

De afwikkeling van (samenlopende en botsende) voorrangrechten op onroerend goed: wat een heisa !

Mr Mart J.M Franken¹

Dit artikel is verschenen in de INSOLAD Congresbundel 2012 "Faillissement en Vastgoed", uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V (ISBN 9789013111989)

Inleiding

Op (de opbrengst van) onroerende zaken kunnen verschillende crediteuren op grond van hun mogelijke bijzondere voorrangrechten aanspraak maken. In deze bijdrage zal eerst worden getracht een inventarisatie te maken van die bijzondere voorrangssituaties. Daarna zal worden aangegeven hoe die zich ten opzichte van elkaar verhouden. Vervolgens zal aan de hand van enige casuïstiek worden besproken op welke manieren de afwikkeling van samenlopende of soms ook botsende voorrangrechten zou kunnen of moeten verlopen. En tenslotte zal worden ingegaan op de in de literatuur bestaande verschillende opvattingen.

Deze bijdrage is beperkt tot de afwikkeling van onroerend zaken *binnen* faillissement. Hoe een en ander buiten faillissement moet worden afgewikkeld en of dat verschil maakt met een faillissementsrechtelijke situatie, wordt buiten beschouwing gelaten. Voor zover crediteuren geen bijzondere voorrang hebben op het onroerend goed, maar preferente crediteur zijn op grond van hen toekomende voorrechten op de algemeenheid van goederen, worden deze elementen alleen in de beschouwingen betrokken als er een samenloop of botsing ontstaat met de bijzondere voorrangrechten.

Bijzondere voorrang

De hierna te noemen crediteuren kunnen voorrang claimen ten aanzien van de opbrengst van een (specifiek) onroerend goed. Zij dienen te worden beschouwd als bijzonder preferente crediteuren. "Bijzonder" wil zeggen dat hun preferentie is gerelateerd aan (de opbrengst van) een concreet goed. Dit in tegenstelling tot een zogeheten algemene preferentie, waarbij de preferente crediteur bevoorrecht is op *alle* goederen van gefailleerde. Het gaat dan om:

1. De hypotheekhouder als zekerheidsgerechtigde.
2. Degenen, die een bijzonder *voorrecht* op bepaalde goederen hebben, te weten:
 - a. op basis van het BW;
 - Een vordering uit hoofde van zaaksvervanging (artikel 3:283 BW)²;
 - Kosten tot behoud van een goed (artikel 3:284 BW)³;
 - Kosten tot bearbeiding van een zaak (artikel 3:285 BW)⁴;

¹ Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda.

² "een voorrecht op een bepaald goed strekt zich mede uit over vorderingen tot vergoedingen die in de plaats van dat goed zijn getreden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed"

³ "kosten tot behoud" moet beperkt worden opgevat. Het gaat om de kosten om het (onroerend) goed in fysieke zin voor teniet gaan te behoeden. Daaronder vallen niet de kosten van onderhoud en kosten tot behoud van de waarde (zie onder andere Tekst & Commentaar BW sub artikel 3:284 BW).

- Vorderingen uit hoofde van appartementsrechten (artikel 3:286 BW)⁵;
- b. bijzondere voorrechten, die genoemd worden in andere wetten:
- Vordering waterschapsbelasting (artikel 138 Waterschapswet);
 - Kosten van onderhoud van wegen (artikel 25 Wegenwet);
 - Vordering van de huurkoper (artikel 5 Tijdelijke Wet huurkoop onroerende zaken).⁶
3. Overige vormen van voorrang.
- Retentierecht (artikel 3:92 BW);
 - Schadevergoedingsvordering na het vervallen van beperkte rechten (artikel 3:282 BW)⁷;
 - Schadevordering huurder/pachter bij huurbeding (artikel 3:264 lid 7 BW).⁸

Al deze crediteuren zijn dus preferent ten aanzien van de opbrengst van een onroerend goed.

Onderlinge verhouding

De vraag is natuurlijk hoe al die bijzondere rechten zich ten opzichte van elkaar verhouden. Daarvoor is het uitgangspunt te vinden in de artikel 3:278 e.v. BW. Dat betekent:

- a. Hypotheek gaat *boven* voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:279 BW).
- b. Voorrechten op *bepaalde* goederen gaan boven voorrecht op *alle* goederen, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:280 BW);
- c. Voorrechten op *bepaalde* goederen zijn *gelijk* in rang, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:281 lid 1 BW);
- d. Voorrechten op *alle* goederen worden uitgeoefend in de volgorde, waarin de wet deze plaatst (artikel 3:281 lid 2 BW).

Als uitgangspunt betekent dit dus dat de hypotheekhouder gaat boven de voorrechten op bepaalde goederen (als hiervoor bedoeld sub 2). De andere vormen van voorrang (als genoemd sub 3) hebben hun eigen positie. En dit alles geldt *tenzij* de wet anders bepaalt. En dan wordt het lastiger. Want de wet bepaalt regelmatig anders. Voor een algeheel overzicht

⁴ Dit is het geval als er sprake is van aanneming van werk en de crediteur persoonlijk deel heeft genomen (of pleegt deel te nemen) aan de uitvoering van het werk. Dat is ook zo indien het gaat om een vennootschap onder firma of bijvoorbeeld een besloten vennootschap, waarbij de behorend vennoot respectievelijk de bestuurder persoonlijk betrokken is. Het gaat dus om de “kleine aannemer”.

⁵ Het gaat dan om de vordering van de gezamenlijke appartements-eigenaren of de vereniging van appartements-eigenaren jegens een individuele appartements-eigenaar. In dat geval is men bevoorrecht op het appartementsrecht van de schuldenaar.

⁶ Bij huurkoop vindt overdracht van de eigendom aan de huurkoper pas plaats, nadat die de huurkooptermijnen heeft voldaan. Bij een executoriale verkoop door een hypotheekhouder of beslaglegger, welke hypotheek of welk beslag is ingeschreven in de openbare registers vóór de inschrijving van de huurkoop, is de huurkoper bevoorrecht op de meeropbrengst van het onroerend goed *na* de betreffende hypotheekhouder of beslaglegger.

⁷ Door de executie van een onroerend goed kunnen rechten van anderen (recht van vruchtgebruik, recht van erfpacht e.d.) vervallen. Deze (voormalig) beperkt gerechtigden krijgen dan een voorrecht op de opbrengst van het onroerend goed. Zij hebben die voorrang onmiddellijk *na* degene, tegen wie zij hun recht niet konden inroepen.

⁸ Als een hypotheekhouder een huur- of pachtbeding heeft gemaakt en de huurder of pachter verliest daardoor zijn huur- of pachtrecht is deze bevoorrecht op de opbrengst van het onroerend goed, onmiddellijk *na* degene die tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen.

wordt mede verwezen naar het Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen, 2011, hoofdstuk 9, p. 101 e.v.

1. De crediteur met een *hypothecaire vordering* lijkt dus wel het hoogste in rang te zijn, maar hij moet wijken voor⁹:
 - De *latere* kosten tot behoud ex artikel 3:284 BW;
 - De vordering van het waterschap ex artikel 138 Waterschapswet;
 - De kosten van wegonderhoud ex artikel 25 Wegenwet;
 - Een *eerder* retentierecht;
 - Een *later* retentierecht, mits de schuldenaar bevoegd was tot het sluiten van de betreffende overeenkomst.
2. De vordering uit hoofde van *zaaksvervanging* (artikel 3:283 BW) heeft dezelfde rang als het oorspronkelijke voorrecht op dat goed.
3. De *kosten tot behoud* (artikel 3:284 BW) gaan vóór:
 - Een *eerdere* hypotheek;
 - Alle *eerdere* ontstane voorrechten op bepaalde goederen;
 - Het voorrecht van de appartementseigenaren;
 - Het voorrecht van het waterschap, voor zover de kosten van behoud dateren ná de aanslag waterschapsbelasting.¹⁰

NB 1: Daar staat dan tegenover dat, voor zover de kosten van behoud dateren van vóór de aanslag waterschapsbelasting, de kosten tot behoud daarop zijn achtergesteld.

NB 2: De kosten van behoud gaan ook vóór de fiscale vorderingen, voor zo ver tenminste gemaakt ná dagtekening van de aanslag. Ergo: als de kosten van behoud gemaakt zijn vóór de aanslag dan prevaleert de fiscus.¹¹
4. De *kosten van bearbeiding* van de zaak hebben een hogere rang dan het voorrecht ex 3:286 BW¹², maar komen ná de *latere* kosten tot behoud. Maar in afwijking van de hoofdregel (bijzondere voorrechten gaan boven algemene) komen die ná de fiscale vorderingen.¹³
5. De vordering uit hoofde van *appartementsrechten* komt ná de *latere* kosten tot behoud¹⁴ en ná de kosten tot bearbeiding van de zaak.¹⁵
6. De vordering waterschapsbelasting is hoger dan het hypotheekrecht en andere beperkte rechten op het onroerend goed, maar de vordering komt ná de latere (na de aanslag ontstane) kosten tot behoud en ook ná het algemene voorrecht betreffende de aanvraagkosten van het faillissement (ex artikel 3:288 sub a BW).¹⁶

⁹ NB: de afwijkingen zijn hetzij te vinden in de wetsbepalingen betreffende het uitgangspunt (zoals hier het hypotheekrecht hetzij (en meestal) in de wetsbepalingen van de afwijkende regelingen (zoals hieronder de artikelen 3:284 BW, 138 Waterschapswet etc.)

