de schuldenaar. Er is dan een efficiëntieverbetering te behalen indien dit negatieve welvaartseffect kan worden verminderd op een manier die een nettowelvaartsstijging oplevert. In de context van de rangorde bij verhaal zijn hiertoe reeds initiatieven ontplooid, die neerkomen op de introductie van – al dan niet partiële – voorrangposities boven de rang van zekerheidsgerechtigden.¹² De ruimte voor efficiëntieverbeteringen ligt dan in rangordewijzigingen waarbij de welvaartsstijging (primair liggend bij de *non-adjusting creditors*) groter is dan de welvaartsdaling (primair liggend bij de zekerheidsgerechtigden). Van de onderzochte initiatieven heeft een *fixed fraction priority rule*, zoveel mogelijk toegespitst op voorrang voor de *non-adjusting creditors*, de beste kaarten om per saldo tot een efficiëntieverbetering te leiden.

In de literatuur is ook het belang van ondernemingscontinuïteit buiten (dreigende) insolventie wel gebruikt ter rechtvaardiging van de hoge voorrang van specifiek de *bancaire* zekerheidsgerechtigden. Deze rechtvaardigingsgrond schiet evenwel tekort, althans de daartoe aangevoerde bouwstenen – de aan zekerheidsrechten verbonden kredietverlening en de monitoringsactiviteiten van de (huis)bank – overtuigen niet, omdat zij onvoldoende onderscheidend zijn. Daarnaast wordt in dit proefschrift betoogd dat het op deze grond belonen van *monitoring* via het toekennen van een voorrangpositie per definitie niet passend is.¹³ De (vanuit het perspectief van alle schuldeisers) beste *monitoring* vindt namelijk plaats door een partij die in een toekomstig faillissement juist geen voorrangpositie zal toekomen. In een situatie van (dreigende) insolventie zijn de kaarten iets anders geschud. In dit proefschrift wordt onderzocht in hoeverre het belang van ondernemingscontinuïteit hier een grond geeft voor de afzwakking van de separatistenpositie van pand- en hypotheekhouders. Dit speelt met name bij de herstructurering van schulden – binnen faillissement of een WHOA-procedure –, waar zich de situatie kan voordoen dat een separatist de continuïteit van de te herstructureren onderneming doorkruist door eigenhandige executie. In deze situatie kan het belang van continuïteit van de onderneming vergen dat de macht van de separatist wordt afgezwakt, alhoewel hieraan wel de voorwaarde is verbonden dat de zekerheidspositie van de separatist niet wordt ondergraven.¹⁴ Aldus levert deze rechtvaardigingsgrond geen grond op voor het verlagen van de rang van de zekerheidsgerechtigde.

Al met al komt uit de geanalyseerde theorievorming naar voren dat primair de beschikkingsvrijheid van de schuldenaar en de rechtseconomie een rechtvaardigingsgrond aanreiken voor het toekennen van voorrang aan zekerheidsgerechtigden in de rangorde bij verhaal. De rechtseconomie voorziet daarbij als enige tevens in theorievorming voor

11 Zie § 3.3.3.2.

12 Zie § 3.3.4.

13 Zie § 3.4.2 en § 3.4.4.

14 Zie § 3.4.3 en § 3.4.4.

het nader bepalen van de aan deze voorrang te verbinden rang. Deze theorievorming laat daarbij ruimte voor een andere opvatting dan dat aan zekerheidsgerechtigden hoge voorrang dient toe te komen. Immers, verdere optimalisatie van de maatschappelijke welvaart lijkt mogelijk door aanpassing van de rangorde bij verhaal ten gunste van de *non-adjusting creditors*.

IV.

