

De rol van de paritas creditorum bij een faillissement

Citation for published version (APA):

Noteboom, J. (2022). *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement: Een meervoudige plaatsbepaling.* [, Open Universiteit]. Open University.

Document status and date:

Published: 04/11/2022

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 15 May. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



De rol van de paritas creditorum bij een faillissement: een meervoudige plaatsbepaling

mr. M.J. (Johan) Noteboom

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Open Universiteit
op gezag van de rector magnificus
prof dr. Th. J. Bastiaens
ten overstaan van een door het
College voor promoties ingestelde commissie
in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 4 november 2022 te Heerlen
om 13.30 uur precies

door
Marinus Johannes Noteboom

Promotor:

prof. mr. J.G.J. Rinkes, Open Universiteit

Copromotores:

mr. dr. M.L.H. Reumers, Open Universiteit

dr. P. Verboon, Open Universiteit

Leden beoordelingscommissie:

prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen, Rijksuniversiteit Groningen

prof. mr. B. Wessels, Universiteit Leiden (emeritus)

prof. dr. R.J. de Weijs, Universiteit van Amsterdam

prof. dr. M. Malsch, Open Universiteit

“We may therefore say that justice as fairness rests on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by birth or characteristic or merit of excellence but simply as human beings with the capacity to make plans and give justice.”¹

¹ Dworkin 2021/1997, p. 219.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen.....	11
Voorwoord.....	12
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	13
Onderzoeksthema.....	13
1.1 <i>State of the art</i>	13
1.2 Probleemstelling.....	16
1.3 Onderzoeksvragen.....	18
1.4 Onderzoeksmethoden.....	22
1.5 Reikwijdte onderzoek.....	23
1.6 Relevantie onderzoek.....	23
1.7 Plan van behandeling.....	24
Hoofdstuk 2: De <i>paritas creditorum</i> en de uitoefening in het individuele executierecht.....	25
Plan van behandeling.....	25
2.1 Persoonlijke rechten.....	25
2.2 Verhaalsrechten.....	27
2.3 Artikel 3:277 lid 1 BW.....	29
2.4 De gelijke verhaalsrechten doorbroken: de uitzonderingen op de <i>paritas creditorum</i>	31
2.4.1 Pand en hypotheek.....	31
2.4.2 Voorrecht.....	33
2.4.3 Overige door de wet erkende redenen van voorrang.....	35
2.4.3.1 Het retentierecht.....	35
2.4.3.2 De <i>Vormerkung</i>	36
2.4.3.3 Artikel 3:298 BW.....	37
2.4.4 Feitelijke voorrang.....	38
2.4.5 Executiekosten.....	40
2.4.6 Resumerend.....	41
2.5 De tegenpool van het voorrangrecht: de achterstelling.....	42
2.6 De <i>paritas creditorum</i> in het individuele executierecht.....	43
2.6.1 De verhaalsuitoefening in het individuele executierecht.....	43
2.6.2 De functies van de <i>paritas creditorum</i>	49
2.7 De BW-pauliana en de “schemerperiode” voor het beslag.....	50
2.8 Korte verkenning van vroegere functies van de <i>paritas creditorum</i>	52
2.9 De <i>paritas creditorum</i> en het gelijkheidsbeginsel ex artikel 1 Grondwet.....	55