¹⁰ Zie artikel 138 Waterschapswet

¹¹ Zie artikel 21 Invorderingswet (Iw)

¹² Zie artikel 3:286 lid 3 BW

¹³ Zie artikel 21 Iw

¹⁴ Zie artikel 3:284 lid 3 BW

¹⁵ Zie artikel 3:286 lid 3 BW

¹⁶ Zie artikel 138 Waterschapswet

7. De kosten van onderhoud van wegen gaan *boven* hypotheek maar komen na latere kosten tot behoud en na de vordering betreffende waterschapsbelasting.¹⁷
8. De vordering van de huurkoper heeft dezelfde rang als een hypothecaire vordering (doch komt na de hypotheek, waarvoor hij moet wijken), maar is lager in rang dan de kosten tot behoud.¹⁸
9. Het retentierecht gaat vóór alle *latere* rechten van derden (eigendom, beperkte rechten en voorrechten) en gaat eveneens vóór *eerdere* rechten van derden, indien de schuldenaar bevoegd was tot het sluiten van de betreffende overeenkomst met de retentor (artikel 3:92 BW).
10. De schadevordering na het vervallen van beperkte rechten (artikel 3:282 BW) is gelijk aan de positie van het vervallen recht, maar lager dan het hypotheekrecht.
11. De schadevordering van de huurder/pachter in het kader van een huurbeding (artikel 3:264 lid 7 BW) is lager dan het hypotheekrecht en degenen, die boven het hypotheekrecht gaan, maar overigens hoger in rang dan alle andere crediteuren.

Kortom, het ogenschijnlijk zo handzame systeem, zoals de wetgever dat in de artikelen 3:278 e.v. BW heeft neergelegd, kent zovele uitzonderingen en afwijkingen dat er een haast niet te ontwarren kluwen van voorrechten is ontstaan. En dan gaat het tot nu toe nog uitsluitend over dergelijke bijzondere redenen van voorrang op één soort goed, te weten het onroerend goed.

Het bovenstaande is taaie kost, waarbij wellicht door de bomen het bos niet meer wordt gezien. Aan de hand van enige casuïstiek zal geprobeerd worden een aantal afwikkelingsperikelen in kaart te brengen. Natuurlijk zullen daarbij niet alle combinaties van samenlopende en botsende voorrangrechten worden geïnventariseerd, want dat zou waarschijnlijk een heel boekwerk vergen. Dat is ook niet nodig, omdat sommige van dergelijke preferenties zich in de praktijk zelden voordoen¹⁹ en andere in de praktijk een andere afwikkelingsmodaliteit kennen.²⁰

Gebonden actief, 57-3-actief, en (algemene en bijzondere) faillissementskosten

Alvorens wat casusposities weer te geven lijkt het goed enige uitgangspunten te bespreken.

Als een preferente crediteur bevoorrecht is op de opbrengst van een bepaald goed dan duiden we die opbrengst aan als *gebonden actief*.²¹ Het gebonden actief onderscheidt zich van het zogeheten vrij actief, omdat in het eerste geval een of meer *bepaalde* crediteuren voorrang hebben op de opbrengst van een of meer *bepaalde* goederen. Dat geldt dus ten

¹⁷ Zie artikel 25 Wegenwet

¹⁸ Artikel 5 lid 2 Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken juncto artikel 3:284 BW

¹⁹ Zoals de preferenties betreffende kosten van onderhoud van wegen, die van de huurkoper en die uit hoofde van zaaksvervangning.

²⁰ Zo heeft de Vereniging van Appartementseigenaren voor een vordering op een appartementseigenaar (of vruchtgebruiker van een appartementsrecht) krachtens artikel 3:286 BW een bevoorrechte vordering op de opbrengst van het onroerend goed, maar krachtens artikel 5:122 lid 3 BW is de koper van het onroerend goed hoofdelijk aansprakelijk jegens de VvE voor hetgeen de verkoper in het voorgaande en lopende boekjaar verschuldigd is. De koper zal dat in de praktijk in zijn koopprijs verdisconteren, waardoor het voorrecht geen praktische betekenis (meer) heeft.

²¹ Zie onder andere het Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen p. 12.

aanzien van iedere opbrengst van het onroerend goed, waarop een van de hierboven bedoelde preferente crediteuren bevoorrecht is. Ten aanzien van het *vrij actief* kunnen er ook wel preferente crediteuren zijn, maar dat zijn dan uitsluitend de crediteuren met een *algemeen* voorrecht.

Bij het hypotheekrecht is het uitgangspunt dat de hypotheekhouder separatist is en zich dus niets van het faillissement hoeft aan te trekken. Dat wordt anders als de hypotheekhouder de termijn van artikel 58 Fw heeft laten verlopen. In dat geval verliest hij zijn separatistenpositie en is de curator gerechtigd te verkopen. In dat geval is de hypotheekhouder wel bevoorrecht op de opbrengst, zoals ook de andere bevoorrechte crediteuren. Dan is er sprake van gebonden actief.

Zoals hiervoor al is aangegeven heeft de hypotheekhouder, als uitgangspunt, de hoogste ranking. Maar soms hebben (andere) preferente crediteuren een hogere rang dan de hypotheekhouder. In dat geval moet de curator ervoor zorgen dat deze hogere bevoorrechte crediteur aan zijn trekken komt. Dat is geregeld in artikel 57 lid 3 Fw. Als de hypotheekhouder bijvoorbeeld als separatist het onroerend goed verkoopt moet de curator ten behoeve van de hoger gerechtigden de bedragen van hun vorderingen ten laste van de hypotheekhouder bij de afwikkeling van het geëxecuteerde onroerend goed in de boedel halen. Dit wordt dan aangeduid als het *57-3-actief*.

Het onderscheid tussen beide categorieën – gebonden actief en 57-3-actief - is niet zonder belang. Ten aanzien van gebonden actief geldt dat de preferente crediteur in beginsel gerechtigd is tot de gehele *opbrengst* van het goed. Dat kan dus betekenen dat, als de opbrengst (ook na de omslag van de algemene faillissementskosten) hoog genoeg, is die crediteur daaruit *volledig* kan worden voldaan en het surplus vervolgens toevalt aan het vrij actief. Bij 57-3-actief is er nooit een dergelijk surplus. Immers, de curator kan slechts aanspraak maken op het bedrag dat de betreffende gerechtigde *te vorderen* heeft. Dat bedrag komt dan in de boedel en dient (na omslag van algemene faillissementskosten) aan de preferente crediteur te worden uitgekeerd. Er is dus geen surplus. Ergo: bij het gebonden actief gaat het dus om de gehele opbrengst van het goed, ongeacht de vordering van de bijzondere bevoorrechte crediteur, terwijl de inbreng ex 57-3 is gekoppeld aan de hoogte van de vordering van de betreffende crediteur. Deze inbreng kan dus nooit hoger zijn dan die vordering.

Als wij het hebben over de opbrengst van het onroerend goed dan moeten wij onderscheid maken tussen de primaire netto-opbrengst en de secundaire netto-opbrengst. Onder het eerste wordt dan verstaan de bruto-opbrengst minus de daarop in mindering strekkende bijzondere faillissementskosten.²² Bijzondere faillissementskosten zijn die kosten die ertoe strekken om bepaalde baten voor de boedel te verkrijgen of een bepaald actief te behouden of te gelde te maken.²³ Over de primaire netto-opbrengsten vindt dan de omslag algemene faillissementskosten plaats, overeenkomstig het bepaalde in artikel 182 Fw. Dat leidt dan vervolgens tot de zogeheten secundaire netto-opbrengst. Dat is dan de opbrengst als bedoeld in artikel 3:277 BW, die, overeenkomstig de daarvoor geldende voorrangregels, over de verschillende crediteuren dient te worden verdeeld.

Dat betekent dus dat de algemene faillissementskosten dienen te worden omgeslagen over de (primaire netto) opbrengst van het onroerend goed, alvorens er aan de bevoorrechte

²² Zie voor het begrip netto-opbrengst onder andere Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen p. 19.

²³ Zo zijn taxatiekosten en kosten van verkoop (evt. veilingkosten) als bijzondere faillissementskosten te beschouwen. Zie uitgebreider daarvoor Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen p. 20 e.v.

crediteur kan worden uitgedeeld. Een en ander zal nader worden uitgewerkt in de hierna volgende casuïstiek, waaruit dan ook het verschil tussen gebonden actief en 57-3-actief zal blijken.

Casus I

Deze casus zal met telkens een nieuw element worden opgebouwd, maar uiteindelijk zijn daarbij de navolgende gegevens relevant:

- De primaire netto-opbrengst (dus: na aftrek van de bijzondere faillissementskosten) van het onroerend goed is na verkoop 1.000;
- Er zijn kosten tot behoud gemaakt voor 300;
- De hypotheekhouder heeft een vordering van 750;
- Het waterschap vordert 10;
- De fiscus heeft 400 te vorderen;
- De aanvrager van het faillissement heeft 2 te vorderen;
- In alle gevallen zal worden uitgegaan van een omslag algemene faillissementskosten van 10%.²⁴

1. In de eerste variant gaan wij ervan uit dat alleen de kb-crediteur²⁵ bevoorrecht is. Er is dus sprake van gebonden actief. Na omslag van de algemene faillissementskosten ad 10% is de zogeheten secundaire netto-opbrengst 900. De kb-crediteur kan hieruit zijn volledige vordering van 300 betaald krijgen. De resterende 600 gaat naar het vrije actief.²⁶
2. De hypotheekhouder verschijnt ten tonele. Deze executeert zelf. Dan lopen de voorrangsposities van de kb-crediteur en de hypotheekhouder samen. Indien het gaat om kosten tot behoud, die *na* de hypotheekvestiging zijn gemaakt gaan deze *vóór* het hypotheekrecht. Dat betekent dat de curator op grond van artikel 57 lid 3 Fw ervoor zorg dient te dragen dat de hypotheekhouder van de opbrengst 300 aan de boedel afdraagt ten behoeve van de kb-crediteur. De hypotheekhouder draagt niet bij in de omslag algemene faillissementskosten²⁷ en ontvangt dus 700. Over het 57-3-actief wordt de 10% aan algemene faillissementskosten omgeslagen. Dat betekent dat de kb-crediteur 270 ontvangt.

