

## VOORWOORD

### ***Uit het voorwoord bij de eerste druk***

- *S'il est, dans notre droit, une matière dans laquelle il faille renoncer à tout essai de synthèse logique et rationnelle, c'est bien celle du privilege.*

- *Le droit de rétention est une des matières les plus délicates et les plus incertaines de notre droit civil.*

Twee citaten uit het werk van de Belgische rechtsgeleerde Henri de Page (*Traité élémentaire de Droit civil Belge*, Tome sixième, 1953, resp. p. 710 en 747).

Een en ander zou ook gezegd kunnen worden van ons Nederlandse recht op dit gebied, zoals dat gebaseerd is op onder meer het BW van 1838. De ontwerpers van ons nieuwe BW zijn echter goede wegen ingeslagen, wat de voorrechten betreft in het voetspoor van de adviescommissie-Houwing. Het gecompliceerde karakter van het retentierecht komt in de nieuwe wetgeving tot uiting door de verdeling van de regeling over verschillende boeken.

Deze monografie is gesteld als ware dit nieuwe recht reeds ingevoerd; waar van 'thans geldend recht' sprake is, wordt dus in feite toekomstig recht beschreven, terwijl het tegenwoordige recht als 'oud recht' wordt aangeduid. Evenzo is het komende BW als BW betiteld, en het BW van 1838 als *BW (oud)*, en gaat het bij de aangehaalde wetsbepalingen uit de Faillissementswet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om de nieuwe versie van deze artikelen.

Het is wellicht goed hierbij onder de aandacht te brengen, dat enkele ter sprake komende bepalingen in feite nog in een ontwerp-stadium verkeren (invoeringswetgeving, restant van Boek 7), en dat een enkele beschreven bepaling eerst na de Boeken 3-6 c.a. zal worden ingevoerd (zoals bijvoorbeeld die uit de titels 3.6, 7.4 en 7.17).

Bij de gelimiteerde omvang van deze verhandeling konden de voorrechten en retentierechten uit Boek 8 slechts marginaal in de bespreking betrokken worden.

Voor het zorgvuldige typen van het manuscript ben ik veel dank verschuldigd aan mevr. Frieda van der Hout.

De tekst werd medio mei 1984 afgesloten.

*J.E. Fesevur*

### ***Voorwoord bij de derde druk***

Het tijdsverloop tussen de tweede druk (1992) en de huidige derde druk wordt grotendeels verklaard door de ongewisheid die werd meegebracht door wetsvoorstellen welke de onderhavige materie ingrijpend zouden hebben veranderd (wetsvoorstel 22 942 betreffende bevoorrechtiging, en de voorstellen inzake een nieuw insolventierecht). Pas nadat vrijwel zeker was geworden dat deze voorstellen het niet tot wet zouden brengen, kon deze derde druk

op meer solide basis geschreven worden. Ter wille van de inzichtelijkheid in de levendige discussie over de voorrangregelingen, heb ik niettemin aan bedoelde wetsvoorstellen een afzonderlijk hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 11); hierdoor zijn mede voorrechten buiten Boek 3 BW, zoals ook publiekrechtelijke voorrechten, in beeld gebracht.

Inmiddels gerealiseerde relevante ontwikkelingen zijn in de tekst geïncorporeerd, zoals de schuldsaneringsregeling, en op meer beperkte schaal de kwaliteitsrekening, de problematische bepaling van art. 7:954, pensioenkwesaties, het nieuwe erfrecht, en voorts het cijfermateriaal betreffende de explosieve groei van faillissementen en schuldsaneringen.

Door de met het nieuwe BW ingevoerde algemene regeling is toepassing van het retentierecht aanzienlijk toegenomen, zoals mede blijkt uit de omvangrijke jurisprudentie. Veel van de uitspraken in de feitelijke instanties heb ik vooral genoemd ter adstructie, maar hun rol is te diffuus voor vermelding in het register (uitsluitend arresten van de Hoge Raad zijn hierin opgenomen). Hiernaast zijn de nodige praktijkgevallen aangeduid, waarvan ik kennis had gekregen. Bij een en ander is retentierecht op een onroerende zaak merkbaar geaccentueerd; vanwege de specifiek hierbij rijzende kwesaties heb ik aan dit onderwerp thans een afzonderlijk hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 10).

Voor de overzichtelijkheid heb ik de rechtsvergelijkende passages, die in de vorige druk verspreid in de lopende tekst waren opgenomen, overgeplaatst en samengetrokken in een afzonderlijk hoofdstuk (hoofdstuk 12).

Met verwijzingen naar literatuur heb ik noodgedwongen enigszins restrictief moeten zijn, teneinde binnen de voorgeschreven grenzen van een monografie te blijven.

Dank wil ik graag uitspreken voor de bijzondere aandacht die door fondscoördinator Marijke Venema aan deze monografie is besteed; ook de behulpzaamheid van vakredacteur Jeroen Wiertz wil ik hierbij vermelden. Aan Van Benthem & Keulen, advocaten & notariaat, betuig ik mijn dank voor de geboden bibliotheekfaciliteiten, met inbegrip van de welkome hulp van Carola de Kuijer. Een significante bijdrage aan de realisering van deze druk werd geleverd door de vertrouwde en zorgvuldige steun van Eline van 't Hoenderdaal, die op bewonderenswaardige wijze mijn vele handgeschreven toevoegingen getypt heeft. Voor haar inzet en enthousiaste betrokkenheid ben ik onuitsprekelijk dankbaar.

De nummering is ten opzichte van de voorgaande drukken ongewijzigd; aan het slot zijn de nummers 28, 29 en 30 toegevoegd vanwege de drie nieuwe hoofdstukken.

De kopij voor deze derde druk werd medio november 2016 afgesloten.

*J.E. Fesevur*

## HOOFDSTUK 1

# Materiële regels van verhaalsrecht

Als inleiding tot de voorrechten en het retentierecht moet enige aandacht geschonken worden aan de grondregels van het verhaalsrecht. In het navolgende zullen dus eerst deze regels in grote trekken worden geschetst. Het betreft hier de algemene hoofdregels, van materieelrechtelijke aard, zoals deze te vinden zijn in afdeling 3.10.1. Aangezien de wet voorrechten kent op alle tot een vermogen behorende goederen (art. 3:278 BW; art. 3:288 e.v. BW), doch deze voorrechten alleen geëffectueerd kunnen worden voor zover op deze goederen verhaalsuitoefening mogelijk is (vgl. art. 3:276 BW), zal ook worden stilgestaan bij de uitzonderingsgevallen waarin goederen niet voor verhaal vatbaar zijn. Ter aanvulling zullen enige opmerkingen worden gemaakt over de maatschappelijke en praktische betekenis van voorrechten en retentierecht.

### 1 Verhaal op goederen van de schuldenaar

De schuldeiser, wiens vordering niet wordt voldaan, kan in beginsel verhaal zoeken op alle goederen van zijn schuldenaar (vgl. art. 3:276 BW).

De prealabele vraag of een object waarop een schuldeiser verhaal wil zoeken als een goed (in de zin van art. 3:276 BW) kan worden gezien, vindt haar bespreking in de werken over het algemene goederenrecht. Hierbij zij ook gewezen op Van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, diss. Leiden, Deventer 2003, besproken door Schrage, *WPNR* 6615 (2005), p. 256 e.v.; zie voorts over objecten van vermogensrechten Hage, *NTBR* 2004/67, p. 355 e.v. Mede kunnen ethische overwegingen beletten om in bepaalde rechtsbetrekkingen een zeker object als een goed aan te merken.

