

Voorrang bij verhaal

Rechtvaardigingen en verklaringen

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 21 november 2024
klokke 16.00 uur

door

Ruben Cornelis Pieter van Uden
geboren te Dordrecht
in 1992

WOORD VOORAF

Het Nederlandse rechtssysteem kent van oudsher voorrangregels voor het nemen van verhaal. Hoewel de wet als uitgangspunt hanteert dat alle schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, zijn er altijd (groepen van) schuldeisers geweest voor wie om verschillende redenen op dit beginsel uitzonderingen werden gemaakt, hetzij op grond van een recht van voorrang, hetzij wegens achterstelling. De voorrangregels doen zich bij uitstek gelden in situaties van insolventie, als het vermogen van de schuldenaar niet toereikend is om alle schulden te voldoen. Maar wat is de rechtvaardiging voor die verschillende behandeling van schuldeisers in een *concurfus*? Welke regels voor verhaal zijn er en in hoeverre vinden die steun in wetenschappelijke theorieën over voorrang? Is daarbij de richting waarin het Nederlandse verhaalsrecht zich door de tijd heeft ontwikkeld wenselijk? In dit fraaie proefschrift beantwoordt mr. dr. R. (Ruben) van Uden deze en andere – voor de wetenschap en praktijk relevante – vragen over de rangorde bij verhaal in faillissement. Een dergelijke studie naar alle voorrangrechten, bezien in hun onderlinge samenhang, ontbrak tot dusver in de recente wetenschappelijke literatuur.

In deze studie geeft de auteur een compleet en voor de praktijkjurist zeer handzaam overzicht van de verschillende rechten van voorrang en de uitwerking daarvan in de (insolventie)praktijk. Hij vervolgt met een analyse van de verschillende wetenschappelijke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal. Welke gronden bieden deze theorieën, stemmen deze overeen met de praktijk en hoe overtuigend zijn ze? De nadruk ligt daarbij op de positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers, omdat de verschillende theorieën met name hierop zijn gericht. De auteur heeft hierbij ook aandacht voor de ontwikkelingen in het Britse en Duitse systeem, waar vormen van zogenoemde *fixed fraction priority* zijn overwogen. Dit principe houdt in dat op de uitkering aan een zekerheidsgerechtigde schuldeiser een vast percentage in mindering wordt gebracht ten behoeve van een andere groep schuldeisers. Speciale aandacht is er ook voor de *non-adjusting creditors*, die – om welke reden dan ook – niet in staat zijn om voor zichzelf een (voorrangs)positie te bewerkstelligen. Voordat de auteur in een afsluitend hoofdstuk beoordeelt in welke mate ons systeem van voorrang voldoet aan de wetenschappelijke theorieën en aanbevelingen doet in welke richting dat systeem zich zou moeten bewegen, geeft hij inzicht in de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige systeem en de keuzes die de wetgever daarbij heeft gemaakt. Hoe was het geregeld in het OBW, welke redenen waren er om bepaalde voorrechten te creëren, hoe is het zo bekritiseerde fiscale bodem(voor)recht ontstaan en welke ontwikkelingen zijn er op dat punt geweest? Van Uden toont aan dat het verhaalsrecht vanaf de twintigste

eeuw vooral is gedreven door pragmatisme, waarbij ‘de heetste aardappelen’ volgens de auteur steevast zijn doorgeschoven.

Het boek is een zeer compleet naslagwerk, dat zowel de wetenschap als de praktijk nuttige inzichten biedt in het ontstaan van de voorrangsregels, de wetenschappelijke theorieën daarachter en mogelijke richtingen voor een verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht. Met name de positie van de concurrente schuldeiser is een actueel onderwerp, dat in de laatste jaren op verhoogde belangstelling van de politiek heeft kunnen rekenen. De redactie neemt dit boek dan ook met veel plezier op in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht.

Mr. drs. J.M.G.J. Boon/Leiden
Prof. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam
Mr. K.A. Messelink/Apeldoorn
Prof. mr. R.J. de Weijs/Amsterdam
Mr. J.H.M. van de Wiel/Den Haag

Augustus 2024

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Aanleiding, probleemstelling en relevantie / 1
- 1.2 Afbakening / 3
- 1.3 Methode / 5
- 1.4 Plan van behandeling / 6

HOOFDSTUK 2

Rangorde tussen schuldeisers naar Nederlands recht / 9

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 Paritas creditorum / 10
- 2.3 Doorbreking door autonomie (ontwijking van de paritas) / 12
 - 2.3.1 Betaling / 12
 - 2.3.2 Verrekening / 13
 - 2.3.3 Overeenkomst (achterstelling) / 15
 - 2.3.4 Pand en hypotheek / 16
 - 2.3.4.1 Inleiding / 16
 - 2.3.4.2 Vestiging: hoe ver kunnen pand en hypotheek zich over het vermogen van de schuldenaar uitstrekken? / 17
 - 2.3.4.3 Uitoefening (1): parate executie en separatisme / 19
 - 2.3.4.4 Uitoefening (2): inning van verpande vorderingen op naam / 21
 - 2.3.5 De grenzen van het systeem / 24
 - 2.3.5.1 Ontoelaatbare betalingsdwang / 24
 - 2.3.5.2 De grenzen van verrekening / 26
- 2.4 Doorbreking door de wet (afwijking van de paritas) / 30
 - 2.4.1 Executieschuldeisers – faillissementskosten / 30
 - 2.4.1.1 Onderscheid tussen bijzondere en algemene faillissementskosten / 31
 - 2.4.1.2 De rang van de faillissementskosten / 31
 - 2.4.1.3 De rang van de faillissementskosten bij een negatieve boedel / 32
 - 2.4.2 Voorrechten / 34

