

ACHTERGESTELDE VORDERINGEN

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. J.H.J.M. VAN KRIEKEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP DONDERDAG 5 SEPTEMBER 2019
OM 16.30 UUR PRECIES

DOOR

NIELS BENJAMIN PANNEVIS

GEBOREN OP 11 MAART 1986
TE AMSTERDAM

WOLTERS KLUWER – 2019

WOORD VOORAF

Achtergestelde vorderingen komen in de praktijk met grote regelmaat voor, maar zij genieten relatief weinig aandacht van de wetgever en de literatuur. Dit boek beoogt de bestaande leemte te vullen. Pannevis onderzoekt en beschrijft met een heldere pen de toepassingen van achtergestelde vorderingen, de kwalificatie van achterstellingen en de positie van een achtergestelde schuldeiser in en buiten een faillissement van de schuldenaar. Hij gaat daarbij grondig te werk. Pannevis beantwoordt niet alleen talloze vragen met betrekking tot achtergestelde vorderingen, maar bespreekt in dat verband ook enkele thema's die daarmee verband houden. Hij zet niet alleen de aard van de rang van achtergestelde vorderingen uiteen, maar behandelt bijvoorbeeld ook het realiteitsbeginsel, de aard van een vordering onder opschortende voorwaarde en de belangentegenstellingen bij inspraakrechten in faillissement.

Het onderzoek van Pannevis getuigt van in de praktijk ingebedde theorievorming. Hij draagt daarmee bij aan de rechtswetenschap op een wijze die ook voor de praktijk van belang is. Het onderzoek is verricht in het kader van het onderzoeksprogramma Financiering, Zekerheden en Insolventie van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Wij nemen het proefschrift van Pannevis graag in de serie op.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, april 2019

"(...) [T]he most impressive fact is that gravity is simple. It is simple to state the principles completely and not have left any vagueness for anybody to change the ideas of the law. It is simple, and therefore it is beautiful. It is simple in its pattern. I do not mean it is simple in its action – the motions of the various planets and the perturbations of one on the other can be quite complicated to work out, and to follow how all those stars in a globular cluster move is quite beyond our ability. It is complicated in its actions, but the basic pattern or the system beneath the whole thing is simple. This is common to all our laws; they all turn out to be simple things, although complex in their actual actions."

R.P. Feynman, *The Character of Physical Law*, Cambridge, Massachusetts: M.I.T. Press 1967, p. 33.

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
GEHANTEERDE AFKORTINGEN	XXIII
Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1 Verkenning	1
1.2 Probleemstelling	2
1.3 Methode van onderzoek	4
1.4 Rechtsvergelijking	6
1.5 Afbakening	10
1.6 Plan van behandeling	14
1.7 Terminologie	16
1.7.1 Algemeen	16
1.7.2 Eigenlijke en oneigenlijke achterstellingen	17
1.7.3 Specifieke en algemene achterstellingen	18
DEEL I Toepassingen van achtergestelde vorderingen	21
Hoofdstuk 2 Wettelijke achterstellingen	23
2.1 Inleiding	23
2.2 Legaten, quasilegaten en testamentaire lasten	24
2.2.1 Inleiding	24
2.2.2 Eigenlijke achterstelling	25
2.2.3 Vermindering	26
2.2.4 Terugstortplicht en doorstortplicht	28
2.3 Gedeeltelijke subrogatie	29
2.3.1 Onder het oude Burgerlijk Wetboek	29
2.3.2 Schadeverzekeraars	30
2.4 Achterstelling als schadevergoeding	32
2.5 Enkele verwante figuren	36
2.5.1 Inleiding	36
2.5.2 Verificatiebeperkingen	36

2.5.2.1	Algemeen	36
2.5.2.2	Verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren	38
2.5.3	Beheerders van rekeningen met derdengelden	41
2.5.4	Eigen vermogen van vennootschappen	43
2.5.4.1	Inleiding	43
2.5.4.2	Dividend	44
2.5.4.3	Aanspraak op liquidatiesaldo	48
2.5.4.4	Andere participaties	49
2.5.4.5	Personenvennootschappen	50
2.5.4.6	De overgang tussen eigen en vreemd vermogen	55
2.5.5	Conclusie	57
2.6	Conclusie	58
Hoofdstuk 3 Achterstellingen op grond van overeenkomst		61
3.1	Inleiding	61
3.2	Aandeelhoudersleningen in het midden- en kleinbedrijf	63
3.2.1	Achtergrond	63
3.2.2	De overeenkomst van achterstelling	64
3.3	Overheidsinvesteringen	66
3.4	Verkopersleningen	69
3.5	Achtergestelde obligaties	71
3.5.1	Inleiding	71
3.5.2	Bankobligaties	71
3.5.2.1	Achtergrond	71
3.5.2.2	Kapitaalseisen	72
3.5.2.3	Obligatievoorwaarden	75
3.5.3	Bedrijfsobligaties	78
3.6	Leveraged finance	80
3.6.1	Achtergrond	80
3.6.2	Vorm van de achterstelling	82
3.6.2.1	Inleiding	82
3.6.2.2	Rangbepalingen	82
3.6.2.3	Verdeling van bevoegdheden	82
3.6.2.4	Regeling van betalingen	84
3.7	Opgeroepen vragen	86

DEEL II	Kwalificatie	89
Hoofdstuk 4	Uitleg van overeenkomsten van achterstelling	91
4.1	Inleiding	91
4.2	Gezichtspunten	94
4.2.1	Inleiding	94
4.2.2	Uitleg en derden	95
4.2.2.1	Inleiding	95
4.2.2.2	Achterstelling onvoldoende voor objectivering	96
4.2.2.3	Objectivering vanwege derdenwerking	99
4.2.2.4	Derdenbedingen	101
4.2.2.5	Belang derde als onderdeel van verwachtingen	102
4.2.3	Doel van de overeenkomst	103
4.2.3.1	Algemeen	103
4.2.3.2	Grenzen	104
4.2.3.3	Wettelijke vereisten als doel	105
4.2.4	Hoedanigheid van partijen	106
4.2.5	Uitleg contra proferentem	108
4.2.5.1	In het algemeen	108
4.2.5.2	Algemene voorwaarden	108
4.2.6	Buitenlands recht en buitenlandse clausules	111
4.2.7	Samenhangende overeenkomsten	112
4.3	Hoofdgeregels voor hoofdstromingen	112
4.3.1	Inleiding	112
4.3.2	Verkopersleningen in het midden- en kleinbedrijf	113
4.3.3	Aandeelhoudersleningen in het midden- en kleinbedrijf	114
4.3.4	Leveraged finance	114
4.3.5	Achtergestelde obligaties	116
4.4	Conclusie	117
Hoofdstuk 5	Eigenlijke achterstellingen	119
5.1	Inleiding	119
5.2	Verhaalsrecht en rang	120
5.2.1	Inleiding	120
5.2.2	Verhaalsrecht	121
5.2.2.1	Verhouding tot de vordering	121
5.2.2.2	Geen zakelijk recht	123
5.2.2.3	Beperkingen van het verhaalsrecht	124
5.2.2.4	Derdenwerking	124
5.2.3	Rang	125
5.2.3.1	Verhaalsrecht	125
5.2.3.2	Paritas creditorum	127
5.2.3.3	Rang ziet op verdeling executieopbrengst	129