Een tussenvariant: stel dat de hypotheekhouder geen vordering van 750 heeft maar van 400. Ook dan zou als uitgangspunt gelden dat eerst 300 door de hypotheekhouder moet worden afgedragen aan de boedel, als 57-3-actief, ten behoeve van de kb-crediteur. Als dan vervolgens de hypotheekhouder zich volledig voldoet voor 400 dan resteert er nog 300. Theoretisch zijn er dan 2 oplossingen mogelijk:

- De kb-crediteur wordt afgewikkeld op de wijze zoals hiervoor weergegeven, dat wil zeggen: hij ontvangt 270. De resterende 300 gaat dan naar het vrije actief.

²⁴ In de casus wordt in alle gevallen van datzelfde percentage uitgegaan, om praktische redenen en om de berekeningen niet nog complexer te maken dan al het geval zal blijken. Gerealiseerd moet worden dat dergelijke kosten een nominaal bedrag belopen en dat het afhankelijk van de omstandigheden percentueel anders kan zijn.

²⁵ De crediteur die is bevoorrecht op grond van de kosten tot behoud wordt verder als kb-crediteur aangeduid.

²⁶ Van de omgeslagen algemene faillissementskosten ad 100 worden natuurlijk de boedelcrediteuren voldaan.

²⁷ Zie artikel 182 Fw.

- Omdat de hypotheekhouder geheel kan worden voldaan is er niet langer sprake van een 57-3-actief ten belope van 300, maar is hetgeen resteert na betaling van de hypotheekhouder (1000 minus 400) nu gebonden actief ad 600 ten behoeve van de kb-crediteur. Na omslag van de 10% algemene faillissementskosten resteert 540. Daaruit kan de kb-crediteur met zijn vordering van 300 geheel worden voldaan, waarna er nog 240 resteert ten behoeve van het vrije actief.

De tweede oplossing komt voor als de juiste. Doordat de hypotheekhouder geheel kan worden voldaan “verschiet” het 57-3-actief van kleur en “schuift het op” naar gebonden actief.²⁸ Hier is een vergelijking te maken met de situatie dat een bank voor zijn vordering op de failliet vele vormen van zekerheid heeft, waaronder een hypotheek op het onroerend goed. Stel dat de bank uit andere zekerheden betaald zou kunnen worden dan uit de hypothecaire zekerheid. In een dergelijk geval vervalt die zekerheid en is de kb-crediteur, zoals in de eerste casus, als enige gerechtigd tot opbrengst van het onroerend goed, dat dan als gebonden actief moet worden gekwalificeerd.

Als de kosten tot behoud zijn gemaakt vóór de hypothecaire vordering dan gaat de hypotheekhouder voor.²⁹ In dat geval ontvangt de hypotheekhouder de volledige vordering van 750. De resterende 250 is dan gebonden actief ten behoeve van de kb-crediteur. Na omslag van de faillissementskosten resteert voor deze dan een bedrag van 225.

3. Ook het waterschap blijkt een vordering te hebben. Gelijk de kb-crediteur prevaleert het waterschap boven de hypotheekhouder.³⁰ De curator dient er dus zorg voor te dragen dat hij de rechten van zowel het waterschap als de kb-crediteur dient te behartigen. Hij vordert bij de executerende hypotheekhouder derhalve hun vorderingen van 300 en 10 op als 57-3-actief. Dat betekent dat de hypotheekhouder 690 houdt. De kb-crediteur krijgt, na omslag van de 10%, 270 en het waterschap zal dan 9 (10 minus de omslag) ontvangen. Boekraad meent echter dat in een dergelijk geval van samenlopende voorrangrechten op het totaalbedrag van 310 eerst de omslag in mindering dient te worden gebracht en dat dan vervolgens wordt bekeken welke van de bevoorrechte crediteuren prevaleert boven de ander. Degene met de hoogste ranking krijgt dan zijn vordering volledig betaald (dus voor deze in feite zonder een bijdrage in de omslag van de faillissementskosten) en de lagere ontvangt dan het restant.³¹ Ergo: in Boekraad's visie resteert na omslag 279 (310-31), wat de kb-crediteur (als hij prevaleert boven het waterschap³²) dan geheel zou ontvangen, waarna niets voor het waterschap overblijft. Deze benadering lijkt niet juist. Immers, er dient ten behoeve van twee verschillende bevoorrechte crediteuren een *tweetal* verschillende bedragen te worden ingebracht. Het lijkt dan voor de hand te liggen dat op ieder van die ingebrachte bedragen de omslag plaatsvindt en iedere crediteur daarna het hem toekomende ontvangt.³³

Een tussenvariant: stel dat de executie door de hypotheekhouder slechts 250 zou hebben opgeleverd. Ook in dat geval prevaleren kb-crediteur en waterschap natuurlijk boven de hypotheekhouder. Deze dient de gehele opbrengst van 250 aan de boedel af

²⁸ Zie daarvoor ook Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen, p. 17. Daar worden andere voorbeelden gegeven, waaruit blijkt dat, afhankelijk van de omstandigheden, gedurende de afwikkeling van het faillissement een actief van hoedanigheid kan veranderen.

²⁹ Zie artikel 3:284 lid 2 juncto artikel 3:279 BW.

³⁰ Zie artikel 138 Waterschapswet.

³¹ Zie daarvoor zijn dissertatie “Afwikkeling van de faillissementsboedel”, 1997, paragraaf 4.4, p. 177-178.

³² Als zijn vordering dateert van ná de aanslag van het Waterschap

³³ Zie ter zake ook Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen sub 6.3.10, p. 74-75.

te staan en ontvangt zelf dus niets. In dat geval dient bezien te worden ten behoeve van wie het 57-3-actief wordt ingebracht.

- Als de kosten tot behoud dateren van *na* de aanslag waterschapsbelasting gaat de kb-crediteur voor.³⁴ De kb-crediteur ontvangt dan 225 (250 verminderd met de omslag) en het waterschap niets.
 - In het geval de kosten van behoud dateren van *vóór* de aanslag gaat het waterschap voor. Dat zou betekenen dat deze 9 ontvangt (10 minus de omslag) en de kb-crediteur 216 (240 minus 24).³⁵
4. In deze modus doet de fiscus ook mee voor 400. Deze heeft geen *bijzonder* voorrecht op de opbrengst van het onroerend goed, maar een *algemeen* voorrecht.³⁶ Dat betekent dat de hypotheekhouder voorgaat op de fiscus. De verhouding tot de kb-crediteur is afhankelijk van de vraag of diens vordering is ontstaan *vóór* of *ná* de betreffende fiscale aanslag(en). Is de kb-vordering ontstaan *ná* een aanslag dan gaat de kb-crediteur *vóór* de fiscus. Zijn die kosten gemaakt *vóór* de aanslag dan prevaleert de vordering van de fiscus.³⁷

De verhouding tussen de vordering van de fiscus en die van het waterschap is niet geheel duidelijk, maar omdat in de beide van belang zijnde artikelen³⁸ wordt gesteld dat beide gaan “boven *alle andere* voorrechten” (behoudens hier niet van belang zijnde uitzonderingen) mag men ervan uitgaan dat deze dezelfde ranking hebben, omdat kennelijk hiermee een uitzondering op de hoofdregel (i.e. bijzondere voorrechten gaan boven algemene) is beoogd.³⁹

Omdat we tevens hebben gezien dat de kb-vordering voor wat betreft de rangorde jegens de vordering van het waterschap ook nog eens afhankelijk is van de vraag of deze kb-vordering *vóór* of na aanslag waterschapsbelasting is ontstaan en bovendien in de relatie met die hypothecaire vordering ook relevant is of de kb-vordering voor of na de hypotheekvordering is ontstaan leidt een en ander tot maar liefst acht modaliteiten:

- a. In deze variant gaan wij ervan uit dat de kb-crediteur prevaleert boven de hypotheekhouder (omdat de kosten zijn gemaakt na een eerdere hypotheekvestiging) en een hogere ranking heeft dan de fiscus en het waterschap (omdat de kosten na de betreffende aanslagen zijn gemaakt). Dat betekent dat de curator wederom moet zorgen dat de hypotheekhouder 300 ten behoeve van de kb-crediteur en 10 ten behoeve van het waterschap dient in te leveren. Na omslag van de algemene faillissementskosten ontvangt de kb-crediteur dan wederom 270. De vraag rijst dan vervolgens of het ten behoeve van het waterschap als 57-3-actief binnengehaalde bedrag van 10, resulterend in een bedrag 9 na omslag van de algemene faillissementskosten, wel integraal aan het waterschap kan worden afgestaan. Immers, als juist is dat de fiscale vorderingen een gelijke rang hebben als die van het

³⁴ Zie artikel 138 lid 3 Waterschapswet.

³⁵ Anders dus Boekraad, die meent dat het waterschap in dat geval 10 zou krijgen en niet bijdraagt in de omslag en de kb-crediteur de resterende 215 zal ontvangen.

³⁶ Artikel 21 Iw.

³⁷ Zie hiervoor ook artikel 21 Iw.

