

De curator in het gedrang: over de preferentie van de boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel

Masterscriptie Onderneming & Recht

Universiteit Utrecht – 2026

L.J. Spoelstra (3015961)

Begeleider: mr. dr. drs. N.B. Pannevis

17 juni 2026

1	Inleiding	3
1.1	<i>Aanleiding</i>	3
1.2	<i>Onderzoeksvraag</i>	4
1.3	<i>Methode</i>	4
1.4	<i>Afbakening</i>	5
1.5	<i>Terminologie</i>	5
1.6	<i>Gebruik van kunstmatige intelligentie</i>	6
2	Boedelvorderingen en afwikkeling van de negatieve boedel	7
2.1	<i>Afwikkeling van de boedel</i>	7
2.2	<i>Boedelvorderingen</i>	7
2.3	<i>De problematiek bij de afwikkeling van een negatieve boedel</i>	8
2.4	<i>Preferentie van de nieuwe boedelvorderingen</i>	10
2.5	<i>Conclusie</i>	11
3	Preferentie: grondslagen en rechtvaardiging	12
3.1	<i>Gelijkheid van schuldeisers – paritas creditorum</i>	12
3.1.1	<i>De rangorde-paritas</i>	12
3.1.2	<i>De samenloop-paritas</i>	13
3.2	<i>Preferentie: doorbreking van de paritas creditorum</i>	14
3.3	<i>Oneigenlijke voorrang: executiekosten</i>	14
3.3.1	<i>Geen voorrangrecht, wél preferent</i>	14
3.3.2	<i>Executiekosten in faillissement: de boedelschulden, c.q. faillissementskosten</i>	15
3.3.3	<i>Rechtvaardiging</i>	15
3.4	<i>Wettelijke voorrang: artikel 3:278 lid 1 BW</i>	17
3.4.1	<i>Het gesloten systeem van voorrang</i>	17
3.4.1.1	<i>Een open gesloten systeem van voorrang?</i>	17
3.5	<i>Voorrechten</i>	20
3.5.1	<i>Voorrechten in het algemeen</i>	20
3.5.2	<i>Het voorrecht wegens kosten tot behoud</i>	21
3.5.3	<i>Rechtvaardiging</i>	21
3.6	<i>Feitelijke voorrang</i>	22
3.6.1	<i>Dwangcrediteuren</i>	23
3.6.2	<i>Doorbreken paritas creditorum in belang van de boedel</i>	23
3.6.3	<i>Rechtvaardiging</i>	24
3.7	<i>Conclusie</i>	24
4	Preferentie van de nieuwe boedelvordering	26
4.1	<i>Oneigenlijke voorrang: executiekosten</i>	26
4.1.1	<i>De eigenlijke executiekosten zijn preferent ten opzichte van de quasi-executiekosten</i>	26
4.1.1.1	<i>Eigenlijke executiekosten</i>	26
4.1.1.2	<i>Quasi-executiekosten</i>	26
4.1.1.3	<i>De preferentie van de kosten van executie en vereffening</i>	28
4.1.1.4	<i>Het maakt niet uit of de boedel positief of negatief is</i>	29
4.1.1.5	<i>Resumerend</i>	30
4.1.1.6	<i>De vijf nieuwe boedelvorderingen: eigenlijke of quasi-executiekosten?</i>	31
4.1.2	<i>De algemene en bijzondere faillissementskosten</i>	32
4.1.2.1	<i>Het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten</i>	32

4.1.2.2	Omslag van faillissementskoten	33
4.1.2.3	Een derde categorie boedelschulden: 'overige boedelschulden'?	33
4.1.2.4	MeesPierson/Mentink q.q.	34
4.1.3	Andere opvattingen	35
4.1.3.1	Verstijlen	35
4.1.3.2	Boekraad	38
4.2	<i>Wettelijke voorrang</i>	42
4.2.1	Andere opvatting: Van Galen	42
4.3	<i>Feitelijke voorrang: het doorbreken van de rangorde in het belang van de boedel</i>	45
4.3.1	Andere opvattingen	46
4.3.2	Verwerping van feitelijke voorrang als grondslag	47
4.4	<i>Conclusie</i>	48
5	Conclusie	50
	Literatuurlijst	53
	Jurisprudentie	58

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Het percentage faillissementen dat is opgeheven wegens een gebrek aan baten is al jaren torenhoog. Zo wordt vermoed dat het aandeel van dit soort faillissement na 1956 nooit meer onder de 50% is gezakt, sinds de eeuwwisseling niet onder de 65.3% en recent zou dit percentage zelfs rond de 75% liggen.¹ Bij opheffing wegens een gebrek aan baten kan sprake zijn van een lege boedel, maar ook van een negatieve boedel. Van een lege boedel is sprake als er vrijwel geen actief is om af te wikkelen.² Bij een negatieve boedel is wel het nodige actief aanwezig, maar is dit actief *onvoldoende* om alle boedelvorderingen integraal te voldoen.³ Als een negatieve boedel vereffend is door de curator, kan het faillissement worden opgeheven wegens een gebrek aan baten.⁴ De Faillissementswet bevat op dit punt echter een leemte; de wet zwijgt over de wijze waarop de verdeling tot dat moment dient te geschieden.⁵ Verheul stelt dat de curator in een "juridisch niemandsland" opereert en Verstijlen spreekt over een "spookprocedure".⁶

De Hoge Raad heeft deze leemte geprobeerd op te vullen.⁷ In 1990 heeft de Hoge Raad de rangorde bij de afwikkeling van een negatieve boedel vormgegeven (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).⁸ Eerst worden de kosten van executie en vereffening voldaan, waaronder in elk geval het salaris en de verschotten van de curator vallen. Daarna worden, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang, de boedelschulden naar evenredigheid van de omvang van elke boedelschuld voldaan.⁹ Volgens Boekraad lijken de praktijk en de rechtspraak niet altijd even gemakkelijk met die rangorde uit de voeten te kunnen.¹⁰ Dit heeft onder andere geleid tot "minder gelukkige gelegenhedsjurisprudentie", zoals *Ontvanger/Hamm q.q.*¹¹ Op basis van dit arrest dient de curator een onverschuldigde betaling aan de boedel als gevolg van een onmiskenbare vergissing direct en volledig terug te betalen "met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren".¹² Ondanks dat de uitkomst van dit arrest door velen als redelijk wordt ervaren, is de dogmatische onderbouwing van deze 'superboedelschuld' ondoorgrondelijk.¹³

De praktijk lijkt zich eveneens moeilijk te kunnen verenigen met de rangorde vormgegeven door de Hoge Raad. Ten behoeve van de afwikkeling van een negatieve boedel worden veelal kosten gemaakt door de curator. Hierdoor ontstaan nieuwe boedelvorderingen. Als de curator de rangorde uit *De Ranitz q.q./Ontvanger* onverkort toepast, concurreren die nieuwe boedelvorderingen met de andere boedelvorderingen. Naar alle waarschijnlijkheid worden de nieuwe boedelvorderingen hierdoor slechts voor een deel betaald. Het is de vraag of bijvoorbeeld derden, als zij dit voorzien, nog wel met de curator willen contracteren. Dit kan de curator in moeilijkheden brengen bij de afwikkeling van een negatieve boedel.¹⁴ Uit de literatuur blijkt dat om die reden in de praktijk de curator (veelal) preferentie toekent aan de nieuwe boedelvordering.¹⁵ Die preferentie bestaat erin dat de curator, in

¹ Rikkert 2022, p. 182-183; Bakker 2025, p. 147; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/937.

² Steneker & Tekstra 2025, p. 1.

³ Verheul 2022, p. 167. Zie ook: Voûte 1994, p. 233-234; Verstijlen 1998, p. 172; Boekraad 1997, p. 181; Franken 2019, par. 15.9.1; Bakker 2025, p. 147; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/937; Steneker & Tekstra 2025, p. 1.

⁴ Art. 16 Fw; Verheul 2022, p. 167; Boekraad 1997, p. 181-183; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/961-962.

⁵ Boekraad 1997, p. 181-182; Voûte 1994, p. 233; Verstijlen 1998, p. 172; Van Galen 1997a, p. 255; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/937 & 949; Verheul 2022, p. 167.

⁶ Verheul 2022, p. 167; Verstijlen 2008, p. 559.

⁷ Verheul 2022, p. 170.

⁸ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

⁹ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

¹⁰ Boekraad 2020, p. 270-271.

¹¹ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*); Boekraad 2020, p. 270-271. Zie ook: Franken 2019, par. 15.9.3.

¹² HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4.

¹³ Boekraad 2020, p. 270-271. Zie ook: Verstijlen 2001, p. 927-937; Franken 2019, par. 15.9.3; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/952-954.

¹⁴ Verstijlen 1998, p. 179; Boekraad 1997, p. 185; Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 170; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/949.

¹⁵ Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 171; Bakker 2025, p. 148; Van Eeghen 2000, p. 487.

weerwil van de wettelijke rangorde, deze concurrente boedelvordering (direct) integraal voldoet, of toezegt die integraal te voldoen.¹⁶

Dat derden die contracteren met de curator ten behoeve van de afwikkeling van een negatieve boedel “niet simpelweg in de rij van de bestaande schuldeisers moeten aanschuiven” lijkt met grote eenstemmigheid aangenomen te worden.¹⁷ Het is evenwel de vraag wat hiervoor de dogmatische grondslag is.¹⁸ Daarover bestaat in de literatuur al ruim dertig jaar discussie en de Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgelaten.¹⁹ Met dit onderzoek wil ik een bijdrage leveren aan die discussie.

1.2 Onderzoeksvraag

Met dit onderzoek beantwoord ik de volgende onderzoeksvraag:

Kan de curator een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel preferent voldoen boven andere boedelvorderingen?

Ter beantwoording van die onderzoeksvraag, beantwoord ik achtereenvolgens de volgende deelvragen:

- i. Wat is de gedachte achter de preferente voldoening van de boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel?
- ii. Welke mogelijke grondslagen zijn er voor preferente voldoening van (boedel)vorderingen door de curator bij de afwikkeling van de boedel?
- iii. Kan preferentie van een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel op die grondslagen gebaseerd worden?

1.3 Methode

Mijn onderzoek vangt in hoofdstuk 2 aan met een bespreking van de boedelvorderingen die kunnen ontstaan doordat de curator kosten maakt ter afwikkeling van een negatieve boedel (deelvraag i.). Daarbij sta ik stil bij boedelschulden in het algemeen, de afwikkeling van de (negatieve) boedel en de rol van de curator daarin. Centraal staat wat de gedachte is achter het preferent voldoen van de vordering die ontstaat doordat de curator kosten maakt ter afwikkeling van een negatieve boedel. In hoofdstuk 3 duid ik vervolgens de rechtsregels en onderliggende beginselen van het systeem van preferentie aan de hand van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie (deelvraag ii.). In hoofdstuk 4 toets ik of een vordering die ontstaat doordat de curator kosten maakt ter afwikkeling van een negatieve boedel op die rechtsregels en beginselen gebaseerd kan worden (deelvraag iii.). Ik sluit dit onderzoek in hoofdstuk 5 af met een conclusie.

Mijn onderzoek is juridisch-dogmatisch van aard. Ik zoek het antwoord op mijn hoofdvraag in het geldende recht. Daaronder versta ik mede de beginselen die voortvloeien uit en ten grondslag liggen aan het systeem van de (Faillissements)wet. Daarbinnen is ook plaats voor redelijkheidsargumenten, mits de redelijkheid voortvloeit uit of besloten ligt in het (systeem van) de (Faillissements)wet.

¹⁶ Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 171; Bakker 2025, p. 148.

¹⁷ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11 2025/950*. Zie ook: Boekraad 2020, p. 270.

¹⁸ Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 171.

¹⁹ De Liagre Böhl 1991, p. 254-258; Polak 1972, p. 343-345; Verstijlen 1995, p. 93-96; Verstijlen 1996, p. 81-84; Verstijlen 1997, p. 417-419; Verstijlen 1998, p. 172-182; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11 2025/950*; Van Galen 1997a, p. 255-258; Van Galen 1997b, p. 275-279; Van Eeghen 2000; Boekraad 1996, p. 118-121; Boekraad 1997, p. 181-232; Boekraad 2020, p. 270-271; Voûte 1994, p. 233-241; Verheul 2022, p. 170-172; Franken 2001, p. 48-58; Franken 2019, p. 498-505.

1.4 Afbakening

Op voorhand sluit ik een aantal wettelijke grondslagen van voorrang uit van de reikwijdte van mijn onderzoek. Ik sluit het pand- en hypotheekrecht uit en als bijgevolg ook de positie van de separatist(en).²⁰ Verder sluit ik alle voorrechten uit, met uitzondering van artikel 3:284 BW (voorrecht wegens kosten tot behoud). Op het bestaan en de rechtvaardiging van voorrechten in het algemeen ga ik wel in.

Bij de afwikkeling van een negatieve boedel speelt ook andere problematiek dan de rangorde. Daarbij kan gedacht worden aan het ontbreken van een formele vereffeningsprocedure, de verhaalsacties van boedelschuldeisers of het eventueel bij voorrang voldoen van de wettelijke rente over boedelvorderingen door de curator. Die problematiek valt buiten de reikwijdte van mijn onderzoek.

1.5 Terminologie

De vordering die in mijn onderzoek centraal staat is de boedelvordering die ontstaat doordat de curator kosten maakt ter afwikkeling van een negatieve boedel. Die boedelvordering is 'nieuw' in die zin dat die ontstaat op het moment dat de curator weet dat de boedel negatief is en het maken van die kosten dienstig is aan de (verdere) afwikkeling van de negatieve boedel. Ik duid die vordering aan met de term *nieuwe boedelvordering*, c.q. *nieuwe boedelschuld*. Ik geef hieronder vijf voorbeelden van nieuwe boedelvorderingen.

- i. De curator schakelt een verkoopmakelaar in teneinde een loods van de failliet te verkopen, welke verkoop een bate oplevert voor de boedel.
- ii. Voor de verkoopt dient de curator de loods 'bezemschoon' op te leveren. De curator schakelt daarvoor een schoonmaakbedrijf in.
- iii. De curator zegt de arbeidsovereenkomsten met het personeel van de failliet op met inachtneming van een opzegtermijn van zes weken.²¹ In de eerste drie weken gebruikt de curator het personeel om de nog in de loods aanwezige inventaris van de failliet te verkopen. Die verkoop levert een bate op voor de boedel. In de laatste drie weken van de opzegtermijn zet de curator het personeel niet in.
- iv. De curator ziet aanleiding een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen.²² Alvorens daartoe over te gaan, vraagt hij een advocatenkantoor om advies met betrekking tot de haalbaarheid hiervan. Het procesadvies van het advocatenkantoor luidt negatief, waarop de curator besluit géén Peeters/Gatzen-vordering in te stellen.
- v. De curator stelt de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. De boedel is echter ontoereikend voor het instellen van deze rechtsvordering. De curator doet daarom een beroep op de garantstellingsregeling.²³ De bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure is succesvol en levert een bate op voor de boedel.²⁴ Het onder de garantstellingsregeling door de Staat verschaft voorschot dient door de curator te worden terugbetaald.²⁵

Deze vijf nieuwe boedelvorderingen gebruik ik ter beoordeling van de vraag of en welke nieuwe boedelvordering preferent voldaan kunnen worden door de curator én op welke rechtsregels of

²⁰ Art. 57 Fw.

²¹ Art. 40 lid 1 Fw.

²² Zie: HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (*Peeters q.q./Gatzen*).

²³ Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van 21 maart 2023 (Garantstellingsregeling curatoren 2023) (*Stcrt.* 2023, 9704). Zie ook: Art. 2:138 lid 10 BW.

²⁴ Aangenomen dat de schade van het onbehoorlijk bestuur lager is dan het boedeltekort en het boedelactief, ondanks de bate, onvoldoende blijft om alle boedelschuldeisers integraal te voldoen.

²⁵ Art. 11 Garantstellingsregeling curatoren 2023. Gesproken wordt over het 'aanzuiveren' van het debetsaldo op een rekening-courant. Aan de curator wordt een rekening-courant ter beschikking gesteld. De curator kan geld opnemen teneinde zijn rechtsvordering in te stellen. Bij het succesvol instellen van de rechtsvordering dient de curator het opgenomen bedrag op die rekening-courant aan te zuiveren.

beginselen dit gebaseerd kan worden. Ik laat daarom deze vijf voorbeelden op verschillende momenten terugkeren in mijn onderzoek.

De nieuwe boedelvordering dient onderscheiden te worden van de andere boedelvorderingen in faillissement. Daarnaast moet de nieuwe boedelvordering ook onderscheiden worden van twee andere soorten vorderingen in faillissement: de verifieerbare en niet-verifieerbare vorderingen. De verifieerbare vorderingen duid ik aan als *faillissementsvorderingen*. De schuldeisers van de nieuwe boedelvordering en de faillissementsvordering dienen eveneens van elkaar onderscheiden te worden en worden aangeduid als *nieuwe boedelschuldeiser*, respectievelijk *faillissementsschuldeiser*.

In mijn onderzoek gebruik ik de term *preferentie* om 'voorrang' aan te duiden: het eerst betalen van een bepaalde schuldeiser ten opzichte van een andere schuldeiser. Ik spreek daarom van het *preferent voldoen* van een vordering, c.q. *preferente voldoening* van een vordering. De preferente schuldeiser heeft een *bevoorrechte positie*.²⁶

Preferentie heeft verschillende verschijningsvormen. De wettelijke verschijningsvorm van preferentie – *wettelijke voorrang* – ligt besloten in artikel 3:278 lid 1 BW. Preferentie doet zich ook voor bij executiekosten, ook wel *oneigenlijke voorrang* genoemd.²⁷ De preferentie van executiekosten ligt besloten in artikel 3:277 lid 1 BW. Boedelschulden zijn preferent ten opzichte van de faillissementsschulden. Dit ligt besloten in artikel 3:277 lid 1 BW en artikel 182 Fw, alsmede in de bijzondere karakteristiek van de boedelschulden. Preferentie kan daarnaast ook het gevolg zijn van *feitelijke voorrang*.²⁸ Ik leg preferentie in mijn onderzoek ruim uit om al deze verschijningsvormen daaronder te doen vallen. Het gaat derhalve bij preferentie om iedere voordelige behandeling van een schuldeiser die de *paritas creditorum* doorbreekt ten koste van (een) andere schuldeiser(s).²⁹

De ruime uitleg van preferentie maakt dat ik extensief de rechtsregels en beginselen identificeer die aan het rechtvaardig doorbreken van de *paritas creditorum* ten grondslag liggen. Ook stelt de ruime uitleg mij in staat verschillende standpunten uit de literatuur mee te nemen in mijn onderzoek. Zo meent Verstijlen bijvoorbeeld dat naar analogie van het gewone faillissement de nieuwe boedelschulden als executiekosten hebben te gelden (oneigenlijke voorrang).³⁰ Van Galen meent daarentegen dat de nieuwe boedelschulden naar analogie hebben te gelden als kosten tot behoud (wettelijke voorrang).³¹ Boekraad zoekt het buiten de wettelijke rangorde en meent dat de preferentie gebaseerd is op feitelijke voorrang in het belang van de boedel.³²

1.6 Gebruik van kunstmatige intelligentie

Ik heb noch bij het onderzoek, noch bij het schrijven van deze scriptie, gebruik gemaakt van kunstmatige intelligentie of andersoortige generatieve AI.

²⁶ Die bevoorrechte positie valt *niet* noodzakelijkerwijs samen met het hebben van een bijzonder voorrecht op een specifieke bate.

²⁷ Noteboom 2023, p. 37; Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2024/474.

²⁸ Noteboom 2023, p. 34-36; Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2024/14.

²⁹ Art. 3:277 lid 1 BW.

³⁰ Verstijlen 1998, p. 179-182; Asser *Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/950.

³¹ Van Galen 1997b, p. 276-277.

³² Boekraad 1997, p. 198-223.

2 Boedelvorderingen en afwikkeling van de negatieve boedel

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de gedachte is achter het preferent voldoen van een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel (deelvraag i.). Ter beantwoording van die vraag, sta ik hieronder eerst stil bij de afwikkeling van de boedel en de rol van de curator daarin (§ 2.1). Daarna bespreek ik dat de kosten die de curator maakt ter afwikkeling van de boedel kwalificeren als boedelschulden en wat dit betekent voor de verhaalsrechten van de boedelschuldeisers (§ 2.2). Bij een negatieve boedel concurreren de boedelschuldeisers met elkaar. Ik bespreek welke rangordeproblematiek zich voordoet bij die *concurfus* (§ 2.3) en verklaar vervolgens tegen die achtergrond het preferent voldoen van een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel (§ 2.4).

2.1 Afwikkeling van de boedel

Het staat elke schuldeiser vrij zich op alle goederen van de schuldenaar te verhalen.³³ De schuldeiser hoeft daarbij in beginsel geen rekening te houden met de belangen van andere schuldeisers.³⁴ De schuldenaar hoeft op zijn beurt niet al zijn schuldeisers tegelijk of pro rata te voldoen.³⁵ Beschikt de schuldenaar over voldoende actief om al zijn schuldeisers te voldoen, leidt dit niet tot problemen. Beschikt de schuldenaar niet over voldoende actief om al zijn schuldeisers te voldoen, wordt dit anders. Er kan een wedloop aan ongecoördineerde individuele verhaalsacties ontstaan. Schuldeisers zullen proberen, ten koste van een andere schuldeiser, voor de bui binnen te zijn.³⁶ Het faillissement van de schuldenaar probeert die *concurfus* van schuldeisers in goede banen te leiden door "bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op een billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen".³⁷ Teneinde dit te verwezenlijken, is de curator belast met het beheer en de vereffening van de boedel.³⁸ De individuele schuldeisers verliezen dan ook hun individuele executiemogelijkheden.³⁹ De curator beheert en verkoopt de activa en deelt de opbrengst uit aan de schuldeisers overeenkomstig de wettelijke rangorde.⁴⁰ Zo krijgt iedere schuldeiser het 'zijne'.

2.2 Boedelvorderingen

De afwikkeling van de boedel door de curator brengt kosten met zich mee: faillissementskosten,⁴¹ ook wel boedelschulden genoemd.⁴² De curator dient eerst alle boedelschulden te betalen alvorens hij enige uitkering kan doen aan de faillissementsschuldeisers.⁴³ Opvallend genoeg wordt 'boedelschuld' wel gebruikt in de Faillissementswet, maar niet gedefinieerd.⁴⁴ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een boedelschuld een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft én onmiddellijk – zonder verificatie – uit de boedel voldaan moet worden.⁴⁵ Boedelschuldeisers concurreren niet met de faillissementsschuldeisers: zij onttrekken zich aan de *concurfus* van schuldeisers.⁴⁶ In tegenstelling tot de faillissementsschuldeisers, kan een boedelschuldeiser de curator (in rechte) tot betaling aanspreken⁴⁷ en beslag leggen voor het verhaal van zijn

³³ Art. 3:276 BW.

³⁴ Pannevis 2023, p. 68.

³⁵ Pannevis 2026, par. 1.1; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*), r.o. 4.1.2.

³⁶ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/5.

³⁷ Van der Feltz 2016a, p. 27. Zie ook: HR 8 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4151, *NJ* 1971/414 (*Bijlmer Doodslag*).

³⁸ Art. 68 lid 1 Fw; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/563, 565 & 568; Pannevis 2026, par. 13.3.2.1.

³⁹ Art. 33 Fw; *Verstijlen* 1998, p. 103-104.

⁴⁰ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/568; Pannevis 2026, par. 13.3.2.1.

⁴¹ Pannevis 2026, par. 17.5.

⁴² In de parlementaire geschiedenis wordt tussen faillissementskosten en boedelschulden geen onderscheid gemaakt: Van der Feltz 2016a, p. 422; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9. Zie ook: Meesterman 2022, p. 390; Franken 2019, p. 105; Boekraad 1997, p. 83; Steneker & Tekstra 2025, p. 1, p. 3 & p. 45; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/750; Wessels 2021, nr. 7121-7122.

⁴³ Franken 2019, p. 105 & p. 169; Pannevis 2026, par. 17.6.1; Steneker & Tekstra 2025, p. 1.

⁴⁴ *Verstijlen* 1998, p. 165.

⁴⁵ Van der Feltz 2016a, p. 384. Zie ook: HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0343, *NJ* 1988/964, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Den Hollander*), r.o. 3.3; HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0285, *NJ* 1991/630, r.o. 3.2; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*), r.o. 3.4.2.

⁴⁶ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/752-753; Wessels 2021, nr. 7081.

⁴⁷ Art. 25 lid 1 Fw.

boedelvordering.⁴⁸ De boedelschuldeisers hebben hierdoor een bevoorrechte positie ten opzichte van de faillissementsschuldeisers.

Het is relevant te bezien welke vorderingen als boedelvordering kwalificeren. In de hierboven bedoelde parlementaire geschiedenis heeft de wetgever slechts het rechtsgevolg van de boedelvordering geduid, niet welke vordering als zodanig kwalificeert.⁴⁹ Daarvoor moet men te rade gaan in de rechtspraak. Boedelvorderingen kunnen pas ontstaan nadat faillietverklaring heeft plaatsgevonden.⁵⁰ Uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* volgt dat boedelvorderingen ontstaan “hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.”⁵¹ Voorbeelden van boedelvorderingen ingevolge de wet zijn huur- en pachtvorderingen (artikel 39 Fw) en loon- en premievorderingen na de dag van faillietverklaring (artikel 40 Fw).⁵² De tweede categorie boedelvorderingen ontstaat doordat de curator in zijn hoedanigheid met een rechtshandeling een schuld op zich heeft genomen. Zijn wil moet daarop zijn gericht en hij moet dit als zodanig hebben verklaard.⁵³ De laatste categorie boedelvorderingen ontstaat doordat de curator een verbintenis of verplichting in zijn hoedanigheid als curator niet naleeft.

De vijf vorderingen die ik in het voorgaande hoofdstuk heb geduid, kwalificeren gelet op het bovenstaande als boedelvorderingen.⁵⁴ Het inschakelen van een verkoopmakelaar (i.), een schoonmaakbedrijf (ii.) en een advocatenkantoor (iv.) zijn rechtshandeling aangegaan door de curator in zijn hoedanigheid. Dit geldt ook voor vorderingen voortvloeiende uit de garantstellingsregeling (v.). De garantstelling wordt namelijk aan de curator verstrekt op basis van een overeenkomst tussen de Staat en de curator.⁵⁵ Uit hoofde van die overeenkomst en de garantstellingsregeling rust in bepaalde omstandigheden op de curator de verplichting tot terugbetaling van de door de Staat voorgeschoten bedragen.⁵⁶ De loon- en premievorderingen van het personeel (iii.) zijn boedelvorderingen ingevolge de wet.⁵⁷ Bij de afwikkeling van een positieve boedel dient de curator deze boedelvorderingen en alle andere boedelvorderingen eerst te voldoen, alvorens hij tot uitkering aan de faillissementsschuldeisers kan overgaan. Bij de afwikkeling van een negatieve boedel kan hij niet alle boedelvorderingen integraal voldoen. Dat brengt mij bij de rangordeproblematiek.

2.3 De problematiek bij de afwikkeling van een negatieve boedel

De afwikkeling van een positieve boedel geschiedt in het belang van de faillissementsschuldeisers. Zolang de boedel positief is kunnen de boedelschuldeisers zich onttrekken aan de *concursum* van de faillissementsschuldeisers.⁵⁸ De boedelvorderingen concurreren immers niet met de faillissementsvorderingen.⁵⁹ Anders dan de faillissementsschuldeisers, kunnen de boedelschuldeisers zelf hun vordering verhalen op de boedel. Waar nodig kan de boedelschuldeiser de curator (in rechte) tot betaling aanspreken en beslag leggen. Dit brengt de curator niet in moeilijkheden; alle

⁴⁸ HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 (*Hermans q.q./Teixeira de Mattos*). Zie ook: Wessels 2021, nr. 7081; Pannevis 2026, par. 17.6.3.

⁴⁹ Meesterman 2022, p. 390; Franken 2019, p. 107; Verstijlen 1998, p. 165.

⁵⁰ Pannevis 2026, par. 17.6.1, onder verwijzing naar: HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 (*Hermans q.q./Teixeira de Mattos*). Uitzondering hierop zijn boedelschulden ontstaan tijdens surseance van betaling; op grond van art. 249 lid 1 onder 3 Fw kwalificeren die ook als boedelschulden in een opvolgend faillissement.