	5.2.3.4	Geen rol voor de schuldenaar	132
	5.2.3.5	Rang volgt uit de verhaalsrechten	134
	5.2.3.6	Relativiteit van rang	135
	5.2.4	Conclusie	137
5.3		Eigenlijke achterstelling als aanpassing van het verhaalsrecht	138
	5.3.1	Inleiding	138
	5.3.2	Aanpassing van het verhaalsrecht	139
	5.3.2.1	Rangwijziging en verhaalsrecht	139
	5.3.2.2	Alléén rangverlaging	141
	5.3.2.3	Verhouding tot limited recourse-bedingen	142
	5.3.2.4	Verhouding tot voorrechten	143
	5.3.2.5	Achterstelling en voorrang	144
	5.3.3	Verhouding tot de juniorvordering	144
	5.3.3.1	Vordering en verhaalsrecht	144
	5.3.3.2	De inhoud van de vordering	145
	5.3.4	Partijen bij de achterstelling	149
	5.3.4.1	Rol van de junior	149
	5.3.4.2	Rol van de schuldenaar	149
	5.3.4.3	Rol van de senior	152
	5.3.5	Verhouding tot senioren en derden	153
	5.3.5.1	Inleiding	153
	5.3.5.2	Relativiteit van overeenkomsten	153
	5.3.5.3	Realiteitsbeginsel	154
	5.3.5.4	Concursus	156
	5.3.5.5	Voordeelsopdringing	158
	5.3.5.6	Verhouding tot seniorverhaalsrecht	158
	5.3.5.7	Relativiteit van rang	159
	5.3.5.8	Conclusie	160
	5.3.6	Conclusie	160
5.4		Alternatieve kwalificatievoorstellen	161
	5.4.1	Inleiding	161
	5.4.2	Derdenbeding	163
	5.4.2.1	Inleiding	163
	5.4.2.2	Constructie	164
	5.4.2.3	Kritiek in de literatuur	166
	5.4.2.4	Toetsing aan artikel 6:253 BW	167
	5.4.2.5	Verbintenisrechtelijke derdenwerking	169
	5.4.2.6	Rangwijziging	170
	5.4.2.7	Duits recht	171
	5.4.2.8	Conclusie	173

5.4.3	Derdenbescherming	173
5.4.3.1	Constructie	173
5.4.3.2	Evaluatie	174
5.4.3.3	Conclusie	175
5.4.4	Voorwaardelijke vordering	175
5.4.4.1	Constructie	175
5.4.4.2	Evaluatie	176
5.4.4.3	Conclusie	178
5.4.5	Afstand van recht	179
5.4.5.1	Constructie	179
5.4.5.2	Evaluatie	180
5.4.5.3	Conclusie	183
5.4.6	Duits recht	183
5.4.6.1	Qualifizierte Rangrücktritt	183
5.4.6.2	Einfache Rangrücktritt	186
5.4.7	Conclusie	188
5.5	Gevolgen van de kwalificatie	190
5.5.1	Inleiding	190
5.5.2	Achterstelling zonder schuldenaar	191
5.5.2.1	Inleiding	191
5.5.2.2	Aard van de overeenkomst	192
5.5.2.3	Enkele parallellen	193
5.5.2.4	Betrokken belangen	202
5.5.2.5	Conclusie	210
5.5.3	Eenzijdige achterstelling	211
5.5.3.1	Inleiding	211
5.5.3.2	Constructie	212
5.5.3.3	Gericht of ongericht	214
5.5.3.4	Gericht	215
5.5.3.5	Onggericht	216
5.5.3.6	Conclusie	217
5.5.4	Nakoming van de juniorvordering	217
5.5.4.1	Vrijwillige nakoming	217
5.5.4.2	Verrekening	218
5.5.4.3	Beslag en executie	219
5.5.4.4	Leeg beslag	220
5.5.4.5	Rangregeling	221
5.5.5	Overgang	225
5.5.5.1	Overgang van de juniorvordering	225
5.5.5.2	Overgang van de seniorvordering	226
5.5.5.3	Afhankelijkheid	228
5.5.5.4	Schuldoverneming	229

5.5.6	Beperkingen van een eigenlijke achterstelling	232
5.5.6.1	Inleiding	232
5.5.6.2	Tijdelijke of voorwaardelijke achterstelling	232
5.5.6.3	Seniorruimte	233
5.5.6.4	Bijzondere achterstelling	235
5.5.6.5	Achterstelling tot relatieve voorrang	236
5.5.6.6	Hoofdelijkheid	238
5.5.6.7	Regresvorderingen	239
5.5.7	Beëindiging	240
5.5.7.1	Inleiding	240
5.5.7.2	Ontbinding	241
5.5.7.3	Consensuele beëindiging	244
5.5.7.4	Opzegging	248
5.5.7.5	Uitholling	250
5.5.8	Conclusie	251
5.6	Conclusie	252
Hoofdstuk 6	Oneigenlijke achterstellingen	255
6.1	Inleiding	255
6.1.1	Tijdsbepaling, voorwaarde of verbintenis	255
6.1.2	Doel en opzet van dit hoofdstuk	257
6.1.3	Terminologie	258
6.2	Tijdsbepaling of voorwaarde	259
6.2.1	Inleiding	259
6.2.2	Het klassieke onderscheid	260
6.2.3	Problematisering	261
6.2.4	Partijbedoeling	262
6.2.5	Toepassing op achterstellingen	263
6.3	Vorderingen onder tijdsbepaling	266
6.3.1	Inleiding	266
6.3.2	Tijdsbepaling betreft nakoming	266
6.3.3	Belanghebbende bij de tijdsbepaling	267
6.3.4	Opzegging van een geldlening	269
6.3.4.1	Inleiding	269
6.3.4.2	Contractuele regeling van opzegging	270
6.3.4.3	Invloed van de redelijkheid en billijkheid	274
6.3.4.4	Conclusie	275
6.4	Voorwaardelijke vorderingen	276
6.4.1	Inleiding	276
6.4.2	Tussen bestaan en niet-bestaan	276
6.4.2.1	Aanspraak, maar niet verschuldigd	276
6.4.2.2	Aard van onzekere aanspraken	278

