

ACHTERGESTELDE VORDERINGEN

Niels Pannevis*



Niels Pannevis Achtergestelde vorderingen

Diss. Nijmegen; Serie Onderneming & Recht deel 114, Deventer: Wolters Kluwer 2019, 796 p., € 89,50.

Op 5 september 2019 promoveerde Niels Pannevis aan de Radboud Universiteit Nijmegen op zijn proefschrift *Achtergestelde vorderingen*. Promotoren waren prof. mr. P.M. Veder en prof. mr. J.J. van Hees.

Inleiding

Sommige schuldeisers zijn bereid om de betaling van hun vordering ondergeschikt te maken aan de betaling van andermans vorderingen op dezelfde schuldenaar. Dat is op zichzelf niet aan te raden, maar het gebeurt veel. Banken vragen het bijvoorbeeld standaard aan een directeur-grotaandeelhouder van een onderneming in het midden- en kleinbedrijf als die van de bank een lening wil voor zijn bedrijf. Vaak heeft zo'n aandeelhouder zelf ook een lening verschaft aan de vennootschap waarin het bedrijf zit. De bank is dan alleen bereid om een lening te verschaffen als de aandeelhouder zijn eigen lening 'achterstelt'. Symbolisch doet de lening van de aandeelhouder een stapje terug. De bedoeling van de bank is dat de aandeelhouder slensening pas wordt afgelost als de bank is voldaan, of toestemming voor aflossing geeft. Zo een achtergestelde vordering wordt ook wel een juniorvordering genoemd. De vorderingen waarbij is achtergesteld zijn de seniorvorderingen.

Achtergestelde vorderingen komen op meer plekken voor. Vrijwel alle banken geven op hun beurt achtergestelde obligaties uit. Als de bank zelf in betalingsproblemen komt, dan worden die

achtergestelde obligaties pas afbetaald nadat de andere schuldeisers zijn voldaan. Ook stimuleert de overheid het bedrijfsleven met investeringen in de vorm van achtergestelde leningen. Verder wordt bij de verkoop van een bedrijf vaak een deel van de vordering tot betaling van de koopprijs omgezet in een achtergestelde lening van de verkoper aan de koper. En in de *leveraged finance*, waarin financieringen worden verstrekt van tientallen miljoenen tot miljarden euro's, worden de leningen vaak opgeknipt in meerdere stukken, 'tranches' genaamd. Sommige van de tranches worden bij andere tranches achtergesteld. Dat splitst de volledige financiering in verschillende stukken met een verschillend risicoprofiel: de financiers in de achtergestelde tranche nemen meer risico dan de andere financiers en ontvangen daarvoor meer rente. De financiers in de seniortranche hebben extra zekerheid dat hun vordering wel wordt terugbetaald, want een tekort bij de schuldenaar gaat eerst ten koste van de betalingen aan de achtergestelde schuldeisers. In al deze gevallen, en vrijwel steeds, berust de achterstelling op een overeenkomst.¹

Hoewel achterstellingen veel voorkomen zegt de wet er vrijwel niets over

Hoewel achterstellingen veel voorkomen zegt de wet er vrijwel niets over. Er zijn precies twee bepalingen over achterstellingen: artikel 3:277 lid 2 BW bepaalt dat de schuldeiser en de schuldenaar van een vordering de rang daarvan kunnen verlagen en artikel 2:375 lid 4 BW bepaalt dat een bedrijf dat achtergestelde schulden heeft die schulden specifiek moet melden in de jaarrekening. Verder zeggen het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet niets over achtergestelde vorderingen.²

Het ontbreken van een wettelijke regeling voor de gevolgen van een achterstelling levert onzekerheid op. Welke gevolgen heeft het achterstellen van een vordering naar geldend Nederlands recht

* Mr.dr.s. N.B. Pannevis is advocaat te Amsterdam en als fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

- 1 Wettelijke achterstellingen bestaan wel, maar zijn bijzonder schaars. Zie over legaten en quasi-legaten art. 4:7 lid 2, 4:120, en 4:126 BW, en over de achterstelling van een schadeverzekeraar na subrogatie in de schadevergoedingsvordering art. 7:962 lid 2 BW. Zie ook hoofdstuk 2 van mijn proefschrift.
- 2 De bepalingen genoemd in de vorige voetnoot daargelaten. Die zijn erg specifiek en regelen de gevolgen nauwelijks.
- 3 N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht deel 114), Deventer: Wolters Kluwer 2019. Hierna: 'Pannevis 2019'.
- 4 Deze twee typeringen kunnen ook worden gecombineerd: een achterstelling kan een algemene en eigenlijke achterstelling zijn, of algemeen en specifiek. Het kan ook een specifieke oneigenlijke achterstelling zijn, of een algemene oneigenlijke achterstelling.
- 5 Art. 3:277 lid 2 BW is een voorbeeld van een eigenlijke achterstelling.
- 6 Art. 3:276 BW.
- 7 Zie art. 480 Rv.
- 8 Zie voor de fijnmazige onderscheidingen van de onderdelen van een verbintenis en een vordering Asser/Sieburgh 6-/2016/33 e.v. en Pannevis 2019, par. 5.2.2.1.
- 9 Concursus, letterlijk vertaald 'samenloop', duidt op de situatie dat verschillende schuldeisers tegelijk verhaal proberen te nemen op hetzelfde goed of goederen, of op dezelfde executie-opbrengst.
- 10 Zie nader Pannevis 2019, par. 5.3.