⁵¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1. Zie uitgebreid: Pannevis 2026, par. 17.6.2; Franken 2019, hoofdstuk 7; Asser *Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/754-765.

⁵² Zie voor andere voorbeelden uitgebreid: Pannevis 2026, par. 17.6.2.1.

⁵³ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1; art. 3:33 BW jo. art. 3:35 BW.

⁵⁴ Zie § 1.5.

⁵⁵ Art. 4 Garantstellingsregeling curatoren 2023.

⁵⁶ Gesproken wordt over het aanzuiveren van het debetsaldo op een rekening-courant. Aan de curator wordt een rekening-courant ter beschikking gesteld. De curator kan geld opnemen teneinde zijn rechtsoverdracht in te stellen. Bij het succesvol instellen van de rechtsoverdracht dient de curator het opgenomen bedrag op die rekening-courant aan te zuiveren. Zie: art. 11 Garantstellingsregeling curatoren 2023.

⁵⁷ Art. 40 Fw.

⁵⁸ Wessels 2021, nr. 7074; Verstijlen 1998, p. 168.

⁵⁹ Franken 2019, p. 160, onder verwijzing naar: HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, NJ 2016/289, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Maas q.q./Heineken*), r.o. 3.5.2.

boedelvorderingen kunnen integraal voldaan worden. Van een *concursum* tussen de boedelschuldeisers is geen sprake. Het verhaal dat een boedelschuldeiser neemt op de boedel schaadt het belang van de andere boedelschuldeisers niet. Er is dan ook geen reden om de verhaalsrechten van de boedelschuldeisers te beperken bij de afwikkeling van een positieve boedel.

Dit wordt anders als de boedel negatief is.⁶⁰ De boedel beschikt in dat geval niet over voldoende actief om alle boedelschuldeisers integraal te voldoen. Aan uitkering aan de faillissementsschuldeisers komt de curator niet toe.⁶¹ Hierdoor is reeds tussen de boedelschuldeisers sprake van een *concursum*.⁶² De rangorde tussen boedelschuldeisers onderling komt derhalve in beeld.⁶³

De afwikkeling van een negatieve boedel geschiedt in het belang van de boedelschuldeisers. De curator heeft bij de afwikkeling van een negatieve boedel dezelfde taak jegens de boedelschuldeisers als hij tegen de faillissementsschuldeisers heeft bij de afwikkeling van een positieve boedel.⁶⁴ De curator dient de *concursum* van boedelschuldeisers in goede banen te leiden en het vermogen van de failliet onder de boedelschuldeisers te verdelen overeenkomstig de wettelijke rangorde.⁶⁵ De Faillissementswet laat de curator op dit punt echter in de steek; een wettelijke regeling voor de afwikkeling van een negatieve boedel ontbreekt.⁶⁶ Faillietverklaring van de boedel – een faillissement in faillissement – is niet mogelijk, aldus de Hoge Raad.⁶⁷ Boedelschuldeisers kunnen daardoor niet op eenzelfde wijze als de faillissementsschuldeisers onderworpen worden aan het regime van de Faillissementswet.⁶⁸ De boedelschuldeisers kunnen de curator nog steeds (in rechte) tot betaling aanspreken en beslag leggen voor het verhaal van de boedelvordering.⁶⁹ Hierdoor kan nog steeds een wedloop aan ongecoördineerde individuele verhaalsacties ontstaan. Hoe kan de curator de negatieve boedel afwickelen als de boedelschuldeisers zelf verhaal op de boedel kunnen nemen en daarmee de aanspraken van andere boedelschuldeisers kunnen doorkruisen? Welke rangorde moet de curator aanhouden bij het verdelen van het beschikbare actief onder de boedelschuldeisers?

De Hoge Raad heeft de curator op verschillende manieren een helpende hand geboden. Zo zijn de bevoegdheden van de boedelschuldeisers beperkt wanneer het onzeker is of vaststaat dat de boedel negatief is.⁷⁰ De curator is hiermee echter nog niet helemaal geholpen.⁷¹ De Hoge Raad heeft de curator ook een helpende hand geboden ten aanzien van de rangorde. In *Ranitz q.q./De Ontvanger* oordeelde de Hoge Raad dat "zo het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang."⁷² Aldus heeft de Hoge Raad aangesloten bij het systeem van rangorde tussen de faillissementsschulden.⁷³

⁶⁰ Verheul 2022, p. 168.

⁶¹ Boekraad 1997, p. 181.

⁶² Meesterman 2022, p. 394; Steneker & Tekstra 2025, p. 76; Verstijlen 1998, p. 173; Boekraad 1996, p. 119.

⁶³ Boekraad 1997, p. 181.

⁶⁴ Verstijlen 1998, p. 174.

⁶⁵ Zie § 2.1.

⁶⁶ Boekraad 1997, p. 181-182; Voûte 1994, p. 233; Verstijlen 1998, p. 172; Van Galen 1997a, p. 255; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/937 & 949; Verheul 2022, p. 167. Het verdient hierbij opmerking dat een wettelijke regeling voor de verhaalsacties van boedelschuldeisers in het geheel ontbreekt in de Faillissementswet. Bij de afwikkeling van een positieve boedel kan dit de curator ook in moeilijkheden brengen. Zie: *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/948.

⁶⁷ HR 26 april 1923, ECLI:NL:HR:1923:176, *NJ* 1923, p. 833 (*Faillissement Blauwhoff*). Zie kritisch: Verstijlen 1997, p. 417-419.

⁶⁸ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/938.

⁶⁹ Vgl. art. 33 Fw.

⁷⁰ HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, *NJ* 2004/196, m.nt. W.M. Kleijn (*ProCall*), r.o. 4, onder verwijzing naar: concl. A-G Verkade 13 juni 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF3413 (*ProCall*), punt 5.41. Zie ook: HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*), r.o. 3.4.2; HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, *NJ* 2022/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X. C.V./Curatoren PaperlinX*), r.o. 3.2.5. Zie uitgebreid: Steneker & Tekstra 2025, p. 75-78; Pannevis 2026, par. 17.6.3.

⁷¹ Het blijft bijvoorbeeld onduidelijk of de curator bij een negatieve boedel de boedelvorderingen met een hoog rentepercentage onmiddellijk mag voldoen om de groei van het rentebedrag, dat op zijn beurt eveneens een boedelvordering is, te voorkomen. Zie: Meesterman 2022, p. 390. Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, *NJ* 2022/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X. C.V./Curatoren PaperlinX*), r.o. 3.2.6 & 3.6.1.

⁷² HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

⁷³ Van Galen 1997a, p. 255.

Daarmee lijkt de kous af. De onverkorte toepassing van deze rangorderegels kan de curator echter in moeilijkheden brengen, bijvoorbeeld als hij contracteert met een derde ter afwikkeling van de boedel.⁷⁴ Het is namelijk onzeker of de curator die vordering integraal mag voldoen, terwijl de behoefte daartoe mogelijk wel bestaat.⁷⁵

2.4 Preferentie van de nieuwe boedelvorderingen

Zoals gezegd, ontstaan nieuwe boedelvorderingen als de curator kosten maakt ter afwikkeling van de negatieve boedel.⁷⁶ Het ontstaan van die nieuwe boedelvorderingen zal dikwijls onvermijdelijk zijn; de curator heeft ter afwikkeling van een negatieve boedel de goederen of diensten van anderen nodig. Bij de afwikkeling van een positieve boedel worden deze boedelvorderingen integraal voldaan, gelet op de preferentie van de boedelvorderingen ten opzichte van de faillissementsvorderingen. Die preferentie ontleent de nieuwe boedelvordering in beginsel echter niet aan een wettelijk voorrangrecht, maar aan de kwalificatie als boedelvordering.⁷⁷ Bij de afwikkeling van een negatieve boedel verschaft de enkele kwalificatie als boedelvordering geen preferentie. De boedelvorderingen zijn, behoudens wettelijke redenen van voorrang, onderling gelijk aan elkaar.⁷⁸ De nieuwe boedelvorderingen concurreren hierdoor met andere boedelvorderingen en worden daardoor naar alle waarschijnlijkheid niet integraal voldaan. De nieuwe boedelvorderingen kunnen zelfs achtergesteld zijn ten opzichte van preferente boedelvorderingen.

Hier schuurt het. Niet alle boedelvorderingen waarmee een nieuwe boedelvordering concurreert strekken tot afwikkeling van de boedel.⁷⁹ In het systeem van de wet worden echter kosten van executie en vereffening stevast eerst voldaan.⁸⁰ De gedachte daarachter is dat het onredelijk zou zijn als door die kosten de belangen van de andere schuldeisers behartigd worden, terwijl de lasten voor rekening van een ander worden gelaten.⁸¹ Tegen die achtergrond kan het preferent voldoen van de nieuwe boedelvorderingen verklaard worden. Ten behoeve van de andere boedelschuldeisers maakt de curator kosten ter afwikkeling van de negatieve boedel, net zoals hij dit bij een positieve boedel zou doen. Het is onredelijk die kosten voor rekening van een ander te laten.⁸²

Het preferent mogen voldoen van de nieuwe boedelvorderingen maakt de afwikkeling van de negatieve boedel door de curator daarnaast eenvoudiger. Wanneer een nieuwe boedelvordering niet integraal voldaan mag worden, doet de curator er verstandig aan een derde waarmee hij contracteert ter afwikkeling van de negatieve hierover te informeren.⁸³ Anders gaat de curator een verplichting aan waarvan hij weet dat die niet kan worden nagekomen. Dit brengt voor de curator een (*pro se*) aansprakelijkheidsrisico met zich mee.⁸⁴ De wetenschap dat een nieuwe boedelvordering niet integraal voldaan kan worden, kan een derde ervan weerhouden met de curator te contracteren.⁸⁵ Dit kan afwikkeling van de boedel bemoeilijken voor de curator.⁸⁶ Voldoet de curator, in weerwil van de rangorderegels, de nieuwe boedelvordering wél preferent, bestaat dit (*pro se*) aansprakelijkheidsrisico eveneens. De andere boedelschuldeisers kunnen de curator dan mogelijk aansprakelijk stellen; zij ontvangen hierdoor minder dan volgens de rangregeling aan hen toekomt.⁸⁷

⁷⁴ Verheul 2022, p. 170.

⁷⁵ Uit de literatuur herleid ik dat in de praktijk de nieuwe boedelvordering preferent wordt voldaan. Zie: Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 171; Bakker 2025, p. 148; Eeghen 2000, p. 487.

⁷⁶ Zie § 2.2.

⁷⁷ Zie § 2.2. Tenzij een wettelijk voorrangrecht geldt ten aanzien van die specifieke boedelvordering, art. 3:277 lid 1 BW jo. art. 3:278 lid 1 BW.

⁷⁸ Zie § 2.3. Art. 3:277 lid 1 BW.

⁷⁹ Zie § 4.1.1.2.

⁸⁰ Vgl. art. 3:277 lid 1 BW jo. art. 182 lid 1 Fw. Zie uitgebreid § 3.3.

⁸¹ Verstijlen 1998, p. 167-168. Zie uitgebreid § 3.3.3.

⁸² Zie § 3.3.3.

⁸³ Boekraad 1997, p. 221; Verstijlen 1998, p. 296.

⁸⁴ Verstijlen 1998, p. 179 & p. 294-298; Boekraad 1997, p. 186 & p. 221.

⁸⁵ Dit hoeft niet voor alle derden op te gaan, zo blijkt uit empirisch onderzoek dat partijen ook bereid zijn met de curator te contracteren als zij niet volledig betaald krijgen. Zie: Bakker 2025, p. 155-156.

⁸⁶ Verstijlen 1998, p. 179; Boekraad 1997, p. 185; Boekraad 2020, p. 270; Verheul 2022, p. 170; Asser *Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/949.

⁸⁷ Verstijlen 1998, p. 179.

Ook tegen die achtergrond kan het preferent voldoen van de nieuwe boedelvorderingen verklaard worden.

2.5 Conclusie

De curator bevindt zich in een spagaat als hij de nieuwe boedelvorderingen niet preferent mag voldoen. Nu van de curator wordt verwacht dat hij de negatieve boedel afwikkelt, moet die afwikkeling hem niet onnodig ingewikkeld gemaakt worden, zo is de gedachte. Het is onvermijdelijk dat de curator kosten maakt ter afwikkeling van de negatieve boedel. Preferente voldoening van die kosten – de nieuwe boedelvorderingen – helpt de curator uit de spagaat. Die preferente voldoening is bovendien gerechtvaardigd; het zou onredelijk zijn als door de nieuwe boedelvorderingen de belangen van andere boedelschuldeisers behartigd worden, terwijl de lasten voor rekening van een ander gelaten worden. Tegen die achtergrond kan het preferent voldoen van de nieuwe boedelvordering verklaard worden. Het is evenwel de vraag of hier een dogmatische grondslag voor bestaat. Die vraag staat in de volgende twee hoofdstukken centraal.

3 Preferentie: grondslagen en rechtvaardiging

Teneinde de vraag te beantwoorden of in het geldende recht een dogmatische grondslag bestaat voor het preferent voldoen van de nieuwe boedelvordering, staat in dit hoofdstuk de vraag centraal welke mogelijke grondslagen er zijn voor het preferent voldoen van (boedel)vorderingen bij de afwikkeling van de boedel (deelvraag ii.). Alvorens ik die grondslagen en de rechtvaardiging daarvan bespreek, sta ik stil bij de hoofdregel waar preferentie de uitzondering op is: de *paritas creditorum* (§ 3.1). Preferentie kan slechts worden begrepen tegen de achtergrond van die hoofdregel (§ 3.2). Na het bespreken van de hoofdregel, bespreek ik verschillende gronden van preferentie die hier een uitzondering op vormen en de rechtvaardiging daarvan. Ik begin met de oneigenlijke voorrang van executiekosten (§ 3.3). Daarna sta ik stil bij de wettelijke voorrangsgronden (§ 3.4) en in het bijzonder het voorrecht wegens kosten tot behoud (§ 3.5). Tot slot besteed ik aandacht aan de feitelijke voorrangsgronden (§ 3.6). Ik sluit dit hoofdstuk af met een conclusie (§ 3.7).

3.1 Gelijkheid van schuldeisers – paritas creditorum

Bij verhaalsuitoefening zijn de schuldeisers in beginsel gelijkgerechtigd.⁸⁸ Die gelijkheid van schuldeisers – *paritas creditorum* – is een belangrijk beginsel van het insolventierecht.⁸⁹ In de literatuur worden twee betekenissen van de *paritas creditorum* van elkaar onderscheiden: de *rangorde-paritas* en de *samenloop-paritas*.⁹⁰ Voor de rangorde-paritas wordt verwezen naar artikel 3:277 BW.⁹¹ De samenloop-paritas heeft een bredere betekenis.

3.1.1 *De rangorde-paritas*

Bij de rangorde-paritas staat de wijze van verdeling centraal: de rangorde.⁹² Of, zoals Franken het – treffend – verwoordt: “Dit *paritas*-beginsel gaat over het verdelen van de taart, als die eenmaal vorm heeft gekregen. Wie mag er *het eerste* aanschuiven en wie krijgt *als eerste* welk stuk van de taart.”⁹³ De rangorde-paritas ligt thans besloten in artikel 3:277 lid 1 BW.⁹⁴

Artikel 3:277 lid 1 BW bepaalt dat schuldeisers, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-executieopbrengst van de goederen van de schuldenaar naar evenredigheid van ieders vordering te worden voldaan. Hierin zijn twee onderdelen te herkennen.⁹⁵ Allereest dat alle vorderingen in beginsel gelijke rang hebben.⁹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis volgt namelijk dat “gelijk recht” impliceert “dat noch de datum van de vordering noch het beslag voorrang geeft.”⁹⁷ Daarnaast volgt uit dit artikel dat onder de gelijk gerangschikte schuldeisers de netto-opbrengst *pari passu* – pondspondsgewijs – wordt verdeeld.⁹⁸

Aan de rangorde-paritas is in de wetsgeschiedenis weinig aandacht besteed.⁹⁹ Uit de wetsgeschiedenis kan slechts worden afgeleid dat dit beginsel steeds als een vanzelfsprekendheid is overgenomen uit het tot dan geldende recht.¹⁰⁰ Zo vindt het thans geldende artikel 3:277 BW zijn oorsprong in artikel 1178 (oud) BW: “Dit artikel komt zakelijk overeen met artikel 1178 B.W.”.¹⁰¹

⁸⁸ Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/6.

⁸⁹ Boekraad 1997, p. 5-6; Franken 2019, p. 41; Verbeek e.a. 2025, p. 160.

⁹⁰ Franken 2019, p. 41-42; Boekraad 1997, p. 6 (verdelingsaspect & verhaalsaspect); Van Uden 2024, par. 2.2 (verdelingsmaatstaf & gelijkheidsregel); Verstijlen 2006, p. 1166.

⁹¹ Franken 2019, p. 42; Boekraad 1997, p. 6; Noteboom 2023, par. 2.3; Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/6.

⁹² Pannevis 2019, p. 127;

Franken 2019, p. 42; Boekraad 1997, p. 5-6.

⁹³ Franken 2019, p. 42.

⁹⁴ Franken 2019, p. 42; Boekraad 1997, p. 6; Noteboom 2023, par. 2.3; Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/6.

⁹⁵ Pannevis 2019, p. 405; Verbeek e.a. 2025, p. 160.

⁹⁶ Van Uden 2024, par. 2.2; Verbeek e.a. 2025, p. 160; Pannevis 2019, p. 405.

⁹⁷ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

⁹⁸ Van Uden 2024, par. 2.2; Verbeek e.a. 2025, p. 160; Pannevis 2019, p. 405.

⁹⁹ Verstijlen 1998, p. 17; Van Uden 2024, par. 2.2; Verstijlen 2006, p. 1160-1161. De verdeling *pari passu* wordt zelfs geheel niet gemotiveerd in de wetsgeschiedenis van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet; Verbeek e.a. 2025, p. 160.

¹⁰⁰ Rank-Berenschot 1993, p. 104; Van Uden 2024, par. 2.2; Erasmus 1976, p. 15-19.

¹⁰¹ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856. Zie ook: Rank-Berenschot 1993, p. 104; Verstijlen 2006, p. 1160.

Verdere motivering ontbreekt.¹⁰² In 1838 is artikel 1177 (oud) BW met enkel redactionele wijzigingen overgenomen uit de Code Civil (artikel 2093).¹⁰³ De Franse wetgever heeft op zijn beurt verwezen naar het Romeinse recht en heeft slechts opgemerkt dat de rechten van de schuldeisers onderling worden beheerst door beginselen van rechtvaardigheid.¹⁰⁴ Het Romeinse recht kende de *paritas creditorum* niet als begrip of leerstuk.¹⁰⁵ Toch wordt in de literatuur aangenomen dat de gelijkheid van schuldeisers als regel uit de Romeins rechtelijke figuur van de openbare executieverkoop – *venditio bonorum* – afgeleid kan worden.¹⁰⁶ Verstijlen stelt dan ook terecht dat de “rechtsgrond voor de *paritas creditorum* mistig is.”¹⁰⁷

In de literatuur wordt op de distributieve rechtvaardigheid gewezen als rechtsgrondslag voor de rangorde-paritas.¹⁰⁸ Volgens Erasmus steunt ons recht op deze pijler die “er niet toe behoeft te leiden dat ieder onder alle omstandigheden evenveel krijgt, maar wel dat ieder krijgt naar verdienste. (...) Het is mede deze gedachte van de verdelende rechtvaardigheid die het aanzien heeft gegeven aan de wettelijke regeling”.¹⁰⁹ Ook wordt in de literatuur gewezen op het gelijkheidsbeginsel: gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden.¹¹⁰ De verhaalsaansprakelijkheid van de schuldenaar is jegens al zijn schuldeisers gelijk; hij is jegens elke schuldeiser gehouden te presteren en staat voor iedere prestatie in met zijn gehele vermogen.¹¹¹ Nu de verhaalsaansprakelijkheid jegens alle schuldeisers gelijk is, dienen ook de verhaalsrechten van de schuldeisers in beginsel gelijk te zijn.¹¹²

De rangorde-paritas wordt beschermd door het faillissement en de rol van de curator daarin. Dit geldt ook voor de samenloop-paritas. Verder worden uitzonderingen op de rangorde-paritas beperkt door het gesloten systeem van voorrang en de restrictieve uitleg van de wettelijke voorrangsgonden.¹¹³ Dit biedt eveneens bescherming.

3.1.2 De samenloop-paritas

Bij de samenloop-paritas gaat het niet om de wijze van verdeling, maar om de vraag *wie* moeten deelnemen aan die verdeling.¹¹⁴ Voorkomen wordt dat schuldeisers zich onttrekken aan de *concursum* van schuldeisers en zij op oneigenlijke wijze hun positie daarin verbeteren.¹¹⁵ De samenloop-paritas is een norm voor de wijze waarop schuldeisers verhaal mogen nemen.¹¹⁶ Alle schuldeisers hebben in beginsel onderling een gelijk recht om zich te verhalen op de goederen van de schuldenaar.¹¹⁷ *Alle*, omdat de samenloop-paritas geldt voor iedere schuldeiser, ongeacht de kwalificatie van diens vordering of de plaats daarvan in de rangorde.¹¹⁸

De samenloop-paritas wordt gezien als een uitwerking van de *suum cuique*-gedachte (ieder het zijne) en de beginselen *honeste vivere* (betamelijk leven) en *alterum non laedere* (de ander geen schade berokkenen).¹¹⁹ Een schuldeiser mag zich niet ongerechtvaardigd bevoordelen boven andere schuldeisers. In dit verband kan ook worden gewezen op het beginsel van procedurele rechtvaardigheid: schuldeisers dienen gelijk behandeld te worden in aanloop naar de verdeling toe.¹²⁰

¹⁰² Rank-Berenschot 1993, p. 104.

¹⁰³ Voorduin 1838, p. 336-337; Erasmus 1976, p. 18; Verstijlen 1998, p. 16; Verstijlen 2006, p. 1160.

¹⁰⁴ Verstijlen 1998, p. 16.

¹⁰⁵ In de literatuur wordt aangenomen dat de gelijkheid van schuldeisers als regel uit de Romeinsrechtelijke figuur van de openbare executieverkoop (*venditio bonorum*) afgeleid kan worden. Zie: Erasmus 1976, p. 18; Rank-Berenschot 1993, p. 103-104.

¹⁰⁶ Rank-Berenschot 1993, p. 103-104.

¹⁰⁷ Verstijlen 2006, p. 1160.

¹⁰⁸ Zie uitgebreid over distributieve rechtvaardigheid: Noteboom 2023, hoofdstuk 7.

¹⁰⁹ Erasmus 1976, p. 16.

¹¹⁰ Erasmus 1976, p. 16; Verstijlen 1998, p. 17-18.

¹¹¹ Art. 3:276 BW.

¹¹² Verstijlen 1998, p. 17-18.

¹¹³ Zie daarover § 3.4.

¹¹⁴ Franken 2019, p. 43; Boekraad 1997, p. 5.

¹¹⁵ Franken 2019, p. 43; Verstijlen 2006, p. 1166.

¹¹⁶ Van Uden 2024, par. 2.2.

¹¹⁷ Boekraad 1997, p. 5.

¹¹⁸ Franken 2019, p. 44.

¹¹⁹ Franken 2019, p. 44.

¹²⁰ Noteboom 2023, par. 7.1.

Het faillissement kan worden gezien als een instrument om de samenloop-paritas te beschermen.¹²¹ Doel van het faillissement is immers het vermogen van de failliet "op een billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen".¹²² De Faillissementswet voorkomt hiertoe dat de *paritas creditorum* na faillietverklaring doorkruist wordt: de failliet is niet langer zelf beheer- en beschikkingsbevoegdheid¹²³ en de individuele schuldeisers verliezen hun individuele executiemogelijkheden.¹²⁴ In plaats daarvan beheert en vereffent de curator de boedel en keert hij de opbrengsten overeenkomstig de wettelijke rangorde uit aan de schuldeisers.¹²⁵ In de rechtspraak wordt met een beroep op de samenloop-paritas voorkomen dat schuldeisers zich onterecht onttrekken aan de *concursum*.¹²⁶

Franken vat de samenloop-paritas als norm voor schuldeisers treffend samen: "In de stoelendans om de beste plek aan tafel mag men zich niet schuldig maken aan vals spel. Men mag niet (alvast) van de taart snoepen als men weet dat de medeschuldeisers, in afwijking van de opgestelde spelregels, daarmee worden benadeeld."¹²⁷

3.2 Preferentie: doorbreking van de paritas creditorum

Ondanks de bescherming van de *paritas creditorum* wordt deze hoofdregel veelvuldig gebroken. Of, zoals Pannevis het verwoordt: "maar weinig juridische beginselen kennen zo veel uitzonderingen als de paritas creditorum."¹²⁸ De grootste vijand van de *paritas creditorum* is preferentie. Preferentie geeft een schuldeiser immers het recht om vóór (een) andere schuldeiser(s) te worden voldaan.¹²⁹ Preferentie doet zich in verschillende hoedanigheden voor. De wettelijke verschijningsvorm van preferentie – voorrang – vloeit, aldus artikel 3:278 lid 1 BW, "voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit andere in de wet aangegeven gronden." Op de *paritas creditorum* kan óók inbreuk worden gemaakt door rechtsfiguren die formeel geen voorrang zijn als bedoeld in artikel 3:278 BW, maar feitelijk wel een soortgelijk effect sorteren: een verandering in de volgorde waarin schuldeisers worden voldaan.¹³⁰ Men spreekt in dat verband ook wel van *feitelijke* of *oneigenlijke* voorrang.¹³¹ Ook dit zijn verschijningsvormen van preferentie. Hieronder bespreek ik achtereenvolgens de verschillende gronden voor preferentie en de rechtvaardiging daarvan.

3.3 Oneigenlijke voorrang: executiekosten

3.3.1 *Geen voorrangrecht, wél preferent*

Aan een vordering bestaande uit executiekosten is géén wettelijk voorrangrecht verbonden. Dit was onder het oude recht wel het geval: artikel 1185 onder 1 (oud) BW en 1195 onder 1 (oud) BW.¹³² Met de invoering van artikel 3:277 lid 1 BW zijn die artikelen komen te vervallen.¹³³ Uit artikel 3:277 lid 1 BW volgt dat de schuldeisers, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, onderling een gelijk recht hebben om ná voldoening van de kosten van executie uit de netto-opbrengst van de goeden van hun schuldenaar te worden voldaan. Verhaal wordt aldus toegekend op de netto-opbrengst. De executiekostenvordering heeft hierdoor een bevoorrechte positie: die

¹²¹ Verstijlen 2006, p. 1167; Boekraad 1997, p. 6.

¹²² Van der Feltz 2016a, p. 27. Zie ook: HR 8 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4151, NJ 1971/414 (*Bijlmer Doodslag*).

¹²³ Art. 23 Fw.

¹²⁴ Art. 33 Fw. Zie ook: Boekraad 1997, p. 6-7.

¹²⁵ Bij die uitkering door de curator komt betekenis toe aan de rangorde-paritas. *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/568; Pannevis 2026, par. 13.3.2.1.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld: HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/61, m.nt. P. Schilfgaarde (*Tiethof/NMB*), r.o. 3.2; HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (*Nebula*), r.o. 3.5. Zie uitgebreid: Verstijlen 2006, p. 1168; Franken 2019, p. 43-45.

¹²⁷ Franken 2019, p. 44.

¹²⁸ Pannevis 2023, p. 66. Zie bijvoorbeeld ook: Verstijlen 2006, p. 1161; Pitlo 1977, p. 365.

¹²⁹ Diephuis 1886, p. 362; *Asser/Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/7.

¹³⁰ Erasmus 1976, p. 30-31; Noteboom 2023, par. 2.4.4; Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, nr. 239; *Asser/Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/14.

¹³¹ Erasmus 1976, p. 30-31; Pitlo 1977, p. 366-368; Boekraad 1997, p. 206; *Asser/Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/14; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/574-575.