6.4.3	Wettelijk systeem	279
6.4.4	Opvatting van Stolz	280
6.4.5	Nakoming van de juniorvordering	282
6.4.6	Eigen opvatting	284
6.4.7	Conclusie	288
6.5	Gevolgen	288
6.5.1	Inleiding	288
6.5.2	Verhouding tot senioren en derden	290
6.5.2.1	Derdenwerking door verbintenissen	290
6.5.2.2	Derdenwerking door realiteitsbeginsel	290
6.5.2.3	Toestemmingsvereisten	291
6.5.3	Uitblijven of onmogelijk worden van vervulling	293
6.5.3.1	Algemeen	293
6.5.3.2	Fictieve vervulling	293
6.5.3.3	Niet langer vervulbare voorwaarden	294
6.5.4	Nakoming	296
6.5.4.1	Vrijwillige nakoming	296
6.5.4.2	Vordering tot nakoming	298
6.5.4.3	Beslag	300
6.5.4.4	Rangregeling	302
6.5.4.5	Verrekening	304
6.5.5	Overgang	305
6.5.5.1	Overgang van de juniorvordering	305
6.5.5.2	Overgang van de seniorvordering	306
6.5.5.3	Schuldoverneming	307
6.5.6	Hoofdelijkheid	309
6.5.6.1	Gescheiden achterstelling	309
6.5.6.2	Borgtocht	311
6.5.6.3	Subrogatie	311
6.5.6.4	Regres	312
6.5.6.5	Concernfinanciering	313
6.5.7	Beëindiging	319
6.5.7.1	Inleiding	319
6.5.7.2	Ontbinding	319
6.5.7.3	Consensuele beëindiging	320
6.5.7.4	Opzegging	321
6.5.7.5	Uitholling	322
6.5.8	Conclusie	323
6.6	Doorstortplichten	324
6.6.1	Inleiding	324
6.6.2	Ontstaan	326
6.6.2.1	Inleiding	326
6.6.2.2	Overeenkomst en wanprestatie	326
6.6.2.3	Onrechtmatige daad	328

6.6.3	Verhouding tot rangregelingen	330
6.6.4	Afwikkeling	332
6.6.4.1	Inleiding	332
6.6.4.2	Afdracht van overwaarde	333
6.6.4.3	Toerekening van betalingen	334
6.6.4.4	Subrogatie	336
6.6.5	Conclusie	339
6.7	Conclusie	340
DEEL III	Achtergestelde vorderingen in faillissement	343
Hoofdstuk 7	Aanvragen van een faillissement, verificatie en uitdeling	345
7.1	Inleiding	345
7.2	Aanvragen van het faillissement	347
7.2.1	Inleiding	347
7.2.2	Aanvraagbevoegdheid	348
7.2.2.1	Eigenlijke achterstelling	348
7.2.2.2	Niet-opeisbaarheid	348
7.2.2.3	Voorwaardelijke vordering	349
7.2.2.4	Onderlinge verbintenissen	351
7.2.3	Pluraliteit	352
7.2.3.1	Achtergrond	352
7.2.3.2	Eigenlijke achterstelling	352
7.2.3.3	Niet-opeisbaarheid	353
7.2.3.4	Voorwaardelijke vordering	355
7.2.4	Toestand te hebben opgehouden te betalen	356
7.2.4.1	Achtergrond	356
7.2.4.2	Lijn van de Hoge Raad	357
7.2.4.3	Kritiek	359
7.2.5	Voldoende belang	362
7.2.6	Achterstelling als verweer	365
7.2.7	Conclusie	365
7.3	Verificatie	366
7.3.1	Inleiding	366
7.3.2	Aan bod komen van de achterstelling	367
7.3.2.1	Inleiding	367
7.3.2.2	Meldingsplicht van de junior	368
7.3.2.3	Strafbare schuldeiserbenadeling	369
7.3.2.4	Bedrog	371
7.3.2.5	Beroep door de curator	373
7.3.2.6	Beroep door de senior	374

7.3.2.7	Beroep door verzet tegen de uitdelingslijst	376
7.3.2.8	Beroep door indiening van de juniorvordering door de senior	377
7.3.2.9	Conclusie	378
7.3.3	Erkenning van eigenlijk achtergestelde vorderingen	379
7.3.3.1	Inleiding	379
7.3.3.2	Verhouding tot voorrechten	379
7.3.3.3	Aantekening van rangverlaging	381
7.3.3.4	Van ranguitspraken naar rangorde	383
7.3.3.5	De rangorde in eenvoudige gevallen	384
7.3.3.6	De rangorde in complexe gevallen	386
7.3.3.7	Transitiviteit	388
7.3.3.8	Conclusie	390
7.3.4	Erkenning van oneigenlijk achtergestelde vorderingen	391
7.3.4.1	Inleiding	391
7.3.4.2	Erkenning als eigenlijk achtergesteld	392
7.3.4.3	Vorderingen onder tijdsbepaling	394
7.3.4.4	Voorwaardelijke vorderingen	396
7.3.4.5	Onderlinge verbintenissen	399
7.3.5	Conclusie	402
7.4	Uitdeling	403
7.4.1	Inleiding	403
7.4.2	Uitdeling op eigenlijk achtergestelde vorderingen	405
7.4.2.1	Uitgangspunten bij uitdeling	405
7.4.2.2	Gevolgen van rangverschil	406
7.4.2.3	Eenvoudige gevallen	407
7.4.2.4	Specifieke achterstelling	409
7.4.2.5	Beslag-hypotheek-beslag	412
7.4.2.6	Twee specifieke achterstellingen	416
7.4.2.7	Cyclische rangorde	420
7.4.2.8	Seniorruimte	421
7.4.2.9	Bijzondere achterstelling	424
7.4.2.10	Achterstellen tot aandeelhoudersniveau	425
7.4.3	Uitdeling op oneigenlijk achtergestelde vorderingen	430
7.4.3.1	Inleiding	430
7.4.3.2	Contante waarde	430
7.4.3.3	Behoud van voorwaarde	431
7.4.3.4	Onderlinge verbintenissen	432
7.4.4	Conclusie	432
7.5	Conclusie	434