Inhoudsopgave

2.10 Resumé.....	56
Hoofdstuk 3 De rol van de <i>paritas creditorum</i> tijdens de beheerfase van een faillissement	58
Inleiding.....	58
3.1 Toepasselijkheid artikel 3:277 BW tijdens faillissement	59
3.2 Beheren en vereffenen	62
3.3 Beginsel van gelijkheid van schuldeisers.....	65
3.3.1 Rechtsbeginselen en regels.....	65
3.3.2 Faillissementsrechtelijke doorwerking van het beginsel via de verificatieregels.....	67
3.3.2.1 Uitwerking beginsel van de gelijkheid van schuldeisers algemeen.....	68
3.3.2.2 Revindicatie.....	69
3.3.2.3 Pand- en hypotheekhouders	70
3.3.2.4 Categorieën schuldeisers	70
3.3.2.5 Schuldeisers en overeenkomst.....	76
3.3.2.6 Actieve prestatie versus passieve prestatie	77
3.3.2.7 Fiscus als schuldeiser.....	78
3.3.2.8 Buitenlandse goederen van de schuldenaar	78
3.3.2.9 Gelijkheid tussen concurrente en preferente schuldeisers.....	79
3.3.2.10 Gelijkheid en informatieverschaffing	79
3.3.2.11 Gelijke gevallen en voortschrijdend inzicht van de Hoge Raad.....	79
3.3.3. Andere regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt	80
3.3.4 Wettelijke bepalingen die de gelijke behandeling versterken	83
3.3.4.1 Artikel 20 Fw.....	83
3.3.4.2 Artikel 23 Fw en het fixatiebeginsel	84
3.3.4.3 Artikel 33 Fw.....	85
3.4 De gelijkheidsregel	86
3.4.1 Inhoud van de regel.....	86
3.4.2 Reflectie op de regel	89
3.5 De <i>paritas creditorum</i>	90
3.6 Resumé.....	91
Hoofdstuk 4. De <i>paritas creditorum</i> en de reconstructie van de boedel.....	93
Inleiding.....	93
4.1 Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in de schemerperiode	93
4.2 De <i>paritas creditorum</i> heeft geen functie in de periode voor faillietverklaring.....	96
4.2.1 Opvattingen in de literatuur.....	96
4.2.2 De <i>paritas creditorum</i> en de feitelijke <i>concursum creditorum</i>	97

Inhoudsopgave

4.3 Regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt	99
4.3.1 Faillissementspauliana	100
4.3.1.1 Artikel 42 Fw.....	100
4.3.1.2 Artikel 47 Fw.....	105
4.3.2 Verrekening ex artikel 54 Fw.....	106
4.3.3 Bestuurdersaansprakelijkheid.....	108
4.3.3.1 WBF	109
4.3.3.2 Artikel 2:9 BW	110
4.3.4 Onrechtmatige daad	111
4.3.4.1 Reguliere onrechtmatige daad.....	111
4.3.4.2 De vordering van een individuele schuldeiser tegen een derde partij.....	111
4.3.4.3 De Peeters/Gatzenvordering op grond van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van schuldeisers	112
4.4 Samenvattend met betrekking tot de gelijke behandeling van schuldeisers.....	113
4.4.1 Een derde partij (geen schuldeiser van de schuldenaar) veroorzaakt vermogensbenadeling	113
4.4.2 Een schuldeiser van de schuldenaar veroorzaakt vermogensbenadeling.....	114
4.5 Resumé.....	114
Hoofdstuk 5 De rol van de <i>paritas creditorum</i> bij de verdeling van de baten	116
Inleiding.....	116
5.1 Vernietiging van het faillissementsvonnis.....	117
5.1.1 Recht van verzet, hoger beroep en cassatie	117
5.1.2 De rol van de <i>paritas creditorum</i>	118
5.1.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken	119
5.2 Omzetting faillissement in WSNP.....	123
5.3 Opheffing bij gebrek aan baten.....	124
5.3.1 De regeling	125
5.3.2 De rol van de <i>paritas creditorum</i>	125
5.3.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken	128
5.4 Vereenvoudigde afwikkeling.....	128
5.4.1 De regeling	128
5.4.2 De rol van de <i>paritas creditorum</i>	129
5.4.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken	129
5.5 Uitelingsprocedure na verificatievergadering.....	130
5.5.1 De regeling	130
5.5.2 De rol van de <i>paritas creditorum</i>	131