De verhaalsmogelijkheid op alle goederen van een schuldenaar is voorts slechts een beginsel; het verhaalsrecht wordt namelijk door uitzonderingen gereduceerd.

a. Ten aanzien van een aantal goederen wordt in de wet bepaald dat er geen verhaal op kan worden gezocht, dan wel dat verhaal erop aan beperkingen is onderworpen.

Bepalingen aangaande goederen waarop geen (of in beperkte mate) verhaal kan worden gezocht, ziet men allereerst in art. 447, 448 (712) en 436 (703) Rv; zie ook art. 21 en 295 Fw. De strekking van art. 447 Rv is de schuldenaar niet een minimum aan primaire levensbehoeften en de middelen om deze te vervullen, af te nemen. In het licht van deze strekking wordt art. 447 Rv door de Hoge Raad soms restrictief geïnterpreteerd; tot de niet voor verhaal vatbare gereedschappen van ambachtslieden en werklieden behoort niet de apparatuur die een arts nodig heeft om zijn beroep te kunnen uitoefenen (HR 14 juni 1991, *NJ* 1991/631 (*Csánky/Staat*)). Eveneens aan de hand van de strekking van het artikel wordt daarentegen onder afwijzing van een restrictieve uitleg door de Hoge Raad geoordeeld dat het begrip gereedschappen niet alleen handgereedschappen doch ook werkbanken en machines kan omvatten, zoals de machines van een zelfstandige scheepstimmerman (HR 28 maart 1997, *NJ* 1997/453). In de zin van art. 447 en 448 Rv werd de viool van iemand die voor zijn inkomsten volledig van deze viool afhankelijk was, voor verhaal onvatbaar geacht (Rb. Utrecht (pres.) 3 september 1999, *KG* 1999, 283). Een wetsbepaling aangaande verhaalsmogelijkheid is voorts art. 23 AKW betreffende het recht op kinderbijslag.

Inzake de beperking van verhaal kan voorts gewezen worden op art. 475a Rv, en op art. 475b e.v. Rv, waar een beslagvrije voet wordt voorgeschreven voor vorderingen van de schuldenaar jegens derden tot periodieke betaling van (onder meer) loon, uitkeringen op grond van sociale verzekeringswetten,

pensioen, lijfrente, levensverzekering en alimentatie. Achterliggende gedachte hierbij is, degene die voor de noodzakelijke kosten van zijn bestaan afhankelijk is van periodieke inkomsten aldus te beschermen dat hij ook bij beslag op deze inkomsten nog juist voldoende in handen krijgt om in zijn eerste levensbehoeften te kunnen voorzien (vgl. MvT bij de wet van 13 december 1990, *Stb.* 605; *Kamerstukken II* 1982/83, 17 897, 3, p. 9). Als uitgangspunt hierbij geldt 90 procent van het bijstandsniveau.

b. Andere wettelijke beperkingen van de verhaalsmogelijkheid ziet men bij een beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap (art. 4:184 BW), en bij (bepaalde vormen van) bewind, zoals het provisioneel bewind (art. 1:380 lid 3 BW), het beschermingsbewind (art. 1:440 BW) en het testamentaire bewind (art. 4:175 en 4:176 BW). Vgl. ook art. 3.6.1.4b en 3.6.2.3a ONBW uit de (vooralsnog) niet-ingevoerde titel 3.6 BW over het bewind. Voorts kan gewezen worden op art. 6:106 lid 2 BW (aangaande het recht op smartengeld; zie echter ook het hieronder genoemde arrest van HR 22 november 2002, *NJ* 2003/32, m.nt. PvS *Oberdorf/Linssen*), en op art. 7:954 lid 4 BW (aangaande de vordering van de tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerde op de verzekeraar).

Verband kan worden gelegd tussen onoverdraagbaarheid van een goed (art. 3:83 BW) en onvatbaarheid van dit goed voor verhaalsuitoefening. Zo is onder meer het recht van gebruik en bewoning geen verhaalsobject (art. 3:226 BW). Vorderingen die onoverdraagbaar zijn (waaronder die ex art. 3:83 lid 2 BW) blijven niettemin voor verhaal vatbaar door inning, zodat in dier voege het beginsel van art. 3:276 BW onaangetaast blijft (*Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 314; vgl. voorts HR 5 november 1993, *NJ* 1994/640, m.nt. HJS (*Ontvanger/Bartering*) en HR 10 december 2010, *NJ* 2010/668 (*Huber/Forward e.a.*), waarbij overwogen werd dat voor beslag op vorderingen de overdraagbaarheid in het algemeen niet vereist is, doch dat bij uit hun aard onoverdraagbare vorderingen het beslag belet kan worden, zoals wanneer zij – in de woorden van art. 475a lid 1 Rv – recht geven op een naar haar aard niet voor beslag vatbare prestatie). Zie over de onoverdraagbaarheid van intellectueel kapitaal van ondernemingen Van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten* (Deventer 2003), en voorts over de verhandelbaarheid van vermogensrechten W. Sniijders, *WPNR* 6607 en 6608 (2005), betogend dat art. 3:83 lid 3 BW slechts duidt op een *schijnbare* geslotenheid.

c. Bij overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser kan worden bepaald dat de schuldeiser op bepaalde goederen geen verhaal zal mogen zoeken, of zelfs in het geheel geen verhaal zal mogen zoeken op de goederen van de schuldenaar (art. 3:276 BW).

In verband met art. 3:276 BW kan zich ook de vraag voordoen of bepaalde goederen behoren tot de goederen *van de schuldenaar*. Gewezen kan worden op de problematiek rond de kwaliteitsrekening (derdengeldenrekening), en voorts op de trust en de figuur van de economische eigendom.

Stortingen op een ten name van de schuldenaar staande bankrekening behoren tot het (voor verhaal vatbare) vermogen van de schuldenaar, ook als de gestorte bedragen bestemd zijn voor betalingen aan derden; zie HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/752, m.nt. WMK (*notaris Slis-Stroom*). Dit arrest opent echter tevens de mogelijkheid van een afgescheiden rekening (derdengeldenrekening; kwaliteitsrekening), waardoor rechten uit zo'n ten name van de schuldenaar staande (wettelijke of anderszins rechtens erkende) rekening buiten het voor verhaal vatbare vermogen van de rekeninghouder blijven.

Sindsdien bestaan zulke algemene kwaliteitsrekeningen voor notarissen (art. 25 Wet op het notarisambt) en deurwaarders (art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet), en wordt door de Hoge Raad ook de bijzondere notariële kwaliteitsrekening (geopend voor één enkele transactie) erkend (HR 12 januari 2001, *NJ* 2002/371, m.nt. HJS (*Koren/Tekstra*)). Voor advocaten en accountants erkende de Hoge Raad op grond van het stelsel der wet eveneens kwaliteitsrekeningen (HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196, m.nt. WMK (*Beatrix ziekenhuis/Procall*)). In dit arrest werd echter tevens overwogen dat kwaliteitsrekeningen een uitzondering vormen op het beginsel van art. 3:276 BW, en men dus met verdere erkenning ervan zeer terughoudend moet zijn (in het desbetreffende berechte geval werd dan ook het bestaan van een afgescheiden rekening ontkend, zodat het saldo van de rekening tot het vermogen van de rekeninghouder-schuldenaar behoorde). Zie eveneens voor een geval waarin bedragen die gestort waren op een rekening die niet als afgescheiden kon gelden (en dus tot de goederen van de rekeninghouder-schuldenaar behoorden) HR 21 mei 1999, *NJ* 2001/630, m.nt. Kortmann (*JOR* 1999, 157, m.nt. NEDF (*Bahceci/Van der Zwan*)), zulks in overeenstemming met het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 3 februari 1984. Een geval van storting op een rekening die als afgescheiden gold, kan men zien in HR 15 november 2002, *NJ* 2003/373, m.nt. WMK (*De Kroon/Peters*).