Hoofdstuk 8	Inspiraakrechten en akkoorden	437
8.1	Inleiding	437
8.2	De rol van een achtergestelde schuldeiser	438
8.2.1	Inleiding	438
8.2.2	Schuldeiser in het faillissement	438
8.2.3	Inspiraak en rang	441
8.2.3.1	Wie betaalt bepaalt	441
8.2.3.2	Rang creëert belangentegenstelling	442
8.2.4	Inhoudelijke toetsing	444
8.2.5	Leidraad	447
8.3	Verzoeken aan de rechter-commissaris	448
8.3.1	Inleiding	448
8.3.2	Ontvankelijkheid	449
8.3.3	Inhoudelijke toetsing	450
8.3.3.1	Maatstaf	450
8.3.3.2	Weging	450
8.4	Schuldeisersvergaderingen	452
8.4.1	Inleiding	452
8.4.2	Algemene regeling	452
8.4.2.1	Wettelijk systeem	452
8.4.2.2	Rechterlijke toetsing	455
8.4.3	Voortzetting van de onderneming	456
8.5	Schuldeiserscommissie	457
8.5.1	Inleiding	457
8.5.2	Benoeming	458
8.5.3	Taakuitoefening	460
8.6	Faillissementsakkoord	460
8.6.1	Inleiding	460
8.6.2	Oneigenlijke achterstellingen	462
8.6.3	Binding van achtergestelde schuldeisers	463
8.6.4	Inhoud van het akkoord	464
8.6.5	Stemrecht	466
8.6.5.1	Inleiding	466
8.6.5.2	Grondslag voor stemrecht	466
8.6.5.3	Uitoefening door senior	470
8.6.5.4	Contractuele regeling	474
8.6.5.5	Klassensysteem	475
8.6.5.6	Stemmen naar geldend recht	481
8.6.5.7	Grenzen aan stemgedrag	482
8.6.5.8	Conclusie	485

8.6.6	Homologatie	486
8.6.6.1	Inleiding	486
8.6.6.2	Vrijheid om het akkoord in te richten	488
8.6.6.3	Carrier 1-beschikking	491
8.6.6.4	Klassensystemen	492
8.6.6.5	Functie homologatie	495
8.6.6.6	Conclusie	497
8.6.6.7	Inspraak bij homologatie en hoger beroep	498
8.6.7	Conclusie	498
8.7	Pre-insolventieakkoord	500
8.7.1	Inleiding	500
8.7.2	Maatstaf voor klassenindeling	501
8.7.2.1	Wettelijke normen	501
8.7.2.2	Relevante factoren	502
8.7.2.3	Te kleine of te grote klassen	505
8.7.3	Eigenlijke algemene achterstelling	506
8.7.4	Eigenlijke specifieke achterstelling	508
8.7.4.1	Inleiding	508
8.7.4.2	Subrangorde en subklassen	509
8.7.4.3	Uitgangspunt	510
8.7.4.4	Maatwerk	511
8.7.5	Oneigenlijke achterstelling	515
8.7.5.1	Vorderingen onder tijdsbepaling of voorwaarde	515
8.7.5.2	Doorstortplicht	516
8.7.6	Conclusie	518
8.8	Conclusie	520
Hoofdstuk 9 Zekerheidsrechten en verrekening		525
9.1	Inleiding	525
9.2	Pand- en hypotheekrechten	527
9.2.1	Inleiding	527
9.2.2	Eigenlijke achterstelling	528
9.2.2.1	Inleiding	528
9.2.2.2	Vestiging	529
9.2.2.3	Executie	530
9.2.2.4	Rangregeling	532
9.2.2.5	Rangorde	535
9.2.2.6	Benadeling van senioren	542
9.2.3	Oneigenlijke achterstelling	548
9.2.3.1	Inleiding	548
9.2.3.2	Vestiging	548
9.2.3.3	Executie	549

9.2.3.4	Verdeling opbrengst	554
9.2.3.5	Doorstortplicht en benadeling	554
9.2.4	Conclusie	555
9.3	Persoonlijke en derdenzekerheden	556
9.3.1	Inleiding	556
9.3.2	Uitwinning	558
9.3.2.1	Inleiding	558
9.3.2.2	Eigenlijke achterstelling	558
9.3.2.3	Oneigenlijke achterstelling	558
9.3.3	Verdeling opbrengst	562
9.3.3.1	Geen executie-opbrengst	562
9.3.3.2	Rangregeling	563
9.3.3.3	Doorstortplicht	564
9.3.4	Verhaal na betaling door de derde	565
9.3.4.1	Inleiding	565
9.3.4.2	Regres	566
9.3.4.3	Subrogatie	569
9.3.5	Conclusie	571
9.4	Verrekening	572
9.4.1	Inleiding	572
9.4.2	Directe uitsluiting van verrekening	574
9.4.2.1	Expliciete uitsluiting	574
9.4.2.2	Impliciete uitsluiting	575
9.4.3	Gevolgen van achterstelling voor verrekening	578
9.4.3.1	Inleiding	578
9.4.3.2	Eigenlijke achterstelling	578
9.4.3.3	Vorderingen onder tijdsbepaling	579
9.4.3.4	Opschortende voorwaarde	580
9.4.3.5	Onderlinge verbintenissen	582
9.4.3.6	Doorstortplicht	582
9.4.4	Conclusie	582
9.5	Conclusie	583
Hoofdstuk 10	Samenvatting en slotopmerkingen	589
10.1	Samenvatting	589
10.2	Slotopmerkingen	597
Chapter 11	Summary and final remarks	601
11.1	Summary	601
11.2	Final remarks	612

Kapitel 12	Zusammenfassung und Schlussbemerkingen	615
12.1	Zusammenfassung	615
12.2	Schlussbemerkingen	625
Appendix	Formules voor de verdeling van een executie-opbrengst	629
A.1	Inleiding	629
	A.1.1 Boodschap bepaalt medium	629
	A.1.2 Definities en aannames	630
A.2	Uitdeling in eenvoudige gevallen	631
A.3	Uitdeling bij een specifieke achterstelling	631
A.4	Uitdeling bij twee specifieke achterstellingen	633
A.5	Seniorruimte	636
	Aangehaalde literatuur	639
	Aangehaalde modellen en overeenkomsten	693
	Jurisprudentieregister	697
	Wetsartikelenregister	717
	Trefwoordenregister	731
	Curriculum Vitae	761

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1.1 Verkenning

1. Sommige schuldeisers zijn bereid om een verslechtering van hun verhaalspositie te accepteren ten gunste van andere schuldeisers. Dat kan bijvoorbeeld gaan om een aandeelhouder die een lening aan zijn eigen vennootschap heeft verstrekt, terwijl die vennootschap ook door een bank wordt gefinancierd. De aandeelhouder komt dan regelmatig met de bank en/of de schuldenaar overeen dat de aandeelhouderslening niet of slechts beperkt mag worden afgelost totdat de bank volledig is terugbetaald.