Inhoudsopgave

5.5.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken	134
5.6 Het akkoord.....	134
5.6.1 De regeling	134
5.6.2 De rol van de <i>paritas creditorum</i>	137
5.6.2.1 Jurisprudentie.....	137
5.6.2.2 Reflectie op de rol van de <i>paritas creditorum</i> tijdens een akkoord	139
5.6.2.3 De functie van de <i>paritas creditorum</i> bij een faillissementsakkoord	143
5.6.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken	145
5.7 Resumerend	147
Hoofdstuk 6: De plaats van de <i>paritas creditorum</i> in het faillissementsrecht	149
Inleiding.....	149
6.1 Bevindingen tot zover	149
6.2 De plaats van de <i>paritas creditorum</i> in het faillissementsrecht.....	152
Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de <i>paritas creditorum</i>	154
Inleiding.....	154
7.1 Concept distributieve rechtvaardigheid.....	154
7.2 De drie dominante verdelingsvoorkeuren	156
7.2.1 <i>Equity</i>	157
7.2.2 <i>Equality</i>	158
7.2.3 <i>Need</i>	159
7.3 Distributieve rechtvaardigheid en de verdelingsregels bij een faillissement.....	160
7.3.1 Toepasbaarheid concept distributieve rechtvaardigheid.....	160
7.3.2 Kwalificatie <i>paritas creditorum</i>	161
7.3.3 Voorkeursnorm in geval van faillissement	161
7.4 Resumé.....	162
7.5 Kennislacune en formulering hypothese.....	162
7.6 Methode.....	163
7.6.1 Participanten	163
7.6.2 Procedure en meetinstrumenten.....	164
7.6.3 Samenhang afhankelijke variabelen.....	166
7.6.4 Beschrijving analyse I	166
7.6.5 Beschrijving analyse II	166
7.7 Resultaten analyse I	167
7.8 Resultaten analyse II	169
7.9 Ondernemerschap.....	173
7.10 Conclusie	174

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 8: Conclusie en afsluitende beschouwing.....	175
Inleiding.....	175
8.1 Beantwoording centrale vraag.....	175
8.2 Appel wetgever	176
Hoofdstuk 9. Samenvatting.....	177
Hoofdstuk 10. <i>English summary</i>	184
Literatuurlijst.....	191
Jurisprudentieregister	212
Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek.....	222
Bijlage 2: Uitkomsten onderzoek	233

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AA	Ars Aequi
afd.	afdeling
art.	artikel
blz.	bladzijde
BW	Burgerlijk Wetboek
d.w.z.	dat wil zeggen
e.v.	en verder
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw	Faillissementswet
GS	Groene Serie
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de EU
IW	Invorderingswet 1990
jo.	juncto (in verbinding met)
JOR	Jurisprudentie Onderneming en Recht
KB	Koninklijk besluit
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
o.a.	onder andere
p.	pagina
q.q.	<i>qualitate qua</i> (in de hoedanigheid van)
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	rechtbank
RC	Rechter-commissaris
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
red.	redactie
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
vgl.	vergelijk
vol.	Volume
W	Weekblad van het recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Voorwoord

Het promoveren als buitenpromovendus heb ik soms ervaren als een eenzaam en langdurig gebeuren. Op veel andere momenten heb ik het daarentegen beleefd als een verrijkend proces. Het op relatief autonome wijze vormgeven van een onderzoek waarbij de focus ligt op onderwerpen die ik persoonlijk graag beter wilde doorgronden, is een feestje. Het in aanraking komen met andere mensen en andere manieren van denken is inspirerend en scherpt de geest.

Jac Rinkes wil ik bedanken voor de begeleiding en de mogelijkheid om bij jou als promovendus te promoveren. Michele Reumers, bedankt voor de niet aflatende inzet en precisie bij de begeleiding. Over het algemeen zijn mensen snel of grondig. Jij bent het allebei. Peter Verboon, fijn dat je mij als novice hebt geholpen bij het uitvoeren en het op de juiste wijze verslag doen van een empirisch onderzoek.

De leden van de beoordelingscommissie (Marijke Malsch, Frank Verstijnen, Rolof de Weijs en Bob Wessels) zeg ik dank omdat zij het manuscript hebben willen beoordelen en hebben goedgekeurd.