³⁸ Artikel 21 lid 2 Iw en artikel 138 lid 3 Waterschapswet.

³⁹ Hoewel men ook zou kunnen bepleiten dat in dat geval de algemene regel (i.e. bijzondere voorrechten gaan boven algemene) juist weer wel gelding moet hebben en dus het waterschap voorgaat. Fikkers lijkt dan ook van mening dat de vordering van het waterschap prevaleert boven de vordering van de fiscus; zie Groene Serie Faillissementsrecht bijlage V onder nr. 7A.

waterschap zou het weleens zo kunnen zijn dat deze dit restantbedrag naar rato van hun vordering (10 voor het waterschap en 400 voor de fiscus) moeten delen.

Er zou dan de vreemde situatie ontstaan dat weliswaar de fiscus een lagere rang heeft dan de hypotheekhouder, maar desalniettemin op deze wijze toch met een deel van het door de hypotheekhouder ingebrachte bedrag aan de wandel gaat.

Over deze kwestie wordt verschillend gedacht. Verstijlen⁴⁰ is van mening dat in dergelijke gevallen de crediteur, te wiens behoefte de curator de belangen ex 57 lid 3 Fw dient te behartigen, gerechtigd is - en ook blijft - tot de betreffende opbrengst, ook al zouden sommige crediteuren in hun relatie met die betreffende 57-3-crediteur een gelijke of hogere ranking hebben. Boekraad daarentegen⁴¹ meent, kort gezegd, dat als de curator eenmaal een bedrag ten behoeve van een bepaalde crediteur op grond van artikel 57 lid 3 in de boedel heeft gehaald, deze zijn unieke verhaalspositie heeft verloren en moet dulden dat binnen de faillissementsconcurfus eventueel hoger bevoorrechte faillissementscrediteuren vóór gaan.

Op deze interessante en zeer van belang zijnde discussie wordt in een aparte paragraaf later ingegaan.

- b. De casus is als hiervoor sub a, met dien verstande dat de kb-crediteur niet boven het waterschap gaat (omdat de kb-vordering dateert van vóór de aanslag waterschapsbelasting). In deze variatie is er geen verschil in uitkomst met de a-casus, omdat zij niet in concurrentie met elkaar lijken te staan. Immers, ook in dit geval incasseert de curator de bedragen van 300 en 10 als 57-3-actief en vindt afwikkeling op dezelfde wijze plaats.
- c. Stel dat de kb-crediteur wel boven het waterschap prevaleert maar niet boven de fiscus (omdat de kb-vordering is ontstaan vóór de fiscale aanslagen). Ook dan zal de curator de bedragen van 300 en 10 gewoon als 57-3-actief kunnen incasseren. In de visie van Verstijlen zou er dan weer gewoon conform de a-casus kunnen worden afgewikkeld. In de visie van Boekraad zou de opbrengst van 300 (na omslag van de faillissementskosten 270) integraal naar de fiscus gaan omdat die met zijn algemene voorrecht een hogere ranking heeft dan de kb-crediteur met zijn bijzonder voorrecht. Het bedrag van 9 (na omslag) zou dan door fiscus en waterschap pondspondsgewijs naar rato van hun vordering worden gedeeld.
- d. Als de kb-crediteur noch boven de fiscus noch boven het waterschap gaat (omdat hun aanslagen van latere datum zijn dan de kb-vordering), maar wel boven de hypotheekhouder, zal er op basis van 57-3 moeten worden ingebracht. Volgens Boekraad zou het bedrag van 300 (na de omslag) geheel aan de fiscus toekomen en het bedrag van 10 (na omslag) door fiscus en waterschap pondspondsgewijs naar rato van hun vordering worden gedeeld.⁴² Bij Verstijlen zou er weer overeenkomstig het sub a vermelde moeten worden afgewikkeld.

⁴⁰ In een al wat ouder artikel *Over botsende voorrechten en zekerheidsrechten, naar aanleiding van HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/Du Bary)*, WPNR 1994/6143, p. 479 e.v.

⁴¹ In zijn bijdrage *Omhoog (of omlaag): Escherachtige rangorde problemen*, Insolad Jaarboek 2001 "Onzekere Zekerheid", p. 59-75.

⁴² Of wellicht zou dan in zijn visie het hele bedrag van 310, na de omslag, ponds-ponds gewijs over fiscus en waterschap moeten worden verdeeld?

- e. Het kan dus ook zijn dat de kb-crediteur *niet* voorgaat op de hypotheekhouder, omdat de hypotheekvordering van latere datum is. Ook deze variant is dan onder te verdelen in vier subvarianten. Die worden hier niet in extenso uitgewerkt (het duizelt nu al ?!). Maar in al die gevallen komt het erop neer dat de hypotheekhouder slechts ten behoeve van het waterschap 10 als 57-3-actief behoeft in te brengen en niets ten behoeve van de kb-crediteur. Dat betekent dat de hypotheekhouder voor zijn vordering van 750 geheel kan worden voldaan. Dat betekent tevens dat de resterende 240 (1000 minus 750 minus 10) als gebonden actief heeft te gelden. Op dit gebonden actief is de kb-crediteur dan in beginsel bevoorrecht. Maar de kans bestaat dat hij de fiscus moet laten voorgaan, als de kb-vordering dateert van vóór de fiscale aanslagen.
5. In de laatste variant van deze casus blijkt ook de aanvrager van het faillissement nog een vordering te hebben van 2. Deze vordering heeft een *algemene* preferentie. De vordering heeft voorrang op het algemene voorrecht van de fiscus en het bijzondere van het waterschap.⁴³ Maar deze aanvraagvordering komt ná de vordering van de hypotheekhouder en die van de kb-crediteur.⁴⁴ Dat leidt dan weer tot zeer vele mogelijke combinaties, afhankelijk van de vraag of de kb-crediteur wel of niet boven de hypotheekhouder, wel of niet boven fiscus en wel of niet boven het waterschap gaat. Al die mogelijke combinaties worden hier niet behandeld. Te vrezen valt dat dan niet alleen de lezer van deze beschouwing, maar ook de auteur zelf op tilt slaat. De beschouwing wordt beperkt tot het navolgende:
- a. Stel dat de kb-crediteur vóór gaat op zowel de hypotheekhouder, de fiscus als het waterschap: dan dient de curator wederom ervoor te zorgen dat de hypotheekhouder 300 voor de kb-crediteur en 10 voor het waterschap als 57-3-actief bij de boedel inlevert. De kb-crediteur krijgt dan weer zijn 270 (300 minus 10%). Kiest men voor de methode Verstijlen dan krijgt de kb-crediteur weer zijn 270 (300 minus 10%) en het waterschap 9 (10 minus 10%). Kiest men voor de methode Boekraad dan gaan de aanvraagkosten vóór fiscus en waterschap. Deze ontvangt dan van de secundaire netto-opbrengst van 9 er 2. De resterende 7 wordt dan pro rata parte verdeeld tussen de crediteuren gelijk in rang, t.w. fiscus en waterschap.
- b. Als de kb-crediteur is ontstaan vóór de fiscale aanslagen, maar ná de aanslag waterschapsbelasting en evenzeer ook ná de hypothecaire vordering dan wordt de situatie anders. De kb-crediteur gaat dan boven hypotheek en waterschap, maar komt ná de fiscus. Wederom moet de curator ervoor zorgen dat, op basis van artikel 57 lid 3 Fw, de bedragen van 300 en 10 door de boedel wordt ontvangen. In de methode-Verstijlen zou dan de kb-crediteur weer gewoon 270 krijgen en het waterschap 9. In de visie van Boekraad zouden het bedrag van 270 dan in beginsel ter beschikking komen van de fiscus omdat deze een hogere ranking heeft dan de kb-crediteur. Maar omdat de aanvrager op zijn beurt boven de fiscus gaat zouden eerst die aanvraagkosten moeten worden betaald, hoewel de aanvrager in ieder geval een lagere ranking heeft dan de kb-crediteur. De secundaire netto-opbrengst van 9 zou dan wellicht pondspondsgewijs moeten worden verdeeld over waterschap en fiscus, hoewel de kb-crediteur een hogere preferentie heeft dan het waterschap. Het curieuze is dan dat de kb-crediteur in een dergelijke situatie in het geheel niets zal ontvangen.

⁴³ Dat staat in artikel 21 Iw en artikel 138 Waterschapswet.

⁴⁴ Vanwege het feit dat deze als bijzonder preferente in het voorrangssysteem voorgaan op algemene voorrechten en er ter zake nergens een uitzondering is gemaakt.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het bepaald niet eenvoudig is om bij samenlopende voorrangregels tot een afwikkeling te komen. De weergegeven casus is niet eens zo gekunsteld of bizar. Bij iedere onroerende zaak, die in het kader van een faillissement moet worden verkocht – en dat is op zich natuurlijk al heel vaak – is het heel normaal dat er een hypotheekhouder is. Vrijwel altijd zijn er vorderingen van het waterschap, heeft de fiscus vorderingen met algemene preferentie, en is er, tenzij er sprake is van een eigen aangifte, ook een aanvrager, die preferente kosten in rekening kan brengen. Kortom, alleen al die elementen zijn gangbare dagelijkse praktijk. De wellicht wat minder voorkomende vorm van bijzondere voorrang is die van de kb-crediteur, doch een dergelijke vordering is niet een zodanige rara avis dat de casus als van een te hoog theoretisch gehalte moet worden beschouwd.