Schuldeisers die zulke verslechtingen van hun positie accepteren doen dat doorgaans opdat andere schuldeisers erop vooruitgaan. De ene schuldeiser accepteert dus een verslechtering van zijn positie ten gunste van een andere schuldeiser. Figuurlijk is de ene vordering achter de andere gesteld.

2. In dit onderzoek worden achtergestelde vorderingen als volgt gedefinieerd. Een achtergestelde vordering is een vordering waarvan de voldoening ondergeschikt is gemaakt aan de voldoening van een of meer andere vorderingen die verhaald kunnen worden op hetzelfde vermogen, op een andere manier dan doordat voor die laatste vorderingen een goederenrechtelijk zekerheidsrecht is gevestigd of daaraan om een andere reden voorrang is toegekend.

Er zijn verschillende manieren om de voldoening van een vordering ondergeschikt te maken aan de voldoening van een of meer andere vorderingen. Daarom is de achtergestelde vordering geen vastomlijnd juridisch begrip.¹ De overeenkomsten van achterstelling die in de praktijk voorkomen vertonen onderling grote verschillen.² Sommige overeenkomsten van achterstelling maken de voldoening van de ene vordering ondergeschikt aan de voldoening van de andere door verbintenissen tussen de schuldeisers te scheppen, andere overeenkomsten verlagen de rang van de achtergestelde vordering, weer andere beperken de opeisbaarheid daarvan.

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

2 Zie nader over het begrip 'overeenkomst van achterstelling' par. 1.7.1 en over die verschillen hoofdstuk 3.

Bovendien combineren vele overeenkomsten van achterstelling verschillende van deze figuren. Om de rechtsgevolgen van een concrete achterstelling te bepalen moet dus eerst worden vastgesteld op welke wijze de betreffende vordering is achtergesteld.

3. Een achterstelling kan tot stand komen op grond van de wet of door een rechtshandeling van de schuldeiser van de achtergestelde vordering. Wettelijk achtergestelde vorderingen zijn naar Nederlands recht betrekkelijk zeldzaam. De belangrijkste voorbeelden zijn legaten, quasilegaten en het verhaalsrecht van een verzekeraar die is gesubrogeerd in een deel van de vordering van het slachtoffer op de schadeveroorzaker.³

Achtergestelde vorderingen zijn veelal achtergesteld op grond van een rechtshandeling van de achtergestelde schuldeiser, doorgaans een overeenkomst. Dat kan een overeenkomst zijn tussen de achtergestelde schuldeiser en de schuldenaar, een overeenkomst tussen de schuldeisers onderling, of een overeenkomst waarbij zowel de schuldeisers als de schuldenaar partij zijn. Het is ook mogelijk een vordering achter te stellen met een eenzijdige rechtshandeling van de junior.

Overeenkomsten van achterstelling worden veel toegepast om de risico's bij de financiering van een onderneming nader te verdelen tussen de financiers. In dit onderzoek ligt de nadruk op dergelijke achterstellingen.

1.2 Probleemstelling

4. Hoewel achterstellingen ruim worden toegepast zijn de gevolgen van de gehanteerde achterstellingen naar geldend recht veelal onduidelijk.

De wet voorziet vrijwel niet in de gevolgen van een achterstelling. De wet regelt slechts de gevolgen van enkele wettelijke achterstellingen. De achterstelling van vorderingen bij rechtshandeling is in de praktijk ontwikkeld en vrijwel niet wettelijk geregeld. De wet erkent weliswaar dat een schuldeiser en een schuldenaar bij overeenkomst de rang van een vordering kunnen verlagen, maar regelt de gevolgen daarvan niet.⁴ De Faillissementswet noch het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat bepalingen over vorderingen waarvan de rang is verlaagd. De wet heeft op dit punt geen gelijke tred gehouden met de ontwikkelingen in de praktijk.

3 Zie hierover par. 2.2 en 2.3.

4 Art. 3:277 lid 2 BW.

Bovendien kunnen de gevolgen van een achterstelling vaak slechts in beperkte mate uit de overeenkomst van achterstelling worden afgeleid. Veel overeenkomsten van achterstelling regelen de gevolgen van de achterstelling nauwelijks. Dat roept de vraag op wat geldt wanneer partijen die gevolgen niet regelen. Dat komt in dit onderzoek op verschillende plaatsen aan bod. Overeenkomsten van achterstelling die de gevolgen van de achterstelling wel uitgebreid proberen te regelen roepen de vraag op of die gevolgen wel steeds ter vrije beschikking van partijen staan. Ook die vraag komt hierna aan de orde.

Er bestaat weinig juridische doctrine om deze gaten te vullen. Het laatste systematische onderzoek naar achtergestelde vorderingen in het Nederlandse recht is dertig jaar oud.⁵ In de vakliteratuur wordt weinig aandacht besteed aan achtergestelde vorderingen.⁶ Het recente proefschrift van Fransis is een belangrijke bijdrage aan de doctrine omtrent achtergestelde vorderingen, maar richt zich primair op het Belgische recht.⁷

Ten slotte komt de achtergestelde vordering in de rechtspraak slechts sporadisch aan bod. De Hoge Raad liet zich tot nu toe slechts enkele malen uit over vraagstukken rondom achtergestelde vorderingen.⁸

Er bestaat daarom veel onduidelijkheid over de gevolgen van overeenkomsten van achterstelling. Dit is onwenselijk omdat dergelijke overeenkomsten veel worden toegepast in de financieringspraktijk. Daarin is een duidelijke en voorspelbare rechtspositie bij uitstek van belang.

5. De gevolgen van een overeenkomst van achterstelling zijn met name van belang als de verschillende schuldeisers tegelijk verhaal willen nemen. Dan moet blijken in hoeverre de overeenkomst van achterstelling daadwerkelijk het verhaal door de achtergestelde schuldeiser ondergeschikt maakt en zijn bevoegdheden beperkt.