	2.4.2.1	Bijzondere voorrechten (op bepaalde goederen) / 35
	2.4.2.2	Algemene voorrechten (op alle goederen) / 39
2.4.3		De fiscus / 42
	2.4.3.1	Fiscaal voorrecht / 42
	2.4.3.2	Bodemvoorrecht / 42
	2.4.3.3	Bodemrecht / 44
	2.4.3.4	Artikel 22bis Invorderingswet 1990 / 45
2.4.4		Het UWV / 46
2.4.5		De andere in de wet aangegeven gronden / 48
	2.4.5.1	Artikel 3:264 lid 7 BW / 49
	2.4.5.2	Artikel 3:282 BW / 51
	2.4.5.3	Artikel 3:292 BW / 54
2.5		Rangorde onder de WHOA / 55
2.6		Spiegeling aan de realiteit / 58
2.7		Afronding / 60

HOOFDSTUK 3

Wetenschappelijke rechtvaardigingen voor voorrang / 61

3.1		Inleiding / 61
3.2		Eigendom en autonomie / 63
	3.2.1	Inleiding / 63
	3.2.2	De aard van de vestiging van een zekerheidsrecht / 64
	3.2.2.1	Het model van Harris en Mooney / 64
	3.2.2.2	Rechtseconomische bezwaren / 66
	3.2.2.3	Dogmatische bezwaren / 67
	3.2.2.4	'Missing link': de economische realiteit / 76
	3.2.3	Afronding eigendom en autonomie / 79
3.3		Economische efficiëntie / 79
	3.3.1	Inleiding / 79
	3.3.2	Economische efficiëntie / 80
	3.3.3	Zekerheidsrechten en economische efficiëntie / 81
	3.3.3.1	Prijs en beschikbaarheid van krediet / 82
	3.3.3.2	Monitoring / 85
	3.3.3.3	Signaalfunctie / 90
	3.3.3.4	Transparantie / 92
	3.3.3.5	Exclusiviteit / 94
	3.3.3.6	De balans opmakend: zijn zekerheidsrechten economisch efficiënt? / 95
	3.3.4	Non-adjusting creditors / 95
	3.3.4.1	Fixed fraction priority rules / 97
	3.3.4.2	Adjustable priority rule / 102
	3.3.4.3	Superpreferentie voor onvrijwillige schuldeisers / 103
	3.3.5	Afronding economische efficiëntie / 105
3.4		Continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar / 106
	3.4.1	Inleiding / 106

- 3.4.2 Continuïteit buiten insolventie: de voorrang van bancaire zekerheids-gerechtigden / 106
 - 3.4.2.1 Kredietverlening / 106
 - 3.4.2.2 Monitoringsactiviteiten van de huisbank / 108
- 3.4.3 Continuïteit binnen (dreigende) insolventie: (tijdelijke) afzwakking van de separatistenpositie / 110
 - 3.4.3.1 De separatistenpositie van zekerheidsgerechtigden / 110
 - 3.4.3.2 De afkoelingsperiode ex artikel 63a en 376 Fw / 118
- 3.4.4 Afronding continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar / 122
- 3.5 Afronding / 122

HOOFDSTUK 4

Verklaringen voor voorrang: een analyse van de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht / 125

- 4.1 Inleiding / 125
- 4.2 De privaatrechtelijke voorrechten in het OBW anno 1838 / 126
- 4.3 De fiscale voorrang / 128
 - 4.3.1 De voorrang van 's Rijks schatkist / 128
 - 4.3.2 Kritiek op en wijziging van de fiscale voorrang / 130
 - 4.3.3 (Onderlinge) voorrang van belastingvorderingen en socialeverzeke-ringspremies / 135
- 4.4 De privaatrechtelijke voorrechten vanaf 1950 / 136
- 4.5 De weg naar het NBW / 137
 - 4.5.1 Het Ontwerp-Meijers / 137
 - 4.5.1.1 De voornaamste wijzigingen in het Ontwerp / 138
 - 4.5.1.2 Bespiegelingen over het Ontwerp / 140
 - 4.5.2 De commissie-Houwing / 142
 - 4.5.2.1 Aanleiding en overkoepelend beeld / 142
 - 4.5.2.2 Redenen voor de schrapping van voorrechten / 145
 - 4.5.2.3 Redenen voor het behoud van voorrechten / 145
 - 4.5.2.4 Fiscale en sociale voorrechten / 146
 - 4.5.2.5 Onderlinge rangorde / 148
 - 4.5.2.6 De werkingssfeer van voorrechten op alle goederen / 149
 - 4.5.2.7 Het fiscale bodemrecht / 150
 - 4.5.2.8 Overzicht en voorgestelde plaats in de wet / 152
 - 4.5.3 Wetgevingsproces na de commissie-Houwing / 152
 - 4.5.3.1 Consultatie van de praktijk ter voorbereiding van de nota van wijzigingen / 152
 - 4.5.3.2 Voorbereiding mondeling overleg en nota van wijzigingen / 153
 - 4.5.3.3 Herwaardering van de privaatrechtelijke voorrechten / 155
 - 4.5.3.4 De fiscale en sociale voorrechten / 157
 - 4.5.4 De interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht / 160
- 4.6 Wetsvoorstel 22 942 / 163
- 4.7 Rapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht / 165
- 4.8 Voorontwerp Insolventiewet / 170