Alvorens aan een en ander verder beschouwingen te weiden of daaruit conclusies te trekken, nog enige andere casuïstiek. (NB: Als het u als lezer nu al duizelt, sla dan de volgende twee casus over. Vindt u goederenrechtelijke puzzels een aardig “tijdverdrijf” probeer dan nog even bij de – moeilijke – les te blijven !)

Casus II

Stel nu dat we in casus I de kb-crediteur voor 300 vervangen door de evenzeer bijzonder preferente vordering van de kleine aannemer uit hoofde van artikel 3:285 BW. Op het eerste gezicht zou dat de uitkomst niet anders maken. Want deze bijzondere preferentie van artikel 3:285 BW is conform het bepaalde in artikel 3:281 lid 1 BW van *gelijke* rang als de vordering van de kb-crediteur.

Ook hier bedriegt de schijn. Want zij zijn slechts gelijk, *tenzij* de wet anders bepaalt. En dat doet de wet, en wel op diverse onderdelen. Hier wordt dat beperkt tot die afwijkingen, die betrekking hebben op onroerende zaken:

- a. Zoals hiervoor gezien gaan kosten tot behoud vóór een eerdere hypotheek. Voor de aannemersvordering geldt dat niet, want die komt altijd na de hypothecaire vordering.⁴⁵
- b. De kb-crediteur gaat vóór de fiscus en het waterschap, voor zover de kosten van behoud dateren *na* hun aanslagen. De vordering van de aannemer komt *altijd na* fiscus en waterschap.⁴⁶

Als we de aannemersvordering in de plaats stellen van die van de kb-crediteur in de eerste casus dan leidt dat tot de navolgende afwikkelingsmodaliteiten:

1. Als alleen de aannemer bevoorrecht is op de opbrengst ad 1000 is er ook hier sprake van een gebonden actief. Na omslag van de algemene faillissementskosten resteert 900, waaruit de aannemer zijn vordering van 300 integraal betaald kan krijgen. De resterende 600 gaat dan ook hier naar het vrije actief.
2. Als ook de hypotheekhouder met zijn vordering van 750 meedoet gaat deze vóór de aannemer. Die krijgt dus gewoon 750 en de resterende 250 is dan gebonden actief ten behoeve van de aannemer, die na de omslag 225 ontvangt.

⁴⁵ Cfr de hoofdregel dat hypotheek gaat boven bijzondere voorrechten en er, anders dan voor een bezitloos pandrecht (zie artikel 3:285 lid 2 BW), voor hypotheek geen afwijking geldt.

⁴⁶ Immers, in artikel 21 Iw en 138 Waterschapswet staat dat deze gaan boven alle andere voorrechten, met daarna genoemd een aantal uitzonderingen, waartoe artikel 3:285 BW niet behoort.

3. Indien het waterschap mee gaat in de concursus prevaleert deze boven de hypotheekhouder. De curator moet dus zorgen dat, als uitgangspunt, 10 als 57-3-actief ten behoeve van het waterschap wordt ingebracht. Er blijft dus 990 over, waaruit de hypotheekhouder zich voor de volle 750 kan voldoen. Het restant van 240 is dan gebonden actief. Het 57-3-actief van 10 lijkt dan ook te promoveren tot gebonden actief, dat dan in totaal 250 wordt. Hierop vindt de omslag plaats. Er resteert dan 225. Omdat het waterschap op dit gebonden actief een hogere rang heeft dan de aannemer krijgt deze dan volledig betaald en de resterende 215 is dan voor de aannemer.
4. In de concurrentie met ook nog de fiscus blijft de aannemer met lege handen staan. Want eerst wordt wederom door de curator aanspraak gemaakt op 10 ten behoeve van het waterschap. De hypotheekhouder voldoet daarna zichzelf, waarna 240 in beginsel als gebonden actief resteert, aangevuld met de 10, die dan "van kleur verschiet". Het bedrag van 225 dat na omslag resteert wordt dan pondspondsgewijs verdeeld tussen fiscus en waterschap (ervan uitgaande dat deze een gelijke rang hebben), omdat deze prevaleren boven de vordering van de aannemer.
5. Als de aanvrager van het faillissement meedoet is er een soortgelijke situatie als hiervoor sub 4, met dien verstande dat de aanvraagkosten worden voldaan voordat fiscus en waterschap het restant pro rata parte verdelen.

Casus III

Ook deze casus zal telkens met een nieuw element worden opgebouwd, en wel met de navolgende:

- De primaire netto-opbrengst (dus: na aftrek van de bijzondere faillissementskosten) van een onroerend goed is na verkoop 1000;
 - Op het goed ligt een beslag voor een vordering van 300, die een willekeurige crediteur heeft op de eigenaar van het onroerend goed;
 - Er rust een hypotheek op van 750;
 - Door een aannemer wordt retentierecht uitgeoefend op het goed voor een vordering van 200, waarbij de retentor tevens het voorrecht van artikel 3:285 BW claimt;
 - Er is een huurder, die schade heeft geleden van 100 als gevolg van het door de hypotheekhouder ingeroepen huurbeding;
 - De fiscus heeft 400 te vorderen;
 - In alle gevallen zal worden uitgegaan van een omslag algemene faillissementskosten van 10%.⁴⁷
1. In de eerste variant treft de curator alleen het beslag op het onroerend goed aan. Dit beslag vervalt op grond van artikel 33 Fw. De gehele opbrengst van 1000 wordt beschouwd als vrij actief en staat, na aftrek van de algemene faillissementskosten, ter verdeling onder alle crediteuren, overeenkomstig hun rang.
 2. Als we ervan uitgaan dat de hypotheek is gevestigd ná het gelegde beslag hebben we de situatie die door de Hoge Raad is beslecht in het arrest Banque du Suez/Bijkerk.⁴⁸ Door het faillissement vervalt het beslag. Dat heeft niet tot gevolg dat de hypotheekhouder dan in feite "opschuift" en zich kan verhalen op het deel waarvoor

⁴⁷ Zie hiervoor ook voetnoot 24.

⁴⁸ Hoge Raad 13 mei 1988, NJ 1988/748 met noot Van der Grinten. In feite is dit arrest later voor roerende zaken nog eens bevestigd in: Hoge Raad 22 april 2005, NJ 2006/56, met noot Kortmann (Reuser/Postbank).

beslag is gelegd. De Hoge Raad oordeelde dat de opbrengst van het beslagen goed in de boedel valt, voor zover die opbrengst de vordering van de beslaglegger niet overtreft. In ons voorbeeld betekent dit dat het bedrag van 300 in de boedel komt en dat voor de hypotheekhouder 700 op zijn vordering van 750 resteert. Vervolgens rijst de vraag of de 300, die in de boedel valt, over *alle* crediteuren overeenkomstig hun rang dient te worden verdeeld. Of mag de beslaglegger zich hierop (na omslag van de algemene faillissementskosten) exclusief verhalen? Verstijlen is van mening dat het laatste het geval is, terwijl Boekraad vindt dat het bedrag onder alle daarvoor in aanmerking komende crediteuren moeten worden verdeeld.⁴⁹ Het door Boekraad ingenomen standpunt lijkt het meest voor de hand te liggen. Daarop zal het in het volgende hoofdstuk worden ingegaan.

3. De retentor/kleine aannemer met zijn vordering van 200 meldt zich. Als retentor heeft hij voorrang boven alle latere rechten (dat geldt zowel eigendomsrechten, beperkte rechten en voorrechten) van derden. Hij heeft tevens voorrang boven eerdere rechten van derden, mits de betreffende schuldenaar (later gefailleerde) tot het sluiten van de overeenkomst bevoegd was. In deze casus wordt ervan uitgegaan dat die bevoegdheid er was. Dat betekent dat het retentierecht een uitermate sterk recht is. De retentor heeft, buiten faillissement, evenwel niet het recht van parate executie. Hij zal dan eerst de beschikking moeten krijgen over een executoriala titel en vervolgens executoriala beslag moeten leggen om tot verkoop over te gaan, ten einde, al dan niet in het kader van een rangregeling, uit de opbrengst voldaan te worden.⁵⁰ In een faillissementssituatie lijkt de positie van de retentor sterker, maar is het niet. Hij lijkt sterker omdat krachtens artikel 60 lid 3 Fw de retentor wel het recht van parate executie heeft indien althans de curator, na een door de retentor gestelde termijn, de vordering van de retentor niet inlost en evenmin het goed opeist om met toepassing van artikel 101 of 176 te verkopen. Echter, in de praktijk zal de curator wel tot opeising van het goed overgaan, indien te verwachten is dat er een netto-opbrengst zal zijn.⁵¹ Dat betekent dat, als de curator verkoopt, de retentor weliswaar voorrang houdt op de opbrengst voor het bedrag van zijn vordering, maar zich de omslag algemene faillissementskosten moet laten welgevalen.⁵²

Als kleine aannemer lijkt de retentor niet veel te hebben aan zijn voorrecht ex artikel 3:285 BW. Dit voorrecht gaat nimmer boven hypotheek.

In casu wordt ervan uitgegaan dat de curator heeft opgeëist. De vraag rijst of de curator zelf ex artikel 176 Fw mag (dan wel moet) verkopen en daardoor het recht van parate executie van de hypotheekhouder komt te vervallen. Of behoudt de hypotheekhouder wel het recht van parate executie en kan hij op grond van artikel 57 Fw zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement ware? Zoals Steneker opmerkt⁵³ lijken er geen steekhoudende redenen aanwezig te zijn om aan te nemen dat de hypotheekhouder, bij toepassing door de curator van het opeisingrecht van artikel 60 lid 2 Fw, zijn separatistenpositie zou verliezen. Bij verkoop door de curator zou dan namelijk de

⁴⁹ Zie voor Verstijlen, voetnoot 40 en voor Boekraad voetnoot 41.