5 Zie A. van Hees 1989.

6 Zie in boekvorm Spinath 2005 en Wessels 2013 en in tijdschriften Hooft 2004 en Haak 2012.

7 Fransis 2017.

8 Zie HR 24 oktober 1997, *JOR* 1997/147 (*Van Uden/Sifun*). De arresten HR 27 juni 2008, *JOR* 2008/248 (*Dairex/Armaghdown*) en HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/397 (*Jemnice & En Sof*) zijn hier slechts een bevestiging van. Zie verder HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/467 (*Alsag AG/Curatoren Femis*), HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/503, *JOR* 2002/234 (*Curatoren Habo/Besix*) en HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/140 (*Nationalisatie SNS*).

Als verschillende schuldeisers tegelijk verhaal proberen te nemen volgt veelal een faillissement.⁹ De belangrijkste vraag rondom achtergestelde vorderingen is daarom de vraag welke gevolgen een achterstelling heeft voor de positie van de achtergestelde schuldeiser in het faillissement van zijn schuldenaar. Deze vraag staat in dit onderzoek centraal. Terzijde komen ook gevallen waarin schuldeisers, al dan niet gelijktijdig, buiten faillissement verhaal proberen te nemen aan bod.

6. In dit onderzoek wordt uitgegaan van de bestaande wetgeving. Achtergestelde vorderingen worden daarin zoveel mogelijk ingepast op een wijze die strookt met het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen voor zover het karakter van de achterstelling zich daar niet tegen verzet.¹⁰ Waar geen bevredigende oplossing mogelijk is onder de geldende wetgeving worden voorstellen gedaan voor wijziging van de geldende wetgeving. Dat is slechts zeer beperkt het geval. Het is bovendien niet te verwachten dat de wetgever een dergelijke regeling binnen afzienbare tijd ter hand zal nemen. Daarom is het ontwikkelen van nieuwe wetgeving geen zelfstandig doel van dit onderzoek.

1.3 Methode van onderzoek

7. Dit boek betreft een juridisch-dogmatisch onderzoek, waarbij ik mij heb laten inspireren door de praktijk. De onderzoeksvraag wordt beantwoord door een dogmatische analyse van het geldende recht, daarbij geholpen door een interne rechtsvergelijking van verschillende wettelijke en contractuele achterstellingen en externe rechtsvergelijking met het Duitse recht.

8. De inspiratie uit de praktijk heeft met name een rol gespeeld bij de keuze van de te behandelen onderwerpen. Dit onderzoek is gericht op de achterstellingen die in de praktijk veel voorkomen en de vragen die in de praktijk daarover spelen of zouden moeten spelen. Omdat in de praktijk contractuele achterstellingen de belangrijkste rol spelen, doen die dat ook in dit onderzoek.

9 Vgl. Cohn 1982, p. 295: *“Insolvency is thus the only significant event in the life of a subordination agreement.”*

10 Zie HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 (*Quint/Te Poel*), HR 2 oktober 1998, NJ 1999/467 (*Alsag AG/Curatoren Femis*), r.o. 3.4 en Polak/Polak 1972, p. 179. Vgl. ook HR 3 januari 1941, NJ 1941/470 (*Boerenleenbank Hazerswoude-Koudekerk/Los*).

De analyse van wettelijke achterstellingen dient met name als aanknopingspunt voor het formuleren van aanvullend recht rondom contractuele achterstellingen. Als partijen die een contractuele achterstelling overeenkomen daarbij dezelfde rechtsfiguren hanteren als de wetgever bij een wettelijke achterstelling, dan is het passend daar gelijke gevolgen aan te verbinden.

Om het onderzoek te kunnen richten op de achterstellingen die in de praktijk worden gehanteerd is eerst verkend welke achterstellingen een belangrijke rol spelen in de Nederlandse rechtspraktijk. Daartoe is contact gelegd met verschillende grote advocatenkantoren, accountantskantoren, de grootste Nederlandse banken en verstrekkers van achtergestelde leningen.¹¹ De meesten van hen waren bereid om inzage te geven in achterstellingsovereenkomsten en de modellen daarvan die in hun praktijk voorkomen. Op basis van deze verkenning worden in het derde hoofdstuk enkele veel voorkomende contractuele achterstellingen en de daardoor opgeroepen vragen beschreven. Dit deel van het onderzoek dient ter bepaling van de verdere onderzoeksagenda. Er is niet beoogd exacte empirische uitspraken te doen over het gebruik van overeenkomsten van achterstelling in de Nederlandse praktijk.

9. Omdat overeenkomsten van achterstelling onderling sterk verschillen en een achtergestelde vordering niet een vastomlijnd juridisch begrip is, kunnen de gevolgen van een concrete achterstelling niet in abstracto worden bepaald. Om die gevolgen te bepalen moet eerst worden vastgesteld welke figuren de achterstelling bevat. Dat is een kwestie van uitleg van de concrete overeenkomst van achterstelling. De uitleg van concrete overeenkomsten kan niet in een onderzoek als dit gebeuren. Wel is het mogelijk om enige handvatten te formuleren voor het proces van uitleg.¹²

Bovendien is het mogelijk om in abstracto de gevolgen te bepalen van de verschillende rechtsfiguren die in overeenkomsten van achterstelling worden gebruikt, zoals verlaging van de rang van de vordering of beperking van de opeisbaarheid daarvan. Dat gebeurt in dit onderzoek.

10. Ter bepaling van de gevolgen van de rechtsfiguren waaruit achterstellingen bestaan worden die rechtsfiguren eerst nader gekwalificeerd. Daarbij wordt onderzocht op welke manier de figuren waarmee vorderingen worden achtergesteld inwerken op de vordering en de verhouding

11 Zie over deze verkenning nader par. 3.1.

12 Zie daarover hoofdstuk 4.

tussen de schuldeisers. Op grond daarvan kunnen de gevolgen van de achterstelling in een faillissement worden bepaald. Overigens volgen uit die kwalificaties ook de gevolgen van de achterstelling wanneer de schuldenaar niet failliet is.

Aan de hand van de aldus vastgestelde gevolgen van de verschillende rechtsfiguren kunnen de gevolgen van een concrete overeenkomst van achterstelling worden bepaald. Daarvoor moeten de hier geanalyseerde gevolgen van de gebruikte rechtsfiguren worden vertaald naar de concrete casus. Daarbij kan als uitgangspunt gelden dat de gevolgen van een concrete overeenkomst van achterstelling de opstelsom zijn van de gevolgen van alle daarin gebruikte rechtsfiguren.