Een afgescheiden vermogen doet zich eveneens voor met betrekking tot goederen onder trustverband op grond van de zogenoemde Haagse Trust. Ook hierdoor kunnen goederen in afwijking van art. 3:276 BW voor verhaalsuitoefening door schuldeisers onvatbaar worden.

De kwestie of een bepaald object een voor verhaal vatbaar goed van de schuldenaar is, bestaat ook overigens met betrekking tot de figuur van de economische eigendom. Overdracht van economische eigendom van een onroerende zaak brengt geen wijziging in de juridische eigendomsverhoudingen. Een schuldeiser van de economische eigenaar kan dus geen verhaal zoeken op de zaak zelf, nu deze juridisch gezien niet tot het vermogen van de schuldenaar behoort. Wel blijft de zaak onverkort verhaalsobject voor de schuldeisers van de juridische eigenaar (HR 18 februari 2000, NJ 2000/278 (*Amsterdam-Semarang/Van Tuijn e.a.*)).

Uit de omvangrijke literatuur over de kwaliteitsrekening kunnen in het bijzonder de volgende publicaties vermeld worden: Avezaat, *De Kwaliteitsrekening*, serie Studiepockets Privaatrecht, deel 63, Deventer 2002; Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer 2003; H.J. Sniijders, *NTBR* 2004/57, p. 298 e.v.; Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, diss. Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 31, Deventer 2005; Wolfert, *De kwaliteitsrekening*, diss. Amsterdam VU, Deventer 2007, alsmede WPNR 6763 (2008), p. 599 e.v. Zie inzake de genoemde aangelegenheid betreffende de trust ook Vriesendorp, WPNR 6281 (1997), p. 556 e.v., en aangaande de problematiek van verhaalsuitoefening bij economische eigendom Broekveldt, *TCR* 1994, p. 1 e.v.

Als een schuldenaar deelgenoot is in een (ontbonden) gemeenschap, geldt als voor verhaal vatbaar vermogensbestanddeel het aandeel in de gehele (ontbonden) gemeenschap.

Met betrekking tot de vaststelling van wat als een goed van de schuldenaar beschouwd kan worden, kan voorts vermeld worden dat als de schuldenaar deelgenoot is in een (ontbonden) gemeenschap, het niet een recht op een bepaald gemeenschappelijk goed is dat als voor verhaal vatbaar geldt, doch het aandeel van de schuldenaar-deelgenoot in de gehele (ontbonden) gemeenschap (vgl. art. 3:191 BW; zie voorts HR 30 maart 2001, NJ 2002/380, m.nt. HJS).

Voor enige onderwerpen heeft de verhaalsmogelijkheid ter discussie gestaan.

Ten aanzien van enige goederen, waarover discussie bestond, is door de rechter beslist dat zij voor verhaal vatbaar zijn. Zo werd geoordeeld dat het uitgangspunt van art. 3:276 BW blijft gelden voor een in een vordering geconcretiseerde aanspraak op smartengeld (HR 22 november 2002, NJ 2003/32, m.nt. PvS (*Oberdorff/Linssen*)). Ook op een niet in geld opvorderbaar saldo dat is uitgedrukt in zogeheten Bartering-eenheden (een rekening-courantsysteem voor deelnemers aan de organisatie) is verhaal mogelijk (HR 5 november 1993, NJ 1994/640, m.nt. HJS (*Ontvanger/Bartering*)). Tot de voor verhaal vatbare vermogensrechten worden ook de zogenoemde Anwartschaftsrechte gerekend (Hof Amsterdam 9 juli 1992, *Njkort* 1992, 64).

Een ongemeen uitgebreide discussie is in de literatuur gevoerd over de kwestie of een door een bank aan haar cliënt toegezegde kredietfaciliteit (zgn. kredietruimte) een verhaalsobject voor schuldeisers van de cliënt kan zijn. Nadat ook de rechtspraak in de feitelijke instanties hierover verdeeld bleek, is de vraag uiteindelijk door de Hoge Raad in ontkennde zin beslist (HR 29 oktober 2004, NJ 2006/203, m.nt. HJS (*Vee- en kalverhandel*)). Zie over dit arrest onder meer: Verdaas, WPNR 6615 (2005), p. 244 e.v.; Steneker, *NTBR* 2005/31, p. 177 e.v.; Verstijlen, *Tvl* 2005, p. 25 e.v.; Blomkwist, WPNR 6622 (2005), p. 411 e.v. en de annotatie van Van Mierlo, *AA* 2005, p. 846 e.v.

Schuldeisers hebben bij verhaalsuitoefening in beginsel gelijke rechten. Deze gelijkheid wordt doorbroken door wettige redenen van voorrang, en door een overeenkomst van achterstelling (vgl. art. 3:277 BW). Een andere inbreuk op de gelijkheid kan gezien worden in de zogenoemde oneigenlijke voorrang. De verhouding tussen schuldeisers onderling, en de verhouding van schuldeiser tot schuldenaar, zijn onderworpen aan de werking van redelijkheid en billijkheid.

Bij gelijktijdige verhaalsuitoefening door meer dan één schuldeiser op dezelfde goederen, bestaat in beginsel tussen hen gelijkheid in rang ('paritas creditorum'). Men spreekt van concurrente schuldeisers. Als de (netto-)opbrengst van de goederen minder bedraagt dan het totaalbedrag van de desbetreffende vorderingen, worden deze schuldeisers dus voldaan naar evenredigheid van de grootte van hun vordering (art. 3:277 lid 1 BW). (Voor de rechtsgrond van dit beginsel, en voor de historische achtergrond ervan, zie men Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen*, Deventer 1976, p. 15 e.v.)

Deze regel van gelijkheid lijdt uitzondering als een schuldeiser zich kan beroepen op een door de wet erkende reden van voorrang (art. 3:277 lid 1 BW). Deze redenen van voorrang zijn pand, hypotheek en voorrecht, alsmede andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW). Wat deze andere gronden betreft, denke men aan het retentierecht (art. 3:292 BW), aan het schadevergoedingsrecht van de huurder of de pachter ex art. 3:264 lid 7 BW, en aan het in art. 3:282 BW bedoelde geval (zie over dit artikel nader *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 859 e.v. en *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, p. 1386 e.v.; voor kritiek zie men P.A. Stein, *RMThemis* 1972, p. 57). Noch het feit dat een der vorderingen van oudere datum is dan de andere, noch de omstandigheid dat ter zake van een der vorderingen reeds beslag gelegd was, wordt door de wet als reden van voorrang erkend.