⁵⁰ Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*2010, nr. 515; Tekstra, *Botsing van pand en hypotheek met andere rechten*, jaarboek Insolad 2001 "Onzekere Zekerheid", p. 161 e.v.; Faber, *Retentierecht en art. 57 lid 3 en 60 Fw*, NbBW 1998 p. 75 e.v.; Verdaas, SDU Commentaar Insolventierecht, artikel 57 en 60 Fw; Zie voorts artikel 3:290 e.v. BW.

⁵¹ Zie Tekstra t.a.p.

⁵² Zie Tekstra t.a.p.; idem Faber t.a.p. en Verdaas t.a.p. Zie tevens Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*2010, nr. 508.

⁵³ In zijn noot onder de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, 9 maart 2007, JOR 2007/163.

hypotheekhouder waarschijnlijk ook moeten meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Het valt niet in te zien dat, doordat het retentierecht tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen, de positie van de hypotheekhouder verder verslechtert dan dat hij bij verdeling van de executieopbrengst de retentor vóór moet laten gaan.⁵⁴ Uitgaande van het feit dat de hypotheekhouder mag executeren (dan wel dat de curator verkoopt en er sprake is van een zogeheten oneigenlijke lossing⁵⁵) zou de afwikkeling tot 2 varianten kunnen leiden:

- a. Als de *beslaglegger* exclusief gerechtigd zou zijn tot 300 (minus omslag), de Verstijlen-benadering dus, zou deze 300 door de hypotheekhouder ten behoeve van de beslaglegger als 57-3-actief moeten worden afgestort en vervolgens zou de hypotheekhouder nog eens een bedrag van 200 ten behoeve van de retentor als 57-3-actief aan de boedel moeten laten. De hypotheekhouder ontvangt dan de resterende 500. De beslaglegger en de retentor ontvangen dan (na de omslag van 10%) respectievelijk 270 en 180.
 - b. Ervan uitgaande dat het beslagen deel strekt *ten behoeve van alle crediteuren*, overeenkomstig hun voorrangsposities (de Boekraad-variant), betekent het dat ten behoeve van de boedel een bedrag van 300 strekt en de hypotheekhouder 700 ontvangt. Van het bedrag van 300 zou dan 200 gelden als 57-3-actief ten faveure van de retentor en de resterende 100 als vrij actief. Na omslag van de algemene faillissementskosten resteert er dan voor de retentor 180 en ten behoeve van de overige crediteuren 90 (100 minus 10).⁵⁶ Het is ook deze oplossing die de rechtbank 's-Gravenhage heeft gekozen.⁵⁷ Zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken lijkt dit ook de juiste uitkomst.
4. De huurder met zijn schadevergoedingsvordering van 100 voegt zich in de concursus. Krachtens artikel 3:264 lid 7 BW is die huurder – die zijn huurrecht heeft verloren op grond van het huurbeding – bevoorrecht op de opbrengst van het onroerend goed onmiddellijk na de hypotheekhouder. Aangenomen moet worden dat hij ook komt nà degene, die boven hypotheek gaan, zoals de retentor. Uitgaande van de juistheid van de hiervoor sub 3b gekozen variant zou dat betekenen dat van de 300 die in de boedel komt (nadat de hypotheekhouder 700 heeft ontvangen) er 200 ten faveure van de retentor strekt en 100 ten behoeve van de huurder. Dat zou dus betekenen dat deze, na de omslag, respectievelijk 180 en 90 ontvangen. Ook dan ontstaat weer een

⁵⁴ Aldus ook Verdaas (SDU Commentaar Insolventierecht, bij artikel 60 Fw sub C.2.2); zo kennelijk ook Tekstra, t.a.p. op p. 162; anders J. van Hees in zijn noot onder rechtbank Arnhem 24 december 1997, JOR 1998/83, die van mening is dat bij opeising door de curator de hypotheekhouder zijn separatistenpositie wel verliest en, gelijk de retentor, moet meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Overigens is er ook in de wetsgeschiedenis geen aanwijzing te vinden dat de hypotheekhouder zijn recht tot parate executie zou verliezen (Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen, deel III sub artikel 60).

⁵⁵ De curator verkoopt dan in overleg met de hypotheekhouder, zonder dat deze zijn separatistenpositie prijs geeft, waarna op grond van artikel 58 lid 2 Fw de hypotheekhouder (geheel of gedeeltelijk) wordt ingelost.

⁵⁶ Om de puzzel nog ingewikkelder te maken: men zou ook kunnen stellen dat de 300, die in de boedel komt, in de relatie tot de retentor als gebonden actief moet worden beschouwd. Na omslag van de algemene faillissementskosten resteert dan 270, waaruit de retentor met zijn vordering van 200 geheel zou kunnen worden voldaan, waarna het restant naar het vrij actief gaat. En om er nog maar een andere dimensie aan toe te voegen: wellicht zou ook gesteld kunnen worden dat de retentor als kleine aannemer op grond van artikel 3:285 BW voor zijn resterende vordering van 20 bevoorrecht is op voornoemde (meeropbrengst van) 70, zodat deze als gebonden actief moet worden gekwalificeerd.

⁵⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 9 maart 2007, JOR 2007/163 met noot Steneker. Terecht stelt Steneker in zijn noot (sub 4) dat de rechtsoverweging ten overvloede van de rechtbank, inhoudende hoe de retentor aan de omslag van de algemene faillissementskosten had kunnen ontkomen, niet juist is.

ogenschijnlijk merkwaardige situatie. Want hoewel de huurder komt na de hypotheekhouder ontvangt hij 90, terwijl de hypotheekhouder nog niet geheel is voldaan. Immers, die heeft dan 700 ontvangen op zijn vordering van 750.⁵⁸

5. De fiscale vordering ad 400 lijkt de sub 4 bedoelde afwikkeling niet te verstoren. De hypotheekhouder gaat zonder meer al voor het voorrecht van de fiscus. Dat geldt ook voor de retentor en de huurder. Immers, deze hebben een *voorrangsrecht*. In artikel 21 van de Invorderingswet is in lid 2 bepaald dat de fiscus gaat boven alle andere *voorrechten*, met uitzondering van de daargenoemde voorrechten. Dat zou dus moeten betekenen – maar ook dat is niet zeker - dat, zoals de fiscus als uitgangspunt pand en hypotheek moet laten voorgaan, dat ook geldt ten aanzien van de rechten van voorrang van de retentor en huurder.

Ook deze casus, die zich in de praktijk heel wel laat denken, toont aan dat het bepaald niet eenvoudig is om tot een (juiste) afwikkeling te komen. En dan zijn nog niet eens alle mogelijke verwickelingen in kaart gebracht.

Verstijlen versus Boekraad

De curator is op basis van artikel 57 lid 3 Fw gehouden om de belangen te behartigen van die bevoorrechte crediteuren, die in rang boven de pand- of hypotheekhouder gaan. Dat leidt ertoe dat de curator in dergelijke gevallen van de pand- of hypotheekhouder bedragen zal moeten opeisen ter grootte van (maximaal) de vorderingen van die preferente crediteuren. Deze bedragen komen als 57-3-actief in de boedel, als primaire netto-opbrengsten. Op grond van artikel 182 lid 1 Fw moet de curator over deze netto-opbrengsten een evenredig deel van de algemene faillissementskosten omslaan om zodoende te komen tot de daarbij horende secundaire netto-opbrengst. Tot hier lijkt het systeem duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar. De daarna te beantwoorden vraag is of deze secundaire netto-opbrengst *uitsluitend* bestemd is voor die preferente crediteur die boven de pand- of hypotheekhouder gaat dan wel of deze vervolgens, conform de wettelijke regels van voorrang, ter beschikking staat van *alle* faillissementscrediteuren.

Hiervoor zijn al meerdere voorbeelden gegeven. Ik herhaal er één.⁵⁹ de crediteur met een vordering uit hoofde van kosten tot behoud gaat vóór de hypotheekhouder maar komt na de fiscus.⁶⁰ De hypotheekhouder komt echter vóór de fiscus. Ergo: A gaat vóór B, B gaat vóór C, maar C gaat weer vóór A. Hoe dan deze puzzel op te lossen?

In de visie van Verstijlen dient de curator de ten behoeve van de kb-crediteur als 57-3-actief ontvangen gelden ook exclusief ten behoeve van deze crediteur te separeren. De consequentie hiervan is dat de fiscus, ondanks het feit dat die een hogere ranking heeft dan de kb-crediteur, niets van dat 57-3-actief zal ontvangen. Verstijlen nam dit standpunt al in 1994 in.⁶¹ In een artikel in 2006 verwijst hij nog naar zijn eerdere artikel en maakt ook melding van de andersluidende opvatting van Boekraad, zodat het er voor mag worden gehouden dat Verstijlen's standpunt niet is veranderd.⁶²

⁵⁸ In de Verstijlen-variant van 3a ontvangt de huurder in het geheel niets omdat dan beslaglegger en retentor voorgaan.

⁵⁹ Casus I sub 4c.

⁶⁰ In het geval dat de vordering van de kb-crediteur is ontstaan vóór de fiscale aanslagen.

⁶¹ In zijn artikel "Over botsende voorrechten en zekerheidsrechten", WPNR 1994/6143 p. 479-482.

⁶² Vide "Moet de faillissementscurator aan het worteltrekken?", TvI 2006, 24 p. 109-110.