- 11 Zie nader Pannevis 2019, par. 5.5.2.
- 12 Zie nader Pannevis 2019, par. 5.5.2.
- 13 Art. 6:25 BW.
- 14 Een tijdsbepaling is bijvoorbeeld in het belang van de schuldeiser als over de vordering rente is verschuldigd. Dan heeft de schuldeiser er belang bij dat die vordering niet eerder wordt nagekomen, want dan mist de schuldeiser rente. Ook de tijdsbepaling bij een vordering tot levering van tien ton aardappels kan in het voordeel van de schuldeiser zijn. De tijdsbepaling geeft hem de tijd om ruimte te maken voor de aardappels. Dergelijke vorderingen kunnen niet worden nagekomen voordat de tijdsbepaling is verstreken, zie J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2e stuk – 1e gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1934, p. 415; S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948, p. 18; L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlandse Verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen, eerste gedeelte, (artt. 1269-1387 BW) eerste stuk (artt. 1269-1301 en 1304-1348 BW)*, Groningen: J.B. Wolters 1976, p. 411, geval IIa2; Asser/Sieburgh 6-1 2016/246; M.W. Scheltema, *Nakoming* (Serie Monografieën BW B32a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 61; Eindverslag, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 173, TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 170 en p. 492; N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht deel 33), Deventer: Kluwer 2005, p. 70; I. Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 17 en 37.
- 15 Zie bijvoorbeeld art. 27 en 35 Algemene Bankvoorwaarden 2017. Anders vult de wet de geldleningsovereenkomst wel met dergelijke bepalingen aan: art. 7:129e BW.
- 16 Zie over de uitleg van achterstelligsovereenkomsten Pannevis 2019, hoofdstuk 4.
- 17 Zie Rb. Rotterdam 17 november 2014, *JOR* 2015/157 (*Swagemakers/High Care*), Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, *JOR* 2014/219 (*Klaasse/Lintelo*) en Rb. Amsterdam 15 augustus 2012, *JOR* 2012/376 (*Curatoren Van der Moolen/AMG c.s.*). Vgl. verder Rb. Dordrecht 28 maart 2012, *JOR* 2013/85 (*Rabobank Hulst/C.V. Move Handel & Scheepvaart*), r.o. 4.11.
- 18 Aangenomen dat aan die vordering niet tevens een tijdsbepaling in het belang van de schuldeiser of opschortende voorwaarde is verbonden.
- 19 Dit volgt onder meer uit het beginsel dat zekerheidsrechten slechts dienen tot voldoening van de gezekerde vordering en de

voor de positie van de schuldeiser, in het bijzonder in het faillissement van de schuldenaar? Die vraag beantwoordt mijn proefschrift.³

Dat gebeurt in drie stappen. Het proefschrift verkent eerst de belangrijkste toepassingen van achtergestelde vorderingen. Daarna worden de twee belangrijkste verschijningsvormen van achterstellingen geanalyseerd, zodat tot slot de gevolgen daarvan kunnen worden bepaald. Dit stuk volgt met zevenmijlslaarzen dezelfde opzet, zij het dat de belangrijkste toepassingen van achterstellingen hierboven al zijn genoemd.

Welke gevolgen heeft het achterstellen van een vordering naar geldend Nederlands recht voor de positie van de schuldeiser, in het bijzonder in het faillissement van de schuldenaar? Die vraag beantwoordt mijn proefschrift

Kwalificatie van een achterstelling

Twee indelingen

Achterstellingen komen in allerlei varianten voor en zijn op verschillende manieren nader te onderscheiden.

Achterstellingen kunnen bijvoorbeeld worden getypeerd naar de vorderingen *waarbij* is achtergesteld. Sommige achtergestelde vorderingen zijn achtergesteld bij *alle* andere vorderingen op dezelfde schuldenaar. Dan is er sprake van een algemene of generieke achterstelling. In andere gevallen is de achtergestelde vordering alleen achtergesteld bij een of meer specifiek aangeduide vorderingen, zoals de vorderingen van de bank op de gezamenlijke schuldenaar. Dan is het een specifieke achterstelling.

Achterstellingen kunnen ook worden ingedeeld naar de wijze waarop de achterstelling is vormgegeven, welke rechtsfiguur wordt ingezet om de achterstelling te bereiken.⁴ Dat is de kern van het onderscheid tussen zogenaamde 'eigenlijke achterstellingen' en zogenaamde 'oneigenlijke achterstellingen'. Een eigenlijke achterstelling verlaagt de rang van een vordering, daarover zo meer. Een oneigenlijke achterstelling maakt de betaling

van een vordering ondergeschikt aan de betaling van een andere vordering op een andere manier dan door de rang van de achtergestelde vordering te verlagen. De meeste achterstelligsovereenkomsten bevatten zowel een eigenlijke als een oneigenlijke achterstelling, maar voor het denken erover is het belangrijk om ze te onderscheiden.

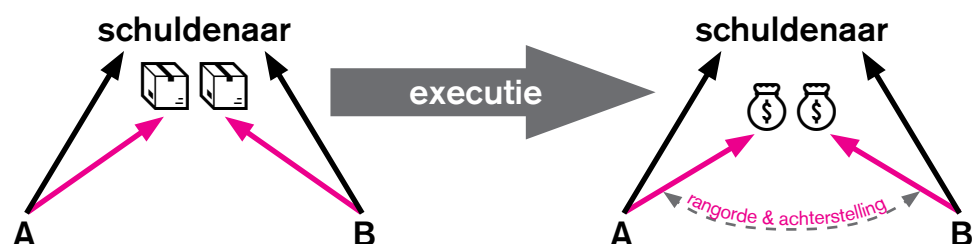
Eigenlijke achterstellingen

Eigenlijke achterstellingen verlagen de rang van de achtergestelde vordering.⁵ Om een eigenlijke achterstelling beter te begrijpen moeten we dus kijken naar de rang van een vordering.