¹³² Erasmus 1976, p. 41-42; Commissie Houwing 1974, p. 30-31; *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

¹³³ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

vordering wordt eerst voldaan voordat andere schuldeisers uit de resterende netto-opbrengst voldaan worden.¹³⁴

3.3.2 *Executiekosten in faillissement: de boedelschulden, c.q. faillissementskosten*

In de Faillissementswet worden de begrippen faillissementskosten en boedelschulden door elkaar gebruikt.¹³⁵ Steeds wordt hetzelfde bedoeld.¹³⁶ Dit volgt uit *MeesPierson/Mentink q.q.*, waarin de Hoge Raad als volgt heeft overwogen:

“(…) onder de algemene faillissementskosten, bedoeld in art. 182, mede alle boedelschulden vallen, zoals deze in de onderhavige zaak aan de orde zijn, met dien verstande dat bijzondere faillissementskosten er buiten vallen. Een andere opvatting zou noch stroken met tekst en geschiedenis van de Faillissementswet, waarin tussen faillissementskosten en boedelschulden geen onderscheid wordt gemaakt (Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet, I, p. 422, bovenaan, in verband met p. 384 en p. 385), noch met de rechtszekerheid die bij de afwikkeling van faillissementen vereist is en die, bij het aanvaarden van een onderscheid van voormelde aard, bij gebreke van enige duidelijke maatstaf in het gedrang zou komen.”¹³⁷

De Hoge Raad verwijst hierboven naar het regeringsantwoord op de vraag of ‘boedelschuld’ in artikel 39 Fw niet vervangen dient te worden door ‘faillissementskosten’.¹³⁸ Het antwoord hierop luidt:

“Welk voordeel zou de vervanging van “boedelschuld” door “faillissementskosten” opleveren? Het effect zal, welke uitdrukking ook gebezigd wordt, hetzelfde zijn. “Boedelschuld” is echter verkieslijk, omdat daarin meer ligt het denkbeeld van eene pretentie ten laste van den boedel, terwijl “faillissementskosten” doet denken aan door den curator gedane uitgaven.”¹³⁹

De termen faillissementskosten en boedelschuld worden derhalve als synoniemen gebruikt: “verschillende benamingen voor dezelfde rechtsfiguur.”¹⁴⁰ Dit betekent dat *alle* boedelschulden faillissementskosten zijn en vice versa.

Bij afwikkeling van de boedel door de curator gelden de faillissementskosten als executiekosten in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW.¹⁴¹ Artikel 182 Fw bepaalt de wijze waarop de faillissementskosten ten laste van de boedel worden gebracht teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen als bedoeld in artikel 3:277 lid 1 BW.

3.3.3 *Rechtvaardiging*

De preferentie van executiekosten heeft volgens Erasmus “altijd aan de top van onze voorrechten gestaan.”¹⁴² Dit blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 3:277 BW. Onder het oude recht was een voorrecht (privilege) toegekend aan executiekosten.¹⁴³ In artikel 1185 onder 1 (oud) BW was een voorrecht opgenomen voor de gerechtskosten veroorzaakt door uitwinning op de opbrengst van een specifiek goed (eigenlijke executiekosten).¹⁴⁴ In artikel 1195 onder 1 (oud) BW was een voorrecht opgenomen voor de gerechtskosten veroorzaakt door uitwinning of boedelredding

¹³⁴ Erasmus 1976, p. 42; Noteboom 2023, par. 2.4.5; Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/474.

¹³⁵ Van der Feltz 2016a, p. 422; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9. Zie ook: Pannevis 2026, par. 17.6.1; Franken 2019, p. 105-106; Wessels 2021, nr. 7122.

¹³⁶ Franken 2019, p. 105-106.

¹³⁷ HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9.

¹³⁸ Verstijlen 1996, p. 82.

¹³⁹ Van der Feltz 2016a, p. 422.

¹⁴⁰ Verstijlen 1996, p. 82.

¹⁴¹ Van Uden 2024, par. 2.4.1.2; Boekraad 1996, p. 111; Boekraad 1997, p. 31-35. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

¹⁴² Erasmus 1976, p. 41.

¹⁴³ Zie § 3.3.1.

¹⁴⁴ Diephuis 1868, p. 591; Pitlo 1977, p. 377-378; Erasmus 1976, p. 41-42; Commissie Houwing 1974, p. 30-31.

op de opbrengst van alle goederen (vereffeningskosten). Beide voorrechten gingen boven pand en hypotheek.¹⁴⁵ Het bijzondere voorrecht van artikel 1185 onder 1 (oud) BW was het hoogst in rang en ging aldus ook boven het algemene voorrecht van artikel 1195 onder 1 (oud) BW. Bijzondere voorrechten die lager in rang waren dan pand of hypotheek moesten wél wijken voor het algemene voorrecht van artikel 1195 onder 1 (oud) BW.¹⁴⁶ Beide voorrechten moesten beperkt worden uitgelegd.¹⁴⁷ De algemene faillissementskosten, zoals het salaris van de curator en de boedelschulden, vielen hierdoor niet onder artikel 1195 onder 1 (oud) BW. Daar gold een afzonderlijke regeling voor: artikel 182 (oud) Fw.¹⁴⁸ Net als onder het huidige artikel 182 Fw, gold dat de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel en aldus ook boven pand en hypotheek gaan, tenzij de pand- of hypotheekhouder gebruik maakt van zijn bevoegdheid uit artikel 57 Fw.¹⁴⁹ Met de komst van artikel 3:277 BW, zijn de voorrechten uit artikel 1185 onder 1 (oud) BW en artikel 1195 onder 1 (oud) BW komen te vervallen:

“Het ontwerp kent het verhaal toe op de netto-opbrengst. Bij iedere vereffening of executie worden immers eerst de door de vereffenaar of de executant gemaakte kosten voldaan. Eerst dan komen de andere schulden en kosten. Zo worden dan ook bij faillissement de boedelschulden niet geverifieerd. In andere gevallen van vereffening geldt hetzelfde. Daarom kan artikel 1185 sub 1 B.W. in het ontwerp vervallen, en kan artikel 1195 sub 1 B.W. worden beperkt tot de kosten van faillissementsaanvraag (zie artikel 3.10.4.1 sub a). Dit zijn geen eigenlijke executiekosten.”¹⁵⁰

Het handhaven van de voorrechten voor executiekosten werd niet langer nodig geacht. De executiekosten worden – gelijk met de boedelschulden in faillissement – vooraf betaald. Onder de executiekosten als bedoeld in artikel 3:277 lid 1 BW vallen zowel algemene executiekosten als de vereffeningkosten.¹⁵¹ De facto werkt dit als een voorrecht met een uitzonderlijk hoge rang. In wezen is er dan ook niet veel veranderd.¹⁵² Voordeel van het huidige artikel 3:277 BW is dat de executieschuldeisers niet de rangorde hoeven af te wachten en onmiddellijk voldaan kunnen worden.¹⁵³

Deze totstandkomingsgeschiedenis illustreert dat de executie- en vereffeningkosten altijd preferent zijn geweest. De verklaring die hiervoor gegeven wordt is simpel: “de kost gaat voor de baat uit”.¹⁵⁴ De rechtvaardiging ligt besloten in de functie die deze kosten vervullen.¹⁵⁵ De belangen van de schuldeisers vereisen executie of vereffening voor verhaal van hun vordering. Met die executie of vereffening zijn kosten gemoeid. De billijkheid vereist dat die kosten worden afgetrokken van de opbrengst. Het zou namelijk onredelijk zijn als de belangen van de schuldeisers behartigd worden op de kosten van een ander.¹⁵⁶

Achter de bevoorrechte positie van boedelschulden gaat eenzelfde rechtvaardiging schuil. De schulden die de curator maakt ten behoeve van de door hem te behartigen belangen behoren voldaan te worden voordat die belangen zelf aan bod komen.¹⁵⁷ Omdat de afwikkeling van een positieve boedel geschiedt in het belang van de faillissementsschuldeisers, hebben zij pas aanspraak op de boedel nadat alle boedelschuldeisers betaald zijn.¹⁵⁸ Deze rechtvaardiging geldt mijns inziens echter niet voor *alle* boedelschulden.¹⁵⁹

¹⁴⁵ Diephuis 1868, p. 653; Pitlo 1977, p. 398-399; Erasmus 1976, p. 41-42; Commissie Houwing 1974, p. 30-31.

¹⁴⁶ Diephuis 1868, p. 591; Pitlo 1977, p. 398-399.

¹⁴⁷ Pitlo 1977, p. 377-378 & p. 398-399; Erasmus 1976, p. 41-42; Commissie Houwing 1974, p. 30-31.

¹⁴⁸ Pitlo 1977, p. 398-399. Zie uitgebreid: Van der Feltz 2016b, p. 239-241.

¹⁴⁹ Van der Feltz 2016b, p. 239-241; Pitlo 1977, p. 399.

¹⁵⁰ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

¹⁵¹ Boekraad 1997, p. 34-35.

¹⁵² Erasmus 1976, p. 42; Boekraad 1997, p. 34-35.

¹⁵³ Commissie Houwing 1974, p. 31; Boekraad 1997, p. 34-35.

¹⁵⁴ Erasmus 1976, p. 42.

¹⁵⁵ Van Galen 1997a, p. 257.

¹⁵⁶ Diephuis 1886, p. 653; Commissie Houwing 1974, p. 30-31; Erasmus 1976, p. 41-42; Pitlo 1977, p. 377-378 & p. 398-399; Verstijlen 1998, p. 166.

¹⁵⁷ Verstijlen 1998, p. 165-168; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/750; Van Mierlo 2004, par. 1.

¹⁵⁸ Boekraad 1997, p. 30-31.

¹⁵⁹ Ik licht dat nader toe in § 4.1.1.2.

Er gaat ook een element van utiliteit schuil achter de bevoorrechte positie van boedelschulden: "Slechts weinigen zouden geneigd zijn hun diensten aan de curator te verlenen, als zij voor de tegenprestatie bij de faillissementsschuldeisers zouden moeten aanschuiven."¹⁶⁰

3.4 Wettelijke voorrang: artikel 3:278 lid 1 BW

Aldus artikel 3:278 lid 1 BW, vloeit voorrang "voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden." In de volgende paragraaf staat de wettelijke voorrang van voorrechten centraal en de rechtvaardiging daarvan (§ 3.5).¹⁶¹ Hieronder sta ik eerst stil bij het gesloten systeem van voorrang. De voorrechten moeten in dat gesloten systeem begrepen worden.

3.4.1 *Het gesloten systeem van voorrang*

De wettelijke voorrangsgronden van artikel 3:278 lid 1 BW vormen een gesloten systeem. Zij zijn limitatief in de wet opgesomd. De Hoge Raad heeft dit in 1958 uitdrukkelijk bevestigd ten aanzien van artikel 1178 (oud) BW, de voorganger van artikel 3:278 BW.¹⁶² De Hoge Raad overwoog "dat voorrang immers blijkens het in art. 1178 B.W. bepaalde slechts op de wet kan berusten".¹⁶³ Als uitzondering op de *paritas creditorum*, moeten de wettelijke voorrangsgronden strikt geïnterpreteerd worden: "geen voorrang zal mogen worden toegekend dan voor zover de wet hiertoe klaarblijkelijk aanleiding geeft".¹⁶⁴ Er is geen ruimte voor uitbreiding van de voorrangsgronden naar analogie.¹⁶⁵ De redelijkheid en billijkheid kan geen grond zijn voor erkenning van voorrang.¹⁶⁶ Ook dit heeft Hoge Raad bevestigd.¹⁶⁷ Desalniettemin lijkt de Hoge Raad uitzonderingen mogelijk te hebben gemaakt op dit gesloten systeem.¹⁶⁸ Hieronder bespreek ik of en in hoeverre dat het geval is.

3.4.1.1 Een open gesloten systeem van voorrang?

De Hoge Raad lijkt in *Ontvanger/Hamm q.q.* aan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling die het gevolg is van een onmiskenbare vergissing een preferentie toe te kennen. Kort gezegd heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator een na de faillietverklaring aan de boedel gedane onverschuldigde betaling die het gevolg is van een onmiskenbare vergissing direct en volledig dient terug te betalen "met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren".¹⁶⁹ Dit terwijl een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling een concurrente boedelschuld is; daaraan is geen voorrecht verbonden. De Hoge Raad erkent dit zelf ook.¹⁷⁰ Desalniettemin komt de Hoge Raad tot het voornoemde oordeel. Hiermee heeft de Hoge Raad een zogenoemde 'superboedelschuld', c.q. 'superpreferentie' gecreëerd.¹⁷¹ Het oordeel van de Hoge Raad in *Ontvanger/Hamm q.q.* is in de literatuur stevig bekritiseerd.¹⁷² Dit heeft vooral te maken met de motivering die de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. Verstijlen stelt dat de Hoge Raad "de nodige kunstgrepen moest toepassen" teneinde tot het "op voorhand redelijk geachte resultaat" te komen.¹⁷³ Boekraad

¹⁶⁰ Asser *Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/750. Zie ook: Verstijlen 1998, p. 165-168. Uit empirisch onderzoek blijkt dat sommige partijen ook bereid zijn met de curator te contracteren als zij niet volledig betaald krijgen. Zie: Bakker 2025, p. 155-156.

¹⁶¹ Voorrang uit hoofde van pand, hypotheek en andere in de wet aangegeven gronden laat ik onbesproken.

¹⁶² *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 857.

¹⁶³ HR 19 september 1958, ECLI:NL:HR:1958:182, NJ 1959/113 (*Faillissement Kasteel*).

¹⁶⁴ Asser/*Van Mierlo & Krzemiński* 3-VI 2024/7 & 468. Zie ook: Fesevur 2017, nr. 6; Pitlo 1977, p. 377.

¹⁶⁵ Franken 2019, p. 183-184; Fesevur 2017, nr. 6; Pitlo 1977, p. 377. Zie bijvoorbeeld: HR 24 januari 2013, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, NJ 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Niehe/Heidinga*), r.o. 3.3.2.

¹⁶⁶ Fesevur 2017, nr. 6.

¹⁶⁷ HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*), r.o. 3.3.2; HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904 (*UWV/Curatoren Econcern N.V.*), r.o. 3.3.2. Zie ook: Fesevur 2017, nr. 6; Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, nr. 240.

¹⁶⁸ Franken 2019, p. 162 & p. 184-185.

¹⁶⁹ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4.

¹⁷⁰ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4.

¹⁷¹ Franken 2019, p. 163.

¹⁷² Zie bijvoorbeeld: Kortmann 2006, p. 156-164; Verstijlen 1998, p. 183-189; Verstijlen 2001, p. 927-937; Boekraad 1997, p. 223-229; Faber & Vermunt 2017, p. 156-161. Zie ook: concl. A-G L.A.D. Keus, 8 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZZ4569 (*Van der Werff q.q./BLG*), punt 2.12-2.13.

¹⁷³ Verstijlen 1998, p. 188.

spreekt van een dogmatisch gedrocht.¹⁷⁴ Kortmann noemt de uit het arrest voortvloeiende regel onbegrijpelijk, onbillijk en onbruikbaar.¹⁷⁵

Ter motivering van zijn oordeel doet de Hoge Raad een beroep op een uiteenlopende veelheid van gronden, waaronder de maatschappelijke betamelijkheid, de redelijkheid, ongerechtvaardigde verrijking, de gerechtvaardigde belangen van derden en de bijzondere positie van de curator.¹⁷⁶ Terecht spreekt Verstijlen van een 'grabbelton' waarin men goed moet graaien als zij "een redenering wil opbouwen dat een bepaalde verplichting een "superboedelschuld" oplevert."¹⁷⁷ Deze felle kritiek is voor de Hoge Raad echter geen reden geweest om terug te komen van zijn oordeel.¹⁷⁸

In de literatuur zijn verschillende pogingen gedaan om de regel uit *Ontvanger/Hamm q.q.* in het wettelijk systeem te passen.¹⁷⁹ Veelal wordt daartoe een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid of artikel 6:212 BW.¹⁸⁰ Ondanks deze pogingen, blijft het graaien in de grabbelton van de Hoge Raad: het is en blijft onduidelijk wat de dogmatische grondslag is voor de 'superboedelschuld'.¹⁸¹

Naar mijn mening zijn een aantal punten, ondanks de onduidelijkheid omtrent de dogmatische grondslag, wél duidelijk. Uit *Ontvanger/Hamm q.q.* kan men géén algemene regel afleiden voor het promoveren van een boedelschuld tot 'superboedelschuld'. De Hoge Raad zelf beperkt zich strikt tot een na de faillietverklaring gedane betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing. In andere gevallen vindt de regel géén toepassing. Zo overweegt de Hoge Raad in een later arrest:

"De zeer beperkte uitzondering op het wettelijk preferentiestelsel die in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* is aanvaard voor gevallen van betaling zonder rechtsgrond als gevolg van een onmiskenbare vergissing of van een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet op een lijn te stellen oorzaak (...) leent zich niet voor toepassing in de onderhavige, wezenlijk andere, situatie."¹⁸²

Ook buiten onverschuldigde betalingen aan de boedel is tevergeefs geprobeerd een boedelschuld te laten promoveren tot een 'superboedelschuld'. Voor het geval de curator onterecht tot inning van een stil verpande vorderingen overgaat, heeft de Hoge Raad in *Hamm q.q./ABN AMRO Bank* overwogen dat de pandhouder een boedelvordering heeft met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang voor afdracht van het door de curator ontvangene.¹⁸³ Toepassing van *Ontvanger/Hamm q.q.* heeft de Hoge Raad in dergelijke gevallen van de hand gewezen.¹⁸⁴

In *Rabobank/Verdonk q.q.* is geprobeerd de hierboven bedoelde preferente boedelvordering van de pandhouder te promoveren tot een 'superboedelschuld'. De curator die onterecht tot inning van stil verpande vorderingen overgaat, handelt onrechtmatig jegens de pandhouder.¹⁸⁵ Betoogd werd dat in het geval van een negatieve boedel de preferente boedelvordering voorgaat op het salaris van de

¹⁷⁴ Boekraad 2007, p. 210.

¹⁷⁵ Kortmann 2006, p. 156-164.

¹⁷⁶ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4. Zie: Verstijlen 2001, p. 927-928; Verstijlen 2025, par. 5.2.

¹⁷⁷ Verstijlen 2001, 928.

¹⁷⁸ HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, JOR 2002/147, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*), r.o. 3.3; HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, JOR 2007/221, m.nt. A. Steneker (*Van der Werff/BLG*), r.o. 3.3.3; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*), r.o. 3.3.2. Zie ook: Wessels 2019, nr. 2171-2176.

¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: Verstijlen 2001, p. 927-937; Boekraad 1997, p. 223-229. Zie ook: HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), punt 5.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld: Voûte 1994, p. 233-241.

¹⁸¹ HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), punt 5.

¹⁸² HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7066, JOR 2011/356, m.nt. A.J. Tekstra (*Dumatrust e.a./Ontvanger*), r.o. 4.7.2.

¹⁸³ HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO Bank*), r.o. 4.3.3.

¹⁸⁴ HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO Bank*), r.o. 4.3.3.

¹⁸⁵ HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO Bank*), r.o. 4.3.3.

curator voor zover dat nodig is om te voorkomen dat de curator profiteert van zijn onrechtmatig handelen.¹⁸⁶ Wederom tevergeefs; de Hoge Raad oordeelde dat, gelet op *De Ranitz q.q./Ontvanger*, artikel 3:277 BW van toepassing is op de afwikkeling van de negatieve boedel en er geen grond is het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten.¹⁸⁷

Franken wijst ook nog op een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage en het hof 's-Hertogenbosch.¹⁸⁸ In eerstgenoemde uitspraak heeft de rechtbank de promotie van een proceskostenveroordeling tot 'superboedelschuld' van de hand gewezen.¹⁸⁹ In de laatstgenoemde uitspraak heeft het hof de promotie van een boedelschuld die het gevolg is van gestanddoening door de curator (artikel 37 Fw) tot 'superboedelschuld' van de hand gewezen.¹⁹⁰ De regel uit *Ontvanger/Hamm q.q.* vindt derhalve in andere gevallen dan aan de orde in dat arrest géén toepassing.

Mijns inziens kan men uit *Ontvanger/Hamm q.q.* ook niet afleiden dat aan de desbetreffende boedelschuld preferentie wordt toegekend.¹⁹¹ Met Pannevis meen ik dat de regel uit dit arrest een gedragsregel is.¹⁹² Aan de boedelschuld zelf wordt géén preferentie toegekend: die blijft concurrent. De preferentie – het met voorbijgaan van de aanspraken van andere boedelschuldeisers voldoen van de boedelschuld – wordt ontleend aan een gedragsregel. Die gedragsregel bestaat daarin dat de curator verplicht is de boedelschuld die het gevolg is van een onverschuldigde betaling aan de boedel door een onmiskenbare vergissing terug moet betalen.¹⁹³ Anders dan soms betoogd wordt,¹⁹⁴ heeft de Hoge Raad het gesloten systeem van de wettelijke voorrangsgronden niet doorbroken.¹⁹⁵ Er is immers geen buitenwettelijk voorrangrecht in het leven geroepen. Ook kan uit *Ontvanger/Hamm q.q.* niet worden afgeleid dat de redelijkheid en billijkheid een grond is voor de erkenning van voorrang.¹⁹⁶ De Hoge Raad is ook in andere gevallen niet bereid geweest het wettelijk preferentiestelsel op zij te zetten, zelfs niet om te voorkomen dat de curator profiteert van zijn onrechtmatig handelen ten koste van de pandhouder (*Rabobank/Verdonk q.q.*).¹⁹⁷

Ik concludeer als volgt. De dogmatische grondslag van de regel uit *Ontvanger/Hamm q.q.* blijft onduidelijk. Wat mijns inziens wél duidelijk is, is dat men uit *Ontvanger/Hamm q.q.* geen algemene regel kan afleiden. Het toepassingsbereik van het arrest is strikt beperkt tot een na de faillietverklaring gedane betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing. Ook heeft de Hoge Raad niet voorzien in een buitenwettelijk voorrangrecht. De voorkeursbehandeling van de betreffende boedelschuld wordt ontleend aan een gedragsregel van de curator, niet meer en niet minder. Het wettelijk systeem van voorrang is en blijft daarmee een gesloten systeem: er is geen ruimte voor uitbreiding van de voorrangsgronden.

¹⁸⁶ HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.3.3.

¹⁸⁷ HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.3.4.

¹⁸⁸ Franken 2019, p. 166.

¹⁸⁹ Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9041, JOR 2012/64, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Drijber q.q./Oudshoorn*), r.o. 3.4.

¹⁹⁰ Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*), r.o. 6.6.1-6.6.4.

¹⁹¹ Aldus ook: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), punt 3; Fesevur 2017, nr. 6; Pannevis 2026, par. 17.6.4.

¹⁹² Pannevis 2026, par. 17.6.4.

¹⁹³ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: De Weijis 2010, par. 4.3.1.1.1.

¹⁹⁵ Aldus ook: Fesevur 2017, nr. 6.

¹⁹⁶ Vgl. de latere arresten van de Hoge Raad: HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*), r.o. 3.3.2; HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904 (*UWV/Curatoren Econcern N.V.*), r.o. 3.3.2.

¹⁹⁷ HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.3.4.

3.5 Voorrechten

3.5.1 *Voorrechten in het algemeen*

De voorrechten zijn onder het oude BW steeds onderwerp van discussie geweest.¹⁹⁸ De voorrechten hebben aan velerlei kritiek bloot gestaan.¹⁹⁹ De drie belangrijkste bezwaren zagen op de willekeur ten aanzien van de rechtsgrond voor de verschillende voorrechten, de zeer hoge preferentie van fiscus en de onoverzichtelijkheid van de wettelijke regeling.²⁰⁰ De Minister van Justitie – C.H.F. Polak – ziet in 1968 dan ook aanleiding om een commissie in te stellen: de Commissie Houwing.²⁰¹ De Commissie Houwing had tot taak het onderzoeken van de wenselijkheid, de onderlinge rangorde en de plaatsing in de wet van de voorrechten.²⁰² In 1974 is het rapport van de Commissie Houwing verschenen. Het rapport biedt allereerst een kritische analyse van de rechtsgronden van de voorrechten.²⁰³ De volgende passage vat die analyse kernachtig samen:

“Bij het bespreken van de vraag welke voorrechten voor handhaving in aanmerking komen, is het ook de Commissie gebleken dat de wetgever bij het toekennen van privileges zowel in het heden als in het verleden vaak zeer willekeurig te werk is gegaan, en zich ook aan de motivering van deze toekenning in de regel weinig gelegen heeft laten liggen. (...) De rechtsgronden die in de literatuur – vaak meer ter verklaring dan ter rechtvaardiging – voor de bestaande voorrechten plegen te worden aangevoerd, vloeien dan ook niet voort uit enige als één geheel ontwikkelde gedachtengang, maar vormen veeleer een samenraapsel van uiteenlopende overwegingen. Het valt op dat vele daarvan evenzeer ten aanzien van vergelijkbare – niet bevoorrechte – vorderingen gehanteerd zouden kunnen worden, en dat het soms zelfs niet mogelijk is om voor een voorrecht een duidelijk omliggende rechtsgrond aan te wijzen.”²⁰⁴

De Commissie Houwing concludeert, gelet op het voorgaande, tot afschaffing van een veelvoud aan voorrechten in het oude BW.²⁰⁵ De wetgever heeft nagenoeg alle schrappingsvoorstellen ten aanzien van de privaatrechtelijke voorrechten overgenomen in het huidige Boek 3 BW.²⁰⁶ De strijdbijl omtrent het bestaansrecht van voorrechten lijkt echter nog niet begraven te zijn. In 2001 verdedigde Vriesendorp de afschaffing van voorrechten teneinde het beginsel van de *paritas creditorum* weer tot regel te maken.²⁰⁷ In het op 1 november 2007 door de Commissie Insolventierecht aan de Minister van Justitie aangeboden Voorontwerp Insolventiewet wordt gepleit voor afschaffing van alle voorrechten ter versterking van de positie van de concurrente schuldeisers.²⁰⁸ Een en ander is illustratief voor de blijvende kritiek waaraan de voorrechten bloot staan. Aan de rechtvaardiging van verschillende voorrechten is en wordt nog steeds getwijfeld.²⁰⁹

Wat ook zij van die kritiek, Boek 3 BW kent verschillende voorrechten.²¹⁰ De voorrechten ontstaan alleen uit de wet en rusten of op bepaalde goederen – bijzondere voorrechten – of op alle tot een vermogen behorende goederen – algemene voorrechten.²¹¹ De bijzondere voorrechten hebben voorrang boven de algemene voorrechten.²¹² Onderling hebben de bijzondere voorrechten gelijke

¹⁹⁸ Commissie Houwing 1974, p. 13-15; Erasmus 1976, p. 25 & p. 34-35. Zie ook: Fesevur 2017, nr. 3 & 5; Noteboom 2023, par. 2.4.2.

¹⁹⁹ Erasmus 1976, p. 25 & p. 34-35.

²⁰⁰ Commissie Houwing 1974, p. 13-15.

²⁰¹ Commissie Houwing 1974, p. 15 & p. 90-93. Zie ook: Van Uden 2024, par. 4.5.2.1; Fesevur 2017, nr. 3 & 5.

²⁰² Van Uden 2024, par. 4.5.2.1.

²⁰³ Commissie Houwing 1974, p. 18-49. Zie ook: Erasmus 1976, p. 36-40; Van Uden 2024, par. 4.5.2.1.

²⁰⁴ Commissie Houwing 1974, p. 18-19.

²⁰⁵ De Commissie Houwing komt daarnaast ook tot andere conclusies. Bijvoorbeeld tot het *behoud* van enkele voorrechten, het *invoeren* van nieuwe voorrechten, alsook ten aanzien van de onderlinge *rangorde*. Zie uitgebreid: Commissie Houwing 1974, p. 18-88.

²⁰⁶ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 861. Zie uitgebreid over welke voorstellen wel en niet zijn overgenomen: Van Uden 2024, par. 4.5.3.3-4.5.3.4.

²⁰⁷ Vriesendorp 2001, p. 3-11.

²⁰⁸ Tekstra 2008, p. 76-79. Zie ook: Van Uden 2024, par. 4.8.

²⁰⁹ Franken 2019, p. 230.

²¹⁰ Artt. 3:283-289 BW. Ook buiten het Boek 3 BW zijn voorrechten te vinden.

²¹¹ Art. 3:278 lid 2 BW.