Benadrukt zij, dat het voorgaande betrekking heeft op *verhaalsuitoefening*. Als namelijk schuldeisers ten aanzien van hetzelfde goed rechten op *levering* willen effectueren (bijvoorbeeld bij een dubbele verkoop), dan geldt geen paritas creditorum, en is het oudste recht in beginsel sterker (zie art. 3:298 BW; zie ook art. 736 lid 2 Rv). Indien bij dubbele verkoop van een registergoed, eerst aan A en vervolgens aan B, A de koopovereenkomst in de openbare registers heeft doen inschrijven (de zgn. *Vormkering*) en nadien levering aan B geschiedt, kan deze levering niet tegen A worden ingeroepen (art. 7:3 BW; zie hierover onder anderen Broekveldt, *Vormkering, paritas creditorum en rangorde*, WPNR 6675 (2006), p. 559 e.v., alsmede van dezelfde auteur *Vormkering, beslag, rangorde en de notaris*, serie Ars Notariatus nr. 144, Deventer 2010).

Als executieopbrengst waarop schuldeisers hun vordering kunnen verhalen, geldt de netto-opbrengst van de goederen, dat wil zeggen de opbrengst waarop de kosten van de executie (die allereerst moeten worden voldaan) in mindering zijn gebracht (art. 3:277 lid 1 BW; vgl. ook art. 3:253 lid 1, 3:264 lid 7, 3:270 lid 1 en 3:282 BW). Bij faillissement van de schuldenaar worden de boedelschulden als executiekosten beschouwd. Bij een schuldsanering is het salaris van de bewindvoerder boedelschuld (art. 320 lid 7 Fw). Zie ook nr. 9.

De regels van de paritas creditorum en de voorrang gelden ook voor de boedelschuldeisers in een faillissement, hetgeen van belang is als het boedelactief niet toereikend is om alle boedelschulden integraal te voldoen (HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz/Ontvanger*) en Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186). De rangorderegels hebben alleen betrekking hetzij op de verhouding tussen pré-faillissementsschuldeisers onderling, hetzij op die tussen boedelschuldeisers onderling (vgl. HR 15 april 2016, *NJ* 2016/289, m.nt. Verstijlen (*Van der Maas/Heineken*)).

Naast de in de wet uitdrukkelijk genoemde voorrangrechten, bestaan rechtsfiguren die in enig opzicht een zelfde effect hebben als een voorrangrecht. Het betreft hier met andere woorden gevallen waarin de ene schuldeiser in feite voorgaat boven de andere, hoewel hij geen (eigenlijk) voorrangrecht heeft. Men spreekt hier van 'oneigenlijke voorrang' of 'feitelijke preferentie'. Gewezen kan worden op:

- a) verrekening (art. 6:127 BW; art. 53 e.v. Fw; zie ook art. 4:217 BW).
- b) gedwongen verrekening bij verdeling van een gemeenschap (art. 3:184 BW).
- c) verhaal op goederen die in het algemeen niet voor verhaal vatbaar zijn (art. 448 lid 2 Rv).
- d) afgescheiden vermogens (gemeenschappen van afdeling 3.7.2).

Wat de verrekening betreft ziet men de oneigenlijke voorrang in het geval dat A en C ieder een vordering hebben op B; als nu A ook een schuld heeft aan B, en A tot verrekening overgaat, is het feitelijk gevolg hiervan dat ten aanzien van de vordering van B op A als verhaalsobject voor B's schuldeisers A voorgaat boven C. Iets dergelijks kan men zien bij de gedwongen verrekening in het kader van de verdeling van een gemeenschap. Deelgenoot Z gaat feitelijk boven deelgenoot Y in geval van het bestaan van een vordering van de gemeenschap op deelgenoot Y. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de verdeling van de nalatenschap van erflater X tussen diens erfgenamen Y en Z, als Y een schuld had aan X. In geval van afgescheiden vermogens gaan bij verhaal op de gemeenschapsgoederen de schuldeisers van de gemeenschap vóór de privéschuldeisers van de deelgenoten (zie ook art. 4:224 BW wat betreft de voorrang van schuldeisers van een nalatenschap). Vgl. ook Schoordijk, *De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surséance van betaling*, in *Gratia Commerci* (Van Oveten-bundel, 1981), p. 321 e.v. en HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640, m.nt. CJHB. Wel wordt er bij de interpretatie van wetsbepalingen die een

oneigenlijke voorrang inhouden, zoals die betreffende de verrekening, door de rechter voor gewaakt dat de regel van de paritas creditorum zoveel mogelijk gehandhaafd wordt; zie bijv. HR 22 december 1989, NJ 1990/661, m.nt. PvS en HR 25 mei 1990, NJ 1990/605.

Behoudens deze feitelijke preferenties, wordt buiten de door de wet erkende redenen van voorrang een doorbreking van de paritas creditorum niet mogelijk geacht (vgl. HR 3 februari 1984, NJ 1984/752, m.nt. WMK, inzake notaris Slis-Stroom; zie ook Conclusie A-G Franx, sub 6; vgl. voorts HR 13 januari 1989, NJ 1989/755, m.nt. MMM, inzake Staat/Ewout). Hierbij kan mede gewezen worden op de gevallen van afwijzing van retentierecht op niet-executabele dossiers, waarbij evenmin een voorrangrecht werd aanvaard op het met behulp van de afgegeven dossiers geïncasseerde, omdat het wettelijk stelsel hiertoe geen ruimte biedt (HR 15 april 1994, NJ 1995/640, m.nt. WMK (*Middendorff/Kouwenberg*); zie nr. 15 sub e). In HR 5 september 1997, NJ 1998/437, m.nt. PvS (*Ontvanger/Hamm*), betreffende de verplichting van een faillissementscurator tot onverwijld en integrale restitutie van een door een onmiskenbare vergissing onverschuldigd aan de failliet betaald bedrag, kan mijns inziens geen geval van oneigenlijke voorrang gelezen worden; zie ook nr. 6. Bewaking van de paritas creditorum was ook een grond voor afwijzing van een vordering tot zekerheidstelling door een bankgarantie, omdat zo'n garantie naar haar aard strekt tot doorbreking van de paritas creditorum (HR 14 december 2001, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*) en HR 28 januari 2011, NJ 2011/57 (*Marexion/Baboprint*)). Overwogen werd hierbij dat, onder meer gezien het beginsel van paritas creditorum, noch art. 6:2 BW noch art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) een grondslag kan bieden voor een verplichting tot het stellen van zekerheid door middel van een bankgarantie.

Er is ook een tegenpool van het bedingen van voorrang. Bij overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar kan namelijk worden bepaald, dat de schuldeiser zijn wettelijke rang verlaagt ten gunste van een of meer andere schuldeisers of van alle andere schuldeisers. Deze schuldeiser laat dus vrijwillig mede-schuldeisers van lagere of gelijke rang voorgaan, stelt zich, met andere woorden, vrijwillig bij dezen ten achter. Zo kan een schuldeiser dus ook post-concurrent worden. Het oude BW hield hierover geen bepaling in; het BW geeft thans aan deze overeenkomst een wettelijke grondslag (art. 3:277 lid 2 BW). Van deze contractuele achterstelling bestaan vele varianten. In de praktijk komt de achtergestelde geldlening regelmatig voor, onder meer om sanering van een onderneming mogelijk te maken. Ook worden achtergestelde leningen wel verstrekt door familieleden in het kader van de verkoop van een familiebedrijf. Wat de gevolgen zijn van een overeenkomst van achterstelling kan evenwel niet in het algemeen worden gezegd. Zij zijn afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen. Zo impliceert deze overeenkomst niet zonder meer dat de schuldeiser die de overeenkomst aanging zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven, of bij faillissement van zijn schuldenaar eerst dan zijn verhaalsrecht kan uitoefenen indien de schuldeisers (ten opzichte van wie de achterstelling geldt) zijn voldaan (HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503, m.nt. Du Perron (*Buter/Besix*)).