11. Zowel bij de uitleg van een overeenkomst van achterstelling als bij het bepalen van de gevolgen van de daarin gebruikte rechtsfiguren moeten regelmatig de belangen van de achtergestelde schuldeiser worden afgewogen tegen de belangen van de schuldeisers van de vordering(en) waar de achtergestelde vordering bij is achtergesteld. Enerzijds vormt het doel van de overeenkomst van achterstelling daarbij een belangrijke factor.¹³ Die overeenkomst strekt ertoe om zekerheid te bieden aan de schuldeisers bij wiens vordering wordt achtergesteld.¹⁴ Dit pleit ervoor hun belangen zwaar te laten wegen. Anderzijds moet steeds in het oog worden gehouden dat de beperkingen van de bevoegdheden van een contractueel achtergestelde schuldeiser slechts worden gerechtvaardigd door diens instemming met de achterstelling. Die bevoegdheden worden dus ook alleen beperkt voor zover dat door die instemming gedragen wordt.¹⁵ Beide gezichtspunten spelen in dit onderzoek een rol.

1.4 Rechtsvergelijking

12. In dit onderzoek wordt gebruikgemaakt van rechtsvergelijking. Het doel daarvan is om inspiratie op te doen voor de bepaling van de positie van achtergestelde vorderingen in een Nederlands faillissement.¹⁶ De rechtsvergelijking is dus geconcentreerd op het derde deel van dit onderzoek.

13 Zie over de rol van het doel van een overeenkomst bij de uitleg daarvan par. 4.2.3.

14 Vgl. A. van Hees 1989, p. 77-78, 96-97 en 102 en daarover Vranken 1989, p. 585. Zie ook Fransis 2017, p. 167 e.v. en 380.

15 Zie par. 4.2.3 en Fransis 2017, p. 381, Wessels 2013, p. 69, Kliebisch 2002, p. 454, vgl. HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503, JOR 2002/234 (*Curatoren Habo/Besix*), r.o. 3.4.1 en 3.4.2 en Vranken 1989, p. 586.

16 Zie over dit doel Zweigert & Kötz 1998, p. 15 en 18.

De reden daarvoor is dat rechtsvergelijking daar meer toegevoegde waarde kan bieden dan in de eerste twee delen van het onderzoek. Die eerste twee delen gaan over het gebruik van achtergestelde vorderingen in de Nederlandse rechtspraak en de kwalificatie naar Nederlands recht van de rechtsfiguren die in Nederlandse overeenkomsten van achterstelling voorkomen. Daarbij komt het Duitse recht kort aan bod bij de kwalificatie van de eigenlijk achtergestelde vordering.¹⁷ Een belangrijke reden dat rechtsvergelijking in het derde deel meer toegevoegde waarde kan bieden ligt in de betrekkelijk recente hercodificatie van het Duitse insolventierecht in de 'Insolvenzordnung', en de verhouding daarvan tot het Nederlandse recht. Daarover dadelijk meer.

13. Bij de rechtsvergelijking wordt primair uitgegaan van de functionele methode, waarbij leerstukken uit het Nederlandse recht worden vergeleken met hun functioneel vergelijkbare buitenlandse evenknie.¹⁸ Een dergelijke benadering past goed bij de functionele definitie van achtergestelde vorderingen die in dit onderzoek wordt gehanteerd.¹⁹

14. In dit onderzoek is gekozen voor rechtsvergelijking met het Duitse recht. De dogmatiek van het Duitse recht en de dogmatiek van het Nederlandse recht vertonen grote overeenkomsten. Dit geldt zowel voor het algemene verbintenissenrecht als voor het insolventierecht. De Nederlandse Faillissementswet is ten dele gebaseerd op de Duitse 'Konkursordnung', de voorganger van de huidige Duitse Insolvenzordnung.²⁰

In 1999 is het Duitse insolventierecht opnieuw gecodificeerd in de Insolvenzordnung, met verdere wetswijzigingen daarna. De Insolvenzordnung deelt de voornaamste uitgangspunten van de Konkursordnung en daarmee van de Faillissementswet, maar de Insolvenzordnung is als instrument van een nieuwere generatie dan de Nederlandse Faillissementswet. Met de invoering van de Insolvenzordnung zijn grote stappen in de rechtsontwikkeling gezet en eerder gezette stappen gecodificeerd. Bovendien wordt in de Insolvenzordnung expliciet aandacht geschonken aan de positie van een achtergestelde schuldeiser. Daarbij zijn regelingen getroffen

17 Zie par. 5.4.6.

18 Zie Zweigert & Kötz 1998, p. 34.

19 Zie par. 1.1.

20 Zie MvT, Van der Feltz I, p. 18.

voor de positie van een achtergestelde schuldeiser in een Duitse insolventieprocedure, terwijl is vastgehouden aan de belangrijkste uitgangspunten van de Konkursordnung. Dit alles maakt het Duitse recht bij uitstek geschikt om als inspiratie te dienen voor het inpassen van achtergestelde vorderingen in het Nederlandse faillissement.

15. Bij deze rechtsvergelijking moet echter ook één cruciaal verschil tussen het Nederlandse en het Duitse recht worden belicht. Naar Duits recht is de bestuurder van een vennootschap verplicht de opening van een insolventieprocedure, een 'Insolvenzverfahren', te verzoeken als die vennootschap in 'Insolvenzreife' verkeert.²¹ Dat is het geval als die vennootschap 'Zahlungsunfähig' is of in 'Überschuldung' verkeert.²² Een vennootschap is Zahlungsunfähig als die niet in staat is de opeisbare schulden te voldoen.²³ Een vennootschap verkeert in Überschuldung als, kort gezegd, de schulden van de vennootschap het vermogen overstijgen. Überschuldung treedt doorgaans eerder in dan Zahlungsunfähigkeit. Als Überschuldung in dreigt te treden kan de verplichting om te verzoeken om een Insolvenzverfahren worden uitgesteld door vorderingen op de vennootschap achter te stellen, mits die achterstelling aan strenge vereisten voldoet.²⁴ Het gaat dan om een 'überschuldungsvermeidende', of 'qualifizierte Rangrücktritt'.²⁵ Bij de bepaling of er sprake is van Überschuldung hoeven vorderingen waaraan een qualifizierte Rangrücktritt is verbonden niet te worden meegewogen.²⁶ Daarom komt de qualifizierte Rangrücktritt vaak voor. Bovendien roept die vele complexe vragen op. Als gevolg daarvan heeft de qualifizierte Rangrücktritt de ideeën die onder Duits recht leven over achtergestelde vorderingen sterk beïnvloed, ook waar het achterstellingen betreft die geen qualifizierte Rangrücktritt zijn.²⁷ Naar Duits recht wordt vermogen dat de achtergestelde schuldeiser ter beschikking stelt meer als eigen vermogen beschouwd, waar het naar Nederlands recht eerder als vreemd vermogen wordt beschouwd.