²¹² Art. 3:280 BW.

rang, tenzij de wet anders bepaalt.²¹³ De algemene voorrechten hebben onderling rang naar de volgorde waarin zij in de wet zijn opgenomen.²¹⁴ Als uitzondering op de *paritas creditorum*, dienen de voorrechten restrictief uitgelegd te worden. Nu voorrechten alleen uit de wet ontstaan, is er ook géén ruimte voor toepassing naar analogie.²¹⁵

3.5.2 *Het voorrecht wegens kosten tot behoud*

Ondanks de kritiek van Commissie Houwing op verschillende voorrechten uit het oude BW, werd handhaving van het voorrecht wegens kosten tot behoud (artikel 1184 onder 4 (oud) BW en artikel 1194 (oud) BW)²¹⁶ gerechtvaardigd geacht.²¹⁷ Thans is dit voorrecht opgenomen in artikel 3:284 BW. Het is een bijzonder voorrecht uit hoofde waarvan een vordering tot voldoening van de gemaakte kosten om een goed te behouden bevoorrecht is op het behouden goed. Dit voorrecht heeft voorrang boven alle andere voorrechten, tenzij de vorderingen waaraan deze andere voorrechten zijn verbonden pas na het maken van de kosten tot behoud zijn ontstaan.²¹⁸ De rechten van derden kunnen de schuldeiser niet worden tegengeworpen, tenzij deze rechten pas na het maken van de kosten tot behoud zijn ontstaan.²¹⁹

De reikwijdte van artikel 3:284 BW is beperkt. De 'kosten tot behoud' "moeten beperkt worden opgevat, namelijk in de zin van kosten gemaakt om de zaak in fysieke zin voor tenietgaan te behouden".²²⁰ De kosten van onderhoud, kosten ter voorkoming van waardevermindering en de kosten waardoor een zaak in waarde is gestegen vallen er niet onder.²²¹ De restrictieve uitleg van artikel 3:284 BW wordt in de rechtspraak bevestigd.²²² In een recente uitspraak heeft de rechtbank Noord-Holland kosten voor afvoer uit een bedrijfsruimte en bewaring elders van roerende zaken aangemerkt als kosten tot behoud: "Zonder die maatregelen zouden de zaken immers aan risico van verlies, beschadiging of ongecontroleerde verdwijning zijn blootgesteld."²²³ De vordering die was ontstaan wegens zaakwaarneming was hierdoor, voor zover het die kosten betrof, bevoorrecht op de bewaarde goederen.²²⁴ De rechtbank Arnhem oordeelde dat het aanleggen van atlasdraden voor een scherm in een kas niet kan worden aangemerkt als kosten tot behoud van die kas.²²⁵ De koopprijsvordering voor de levering van kippenvoer is niet bevoorrecht volgens de Hoge Raad; dit zijn 'onderhoudskosten'. Slechts in bijzondere omstandigheden kan men spreken van kosten tot behoud, bijvoorbeeld als het kippenvoer moest worden aangeschaft ter onmiddellijke afwending van levensgevaar.²²⁶

3.5.3 *Rechtvaardiging*

In het algemeen kan géén als één geheel ontwikkelde rechtsgrond worden aangewezen die voorrechten in het algemeen rechtvaardigen. De wetgever is bij het toekennen van voorrechten vaak willekeurig te werk gegaan, waardoor het in de regel ontbreekt aan een deugdelijke motivering.²²⁷ Een algemeen criterium waar voorrechten aan moeten voldoen om gerechtvaardigd te zijn, ontbreekt. De Commissie Houwing heeft een algemene maatstaf aangelegd waaraan zij de

²¹³ Art. 3:281 lid 1 BW.

²¹⁴ Art. 3:281 lid 2 BW.

²¹⁵ Zie § 3.4.

²¹⁶ Zie: Diephuis 1886, p. 634-636.

²¹⁷ Commissie Houwing 1974, p. 31-32; Erasmus 1976, p. 107-109.

²¹⁸ Art. 3:284 lid 3 BW. Zie uitgebreid: Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:284 BW, aant. 4-6 (online, bijgewerkt 1 maart 2026).

²¹⁹ Art. 3:284 lid 2 BW. Zie uitgebreid: Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:284 BW, aant. 4-6 (online, bijgewerkt 1 maart 2026).

²²⁰ *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1388. Zie ook: Diephuis 1886, p. 634-636; Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:284 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 maart 2026); Fesevur 2017, nr. 7 onder a.

²²¹ Vgl. *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1388. Zie ook: Fesevur 2017, nr. 7 onder a.

²²² Expliciet: HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*), r.o. 3.5.1.

²²³ Rb. Noord-Holland 16 april 2026, ECLI:NL:RBNHO:2026:4149, r.o. 4.12.

²²⁴ Rb. Noord-Holland 16 april 2026, ECLI:NL:RBNHO:2026:4149, r.o. 4.12.

²²⁵ Rb. Arnhem 6 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR2803, r.o. 4.21.

²²⁶ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*), r.o. 3.5.1.

²²⁷ Zie § 3.5.1. Commissie Houwing 1974, p. 18-19. Zie ook: Erasmus 1976, p. 36-40; Van Uden 2024, par. 4.5.2.

voorrechten uit het oude BW heeft getoetst. Volgens de Commissie Houwing is een voorrecht slechts gerechtvaardigd als er duidelijke redenen aanwezig zijn om de gelijkheid van schuldeisers te doorbreken ter wille van één van hen. De bescherming van een schuldeiser middels een voorrecht gaat immers steeds ten koste van andere schuldeisers. Het belang van de bevoorrechte schuldeiser moet derhalve prevaleren boven dat van de andere schuldeisers.²²⁸ Gelet hierop, acht de Commissie Houwing een aantal traditioneel aangevoerde rechtsgronden niet langer voldoende voor het toekennen van een voorrecht.²²⁹ Zo is er geen goede reden om een schuldeiser te beschermen boven andere schuldeisers op de enkele grond dat zijn vordering verband houdt met een door hem eerder aan het vermogen van de schuldenaar toegevoegde waarde.²³⁰ Die traditionele rechtsgrond heeft geen onderscheidend vermogen; de meeste schuldeisers zullen een vordering hebben uit hoofde van toevoeging van waarde aan de schuldenaar.²³¹

Ondanks dat de Commissie Houwing heeft geconcludeerd tot afschaffing van tal van voorrechten, acht zij het voorrecht wegens kosten tot behoud gerechtvaardigd. Net als de executiekosten, is de bevoorrechte positie van kosten die strekken tot behoud algemeen aanvaard.²³² Bij het voorrecht wegens kosten tot behoud is, volgens de Commissie Houwing, geen sprake van aan de boedel 'toegevoegde waarde', maar van het behouden van een bestaand vermogensbestanddeel van de schuldenaar.²³³ Dit verklaart ook de hierboven beschreven beperkte reikwijdte van het huidige artikel 3:284 BW; het voorrecht ziet niet op kosten die leiden tot waardevermeerdering of onderhoud.²³⁴ De gemaakte kosten tot behoud strekken in beginsel ten behoeve van alle schuldeisers van de schuldenaar die vervolgens op dat vermogensbestanddeel verhaal wensen te nemen. Er bestaat derhalve in overwegende mate overeenstemming met de rechtvaardiging van de executiekosten.²³⁵ Het zou onredelijk zijn als de belangen van de schuldeisers behartigd worden op de kosten van een ander.²³⁶ Zo schreef Diephuis als toelichting bij de voorganger van artikel 3:284 BW: "En daarvoor mogt wel een voorrecht worden toegekend, daar ze gediend hebben om de zaak, niet enkel voor den eigenaar, maar ook voor andere schuldeisers in stand te houden."²³⁷ De Commissie Houwing wijst daarnaast nog op het algemeen belang als rechtvaardiging: "in dier voege dat het wenselijk is te voorkomen dat men wegens de in verband met het redden van een zaak te maken kosten zou aarzelen het nodige tot behoud van die zaak te doen."²³⁸ Deze rechtvaardiging vertoont gelijkenissen met het utiliteitsargument ter rechtvaardiging van de executiekosten.²³⁹

3.6 Feitelijke voorrang

Ondanks het gesloten systeem van de wettelijke voorrangsgronden, kan op de *paritas creditorum* ook inbreuk gemaakt worden door rechtsfiguren die formeel geen voorrang zijn als bedoeld in artikel 3:278 BW, maar feitelijk wel een soortgelijk effect sorteren. In dat verband wordt ook wel gesproken van *feitelijke voorrang*.²⁴⁰ Die feitelijke voorrang kan berusten op de wet, bijvoorbeeld verrekening.²⁴¹ Daarnaast kan feitelijke voorrang ook het gevolg zijn van bijzondere feitelijke omstandigheden.²⁴² Ik beperk mij hieronder tot de laatstgenoemde vorm van feitelijke voorrang.

²²⁸ Commissie Houwing 1974, p. 18. Zie ook: Erasmus 1976, p. 36.

²²⁹ Commissie Houwing 1974, p. 19-22. Zie ook: Erasmus 1976, p. 37-40; Van Uden 2024, par. 4.5.2.1.

²³⁰ Meer traditionele rechtsgronden worden door de Commissie Houwing van de hand gewezen. Zie daarvoor: Commissie Houwing 1974, p. 19-22; Erasmus 1976, p. 37-40; Van Uden 2024, par. 4.5.2.1.

²³¹ Commissie Houwing 1974, p. 19. Zie ook: Erasmus 1976, p. 37-38; Van Uden 2024, par. 4.5.2.1.

²³² Fesevur 2017, nr. 3.

²³³ Commissie Houwing 1974, p. 31-32.

²³⁴ Zie § 3.5.2.

²³⁵ Commissie Houwing 1974, p. 32.

²³⁶ Zie § 3.3.3.

²³⁷ Diephuis 1886, p. 634.

²³⁸ Commissie Houwing 1974, p. 32.

²³⁹ Zie § 3.3.3.

²⁴⁰ Erasmus 1976, p. 30-31; Pitlo 1977, p. 366-368; Boekraad 1997, p. 206; Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2024/14; Asser *Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/574-575.

²⁴¹ Art. 53 Fw.

²⁴² Boekraad 1997, p. 206.

3.6.1 Dwangcrediteuren

De zogenoemde dwangcrediteur neemt in faillissement een bijzondere positie in; hij kan de curator dwingen tot betaling van een hoger bedrag op zijn faillissementsvordering dan waarop hij in verhouding tot de overige faillissementsschuldeisers aanspraak heeft.²⁴³ Een dwangcrediteur is bijvoorbeeld een contractuele wederpartij van de failliet die zich op basis van bepaalde te leveren diensten of goederen in een feitelijke machtspositie bevindt ten opzichte van de curator. Dat kan het geval zijn als de te leveren diensten of goederen essentieel zijn voor de curator, bijvoorbeeld voor de voortzetting van het bedrijf. De dwangcrediteur kan die machtspositie in zijn voordeel gebruiken door toekomstige leveringen afhankelijk te stellen van volledige betaling van zijn vordering op de failliet (de faillissementsvordering). De dwangcrediteur kan daartoe gebruik maken van een opschortings- of ontbindingsrecht. Zo kan de dwangcrediteur datgene afdwingen waar hij eigenlijk geen recht op heeft: volledige betaling van zijn faillissementsvordering.²⁴⁴ Dat doet afbreuk aan de *paritas creditorum* en leidt tot feitelijke voorrang.²⁴⁵ Desalniettemin heeft de Hoge Raad in *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* geoordeeld dat:

“Voorop moet worden gesteld dat een recht als het onderhavige — het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald — in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude — dit is een voor de faillietverklaring ontstane — schuld. De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers.”²⁴⁶

In *Van der Hel q.q./Edon Twente* heeft de Hoge Raad overwogen geen aanleiding te zien terug te komen van hetgeen hij in *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* beslist heeft.²⁴⁷ De Hoge Raad voegt daar evenwel aan toe dat:

“(…) het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.”²⁴⁸

Beide arresten moeten sinds de invoering van artikel 37b Fw gedeeltelijk aan betekenis inboeten.²⁴⁹ Wel blijven beide arresten van betekenis voor andere duurovereenkomsten.²⁵⁰ De curator is aldus bevoegd de *paritas creditorum* te doorbreken door een dwangcrediteur tot een hoger bedrag te voldoen dan waarop hij aanspraak zou hebben, mits dit in het belang van de boedel is. De curator moet in dat geval het belang van de boedel bij voortzetting van leveranties afwegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers.²⁵¹

3.6.2 Doorbreken *paritas creditorum* in belang van de boedel

De Hoge Raad staat het de curator toe ook voor andere schuldeisers dan dwangcrediteuren de *paritas creditorum* te doorbreken in het belang van de boedel. Dit blijkt uit *Reco/Staat*.²⁵² Voor faillietverklaring had de Staat als opdrachtgever met BCM als aannemer een aannemingsovereenkomst gesloten. BCM gebruikte eigen materiaal voor de werkzaamheden onder de aannemingsovereenkomst. Door het faillissement van BCM kwamen de werkzaamheden stil te

²⁴³ Van Zanten 2009, p. 99-100; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/574.

²⁴⁴ Wibier 2022, nr. 171.

²⁴⁵ Pannevis 2026, par. 6.2.3.3; Van Zanten 2009, p. 99-100.

²⁴⁶ HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Zie ook: Pannevis 2026, par. 6.2.3.3; Van Zanten 2009, p. 95; Wibier 2022, nr. 172.

²⁴⁷ HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, NJ 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon Twente*), r.o. 3.5-3.6.

²⁴⁸ HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, NJ 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon Twente*), r.o. 3.6.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27244, nr. 3, p. 10. Zie: Van Zanten 2009, p. 100-101; Wibier 2022, nr. 173; Pannevis 2026, par. 6.2.3.3.

²⁵⁰ Van Zanten 2009, p. 100-101; Wibier 2022, nr. 173; Pannevis 2026, par. 6.2.3.3.

²⁵¹ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/574.

²⁵² HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2491, NJ 1989/613 (*Reco/Staat*). Zie: Verstijlen 1998, p. 181; Verstijlen 1995, p. 95; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/574.

liggen. Uit hoofde van de aannemingsovereenkomst kon de Staat als opdrachtgever in geval van faillissement van BCM het werk zelf (laten) voltooien en was daarbij gerechtigd om alle ter beschikking van BCM staande hulpmiddelen te (laten) gebruiken. De aannemingsovereenkomst is op grond van artikel 37 Fw ontbonden. De curator heeft het materiaal verkocht aan Reco. In de koopovereenkomst was bepaald dat het verkochte materiaal in eigendom zou worden overgedragen in de staat waarin het zich op dat moment bevond, met alle rechten en plichten en gebreken die daaraan verbonden mochten zijn. De Staat heeft het materiaal gebruikt tot de werkzaamheden waren voltooid en daarna de materialen aan Reco afgegeven. Reco achtte dit gebruik van de materialen door de Staat onrechtmatig. De vraag die bij de Hoge Raad centraal stond, was of en in hoeverre de curator bevoegd was het gebruiksrecht van de Staat te honoreren. De Hoge Raad volgt het hof een oordeel dat:

“Door (...) voorop te stellen dat het gebruiksrecht (...) een zuiver obligatoir karakter heeft en dus niet door de gerechtigde kan worden ingeroepen om de *paritas creditorum* te doorbreken en vervolgens (...) te oordelen dat de curator niet verplicht is dat gebruiksrecht te honoreren, heeft het hof tot uiting gebracht dat degene die dit recht bedong daaraan niet de bevoegdheid kan ontnemen eenzijdig de *paritas creditorum* te doorbreken, doch dat de curator vrij is om, zo hem dit voor de boedel voordelig voorkomt, het beding te honoreren zonder dat een derde als Reco het beleid van de curator op dit punt kan doorkruisen door zijnerzijds een beroep op nietigheid van dat gebruiksrecht te doen. Aldus oordelende heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (...).”²⁵³

Aldus heeft de Hoge Raad het mogelijk gemaakt dat de curator, in het belang van de boedel, het gebruiksrecht van de Staat mocht honoreren en daarmee in feite bewerkstelligde dat de Staat zijn concurrente faillissementsvordering integraal voldaan kreeg buiten de rangorde om.²⁵⁴

Gelet hierop, wordt aangenomen dat de curator een inbreuk op de *paritas creditorum* kan maken, mits dit in het belang van de boedel is.

3.6.3 Rechtvaardiging

Voor de rechtvaardiging van de bevoorrechte positie van dwangcrediteuren kan gewezen worden op artikel 37 Fw. Het ontnemen van een opschortings- en ontbindingsrecht is in strijd met het uitgangspunt dat het faillissement een overeenkomst onverlet laat.²⁵⁵ Meer in het algemeen is de rechtvaardiging gelegen in de taak van de curator.²⁵⁶ Dat lijkt op het eerste gezicht tegenstrijdig. De curator heeft immers de taak de belangen van de faillissementsschuldeisers te behartigen en hen overeenkomstig ieders rang te voldoen. Het belang van een faillissementsschuldeiser wordt echter niet slechts door de *paritas creditorum* of een voorrangrecht bepaald. De faillissementsschuldeiser heeft uiteindelijk belang bij een zo hoog mogelijk uitkeringspercentage. Als de rangorde daarvoor moet wijken, kan dit nog steeds recht doen aan de belangen van de faillissementsschuldeisers.²⁵⁷ Het is de curator die het belang van de boedel dient af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van schuldeisers. De curator zal doorbreking van de gelijke behandeling van schuldeisers na moeten laten als dit niet in het belang van de boedel is. In die zin is het dus een uitvloeisel van de taak van de curator dat hij, in het belang van de boedel, een inbreuk kan maken op de *paritas creditorum*.²⁵⁸

3.7 Conclusie

Er bestaan verschillende grondslagen voor het preferent voldoen van (boedel)vorderingen bij de afwikkeling van de boedel. Deze grondslagen moeten begrepen worden tegen de achtergrond van

²⁵³ HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2491, NJ 1989/613 (*Reco/Staat*), r.o. 3.2.

²⁵⁴ Boekraad 1997, p. 210.

²⁵⁵ Van Zanten 2009, p. 95, onder verwijzing naar: Van der Feltz 2016a, p. 409.

²⁵⁶ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/574-575.

²⁵⁷ Van Zanten 2009, p. 100.

²⁵⁸ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/574-575.

de hoofdregel: de *paritas creditorum*. Preferentie is op die hoofdregel immers een uitzondering. In dit hoofdstuk heb ik drie grondslagen besproken voor het preferent voldoen van (boedel)vorderingen bij afwikkeling van de boedel: oneigenlijke voorrang, wettelijke voorrang en feitelijke voorrang. De kosten van executie en vereffening hebben oneigenlijke voorrang. Aan een vordering bestaande uit executiekosten is géén wettelijk voorrangrecht verbonden. Wel is die vordering preferent; bij iedere executie en vereffening worden de kosten die daartoe zijn gemaakt eerst uit de opbrengst voldaan, alvorens de schuldeisers zich op de resterende netto-opbrengst kunnen verhalen. Dit geldt ook bij de afwikkeling van de boedel voor de faillissementskosten, c.q. boedelschulden. De rechtvaardiging hiervan ligt besloten in de functie die deze kosten vervullen. Wettelijke voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht of andere in de wet aangegeven gronden. Dit is een gesloten systeem. Buiten de wettelijke voorranggronden kan geen preferentie gecreëerd worden door extensieve uitleg of analogieën. De rechtvaardiging van de voorrang die voortvloeit uit de verschillende voorrechten is niet onomstreden geweest. De rechtvaardiging van het voorrecht wegens kosten tot behoud staat echter wel buiten kijf. Die rechtvaardiging komt overeen met de rechtvaardiging voor de preferentie van kosten van executie en vereffening. Ondanks het gesloten systeem van voorrang, maakt ook feitelijke voorrang inbreuk op de *paritas creditorum*. Feitelijke voorrang kan berusten op de wet, of het gevolg zijn van bijzondere feitelijke omstandigheden. Aangenomen wordt dat in bijzondere omstandigheden de curator in het belang van de boedel inbreuk kan maken op de gelijkheid van schuldeisers. De rechtvaardiging hiervan ligt besloten in artikel 37 Fw en de taak van de curator.

4 Preferentie van de nieuwe boedelvordering

In het vorige hoofdstuk heb ik de grondslagen voor het preferent voldoen van een (boedel)vordering uiteengezet. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de preferentie van een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel op die grondslagen gebaseerd kan worden (deelvraag iii.). Hieronder werk ik eerst uit of de figuur van oneigenlijke voorrang grondslag kan zijn voor de preferentie van de nieuwe boedelvordering (§ 4.1). Daarna sta ik stil bij de wettelijke voorrang (§ 4.2). Tot slot werk ik uit of feitelijke voorrang een grondslag kan zijn voor de preferentie van de nieuwe boedelvordering (§ 4.3). Ik sluit dit hoofdstuk af met een conclusie (§ 4.4).

4.1 Oneigenlijke voorrang: executiekosten

Mijns inziens kan de nieuwe boedelvordering als kosten van executie en vereffening preferent worden voldaan boven andere boedelschuldeisers. Ik licht dat hieronder toe.

4.1.1 *De eigenlijke executiekosten zijn preferent ten opzichte van de quasi-executiekosten*

Bij afwikkeling van de boedel door de curator merkt men alle boedelschulden als executiekosten aan in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW.²⁵⁹ Artikel 182 Fw bepaalt de wijze waarop de boedelschulden – algemene faillissementskosten – ten laste van de boedel worden gebracht teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen als bedoeld in artikel 3:277 lid 1 BW. Op deze manier wordt recht gedaan aan de bijzondere karakteristiek van de boedelschulden; zij geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel en behoeven géén verificatie.²⁶⁰

4.1.1.1 Eigenlijke executiekosten

Dit betekent evenwel niet dat *alle* boedelschulden naar hun aard kosten van executie en vereffening zijn. Mijns inziens zijn dit slechts die boedelschulden die gemaakt worden ter executie en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het zijn slechts die boedelschulden waarvoor de rechtvaardiging van de preferentie van kosten van executie en vereffening geldt.²⁶¹ Ik noem die boedelschulden ook wel *eigenlijke executiekosten*. Omdat de rechtvaardiging van die preferentie buiten kijf staat,²⁶² staat de preferentie van de eigenlijke executiekosten boven andere boedelschulden eveneens buiten kijf. De eigenlijke executiekosten zijn, behoudens wettelijke redenen van voorrang, onderling gelijk in rang. Het maakt naar mijn mening voor de preferentie van de eigenlijke executiekosten géén verschil of boedel positief of negatief is.²⁶³ In beide situaties zijn dezelfde boedelschulden als eigenlijke executiekosten aan te merken en daarmee preferent ten opzichte van andere boedelschulden. Bij een positieve boedel is de rangorde tussen de boedelschulden onderling irrelevant; er is immers voldoende actief beschikbaar om alle boedelschuldeisers integraal te voldoen. Bij de afwikkeling van een negatieve boedel zijn het de eigenlijke executiekosten die, overeenkomstig *De Ranitz q.q./Ontvanger*, op grond van artikel 3:277 lid 1 BW als eerst worden voldaan alvorens de resterende netto-opbrengst verdeeld kan worden onder de resterende boedelschuldeisers.

4.1.1.2 Quasi-executiekosten

Niet alle boedelschulden zijn eigenlijke executiekosten; niet voor alle boedelschulden gaat de rechtvaardigingsgrond voor de preferentie van kosten van executie en vereffening op. Die boedelschulden noem ik *quasi-executiekosten*.²⁶⁴ Als boedelschulden worden zij immers wel

²⁵⁹ Van Uden 2024, par. 2.4.1.2; Boekraad 1996, p. 111; Boekraad 1997, p. 31-35. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

²⁶⁰ Zie § 2.2

²⁶¹ Zie daarvoor § 3.3.3.

²⁶² Zie daarvoor § 3.3.3.

²⁶³ Hier kom ik in § 4.1.1.4 op terug.

²⁶⁴ Dergelijke boedelschulden worden ook wel 'oneigenlijke boedelschulden' of 'overige boedelschulden' genoemd. Zie bijvoorbeeld: Franken 2019, p. 151; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/757(i).

onmiddellijk – zonder verificatie – uit de boedel voldaan op grond van artikel 3:277 lid 1 BW en artikel 182 Fw. Voorbeelden van quasi-executiekosten zijn boedelschulden die het gevolg zijn van bestuursrechtelijke lasten wegens het niet naleven van milieuwetgeving²⁶⁵ of aansprakelijkheid uit hoofde van door de curator gepleegde onrechtmatige daden.²⁶⁶ Van dergelijke boedelschulden kan niet gezegd worden dat zij strekken ter executie en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dergelijke boedelschulden ontstaan door een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting of verbintenis.²⁶⁷ In de literatuur wordt het vanzelfsprekend geacht dat de niet-naleving van verplichtingen of verbintenissen die op de curator rusten aan de boedel worden toegerekend en aldus kwalificeren als boedelschuld. Zo spreken Van Andel en Van Zanten van een “open deur”²⁶⁸ en acht Van Hees dit “zo vanzelfsprekend dat de vraag rijst waarom de Hoge Raad het nodig heeft gevonden deze afzonderlijk te vermelden.”²⁶⁹ Ik sluit mij daarbij aan. Bij de afwikkeling van de boedel is het simpelweg onvermijdelijk dat de curator deelneemt aan het rechtsverkeer. Gelijk iedere andere deelnemer aan het rechtsverkeer, dient ook de curator verantwoordelijk gehouden te kunnen worden voor de daarmee samenhangende lasten, waaronder de lasten die het gevolg zijn van het niet-naleven van verplichtingen of verbintenissen.²⁷⁰ Dit rechtvaardigt dat schulden die het gevolg zijn van het niet-naleven van verplichtingen of verbintenissen concurrente boedelschulden zijn.²⁷¹ Dit rechtvaardigt mijns inziens *niet* dat dergelijke boedelschulden ook preferent zijn ten opzichte van de andere boedelschulden. Zij strekken immers niet ter executie en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Ik wijs ook op de boedelschulden die voortvloeien uit artikel 39 en 40 Fw. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat beide artikelen het gevolg zijn van een belangenafweging.²⁷² De wetgever heeft aan de verhuurder en werknemer een voordelige positie willen verschaffen ter bescherming van diens belangen.²⁷³ Artikel 39 Fw is “eene zeer eenvoudige regeling, die zoowel met de belangen van den boedel als met die van den verhuurder rekening houdt.”²⁷⁴ De rechtvaardiging is daarin gelegen dat door artikel 39 Fw “de boedel niet meer belast wordt met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft” en het dus “alleszins billijk” is “dat de huurpenningen van den dag der faillietverklaring af integraal uit den boedel voldaan moeten worden.”²⁷⁵ Als de curator de huur niet opzegt, toont dit aan “dat deze huur vooralsnog ten behoeve van de boedel wenscht aan te houden.”²⁷⁶ Met artikel 40 Fw heeft de wetgever de belangen van de werknemers willen beschermen: “Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk kan missen.”²⁷⁷ “De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.”²⁷⁸ Verder pleiten voor artikel 40 Fw “dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren.”²⁷⁹

De huurpenningen en loonvorderingen kwalificeren *altijd* als boedelschuld. Dit is opvallend; de wetgever heeft namelijk te kennen gegeven dat de curator mogelijk niet gebaat is bij de huur of diensten van het personeel. Toch zijn ook dan de huurpenningen en loonvorderingen boedelschulden.

²⁶⁵ Zie: HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Gem. Ridderkerk/Heijnen q.q.*), r.o. 2.6.1-2.6.5.

²⁶⁶ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/751.

²⁶⁷ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1. Zie uitgebreid: Lok 214, p. 111-114; Franken 2019, p. 135-150.

²⁶⁸ Van Andel & Van Zanten 2013, par. 5 onder ‘Categorie (iii)’.

²⁶⁹ Van Hees 2014, par. 3.

²⁷⁰ Vgl. Van Hees 2014, par. 3; Van Zanten 2022, par. 2.3.

²⁷¹ In beginsel zijn de boedelschulden onderling gelijk in rang, behoudens wettelijke redenen van voorrang.

²⁷² HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema/Uni-Invest*), r.o. 3.5.1.

²⁷³ Verstijlen 1998, p. 167-168; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/751; Van Mierlo 2004, par. 3.

²⁷⁴ Van der Feltz 2016a, p. 419.

²⁷⁵ Van der Feltz 2016a, p. 419.

²⁷⁶ Van der Feltz 2016a, p. 419.

²⁷⁷ Van der Feltz 2016a, p. 428.

²⁷⁸ Van der Feltz 2016a, p. 428.

²⁷⁹ Van der Feltz 2016a, p. 428.