Boekraad is van mening dat, als het 57-3-actief eenmaal is ingebracht, het juist niet (meer) exclusief ter beschikking staat van de crediteur ten wiens behoefte het is ingebracht, maar alsdan moet worden gekeken of er wellicht hogere bevoorrechte crediteuren zijn. In ons voorbeeld zou dus weliswaar ten behoeve van de kb-crediteur zijn ingebracht, maar omdat de fiscus in dat geval een hogere ranking heeft dan die kb-crediteur dient uit die secundaire netto-opbrengst eerst de fiscus te worden voldaan.⁶³

Voor hun verschillende en uiteenlopende standpunten baseren zij zich beiden m.n. op dezelfde arresten van de Hoge Raad, te weten Dutch Air/De Bary⁶⁴ en Banque du Suez/Bijkerk.⁶⁵

In het jongste arrest van de twee (Dutch Air/De Bary) ging het inderdaad om een voorrangssituatie, waarbij een later gefailleerde zijn voorraden in fiduciaire eigendom (onder het oude recht was dat mogelijk) had overgedragen aan de bank De Bary. Dutch Air had als douane-expediteur een (algemeen) voorrecht dat boven de fiduciaire zekerheid van de bank ging. In een rechtstreekse procedure met de bank trachtte Dutch Air zijn voorrecht te gelde te maken. Dutch Air probeerde dat dus buiten de curator en het faillissement om “als ware er geen faillissement”. De Hoge Raad stond dit Dutch Air niet toe, omdat deze niet als separatist kon worden beschouwd. Daarom moest Dutch Air, volgens de Hoge Raad, de vordering in het faillissement indienen. De curator zou dan bij de bank afdracht moeten eisen (op basis van artikel 57 lid 3 Fw) van een bedrag ter grootte van de vordering van Dutch Air, waarna de afwikkeling van de vordering van Dutch Air via de boedel zou lopen. Boekraad concludeert uit dit arrest dat de Hoge Raad bedoeld heeft dat vervolgens de vordering van Dutch Air in het faillissement zou moeten worden behandeld als elke andere vordering van enige andere crediteur. Verstijlen zegt daarover:

De omstandigheid dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest de vordering van Dutch Air zo uitdrukkelijk behandelt als elke andere vordering, zou kunnen suggereren dat de rang van Dutch Air op de uitdelingslijst inderdaad moet worden afgezet tegen de rang van de overige schuldeisers.[...] Naar ik meen kan deze konklusie niet worden aanvaard. Zij miskent dat de zekerheidseigendom alleen ten opzichte van de expediteur wordt gerespecteerd [...] Dat de curator met een beroep op het voorrecht van de expediteur (een gedeelte van) de opbrengst van de in zekerheidseigendom overgedragen goederen in de boedel kan doen vloeien, betekent niet dat deze gelden op dezelfde wijze als de overige gelden moeten worden verdeeld. Dit zou tot gevolg hebben dat de relativering van de zekerheidseigendom ook jegens anderen werkt, en zou – in de woorden van Kleijn – een “verabsolutering vormen van de relativering.”⁶⁶

De volgende kanttekeningen lijken op zijn plaats:

- a. De casus in het arrest ging helemaal niet over de vraag wie in een faillissement voorgaat. In deze procedure – waarin noch curator noch andere crediteuren betrokken waren – ging het slechts over de vraag of de Dutch Air buiten het faillissement om als een soort separatist zijn voorrecht kon verzilveren. Dat mocht niet van de Hoge Raad. Dutch Air moest zich wenden tot de curator, die dan zou moeten zorgen dat een bepaald goed als 57-3-actief in de boedel kwam. Niets meer en niets minder heeft de Hoge Raad beslist. De Hoge Raad liet zich niet uit over de vraag hoe dan vervolgens binnen faillissement zou moeten worden afgewikkeld.

⁶³ Zie Boekraad's bijdrage *Omhoog (of omlaag): Escherachtige rangordeproblemen*, Insolad Jaarboek 2001 “Onzekere Zekerheid”, p. 59-75.

⁶⁴ Hoge Raad 5 november 1993, NJ 1994/258 met noot Kleijn.

⁶⁵ Hoge Raad 13 mei 1988, NJ 1988/748 met noot Van der Grinten.

⁶⁶ Zie WPNR 1994/6143 p.481 linker kolom.

- b. In dit arrest ging het om een *algemeen* voorrecht van de douane-expediteur. Het ging dus niet om een *bijzonder* voorrecht, dat wil zeggen een voorrecht op een *bepaald* goed.
- c. In het arrest ging het om de relativering van aan een derde (de bank) toebehorende *eigendom*. Weliswaar ging het om eigendom tot zekerheid (zoals onder het oude recht mogelijk was), maar dat is iets anders dan de huidige zekerheidsvormen van pand en hypotheek. Bij deze laatste zekerheidsvormen is de (later) gefailleerde de eigenaar en niet een derde, wiens eigendom dient te worden gerelativeerd.⁶⁷

Mede op grond van deze kanttekeningen lijken de gevolgtrekkingen, die zowel Boekraad (uit het arrest zou volgen dat de douane-expediteur gewoon met andere crediteuren om de voorrang zou moeten concurreren) als Verstijlen (de zekerheidseigendom mag alleen ten opzichte van de expediteur worden gerelativeerd) op basis van dit arrest maken, niet zonder meer concludent. Het arrest lijkt derhalve noch in de ene noch in de andere richting een afdoende oplossing te geven.

In het arrest Banque du Suez/Bijkerk ging het helemaal niet om een *voorrangsrechtelijke* situatie. Er was geen sprake van een (bijzonder) voorrecht of een andere vorm van voorrang. Er was beslag gelegd, voorafgaande aan een hypotheekvestiging. Beslag scheidt, als uitgangspunt, geen voorrang. Buiten faillissement kan op hetzelfde goed door meerdere crediteuren beslag gelegd worden, waarbij het niet zo is dat het oudste beslag prevaleert boven latere beslagen. Bij meerdere beslagen zullen de beslagcrediteuren overeenkomstig de tussen hen geldende rangregeling hebben af te wikkelen. Als er na gelegde beslagen een faillissement volgt en door de werking van artikel 33 Fw de beslagen als vervallen moeten worden beschouwd zijn degenen, die wel beslag hebben gelegd evenmin bevoorrecht boven die crediteuren die vóór faillissement geen beslagleggers waren. Ook in die zin scheidt beslaglegging geen enkele voorrang. De beslagleggers van vóór het faillissement zullen conform de *paritas creditorum* moeten delen met de andere schuldeisers, met inachtneming van de normale voorrangsregels. Weliswaar kan de beslaglegger zich buiten faillissement jegens de hypotheekhouder op het standpunt stellen dat hij bij de verdeling van de opbrengst vóór gaat op de hypotheekhouder. Maar als er een faillissement is uitgesproken dan moet van de opbrengst van het beslagen goed een bedrag ter grootte van de vordering van de beslaglegger ten behoeve van de boedel worden afgedragen. Want het individuele beslag van de individuele beslaglegger is overgegaan in het algemene beslag van het faillissement. De Hoge Raad overwoog in dit arrest⁶⁸:

..... dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger niet overtreft, en dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt.

Verstijlen leidt uit de laatste zinsnede van de Hoge Raad af dat daarmee zou zijn vastgesteld dat de opbrengst, die aldus in de boedel komt, exclusief bestemd is voor de beslaglegger. Boekraad meent dat de Hoge Raad dit niet bedoeld heeft en redelijkerwijs ook niet bedoeld kan hebben en dat er sprake is van een vergissing. Deze laatste visie wordt door velen gedeeld.⁶⁹ In een min of meer vergelijkbare situatie⁷⁰ overwoog de Hoge Raad ook zelf later

⁶⁷ Welke relativering van eigendom, onder het oude recht, ook aan de orde was in Van Wessem/Traffic, Hoge Raad 6 maart 1970, NJ 1970/433 en in het arrest Van Gend & Loos, Hoge Raad 7 maart 1975, NJ 1976/91.

⁶⁸ Zie slot van rechtsoverweging 3.1.

⁶⁹ Op de eerste plaats door Van der Grinten in zijn annotatie onder het arrest. Ook wordt verwezen naar Heyman/Bartels *Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen*, NTBR

dat artikel 33 lid 2 Fw tot gevolg heeft dat de beslagen vordering in het faillissement valt en daarmee strekt tot verhaal voor de schuldenaar die beslag heeft gelegd én de overige schuldeisers. De Hoge Raad lijkt hier zijn (mogelijke) vergissing te corrigeren. Het beslagen bedrag staat dus kennelijk niet exclusief ter beschikking van de oorspronkelijke beslaglegger. A fortiori blijkt dat ook nog eens uit een arrest van 2009, inzake Ontvanger/De Jong.⁷¹ In de casus van dit arrest was executoriaal beslag gelegd, door de fiscus, op machines van de schuldenaar. Deze laatste verkocht daarna, vlak vóór zijn eigen faillissement, de machines door aan een derde, die vervolgens ook failliede. De Hoge Raad concludeerde op de eerste plaats dat in deze situatie de vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Vervolgens werd geconcludeerd dat ex artikel 33 lid 2 Fw het beslag vanwege het faillissement van de derde-verkrijger was vervallen. Ten slotte concludeerde de Hoge Raad dat de beslaglegger in het faillissement van de *derde-verkrijger* kon (en ook moest) opkomen “om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak”. Daarbij werd tevens overwogen dat “de beslaglegger geen aanspraak heeft op afzonderlijke uitkering van de opbrengst of verdeling daarvan op de voet van artikel 481 e.v. Rv, maar het hem toekomende langs de weg van de uitdelingslijst zal ontvangen”. Met andere woorden: zelfs in een dergelijke situatie werd de beslaglegger, die geen vordering had op de derde-verkrijger, maar op diens rechtsvoorganger, *niet* als exclusief gerechtigd tot de opbrengst van het beslagen goed beschouwd, maar moest hij meedelen met de “echte” schuldeisers van de gefailleerde derde-verkrijger. Daaruit lijkt eens te meer te concluderen dat de Hoge Raad de beslaglegger niet als een soort semi-separatist beschouwt, zoals Verstijlen dat wel betoogt.⁷²

Ook middels dit arrest kan de juistheid van de standpunten van hetzij Boekraad hetzij Verstijlen niet worden vastgesteld. Dat van Verstijlen niet, omdat het door hem daarin gelezen “semi-separatisme” door de latere arresten van de Hoge Raad lijkt te zijn achterhaald. Dat van Boekraad niet, omdat het bij een beslagsituatie als in dit arrest niet gaat om botsende voorrechten of andere voorrangrechten. Het beslag scheidt *geen* voorrang en alleen al om die reden kan het niet botsen met andere voorrangcrediteuren.