- 4.9 Constructiebestendig bodem(voor)recht / 173
 - 4.9.1 Belastingplan 2013 / 173
 - 4.9.2 Alternatieve voorstellen van NVB en INSOLAD / 174
- 4.10 Recente ontwikkelingen / 175
 - 4.10.1 Hernieuwde aandacht voor de concurrente schuldeisers door de WHOA / 175
 - 4.10.2 Nieuwe herwaardering van het bodemrecht en afschaffing van de horizonbepaling / 178
- 4.11 Afronding / 179

HOOFDSTUK 5

Vergelijking en evaluatie: voorrang bij verhaal in verleden, heden en toekomst / 183

- 5.1 Inleiding / 183
- 5.2 Vergelijking van de theorie en de totstandkomingshistorie / 183
 - 5.2.1 Afwijkingen / 183
 - 5.2.1.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden / 183
 - 5.2.1.2 Maatschappelijke belangen en economische efficiëntie / 184
 - 5.2.1.3 De totstandkomingshistorie toont vooral voortzetting van het bestaande / 184
 - 5.2.2 Verklaringen voor deze afwijkingen / 185
 - 5.2.2.1 Lobbywerk / 185
 - 5.2.2.2 Padafhankelijkheid / 185
- 5.3 Evaluatie van de totstandkomingshistorie / 187
 - 5.3.1 Toetsing aan de wetenschappelijke theorie: de voorrang van de zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors / 187
 - 5.3.2 Het handelen van de wetgever buiten het theoretisch beoordelingskader / 192
 - 5.3.2.1 Voorrang wegens het belang van alle schuldeisers / 192
 - 5.3.2.2 Sociale en andere maatschappelijke belangen / 192
- 5.4 De toekomst van het verhaalsrecht / 196
 - 5.4.1 De voorrang van zekerheidsgerechtigden en de non-adjusting creditors / 196
 - 5.4.1.1 Naar fixed fraction priority / 196
 - 5.4.1.2 Te begunstigen non-adjusting creditors / 198
 - 5.4.1.3 Aandachtspunten bij de vormgeving van fixed fraction priority / 199
 - 5.4.2 De fiscale voorrang: reductie en herverdeling / 200
 - 5.4.3 De realiteit van de concurrente schuldeisers / 202
 - 5.4.4 Een concrete uitwerking: het INSOLAD-afdrachtsvoorstel revisited / 202
- 5.5 Afronding / 207

Samenvatting / 209

Summary / 215

Verkort aangehaalde literatuur / 221

Jurisprudentieregister / 243

Wetsartikelenregister / 247

Curriculum vitae / 253

Inleiding

1.1 Aanleiding, probleemstelling en relevantie

Dit onderzoek gaat over de rangorde bij verhaal op de goederen van een gefailleerde schuldenaar. Wanneer een schuldenaar faillieert, dan is in beginsel sprake van een situatie waarin zijn vermogen ontoereikend is om al zijn schulden volledig te voldoen. Er is dan sprake van een *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: hoe dient het beschikbare verhaalsvermogen over de schuldeisers te worden verdeeld?

De regels die de rangorde tussen schuldeisers bepalen, roepen diverse vormen van voorrang in het leven. Zo vloeit voorrang voort uit pand en hypotheek, uit diverse soorten voorrechten en uit enkele andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW). Dit tekent zich af tegen de achtergrond dat als hoofdbeginsel van rangorde bij verhaal de gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*) geldt.¹

Overkoepelende wetenschappelijke studies naar deze regels van rangorde, waarin deze in hun onderlinge samenhang worden bestudeerd, zijn schaars.² Wel zijn meerdere studies verricht naar enkele specifieke voorrangsposities in de rangorde. In het oog springen de studies van Van den Heuvel en Hoekstra naar de voorrang die voortvloeit uit goederenrechtelijke zekerheden, en de studie van Boekraad naar primair de aan boedelschulden verbonden voorrang.³ Dit betekent dat er ruimte is om de regels van rangorde in hun onderlinge samenhang aan een studie te onderwerpen. Een kernvraag die daarbij rijst, is *waarom* bepaalde schuldeisers zich met voorrang boven anderen mogen verhalen op het verhaalsvermogen van hun schuldenaar. Deze vraag neemt in dit onderzoek een centrale plaats in en zal vanuit twee invalshoeken worden beantwoord. In de eerste plaats zal de theorievorming over voorrang bij verhaal worden bestudeerd. Welke theorieën over de *rechtvaardiging* van voorrang bij verhaal kunnen in de wetenschappelijke literatuur

1 Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2020/6.

2 Zo dateert voor zover mij bekend de laatste (toevallig ook Leidse) dissertatie over de rangschikking in faillissement uit de negentiende eeuw: Mijnlieff, *De rangschikking in het faillissement* 1885. De meest omvattende recentere studies zijn het rapport van de commissie-Houwing inzake de bevoorrechtting van vorderingen en de monografieën van Erasmus, Fesevur en Franken: Commissie-Houwing, *Rapport bevoorrechtting van vorderingen* 1974; Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (SP nr. 9) 1976; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. BW nr. B13) 2017; Franken, *Het insolventie-passief* (R&P nr. InsR13) 2019.