De wetgever rechtvaardigt niet dat ook in die gevallen de huurpenningen en loonvorderingen – tijdens de opzegtermijn – boedelschulden zijn. Hier lijken vooral sociale en maatschappelijke belangen aan ten grondslag te liggen.²⁸⁰ Die belangen rechtvaardigen dat dergelijke schulden preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschuldeisers, maar rechtvaardigen *niet* dat zij preferent zijn ten opzichte van de andere boedelschulden. Dit neemt niet weg dat de curator ter afwikkeling van de boedel ook wél gebaat kan zijn bij de huur en de arbeid van het personeel. Zo kan de huur strekken ter afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als de curator een gehuurd winkelpand gebruikt om de boedel te verkopen. Wordt het personeel van de failliet gebruikt om de boedel te verkopen, kunnen ook die loonkosten strekken ter afwikkeling van de boedel. In dergelijke gevallen kan het mijns inziens wél gerechtvaardigd zijn dat deze boedelschulden preferent zijn ten opzichte van andere boedelschulden en aldus kwalificeren als eigenlijke executiekosten. Daar waar het gehuurde of het personeel niet gebruikt wordt ter afwikkeling van de boedel, kunnen mijns inziens de boedelschulden die hieruit voortvloeien niet worden aangemerkt als eigenlijke executiekosten.²⁸¹ Dergelijke boedelschulden zouden dus niet preferent moeten zijn ten opzichte van andere boedelschulden, maar wel ten opzichte van de faillissementsschulden.

4.1.1.3 De preferentie van de kosten van executie en vereffening

De preferentie van kosten van executie en vereffening is een fundamenteel uitgangspunt in ons recht. Die kosten zijn dan ook van oudsher preferent. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 3:277 BW illustreert dit. Volgens de wetgever worden “Bij iedere vereffening of executie (...) immers eerst de door de vereffenaar of de executant gemaakte kosten voldaan. Eerst dan komen de andere schulden en kosten.”²⁸² Het uitgangspunt dat kosten van executie en vereffening preferent zijn, geldt ook bij de afwikkeling van een positieve boedel: “Zo worden dan ook bij faillissement de boedelschulden niet geverifieerd.”²⁸³ Daar waar de wetgever de nodige kritiek heeft moeten verduren voor willekeur ten aanzien van preferentie voortvloeiende uit verschillende voorrechten,²⁸⁴ heeft de preferentie van kosten van executie en vereffening nimmer ter discussie gestaan. In de woorden van Erasmus mag de oude waarheid – “de kost gaat voor de baat uit” – “natuurlijk geen geweld” worden aangedaan.²⁸⁵ Deze preferentie staat buiten kijf.

Het is dan ook geen verrassing dat de Hoge Raad in *Ranitz q.q./De Ontvanger* voor de afwikkeling van een negatieve boedel aansluit bij Titel 10 van Boek 3 en dat aldus eerst de “kosten van executie en vereffening die zijn gemaakt” vooraf uit de opbrengst worden voldaan “teneinde de ‘netto-opbrengst’ te verkrijgen, die onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers moet worden verdeeld.”²⁸⁶ De Hoge Raad heeft hiermee de bestaande lijn in de literatuur en de lagere rechtspraak bevestigd. Boekraad verwijst naar verschillende rechtbanken die reeds hadden geoordeeld dat er een rangorde voor boedelschulden bestaat bij de afwikkeling van een negatieve boedel.²⁸⁷ Zo oordeelde de rechtbank Utrecht in 1954 dat het, ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling:

“evenwel in overeenstemming is te achten met de kennelijke strekking en het gehele systeem van genoemde Wet, dat in zodanige gevallen de boedelschulden pondspondsgewijze (uiteraard met inachtneming van de rangorde der preferenties) worden voldaan”.²⁸⁸

Ook de literatuur van voor *Ranitz q.q./De Ontvanger* onderschrijft bovenstaande uitspraak van de rechtbank Utrecht. Zo schreef N.J. Polak dat bij de afwikkeling van een negatieve boedel “de

²⁸⁰ Vgl. Van Uden 2024, par. 5.3.2.2.

²⁸¹ Vgl. Van Mierlo 2004, par. 3; De Liagre Böhl 1991, p. 246-249.

²⁸² *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

²⁸³ *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

²⁸⁴ Zie § 3.5.1 & 3.5.3.

²⁸⁵ Erasmus 1976, p. 42.

²⁸⁶ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

²⁸⁷ Boekraad 1997, p. 184.

²⁸⁸ Rb. Utrecht 12 februari 1954, ECLI:NL:RBUTR:1954:8, *NJ* 1954/733.

algemene regels omtrent de voorrang" gelden.²⁸⁹ Derhalve worden eerst de kosten van executie en vereffening betaald: "Gedeeltelijke betaling van deze, tenzij bij absolute noodzaak, gaat ook bezwaarlijk."²⁹⁰ De Minister van Justitie – Van Agt – heeft deze in de literatuur heersende opvatting onderschreven: "De ondergetekende onderschrijft daarbij de blijkens de literatuur heersende mening dat ook ten aanzien van boedelschulden de in het algemeen geldende preferentieregels behoren te worden toegepast."²⁹¹

Dat voor de rangorde van boedelschulden onderling wordt aangesloten bij Titel 10 van Boek 3, is duidelijk. De kosten van executie en vereffening zijn hierdoor preferent; die kosten dienen eerst voldaan te worden, voordat de boedelschuldeisers zich op de netto-opbrengst kunnen verhalen.²⁹² Dit wordt alleszins redelijk geacht.

Schematisch kan het hierboven gemotiveerde onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten enerzijds en de quasi-executiekosten anderzijds als volgt weergegeven worden. Hierbij geldt dat de linker kolom steeds preferent is ten opzichte van de kolom(men) rechts daarvan.

Boedelschulden		Faillissementsvorderingen	
<i>Eigenlijke</i> executiekosten	<i>Quasi</i> executiekosten	Preferente faillissementsvorderingen	Concurrente faillissementsvorderingen

4.1.1.4 Het maakt niet uit of de boedel positief of negatief is

Het onderscheid tussen eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten kan zowel bij de afwikkeling van een positieve als bij de afwikkeling van een negatieve boedel worden gemaakt. In beide gevallen acht ik het gerechtvaardigd dat de eigenlijke executiekosten preferent zijn ten opzichte van de quasi-executiekosten.

De curator wikkelt een positieve boedel af in het belang van de faillissementsschuldeisers en een negatieve boedel in het belang van de boedelschuldeisers.²⁹³ De curator executeert en vereffent het vermogen van de failliet immers ten behoeve van de schuldeisers die een uitkering kunnen verwachten. Dit betekent mijns inziens niet dat in het kader van de afwikkeling van een positieve boedel andere boedelschulden als eigenlijke executiekosten kwalificeren dan bij de afwikkeling van een negatieve boedel.²⁹⁴ De boedelschuldeisers en de faillissementsschuldeisers hebben immers hetzelfde belang.²⁹⁵ Beide soorten schuldeisers hebben belang bij een zo hoog mogelijk boedelactief ter verkrijging van een zo hoog mogelijk uitkeringspercentage binnen de grenzen van datgene waarop zij in hun onderlinge verhouding recht hebben.²⁹⁶ Anders dan Boekraad stelt, is het dus niet nodig dat de curator voor ogen houdt ten behoeve van welke schuldeisers hij de kosten van executie en vereffening maakt ter beantwoording van de vraag aan welke kosten de preferentie van artikel 3:277 lid 1 BW toekomt.²⁹⁷ Ten behoeve van wie de curator die kosten maakt, verschilt naar gelang de vermogenspositie van de boedel (positief of negatief), terwijl *waarvoor* hij die kosten maakt niet afhankelijk is van de vermogenspositie van de boedel. De rechtvaardiging voor de preferentie van die boedelschulden die als eigenlijke executiekosten kwalificeren geldt zowel bij de afwikkeling van een positieve als negatieve boedel.

²⁸⁹ Polak 1972, p. 344.

²⁹⁰ Polak 1972, p. 344.

²⁹¹ *Kamerstukken II* 1974/75, nr. 9, p. 7.

²⁹² Art. 3:277 lid 1 BW.

²⁹³ Verstijlen, p. 174.

²⁹⁴ Anders: Boekraad 1997, p. 191-193.

²⁹⁵ Verstijlen 1998, p. 174.

²⁹⁶ Verstijlen 1998, p. 174.

²⁹⁷ Boekraad 1997, p. 191-193.

Ter illustratie het volgende. Stel de curator wikkelt een positieve boedel af. Hij verkoopt een bedrijfspand met behulp van een verkoopmakelaar. De kosten van die verkoopmakelaar kwalificeer ik als eigenlijke executiekosten. De facto zou men daarvan kunnen zeggen dat die eigenlijke executiekosten niet in het belang van de boedelschuldeisers in de positieve boedel zijn. Er is immers reeds zonder de verkoop van dit bedrijfspand voldoende actief beschikbaar om alle boedelschulden integraal te voldoen. Dit is echter nog altijd in het belang van de gezamenlijk schuldeisers, waartoe óók de boedelschuldeisers behoren. Het verhoogt immers het boedelactief. Hierbij zijn ook de boedelschuldeisers in het geval van een positieve boedel gebaat; dit verzekert dat de boedelschulden integraal voldaan kunnen worden. Dit lijkt mij van niet onbelangrijke betekenis. Het is denkbaar dat een positieve boedel later negatief wordt. Bijvoorbeeld doordat de curator een bestuursrechtelijke last opgelegd krijgt ter naleving van milieuwetgeving, waardoor het boedelactief toch ontoereikend blijkt voor het integraal voldoen van alle boedelschulden. Dan is de boedelschuldeiser gebaat bij het vergroten van het boedelactief; dit verhoogt het uitkeringspercentage op zijn boedelvordering.

Het onderscheid in wiens belang de eigenlijke executiekosten zijn gemaakt, is een onwerkbaar onderscheid. In de eerste plaats zou het resultaat hiervan zijn dat de rangorde – in hetzelfde faillissement – verschilt naar gelang de boedel positief of negatief is. Dit is onaanvaardbaar gelet op het oordeel van de Hoge Raad in *De Ranitz q.q./Ontvanger* dat ook bij de afwikkeling van een negatieve boedel de algemene regels omtrent voorrang gelden: in een positieve en negatieve boedel moet de rangorde hetzelfde worden toegepast.²⁹⁸ In de tweede plaats is niet eenduidig vast te stellen uit welke opbrengst de boedelschuldeisers uiteindelijk betaald worden. De opbrengst komt immers binnen op de boedelrekening en vermengt aldaar met de andere opbrengsten. Als de boedelschuldeisers voldaan worden uit de verkoop van het bedrijfspand, zijn de kosten van de verkoopmakelaar dan wél in zijn belang gemaakt? Niet bepaald kan worden uit welke boedelopbrengst de boedelschuldeisers uiteindelijk voldaan worden.

4.1.1.5 Resumerend

Voor het aanbrengen van een rangorde tussen de boedelschulden onderling dient mijns inziens onderscheid gemaakt te worden tussen de boedelschulden die kwalificeren als eigenlijke executiekosten en boedelschulden die kwalificeren als quasi-executiekosten.²⁹⁹

De eigenlijke executiekosten zijn die boedelschulden die worden gemaakt ter executie en vereffening van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De gezamenlijke schuldeisers hebben belang bij een zo hoog mogelijk boedelactief ter verkrijging van een zo hoog mogelijk uitkeringspercentage binnen de grenzen van datgene waarop zij in hun onderlinge verhouding recht hebben. Dit betekent niet dat enkel boedelschulden waar een positieve bate voor de boedel tegenover staat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn. Ook boedelschulden waar een negatieve bate voor de boedel tegenover staat, kunnen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn, zoals bijvoorbeeld boedelschulden die verdere vermindering van het boedelactief beperken.³⁰⁰ Het salaris van de curator behoort mijns inziens volledig tot de eigenlijke executiekosten gerekend te worden. De curator behoort de boedel immers te beheren en vereffenen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.³⁰¹

Gelet op het belang dat gediend wordt door de eigenlijke executiekosten, zijn zij naar hun aard kosten van executie en vereffening. Dit brengt mee dat deze boedelschulden preferent zijn ten opzichte van de boedelschulden die een ander belang dienen: de quasi-executiekosten. De preferentie van kosten van executie en vereffening is immers een fundamenteel uitgangspunt in ons recht.³⁰² De quasi-executiekosten zijn om andere redenen dan de eigenlijke executiekosten tot

²⁹⁸ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

²⁹⁹ Zie § 4.1.1.1 & 4.1.1.2.

³⁰⁰ Ik illustreer dit hieronder aan de hand van de vijf nieuwe boedelvorderingen uit mijn inleiding. Zie § 4.1.1.6.

³⁰¹ In de gevallen waarin de curator zijn taak verwaarloost en niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers handelt, is dit logischerwijs anders. Dan kunnen de kosten die daarmee gemoeid zijn redelijkerwijs niet ten laste van de boedel gebracht worden.

³⁰² Zie § 4.1.1.3.

boedelschuld gemaakt. De quasi-executiekosten strekken niet tot executie en vereffening van de boedel. Andere belangen rechtvaardigen echter dat dergelijke boedelschulden preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschulden. Die belangen rechtvaardigen naar mijn mening echter niet dat zij preferent behoren te zijn ten opzichte van andere boedelschulden en in het bijzonder niet dat zij preferent zouden zijn ten opzichte van de eigenlijke executiekosten.³⁰³

Het voorgaande neemt niet weg dat er ruimte is voor relativering. Ik sluit niet uit dat in bijzondere omstandigheden *andere* belangen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Ik geef een voorbeeld. In bijzondere omstandigheden kan de curator genoodzaakt zijn kosten te maken om milieuverontreiniging tegen te gaan. Het maken van die kosten zal in de regel niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn. Wel is met het maken van die kosten een maatschappelijk belang gediend. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad in *Ontvanger/Hamm q.q.* sluit ik niet uit dat billijkheidsoverwegingen maken dat dergelijke boedelschulden mogelijk preferent dienen te zijn boven de eigenlijke executiekosten. Dit valt buiten de reikwijdte van mijn onderzoek, maar merk ik hier volledigheidshalve wel op. De preferentie van de eigenlijke executiekosten boven de quasi-executiekosten zal in regel gerechtvaardigd zijn, maar dit kan in bijzondere omstandigheden anders zijn.

4.1.1.6 De vijf nieuwe boedelvorderingen: eigenlijke of quasi-executiekosten?

Hieronder bespreek ik of de vijf nieuwe boedelvorderingen uit mijn inleiding kwalificeren als eigenlijke executiekosten of als quasi-executiekosten.

Nieuwe boedelvordering i. & ii.

De kosten die gemoeid zijn met het door de curator inschakelen van een verkoopmakelaar (i.) teneinde een loods te verkopen en (ii.) een schoonmaakbedrijf om die loods voor die verkoop bezemschoon op te leveren, kwalificeren als eigenlijke executiekosten en zijn aldus preferent ten opzichte van de andere boedelschulden (de quasi-executiekosten). Dit zijn immers boedelschulden die de curator maakt ter executie van een vermogensbestanddeel uit de boedel teneinde de boedel verder te kunnen vereffenen. Dit is in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, omdat de verkoop van de loods een positieve bate voor de boedel oplevert.

Nieuwe boedelvordering iii.

De eerste drie weken van de loonvorderingen zijn boedelschulden die kwalificeren als eigenlijke executiekosten.³⁰⁴ Het personeel wordt immers door de curator gebruikt om de inventaris te verkopen (executie). Hierdoor kan de boedel verder vereffend worden. De verkoop levert een positieve bate voor de boedel op en is aldus in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

De laatste drie weken van de loonvorderingen zijn boedelschulden die kwalificeren als quasi-executiekosten, niet als eigenlijke executiekosten. Het personeel wordt immers niet ingezet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het is gerechtvaardigd dat deze boedelschuld preferent is ten opzichte van de faillissementsschuldeisers, maar niet dat deze ook preferent is ten opzichte van de eigenlijke executiekosten.³⁰⁵

Nieuwe boedelvordering iv.

De kosten die gemoeid zijn met het advies van het advocatenkantoor over het al dan niet instellen van een Peeters/Gatzen-vordering zijn eigenlijke executiekosten. Omdat het advies negatief luidt, wordt de vordering niet ingesteld. Deze eigenlijke executiekosten hebben aldus een 'negatief' effect op het boedelactief, in die zin dat er wel kosten zijn gemaakt maar daarvoor geen (groter) positief actief in de boedel is teruggevloeid. Dat maakt voor de kwalificatie van deze boedelschuld als eigenlijke executiekosten niet uit. Gesteld kan worden dat de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers heeft beoordeeld of een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld kan worden.

³⁰³ Zie § 4.1.1.2.

³⁰⁴ Ik laat in het midden of de vakantieaanspraken over deze drie weken ook als eigenlijke executiekosten kwalificeren. Zie: HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907 (*UWV/Aukema q.q.*).

³⁰⁵ Binnen de categorie quasi-executiekosten is deze loonvordering preferent gelet op artikel 3:288 sub e BW.

Dit had namelijk het boedelactief kunnen vergroten. Door advies te vragen, heeft de curator voorkomen dat hij 'onnodige' kosten heeft gemaakt voor een procedure die weinig kansrijk is.

Nieuwe boedelvordering v.

De voorschotten die de curator dient terug te betalen uit hoofde van de garantstellingsregeling kwalificeren eveneens als eigenlijke executiekosten. Het voorschot is immers door de curator aangewend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Op basis van die voorschotten heeft de curator een succesvolle bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure gevoerd.

4.1.2 De algemene en bijzondere faillissementskosten

Het is relevant te bezien hoe het door mij gemaakte onderscheid tussen eigenlijke en quasi-executiekosten zich verhoudt tot het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten.³⁰⁶ De Hoge Raad lijkt zich namelijk in *MeesPierson/Mentink q.q.* te verzetten tegen een ander onderscheid binnen de boedelschulden dan die tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten.³⁰⁷ Dit is echter niet het geval. Ik licht dat hieronder toe.

4.1.2.1 Het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten

De termen faillissementskosten en boedelschulden worden als synoniemen gebruikt. Alle boedelschulden zijn faillissementskosten en vice versa.³⁰⁸ De faillissementskosten worden onderscheiden in algemene en bijzondere faillissementskosten.³⁰⁹ Dit onderscheid volgt niet uit de wetsgeschiedenis, maar wordt wel algemeen aanvaard.³¹⁰

De algemene faillissementskosten laten zich eenvoudig definiëren als al die boedelschulden die niet als bijzondere faillissementskosten kwalificeren.³¹¹ De algemene faillissementskosten worden gemaakt in het belang van het faillissement en de vereffening in het algemeen.³¹² Gedacht kan worden aan het salaris en de verschotten van de curator.³¹³ De bijzondere faillissementskosten zijn kosten die gemaakt worden een bepaalde bate voor de boedel te verkrijgen of om die te vereffenen en te gelde te maken. De opbrengst van de specifieke bate kan zonder deze kosten niet verkregen worden.³¹⁴ Gedacht kan worden aan taxatie- en veilingkosten, kosten van bewaring en kosten ter bevrijding van een bate van een zekerheids- of retentierecht.³¹⁵

Boekraad verdedigt een andere definitie van bijzondere faillissementskosten, ook wel de Nijmeegse leer genoemd.³¹⁶ In die engere leer zijn bijzondere faillissementskosten slechts die kosten die ook bij een individuele executie – buiten faillissement – als executiekosten worden aangemerkt.³¹⁷ Slechts de hiervoor genoemde taxatie- en veilingkosten gelden in de Nijmeegse leer als bijzondere faillissementskosten. Deze Nijmeegse leer krijgt weinig steun in de literatuur. Zo heeft bijvoorbeeld De Liagre Böhl felle kritiek geuit.³¹⁸ De heersende opvatting is dan ook ruimer dan de Nijmeegse leer. Boekraad erkent dit ook.³¹⁹

³⁰⁶ Zie voor dat onderscheid: § 4.1.1.1 en § 4.1.1.2.

³⁰⁷ Franken 2019, p. 161-162;

³⁰⁸ Zie § 3.3.2.

³⁰⁹ Van Uden 2024, par. 2.4.1.1; Pannevis 2026, par. 17.5; Wessels 2021, nr. 7121-7122;

³¹⁰ HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 2.

³¹¹ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/976; Franken 2019, p. 151; Van Uden 2024, par. 2.4.1; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9.

³¹² Pannevis 2026, par. 17.5, onder verwijzing naar: HR 21 december 1951, ECLI:NL:HR:1951:105, NJ 1952/563. Zie ook: Wessels 2021, nr. 7124.

³¹³ Zie voor andere voorbeelden bijvoorbeeld: Franken 2019, p. 154-155; Boekraad 1996, p. 103-104.

³¹⁴ De Liagre Böhl 1997, p. 78; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/974; Wessels 2021, nr. 7125; Van Uden 2024, par. 2.4.1.1; Pannevis 2026, par. 17.5; Franken 2019, p. 151-154.

³¹⁵ De Liagre Böhl 1997, p. 78.

³¹⁶ Boekraad 1996, p. 113-121. Zie ook: HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 2.

³¹⁷ Boekraad 1996, p. 113.

³¹⁸ De Liagre Böhl 1997, p. 77-80. Zie ook: Wessels 2021, nr. 7126; Franken 2019, p. 151-153; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/975.

³¹⁹ Boekraad 1996, p. 102-103.

4.1.2.2 Omslag van faillissementskosten

Het belang van het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten is gelegen in de wijze waarop deze verschillende faillissementskosten worden omgeslagen: ten laste komen van de boedel.³²⁰ De bijzondere faillissementskosten komen direct ten laste van de bruto-opbrengst van de specifieke bate waarvoor de kosten zijn gemaakt.³²¹ Uit artikel 182 lid 1 Fw volgt dat de algemene faillissementskosten vervolgens omgeslagen worden over ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen aan bepaalde categorieën schuldeisers toekomt. Als men niet zo handelt, aldus de wetgever, dan:

“(…) brengt men de faillissementskosten feitelijk uitsluitend ten laste van de *concurrente* schuldeischers, terwijl zij worden uitgegeven ten bate van *alle geverifiëerde* schuldeischers. De kosten zijn een last, die op het geheele actief drukt, op den boedel in zijn geheel en dus ook op ieder afzonderlijk bestanddeel daarvan.”³²²

Voor toepassing van omslag bestaat slechts aanleiding als een schuldeiser een bijzonder voorrecht heeft op een specifieke bate.³²³ Anders “is het volmaakt onverschillig, of van iederen post van ontvang éénzelfde percentage voor kosten wordt afgetrokken, dan wel in eens van de totaalpost der ontvangsten gelijk percentage.”³²⁴ Na omslag resteert de netto-opbrengst als bedoeld in artikel 3:277 lid 1 BW.³²⁵ Artikel 182 Fw doet op deze manier, in combinatie met artikel 3:277 lid 1 BW, recht aan de bijzondere karakteristieken van boedelschulden: zij geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel én moeten onmiddellijk – zonder verificatie – uit de boedel worden voldaan.³²⁶

4.1.2.3 Een derde categorie boedelschulden: ‘overige boedelschulden’?

In de literatuur is geopperd dat van de algemene en bijzondere faillissementskosten een derde categorie boedelschulden onderscheiden dient te worden: de ‘overige boedelschulden’.³²⁷ Dit teneinde die overige boedelschulden buiten de omslag van artikel 182 Fw te houden.

Volgens N.J. Polak dienen onder algemene faillissementskosten slechts die kosten te worden verstaan als bedoeld in artikel 1195 onder 1 (oud) BW.³²⁸ Onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad³²⁹ wordt gesteld dat als zodanig alleen die kosten kunnen worden aangemerkt “welke, op wettige wijze gemaakt, ertoe strekken de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst daarvan, naar de eis der wet, onder hen te verdelen”.³³⁰ Alleen die boedelschulden komen voor omslag in aanmerking. Niet alle boedelschulden voldoen aan deze omschrijving volgens N.J. Polak, waarbij in het bijzonder gewezen wordt op “de boedelschulden ter zake van huur, pacht of loon, bedoeld in artt. 39 en 40.”³³¹ De Liagre Böhl heeft zich bij N.J. Polak aangesloten.³³² De algemene faillissementskosten worden door N.J. Polak en De Liagre Böhl eng uitgelegd: niet alle boedelschulden vallen hieronder, maar slechts die boedelschulden die ertoe strekken de boedel te vereffenen.³³³ Deze opvatting wordt daarom ook wel de enge leer genoemd. Tegenover die enge leer staat de heersende leer: de ruime leer.³³⁴ De Hoge Raad heeft, in het kader

³²⁰ Franken 2019, p. 156.

³²¹ De Liagre Böhl 1997, p. 77-78; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/974; Franken 2019, p. 155.

³²² Van der Feltz 2016b, p. 241. Zie uitgebreid over de omslag ex artikel 182 Fw: Franken 2019, p. 151-158; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/976; Boekraad 1997, p. 104-124.

³²³ De Liagre Böhl 1997, p. 77; *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/976.

³²⁴ Van der Feltz 2016b, p. 241.

³²⁵ Van Uden 2024, par. 2.4.1.2.

³²⁶ Zie § 2.2.

³²⁷ Polak 1972, p. 340-341; Polak 1994, p. 155-156; De Liagre Böhl 1991, p. 247-248.

³²⁸ Polak 1972, p. 340-341; Polak 1994, p. 155-156. Zie ook: Boekraad 1997, p. 105-106.

³²⁹ HR 21 december 1951, ECLI:NL:HR:1951:105, *NJ* 1952/563.

³³⁰ Polak 1972, p. 340-341. Zie ook: Boekraad 1997, p. 105-106.

³³¹ Polak 1972, p. 342. Zie ook: Boekraad 1997, p. 105-106.

³³² De Liagre Böhl 1991, p. 247-248. Andere auteurs onderschrijven deze opvatting ook: HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 3, onder verwijzing naar de aldaar aangehaalde literatuur; Boekraad 1997, p. 105, onder verwijzing naar de aldaar aangehaalde literatuur.

³³³ Polak 1972, p. 341-342; De Liagre Böhl 1991, p. 247-248.

³³⁴ Boekraad 1997, p. 104-106; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 3.

van de omslag van algemene faillissementskosten ex artikel 182 Fw, de enge leer expliciet verworpen (*MeesPierson/Mentink q.q.*) door te oordelen dat onder de algemene faillissementskosten *alle* boedelschulden vallen die geen bijzondere faillissementskosten zijn.³³⁵

Het door N.J. Polak en De Liagre Böhl gemaakte onderscheid binnen de boedelschulden tussen algemene en bijzondere faillissementskosten enerzijds en de overige boedelschulden anderzijds vind ik aantrekkelijk. Met hen meen ik immers dat niet van alle boedelschulden gezegd kan worden dat zij "ertoe strekken de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst daarvan, naar de eis der wet, onder hen te verdelen".³³⁶ Bepaalde boedelschulden kwalificeren mijns inziens dan ook als eigenlijke executiekosten en andere boedelschulden als quasi-executiekosten.³³⁷ Mijns inziens dient het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten evenwel te bestaan *naast* het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten.³³⁸ Dit mede gelet op het feit dat, anders dan N.J. Polak en De Liagre Böhl stellen, *alle* algemene faillissementskosten omgeslagen dienen te worden.³³⁹ Het door mij gemaakte onderscheid valt aldus niet samen met het onderscheid van N.J. en De Liagre Böhl. Algemene faillissementskosten kunnen mijns inziens zowel eigenlijke executiekosten zijn als quasi-executiekosten en eigenlijke executiekosten kunnen zowel algemene als bijzondere faillissementskosten zijn.

4.1.2.4 MeesPierson/Mentink q.q.

Ondanks dat de boedelschulden niet beperkt zijn tot kosten gemaakt ter afwikkeling van de boedel, sluit ik mij anders dan N.J. Polak en De Liagre Böhl, wél aan bij de Hoge Raad in *MeesPierson/Mentink q.q.*; *alle* algemene faillissementskosten dienen ten laste te komen van *alle* faillissementsschuldeisers.³⁴⁰ De memorie van toelichting is op dit punt kraakhelder: de faillissementskosten worden ten bate van *alle* faillissementsschuldeisers gemaakt, zodat die kosten ook ten laste van *alle* faillissementsschuldeisers gebracht moeten worden.³⁴¹

Gevolg van het als synoniemen gebruiken van 'faillissementskosten' en 'boedelschulden' is dat *alle* boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn over ieder deel van de boedel omgeslagen dienen te worden, ongeacht of deze wel of niet strekken tot vereffening van de boedel.³⁴² Er zijn andere belangen die rechtvaardigen dat die boedelschulden die als algemene faillissementskosten kwalificeren preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschuldeisers.³⁴³ In het kader van de omslag van de algemene faillissementskosten mag aldus géén ander onderscheid gemaakt worden tussen de boedelschulden dan de algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten. De faillissementskosten die volgens N.J. Polak en De Liagre Böhl als 'overige boedelschulden' kwalificeren worden anders onterecht uitsluitend ten laste gebracht van de concurrente schuldeisers.³⁴⁴

Mijns inziens verzet dit oordeel van de Hoge Raad in *MeesPierson/Mentink q.q.* zich niet in algemene zin tegen het maken van een ander onderscheid tussen de boedelschulden. Het onderscheid dat ik maak tussen de eigenlijke executiekosten enerzijds en de quasi-executiekosten anderzijds is derhalve mogelijk, zowel bij een positieve als een negatieve boedel. Dit onderscheid mag evenwel niet doorwerken in de omslag van artikel 182 Fw. Ik bepleit dan ook niet de quasi-executiekosten bij de afwikkeling van een positieve boedel buiten de omslag van artikel 182 Fw gehouden moeten

³³⁵ Boekraad 1997, p. 104-106; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9. Zie ook: Boekraad 1997, p. 105 & p. 111-119; Franken 2019, p. 151.