Voor wat betreft de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal wordt in dit proefschrift onderzocht welke argumenten voor voorrang een rol van betekenis hebben gespeeld in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 en hoe deze argumenten de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode verklaren.¹⁵ Voor wat betreft de privaatrechtelijke voorrechten valt op dat de redenen voor hun bestaan divers zijn en een afspiegeling vormen van beleidsdoelen van de wetgever. Dit is te zien aan de specifieke belangen die aan bepaalde voorrechten (zoals de verhandelbaarheid van appartementsrechten) zijn verbonden. Door de jaren heen zijn daarnaast de voorrechten die zijn verbonden aan vorderingen die in het belang van alle schuldeisers zijn ontstaan en de voorrechten waarmee een sociaal belang is gediend, het meest bestendig gebleken. Tegelijkertijd is bij de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek gebleken dat een voorrecht bij verhaal niet voor elk sociaal belang passend is. Schuldeisers die afhankelijk zijn van periodieke betalingen door de schuldenaar zijn immers meer gebaat bij een voortzetting van deze betalingen, via een in het publiekrecht vormgegeven regeling, dan bij een uitgestelde, finale uitkering na afloop van een faillissement.

Voor wat betreft de fiscale voorrang bij verhaal valt op dat de vraag naar de grondslag van deze voorrang in de eerste helft van de twintigste eeuw onvoldoende is gesteld. Waar de grondslag door effectief lobbywerk wel is bevraagd, beperkte deze bevraging zich tot de verhouding tot de voorrang van gecureerde kredietverleners. Hier vormde het aan de laatstgenoemde voorrang verbonden belang van voldoende kredietbeschikbaarheid een argument om de onderlinge rangorde met de fiscale voorrang te herzien. Voor het overige is de rang van de fiscale voorrang ongemoeid gelaten. Pogingen vanaf de jaren vijftig om de gerechtvaardigdheid van deze hoge voorrang opnieuw te wegen en te laten doorwerken in een herwaardering van de voorrang, vangen bot bij de wetgever. Met een beroep op het grote budgettaire belang van de staat bij deze hoge voorrang heeft de regering de wijziging ervan tot nu toe steeds weten af te houden. Bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) hebben Meijers en later ook Snijders deze voorrang bewust buiten de wetsontwerpen gehouden. Het onderwerp viel buiten de invloedssfeer van het departement van Justitie, lag bovendien bijzonder gevoelig en vormde daarmee een gevaar voor de voortgang van het codificatieproject. Meijers en Snijders hebben zich vanuit pragmatisch oogpunt dan ook beperkt tot de meest noodzakelijke wijzigingen in de verhaalsrechten. De grondige herziening van het preferentiestelsel – aan de hand van een daartoe strekkend rapport van de commissie-Houwing – werd verplaatst naar een zelfstandig wetsontwerp (wetsvoorstel 22 942) dat in 2022, na een sluimerend bestaan van bijna dertig jaar, uiteindelijk een stille dood is gestorven.

¹⁵ Zie hfdst. 4.

In het licht van het voorgaande is het geen verrassing dat in recentere jaren de versterking van de verhaalspositie van de concurrente schuldeisers zich aandringt als argument om tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel te komen. De stilstand in de verdere ontwikkeling van het preferentiestelsel is immers het meest zichtbaar bij de groep schuldeisers die er bij een *concurfus* het meest bekaaid van afkomt. In dit proefschrift wordt dan ook geconcludeerd dat de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht vanaf de twintigste eeuw vooral is gedreven door pragmatisme. De wetgever is steeds reactief te werk gegaan en heeft daarbij, de controverse vermijgend, ‘de heetste aardappelen’ steevast doorgeschoven. Het gevolg is dat veel van de inhoudelijke argumenten achter de herzieningsvoorstellen van de commissie-Houwing ten onrechte geen rol hebben kunnen spelen in de ontwikkeling van het Nederlandse verhaalsrecht in het NBW. Bij de wetgever heeft het pragmatisme het tot nu toe gewonnen van de inhoud.

V.