Stel dat twee schuldeisers, A en B, allebei een vordering hebben op dezelfde schuldenaar. Die vorderingen zijn allebei een relatie van de schuldeiser tot de schuldenaar, weergegeven door de zwarte pijlen in figuur 1. Bij dat vorderingsrecht krijgen beide schuldeisers van de wet een verhaalsrecht.⁶ Dat verhaalsrecht is de bevoegdheid om hun vordering te verhalen op het vermogen van hun schuldenaar. Het verhaalsrecht is dus een relatie tussen een schuldeiser en het vermogen van de schuldenaar, zie de roze pijlen in figuur 1. Op grond van dat verhaalsrecht kunnen de schuldeisers, mits zij een executoriale titel hebben, vermogensbestanddelen van hun schuldenaar executeren (te gelde maken). Daarna richt het verhaalsrecht zich op de opbrengst. Die moet worden verdeeld onder alle schuldeisers, of verhaalsgerechtigden, die er verhaal op kunnen nemen.⁷ Bij die verdeling van de executie-opbrengst speelt de rang van vorderingen een rol. Schuldeisers met een lagere rang krijgen alleen betaald als schuldeisers met een hogere rang worden voldaan.

Hieruit volgt dat de rang niet het vorderingsrecht in enge zin betreft.⁸ De rang betreft namelijk niet de relatie van een schuldeiser tot zijn schuldenaar, maar alleen de mogelijkheden van de schuldeiser om verhaal te nemen op het vermogen van de schuldenaar. Rang zit dus in het verhaalsrecht. Omdat dat verhaalsrecht ook vaak als onderdeel van de vordering in ruime zin wordt gezien, ligt rang wel besloten in de vordering in ruime zin, ook al betreft het niet het vorderingsrecht in enge zin.

Rang speelt pas een rol bij de verdeling van de executieopbrengst en bij de concursus tussen schuldeisers die dan plaatsvindt.⁹ Daarom betreft de rang van een vordering niet de relatie van de schuldeiser tot de schuldenaar, want bij de verdeling van de executieopbrengst tussen de schuldeisers heeft de schuldenaar geen rol. De schuldenaar kan zich verzetten tegen de executie



Figuur 1. Twee vorderingen en verhaalsrechten op een vermogen, de executie en de plaats van de rangorde tussen de verhaalsrechten bij de verdeling van de executie-opbrengst.

zelf, maar als er eenmaal een executie-opbrengst is, dan is de verdeling daarvan alleen een kwestie tussen de schuldeisers.

Een eigenlijke achterstelling verlaagt de rang van de vordering, die in het verhaalsrecht zit. Een eigenlijke achterstelling moeten we dus zien als een wijziging van het verhaalsrecht, en wel van dat deel van het verhaalsrecht dat de relatie tot andere schuldeisers regelt.¹⁰

Omdat een eigenlijke achterstelling als rangbepaling alleen de relatie tussen de schuldeisers onderling betreft, meen ik dat twee schuldeisers ook onderling een eigenlijke achterstelling overeen kunnen komen. Daar hebben zij de schuldenaar niet voor nodig.¹¹ Weliswaar spreekt de wetgever in artikel 3:277 lid 2 BW alleen over een eigenlijke achterstelling tussen de schuldeiser en de schuldenaar, maar dat sluit andere achterstellingen niet uit.¹² Ook een achterstelling die tussen schuldeisers onderling is overeengekomen verlaagt de rang van de vordering en bepaalt dus de verdeling van de executie-opbrengst.

Omdat een eigenlijke achterstelling als rangbepaling alleen de relatie tussen de schuldeisers onderling betreft, meen ik dat twee schuldeisers ook onderling een eigenlijke achterstelling overeen kunnen komen. Daar hebben zij de schuldenaar niet voor nodig

Omdat een eigenlijke achterstelling alleen de verdeling van de executie-opbrengst bepaalt, heeft die dus geen gevolgen voor de relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaar van de achtergestelde vordering. De schuldenaar kan de achtergestelde vordering gewoon vrijwillig betalen en verrekenen, want daarbij wordt geen executie-opbrengst verdeeld. Een eigenlijk achtergestelde schuldeiser kan dus ook gewoon beslag leggen en executeren, al komt de opbrengst door de rangverlaging vaak bij een ander terecht.

Oneigenlijke achterstellingen

Een eigenlijke achterstelling is meestal niet genoeg om de seniorschuldeiser, die om de achterstelling vraagt, tevreden te stellen. De senior wil namelijk niet alleen dat hij eerst wordt betaald na een executie. De senior wil meestal überhaupt niet dat de schuldenaar de achtergestelde schuldeiser betaalt voordat de senior volledig is voldaan. Dat kan worden bereikt met een oneigenlijke achterstelling.

Oneigenlijke achterstellingen verbinden vaak een tijdsbepaling of een opschortende voorwaarde aan de achtergestelde vordering. Die tijdsbepaling of opschortende voorwaarde gaat pas in vervulling als de seniorvordering is betaald, of wanneer de senior toestemming geeft voor de betaling van de juniorvordering. Een vordering onder opschortende voorwaarde kan niet worden nagekomen zolang

de voorwaarde niet is vervuld.¹³ Hetzelfde geldt voor een vordering onder tijdsbepaling, mits de tijdsbepaling mede in het belang van de schuldeiser is overeengekomen.¹⁴ Als de schuldenaar dan toch probeert om de achtergestelde vordering te betalen voordat de senior is voldaan of toestemming geeft, dan is dat geen bevrijdende betaling van de juniorvordering, maar een onverschuldigde betaling. De betalende schuldenaar verkrijgt dus een vordering uit onverschuldigde betaling op de junior. De senior kan eventueel beslag leggen op die vordering.