³³⁶ Polak 1972, p. 340-341. Zie ook: Boekraad 1997, p. 105-106.

³³⁷ Zie § 4.1.1.1 & 4.1.1.2.

³³⁸ Zie daarover uitgebreid § 4.1.3.2.

³³⁹ Zie hieronder § 4.1.2.4.

³⁴⁰ Vgl. *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/751; De Liagre Böhl 1991, p. 246-249; Polak 1972, p. 336-345.

³⁴¹ Van der Feltz 2016b, p. 241.

³⁴² Vgl. Boekraad 1997, p. 190.

³⁴³ Zie § 4.1.1.2.

³⁴⁴ Als de concurrente schuldeisers géén uitkering ontvangen, komen de 'overige boedelschulden' ten laste van de preferente schuldeisers. Dit is in het voordeel van de preferente schuldeiser met een bijzonder voorrecht. Zie: Boekraad 1997, p. 106-111.

worden. Er zijn immers belangen die rechtvaardigen dat boedelschulden die kwalificeren als quasi-executiekosten preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschuldeisers. Bij de afwikkeling van een positieve boedel dienen derhalve zowel de eigenlijke executiekosten als de quasi-executiekosten, als zij algemene faillissementskosten zijn, omgeslagen te worden over ieder deel van de boedel.

Bij de afwikkeling van een negatieve boedel vindt géén omslag plaats. Het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten is derhalve irrelevant bij de afwikkeling van een negatieve boedel.³⁴⁵ In *MeesPierson/Mentink q.q.* heeft de Hoge Raad verder dan ook terecht overwogen dat, ondanks dat in het kader van artikel 182 Fw géén ander onderscheid gemaakt mag worden dan tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten, bij de afwikkeling van een negatieve boedel wél een ander onderscheid *moet* worden gemaakt:

“Aan het voorgaande doet niet af dat in het geval dat de baten niet voldoende zijn om alle boedelschulden c.q. kosten te voldoen, met het oog op hun onderlinge rangorde wél onderscheid moet worden gemaakt overeenkomstig hetgeen is overwogen in HR 20 september 1990, *NJ* 1991, 305.”³⁴⁶

De Hoge Raad verwijst naar het onderscheid gemaakt in *De Ranitz q.q./Ontvanger* tussen de kosten van executie en vereffening enerzijds en de andere boedelschulden anderzijds. Dit met het oog op hun onderlinge rangorde. Dit is begrijpelijk; zowel algemene als bijzondere faillissementskosten zijn boedelschulden en boedelschulden zijn in beginsel gelijk in rang, behoudens wettelijke redenen van voorrang. Teneinde een onderlinge rangorde aan te brengen, moet dus een ander onderscheid gemaakt worden dan het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten. Mijns inziens maakt de Hoge Raad hier onderscheid tussen de boedelschulden bestaande uit daadwerkelijke kosten van executie en vereffening enerzijds en de andere boedelschulden anderzijds. Dat brengt mee dat de eerstgenoemde boedelschulden preferent zijn ten opzichte van de laatstgenoemde boedelschulden.³⁴⁷ Dit onderscheid valt samen met het door mij hierboven gemaakte onderscheid. Het oordeel van de Hoge Raad in *MeesPierson/Mentink q.q.* verzet zich derhalve niet tegen het door mij gemaakte onderscheid binnen de boedelschulden.

4.1.3 Andere opvattingen

Het is relevant te bezien hoe mijn opvatting zich verhoudt tot andere opvattingen in de literatuur.

4.1.3.1 Verstijlen

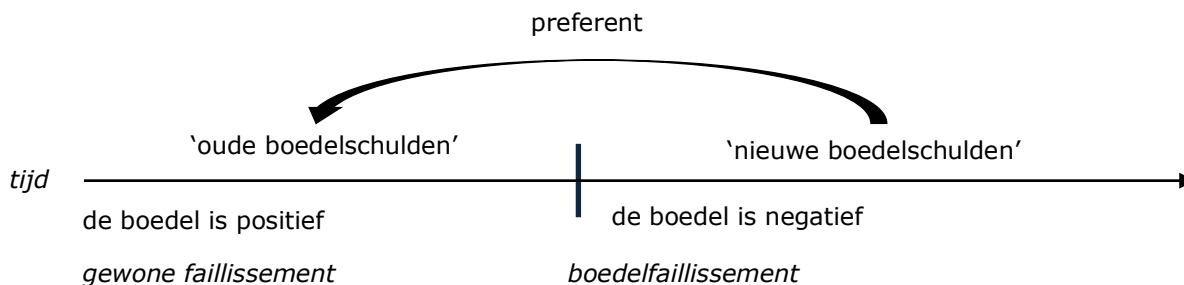
Verstijlen verdedigt dat voor het aanbrengen van een rangorde in de boedelschulden onderscheid moet worden gemaakt tussen die boedelschulden die al bestaan op het moment dat van een negatieve boedel blijkt – de ‘oude boedelschulden’ – en de boedelschulden die nadien ontstaan – de ‘nieuwe boedelschulden’. Naar analogie van de afwikkeling van een positieve boedel, kunnen bij de afwikkeling van een negatieve boedel *alle* boedelschulden die ontstaan nadat de boedel negatief is (de ‘nieuwe boedelschulden’), worden gezien als kosten van executie en vereffening gemaakt ten behoeve van de op dat moment bestaande boedelschuldeisers (de ‘oude boedelschulden’). De ‘nieuwe boedelschulden’ zijn aldus preferent ten opzichte van de ‘oude boedelschulden’ en dienen eerst uit het beschikbare actief te worden voldaan.³⁴⁸ Schematisch kan het systeem van Verstijlen als volgt worden weergegeven.

³⁴⁵ Franken 2019, p. 160-162. Anders: Rb. Zwolle 21 januari 2000, *JOR* 2000/62, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*), punt 7; Boekraad 1997, p. 198-199.

³⁴⁶ HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), r.o. 3.9.

³⁴⁷ Anders: HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), onder 5.

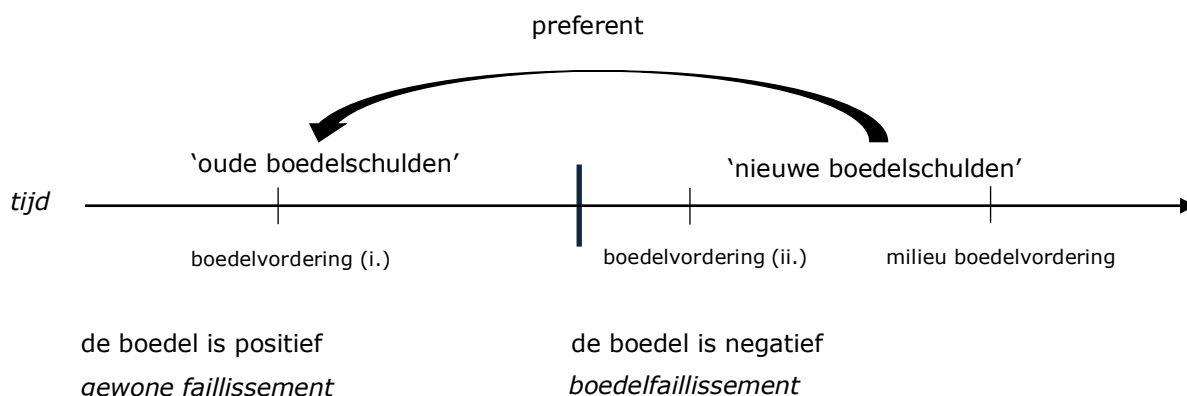
³⁴⁸ Verstijlen 1998, p. 179-182.



Verstijlen stelt dat dit systeem in het stelsel van de (Faillissements)wet past.³⁴⁹ Verheul vindt het systeem van Verstijlen aantrekkelijk en meent dat de preferentie van de 'nieuwe boedelschulden' ten opzichte van de 'oude boedelschulden' "reeds als geldend recht kan worden beschouwd."³⁵⁰ Wel heeft volgens beiden een wettelijke regeling de voorkeur.³⁵¹

Tegen het systeem van Verstijlen zijn in de literatuur verschillende bezwaren geuit. Voor een bespreking daarvan verwijs ik naar Boekraad, Van Galen, Verheul en Verstijlen zelf.³⁵² Mijn bezwaar tegen het systeem van Verstijlen is dat er géén rechtvaardiging bestaat voor de preferentie van de 'nieuwe boedelschulden' ten opzichte van de 'oude boedelschulden'. Dit raakt gedeeltelijk aan een door Boekraad gemaakt bezwaar: "De oplossing van Verstijlen behelst (...) een zekere willekeur."³⁵³

Die willekeur laat zich het best als volgt illustreren. Stel de door mij beschreven boedelvordering (i.) ontstaat vóórdát de boedel negatief is en boedelvordering (ii.) nadat de boedel negatief is. Nadat de boedel negatief is ontstaat ook een boedelschuld die het gevolg is van het niet-naleven van milieuregelgeving door de curator.



In het systeem van Verstijlen zijn boedelvordering (ii.) en de milieu boedelvordering preferent ten opzichte van boedelvordering (i.). Dit enkel op basis van het moment waarop deze boedelvorderingen zijn ontstaan. De boedelvordering van het door de curator ingeschakelde schoonmaakbedrijf (ii.) is preferent ten opzichte van de boedelvordering van de verkoopmakelaar (i.). Dit terwijl beide boedelvorderingen strekken ter executie en vereffening van de boedel.³⁵⁴ Daarnaast gaat een boedelvordering die *niet* strekt ter executie en vereffening van de boedel in rang boven een boedelvordering die daar *wel* toe strekt, namelijk de boedelvordering van de verkoopmakelaar. Voor deze rangorde bestaat naar mijn mening geen rechtvaardiging.

³⁴⁹ Verstijlen 1998, p. 182.

³⁵⁰ Verheul 2022, p. 171.

³⁵¹ Verstijlen 1998, p. 182; Verheul 2022, p. 173-179.

³⁵² Boekraad 1997, p. 196-198; Van Galen 1997b, p. 276; Verheul 2022, p. 171-173; Verstijlen 1998, p. 182.

³⁵³ Boekraad 1997, p. 197.

³⁵⁴ Vgl. Van Galen 1997b, p. 276.

Verstijlen ontleent de preferentie van de 'nieuwe boedelschulden' ten opzichte van de 'oude boedelschulden' aan het gegeven dat de 'nieuwe boedelschulden' strekken ter executie en vereffening van de negatieve boedel ten behoeve van de 'oude boedelschuldeisers'. Verstijlen erkent dat bij de afwikkeling van de boedel niet *alle* boedelschulden ook daadwerkelijk strekken ter executie en vereffening. Verstijlen liet in een van zijn eerste uiteenzettingen van zijn systeem in het midden of *alle* 'nieuwe boedelschulden' aangemerkt moeten worden als kosten van executie en vereffening. Hij is geneigd "dit te beamen met een beroep op de analogie met het 'gewone faillissement'", maar heeft wel "enige aarzeling".³⁵⁵ De wetgever heeft met artikel 39 en 40 Fw de boedel "belast met een aanzienlijke erfenis van vóór het faillissement".³⁵⁶ Verstijlen huivert "deze last ook 'over te laten erven' naar het boedelfaillissement."³⁵⁷ Later heeft Verstijlen betoogd dat boedelschulden uit hoofde van artikel 39 en 40 Fw *niet* zonder meer tot de 'nieuwe boedelschulden' gerekend hoeven te worden als zij ontstaan nadat de boedel negatief is.³⁵⁸ Die boedelschulden laat hij uiteindelijk dus niet 'overerven' naar het boedelfaillissement. Dergelijke boedelschulden moeten namelijk worden beschouwd als 'oude boedelschulden'.³⁵⁹ In de woorden van Verstijlen:

"De grondslag van de (voordelige positie van de) boedelschuld, geldt niet voor deze boedelschulden, maar zij zijn het resultaat van een belangenafweging door de wetgever, die heeft gemeend de betreffende schuldeisers te bevoordelen boven de overige (faillissements)schuldeisers. (...) Hieruit vloeit niet voort dat de wetgever hen ook heeft willen bevoordelen boven de (nieuwe) boedelschuldeisers. Een dergelijke bevoordeling is nodig noch wenselijk."³⁶⁰

Verstijlen trekt deze lijn naar mijn mening echter niet ver genoeg door. Er zijn immers meer boedelschulden die niet strekken ter afwikkeling van de boedel ten behoeve van de 'oude boedelschuldeisers': de quasi-executiekosten.³⁶¹ Het hierboven gegeven voorbeeld illustreert dit. Ook voor die boedelschulden geldt dat de wetgever niet heeft gemeend die boedelschuldeisers te bevoordelen boven andere boedelschuldeisers. Dat geldt slechts voor de boedelschulden die strekken ter executie en vereffening ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers: de eigenlijke executiekosten. Daarentegen is de lijn van Verstijlen ten aanzien van artikel 39 en 40 Fw mijns inziens te scherp. Verstijlen miskent dat boedelschulden uit hoofde van die artikelen ook kunnen strekken ter executie en vereffening.³⁶² Ontstaan dergelijke boedelschulden nadat de boedel negatief blijkt, zouden dergelijke 'nieuwe boedelschulden' preferent moeten zijn ten opzichte de 'oude boedelschulden'.

Uit het hierboven gegeven voorbeeld blijkt daarnaast dat het onderscheid van Verstijlen met zich kan brengen dat 'nieuwe boedelschulden' die *niet* strekken tot executie en vereffening preferent zijn ten opzichte van 'oude boedelschulden' die *wel* strekken tot executie en vereffening. Het inschakelen van de verkoopmakelaar door de curator (i.) heeft plaatsgevonden voordat de boedel negatief is. Dit heeft een positieve bate voor de boedel opgeleverd. De boedel blijkt later toch negatief te zijn. De opbrengst van de bate komt nu niet ten goede aan de faillissementsschuldeisers, maar aan de boedelschuldeisers. Ondanks dat deze kosten gemaakt zijn voordat de boedel negatief was, kan gesteld worden dat zij eveneens in het belang zijn gemaakt van de 'nieuwe boedelschuldeisers'.³⁶³ De 'nieuwe boedelschuldeisers' zijn immers gebaat bij het vergroten van het boedelactief; dit verhoogt het uitkeringspercentage. In het systeem van Verstijlen is de boedelvordering van de verkoopmakelaar echter achtergesteld bij de boedelvorderingen van de 'nieuwe boedelschuldeisers', ook als die 'nieuwe boedelschulden' niet strekken ter executie en vereffening van de boedel.

³⁵⁵ Verstijlen 1995, p. 95, voetnoot 20.

³⁵⁶ Verstijlen 1995, p. 95, voetnoot 20.

³⁵⁷ Verstijlen 1995, p. 95, voetnoot 20.

³⁵⁸ Verstijlen 1998, p. 180.

³⁵⁹ *Asser Procesrecht/Verstijlen 11* 2025/950.

³⁶⁰ Verstijlen 1998, p. 180.

³⁶¹ Zie § 4.1.1.2. Ook: Van Galen 1997b, p. 276.

³⁶² Zie § 4.1.1.2.

³⁶³ Het onderscheid in wiens belang de kosten van executie en vereffening zijn gemaakt, is aldus een onwerkbaar onderscheid. Zie § 4.1.1.4.

Gelet op het voorgaande, berust het onderscheid dat Verstijlen maakt tussen 'nieuwe' en 'oude' boedelschulden in overwegende mate op willekeur. 'Nieuwe boedelschulden' die niet strekken tot executie en vereffening zijn preferent ten opzichte van 'oude boedelschulden' die wel strekken tot executie en vereffening. Alle boedelschulden die voortvloeien uit artikel 39 en 40 Fw, ongeacht of deze strekken tot executie en vereffening, zijn achtergesteld ten opzichte van de 'nieuwe boedelschulden'. Ik concludeer derhalve dat het systeem van Verstijlen geen grondslag kan zijn voor de preferentie van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel.³⁶⁴

4.1.3.2 Boekraad

Bij de afwikkeling van een *positieve* boedel maakt Boekraad – in het kader van artikel 3:277 lid 1 BW – onderscheid tussen eigenlijke executiekosten enerzijds en vereffeningskosten anderzijds.³⁶⁵ In faillissement komt het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en de vereffeningskosten terug in het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten. De eigenlijke executiekosten stelt hij gelijk met de bijzondere faillissementskosten in enge zin³⁶⁶ en de algemene faillissementskosten met de vereffeningskosten.³⁶⁷ Volgens Boekraad volgt uit het systeem van de wet dat de bijzondere faillissementskosten – de eigenlijke executiekosten – preferent zijn ten opzichte van de algemene faillissementskosten – de vereffeningskosten.³⁶⁸ Alle boedelschulden zijn als kosten van executie aan te merken in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW.³⁶⁹

Bij de afwikkeling van een *negatieve* boedel gaat Boekraad uit van een andere benadering:

“Als kosten van executie en vereffening kunnen dan alleen die boedelschulden worden aangemerkt, die nodig zijn om de negatieve boedel te executeren en te vereffenen ten behoeve van de boedelschuldeisers. Het zijn slechts die boedelschulden die, overeenkomstig het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger, op grond van art. 3:277 lid 1 BW als eerste uit het ontoereikende boedelactief moeten worden voldaan.”³⁷⁰

Bij de afwikkeling van een negatieve boedel kan, volgens Boekraad, eveneens onderscheid gemaakt worden tussen de eigenlijke executiekosten en de vereffeningskosten. Bij een negatieve boedel kunnen dezelfde kosten als eigenlijke executiekosten worden aangemerkt, te weten de bijzondere faillissementskosten.³⁷¹ Daarentegen gelden niet alle boedelschulden die bij de afwikkeling van een positieve boedel als vereffeningskosten gelden – de algemene faillissementskosten – ook bij de afwikkeling van een negatieve boedel als zodanig.³⁷² Dit zou “geen rangorde aanbrengen tussen de boedelschulden onderling.”³⁷³ Volgens Boekraad moeten onder de vereffeningskosten in het geval van een negatieve boedel in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator begrepen worden.³⁷⁴ Het heeft Boekraad zijn voorkeur de vereffeningskosten te beperken tot de boedelvordering van de curator.³⁷⁵ Verplichtingen die de curator met derden aangaat kunnen volgens hem buiten de rangorde om voldaan worden als de boedel daarbij gebaat is (feitelijke voorrang).³⁷⁶ Ondanks dat het niet zijn voorkeur heeft, lijkt het Boekraad wel verdedigbaar dat boedelschulden die het gevolg zijn van het inschakelen van derden door de curator “ten behoeve van executie, vereffening en verdeling van het boedelactief” ook vereffeningskosten zijn. Gedacht kan worden “aan taxateurs, makelaars, administratieve krachten e.d.”³⁷⁷ Waar voor Boekraad precies de grens ligt, is

³⁶⁴ Ik laat daarbij de andere bezwaren tegen het systeem van Verstijlen in het midden. Zie daarvoor: Boekraad 1997, p. 196-198; Verheul 2022, p. 171-173; Verstijlen 1998, p. 182.

³⁶⁵ Boekraad 1996, p. 106-113.

³⁶⁶ Zie daarover § 4.1.2.1.

³⁶⁷ Boekraad 1997, p. 31-35 & p. 92-93.

³⁶⁸ Boekraad 1997, p. 92-93.

³⁶⁹ Boekraad 1997, 84-92.

³⁷⁰ Boekraad 1997, p. 187.

³⁷¹ Boekraad 1997, p. 188-189; Boekraad 1996, p. 120-121.

³⁷² Boekraad 1997, p. 189-193; Boekraad 1996, p. 119-120.

³⁷³ Boekraad 1997, p. 189.

³⁷⁴ Boekraad 1997, p. 193-195.

³⁷⁵ Boekraad 1996, p. 120; Boekraad 1997, p. 230.

³⁷⁶ Zie § 4.3 voor een bespreking van de vraag of feitelijke voorrang een grondslag kan zijn voor de preferentie van kosten gemaakt door de curator ten behoeve van de afwikkeling van een negatieve boedel.

³⁷⁷ Boekraad 1997, p. 195.

onduidelijk. Wel stelt hij dat het moeilijker wordt wanneer een leverancier bepaalde producten heeft geleverd in het kader van de bedrijfsvoortzetting. "Van deze kosten van leverantie kan niet altijd worden beweerd dat ze zijn gemaakt om de boedel te vereffenen ten behoeve van de boedelschuldeisers."³⁷⁸ Voor dergelijke boedelschulden geldt dat de curator ze niet preferent kan voldoen op grond van artikel 3:277 lid 1 BW.

Schematisch kan het door Boekraad gemaakte onderscheid als volgt weergegeven worden. Steeds geldt dat in zijn opvatting de eigenlijke executiekosten preferent zijn ten opzichte van de vereffeningskosten.

Positieve boedel	
Boedelschulden	
Eigenlijke executiekosten	Vereffeningskosten
Bijzondere faillissementskosten (in enge zin)	Algemene faillissementskosten

Negatieve boedel		
Boedelschulden		
Eigenlijke executiekosten	Vereffeningskosten	Overige boedelschulden
Bijzondere faillissementskosten (in enge zin)	Algemene faillissementskosten	

Op het eerste gezicht lijkt Boekraad zijn benadering overeen te komen met mijn opvatting en het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten. Er zijn echter een aantal belangrijke verschillen in opvatting. Ik licht dat hieronder toe.

Boekraad zijn voorkeur gaat uit naar het buiten de rangorde om voldoen van verplichtingen die de curator met derden aangaat als de boedel daarbij gebaat is. Hij doet daartoe een beroep op feitelijke voorrang.³⁷⁹ Mijns inziens heeft dit niet voorkeur. Sterker nog, mijns inziens kan aan feitelijke voorrang géén preferentie worden ontleend bij de afwikkeling van een negatieve boedel.³⁸⁰

Boekraad koppelt het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten aan het onderscheid tussen de bijzondere en de algemene faillissementskosten. Die koppeling acht ik ongelukkig. Hierdoor komt namelijk aan het begrip 'vereffeningskosten' bij de afwikkeling van een positieve boedel een andere betekenis toe dan bij de afwikkeling van een negatieve boedel. Bij de afwikkeling van een positieve boedel zijn de vereffeningskosten *alle* algemene faillissementskosten.³⁸¹ In het systeem van artikel 3:277 lid 1 BW en artikel 182 Fw is dit begrijpelijk, maar dat betekent niet dat alle algemene faillissementskosten ook daadwerkelijk vereffeningskosten zijn.³⁸² Boekraad erkent dit en het dwingt hem bij de afwikkeling van een negatieve boedel tot het maken van een onderscheid binnen de algemene faillissementskosten:

³⁷⁸ Boekraad 1997, p. 195.

³⁷⁹ Zie § 4.3 voor een bespreking van de vraag of feitelijke voorrang een grondslag kan zijn voor de preferentie van kosten gemaakt door de curator ten behoeve van de afwikkeling van een negatieve boedel.

³⁸⁰ Zie § 4.3.2.

³⁸¹ Boekraad 1997, p. 111-119.

³⁸² Zie § 4.1.1. Boekraad 1997, p. 116-119.

“Niet alle boedelschulden die in geval van een positieve boedel als vereffeningskosten voor omslag in aanmerking komen (de algemene faillissementskosten), zijn ook in de situatie van een negatieve boedel als vereffeningskosten aan te merken. Dat is alleen al logisch omdat (...) alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn tot de algemene faillissementskosten behoren. Wanneer aan alle boedelschulden ook bij de afwikkeling van een negatieve boedel de preferentie van art. 3:277 lid 1 BW zou toekomen, zou deze bepaling geen rangorde aanbrengen tussen de boedelschulden onderling.”³⁸³

Ik meen dat het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten niet gekoppeld behoort te zijn aan het onderscheid tussen de bijzondere en algemene faillissementskosten, noch dat bijzondere faillissementskosten preferent zijn ten opzichte van de algemene faillissementskosten.³⁸⁴ Mijns inziens is het beter om, zowel bij de afwikkeling van een positieve als negatieve boedel, voor de rangorde van boedelschulden onderling slechts één en hetzelfde onderscheid te maken binnen de boedelschulden.³⁸⁵ Mijn onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en de quasi-executiekosten kan bestaan *naast* het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten.³⁸⁶ Dit betekent dat de eigenlijke executiekosten en de quasi-executiekosten zowel algemene als bijzondere faillissementskosten kunnen zijn.³⁸⁷ Zo hebben de begrippen ‘algemene faillissementskosten’, ‘bijzondere faillissementskosten’, ‘eigenlijke executiekosten’ en ‘quasi-executiekosten’ zowel bij de afwikkeling van een positieve boedel als negatieve boedel één en dezelfde betekenis. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

Algemene faillissementskosten	Al die boedelschulden die niet als bijzondere faillissementskosten kwalificeren.	Eigenlijke executiekosten	Boedelschulden gemaakt ter executie en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.
Bijzondere faillissementskosten	Boedelschulden die zijn gemaakt om een specifieke bate voor de boedel te verkrijgen of om die te vereffenen en te gelde maken. De opbrengst van die bate kan zonder deze kosten niet verkregen worden.	Quasi-executiekosten	Al die boedelschulden die niet als eigenlijke executiekosten kwalificeren.

Anders dan Boekraad, leg ik de bijzondere faillissementskosten ruim uit. Die ruime uitleg is de heersende leer.³⁸⁸ Ik leg de algemene faillissementskosten hetzelfde uit als Boekraad dat doet bij de afwikkeling van een positieve boedel.

De eigenlijke executiekosten leg ik anders uit dan Boekraad. Niet slechts de kosten van executie en vereffening gemaakt ten behoeve van de *boedelschuldeisers* zijn preferent ten opzichte van de andere boedelschuldeisers.³⁸⁹ Het is mijns inziens niet nodig dat de curator voor ogen houdt ten behoeve van welke schuldeisers hij de kosten van executie en vereffening maakt. De faillissementsschuldeisers en de boedelschuldeisers hebben immers hetzelfde belang bij afwikkeling

³⁸³ Boekraad 1997, p. 189.

³⁸⁴ Zie hieronder.

³⁸⁵ Zie § 4.1.1.4.

³⁸⁶ Zie § 4.1.2.4.

³⁸⁷ Het verdient daarbij wel opmerking dat de bijzondere faillissementskosten in mijn opvatting in de regel kwalificeren als eigenlijke executiekosten. De bijzondere faillissementskosten worden immers gemaakt een bepaalde bate voor de boedel te verkrijgen of om die te vereffenen en gelde te maken, hetgeen ten goede komt aan de gezamenlijke schuldeisers. Zie § 4.1.1.1.

³⁸⁸ Zie § 4.1.2.1.

³⁸⁹ Boekraad 1997, p. 187-193.

van de boedel.³⁹⁰ Kosten van executie en vereffening gemaakt ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers behoren als eigenlijke executiekosten preferent te zijn ten opzichte van de andere boedelschulden (de quasi-executiekosten).³⁹¹ Opmerkelijk is dat Boekraad het volledige salaris van de curator wel aanmerkt als preferent ten opzichte van de overige boedelschuldeisers,³⁹² terwijl deze kosten niet uitsluitend ten behoeve van de boedelschuldeisers zijn gemaakt:

“Het is [de curator, LJS] zijn taak een zo hoog mogelijk boedelactief te realiseren en dit vervolgens onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers te verdelen. Welke schuldeisers dat uiteindelijk blijken te zijn, mag naar mijn mening niet bepalen welke rangorde toekomt aan de vordering van de curator.”³⁹³

Ik maak in mijn opvatting géén onderscheid tussen eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten. Dit onderscheid vindt naar mijn mening geen steun in het huidige recht. Boekraad baseert dit onderscheid op de in het oud BW opgenomen voorrechten: een bijzonder voorrecht voor de executiekosten veroorzaakt door uitwinning van een specifiek goed (artikel 1185 onder 1 (oud) BW) en een algemeen voorrecht voor de kosten veroorzaakt door uitwinning of boedelredding (artikel 1195 onder 1 (oud) BW).³⁹⁴ Beide voorrechten zijn komen te vervallen met de invoering van artikel 3:277 lid 1 BW.³⁹⁵ Grondslag voor het onderscheid van Boekraad ontbreekt dan ook.