Het onderscheid tussen de overeenkomst van achterstelling en de eerder genoemde overeenkomst ex art. 3:276 BW, waarbij een schuldeiser zich beperkt in zijn verhaalsmogelijkheid, is dat de achtergestelde schuldeiser zijn verhaalsrecht op alle goederen van de schuldenaar behoudt.

Voor een vergelijkbare handelwijze tussen hypotheekhouders zie men art. 3:262 BW.

Zie over het rechtskarakter, de diverse praktijktoepassingen en de rechtsgevolgen van de achterstelling onder meer: Van Hees, *De achtergestelde vordering* (diss. Nijmegen, Deventer 1989, serie Recht en Praktijk, deel 51); Wessels, *De achtergestelde geldlening*, NIBE-Bankjuridische reeks, deel 24 (1995); Pabbruwe, *WPNR 6338* (1998), p. 766 e.v.; Kliebisch, *De contractuele achterstelling – nog steeds ongeregeld?*, Nijmeegse bundel 'Onderneming en 10 jaar NBW' (serie Onderneming en Recht, Deventer 2002) p. 445 e.v.; Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, serie Financieel recht, deel 18 (Deventer 2005) en Wessels, *Achtergestelde vorderingen* (Mon. Pr. nr. 6), Deventer 2013. Zie ook *Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/15*, 16 en 486, met de aldaar verder genoemde literatuur.

Opgemerkt kan nog worden dat de positie van post-concurrent schuldeiser niet alleen een gevolg kan zijn van de overeenkomst van achterstelling, maar ook rechtstreeks uit de wet kan voortvloeien. Men denke bijvoorbeeld aan de legataris bij de vereffening van een beneficiair aanvaarde nalatenschap (art. 4:216 en 4:220 BW); voorts kan men denken aan de schuldeiser van een dwangsom, die vóór het faillissement van de schuldenaar verbeurd is (art. 611e lid 2 Rv; zie ook het antwoord van Schoordijk op de rechtsvraag in *WPNR 5551* (1981), p. 94 e.v.).

Belangrijk is ten slotte dat de verhouding tussen schuldeisers onderling onderworpen is aan de invloed van redelijkheid en billijkheid. Door de Hoge Raad is dit uitdrukkelijk gesteld (HR 8 juli 1987, NJ 1988/104, m.nt. G (*Loeffen/Mees & Hope*)). Ook in Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 1998, *JOR 1998*, 84 werd de werking van redelijkheid en billijkheid in de betrekking tussen schuldeisers principieel erkend,

hoewel in het berechte geval het beroep van een schuldeiser dat een mede-schuldeiser jegens hem in strijd handelde met redelijkheid en billijkheid werd afgewezen, omdat voor slaging van dit beroep vereiste bijzondere omstandigheden door deze schuldeiser niet gesteld waren. De maatstaf van redelijkheid en billijkheid geldt voor een schuldeiser eveneens jegens de schuldenaar. In Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 1999, *NJ* 1999/744 werd hieraan ten gunste van een schuldenaar toepassing gegeven in een geval van verhaalsuitoefening waarbij de uitwinning voor de schuldeiser nauwelijks resultaat zou opleveren. Zo kan bijvoorbeeld ook een weigering van een schuldeiser om mee te werken aan het totstandkomen van een door de schuldenaar aangeboden onderhands akkoord onder bepaalde omstandigheden jegens de overige schuldeisers en de schuldenaar in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid (zie over dit laatste Van der Heijden, *Het akkoord buiten faillissement en surséance van betaling*, *NTBR* 1994, p. 141 e.v.).

## 2 Verhaal op goederen van derden

Naast de reeds vermelde uitzondering van niet voor verhaal vatbare goederen, moet nog een andere nuancering aangebracht worden op de regel dat een schuldeiser zijn vordering kan verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar; bij uitzondering is verhaal namelijk in bepaalde gevallen mogelijk op een goed van een ander dan de schuldenaar.

In de regel is een vordering slechts verhaalbaar op goederen van de schuldenaar zelf, en niet op goederen van derden (art. 3:276 BW). Dat deze regel uitzondering lijdt als een derde een hem toebehorend goed voor de vordering op de schuldenaar in pand of hypotheek gegeven heeft, spreekt wel vanzelf. Eveneens kan de verhaalsmogelijkheid op een goed van een derde voortvloeien uit het goederenrechtelijk gevolg van pand en hypotheek; indien immers een met zo'n recht bezwaard goed op een derde overgaat, kan het – behoudens eventuele derdenbescherming – door de houder van het zekerheidsrecht onder de derde worden uitgewonnen (zie hierbij ook art. 3:234 BW). Er zijn echter ook meer wezenlijke uitzonderingen op genoemde regel, gevallen derhalve waarin zonder meer verhaal gezocht kan worden op een goed van iemand anders dan de schuldenaar. De meeste van deze gevallen houden verband met het bestaan van een voorrecht of retentierecht. Men zie art. 3:284 lid 2, 3:286 lid 1, 3:287 lid 2 en 3:292 juncto 3:291 BW. Zie ook art. 22 Invorderingswet 1990, betreffende het zogenoemde fiscale bodemrecht (vgl. nr. 5 en nr. 29). Voorts kan gewezen worden op bepalingen uit Boek 8 BW (de voorrechten uit het vervoersrecht, nader genoemd in nr. 9). Zie ten slotte art. 3.6.1.5b lid 2 ONBW, uit de (vooralnog) niet-ingevoerde titel 3.6 BW over het bewind.

Aangaande de verhaalsmogelijkheid op het goed van een derde, die voortvloeit uit de genoemde bepalingen over de voorrechten uit Boek 3 BW, kan in het kort het volgende gezegd worden. Een vordering wegens behoudskosten krachtens art. 3:284 lid 2 BW is ook verhaalbaar op de zaak van een derde die bij het ontstaan van die vordering eigenaar van de behouden zaak was, of nadien eigendom verkreeg via een levering constituto possessorio zonder de zaak reeds in handen te hebben (althans indien de schuldeiser met deze verwreemding niet heeft ingestemd); zie ook nr. 9. Ook als voordat de behoudskosten zijn gemaakt een verkoper van de zaak het reclamerecht uitoefent (art. 7:39 e.v. BW), heeft de derde (de verkoper) weliswaar de eigendom herkrege, maar kan de bevoorrechte schuldeiser zich niettemin op de zaak verhalen. (Nu uitoefening van het reclamerecht *ex nunc* werkt, en de eigendomsherkrijging dus geen terugwerkende kracht heeft waardoor het eigendomsrecht van de verkoper posterieur is aan de vordering wegens behoudskosten, is bij uitoefening van een reclamerecht nadat de behoudskosten zijn gemaakt, een verhaalsrecht van de bevoorrechte schuldeiser op de desbetreffende zaak van de derde echter niet mogelijk; een confrontatie van het behoudskostenvoorrecht met een reclamerecht is overigens vrij hypothetisch vanwege de aan het reclamerecht verbonden vervaltermijn (art. 7:44 BW)). Het verhaalsrecht op een goed van een derde krachtens art. 3:287 lid 2 BW kan gezien worden in de omstandigheid dat de bedoelde vordering tot schadevergoeding van de gelaedeerde ook verhaalbaar kan blijven op de vordering van de laedens jegens de verzekeraar als laatstbedoelde vordering aan een derde is overgedragen; zie wederom ook nr. 9. Wat betreft art. 3:286 lid 1 BW kan worden opgemerkt dat voor een vordering op de vruchtgebruiker van een appartementsrecht het appartementsrecht kan worden uitgewonnen (zie ook nr. 9) en voorts dat een vordering jegens een appartements-eigenaar tot betaling van bijdragen verhaalbaar kan zijn op het appartementsrecht van een derde; zie ook nr. 7 sub c. Voor het op art. 3:292 juncto 3:291 BW gebaseerde verhaalsrecht van een retentor op de teruggehouden zaak welke toebehoort aan een derde met een anterior of posterieur eigendomsrecht zie men nader nr. 20.