Deze opeisbaarheidsbeperkingen kunnen spanning opleveren met andere partijafspraken, bijvoorbeeld bij een achtergestelde lening. Achtergestelde vorderingen zijn vaak vorderingen tot terugbetaling van geleend geld. Geldleningsovereenkomsten bepalen doorgaans dat de geldlener zijn vordering opeisbaar kan maken door opzegging van de lening zodra de schuldenaar in verzuim is, of zelfs failliet dreigt te raken.¹⁵ Dezelfde overeenkomst geeft nu de achtergestelde geldlener de bevoegdheid om de lening op te zeggen en op te eisen, maar verbiedt hem ook om dat te doen voordat de senior is betaald. Wat nu als het mis dreigt te gaan met de schuldenaar terwijl de senior nog niet is betaald? Dan mag de junior zijn vordering *wel en niet* opeisen. Dat is een lastige kwestie van uitleg van de overeenkomst en de aanvullende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁶ Tot nu toe wordt de vordering in de (lagere) rechtspraak dan meestal niet-opeisbaar geacht.¹⁷

Een vordering kan ook oneigenlijk worden achtergesteld met verbintenissen tussen de schuldeisers. De juniorschuldeiser verbindt zich dan bijvoorbeeld jegens de senior om geen betaling te eisen of aanvaarden voordat de senior is voldaan. De schuldeisers komen daarbij vaak een 'doorstortplicht' overeen: als de juniorschuldeiser toch betaling ontvangt van de schuldenaar voordat de senior volledig is voldaan, dan moet de junior het ontvangen bedrag afdragen aan de senior.

Zo een doorstortplicht kan vreemde gevolgen hebben. Als de schuldenaar de junior betaalt kan daardoor de juniorvordering tenietgaan,¹⁸ terwijl de junior op grond van de doorstortplicht het ontvangen bedrag moet afdragen aan de senior. De junior eindigt dus zonder geld en zonder vordering. De senior zou echter naast de doorgestorte gelden ook zijn seniorvordering volledig kunnen incasseren.

Ik meen dat de senior het meerdere dat hij zo ontvangt boven de volledige betaling van zijn vordering niet mag houden, maar moet afdragen aan de junior.¹⁹ Een nog fraaiere oplossing is dat de schuldenaar, de junior en de senior overeenkomen dat doorgestorte betalingen hebben te gelden als betalingen door de schuldenaar op de seniorvordering. Dan verminderen die betalingen de seniorvordering en blijft de juniorvordering in stand.

Gevolgen van een achterstelling

De hierboven besproken kwalificaties zijn ook behulpzaam bij het beantwoorden van allerlei vragen die een achterstelling kan oproepen rondom een faillissement van de schuldenaar. Kan een achtergestelde schuldeiser bijvoorbeeld een fail-

zekerheidsgerechtigde niet meer op mogen leveren dan dat. Zie Pannevis 2019, par. 6.6.4.2 en vgl. art. 3:253 lid 3, 3:270 lid 2, 7:92, 7:98, 7:108, 7:112, 3:234 lid 1 en 7:855 lid 1 BW, HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119 (*Keereweer q.q./ Sogelease*); J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht deel 8), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 88 en S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPvR* 1995, afl. 6187, p. 456.

20 Zie Pannevis 2019, par. 7.2.2.3.

21 Zie art. 1 jo. 6 lid 3 Fw.

22 Zie Pannevis 2019, par. 7.2.4.

23 Zie Pannevis 2019, par. 7.3.3.3 en 7.3.4.2.

24 De wettelijke rangordebepalingen van legaten en gesubrogeerde schadeverzekeraars hebben ook de derde vorm. Zie art. 4:120 en 7:962 BW.

25 Zie Pannevis 2019, par. 7.4.2.1.

26 Art. 3:277 lid 2 BW laat er geen twijfel over bestaan dat zo'n achterstelling mogelijk is. Andere casus kunnen tot dezelfde rangorde aanleiding geven. Dezelfde rangorde kan bijvoorbeeld ontstaan bij een retentor die zijn retentierecht niet tegen alle andere schuldeisers in kan roepen, bij één schuldeiser die een zekerheidsrecht ten behoeve van hemzelf vernietigt met een beroep op art. 3:45 BW of als er beslag gelegd wordt op een goed, daarna daarop een zekerheidsrecht wordt gevestigd, en daarop daarna nogmaals beslag gelegd wordt.

27 Zie voor deze structuur bijvoorbeeld art. 21 lid 2 Invorderingswet, art. 3:282, 3:284 lid 2 en 3, 3:285 lid 2, 3:287 lid 2 en 3:292 BW. Zie voor vele andere voorbeelden de talrijke specifieke uitzonderingen in de preferentielijst van *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*, p. 101 e.v. en M.J.M. Franken, 'De afwikkeling van (samenlopende en botsende) voorrangrechten' in J.G. Princen & I. Spinath (red.), *Faillissement en Vastgoed* (Insolad Jaarboek 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 127-153. Dit is bijvoorbeeld anders naar Duits en Amerikaans recht, zie § 507 en § 726 U.S. Bankruptcy Code en § 19 en § 39 Insolvenzordnung.

28 Om precies te zijn kan die ranglijst niet worden gemaakt als de verzameling rangordebepalingen niet transitief is, zie Pannevis 2019, par. 7.3.3.7.