21 § 15a InsO.

22 § 15a InsO.

23 Zie § 17 InsO en BGH 19 december 2017, ZR 88/16, NZI 2018/204, ZIP 2018/283, r.o. 32 e.v., i.h.b. r.o. 50.

24 Zie BGH 5 maart 2015, ZIP 2015/13, r.o. 32-42, BGH 1 maart 2010, II ZR 13/09, NZG 2010/701, Schmidt 2015, Braun/Bußhardt InsO § 17, rn. 20 en Teller 1995, p. 102.

25 Zie over deze terminologie Goette's annotatie in DStR 2001/179, bij BGH 8 januari 2001, ZIP 2001/235.

26 § 19 lid 2 InsO.

27 Zie bijvoorbeeld Peters 1988, Teller 1995 en Mayer 2007.

In de meer recente Duitse literatuur wordt echter vaker het onderscheid gemaakt tussen de qualifizierte Rangrücktritt en andere vormen van achterstelling naar Duits recht.²⁸ Omdat Überschuldung in het Nederlandse recht niet voorkomt, kent het Nederlandse recht geen equivalent van de qualifizierte of überschuldungsvermeidende Rangrücktritt. Bij de rechtsvergelijking met het Duitse recht wordt dit in aanmerking genomen.

16. Een rechtsvergelijking met het Engelse recht is overwogen omdat achtergestelde vorderingen in het Engelse en het Amerikaanse recht tot ontwikkeling zijn gekomen.²⁹ Bovendien bevatten sommige in Nederland voorkomende overeenkomsten van achterstelling een rechtskeuze voor Engels recht en zijn andere Nederlandse achterstellingen sterk gebaseerd op Engelse varianten. Desondanks is niet gekozen voor een vergelijking met het Engelse recht omdat de verschillen tussen het Nederlandse en het Engels recht en de verschillen in de wijze van achterstelling in de weg zouden staan aan een vruchtbare rechtsvergelijking. Ten eerste verschillen de Engelse insolventieprocedures zo veel meer van het Nederlandse faillissement dan het Duitse Insolvenzverfahren dat rechtsvergelijking met het Engelse recht minder zinvol zou zijn.³⁰ Ten tweede worden veel vragen die de achterstelling oproept naar Engels recht opgelost met een zogenaamde 'turnover trust', waarbij de achtergestelde schuldeiser alle betalingen die hij ontvangt in trust houdt voor de schuldeiser waarbij hij is achtergesteld.³¹ Bestudering van dergelijke constructies draagt weinig bij aan het begrip van de achtergestelde vordering naar Nederlands recht omdat het Nederlandse recht geen trust kent en soortgelijke wijzen van achterstelling naar Nederlands recht een kleinere rol spelen.³² Daarbij komt dat contractuele rangverlaging, die naar Nederlands en Duits recht de

28 Zie bijvoorbeeld Bloß & Zugelder 2011, p. 332 e.v., Reul 2015, Cranshaw/Paulus/Michel/Zenker Bankenkomentar zum Insolvenzrecht par. 39, rn. 67 en par. 5.4.6.

29 A. van Hees 1989, p. 45.

30 Zie ter illustratie van de andere benadering van achterstelling naar Engels recht: Pennington 2001, p. 576.

31 Wood 2007, par. 11-002 e.v., Pennington 2001, p. 575, Beale e.a. 2012, p. 289 e.v., Ferran 1999, p. 545 e.v. en Nolan 1995.

32 Zie voor een voorbeeld van weinig vruchtbare vergelijking met het Amerikaanse recht Mayer 2007, p. 217.

hoeksteen vormt van de meeste achterstellingen, naar Engels recht nog in de kinderschoenen staat.³³ Daarom is niet gekozen voor structurele rechtsvergelijking met het Engels recht. Incidenteel komen aspecten van Engels recht aan bod, zoals bij de bespreking van de ook in Nederland gehanteerde achterstellingen naar het model van de 'Loan Market Association'.

De rechtsvergelijking wordt niet in een apart deel of hoofdstuk behandeld, maar is verwerkt in de analyse van het Nederlandse recht.

1.5 Afbakening

17. Dit onderzoek is gericht op de vraag naar de gevolgen van de achterstelling voor de positie van de achtergestelde schuldeiser, in het bijzonder in een faillissement. Daarbij ligt de nadruk op de achterstellingen die worden gehanteerd in de financieringspraktijk omdat die achterstellingen het meest voorkomen en daarmee in de praktijk de meeste vragen oproepen. Dit heeft verschillende gevolgen.

De vorderingen die in de financieringspraktijk worden achtergesteld zijn vorderingen tot betaling van een geldsom. Daarom is dit onderzoek beperkt tot achtergestelde vorderingen tot betaling van een geldsom. Achtergestelde vorderingen die niet strekken tot betaling van een geldsom komen overigens nauwelijks voor, behalve onder legaten en quasilegaten.³⁴

Achterstellingen in de financieringspraktijk zijn doorgaans gebaseerd op een rechtshandeling van de achtergestelde schuldeiser. Daarom ligt de nadruk op dergelijke achterstellingen. Achterstellingen op grond van de wet komen slechts aan bod voor zover bespreking daarvan dienstig kan zijn bij het vaststellen van de gevolgen van andere achterstellingen. Er is niet beoogd een uitputtend overzicht te geven van alle achterstellingen of verwante rechtsfiguren die in de wet voorkomen.

18. Verder neemt dit onderzoek tot uitgangspunt dat er reeds een achterstelling tot stand is gekomen. De totstandkoming van een achterstelling is dus geen onderwerp van onderzoek, behalve voor zover dat noodzakelijk is om de mogelijke gevolgen van een achterstelling vast te stellen. Daarvoor kan het bijvoorbeeld nodig zijn om te bepalen in hoeverre een

33 Wood 2007, par. 11-002 e.v., Pennington 2001, p. 575, Beale e.a. 2012, p. 289 e.v., Ferran 1999, p. 545 e.v., Nolan 1995 en Fransis 2017, p. 206-210.

34 Zie par. 2.2.