De respectieve rechtsgronden voor de genoemde verhaalsrechten op goederen van derden zullen in het navolgende genoemd worden bij de behandeling van de desbetreffende wetsbepalingen.

Verhaalsuitoefening door een bevoorrechte schuldeiser of een retentor op goederen van derden kan overigens problematisch zijn bij faillissement van de schuldenaar. De vordering moet namelijk worden ingediend bij de curator, maar het desbetreffende goed behoort niet tot de failliete boedel. De schuldeiser kan het goed van de derde niet uitwinnen zonder executoriale titel, maar hij heeft op het eerste gezicht op deze derde in het geheel geen vordering (de derde is niet de schuldenaar). Van Mierlo heeft geopperd dat de verhaalsmogelijkheid op het goed van een derde een verhaals-aansprakelijkheid van deze derde impliceert, en op deze grond als schuldenaar kan worden aangemerkt, zodat tegen hem een executoriale titel kan worden verkregen op grond waarvan verhaal op het goed gezocht kan worden (*Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\** 2010, nr. 471). In zijn latere bewerking van dit Asser-deel heeft hij deze zienswijze evenwel vervangen door een voorzichtig beroep op HR 13 november 2015, *JOR* 2016/24 (een andere situatie betreffende), leidend tot een verklaring voor recht in een procedure tegen de derde, met een veroordeling van deze om de executie te duiden (*Asser/Van Mierlo 3-VI* 2016/471, m.b.t. het geding Promnneftstroy/Yukos, nadien gepubliceerd in *NJ* 2016/425, m.nt. De Boer en Van Mierlo). Zie over deze problematiek ook Fikkers, *TCR* 2000, p. 12 e.v. In een geval van een failliete schuldenaar en een schuldeiser met een tegen een derde werkend retentierecht oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, *RI* 2014/82 dat na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst het proces-verbaal van de verificatievergadering als executoriale titel kan gelden (art. 196 Fw). Dit biedt mijns inziens echter voor het onderhavige probleem geen oplossing, aangezien deze executoriale titel blijkens art. 195 Fw pas effect heeft na afloop van het faillissement; zie ook nr. 21.

Een drietal opmerkingen moet hier nog worden gemaakt.

Verhaalsrecht dient onderscheiden te worden van voorrecht; het verhaalsrecht is primair, een voorrecht verschafte daarbij voorrang en is dus uit zijn aard slechts bestaanbaar op goederen waarop de schuldeiser verhaal heeft (vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 844). Als de wet een voorrecht op het goed van een derde verleent, dan impliceert dit dus een verhaalsrecht op dat goed. In feite gaat het hier zelfs in eerste instantie om een uitbreiding van de verhaalsmogelijkheid voor de schuldeiser, namelijk op een goed waarop de andere schuldeisers van deze schuldenaar geen verhaal kunnen zoeken. Het voorrecht als zodanig wordt hierbij eerst van betekenis in geval van samenloop met schuldeisers van die derde (vgl. ook de procedure die leidde tot HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/280 (*Ontvanger/Ametagro*)).

De tweede opmerking is, dat ten behoeve van de derde, op wiens goed verhaal is gezocht, subrogatie plaatsheeft (art. 6:150 BW). Dit gevolg ontstaat ook als de derde, om uitwinning van zijn goed te voorkomen, de schuld van de schuldenaar aan de schuldeiser voldoet; zie in dit verband ook art. 6:30 en 6:73 BW, alsmede *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 557 e.v. Onder omstandigheden kan de derde tevens een regresrecht uit eigen hoofde tegen de schuldenaar hebben. Hij moet dan bezien welke mogelijkheid hem het beste uitkomt.

Als derde opmerking ten slotte: het Ontwerp-Meijers hield de bepaling in, dat een bijzonder voorrecht op een roerende zaak die zich onder de schuldenaar bevindt ook kan worden uitgeoefend als de zaak eigendom is van een derde, indien de schuldeiser bij het ontstaan van zijn vordering dacht en mocht denken dat zij aan de schuldenaar toebehoorde (vgl. art. 3.10.3.1 O-M; men vindt dit gezichtspunt ook verdedigd in Pitlo/Brahn, *Zakenrecht* (1987), p. 435 en in Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III* (1986), nr. 65). Deze bepaling is bij het Gewijzigd Ontwerp vervallen (zie hierover nader *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 861 e.v.). In latere drukken van de genoemde handboeken is dit standpunt eveneens verlaten.

Over dit gehele onderwerp zie men ook Kingma Boltjes, *Enkele opmerkingen over het verhaalsrecht van een crediteur op goederen van derden in het ontwerp BW, RMThemis* 1961, p. 3 e.v.

### 3 Maatschappelijk draagvlak en praktisch belang

De in het BW van 1992 opgenomen voorrechten zijn adequaat aan de eigentijdse maatschappelijke verhoudingen. De regeling van de voorrechten en de veralgemening van de toekenning van het retentierecht zijn aspecten van een vermaatschappelijk vermogensrecht. Anders dan het retentierecht, komen voorrechten voornamelijk aan de orde bij een faillissement van de schuldenaar. Het aantal jaarlijks uitgesproken faillissementen heeft de afgelopen decennia, hoewel met fluctuaties een sterk geprononceerd verloop vertoond, van ongeveer

3.300 in de jaren zeventig van de vorige eeuw tot boven de 12.300 kort na het verstrijken van het eerste decennium van de huidige eeuw. Bij een faillissement zien de schuldeisers met een privaatrechtelijk voorrecht uit Boek 3 BW, ondanks hun voorrangspositie meestal onthutsend weinig op hun vordering uitgekeerd; niettemin worden zij beter bedeed dan de concurrente schuldeisers.

In 1974 is over de bevoorrechtiging van vorderingen een Rapport verschenen, opgesteld door een adviescommissie die naar haar voorzitter doorgaans wordt aangeduid als de commissie-Houwing. In dit rapport zijn de rechtsgronden van bevoorrechtiging behandeld, en zijn aanbevelingen gedaan aangaande in het (nieuwe) BW op te nemen voorrechten (zie nader nr. 5). De commissie heeft bij haar werkzaamheden veelvuldig besprekingen gevoerd met op het gebied van de verschillende voorrechten in aanmerking komende groeperingen uit de samenleving (zie het Rapport van de commissie, *passim*). Men kan dus wel zeggen dat de thans in het BW vigerende voorrechten een maatschappelijk draagvlak hebben. De in verband met het nieuwe BW gecreëerde voorrechten, en de afschaffing van vele voorrechten van eertijds, worden door Valkhoff gezien als symptomen van de vermaatschappelijking van het vermogensrecht (*Vermaatschappelijk vermogensrecht in het nieuwe BW*, Afscheidscollege (1967), p. 11); het merendeel van de voorrechten in het BW heeft nu een puur sociale dan wel sociaal-economische grondslag, terwijl voorrechten die een dergelijke grondslag missen vervallen zijn.