3 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004; Hoekstra, *De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht* 2007; Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (O&R nr. 9) 1997.

worden geïdentificeerd en wat zeggen zij over de inhoud en reikwijdte van die voorrang? Ten tweede zal de omgang van de Nederlandse wetgever met voorrang bij verhaal worden bestudeerd, ter *verklaring* van de huidige voorrang bij verhaal.⁴ Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht? Deze twee perspectieven zullen vervolgens met elkaar worden vergeleken. Hierbij wordt onderzocht in hoeverre de wetenschappelijke theorieën over voorrang en de omgang van de wetgever met voorrang van elkaar afwijken en hoe eventuele afwijkingen kunnen worden verklaard. De vergelijking van deze perspectieven maakt het tevens mogelijk om het handelen van de wetgever te evalueren, met de wetenschappelijke theorievorming als beoordelingskader. Hierop richt zich het slot van de studie, waarbij tot besluit aandacht is voor de richting waarin het verhaalsrecht zich – het voorgaande indachtig – dient te ontwikkelen. De hoofdvraag van dit onderzoek luidt daarbij als volgt:

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

Deze vraag zal aan de hand van de volgende vijf deelvragen worden beantwoord:

- i. Wat is de thans geldende rangorde van schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht?
- ii. Welke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal kunnen in de wetenschappelijke literatuur worden geïdentificeerd en wat zeggen zij over de inhoud en reikwijdte van die voorrang?
- iii. Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe verklaren zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode?
- iv. In hoeverre wijken de wetenschappelijke theorieën over en de omgang van de wetgever met voorrang bij verhaal van elkaar af, hoe kunnen eventuele afwijkingen worden verklaard, en hoe dient het handelen van de wetgever in dit licht te worden beoordeeld?
- v. In welke richting dient het verhaalsrecht zich, het antwoord op deelvraag iv) in acht nemende, te ontwikkelen?

De relevantie van dit onderzoek ligt in de eerste plaats in de bijdrage die het biedt aan de bestaande wetenschappelijke inzichten over voorrang bij verhaal. Dit onderzoek beoogt deze bestaande inzichten, onder meer over de plaats van de aan goederenrechtelijke zekerheidsrechten verbonden voorrang in de rangorde, te verzamelen, te structureren, te toetsen en verder te brengen. Ten tweede levert dit onderzoek een bijdrage aan het debat over de herziening van de huidige voorrangspolitie bij verhaal in faillissement.⁵ In de hedendaagse faillissementen zijn het immers met name de financiers die (door uitwinning van hun nagenoeg alomvattende goederenrechtelijke zekerheden) een reële

4 Onder 'wetgever' versta ik in dit onderzoek de wetgever in formele zin (de regering en de Staten-Generaal), maar ook de beleidsmakers op de ministeries (in het bijzonder inzake het fiscale invorderingsbeleid).

5 Zie voor dit debat o.a. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken* 2017 en Wibier, in: *De Curator en de Failliet* 2019/12.

kans hebben op de voldoening van hun vordering(en) op de gefailleerde.⁶ De overige schuldeisers, en vooral de gewone handelsschuldeisers, hebben het nakijken. Zo wordt gemiddeld 65 tot 81% van de faillissementen opgeheven bij gebrek aan baten (in welk geval de omvang van boedel reeds ontoereikend is voor de dekking van de algemene faillissementskosten) en zien de gewone handelsschuldeisers bij een faillissement in de regel slechts tussen de 1,6 en 5,3% van hun vordering terug.⁷ Deze slechte verhaalspositie van de gewone handelsschuldeisers in een faillissement staat inmiddels ook op de politieke agenda, onder meer door een door de Tweede Kamer aangenomen motie die de regering oproept te onderzoeken hoe bij faillissement tot een rechtvaardigere verdeling van de boedel kan worden gekomen en hiertoe met voorstellen te komen.⁸ In het kader van de uitvoering van deze motie is in 2021 een WODC-rapport verschenen, toegespitst op de positie van de concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement.⁹ De opvolging van dit rapport door de regering, alsmede de verdere uitvoering van de motie, laat vooralsnog op zich wachten. Dat plaatst dit onderzoek in de politieke actualiteit. De inzichten uit dit onderzoek kunnen de regering in de uitvoering van het voorgaande ondersteunen en kunnen tevens een bijdrage leveren aan het parlementaire debat dat hierop (hopelijk) zal volgen.

1.2 Afbakening

Hoewel het onderzoek ziet op de rangorde bij verhaal, wordt niet elk verhaalsvermogen in het onderzoek betrokken. Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de verdeling van de goederen van gefailleerde ondernemingen. Verhaal op andere vermogens blijft buiten beschouwing. Zo valt onder meer het verhaal op goederen van gefailleerde particulieren alsmede de problematiek rondom de verdeling van onverdeelde gemeenschappen (zoals nalatenschappen) buiten het bestek van het onderzoek. De afbakening tot de goederen van gefailleerden betekent ook dat verdelingsvragen bij verhaal door individueel beslag niet zullen worden behandeld.

Het onderzoek beperkt zich voorts tot ondernemingsfaillissementen in het algemeen. De rangorde bij verhaal in het kader van bijzondere faillissementen, waarop specifieke privaats- en publiekrechtelijke regels van toepassing zijn, blijft buiten beschouwing. Dergelijke faillissementen (te denken valt aan het faillissement van banken, bepaalde

6 Zo volgt uit de *Doing Business*-data van *The World Bank* (raadpleegbaar via <https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency>) dat het Nederlandse faillissementsrecht voor financiers een in verhouding tot andere landen bijzonder effectief kader biedt voor de uitoefening van hun zekerheidsrechten. Zie ter nadere duiding van deze data Messelink, Tuil & Verhoeven, in: *Het Verdelingsvraagstuk 2022/15.2*, die tevens wijzen op recent empirisch onderzoek van de *European Banking Authority* dat laat zien dat financiers in een faillissement gemiddeld tussen de 63 en 75% van hun vorderingen terugkrijgen.