Voor zover bekend hebben andere schrijvers zich niet met de controverse tussen Boekraad en Verstijlen bezig gehouden. Van Mierlo heeft weliswaar het probleem van de “Escherachtige” rangordeproblemen onderkend⁷³, maar hij geeft voor het probleem geen (voorkeurs)oplossing.⁷⁴ Ook in de door de wetgever - al lang geleden - beoogde wetswijziging⁷⁵ wordt geen oplossing van het gesignaleerde “Escherachtige” problemen gegeven. Evenmin lijkt de wetgeschiedenis van de bestaande regelgeving soelaas te bieden. De wetgever heeft allerlei preferenties en andere voorrangsvormen gecreëerd

1998/7 p. 219 e.v.; Oudelaar *Gelegde beslagen vervallen. Of niet?*, WPNR 5887 (1988), p. 534; Van der Kwaak in CJHB (Brunner-bundel), 1994, p. 238-239.

⁷⁰ In het arrest Reuser/Postbank, Hoge Raad 22 april 2005, NJ 2006/56 met noot Kortmann, rechtsoverweging 3.3.

⁷¹ Hoge Raad 20 februari 2009, NJ 2009/376 met noot (A) van Mierlo.

⁷² Zie over dit arrest onder andere Biemans *Het faillissement van de derde-rechthebbende*, TVI 2009, 15 p. 78 e.v.

⁷³ In *Puzzels voor een curator, in geval van fiscale invordering en andere redenen van voorrang*, in: “De Curator, een Octopus, 1996 p. 81-99.

⁷⁴ Evenmin doet hij dat in de 14^{de} druk van de Asserserie, Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*2010, hoofdstuk 5 (voorrechten) en hoofdstuk 6 (retentierecht).

⁷⁵ Wetsvoorstel 22 942, dat beoogde om alle bevoorrechte vorderingen in het BW onder te brengen, maar dat al bijna 20 jaar (!) stil ligt. Dit ontwerp biedt wel enige oplossingen in de doolhof van voorrangrechten en de daarop toepasselijke afwijkingen, maar ook conform dat voorstel zou onze puzzel (kb-crediteur gaat voor hypotheekhouder; hypotheekhouder gaat voor fiscus en fiscus gaat weer voor kb-crediteur) blijven bestaan.

zonder zich, zo schijnt het althans, rekenschap te geven van de problemen en botsingen en schier onoplosbare puzzels die zich daarbij voordoen. Ook de aan het gehele systeem ter grondslag liggende dogmatiek lijkt niet tot een eenduidige oplossingsrichting te leiden.

Althans, dat kan gesteld worden met betrekking tot botsende *voorrangsrechten*. Die oplossing ligt wel voor de hand in de hierboven beschreven *beslagsituaties*. Want het lijkt erop, en het is ook het meest logisch, dat bij een beslaglegging, voorafgaande aan een pand- of hypotheekvestiging, en een nadien gevolgd faillissement, het gelegde beslag opgaat in het algehele faillissementsbeslag en dat de bedragen, die daartoe in de boedel komen, ter beschikking staan voor *alle* faillissementscrediteuren, overeenkomstig hun ranking. De gedachte van Verstijlen, dat het door de boedel ontvangen bedrag exclusief ter beschikking dient te staan van de beslaglegger, lijkt niet concludent en zeker niet voor de hand te liggen.

Ten aanzien van de wel botsende *voorrangsrechten* is zowel voor het standpunt van Boekraad als dat van Verstijlen het nodige te zeggen. Want waarom zou als er ten behoeve van een *bepaalde* crediteur moet worden ingebracht deze vervolgens een ander moeten laten voorgaan? (Verstijlen) Of waarom zou een hoger bevoorrechte crediteur hebben te gedogen dat een lager preferente de opbrengst krijgt? (Boekraad) Maar tegelijkertijd lijken er toch onvoldoende “tools” aanwezig te zijn om een verantwoorde keuze te kunnen maken. Het door Verstijlen bepleite “semi-separatisme”, inhoudende dat de opbrengst wel via de boedel loopt en onderhevig is aan de omslag algemene faillissementskosten, maar vervolgens ook wordt uitgekeerd aan die crediteur, ten behoeve van wie het in de boedel is gekomen, is wel een duidelijke en zeer praktische oplossing. Misschien is het daarom ook wel de meest wenselijke oplossing, bij gebreke van een duidelijke keuze van de wetgever. Dat zou dus in concreto betekenen dat in de hiervoor in dit hoofdstuk bedoelde eenvoudige casus de kb-crediteur de opbrengst ontvangt van het door de curator opgeëiste 57-3-actief en hij niet, zoals door Boekraad bepleit, de fiscus met zijn hogere (algemene) voorrecht behoeft te laten voorgaan.

Tot slot

Het thans bestaande systeem van *voorrangsrechten* leidt tot samenlooperikelen en onderlinge botsingen, die soms onoplosbaar zijn of lijken. Dat blijkt wel uit de in dit artikel besproken casusposities, die alles behalve buitenissig zijn of een te hoog academisch gehalte hebben. De besproken casusposities kunnen zich daadwerkelijk in de praktijk voordoen en zijn er feitelijk ook. Men dient zich daarbij dan ook te bedenken dat de betreffende casusposities nog maar het topje van de ijsberg vormen. Alleen al met betrekking tot de afwikkeling van *voorrangsrechten* op *onroerend* goed zijn er nog tientallen andere modaliteiten te bedenken en als we die zouden uitbreiden tot samenlopende en botsende *voorrangsrechten* op alle andere soorten goederen dan zijn de verschillende mogelijkheden schier eindeloos.

Het bleek best wel eens aardig om, op een lange zomeravond gezeten in de achtertuin, diverse casusposities in kaart te brengen en dan wat “goederenrechtelijk te puzzelen” ten aanzien van mogelijke oplossingen. Het is misschien zelfs interessanter dan het oplossen van de moeilijkste sudoku's. Maar de vraag “*Waar heb dat nou voor nodig?*”⁷⁶ dringt zich wel sterk op. Waarom toch al die *voorrangsrechten*? Is er wel voldoende rechtvaardiging voor al

⁷⁶ zoals Barend Servet in 1973 zong in Wim T. Schippers' VPRO televisie-programma “De Sjef van Oekel-show”

die voorrangspozities? “*Pollens, wat een heisa!*”.⁷⁷ Natuurlijk, pand en hypotheek vormen in het kader van de financieringspraktijk een onmiskenbare functie. En wellicht moet het hoge fiscale voorrecht alleen al om budgettaire redenen gehandhaafd worden. Maar is er wel een diepere rechtvaardiging voor al die andere voorrangregels? Bedacht dient te worden dat het beginsel van de *paritas creditorum* voorop staat. Immers, iedere schuldeiser is gelijk aan iedere andere, *tenzij*... Maar dat “tenzij” moet dan wel voldoende body hebben en zeker voldoende doordacht zijn. En als handhaving van sommige voorrangregels al wenselijk zou zijn, dienen ten aanzien van de onderlinge verhoudingen door de wetgever in ieder geval duidelijke en gemotiveerde keuzes gemaakt te worden.

Maar lijkt het, ook en juist als we de bovenstaande puzzels in de beschouwingen betrekken, niet eerder voor de hand te liggen om, indachtig hetgeen Von Ebner-Eschenbah in de 19^e eeuw al meldde, t.w. “Der grösste Feind des Rechtes ist das Vorrecht”⁷⁸, te doen wat Vriesendorp al in 2001 bepleitte⁷⁹ en ook in 2007 in het Voorontwerp Insolventiewet van de daartoe ingestelde staatscommissie (commissie Kortmann) is aangegeven?⁸⁰ Te weten: schaf de voorrechten en andere voorrangssituaties zoveel mogelijk af ! Moge de in dit artikel gesignaleerde “mer à boire” aan afwikkelingsproblemen daartoe mede een aansporing zijn: Wetgever, doe nu eindelijk eens wat !

⁷⁷ Dat zong Servet in dezelfde show.

⁷⁸ Geciteerd door Erasmus, *Bevoorrechte Vorderingen*, Studiepockets Privaatrecht, 1975, p. 35.

⁷⁹ In zijn bijdrage *Zeker een goed verhaal: contouren van een nieuw preferentiestelsel*, Jaarboek Insolad 2001 “Onzekere zekerheid”, p. 3 e.v.

⁸⁰ Zie het *Voorontwerp Insolventiewet* in *Geschiedenis van de Faillissementswet 2-IV*, p. 152 sub 16.