Het zojuist opgemerkte neemt niet weg dat over de bestaansgrond van een voorrecht verschillend gedacht kan worden. Zie bijv. P.A. Stein, Preadvies NJV (Handelingen 1986 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, eerste stuk) p. 8 e.v. en p. 83. Van enige erkende voorrechten wordt hier de bestaansgrond aangevochten. Voorts moet benadrukt worden dat vooral buiten het BW geregelde voorrechten, waaronder voornamelijk die van de fiscus, zeer omstrede zijn (zie nader aan het slot van het onderhavige nummer genoemde literatuur, en verder nr. 29).

Bij de bespreking van de successieve voorrechten uit Boek 3 BW (hieronder in nr. 7 en nr. 8) is de specifieke rechtsgrond ervan steeds aangeduid. Behalve sociale en sociaal-economische overwegingen, zijn ook andere gronden ter rechtvaardiging van een voorrecht onderwerp van beschouwing geweest. Vrij algemeen aanvaard is dat van een prestatie, waardoor een goed voor het vermogen van een schuldenaar is behouden, niet in de eerste plaats andere schuldeisers dan degene die de behoudskosten maakte, behoren te profiteren (vgl. art. 3:284 BW). Een soortgelijke overweging ligt mede ten grondslag aan het voorrecht van degene door wiens bearbeiding een vermogensbestanddeel van de schuldenaar in waarde is vermeerderd (vgl. art. 3:285 BW). Waardetoevoeging zonder meer wordt evenwel niet als grond voor een voorrecht gezien. Een voorrangspositie voor degene die executiekosten heeft gemaakt, is algemeen aanvaard. Dit is echter niet geëffectueerd door middel van een voorrecht, maar door de overige schuldeisers een verhaalsrecht toe te kennen op de netto-opbrengst (waarbij dus de executiekosten reeds allereerst voldaan zijn; zie hierboven nr. 1). Als rechtsgronden voor het fiscale voorrecht (zie over dit voorrecht zelf: nr. 5) zijn in de loop der tijden onder meer als overwegingen aangedragen dat de fiscus zijn schuldenaren niet uitkiest, met zekerheid op zijn inkomsten moet kunnen rekenen, verplicht is tot kredietverlening en niet vooraf zekerheid kan bedingen (zulks in tegenstelling tot andere schuldeisers), en dankzij het voorrecht soepelheid kan betrachten bij invordering (zie voor deze en andere rechtsgronden, alsmede een beoordeling ervan: Rapport commissie-Houwing, p. 23 e.v.). Opmerking verdient dat de overwegingen dat de schuldeiser zijn schuldenaren niet uitkiest en niet vooraf zekerheid kan bedingen ook opgaan voor onder anderen de schuldeiser met een vordering wegens onrechtmatige daad, terwijl toch een voorrecht voor deze vordering niet wordt toegekend (zie nr. 6). Het vraagstuk van de rechtvaardiging van bevoorrechtiging en van de onderlinge rangorde van schuldeisers, wordt ook fundamenteel aan de orde gesteld in: Schwarz, *Security Interests and Bankruptcy Priorities; A Review of Current Theories*, *The Journal of Legal Studies*, Volume X (1), januari 1981, p. 1 e.v.

Een voorrecht krijgt pas betekenis bij een samenloop van schuldeisers en insolventie van de schuldenaar, met name bij een faillissement. Dan komt de voorrang tot zijn recht. Daarbij geniet een bevoorrechte schuldeiser wettelijk beschouwd nog het voordeel, dat aan zijn vordering geen afbreuk kan worden gedaan door een akkoord (zie art. 143, 157 en 163 Fw). Praktisch is dit voordeel echter niet zo groot, vanwege het relatief geringe aantal akkoorden dat tot stand pleegt te komen (gesproken kan worden van hooguit 4 procent). Een ander wettelijk voordeel van een voorrecht is, dat een surseance van betaling niet werkt ten aanzien van bevoorrechte vorderingen (zie art. 230, 232, 257 en 273 Fw). In de praktijk echter leiden vrijwel alle surseances tot een faillissement (doorgaans tussen ongeveer 90 en 95 procent). Een

bevoorrechte schuldeiser is bij faillissement van zijn schuldenaar geen separatist. Hij moet zijn vordering bij de curator indienen, ter verificatie van zowel vordering als voorrecht (art. 108 e.v. Fw); voldoening geschiedt via de uitdelingslijst (art. 180 e.v. Fw). Ondanks de zo-even genoemde aan een voorrecht verbonden wettelijke voordelen, blijkt overigens behalve de praktisch reeds bestaande mitigerende ervan, bovendien aan schuldeisers met een voorrecht uit Boek 3 BW ontlusterend weinig te kunnen worden uitgekeerd, zoals de hierna te noemen gegevens aantonen.

Ook de veralgemening van de toekenning van het retentierecht ziet Valkhoff (t.a.p.) als een aspect van de vermaatschappelijking van het vermogensrecht in het nieuwe BW. Deze veralgemening is namelijk een uitvloeisel van redelijkheid en billijkheid, waarbij de persoon die afgifte van de zaak verlangt primair beschouwd wordt binnen zijn maatschappelijke context. Door deze uitbreiding verkrijgt het retentierecht natuurlijk ook een functie ten behoeve van de totale samenleving. Voorts brengt de speciale aard van het retentierecht mee, dat dit recht – meer dan de voorrechten – ook van belang is buiten faillissement en surseance. De maatschappelijke betekenis van de terughoudingsbevoegdheid is daarbij vooral gelegen in de mogelijkheid om betrekkelijk eenvoudig en snel, zonder verdere kosten, voldoening van een vordering te verkrijgen (vgl. ook Langemeijer-Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (1994), hoofdstuk XIII; zie verder nr. 18). De voorrangpositie die aan de terughoudingsbevoegdheid van het retentierecht is toegevoegd bij verhaalsuitoefening door de retentor op de zaak, berust op een pragmatische grondslag, namelijk het voorkomen van een impasse (zie nr. 20). In geval van faillissement is ook de retentor immuun voor een akkoord, en bij surseance blijft ook hij buiten schot (art. 157, resp. 232 Fw; zie voor de positie van de retentor bij faillissement nader nr. 21). Over de betekenis van het retentierecht zie men verder Diss. (1988), p. 2 e.v. Gebruik van het retentierecht is in de praktijk aanzienlijk toegenomen sinds in de rechtspraak de mogelijkheid van uitoefening ervan ook op onroerende zaken is bevestigd (zie hierover nader nr. 28); echter ook aangaande roerende zaken blijkt de maatschappelijke en praktische betekenis van het retentierecht sinds de invoering van het nieuwe BW uit de enorme aanwas van rechterlijke uitspraken over inroeping ervan.