Het onderscheid van Boekraad vervult verder ook geen functie. Anders dan Boekraad stelt, zijn de eigenlijke executiekosten – de bijzondere faillissementskosten – namelijk *niet* preferent ten opzichte van de vereffeningskosten – de algemene faillissementskosten. Die preferentie lijkt gerechtvaardigd te zijn gelet op de wijze waarop de bijzondere faillissementskosten omgeslagen worden. Zij worden *eerst* voldaan uit de bruto-opbrengst van de specifieke bate waarvoor zij gemaakt. Daarna worden de algemene faillissementskosten omgeslagen.³⁹⁶ Hieruit kan men echter geen preferentie afleiden.³⁹⁷ Zowel de algemene als bijzondere faillissementskosten zijn boedelvorderingen. Voor al die boedelvorderingen geldt dat zij ten opzichte van elkaar gelijk in rang zijn, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang.³⁹⁸ Omdat de faillissementskosten niet in algemeen en bijzonder onderscheiden worden naar gelang van hun concurrentiepositie, zijn zij in beginsel gelijk in rang. Dit neemt niet weg dat boedelvorderingen onderling wel kunnen concurreren, maar het is geen gegeven dat bijzondere faillissementskosten preferent zijn ten opzichte van algemene faillissementskosten. Daarbij verdient het ook opmerking dat bij de afwikkeling van een positieve boedel geen sprake is van een *concurfus* tussen de boedelschuldeisers. Dit onderscheid is slechts relevant voor de omslag, niet voor de onderlinge rangorde.³⁹⁹ Bij de afwikkeling van een negatieve boedel zijn de bijzondere faillissementskosten evenmin preferent ten opzichte van de algemene faillissementskosten.⁴⁰⁰ Bij de afwikkeling van een negatieve boedel geldt voor de rangorde in beginsel de hoofdregel uit *De Ranitz q.q./Ontvanger*. Die rangorde hoeft niet samen te vallen met het onderscheid tussen bijzondere en algemene faillissementskosten. Bovendien is het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten enkel relevant voor de omslag.⁴⁰¹ Bij de afwikkeling van een negatieve boedel vindt geen omslag plaats en is dit onderscheid dan ook irrelevant.⁴⁰² De rechtbank Zwolle heeft dan ook terecht als volgt geoordeeld:

³⁹⁰ Zie § 4.1.1.4.

³⁹¹ Zie § 4.1.1.

³⁹² Boekraad 1997, p. 193-196. Anders: De Liagre Böhl 1991, p. 255.

³⁹³ Boekraad 1997, p. 194.

³⁹⁴ Boekraad 1997, p. 31-35 & p. 92-93.

³⁹⁵ Zie § 3.3.1.

³⁹⁶ Zie § 4.1.2.2.

³⁹⁷ Vgl. Franken 2019, p. 155-158; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *JOR* 2023/309, m.nt. M.J.M. Franken (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 3.

³⁹⁸ Art. 3:277 lid 1 BW.

³⁹⁹ Zie § 4.1.2.

⁴⁰⁰ Aldus ook: Franken 2019, p. 156, p. 160-162 & p. 503; HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *JOR* 2023/309, m.nt. M.J.M. Franken (*MeesPierson/Mentink q.q.*), punt 3; Van Galen 1997a, p. 257; Van Galen 1997b, p. 277. Anders: Rb. Zwolle 21 januari 2000, *JOR* 2000/62, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*), punt 7; Boekraad 1997, p. 198-199.

⁴⁰¹ Zie § 4.1.2.

⁴⁰² Franken 2019, p. 160-162.

"Het (standaard-)arrest voor de afwikkeling van een negatieve boedel is het arrest van de Hoge Raad inzake De Ranitz q.q./Ontvanger (HR 28 september 1990, NJ 1991, 305) (...) Voor genoemd arrest van de Hoge Raad bevat, anders dan uit de stellingen van de Ontvanger zou moeten volgen, geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de rangorde binnen een negatieve boedel wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de faillissementskosten algemeen dan wel bijzonder zijn. Dat onderscheid speelt uitsluitend wanneer het tot uitdeling onder faillissementsschuldeisers komt en beoordeeld moet worden welke kosten als algemene faillissementskosten op de voet van artikel 182 Fw moeten worden omgeslagen over alle delen van de boedel en bij welke kosten (de bijzondere faillissementskosten) dat niet het geval moet zijn. (...) Bij een negatieve boedel speelt dit niet. Daar vindt geen uitkering plaats aan faillissementsschuldeisers en kan van een omslag van algemene en bijzondere faillissementskosten in het geheel geen sprake zijn."⁴⁰³

Zoals gezegd, koppelt Boekraad zijn onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en de vereffeningskosten aan het onderscheid tussen de bijzondere en algemene faillissementskosten. Mijns inziens moet dit ontkoppeld worden. Bovendien kan dit laatste onderscheid, gelet op het voorgaande, géén onderlinge rangorde aanbrengen binnen de boedelschulden. Het onderscheid tussen de eigenlijke executiekosten en de vereffeningskosten kan derhalve ook géén onderlinge rangorde aanbrengen binnen de boedelschulden die gelden als kosten van executie en vereffening.⁴⁰⁴ Dat onder het oude recht een dergelijke rangorde wel bestond, laat dit mijns inziens onverlet. De preferentie van de kosten van executie (artikel 1185 onder 1 (oud) BW) ten opzichte van de kosten van uitwinning of boedelredding (artikel 1195 onder 1 (oud) BW) was onder het oude recht namelijk slechts het gevolg van het verschil tussen een bijzonder voorrecht en een algemeen voorrecht.⁴⁰⁵ De opvatting van Boekraad schiet op bovengenoemde punten tekort.

4.2 Wettelijke voorrang

Mijns inziens kan wettelijke voorrang in beginsel geen grondslag zijn voor de preferentie van de nieuwe boedelvordering. Ik licht dat hieronder toe.

De wettelijke voorrangsgronden vormen een gesloten systeem.⁴⁰⁶ De nieuwe boedelvordering kan als type vorderingen in het algemeen geen preferentie ontleen aan een wettelijke voorranggrond. Er is geen specifieke wettelijke voorranggrond die *expliciet* voorziet in de preferentie van de nieuwe boedelvordering. Evenmin bestaat er mijns inziens een *impliciete* grondslag die daarin voorziet. Als uitzondering op de *paritas creditorum* moeten de wettelijke voorrangsgronden immers strikt geïnterpreteerd worden. Er is geen ruimte voor uitbreiding van de wettelijke voorrangsgronden naar analogie.⁴⁰⁷

Het voorgaande neemt niet weg dat een *specifieke* nieuwe boedelvordering preferentie kan ontleen aan een wettelijke voorranggrond. Het is namelijk denkbaar dat een bepaalde nieuwe boedelvordering 'samenvalt' met de vordering waaraan de wet een voorrecht heeft verbonden. Als de curator bijvoorbeeld een derde inschakelt ter behoud van een goed, is de nieuwe boedelvordering die hierdoor ontstaat bevoorrecht op grond van artikel 3:284 BW.⁴⁰⁸

4.2.1 *Andere opvatting: Van Galen*

Van Galen maakt onderscheid tussen de eigenlijke boedelschulden enerzijds en de oneigenlijke boedelschulden anderzijds. De eigenlijke boedelschulden zijn die faillissementskosten die zijn

⁴⁰³ Rb. Zwolle 21 januari 2000, JOR 2000/62, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*), r.o. 4.2-4.3. Zie ook: Van Uden 2024, par. 2.4.1.3.

⁴⁰⁴ Slechts wettelijke redenen van voorrang kunnen een dergelijke rangorde aanbrengen. Vgl. art. 3:277 lid 1 BW.

⁴⁰⁵ Vgl. art. 3:280 BW. Zie voor preferentie van bijzonder voorrecht ten opzichte van algemeen voorrecht onder het oude recht: Pitlo 1977, p. 374.

⁴⁰⁶ Zie § 3.4.1.

⁴⁰⁷ Zie § 3.4.1 & 3.5.2.

⁴⁰⁸ Zie § 3.5.2.

“gemaakt in het kader van het beheer en de afwikkeling van de boedel”.⁴⁰⁹ De oneigenlijke boedelschulden zijn “gepromoveerde faillissementsschulden”, zoals huur- en loonvorderingen die slechts krachtens wetsbepaling boedelschulden zijn.⁴¹⁰ Bij de afwikkeling van een negatieve boedel behoren volgens Van Galen de oneigenlijke boedelschulden achtergesteld te zijn bij de eigenlijke boedelschulden:

“In een dergelijke negatieve boedel vinden beheer en vereffening van de boedel immers plaats om de oneigenlijke boedelschulden – die op de faillissementsdatum al bestaan – nog zoveel mogelijk te kunnen voldoen. Grosso modo worden de gewone boedelschulden [eigenlijke boedelschulden, LJS] ook met dat doel aangegaan en zij vormen in die zin incassokosten ten behoeve van de oneigenlijke boedelschulden.”⁴¹¹

Binnen de eigenlijke boedelschulden onderscheidt Van Galen vervolgens grofweg drie categorieën:

“(1) kosten die zeer direct betrekking hebben op executie en vereffening, (2) kosten die wel worden gemaakt in het belang van de schuldeisers maar waarvan het verband met executie en vereffening minder direct is en (3) kosten die wel worden gemaakt in het kader van het beheer en de vereffening van de boedel maar die niet in het belang van de boedelschuldeisers zijn.”⁴¹²

Bij categorie (1) kan men denken aan veilingkosten en bij categorie (2) aan verplichtingen jegens derden in het kader van de bedrijfsvoortzetting. Categorie (3) bestaat uit boedelschulden die, anders dan categorie (1) en (2), niet gemaakt zijn in het belang van de schuldeisers, bijvoorbeeld een boedelschuld uit onrechtmatige daad.⁴¹³ Onder kosten van executie en vereffening verstaat Van Galen slechts categorie (1) en (2). Categorie (1) is niet preferent ten opzichte van categorie (2); beiden “worden gemaakt ten behoeve van de schuldeisers” waardoor “er geen gegronde reden bestaat om onder die kosten voorrang te geven aan kosten die een meer directe betrekking hebben”.⁴¹⁴ Categorie (1) en (2) zijn ook niet preferent ten opzichte van categorie (3). Uit hoofde van andere belangen dan schuldeisersbelangen, zijn de boedelschulden die tot die categorie (3) behoren tot boedelschulden gemaakt.⁴¹⁵ In faillissement wordt in zeer beperkte mate rekening gehouden met andere belangen dan die van schuldeisers. Daar waar dat wél gedaan wordt – zoals bij categorie (3) – dient die bescherming behouden te worden. Achterstelling ten opzichte van categorie (1) en (2) zou die bescherming tenietdoen. Onder de eigenlijke boedelschulden behoort aldus, volgens Van Galen, géén preferentie te gelden voor executie- en vereffeningskosten (categorie (1) en (2)).⁴¹⁶

Boedelschulden			
Eigenlijke boedelschulden			Oneigenlijke boedelschulden
Kosten van executie en vereffening		Overige eigenlijke boedelschulden	
Categorie (1)	Categorie (2)	Categorie (3)	

Van Galen stelt dat de rangorde van de eigenlijke boedelschulden onderling bepaald behoort te worden aan de hand van de *posterior tempore* regel. Het gevolg hiervan is simpel: een ‘jongere’

⁴⁰⁹ Van Galen 1997a, p. 257.

⁴¹⁰ Van Galen 1997a, p. 256. Zie ook: Van Galen 1996a, p. 393-394; Van Galen 1996b, p. 417.

⁴¹¹ Van Galen 1996b, p. 417. Zie ook: Van Galen 1997a, p. 257, voetnoot 20.

⁴¹² Van Galen 1997a, p. 257.

⁴¹³ Van Galen 1996b, p. 417, voetnoot 43. Zie ook Van Galen 1997a, p. 257 voor andere voorbeelden.

⁴¹⁴ Van Galen 1997a, p. 257.

⁴¹⁵ Vgl. § 4.1.1.2.

⁴¹⁶ Van Galen 1997a, p. 257.

boedelschuld gaat steeds in rang boven een reeds bestaande 'oudere' boedelschuld.⁴¹⁷ Op deze hoofdregel bestaat een uitzondering: het salaris en de verschotten van de curator wordt preferent ten opzichte van alle boedelschulden voldaan. Verder kan de *posterior tempore* regel doorbroken worden door de vestiging van een pand- of hypotheekrecht.⁴¹⁸ Als boedelschulden tegelijk zijn ontstaan, gelden tussen die boedelschulden onderling de wettelijke voorrangregels. Kan van boedelschulden niet worden vastgesteld welke het eerste is ontstaan, dient aangenomen te worden dat ze tegelijkertijd zijn ontstaan.⁴¹⁹

Ter rechtvaardiging van deze rangorde beroept Van Galen zich naar analogie op wettelijke voorranggronden die 'functionele voorrang' verschaffen, zoals het voorrecht wegens kosten tot behoud (artikel 3:284 BW).⁴²⁰ Nu het faillissement gericht is op beheer en vereffening van de boedel, strekken de daarmee gepaard gaande kosten – de eigenlijke boedelschulden – "voor een belangrijk deel tot behoud en tot executie en vereffening ten behoeve van de (boedel)schuldeisers die bestaan op het moment waarop de kosten gemaakt worden."⁴²¹

Ik verwerp de opvatting van Van Galen. Het gemaakte onderscheid binnen de boedelschulden onderling vindt geen steun in het systeem van de (Faillissements)wet. De rangorde die Van Galen verdedigt vindt eveneens geen steun in de (Faillissements)wet. Voor die rangorde bestaat ook geen rechtvaardiging. Daarnaast is de rangorde willekeurig.⁴²² Ik licht dit hieronder toe.

Het onderscheid tussen eigenlijke boedelschulden en oneigenlijke boedelschulden onderschrijf ik.⁴²³ Het verdient daarbij evenwel opmerking dat boedelschulden uit hoofde van artikel 39 en 40 Fw niet *altijd* oneigenlijk zijn. Zij kunnen immers ook strekken tot executie en vereffening, in welk geval het eigenlijke executiekosten behoren te zijn. Ik zou dergelijke boedelschulden daarom niet categorisch als oneigenlijk willen definiëren.⁴²⁴ Daarnaast behoort de derde categorie van Van Galen niet tot de eigenlijke boedelschulden, maar tot de oneigenlijke boedelschulden. Deze boedelschulden strekken immers niet tot executie en vereffening.⁴²⁵ Ik zie in het systeem van de (Faillissements)wet geen rechtvaardiging voor gelijke preferentie met boedelschulden die wél strekken tot executie en vereffening. Sinds jaar en dag zijn kosten van executie en vereffening preferent ten opzichte van andere kosten. Dit noopt juist tot preferentie van boedelschulden die wél strekken tot executie en vereffening – categorie (1) en (2) – ten opzichte van de boedelschulden die daar niet toe strekken – categorie (3).

De rangorde op basis van de *posterior tempore* regel vindt geen steun in de (Faillissements)wet. Van Galen baseert die rangorde op een analogie met (onder andere) het voorrecht wegens kosten tot behoud. Dit terwijl voor dergelijke analogieën géén plaats is binnen het gesloten systeem van voorrang.⁴²⁶ Daarnaast heeft het voorrecht wegens kosten tot behoud een zeer beperkte reikwijdte die restrictief uitgelegd dient te worden.⁴²⁷ Niet iedere 'jongere' boedelschuld is gemaakt om een zaak – volgens van Galen de 'oudere' boedelschulden – in fysieke zin voor tenietgaan te behouden. Gevolg van de opvatting van Van Galen is dat, zonder dat de wet hiertoe klaarblijkelijk aanleiding

⁴¹⁷ Van Galen 1997b, p. 277-278. Dit met dien verstande dat de oneigenlijke boedelschulden zijn achtergesteld ten opzichte van de eigenlijke boedelschulden. Eerst dienen de eigenlijke boedelschulden aan de hand van de *posterior tempore* regel te worden voldaan. Resteert nog voldoende actief in de boedel, worden vervolgens de oneigenlijke boedelschulden aan de hand van de *posterior tempore* regel voldaan. Daarna komen eventuele faillissementsschuldeisers nog aan bod. Daar geldt het wettelijk preferentiestelsel (Titel 10 Boek 3 BW).

⁴¹⁸ Van Galen 1997b, p. 277.

⁴¹⁹ Van Galen 1997b, p. 277-278.

⁴²⁰ Met 'functionele voorrang' bedoelt Van Galen "voorrang in verband met de functie van de werkzaamheden waarvoor de vordering de contraprestatie vormt." Andere voorbeelden dan kosten tot behoud zijn volgens Van Galen art. 3:285 lid 2 BW en artt. 8:213 lid 2, 8:224 lid 1, 8:824 lid 1 BW (hulploon)). Zie: Van Galen 1997b, p. 276-277.

⁴²¹ Van Galen 1997b, p. 277.

⁴²² Zo stelt ook Verstijlen dat het systeem van Van Galen niet in het wettelijk systeem van voorrang past. Zie: Verstijlen 1998, p. 181.

⁴²³ Zie § 4.1.1.1 & 4.1.1.2.

⁴²⁴ Zie § 4.1.1.2.

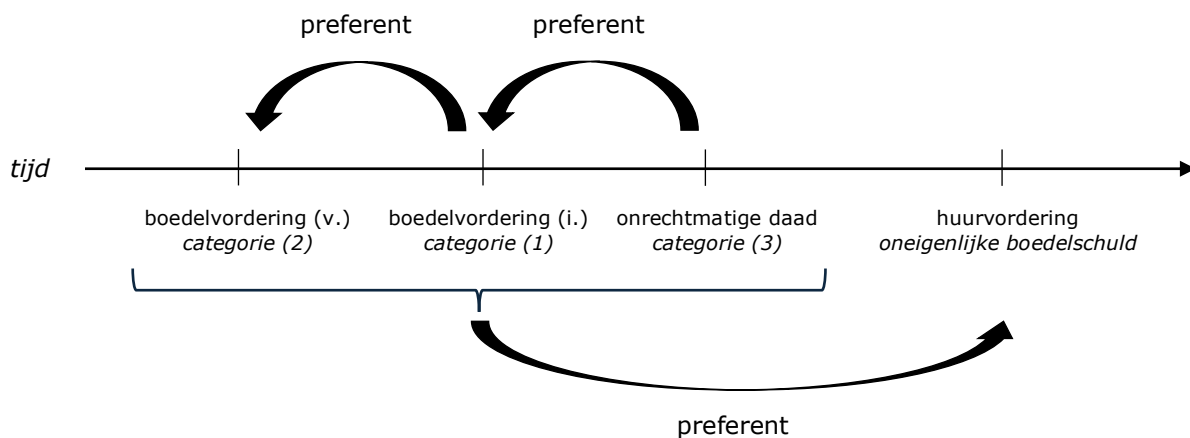
⁴²⁵ Zie § 4.1.1.2.

⁴²⁶ Zie § 3.4.1 & 3.5.2.

⁴²⁷ Zie § 3.5.2.

geeft, preferentie wordt toegekend aan de 'jonge' boedelschuld. Dit resulteert in een ongerechtvaardigde inbreuk op de *paritas creditorum*.

De opvatting van Van Galen behelst, net als die van Verstijlen,⁴²⁸ een zekere mate van willekeur.⁴²⁹ Dit laat zich het best illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel na faillietverklaring ontstaat eerst boedelvordering (v.). In de opvatting van Van Galen zou dit onder categorie (2) vallen: het is een boedelschuld gemaakt in het belang van de schuldeisers, maar houdt niet direct verband met executie en vereffening. Daarna ontstaat boedelvordering (i.). Dit is een categorie (1) boedelschuld in de opvatting van Van Galen: het inschakelen van de verkoopmakelaar houdt direct verband met de executie van de loods. Gevolg van de prioriteitsregel is dat boedelvordering (i.) preferent is ten opzichte van boedelvordering (v.): boedelvordering (i.) is immers 'jonger'. Daar bestaat mijns inziens geen rechtvaardiging voor. De boedelschulden die kwalificeren als kosten van executie en vereffening behoren onderling gelijk in rang te zijn.⁴³⁰ Stel nu dat na het ontstaan van boedelvordering (i.) een categorie (3) boedelschuld ontstaat uit hoofde van een door de curator gepleegde onrechtmatige daad. Die categorie (3) boedelschuld is, gelet op de prioriteitsregel, preferent ten opzichte van de categorie (1) en (2) boedelschulden. Zoals gezegd, bestaat daar mijns inziens geen rechtvaardiging voor. Stel tot slot dat later in het faillissement een huurvordering ontstaat. Volgens Van Galen is dat een oneigenlijke boedelschuld die, ondanks dat die 'jonger' is, achtergesteld is bij de eerdergenoemde drie boedelschulden. Slechts de achterstelling van de oneigenlijke boedelschuld ten opzichte van de categorie (1) en (2) boedelschulden kan mijns inziens gerechtvaardigd worden.⁴³¹ De achterstelling van de oneigenlijke boedelschuld ten opzichte van de categorie (3) boedelschuld kan echter niet gerechtvaardigd worden. Beide boedelschulden strekken niet tot executie en vereffening. Beide boedelschulden zijn uit hoofde van een ander belang dan die van de gezamenlijke schuldeisers tot boedelschuld gemaakt ter bescherming van dit andere belang.⁴³² Nu beide boedelschulden gelijk zijn, dienen zij gelijk behandeld te worden.⁴³³



Gelet op het voorgaande, concludeer ik dat de opvatting van Van Galen geen grondslag zijn voor de preferentie van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel.

4.3 Feitelijke voorrang: het doorbreken van de rangorde in het belang van de boedel

Mijns inziens kan het leerstuk van feitelijke voorrang geen grondslag zijn voor de preferentie van de nieuwe boedelvordering. Ik licht dat hieronder toe.

⁴²⁸ Zie § 4.1.3.1.

⁴²⁹ Zo ook: Verheul 2022, p. 171.

⁴³⁰ Behoudens redenen van wettelijke voorrang.

⁴³¹ Zie § 3.6. Met dien verstande dat de huurvordering *niet* strekt tot executie en vereffening. Strekt de huurvordering *wel* tot executie en vereffening, kan die huurvordering mijns inziens niet achtergesteld worden ten opzichte van andere kosten van executie en vereffening. Zie § 4.1.1.2.

⁴³² Zie § 4.1.1.2.

⁴³³ Vgl. § 3.1.

4.3.1 Andere opvattingen

Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de curator bevoegd is de *paritas creditorum* te doorbreken door een faillissementsschuldeiser tot een hoger bedrag te voldoen dan waarop hij aanspraak zou hebben, mits dit in het belang van de boedel is. In dat verband wordt gesproken van feitelijke voorrang.⁴³⁴

Met een beroep op de feitelijke voorrang, wordt in de literatuur in het algemeen aangenomen dat de curator bij de afwikkeling van een negatieve boedel een door hem ingeschakelde derde vooraf en integraal mag betalen. Boekraad beroept zich hiertoe op de jurisprudentie van de Hoge Raad over dwangcrediteuren. Ondanks dat de curator in feite bij verschillende derden terecht kan ter afwikkeling van de boedel, stelt Boekraad dat geen van hen wil contracteren met de curator wanneer zij weten dat integrale betaling niet verzekerd is.⁴³⁵ Met andere woorden: de derden die de curator inschakelt ter afwikkeling van de negatieve boedel kunnen zich opstellen als dwangcrediteur.⁴³⁶ Wel mag volgens Boekraad niet te snel aangenomen worden dat een boedelschuld op grond van feitelijke voorrang vooraf en integraal voldaan mag worden; slechts in uitzonderingsgevallen is een dergelijke inbreuk op de *paritas creditorum* gerechtvaardigd. De inbreuk op de *paritas creditorum* moet in belang van de boedel zijn:

“Het criterium zal steeds moeten zijn of met het inschakelen van de derde per saldo een hogere opbrengst of beperkter verlies kan worden gerealiseerd. Is dat het geval, dan rechtvaardigt het belang van de boedel de doorbreking van de *paritas creditorum* ten aanzien van de vordering van deze derde.”⁴³⁷

Boekraad zijn voorkeur gaat uit naar preferentie uit hoofde van feitelijke voorrang. In zijn opvatting zijn boedelschulden die het gevolg zijn van het inschakelen van derden door de curator en gemaakt worden ten behoeve van executie en vereffening *niet* preferente als vereffeningskosten in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW. Hij beperkt om die reden de vereffeningskosten slechts tot het salaris en de verschotten van de curator.⁴³⁸

Anders dan Boekraad, doet Verstijlen slechts als alternatief een beroep op het leerstuk van feitelijke voorrang als grondslag voor het vooraf en integraal voldoen van derden die met de curator contracteren. Feitelijke voorrang als grondslag heeft niet zijn voorkeur. Zijn voorkeur gaat uit naar de door hem verdedigde opvatting dat, naar analogie met de afwikkeling van een positieve boedel, de ‘nieuwe boedelschulden’ als kosten van executie en vereffening preferent zijn ten opzichte van de ‘oude boedelschulden’.⁴³⁹ Hij is dan ook terughoudender dan Boekraad en schrijft:

“De Hoge Raad lijkt toe te staan dat de *paritas creditorum* tussen faillissementsschuldeisers wordt doorbroken indien dat in het belang van de boedel is. (...) Men zou kunnen stellen dat ‘het belang van de boedel’ ook een doorbreking van de *paritas creditorum* tussen de boedelschuldeisers kan rechtvaardigen”.⁴⁴⁰

Boekraad meent dat het de curator niet alleen is toegestaan feitelijke voorrang te *verschaffen* door deze vooraf te betalen. Hij stelt, in navolging van de Werkgroep Faillissementskosten,⁴⁴¹ dat het de

⁴³⁴ Zie § 3.6.

⁴³⁵ Boekraad 1997, p. 217-218.

⁴³⁶ Uit empirisch onderzoek van Bakker blijkt dat respondenten van het onderzoek verklaarden dat partijen ‘soms tot vaak’ alsnog een overeenkomst met de curator aangaan als zij op de hoogte zijn van het risico van een negatieve boedel. Zie: Bakker 2025, p. 155-156. Het is dus de vraag in hoeverre derden zich daadwerkelijk effectief als dwangcrediteur kunnen opstellen jegens de curator.

⁴³⁷ Boekraad 1997, p. 218.

⁴³⁸ Hij acht dit wel verdedigbaar, maar zijn voorkeur gaat uit naar preferentie uit hoofde van feitelijke voorrang. Zie: § 4.1.3.2.

⁴³⁹ Zie § 4.1.3.1.

⁴⁴⁰ Verstijlen 1995, p. 95, voetnoot 19.

⁴⁴¹ De Werkgroep Faillissementskosten heeft in oktober 1995 voorlopige conclusies over de verdeling van faillissementskosten voorgelegd aan INSOLAD en het Instituut voor Insolventierecht. Die voorlopige conclusies zijn niet gepubliceerd. In de literatuur wordt wel naar dit stuk verwezen. Zie: Van Galen 1997a, p. 258; Verstijlen 1998, p. 181.

curator ook is toegestaan de derde bij overeenkomst te *garanderen* dat deze vooraf betaald wordt. Ondanks “dat een schuldenaar en een schuldeiser buiten faillissement niet bij overeenkomst kunnen bepalen dat een vordering bij voorrang zal worden voldaan”, kan de curator dat wel.⁴⁴² Boekraad neemt dit op praktische gronden aan en vindt dat dogmatische onderbouwing gevonden kan worden in de bijzondere positie die de curator als vereffenaar inneemt.⁴⁴³ Verstijlen, Van Galen en Verheul verzetten zich hiertegen. Zij menen dat de curator niet bij overeenkomst kan garanderen dat een derde vooraf betaald wordt. Dat zou in strijd zijn met het gesloten systeem van wettelijke voorrang.⁴⁴⁴

4.3.2 Verwerping van feitelijke voorrang als grondslag

Mijns inziens kan uit het leerstuk van feitelijke voorrang niet afgeleid worden dat de curator in het belang van boedel inbreuk kan maken op de *paritas creditorum* door buiten de wettelijke rangorde om preferentie toe te kennen aan bepaalde schuldeisers.