Mijn kantoorgenoten Albert en Martijn dank ik voor het meeleven en de betrokkenheid bij de voortgang. Thijs zeg ik dank voor het voorzien van een conceptbijdrage van commentaar en voor het gevraagd en ongevraagd delen van waardevolle inzichten. Willem ben ik erkentelijk voor zijn confronterende feedback: Is het nog niet af? Waarom duurt dit zo lang? Het creëerde de noodzakelijke druk om meer vaart te maken met het onderzoek. Margot wil ik bedanken voor de screening op (taalkundige) oneffenheden.

Anne, Jesse, Imke en Sietske bedank ik voor de support in welke vorm dan ook geleverd. Verlate excuses zijn op zijn plaats voor het gebrek aan zitplaats in de auto op weg naar de vakantie in Frankrijk vanwege het grote aantal meereizende studieboeken.

Tot slot mijn lieve vrouw Maaïke. Op momenten dat ik twijfelde of het allemaal wel zou lukken sprak jij het vertrouwen uit in een goede afloop. Die mentale support was erg bemoedigend. Op mijn beurt spreek ik het vertrouwen uit dat het langdurige gezondheidstraject waar jij je in bevindt op enig moment ook positief kan worden afgesloten.

De tekst van dit manuscript is afgesloten op 31 mei 2022.

Hoofdstuk 1. Inleiding

Onderzoeksthema

Het hoofddoel² van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar liquide te maken, zodat vervolgens de netto-opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers verdeeld kan worden. Uitgangspunt bij de verdeling is een in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde regel, die in de literatuur afwisselend wordt aangeduid als de *paritas creditorum*, het beginsel van de *paritas creditorum*, het gelijkheidsbeginsel of het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.³ De in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde regel zal ik hierna uitsluitend aanduiden als de *paritas creditorum*. Die regel luidt: “Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van de executie, uit de (netto-) opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang”. In deze studie staat deze *paritas creditorum* centraal.

Hierna wordt in paragraaf 1.1 ingegaan op de literatuur over de *paritas creditorum*. Vervolgens wordt in paragraaf 1.2 de probleemstelling besproken. Die probleemstelling vormt de aanleiding om dit onderzoek in te stellen. De onderzoeksvragen die in dit verband worden gesteld, worden besproken in paragraaf 1.3. In paragraaf 1.4 wordt ingegaan op de onderzoeksmethode. In paragraaf 1.5 wordt besproken welke beperkingen in het onderzoek worden aangebracht. Daarna wordt in paragraaf 1.6 de relevantie van het onderzoek toegelicht. Tot slot wordt in paragraaf 1.7 het plan van behandeling besproken.

1.1 State of the art

Als het gaat om gelijkheid tussen schuldeisers in het faillissementsrecht wordt doorgaans gerefereerd aan de *paritas creditorum*. De *paritas creditorum* wordt tegen deze achtergrond in de Nederlandse literatuur frequent gekarakteriseerd als een fundamenteel leerstuk van het insolventierecht.⁴ Dit komt overeen met het standpunt dat in overwegende mate in de

² Er is discussie in de literatuur of naast dit oorspronkelijke doel er thans geen andere doelen bij zijn gekomen, zoals bijvoorbeeld behoud van werkgelegenheid. Zie nader o.a. Verstijlen 1998, p. 34 e.v. en Van Hees 2004. Zie voorts Vriesendorp 2013, p. 136 en 137 die stelt dat naast liquidatie thans ook reorganisatie een doel is geworden en Luttikhuis 2007, p. 26 e.v. In HR 11 juli 2014, NJ 2014/407 (*ABN Amro/Berzona*) onder 3.4.1., HR 24 maart 2017, NJ 2018/225 onder 3.3.2 en HR 24 april 2020, NJ 2020/291 onder 4.2.2. draagt de Hoge Raad nog onverkort het standpunt uit dat “het faillissement ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers.” Sinds de Wet versterking positie curator van kracht is, is de bestrijding van faillissementsfraude in ieder geval een officieel nevendoeel. Zie artikel 68 lid 2 Fw. Zie voorts *Kamerstukken II* 2014/2015, 34253, nr. 3, Memorie van toelichting.