Het aantal uitgesproken faillissementen bedroeg in de jaren zeventig van de vorige eeuw jaarlijks ongeveer 3.300. Kort na het verstrijken van het eerste decennium van de huidige eeuw lag dit aantal boven de 12.300. Met deze getallen als uitersten, liet de tussenliggende periode afwisselend stijgingen en dalingen zien. Als oorzaken van het hoge aantal faillissementen zijn, behalve significante economische omstandigheden met alle consequenties van dien, onder meer ook verkeerde bedrijfsvoering en fraude genoemd. Met een lichte verbetering van de economische omstandigheden vertoont het midden van het tweede decennium van deze eeuw weer enige daling van het aantal uitgesproken faillissementen, en geeft het een getal te zien van omstreeks 9.650.

Bij wijze van grove indicatie kan aangaande schuldeisers met een privaatrechtelijk voorrecht uit Boek 3 BW worden geconstateerd dat zij in de overgrote meerderheid van de faillissementen niets krijgen uitgekeerd, en voor zover wel een uitkering geschiedt deze doorgaans slechts omstreeks 7 procent van de hoogte van hun vordering beslaat. Concurrente schuldeisers ontvangen eveneens in de overgrote meerderheid van de faillissementen in het geheel niets, maar waar wel een uitkering ontvangen wordt, ligt deze toch lager dan die voor bedoelde bevoorrechte schuldeisers, namelijk doorgaans niet boven de 2½ procent van de hoogte van hun vordering.

Ook bij insolventie door een schuldsanering kunnen voorrechten aan de orde komen (art. 347 e.v. Fw). Voor uitkeringen uit de verkoopopbrengst der goederen van de schuldenaar geldt inzake de verdeling tussen bevoorrechte en concurrente schuldeisers de zogenoemde 2:1-regel (art. 349 Fw). Anders dan bij faillissement of surseance geldt een akkoord ook voor bevoorrechte schuldeisers (art. 332 en 340 Fw). Voor een retentor is de invloed van een schuldsanering tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die van een faillissement (vgl. art. 299b en 60 Fw). Het aantal schuldsaneringen is vanaf de invoering in 1998 van de wettelijke schuldsaneringsregeling (art. 284 e.v. Fw) in sterk toenemende mate gegroeid; na het verstrijken van het eerste decennium van deze eeuw werden jaarlijks omstreeks 15.000 toepassingen uitgesproken (een licht dalende tendens is evenwel sindsdien zichtbaar).

Na het vonnis van schuldsanering treedt de staat van insolventie in, en gaat de bewindvoerder over tot verkoop van de goederen van de schuldenaar (art. 347 Fw). Voor uitkeringen uit de opbrengst geldt

wat betreft de verdeling tussen bevoorrechte schuldeisers en concurrente schuldeisers een bijzondere regeling ten gunste van laatstgenoemden (art. 349 Fw). De schuldeisers worden ondergebracht in twee categorieën, namelijk de categorie met een voorrangrecht (waaronder alle schuldeisers met een bijzonder of algemeen voorrecht, die met een zeer hoge rang, zoals de fiscus, niet uitgezonderd, en ook de retentor), en de categorie van concurrente schuldeisers. Op de vorderingen in de categorie van schuldeisers met een voorrangrecht wordt nu een percentage voldaan dat tweemaal zo hoog is als aan de concurrente schuldeisers wordt uitgekeerd. Voor concurrente schuldeisers, die anders wellicht in het geheel niets zouden ontvangen, is aldus een deel van de opbrengst gereserveerd. Hierbij vervalt in de categorie van schuldeisers met een voorrangrecht de rang van dit recht, en worden alle schuldeisers in deze categorie voldaan naar evenredigheid van de hoogte van hun vordering. De reden hiervan is, dat bij handhaving van de onderlinge rangorde de mogelijkheid zou bestaan dat het voor deze categorie van schuldeisers gereserveerde bedrag slechts aan de hoger gerangschikten ten goede zou komen (bijvoorbeeld aan de fiscus), en de lager gerangschikten niets zouden ontvangen, met als ongewenst resultaat dat een concurrente schuldeiser meer uitgekeerd zou kunnen krijgen dan een schuldeiser met een voorrangrecht.

Anders dan bij faillissement of surseance geldt bij een schuldsanering een akkoord ook voor bevoorrechte schuldeisers (zie art. 332 en 340 Fw).

Wat betreft het retentierecht is de invloed van een schuldsanering vergelijkbaar met die van een faillissement (vgl. art. 299b en 60 Fw). Een significant verschil is echter dat het opeisingsrecht dat ex art. 60 Fw aan een curator toekomt, voor de bewindvoerder in eerste instantie ontbreekt. Voor de retentor is dit van grote betekenis, aangezien hij bij zo'n opeisingsrecht van de bewindvoerder de nadelige gevolgen van de genoemde 2:1-regel zou kunnen ondervinden. In tweede instantie kan niettemin het opeisingsrecht alsnog aan de bewindvoerder toekomen, en dus de 2:1-regel toch nog toepasselijk worden, namelijk indien de retentor een recht om als separatist te executeren niet tijdig heeft uitgeoefend (art. 299b lid 5 Fw). De positie van de retentor bij een schuldsanering zal nader worden besproken in samenhang met de situatie bij een faillissement (zie nr. 21).

Vanaf het in werking treden van de schuldsaneringsregeling (art. 284 e.v. Fw) in 1998, wordt zij frequent gebruikt. Het aantal jaarlijks uitgesproken toepassingen bedroeg in 2007 al meer dan 16.000. Na een kortstondige daling sinds 2008, veroorzaakt door een in dat jaar ingevoerde wetswijziging die onder meer beoogde het toenemende beroep op de regeling te beheersen, was vanaf het jaar 2010 weer een sterke stijging zichtbaar, waarbij het aantal jaarlijkse toepassingen omstreeks de 15.000 is gekomen, hoewel zich kort nadien weer een lichte daling heeft ingezet.

## In de literatuur is in diverse opzichten aandacht geschonken aan de *paritas creditorum* en de uitzonderingen op dit beginsel.

Een streven in wetgeving en rechtspraak gedurende de voorgaande decennia, om het aantal uitzonderingen op de *paritas creditorum* door bevoorrechting te beperken, wordt besproken door Rank-Berenschot in de bundel *Beginselen van vermogensrecht* (BW-krant Jaarboek, Arnhem 1993), p. 103 e.v. Meer consolidatie van het beginsel van *paritas creditorum* wordt ook voorgestaan door Vriesendorp, bundel *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001, Deventer), p. 3 e.v. W. Snijders bespreekt de betekenis van de verdelende rechtvaardigheid voor de *paritas creditorum* en de uitzonderingen erop in de bundel *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (Amsterdams Instituut voor Privaatrecht deel 1, Den Haag 2003), p. 269 e.v. Zie voorts Veder, *Some creditors are more equal than others* (Oratie Utrecht, 2010). Zie verder nr. 29 over de voorstellen van de commissies Raaijmakers en Kortmann, mede wat betreft afschaffing dan wel rangsverlaging van het fiscale voorrecht (art. 21 Invorderingswet 1990) en verbetering van de positie van concurrente schuldeisers.

Op grond van een puur rechtseconomisch standpunt betoogt Tuil, aangaande de voorrechten uit titel 3.10 BW (en art. 21 Invorderingswet 1990), dat beoordeeld naar hun effecten op de maatschappelijke welvaart, slechts de voorrechten wegens behoudskosten (art. 3:284 BW) en kosten van faillissementsaanvraag (art. 3:288 sub a BW) aanvaardbaar zijn, en de wetgever zijn met de overige voorrechten beoogde doelstellingen beter kan realiseren door belastingverhogingen en subsidies (NTBR 2011/37, p. 276 e.v.).