29 Zie A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 114, R. Fransis, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2017, nr. 384, B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen* (Serie Monografieën Privaatrecht nr. 6), Deventer: Kluwer 2013, p. 83, A. Klaassen, *De*

achtergestelde lening (serie Bank- en Effectenbedrijf nr. 14), Deventer: Kluwer 1981, p. 16, Spinath 2005, p. 24, *Rapport Insolaf Afwikkeling Faillissementen* 2011, p. 57 en Pannevis 2019, par. 7.4.2.4.

30 De eerste beslaglegger is gelijk in rang met de zekerheidsgerechtigde vanwege de blokkerende werking van het beslag, art. 505 lid 2 Rv. Anders dan in HR 13 mei 1988, *NJ 1988/748* (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*), r.o. 3.1 werd overwogen acht ik de hypotheekhouder niet achtergesteld bij de beslaglegger. Zie ook Rb. Oost-Brabant (r-c) 26 oktober 2016, ECLI: NL:RBOBR:2016:6566 (*Zes hypotheeken, zeven beslagen en de Ontvanger*), Van der Grinten in zijn noot onder bovengenoemd arrest *Banque de Suez/Bijkerk q.q.*, J.J. van Hees, 'leder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011, afl. 6882, p. 328, H. Oudelaar, 'Gelegde beslagen vervallen. Of niet?', *WPNR* 1988, afl. 5887, p. 533, H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998, p. 219-225, E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over executie, zuivering, rangregelingprocedure en verdeling van executieopbrengsten', in: S.J.W. van der Putten & M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu 2018, p. 844 en Asser *Procesrecht/Steneker* 5 2019/463-464. De zekerheidsgerechtigde kan zijn voorrang wel invoeren tegen latere beslagleggers. De eerste beslaglegger staat dus op plek A, de zekerheidsgerechtigde op plek B, de latere beslagleggers op plek C. Zie ook Pannevis 2019/482.

31 Zie o.m. Heyman & Bartels 1998, J.J.A. de Groot, 'Beslag, hypotheek en faillissement', *WPNR* 1988, afl. 5897, Heemskerck in zijn annotatie onder HR 25 oktober 1985, *NJ 1987/18* (*Ontvanger/Amro*), F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom, een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 195 e.v., D.J.V.D. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht. Een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, Oudelaar 1988, R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Preadvies KNB 1997), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 13-51, J.J.

lissement aanvragen, kan hij invloed uitoefenen op het verloop van dat faillissement, kan hij zijn positie veiligstellen met zekerheidsrechten? Deze vragen komen hierna aan bod.

Aanvragen van een faillissement, verificatie en uitdeling

Een achtergestelde schuldeiser kan net als elke andere schuldeiser het faillissement van zijn schuldenaar aanvragen. Immers, de achterstelling verlaagt hooguit de rang van zijn verhaalsrecht, maar tast het bestaan daarvan niet aan. Een achtergestelde schuldeiser kan net als elke andere schuldeiser verhaal proberen te nemen op het volledige vermogen van zijn schuldenaar. Dat kan hij ook met een faillissementsaanvraag. Daar is alleen serieus over te twifelen als de achterstellingsovereenkomst, bij wijze van oneigenlijke achterstelling, een opschortende voorwaarde aan de juniorvordering verbindt. Een opschortende voorwaarde tast de vordering namelijk sterker aan dan andere achterstellingen.²⁰

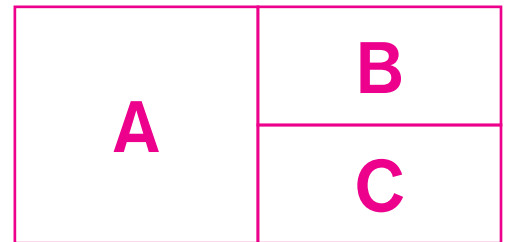
Hoewel de meeste achterstellingen een faillissementsaanvraag door de achtergestelde schuldeiser zelf niet uitsluiten, kan een achterstelling wel het gebruik van de achtergestelde vordering als zogenaamde 'steunvordering' belemmeren. Steunvorderingen zijn vorderingen waaruit de rechter afleidt dat de schuldenaar verkeert in de 'toestand te hebben opgehouden te betalen', en dus failliet verklaard kan worden.²¹ Omdat achtergestelde vorderingen doorgaans nog niet betaald hoeven te worden voordat de senior is voldaan, zou de rechter uit het onbetaald laten van achtergestelde vorderingen niet al te snel moeten concluderen dat de schuldenaar is opgehouden te betalen, dus in 'de toestand' verkeert.²²

Als het faillissement eenmaal is uitgesproken, en het vermogen van de failliet te gelde is gemaakt, dan moet uiteindelijk de executie-opbrengst worden verdeeld. Om in die verdeling mee te kunnen doen moeten de schuldeisers hun vorderingen indienen bij de curator. Die controleert de vorderingen, betwist die waar nodig en plaatst de vorderingen op een lijst met hun rang. Dat proces is de verificatie. Achterstellingen scheppen daarbij op zichzelf weinig problemen. Eigenlijk achtergestelde vorderingen kunnen worden geverifieerd voor hun volledige hoogte met een aantekening van de verlaagde rang en oneigenlijk achtergestelde vorderingen meestal ook.²³ De rang van de vorderingen bepaalt uiteindelijk op welke manier zij meedelen in de executie-opbrengst.