³ Franken 2019, p. 41, Vriesendorp 2013, p. 7, Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/6, Verstijlen 2006, p. 1160 en Rank-Berenschot 1993, p. 104.

⁴ Vgl. Boekraad 1997, p. 5, Dirix 2009, p. 65, Van Apeldoorn 2010, p. 25 en Erasmus 1976, p. 15 en 16. Zie ook, buiten de literatuur, de opmerking van Staatsecretaris J. Kleinsma: “De gelijke behandeling van schuldeisers zonder preferente positie (*paritas creditorum*) is essentieel.” (*Kamerstukken II* 2008/2009, 24 515, nr. 152).

Hoofdstuk 1. Inleiding

internationale literatuur over de *paritas creditorum* (*pari passu*) wordt ingenomen.⁵

Een enkele schrijver neemt een tussenpositie in. Zo acht Verstijlen de betekenis van de *paritas creditorum* als hoofdregel bij de verdeling zeer beperkt. Toch ziet hij een belangrijke rol voor het leerstuk weggelegd daar waar het recht onder de noemer van de *paritas creditorum* instrumenten aanreikt om te bewerkstelligen dat elke schuldeiser krijgt hetgeen hem toekomt.⁶ Verstijlen stelt hierbij: “Men brengt deze instrumenten wel onder de noemer van de *paritas creditorum*, maar men dient zich te realiseren dat men de term dan in een andere betekenis gebruikt dan die welke in artikel 3:277 B.W. is verwoord.”⁷

Onverlet het standpunt over de doctrinaire betekenis van de *paritas creditorum*, is er in de literatuur overeenstemming over het functioneren van de *paritas creditorum* als verdelingsregel in de praktijk. Van de *paritas creditorum* komt als hoofdregel bij de verdeling bitter weinig terecht, aldus het heersende standpunt.⁸ Verstijlen wijst in dit verband op de relatief lage uitkeringspercentages die concurrente schuldeisers⁹ gemiddeld ontvangen.¹⁰ Van Apeldoorn schrijft dat alle in de loop van de tijd toegestane uitzonderingen op de gelijkheid van schuldeisers “leiden tot de slotsom dat de *paritas creditorum* dood is”.¹¹ In door Luttikhuis uitgevoerd empirisch onderzoek wordt bewijs geleverd van de stelling dat concurrente schuldeisers gemiddeld een relatief geringe uitkering ontvangen. Zij heeft in dit verband vastgesteld dat de *recovery rate* van de concurrente schuldeisers over de jaren 1996 tot en met 2004 3,2% bedraagt. *Recovery rate* wordt hierbij gedefinieerd als: “de hoogte van de uitkering gedeeld door de hoogte van de nominale schuld”.¹² Onder meer dit onderzoek wordt in de literatuur aangehaald in het kader van de onderbouwing van de stelling dat er weinig van de *paritas creditorum* terecht komt.¹³ Recent is in het kader van een in opdracht van het WODC uitgevoerd verkennend onderzoek vastgesteld dat het uitkeringspercentage van concurrente crediteuren bij een 100-tal onderzochte faillissementen gemiddeld 0,1% bedroeg.¹⁴ In de internationale literatuur wordt overigens in gelijklopende zin gedacht over het functioneren van de *paritas creditorum* in de praktijk.¹⁵

⁵ Goode 2011, p. 235: “The most fundamental principle of insolvency law is that of *pari passu* distribution, all creditors participating in the common pool in proportion to the size of their admitted claims” (zie ook p. 99-100). Vgl. Keay & Walton 2012, p. 505, Kahil 2011, p. 13 e.v. en Pluta 2009, p. 119. De *paritas creditorum* wordt ook een fundamenteel beginsel van Europees Insolventierecht genoemd (Wiórek 2005, p. 62-63) en een beginsel van Cross-Border Insolvency Law (Bork 2017, p. 17).