7 Van Hees, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht (O&R nr. 100) 2017/14.2*, p. 187-188, onder verwijzing naar Van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015* (CBS-rapport) 2016, § 3.1 en § 4.

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

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

beleggingsondernemingen, verzekeraars en centrale tegenpartijen¹⁰) hebben namelijk een eigen dynamiek, wegens de toepasselijkheid van die specifieke regels. Zij zijn daarmee *sui generis* en behoeven zodoende een eigen, opzichzelfstaande studie.¹¹ Dit geldt tevens voor andere bijzondere faillissementen waarvoor nog geen bijzondere regels gelden doch wel een discussie speelt of deze bijzondere regels er zouden moeten komen. Dit speelt momenteel bijvoorbeeld bij het faillissement van zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen), waar een spanning zichtbaar is tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de realisatie van een zo groot mogelijke opbrengst door de curator en het belang van patiënten bij de continuering van de zorg die zij ontvangen.¹² Ook deze faillissementen vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

Een nadere afbakening van het verhaalsvermogen wordt niet gemaakt, aangezien daarmee zou worden miskend dat op ieder (algemeen) ondernemingsfaillissement dezelfde rangorderegels van toepassing zijn. Desalniettemin gaat in het onderzoek bijzondere belangstelling uit naar het verhaal op de goederen van gefailleerde ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf (mkb-ondernemingen).¹³ Mkb-ondernemingen vormen namelijk veruit de grootste categorie van actieve ondernemingen in Nederland.¹⁴ Dit neemt evenwel niet weg dat ook de verdeling van het verhaalsvermogen van gefailleerde grootbedrijven in het onderzoek wordt betrokken.

Het onderzoek richt zich voorts in beginsel uitsluitend op de klassieke functie van het faillissement, te weten de liquidatie van de boedel en uitdeling aan de schuldeisers.¹⁵ In een faillissement gaat het tegenwoordig evenwel niet meer alleen om deze klassieke functie. Zo wordt het faillissement ook gebruikt als reorganisatie-instrument en dient de curator bij zijn taakuitoefening in toenemende mate ook rekening te houden met maatschappelijke belangen.¹⁶ Deze ontwikkeling valt buiten het bestek van het onderzoek.

10 Zie hierover nader: Wessels, *Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. 1)* 2018/1515 e.v.; Bais, in: *T&C Insolventierecht*, commentaar op afd. 11C Fw (online, bijgewerkt 1 augustus 2024).

11 Dit neemt evenwel niet weg dat de verschillen met betrekking tot rangorde vermoedelijk niet, althans beperkt, aanwezig zijn. Bij de afwikkeling van faillissementen van financiële instellingen is binnen EU-verband namelijk een van de leidende beginselen het zogenoemde ‘*No creditor worse off*’-beginsel. Dit beginsel houdt in dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen mag lijden dan hij zou lijden indien het faillissement van de financiële instelling zou worden afgewikkeld in een normale faillissementsprocedure. Zie (bijv.) art. 34 lid 1 sub g Richtlijn 2014/59/EU betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (*PbEU* 2014, L 173/190). Zie hierover nader: Moss, Wessels & Haentjens (red.), *EU banking and insurance insolvency* 2017, nr. 7.12 & 7.102-7.104.

12 Zie bijv. Rijken, *TvGR* 2019 en Brand, *NJB* 2020/570.

13 Voor de definitie van ‘mkb-ondernemingen’ wordt aangesloten bij de definitie die door de Europese Commissie is vastgesteld: ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan ofwel de jaaromzet maximaal € 50 miljoen bedraagt ofwel het jaarlijkse balanstotaal niet groter is dan € 43 miljoen; art. 2 lid 1, Bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (*PbEU* 2003, L 124/36). Zie ook https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definitie-on_nl.

14 Zo volgt uit cijfers van de Kamer van Koophandel dat per 1 januari 2023 2.072.829 mkb-ondernemingen (conform de definitie van de Europese Commissie) in het Handelsregister stonden geregistreerd, tegenover 1.157 grootbedrijven. Kamer van Koophandel, *Data over de bedrijvendynamiek (Jaaroverzicht 2022)* 2023, p. 5.

15 Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 30.3.

16 Zie bijv. Pool, *Tvl* 2022/20.

In het onderzoek wordt namelijk uitgegaan van de situatie waarin een failliete boedel wordt geliquideerd en de opbrengsten vervolgens worden verdeeld onder de gezamenlijke schuldeisers. Toch zal dit onderzoek van belang zijn voor het veranderde perspectief op de faillissementsafwikkeling doordat in het onderzoek (onder meer) de rechtvaardiging voor voorrang vanuit de invalshoek van de continuïteit van (de onderneming van) de schuldenaar wordt onderzocht.¹⁷

Een nadere afbakeningskeuze zit in de te hanteren definitie van 'voorrang'. Gekozen is voor de definitie die ook Van den Heuvel in haar dissertatie kiest: er is sprake van voorrang steeds wanneer de vordering van een schuldeiser voor een groter gedeelte wordt voldaan dan waar hij op grond van de *paritas creditorum* recht op zou hebben.¹⁸ Dit heeft tot gevolg dat twee hoofdcategorieën van voorrang worden onderscheiden: 1) gevallen waarin een schuldeiser (al dan niet door eigen toedoen) aan de samenloop van schuldeisers wordt onttrokken (door onder meer betaling of verrekening); en 2) gevallen waarin een schuldeiser *binnen* de samenloop een hogere uitkering toekomt dan een *pro-rata*-uitkering.