De bepaling van de rang van achtergestelde vorderingen werpt licht op een bijzondere eigenschap van Nederlandse rangordebepalingen. Nederlandse rangordebepalingen bepalen de verhoudingen tussen de schuldeisers met uitspraken zoals: 'A gaat in rang boven B', 'B en C zijn in rang gelijk' of 'C heeft een lagere rang dan D'. Wettelijke rangordebepalingen hebben de eerste of de tweede vorm, de derde vorm staat in achterstellingsovereenkomsten.²⁴ Maar terwijl de rangorde wordt opgebouwd uit dit soort losse uitspraken, gaan de regels voor de verdeling van de executie-opbrengst ervan uit dat de rangorde van de schuldeisers altijd de vorm heeft van een ranglijst, dat wil zeggen: dat alle losse uitspraken over de onderlinge verhoudin-

gen samen te vatten zijn door alle schuldeisers op een geordende lijst te plaatsen.²⁵ Als die lijst eenmaal is opgesteld, dan worden de schuldeisers op de hoogste trede als eerste volledig betaald. Als er daarna nog executie-opbrengst over is, ontvangen de schuldeisers op de tweede trede een deel van die opbrengst, et cetera. Als er niet voldoende executie-opbrengst is om alle schuldeisers op één trede te voldoen, dan krijgen zij uitbetaald in evenredigheid met hun vordering. Dan krijgen zij allemaal hetzelfde percentage van hun vordering uit de executie-opbrengst. Dit systeem werkt goed als alle losse uitspraken over de rangorde inderdaad samen te brengen zijn door de schuldeisers op een ranglijst te plaatsen, maar achtergestelde vorderingen laten zien dat dat niet altijd kan.

Beschouw bijvoorbeeld een geval met drie schuldeisers (A, B en C), waarvan er één (C) zijn vordering heeft achtergesteld bij één andere schuldeiser (B), maar niet bij de derde schuldeiser (A).²⁶ Dan zijn A en B in rang gelijk. A en C zijn ook in rang gelijk, maar C is wel lager in rang dan B. De rangorde ziet er als volgt uit:



Figuur 2. De rangorde van drie vorderingen waarvan er één (C) specifiek is achtergesteld bij één andere (B).

Dit is geen ranglijst. Hier is ook geen ranglijst van te maken. De oorzaak daarvan is dat naar Nederlands recht de rangorde van vorderingen niet vorm krijgt door objectieve uitspraken van de vorm 'Vordering C heeft rang 3'. Naar Nederlands recht wordt de rangorde gevormd over de onderlinge verhoudingen tussen vorderingen, zoals 'Vordering C heeft een lagere rang dan vordering B'.²⁷ Naar Nederlands recht gaan rangordebepalingen steeds over de relatie tussen twee individuele verhaalsrechten. Uit dat soort relatieve ranguitspraken is niet altijd een ranglijst te maken.²⁸ Dat leidt tot problemen bij de verdeling van de executie-opbrengst.

Als de rangorde de vorm heeft van figuur 2 dan voldoen de gebruikelijke regels voor de verdeling van de executie-opbrengst niet, maar het kan wel anders. Stel dat A, B en C alle drie 100 te verdienen hebben en er 200 te verdelen is. Omdat A niet bij de achterstelling betrokken is mag hij er geen nadeel van ondervinden, noch van profiteren, dus ontvangt A één derde deel van de executie-opbrengst, 66%. De resterende 133½ wordt verdeeld tussen B en C. Omdat B in rang boven C gaat wordt daaruit eerst B volledig betaald. B ontvangt zijn volledige vordering, 100. C krijgt 33½. Deze verdeling is in de literatuur onomstreden als de rangorde wordt veroorzaakt door een specifieke achterstelling.²⁹ Hoewel de casus beslag-hypotheek-beslag tot dezelfde rangorde kan leiden³⁰ bestaat over de verdeling van de opbrengst in dat geval geen consensus.³¹

De problemen worden nog groter als in de situatie van figuur 2 ook B nog zijn vordering achterstelt bij A, of C een zekerheidsrecht bedingt en daarmee voorrang op A krijgt. Dan ontstaat een rangorde die zelfs niet de vorm van een tabel heeft, zoals in figuur 2. Ook dan kan de executie-opbrengst wiskundig consistent worden verdeeld, maar dat vraagt om meer analyse dan hier mogelijk is.³²

Bij de uitoefening van inspraakrechten kan een achtergestelde schuldeiser tegenover andere schuldeisers komen te staan. De achterstelling prikkelt de achtergestelde schuldeiser om ervoor te pleiten dat de curator veel risico neemt met de boedel bij de afwikkeling van het faillissement

Inspraakrechten en akkoorden

Schuldeisers hebben bij een faillissement niet alleen recht op de executie-opbrengst, maar zij hebben in de loop van het faillissement ook allerlei 'inspraakrechten'. Dat zijn rechten waarmee zij invloed kunnen uitoefenen op het verloop van het faillissement. Schuldeisers kunnen (althans in het wettelijk systeem) meepraten over belangrijke beslissingen en investeringen, zoals het investeren in het voortzetten van de onderneming in de hoop die voor een hoge going-concern-opbrengst te verkopen, of de beslissing om een procedure te beginnen tegen een bestuurder. Schuldeisers kunnen schuldeisersvergaderingen beleggen en daarin stemmen,³³ plaats nemen in een schuldeiserscommissie,³⁴ de rechter-commissaris die toezicht houdt op de curator verzoeken om de curator iets te gebieden of te verbieden³⁵ en stemmen over een faillissementsakkoord.³⁶ Achterstellingen beperken dat soort rechten doorgaans niet.