Bij de vergelijking van de twee voorgaande perspectieven valt op dat de wetgever in zijn omgang met voorrang bij verhaal bepaald niet in de pas loopt met de wetenschappelijke theorieën over voorrang bij verhaal.¹⁶ Zo valt in de eerste plaats op dat er bij de wetgever veel minder aandacht is voor de plaats van de zekerheidsgerechtigden in de rangorde en dat, in de aandacht die er wel voor is, het genuanceerde beeld dat de theorievorming hierover laat zien, niet wordt onderkend. De vergelijking toont tegelijkertijd dat het handelen van de wetgever, voor wat betreft het nastreven van maatschappelijke belangen, ook niet volledig in de onderzochte theorievorming kan worden gevat. De wetenschappelijke theorie en de beleidsdoelen van de wetgever dienen elkaar dan ook aan te vullen bij de ontwikkeling van het verhaalsrecht. De vergelijking laat verder zien dat de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal wordt gekenmerkt door voortzetting van het bestaande. Fundamentele vernieuwingen zoals in de theorie ontwikkeld of door de commissie-Houwing voorgesteld, heeft de wetgever keer op keer achterwege gelaten. Deze afwijkingen, die vooral samenkomen in een conservatieve ontwikkeling van het verhaalsrecht, laten zich verklaren door enerzijds krachtig lobbywerk van de financieringspraktijk en het Ministerie van Financiën en anderzijds het institutionele verschijnsel van padafhankelijkheid dat in de totstandkomingshistorie van het verhaalsrecht duidelijk zichtbaar is.

Deze vergelijking biedt tevens de mogelijkheid om het handelen van de wetgever inzake voorrang bij verhaal te evalueren. Hierbij valt met name op dat de wetgever is tekortgeschoten in het goed aanpakken van de negatieve gevolgen van zekerheidsrechten voor de *non-adjusting creditors*.¹⁷ In deze evaluatie is verder ook de dragende kracht onderzocht van de door de wetgever gebruikte argumenten waarbij niet direct een verband te leggen is met de onderzochte wetenschappelijke theorievorming.¹⁸ Hieruit is onder meer naar voren gekomen dat de rang van de kosten van de faillissementsaanvraag lager is dan het achterliggende belang legitimeert, en dat de overgang van voorrechten via regres geen automatisme mag zijn. Ook overtuigen de gebruikte argumenten voor de bestaande hoge fiscale voorrang niet, waarbij de inrichting van het bodem(voor)recht bovendien – vanuit rechtseconomisch perspectief – afbreuk doet aan de aan zekerheidsrechten verbonden

16 Zie § 5.2.

17 Zie § 5.3.1.

18 Zie § 5.3.2.

positieve welvaartseffecten. Dit noopt tot afschaffing van het bodemrecht en bodemvoorrecht en tot rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht. Het strekt daarbij tot aanbeveling de rang van dit algemene voorrecht gelijk te schakelen met de rang van de andere algemene voorrechten en hen onderling paritair te rangschikken.

Dit proefschrift besluit met het beantwoorden van de vraag in welke richting het verhaalsrecht zich – gelet op het voorgaande – dient te ontwikkelen.¹⁹ Verdedigd wordt dat de wetgever dient over te gaan tot de introductie van *fixed fraction priority*, een afdrachtsverplichting ten laste van de zekerheidsgerechtigden, waarbij zowel de negatieve gevolgen voor de *non-adjusting creditors* beter worden aangepakt als het gat wordt opgevuld dat de afschaffing van het bodem(voor)recht achterlaat. Het INSOLAD-afdrachtsvoorstel (2012) biedt hiertoe een goed vertrekpunt, dat in aangepaste vorm – een totaalregeling die beide doelen verwezenlijkt – een blauwdruk aanreikt voor de introductie van deze voorrangsvorm in het huidige verhaalsrecht. Het is al met al hoog tijd dat de wetgever de handschoen opneemt en mede aan de hand van de inzichten in dit proefschrift tot (de lang vooruitgeschoven) herziening van het verhaalsrecht overgaat.

¹⁹ Zie § 5.4.