Een volgende afbakeningskeuze ziet op het object van voorrang. Het onderzoek is in beginsel beperkt tot verhaal op de goederen van een gefailleerde schuldenaar. Dit plaatst onder meer gevallen van titelfinanciering (zoals eigendomsvoorbehoud, leasing en factoring) als wijzen van het verkrijgen van voorrang buiten de reikwijdte van het onderzoek. Gelet op het grootschalige gebruik – en daarmee het belang – van deze constructies in de huidige financieringspraktijk kan dit overkomen als een wat kunstmatige afbakeningskeuze. Vanuit dogmatisch oogpunt is het evenwel een voor de hand liggende afbakening. Tegelijkertijd betekent deze keuze niet dat titelfinanciering in het geheel niet in de studie aan de orde komt. De afbakening houdt veeleer in dat zij niet het primaire object van studie is.

1.3 Methode

De methode van onderzoek is primair normatief van aard. De hiervoor in § 1.1 geformuleerde hoofdvraag stuurt namelijk naar het bevragen van de wenselijkheid van het huidige verhaalsrecht.¹⁹ Voordat deze normatieve analyse aanvangt, vindt eerst een juridisch-dogmatische analyse van het huidige verhaalsrecht plaats. In deze analyse wordt het geldende positieve recht leerstukgericht gereconstrueerd aan de hand van de wet, de rechtsbeginselen, de rechtspraak, de parlementaire geschiedenis en de literatuur.²⁰ Hierna start de normatieve analyse van het verhaalsrecht, waarbij eerst aan de hand van een systematische literatuurstudie wordt onderzocht welke normatieve rechtvaardigingen voor voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang.²¹ Aangezien het literatuurdebat op deze onderwerpen in Nederland maar beperkt wordt gevoerd, wordt hierbij ook geput uit de literatuur uit andere

17 Te behandelen in § 3.4.3.

18 Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 62.

19 Vgl. Van Boom, *Privaatrecht en markt* 2020, par. 6.2.

20 Zie over deze onderzoeksmethode nader: Tjong Tjin Tai & Verbruggen, *NJB* 2022/2; Asser/*Vranken Algemeen deel***** 2014/8 e.v.

21 Zie over de hierbij toegepaste methode nader hierna, § 3.1.

westerse landen (met name de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland). De studie vervolgt met een historisch-verklarende analyse van het verhaalsrecht, waarbij aan de hand van primaire en secundaire historische bronnen (parlementaire geschiedenis, rechtspraak, literatuur en archiefstukken) de ontwikkeling van het verhaalsrecht sinds 1838 wordt gereconstrueerd.²² Deze analyse strekt ertoe verklaringen te bieden voor i) de bestaande inrichting van voorrang in het verhaalsrecht; en ii) de afwijkingen tussen de historische ontwikkeling van voorrang in het verhaalsrecht en hetgeen de normatieve rechtvaardigingen voorschrijven over het bestaan en de omvang van voorrang. De studie eindigt met een voortzetting van de normatieve analyse, die erop is gericht de inzichten uit de normatieve rechtvaardigingen toe te passen op het huidige verhaalsrecht en tot aanbevelingen te komen voor de verdere ontwikkeling van het verhaalsrecht.

In deze studie vindt op een enkele plaats ook een beknopte rechtsvergelijking plaats. Deze rechtsvergelijking is functioneel van aard, en strekt ertoe de normatieve analyse te ondersteunen door te laten zien welke andere keuzes in het verhaalsrecht kunnen worden gemaakt en hoe zij in de praktijk uitwerken.²³ De rechtsvergelijking vindt plaats met het Britse en Duitse recht. Deze keuze komt voort uit de omstandigheid dat in beide landen de invoering van een vernieuwende vorm van voorrang (zogenoemde *fixed fraction priority*) is overwogen die ook ingang heeft gevonden in het rechtseconomisch discours. In het Verenigd Koninkrijk is deze voorrangsvorm bovendien daadwerkelijk ingevoerd en inmiddels twintig jaar van kracht.

1.4 Plan van behandeling

Het onderzoek vangt aan met het introduceren van de kernbegrippen van rangorde bij verhaal en het uitwerken van de huidige rangorde naar Nederlands recht (hfdst. 2). Het centrale begrip binnen de rangorde, de *paritas creditorum*, zal hierbij tot uitgangspunt worden genomen en de nadere rangorderegels worden in twee overkoepelende categorieën van doorbreking van de *paritas creditorum* uitgewerkt (autonomie en de wet). Voorts is aandacht voor de rangorde onder de WHOA en voor de huidige realiteit van veelal lege faillissementsboedels.

Vervolgens richt het onderzoek zich op het identificeren en analyseren van rechtvaardigingen en verklaringen voor voorrang bij verhaal. Hiertoe wordt het onderwerp vanuit twee invalshoeken benaderd. In de eerste plaats wordt de wetenschappelijke literatuur bestudeerd (hfdst. 3). Hierbij staat de vraag centraal welke theorieën over de rechtvaardiging van voorrang bij verhaal kunnen worden geïdentificeerd en wat zij zeggen over de inhoud en reikwijdte van die voorrang.