Bij de uitoefening van al deze inspraakrechten kan een achtergestelde schuldeiser tegenover andere schuldeisers komen te staan. De achterstelling prikkelt de achtergestelde schuldeiser om ervoor te pleiten dat de curator veel risico neemt met de boedel bij de afwikkeling van het faillissement, dus bijvoorbeeld om ook een kostbare aansprakelijkheidsprocedure te beginnen tegen de bestuurder als de kansen op succes erg klein zijn. De achtergestelde schuldeiser draagt zelden de kosten van dergelijke investeringen, omdat hij doorgaans toch geen uitkering uit het faillissement kan verwachten. Alleen als de genomen risico's grote winsten opleveren deelt de achtergestelde schuldeiser mee in de executie-opbrengst. Als die risico's verlies opleveren gaat dat niet ten koste van zijn uitkering, want die kon hij toch al niet verwachten. Daardoor prikkelt een achterstelling om veel risico's te nemen of te bepleiten dat die worden genomen.³⁷

Het bestaande wettelijke kader is echter in het algemeen goed bestand tegen dit soort prikkels. Het (stem)gedrag van schuldeisers is, behalve bij een faillissementsakkoord, niet doorslaggevend. Om het verloop van het faillissement te beïnvloeden moeten achtergestelde schuldeisers zich richten tot de rechter-commissaris. Die richt zich bij zijn beoordeling niet naar de positie van de achtergestelde schuldeiser en de prikkels die van de achterstelling uitgaan. De rechter-commissaris oordeelt of de voorgestane oplossing het beste is voor de faillissementsboedel en alle schuldeisers als geheel. Daardoor wordt onnodig risicovol gedrag voorkomen.³⁸

Bij het faillissementsakkoord is dit anders. Een faillissementsakkoord is een overeenkomst tussen de failliet en de (concurrente) schuldeisers. De schuldeisers aanvaarden die overeenkomst door in meerderheid in te stemmen. Na goedkeuring van het akkoord door de rechter zijn ook de tegenstemmende schuldeisers gebonden.³⁹ In zo'n akkoord biedt de schuldenaar vaak gedeeltelijke betaling van de vorderingen aan, in ruil voor kwijtschelding van de rest.

In het huidige systeem van de wet mogen achtergestelde schuldeisers meestemmen over een faillissementsakkoord.⁴⁰ Dat maakt het aantrekkelijk voor de schuldenaar om de achtergestelde schuldeisers een betaling toe te zeggen onder het faillissementsakkoord, en zo hun stemmen te 'kopen', terwijl de seniorschuldeisers niet volledig worden voldaan en achtergestelde schuldeisers misschien zonder het akkoord niets zouden ontvangen.

Om dit op te lossen zou bij het faillissementsakkoord een klassensysteem moeten worden ingevoerd. Dan stemmen de schuldeisers in verschillende klassen. De klassen worden zo ingedeeld dat alle schuldeisers binnen een klasse in een vergelijkbare positie zitten.⁴¹ Als dan elke klasse instemt met het akkoord dan is het aangenomen. Als de klassen het niet eens zijn, hakt de rechter de knoop door volgens daarvoor geldende wettelijke regels.⁴²

Het wetsvoorstel voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord voorziet in een dergelijk akkoord waarover schuldeisers en aandeelhouders stemmen in klassen.⁴³ Bij de vorming van die klassen vormt de rangorde van de schuldeisers een belangrijk uitgangspunt.⁴⁴ Daardoor kan opnieuw het probleem opduiken dat rangorde naar Nederlands recht lang niet altijd een ranglijst is.⁴⁵ Dat maakt de klassenvorming naar Nederlands recht complexer dan in de buitenlandse rechtssystemen waar de klassenvorming aan is ontleend. In die andere landen heeft de rangorde wel steeds de vorm van een ranglijst, dus kunnen de klassen de treden van de ranglijst volgen.

Zekerheidsrechten

Het lijkt gek om voor een achtergestelde vordering zekerheidsrechten te vestigen. Met een achterstelling doet een schuldeiser 'een stapje terug' en met een zekerheidsrecht dringt hij voor. Maar het kan wel, en het gebeurt ook..

Klassieke zekerheidsrechten, pand- en hypotheekrechten op goederen van de schuldenaar, leveren de meeste spanning op met een achterstelling. Die spanning komt tot uiting bij de bepaling

van Hees 2011, p. 328 en Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/465. Het stelsel van Heyman & Bartels 1998 stemt overeen met het hier uiteengezette systeem voor de verdeling van de executie-opbrengst bij een specifieke achterstelling. Zie nader Pannevis 2019, par. 7.4.2.5.

32 Zie nader Pannevis 2019, par. 7.4.2.

33 Art. 80 Fw e.v. en 138 e.v. Fw

34 Art. 74 Fw e.v.

35 Art. 69 Fw.

36 Art. 143 en 145 Fw.

37 Zie Pannevis 2019, par. 8.2.3.

38 Zie Pannevis 2019, par. 8.2.5, 8.3.3.2, 8.4.2.2, 8.4.3, en 8.5.3.

39 Art. 157 Fw.

40 Pannevis 2019, par. 8.6.5.

41 Zie het voorgestelde art. 374 Fw in *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 2.*

42 Zie het voorgestelde art. 384 Fw in *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 2.*

43 *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 2.*

44 Zie het voorgestelde art. 374 Fw in *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 2.*

45 Zie Pannevis 2019, par. 8.7 en N.B. Pannevis, 'Klassenvorming onder de WHOA en Nederlandse rangbepalingen', *FIP 2019/216*, afl. 6, p. 30-36.

van de rang van de achtergestelde vordering waar zekerheidsrechten voor gevestigd zijn. Er bestaan dan tegenstrijdige aanwijzingen omtrent die rang: aan het zekerheidsrecht kan de schuldeiser voorrang ontlenen, maar de achterstelling verlaagt zijn rang. Die schijnbaar tegenstrijdige aanwijzingen vormen niet altijd een probleem, bijvoorbeeld doordat de achterstellingsovereenkomst expliciet de rang verlaagt van de vordering, *inclusief de daaraan verbonden voorrang*, of doordat de schuldeiser zich tegenover sommige schuldeisers op voorrang kan beroepen en bij anderen is achtergesteld.⁴⁶ In andere gevallen moet er tussen deze tegenstrijdige aanwijzingen gekozen worden en is de rangbepaling dus een lastig geval van uitleg.