De jurisprudentie van de Hoge Raad dient mijns inziens begrepen te worden in het licht van artikel 37 Fw. Uitgangspunt is dat het faillissement de overeenkomsten waarbij de failliet partij is onverlet laat.⁴⁴⁵ Het is om die reden dat de Hoge Raad in *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* en latere jurisprudentie geoordeeld heeft dat een faillissementsschuldeiser ook in het geval van faillissement zijn verplichtingen jegens de failliet kan opschorten teneinde betaling af te dwingen van een vóór faillietverklaring ontstane schuld.⁴⁴⁶ Het ontnemen van het opschortingsrecht zou immers in strijd zijn met het uitgangspunt dat het faillissement bestaande overeenkomsten onverlet laat.⁴⁴⁷

De faillissementsschuldeiser kan aldus door van zijn opschortingsrecht gebruik te maken, betaling van de curator afdwingen. Indien de curator de prestatie van de faillissementsschuldeiser in het belang van de boedel wenst te verkrijgen, is hij gehouden de overeenkomst gestand te doen. Dogmatisch ‘dwingt’ de dwangcrediteur derhalve de *gestanddoening* van de overeenkomst af. Door gestanddoening van de overeenkomst raakt de boedel verbonden voor de daaruit voortvloeiende verplichting. Deze verplichting wordt een boedelschuld.⁴⁴⁸ Omdat een boedelschuld een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft, kan de curator de vordering van de faillissementsschuldeiser direct uit de boedel voldoen.⁴⁴⁹ De faillissementsschuldeiser wiens overeenkomst gestand wordt gedaan ‘promoveert’ aldus tot boedelschuldeiser. Het is deze promotie waaraan de schuldeiser het recht ontleent onmiddellijk – zonder verificatie – uit de boedel te worden voldaan.

Doorbreking van de *paritas creditorum* vindt dus *niet* plaats doordat de curator preferentie toekent aan de vordering van de faillissementsschuldeiser, maar doordat het systeem van de Faillissementswet aan gestanddoening het gevolg verbindt dat de faillissementsschuldeiser een boedelvordering verkrijgt. De bevoorrechte positie die de gepromoveerde faillissementsschuldeiser verkrijgt, vloeit aldus voort uit de keuze van de curator de overeenkomst in het belang van de boedel gestand te doen. Het is echter het systeem van de Faillissementswet die aan die keuze van de curator het gevolg verbindt dat een faillissementsvordering promoveert tot boedelvordering. De curator kent geen preferentie toe, maar ‘activeert’ slechts een wettelijk uitzondering op de *paritas creditorum*.

Hieruit kan niet worden afgeleid dat de curator eveneens de bevoegdheid heeft om preferentie toe te kennen aan een faillissementsvordering of om binnen de categorie van boedelvorderingen een afwijkende rangorde te creëren. De curator heeft slechts de discretionaire bevoegdheid de overeenkomst gestand te doen. Artikel 37 Fw biedt slechts een wettelijke grondslag voor de promotie

⁴⁴² Boekraad 1997, p. 219.

⁴⁴³ Boekraad 1997, p. 219-221.

⁴⁴⁴ Verstijlen 1998, p. 181; Van Galen 1997a, p. 258; Verheul 2022, p. 171. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*), punt 6.

⁴⁴⁵ Van der Feltz 2016a, p. 409. Zie ook: Van Zanten 2012, par. 3.2.

⁴⁴⁶ Zie § 3.6.1.

⁴⁴⁷ Zie § 3.6.3.

⁴⁴⁸ Dit is niet expliciet in de Faillissementswet geregeld, maar wordt wel aangenomen. Zie: Van Zanten 2012, par. 4.6.1.1.

⁴⁴⁹ Zie § 2.2.

van een faillissementsvordering tot boedelvordering. Die boedelvordering is, zo heeft het hof 's-Hertogenbosch geoordeeld, een *concurrente* boedelvordering.⁴⁵⁰ De Faillissementswet voorziet niet in de mogelijkheid om deze concurrente boedelvordering vervolgens tevens boven andere boedelschuldeisers te verheffen. Een dergelijke bevoegdheid zou in strijd zijn met het gesloten systeem van wettelijke voorrang.⁴⁵¹

Bij de afwikkeling van een positieve boedel kan de gepromoveerde faillissementsschuldeiser net als iedere andere boedelschuldeiser onmiddellijke betaling vorderen van de curator, eventueel door het leggen van beslag.⁴⁵² Dit betekent niet dat de gepromoveerde faillissementsschuldeiser een hogere rang heeft dan andere boedelschuldeisers. Het betekent slechts dat er voldoende actief is om zijn boedelvordering direct en integraal te voldoen. Bij de afwikkeling van een negatieve boedel ligt dit anders. Het beschikbare boedelactief moet overeenkomstig de wettelijke rangorde worden verdeeld onder de boedelschuldeisers.⁴⁵³ De gepromoveerde faillissementsschuldeiser heeft een concurrente boedelvordering, maar is niet verzekerd van directe en integrale betaling.

Uit het leerstuk van feitelijke voorrang kan derhalve niet worden afgeleid dat de curator bevoegd is preferentie toe te kennen aan een bepaalde schuldeiser. De preferentie van boedelvorderingen die ontstaan doordat de curator kosten maakt ter afwikkeling van een negatieve boedel kan daarop dan ook niet gebaseerd worden. Anders dan bij artikel 37 Fw gaat het hier niet om het gestand doen van een reeds bestaande overeenkomst, maar om het *aangaan* van een nieuwe overeenkomst door de curator. De boedelvordering die daardoor ontstaat is, net als de boedelvordering die voortvloeit uit gestanddoening, een *concurrente* boedelvordering. Dat deze boedelvordering een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft, betekent bij de afwikkeling van een negatieve boedel echter niet dat zij ook recht geeft op directe en integrale betaling. Het beschikbare boedelactief dient immers overeenkomstig de wettelijke rangorde verdeeld te worden onder de boedelschuldeisers.⁴⁵⁴

Het leerstuk van feitelijke voorrang biedt geen grondslag voor het promoveren van een concurrente boedelvordering tot preferente boedelvorderingen. Daarmee zou een nieuwe preferentie gecreëerd worden in strijd met het gesloten systeem van wettelijke voorrang.⁴⁵⁵ Ook uit *Ontvanger/Hamm q.q.* kan niet een algemene regel afgeleid worden die voorziet in de bevoegdheid van de curator een concurrente boedelschuld in het belang van de boedel tot preferente boedelschuld te promoveren.⁴⁵⁶ Pogingen tot promotie van een concurrente boedelschuld naar een preferente boedelschuld worden in de rechtspraak dan ook van de hand gewezen.⁴⁵⁷

4.4 Conclusie

De preferentie van een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel kan mijns inziens gebaseerd worden op oneigenlijke voorrang. De preferentie kan in de regel niet gebaseerd worden op een van de andere grondslagen. Wettelijke voorrang biedt in de regel geen grondslag voor de preferentie van de nieuwe boedelvordering. Slechts wanneer een *specifieke* nieuwe boedelvordering samenvalt met een wettelijke voorrangrecht, heeft die nieuwe boedelvordering preferentie. Niet gezegd kan worden dat preferentie van *alle* nieuwe boedelvorderingen op een wettelijke grondslag kan berusten. Feitelijke voorrang biedt evenmin een grondslag voor preferentie van de nieuwe boedelvordering. Oneigenlijke voorrang biedt daarentegen wél een grondslag. Mijns inziens moet de nieuwe boedelvordering gekwalificeerd worden als eigenlijke executiekosten, omdat deze wordt gemaakt ter afwikkeling van de negatieve boedel in het

⁴⁵⁰ Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLINL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*), r.o. 6.6.1-6.6.4.

⁴⁵¹ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLINL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*), punt 6.

⁴⁵² Zie § 2.2.

⁴⁵³ Zie § 2.3.

⁴⁵⁴ Zie § 2.3.

⁴⁵⁵ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLINL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*), punt 6.

⁴⁵⁶ Zie § 3.4.1.1.

⁴⁵⁷ Zie § 3.4.1.1.

belang van de gezamenlijke schuldeisers. De preferentie van eigenlijke executiekosten is een fundamenteel uitgangspunt in ons recht. Dit wordt alleszins rechtvaardig geacht.

5 Conclusie

Bij de afwikkeling van de negatieve boedel is het onvermijdelijk dat de curator kosten maakt. Hierdoor ontstaan boedelvorderingen die strekken tot vergoeding van die kosten: de nieuwe boedelvorderingen. Met grote eenstemmigheid wordt aangenomen dat dergelijke boedelvorderingen niet simpelweg achteraan in de rangorde behoren te staan. Het is evenwel onduidelijk of voor preferente voldoening van de nieuwe boedelvordering een grondslag bestaat. Mijns inziens is dit het geval; de curator kan de nieuwe boedelvordering preferent voldoen boven andere boedelvorderingen.

Bij de afwikkeling van een negatieve boedel is er onvoldoende actief om alle boedelvorderingen integraal te voldoen. Doordat tussen de boedelschuldeisers onderling sprake is van een *concursum*, komt de rangorde in beeld. De Faillissementswet bevat op dit punt een leemte. De Hoge Raad heeft die leemte opgevuld: bij de afwikkeling van een negatieve boedel worden de boedelschulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke boedelschuld voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). De rangorde bij de afwikkeling van een negatieve boedel is aldus gelijk aan de rangorde bij de afwikkeling van een positieve boedel.

Zoals bij elke executie of vereffening dienen ook in faillissement de executiekosten eerst te worden voldaan. De executiekosten hebben oneigenlijke voorrang: aan de executiekostenvordering is geen wettelijke voorrangrecht verbonden, wel is die vordering preferent omdat die eerst uit de opbrengst moet worden voldaan. Bij de afwikkeling van een positieve boedel gelden *alle* boedelschulden als executiekosten in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW. Op deze manier wordt recht gedaan aan de bijzondere karakteristiek van de boedelschulden: zij geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel en behoren daaruit direct – zonder verificatie – te worden voldaan. Dit betekent evenwel niet dat alle boedelschulden naar hun aard kosten van executie en vereffening zijn. Hoewel van alle boedelschulden gerechtvaardigd wordt geacht dat deze ten laste behoren te komen van alle faillissementsschuldeisers, ligt aan die preferentie niet een en dezelfde rechtvaardiging ten grondslag. Slechts voor een deel van de boedelschulden geldt dat zij preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschuldeisers omdat zij naar hun aard kosten van executie en vereffening zijn.

Slechts de boedelschulden die gemaakt worden ter executie en vereffening van de boedel ten behoeve van gezamenlijke schuldeisers zijn naar hun aard executiekosten. Ik noem deze boedelschulden 'eigenlijke executiekosten'. Slechts voor deze boedelschulden geldt de rechtvaardiging van de preferentie van kosten van executie en vereffening. De overige boedelschulden noem ik 'quasi-executiekosten'. Als boedelschulden worden zij wel onmiddellijk uit de boedel voldaan, maar deze boedelschulden zijn naar hun aard geen kosten van executie en vereffening. Andere belangen rechtvaardigen dat dergelijke boedelschulden preferent zijn ten opzichte van de faillissementsschuldeisers.

De preferentie van kosten van executie en vereffening is een fundamenteel uitgangspunt in ons recht. De rechtvaardiging daarvan heeft, in tegenstelling tot andere preferenties, nimmer ter discussie gestaan. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 3:277 BW illustreert dat deze kosten van oudsher preferent zijn. De oude waarheid – de kost gaat voor de baat uit – mag geen geweld aan worden gedaan. De preferentie van kosten van executie en vereffening staat aldus buiten kijf. Gelet hierop, behoren de boedelschulden die naar hun aard kosten van executie en vereffening zijn preferent te zijn ten opzichte van boedelschulden van een andere aard. Dit betekent dat de eigenlijke executiekosten preferent zijn ten opzichte van de quasi-executiekosten. Ik heb dit schematisch als volgt weergegeven, waarbij geldt dat de linker kolom steeds preferent is ten opzichte van de kolom(men) rechts daarvan.

Boedelschulden		Faillissementsvorderingen	
<i>Eigenlijke</i> executiekosten	<i>Quasi</i> executiekosten	Preferente faillissementsvorderingen	Concurrente faillissementsvorderingen

Het onderscheid tussen eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten kan zowel bij de afwikkeling van een positieve boedel als bij de afwikkeling van een negatieve boedel worden gemaakt. In beide gevallen is het gerechtvaardigd dat de eigenlijke executiekosten preferent zijn ten opzichte van de quasi-executiekosten. Het resultaat hiervan is dat in een positieve en negatieve boedel de rangorde hetzelfde is. Bij een positieve boedel is evenwel geen sprake van een *concursum* tussen de boedelschuldeisers, waardoor dit onderscheid voor de afwikkeling niet gemaakt hoeft te worden. Alle boedelschuldeisers kunnen immers integraal worden voldaan. Bij een negatieve boedel is er wel een *concursum* tussen de boedelschuldeisers; de nieuwe boedelvorderingen behoren dan als eigenlijke executiekosten preferent te worden voldaan.

Het onderscheid tussen eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten kan bestaan naast het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten. Het oordeel van de Hoge Raad in *MeesPierson/Mentink q.q.* verzet zich hier niet tegen. Sterker nog, dit oordeel onderschrijft dat een dergelijk onderscheid gemaakt moet worden teneinde bij de afwikkeling van een negatieve boedel een rangorde aan te brengen.

In conclusie kan de preferentie van een nieuwe boedelvordering worden gebaseerd op de figuur van oneigenlijke voorrang. Binnen de boedelschulden kan onderscheid worden gemaakt tussen eigenlijke executiekosten en quasi-executiekosten. Dit onderscheid ligt in het geldende recht besloten. Eveneens ligt in het geldende recht besloten dat de eigenlijke executiekosten preferent behoren te zijn ten opzichte van de quasi-executiekosten. Dit betekent dat de nieuwe boedelvordering preferent door de curator kan worden voldaan; die strekt immers tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en kwalificeert aldus als eigenlijke executiekosten.

Hoewel oneigenlijke voorrang niet de enige grondslag is voor het preferent voldoen van (boedel)vorderingen, kan de nieuwe boedelvordering aan andere mogelijke grondslagen geen preferentie ontlenen. De nieuwe boedelvordering kan in het algemeen géén preferentie ontlenen aan de wettelijke voorrangsgrounden. De wet kent een gesloten systeem van voorrang. Als uitzondering op de *paritas creditorum* moeten de wettelijke voorrangsgrounden strikt geïnterpreteerd worden en is er geen ruimte voor uitbreiding van de voorrangsgrounden naar analogie. Er is geen specifieke wettelijke voorrangsground die expliciet voorziet in de preferentie van de nieuwe boedelvordering in het algemeen. Dit neemt niet weg dat een specifieke nieuwe boedelvordering onder omstandigheden wel preferent kan zijn gelet op een specifieke wettelijk voorrangsground. In de regel zal dit echter niet het geval zijn. De nieuwe boedelvordering kan ook aan de figuur van feitelijke voorrang geen preferentie ontlenen. De preferentie die het gevolg is van feitelijke voorrang berust enkel op de gestanddoening van een overeenkomst door de curator, niet op de bevoegdheid van de curator een vordering preferentie toe te kennen. Een dergelijke bevoegdheid zou in strijd zijn met het gesloten systeem van wettelijke voorrang.

Ik merk nog het volgende op. De situatie kan zich voordoen dat de boedel dusdanig negatief is dat er niet voldoende actief beschikbaar is om alle eigenlijke executiekosten integraal te voldoen. Hier kan mijn ruime definitie van eigenlijke executiekosten mede debet aan zijn. Dit zijn immers al die boedelschulden gemaakt ter afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het is denkbaar dat de som van die boedelschulden hoog oploopt. Ik stel mijzelf daarom nog de vraag welke rangorde geldt als de boedel niet over voldoende actief beschikt om alle eigenlijke executiekosten integraal te voldoen. Ik meen dat het antwoord op deze vraag moet luiden dat de eigenlijke executiekosten naar rato moeten worden voldaan. De *paritas creditorum* brengt immers mee dat alle boedelschuldeisers binnen de categorie van eigenlijke executie onderling gelijk zijn. Er is naar mijn mening geen rechtvaardiging om op die gelijkheid van schuldeisers inbreuk te maken

door sommige eigenlijk executiekosten wel en andere niet te voldoen. Het naar rato voldoen van de eigenlijke executiekosten stuit nauwelijks op wezenlijke bezwaren. Ondanks dat veel boedelschulden mogelijk onder de noemer van eigenlijke executiekosten gebracht kunnen worden, zullen dit niet altijd de boedelschulden zijn die het hoogste bedrag vertegenwoordigen. Zo zal een boedelschuld uit hoofde van onrechtmatige daad door de curator of het niet naleven van een milieuverplichting veelal zwaarder op de boedel drukken dan de kosten van een verkoopmakelaar of een schoonmaakbedrijf teneinde een loods te verkopen en bezemschoon op te leveren. Daarnaast verwacht ik niet dat dit invloed heeft op de bereidheid van derden om met de curator te contracteren ter afwikkeling van de boedel. Uit empirisch onderzoek van Bakker blijkt namelijk dat derden soms ook bereid zijn te contracteren met de curator als zij weten dat de boedel negatief is en zij mogelijk niet (helemaal) betaald worden.

Alles overziende is de conclusie: de curator kan een boedelvordering tot vergoeding van kosten gemaakt ter afwikkeling van een negatieve boedel voldoen boven andere boedelvorderingen. Wie de curator helpt de boedel af te wikkelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, behoort immers niet achteraan in de rij te staan. Dit is geen bijzonderheid, maar een consequentie van het systeem van de (Faillissements)wet.

Literatuurlijst

Van Andel & Van Zanten 2013

W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake *Koot Beheer/Tideman q.q.*', *TvI* 2013/26.

Bakker 2025

I.E.J. Bakker, 'De negatieve boedel vanuit Nederlands, Duits en empirisch perspectief', *TvI* 2025/17, p. 147-157.

Boekraad 1996

G.A.J. Boekraad, 'Boedelschulden: het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht Deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (Serie Onderneming en Recht Deel 9) (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Boekraad 2007

G.A.J. Boekraad, 'Onverschuldigde betaling in faillissement. HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419, m.nt. PvS (Van der Werff q.q./BLG)', *MvV* 2007/10, p. 209-213.

Boekraad 2020

G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *TvI* 2020/38, p. 267-271.

Commissie Houwing 1974

Commissie bevoorrechting van vorderingen (Commissie Houwing), *Rapport van Commissie bevoorrechting van vorderingen*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1974.

Diephuis 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* (Deel VII), Groningen: J.B. Wolters 1886.

Van Eeghen 2000

L.J. van Eeghen, 'Van de (on-)mogelijkheden een negatieve boedel te vereffenen. Gelijkheid van alle boedelcrediteuren behoudens wettelijke rangorde? De 'Beklamel-norm'. Een onzalig voorstel tot wetswijziging: 57a Fw (eerste zin). De Ranitz q.q./Ontvanger; Ontvanger/Hamm q.q. e.a.', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 487.

Erasmus 1976

W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen. Preferenties naar geldend en wordend recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Faber & Vermunt 2017

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen. Hoe moet een onrechtmatig verkregen (executie)opbrengst worden verdeeld?', in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijk recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Onderneming & Recht nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 151-166.

Van der Feltz 2016a

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I 1896* (Onderneming en Recht Deel 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Feltz 2016b

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz II 1897* (Onderneming en Recht Deel 2-II), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Fesevur 2017

J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Monografieën BW nr. B13), Deventer: Kluwer 2017.

Franken 2001

M.J.M. Franken, 'De stoelendans. Een ongewenste tango van Boek 6 met Boek 3', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 45-58.

Franken 2019

M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief* (Recht en Praktijk nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Galen 1996a

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (I)', *WPNR* 1996/6225, p. 393-397.

Van Galen 1996b

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (II, slot)', *WPNR* 1996/6226, p. 413-417.

Van Galen 1997a

R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement (I)', *WPNR* 1997/6266, p. 255-258.

Van Galen 1997b

R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement (II, slot)', *WPNR* 1997/6267, p. 275-279.

Van Hees 2014

T. van Hees, 'Omwervingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen', *TvI* 2014/28.

Kortmann 2006

S.C.J.J. Kortmann, 'De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare Ontvanger/Hamm q.q.-regel', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *10 jaar "JOR" alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017

R.W.E. van Leuken. M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Liagre Böhl 1991

E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement. Naar huidig en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991.

De Liagre Böhl 1997

E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'De 'Nijmeegse leer' inzake de bijzondere faillissementskosten en de verdeling van de negatieve boedel', *TvI* 1997/3, p. 77-80.

Lok 2014

M.E.C. Lok, 'Het toedoen ten onder (I)', *WPNR* 2014/7004, p. 106-115.

Meesterman 2022

S.A. Meesterman, 'De omgangswijze van curatoren met boedelschuldeisers gezien vanuit het verbintenissen- en faillissementsrecht', *MvV* 2022/11, p. 390-397.

Van Mierlo 2004

A.I.M. van Mierlo, 'Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn?', *TvI* 2004/55.

Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2024

A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzemiński (m.m.v. E.F. Verheul), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Noteboom 2023

J. Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement: een meervoudige plaatsbepaling*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Pannevis 2019

N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen* (Onderneming en Recht nr. 114) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Pannevis 2023

N.B. Pannevis, 'De rang van vorderingen', *NTBR* 2023/9, p. 66-76.

Pannevis 2026

N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2026.

Parl. Gesch. BW Boek 3 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Pitlo 1977

A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2. Het zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1977.

Polak 1972

N.J. Polak, *Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel I. Derde gedeelte. Faillissement en surséance van betaling*, Groningen: Tjeenk Willink 1972.

Polak 1994

C.E. Polak, 'Omslag in de omslag!(?) van algemene faillissementskosten', *NJB* 1994/5, p. 154-156.

Rank-Berenschot 1993

E.B. Rank-Berenschot, 'De paritas creditorum geprolongeed. Over voorrecht en verrekening', in: M.E. Franke e.a., *Beginnelen van vermogensrecht* (BW-krant jaarboek 1993), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Rikkert 2022

B. Rikkert, 'Hoe zijn onze faillissementsboedels eruit?', *TvI* 2022/26, p. 180-187.

Steneker & Tekstra 2025

A. Steneker & A.J. Tekstra, *De negatieve boedel* (Recht & Praktijk, nr. InsR24), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Tekstra 2008

A.J. Tekstra, 'Voorrang en voorrecht, inclusief de positie van de fiscus en overige fiscale aandachtspunten', in: J.A. van de Hal, C.M.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonchot, *Het Voortontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Van Uden 2024

R.C.P. van Uden, *Voorrang bij verhaal. Rechtvaardigingen en verklaringen* (Recht en Praktijk nr. InsR22), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Verbeek e.a. 2025

W.P. Verbeek e.a., 'De wiskunde leert ons dat er meer is dan pari passu: over de verdeling tussen schuldeisers van gelijke rang', *TvI* 2025/18, p. 160-171.

Verheul 2022

E.F. Verheul, 'De afwikkeling van een negatieve boedel', *TvI* 2022/25, p. 167-179.

Verstijlen 1995

F.M.J. Verstijlen, 'Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement', *NTBR* 1995/4, p. 93-96.

Verstijlen 1996

F.M.J. Verstijlen, 'Boedelschulden en de omslag van faillissementskosten', *NTBR* 1996/3, p. 81-84.

Verstijlen 1997

F.M.J. Verstijlen, 'Waarom kan de curator niet failliet?', *WPNR* 1997/6275, p. 417-419.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen 2001

F.M.J. Verstijlen, 'De erfenis van Ontvanger/Hamm q.q.', *WPNR* 2001/6463, p. 927-937.

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2006, p. 1157-1236.

Verstijlen 2008

F.M.J. Verstijlen, 'De spookprocedure van de boedelinsolventie', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder een octopus*, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Verstijlen 2025

F.M.J. Verstijlen, *Ongerechtvaardigde verrijking en insolventie. In het bijzonder ongerechtvaardigde verrijking van de faillissementsboedel* (Recht en Praktijk nr. InsR25), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Asser Procesrecht/Verstijlen 11 2025

F.M.J. Verstijlen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 11. Faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Verstijlen, in: T&C BW

F.M.J. Verstijlen, 'Voorrecht wegens kosten tot behoud; verhaalsrecht en voorrang', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Voorduin 1838

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* (Deel IV Burgerlijk Wetboek, art. 877-1268), Utrecht: Robert Natan 1838.

Voûte 1994

P.C. Voûte, 'Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden', *NTBR* 1994/10, p. 233-241.

Vriesendorp 2001

R.D. Vriesendorp, 'Zeker een goed verhaal. Contouren van een nieuw preferentiestelsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 3-11.

De Weijs 2010

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies. Naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling* (Recht en Praktijk nr. InsR1) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010.

Wessels 2019

B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht nr. II), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Wessels 2021

B. Wessels, *Vereffening van de boedel* (Wessels Insolventierecht nr. VII), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Wibier 2022

R.M. Wibier, *Compendium van het Nederlands faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Zanten 2009

T.T. van Zanten, 'Dwangcrediteuren, *paritas creditorum* en de continuïteit van de onderneming', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren* (Insolad Jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 91-110.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht & Praktijk, nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012.

Van Zanten 2022

T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 26 april 1923, ECLI:NL:HR:1923:176, *NJ* 1923, p. 833 (*Faillissement Blauwhoff*)
HR 28 november 1930, *NJ* 1931, p. 253 (*Hermans q.q./Teixeira de Mattos*)
HR 21 december 1951, ECLI:NL:HR:1951:105, *NJ* 1952/563
HR 19 september 1958, ECLI:NL:HR:1958:182, *NJ* 1959/113 (*Faillissement Kasteel*)
HR 8 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4151, *NJ* 1971/414 (*Bijlmer Doodslag*)
HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, *NJ* 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*)
HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (*Peeters q.q./Gatzen*)
HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0343, *NJ* 1988/964, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Den Hollander*)
HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2491, *NJ* 1989/613 (*Reco/Staat*)
HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, *NJ* 1990/61, m.nt. P. Schilfgaarde (*Tiethof/NMB*)
HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*)
HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0285, *NJ* 1991/630
HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*)
HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *JOR* 2023/309, m.nt. M.J.M. Franken (*MeesPierson/Mentink q.q.*)
HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*)
HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, *NJ* 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon Twente*)
HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, *NJ* 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*)
HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, *JOR* 2002/147, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*)
HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, *NJ* 2004/196, m.nt. W.M. Kleijn (*ProCall*)
Concl. A-G Verkade 13 juni 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF3413 (*ProCall*)
HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797
HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (*Nebula*)
HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, *JOR* 2007/221, m.nt. A. Steneker (*Van der Werff/BLG*)
Concl. A-G L.A.D. Keus, 8 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZZ4569 (*Van der Werff q.q./BLG*)
HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917
HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO Bank*)
HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*)
HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema/Uni-Invest*)
HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7066, *JOR* 2011/356, m.nt. A.J. Tekstra (*Dumatrust e.a./Ontvanger*)

HR 24 januari 2013, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, *NJ* 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Niehe/Heidinga*)
HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)
HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904 (*UWV/Curatoren Econcern N.V.*)
HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*)
HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*)
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, *NJ* 2016/289, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Maas q.q./Heineken*)
HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907 (*UWV/Aukema q.q.*)
HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Gem. Ridderkerk/Heijnen q.q.*)
HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, *NJ* 2022/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X. C.V./Curatoren PaperlinX*)
HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:968

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363, *JOR* 2018/313, m.nt. T.T. van Zanten (*Tandarts/Curator*)

Rechtbanken

Rb. Utrecht 12 februari 1954, ECLI:NL:RBUTR:1954:8, *NJ* 1954/733
Rb. Zwolle 21 januari 2000, *JOR* 2000/62, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*)
Rb. Arnhem 6 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR2803
Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9041, *JOR* 2012/64, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Drijber q.q./Oudshoorn*)
Rb. Noord-Holland 16 april 2026, ECLI:NL:RBNHO:2026:4149