Het thema 'rangorde bij verhaal' is bij uitstek onderdeel van een vermaatschappelijk vermogensrecht. Het gaat immers over de verdeling van de financiële pijn bij (naderende) insolventie van de schuldenaar.²⁴ Daarom wordt in de tweede plaats, ter verklaring van de huidige voorrangsvormen bij verhaal, ook bestudeerd hoe de Nederlandse wetgever (politici en beleidsmakers) met voorrang bij verhaal is omgegaan (hfdst. 4). Welke argumenten voor voorrang bij verhaal hebben een rol van betekenis gespeeld in de totstandkomingshistorie

22 Zie over de historische onderzoeksmethode nader Kamp e.a., *Geschiedenis schrijven* 2016.

23 Zie hierover nader Smits, *Omstreden rechtswetenschap* 2015/15 en 39.

24 Vgl. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. BW nr. B13) 2017/3.

van het Nederlandse verhaalsrecht sinds de invoering van het OBW en hoe verklaren zij de ontwikkeling van het verhaalsrecht in deze periode?

In hoofdstuk 5 worden beide perspectieven met elkaar vergeleken, waarbij wordt onderzocht in hoeverre de wetenschappelijke theorieën over voorrang en de omgang van de wetgever met voorrang van elkaar afwijken en hoe eventuele afwijkingen kunnen worden verklaard. Aansluitend wordt de omgang van de wetgever met voorrang aan de hand van de wetenschappelijke theorievorming geëvalueerd, waarbij tot slot aandacht is voor de richting waarin het verhaalsrecht zich, gelet op het voorgaande, dient te ontwikkelen.

Rangorde tussen schuldeisers naar Nederlands recht

2.1 Inleiding

Bij rangorde gaat het om een samenloop van verhaalsrechten van schuldeisers op hun gemeenschappelijke schuldenaar. Zij hebben vorderingen op deze persoon en indien de schuldenaar deze vorderingen niet zelfstandig voldoet, opent de wet de mogelijkheid om voldoening te forceren door – via een daartoe bestemde procedure (zoals beslag of faillissement) – verhaal te nemen op de goederen van de schuldenaar (art. 3:276 BW). De goederen worden te gelde gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de verhaal nemende schuldeisers. Daarmee vormt geld de spil van het verhaalsysteem. Voor zover vorderingen van de schuldeisers geen geldvorderingen zijn (denk aan een vordering tot levering van een voorraad bloembollen), moeten zij eerst naar een geldvordering worden geconverteerd.¹ En hetzelfde geldt voor de goederen waarop verhaal wordt genomen. Voor zover zij niet al uit geld bestaan, moeten zij eerst in geld worden omgezet om verhaal mogelijk te maken.

Rangorde komt vervolgens in beeld wanneer meerdere schuldeisers zich op dezelfde goederen verhalen en de opbrengst van deze goederen ontoereikend is om al hun vorderingen volledig te voldoen (een zogenoemde *concursum creditorum*).² Zoekt slechts één schuldeiser verhaal? Dan valt er per definitie geen rangorde aan te brengen. De opbrengst hoeft immers niet te worden verdeeld. Is de netto-opbrengst toereikend om alle schuldeisers volledig te voldoen? Dan zijn de regels van rangorde slechts van theoretische waarde. Elk van de verhaal nemende schuldeisers krijgt zijn vordering dan namelijk volledig voldaan.³

In dit hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal: ‘*Wat is de thans geldende rangorde tussen schuldeisers in het Nederlandse verhaalsrecht?*’. Het doel van dit hoofdstuk is drievoudig. In de eerste plaats zullen de kernbegrippen van rangorde worden geïntroduceerd. Ten tweede wordt de huidige rangorde bij verhaal uitgewerkt, waarmee – ten derde – tevens wordt getoond op welke deelonderwerpen het juridisch debat zich afspeelt.

1 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/735. Zij noemen in dit verband de omzetting naar een vervangende schadevergoeding op grond van art. 6:87 BW bij niet-nakoming van de initiële (niet-geld)vordering.

2 Aldus ook Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 27.1; Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2020/6; Verstijlen, *TPR* 2006, nr. 11.

3 Een eventueel surplus na volledige voldoening van de schuldeiser vloeit dan terug naar de schuldenaar. Zie bijv. art. 480 lid 1 Rv.

Het hoofdstuk is als volgt gestructureerd. Eerst wordt het centrale begrip binnen de rangorde geïntroduceerd, de ‘*paritas creditorum*’ (§ 2.2). Vervolgens worden de wijzen van doorbreking van de *paritas creditorum* behandeld, onderverdeeld in doorbreking door autonomie (§ 2.3) en door de wet (§ 2.4). Verder is aandacht voor de rangorde onder de WHOA (§ 2.5) en voor de huidige realiteit van veelal lege faillissementsboedels (§ 2.6).

2.2 Paritas creditorum

Een belangrijk beginsel in het verhaalsrecht is de gelijkheid van schuldeisers, de *paritas creditorum*. Schuldeisers staan in beginsel op gelijke voet met elkaar. Dit beginsel vindt toepassing in zowel de wet als de jurisprudentie.⁴ De wettelijke toepassing ziet op de verdeling in een *concursum creditorum* en is neergelegd in artikel 3:277 lid 1 BW. Deze bepaling schrijft voor dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Met andere woorden, bij cumulatief verhaal op hetzelfde goed hebben schuldeisers bij de verdeling in beginsel een gelijke rang. Dit betekent – conform de Toelichting Meijers – dat zowel het ontstaansmoment van een vordering als het moment waarop door een schuldeiser beslag wordt gelegd, geen betekenis heeft voor de voorrang.⁵ De schuldeisers die conform deze hoofdregel van verdeling paritair rangschikken, worden in het juridische spraakgebruik doorgaans ‘concurrente schuldeisers’ genoemd.