Achtergestelde vorderingen versterkt met persoonlijke zekerheidsrechten (zoals borgtocht of hoofdelijkheid) of derdenzekerheidsrechten leveren minder problemen op. In beide gevallen aanvaardt een derde (verhaals) aansprakelijkheid voor de achtergestelde vordering. Dat levert vooral de vraag op of de achterstelling doorwerkt in de verhouding tot deze derde en in de verhouding van de derde tot de hoofdschuldenaar. De achterstelling kan in beide verhoudingen doorwerken. Of dat in een concreet geval zo is, is vooral een vraag van uitleg van de verhoudingen in het concrete geval.⁴⁷

Een achtergestelde schuldeiser kan ook proberen om zijn vordering ondanks de achterstelling te verhalen door zijn vordering te verrekenen.⁴⁸ Een achterstelling sluit verrekening op zichzelf niet uit.⁴⁹ Veel achterstellingsovereenkomsten bevatten echter naast de achterstelling ook een expliciet verrekeningsverbod. Ook zonder zo'n verbod kan de achterstelling buiten faillissement verrekening belemmeren doordat de achterstelling de opeisbaarheid van de achtergestelde vordering beperkt. Buiten faillissement kunnen alleen opeisbare vorderingen worden verrekend.⁵⁰ Binnen faillissement is dat anders, en belemmert een achterstelling zonder verrekeningsverbod de verrekening niet of nauwelijks.⁵¹

Conclusie

Terugkerend naar de hoofdvraag – welke gevolgen heeft het achterstellen van een vordering naar geldend Nederlands recht voor de positie van de schuldeiser, in het bijzonder in het faillissement

van de schuldenaar? – luidt het antwoord dat de positie van een achtergestelde schuldeiser in het faillissement van zijn schuldenaar primair die is van een gewone schuldeiser van een verifieerbare vordering in het faillissement. De positie van een achtergestelde schuldeiser is slechts anders voor zover dat uit de overeenkomst van achterstelling volgt. Een eigenlijke achterstelling beïnvloedt alleen de verdeling van de executie-opbrengst. Een oneigenlijke achterstelling kan aanzienlijke gevolgen hebben voor de positie van de achtergestelde schuldeiser, maar alleen als die ook bedoeld is om de bevoegdheden van de junior tijdens faillissement te beperken. De gevolgen van de achterstelling in een concreet geval hangen dus steeds af van de uitleg van die concrete overeenkomst.

De positie van een achtergestelde schuldeiser in het faillissement van zijn schuldenaar is primair die van een gewone schuldeiser van een verifieerbare vordering in het faillissement. De positie van een achtergestelde schuldeiser is slechts anders voor zover dat uit de overeenkomst van achterstelling volgt

Dit geeft de partijen bij een achterstelling grote vrijheid om de achterstelling en de gevolgen daarvan naar eigen inzicht en wensen vorm te geven. Het vraagt ook veel van de opsteller van een achterstellingsovereenkomst. Die overeenkomst moet helder zijn en antwoorden bieden op allerlei vragen die bij het opstellen ervan nog niet spelen, zoals de verhouding van de achterstelling tot opeising bij dreigende wanprestatie van de schuldenaar, of de uitoefening van stemrechten bij een mogelijk faillissementsakkoord. Als de overeenkomst niet voldoende regelt, kunnen de gevolgen daarvan weleens tegenvallen voor de senior.

46 Zie Pannevis 2019, par. 9.2.2.5.

47 Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2015, JOR 2015/140 (*Nationalisatie SNS*), r.o. 4.33 e.v.

48 Omdat een schuldeiser met verrekening vaak zonder medewerking van zijn schuldenaar betaling van zijn vordering kan afdwingen functioneert verrekening in veel gevallen als een zekerheidsrecht.

49 Zie HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503, JOR 2002/234 (*Curatoren Habo/Besix*).

50 Art. 6:127 BW.

51 HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503, JOR 2002/234 (*Curatoren Habo/Besix*) en Pannevis 2019, par. 9.4.

Procederen in Oostenrijk?



Wijkamp Advocatuur/Advokatur GmbH

Nederlandstalig advocatenkantoor gevestigd in Oostenrijk.

Meerdere advocaten
Meerdere specialismen
Communicatie in de Nederlandse taal
Specialisatie: Bergsportrecht | Skirecht | Letselschade | Strafrecht

A-6460 Imst, Sirapuit 7 Oostenrijk
T: +43 (0) 5412/64640 F: +43 (0) 5412/64640-15
M: office@wijkamp-advocatuur.com W: www.wijkamp-advocatuur.com



ONS OOK VIA SOCIAL MEDIA

arsaequi.nl/facebook
arsaequi.nl/linkedin
arsaequi.nl/twitter
arsaequi.nl/instagram

ArsAequi maakt kennis, aangenaam