De reden voor dit uitgangspunt van verdeling in het verhaalsrecht is onduidelijk. Uit de wetsgeschiedenis van de laatste tweehonderd jaar volgt niet meer dan dat de verdelingsregel steeds is overgenomen uit het tot dan geldende recht (het OBW resp. de Franse Code civil).⁶ Ook in de literatuur komt dit niet echt tot uitdrukking. De gelijkheid van schuldeisers bij verhaal wordt veelal als iets axiomatisch beschouwd, een alom geaccepteerd maar verder niet duidelijk gefundeerd uitgangspunt.⁷ In de spaarzame uitzonderingen hierop wordt wel gewezen op de verdelende rechtvaardigheid als onderliggende waarde,⁸ of wordt betoogd dat dit uitgangspunt het meeste recht doet aan de materiële rechten van schuldeisers buiten een faillissement (of andere formele verhaalsprocedure).⁹

In de jurisprudentie wordt de *paritas creditorum* ook op een andere manier toegepast. Het gaat dan niet om de *paritas creditorum* als een verdelingsmaatstaf, maar als norm voor de wijze waarop schuldeisers verhaal mogen nemen. In de literatuur zijn hier

4 Zie hierover bijv. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (O&R nr. 9) 1997/1.1*, p. 5-6; Franken, *Het insolventiepassief (R&P nr. InsR13) 2019/3.3*, p. 41-42; Noteboom, in: *De Curator en het Faillissementsproces(recht) 2020/21*.

5 *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 856. Zie ook: Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht 2019/737*; Asser/*Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2020/6*.

6 Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement 2023/2.8*, p. 51-52 en 55, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 856 en *Voorduin IV 1838*, p. 336-337 en 340-342.

7 Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement 2023/2.8*, p. 55, met verdere verwijzingen.

8 Zie bijv. Nieuwenhuis, *Het vierspan 2013*, p. 102-104; Dirix, in: *Curator en Crediteuren 2009/5.1*, p. 65; Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement 2023*, i.h.b. hfdst. 7 en 8.

9 Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law 2001*, p. 29-33.

diverse benamingen aan gegeven, zoals 'het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel' (Boekraad), 'de samenloop-paritas' (Franken) en 'de gelijkheidsregel' (Noteboom).¹⁰ Dit aspect van de *paritas creditorum* begrenst de mogelijkheden van schuldeisers om zich een naar de letter van de wet toegestane voorrangpositie te verschaffen, in het algemeen ingegeven door de redelijkheid en billijkheid: schuldeisers dienen in een (naderende) *concursum* tot op zekere hoogte met elkaars belangen rekening te houden.¹¹ Op dit aspect van de *paritas creditorum* wordt in § 2.3.5 nader ingegaan.

De *paritas creditorum* als verdelingsmaatstaf in een *concursum creditorum* is aan vele uitzonderingen onderhevig. Zoals artikel 3:277 lid 1 BW voorschrijft, betreft dit in de eerste plaats de door de wet erkende redenen van voorrang. In deze gevallen bepaalt de wet uitdrukkelijk dat aan een bepaalde vordering in een *concursum creditorum* een voorrangrecht is verbonden. Ten tweede kan voorrang ook feitelijk van aard zijn. Aan de vordering komt dan geen voorrangrecht toe, maar de schuldeiser wordt toch met voorrang boven de andere schuldeisers voldaan. Men spreekt dan van oneigenlijke voorrang. Een voorbeeld hiervan is verrekening. De schuldeiser die in zijn verhouding tot de schuldenaar ook zelf schuldenaar is, kan zich aan de *concursum* onttrekken door zijn schuld met de openstaande vordering te verrekenen.

De verschillende wijzen waarop de *paritas creditorum* wordt doorbroken, kunnen globaal in twee categorieën worden ingedeeld. Zo kan voorrang in de eerste plaats door toedoen van de schuldenaar en/of één (of meer) schuldeiser(s) in het leven worden geroepen. Er is dan sprake van doorbreking van de *paritas* door autonomie. Ten tweede kan de *paritas creditorum* ook van rechtswege worden doorbroken, doordat de wet aan een bepaalde vordering een voorrangrecht verbindt. De diverse uitzonderingen op de *paritas creditorum* zullen hierna aan de hand van deze twee categorieën nader worden uitgewerkt.

De tussen schuldeisers geldende redelijkheid en billijkheid wordt ook wel in verband gebracht met doorbreking van de *paritas creditorum* (zie hierna, § 2.3.1 en § 2.3.5), maar lijkt als zodanig geen zelfstandige grond voor doorbreking van de verdelingsmaatstaf van artikel 3:277 lid 1 BW te zijn. De normerende invloed van de redelijkheid en billijkheid uit zich primair in het begrenzen van bestaande doorbrekingen.

De doorbrekingen van de *paritas creditorum* leveren soms kortsluiting op, doordat voorrangposities met elkaar in botsing komen. Vordering A heeft dan bijvoorbeeld voorrang boven vordering B, die op haar beurt voorrang heeft boven vordering C, terwijl vordering C voorrang heeft boven vordering A. Er kan dan geen sluitende staat van verdeling worden opgemaakt. Dit komt voort uit de relativiteit van voorrang in het Nederlandse recht. Voorrang wordt steeds uitgedrukt als verhouding tot andere vorderingen en al deze verhoudingen vormen onderling geen sluitend geheel. De contractsvrijheid met betrekking tot de overeenkomst van achterstelling en relatief werkende figuren zoals de blokkerende

10 Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (O&R nr. 9) 1997/1.1, p. 5; Franken, *Het insolventiepassief* (R&P nr. InsR13) 2019/3.3, p. 41-43; Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* 2023/3.4.

11 Vgl. Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (R&P nr. InsR3) 2012/2.4, p. 27-28.