⁶ Verstijlen 2006, p. 1166. Vgl. Van Zanten 2012, p. 12 en Van Zanten 2009, p. 99 e.v.

⁷ Verstijlen 2006, p. 1166.

⁸ Vriesendorp 2013 onder nummer 12.

⁹ Concurrente schuldeisers zijn schuldeisers die zich niet op een voorrangrecht kunnen beroepen. Voor hen geldt de hoofdregel van de *paritas creditorum*.

¹⁰ Een belangrijke reden dat schuldeisers met een voorrecht door de bank genomen evenmin een hoog uitkeringspercentage ontvangen, ligt volgens Verstijlen in de (nog) sterkere positie van de pand- en hypotheekhouders (Verstijlen 2006, p. 1163).

¹¹ Van Apeldoorn 2010, p.33. Zie voorts De Weijs 2010, p. 16.

¹² Luttikhuis 2007, p. 34.

¹³ Zie Wessels 2009, p. 6 voetnoot 20.

¹⁴ Karapetian, Lennarts & Verstijlen 2021. De auteurs merken hierbij op (p. 13) dat vanwege de gehanteerde onderzoeksmethode en het relatief geringe aantal onderzochte faillissementen het onderzoek niet representatief is, maar slechts beoogt een ruw beeld te geven van de positie van concurrente schuldeisers. Zie ook Tideman 2022, p. 98 die heeft berekend aan de hand van CBS-onderzoeksgegevens dat over de periode 2004-2015 het gemiddelde uitkeringspercentage aan concurrente schuldeisers ongeveer 4% bedroeg.

¹⁵ Keay & Walton 2012, p. 506: “Notwithstanding the fact that the *pari passu* principle is said to be at the heart of insolvency law and fundamental to it (...), it has been eroded significantly and remains only as a theoretical doctrine.”; Goode 2011, p. 239; Mokal 2005, p. 100.

Hoofdstuk 1. Inleiding

Vanwege het (enkele) feit dat er in de praktijk weinig van de *paritas creditorum* terecht komt, zijn er schrijvers die de *paritas creditorum* een relatief onbelangrijke regel vinden. Vriesendorp stelt bijvoorbeeld dat het beginsel slechts beperkte waarde heeft doordat de uitzonderingen vaker voorkomen dan de regel.¹⁶ Wessels stelt dat de *paritas creditorum* eerder een rekenregel is dan een in het positieve recht tot uitdrukking komend beginsel.¹⁷ In de internationale literatuur is in dit verband met name bekend geworden het betoog van Mokal die spreekt over de “*Myth of Pari Passu*.”¹⁸

De *paritas creditorum* wordt in de literatuur niet alleen een rol toegedicht bij de verdeling van de netto-opbrengst in de verdelingsfase van een faillissement, maar ook in de prefaillissementsperiode (hierna ook wel genoemd: de schemerperiode voor faillissement) en in de periode vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar tot het moment waarop de verdeling plaatsvindt. Ter toelichting wordt kort op het volgende gewezen.

In de schemerperiode voor faillissement zou de *paritas creditorum* over de band van met name¹⁹ de faillissementspauliana²⁰ doorwerken.²¹ Hierbij gaat het om het redres van een specifieke vorm van schuldeisersbenadeling. Handelingen waardoor een bestaande schuldeiser voldaan wordt of – ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar – in een betere positie komt te verkeren kunnen onder omstandigheden worden teruggedraaid.²² De achterliggende gedachte bij het teruggedraaien van deze handelingen is dat er door deze handelingen minder overblijft in het kader van de verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar en dat er dus sprake is van een schending van de *paritas creditorum*. Kenmerkend voor deze vorm van redres is dat de handelingen voor de schuldenaar zelf niet benadelend zijn. Het eigen vermogen verandert immers niet door de voldoening van een schuld. In de verhouding tussen de schuldeisers onderling zijn de handelingen wel relevant. De ene schuldeiser krijgt wel betaald en de overige schuldeisers worden niet betaald. Het bestrijden van deze vorm van ongelijke behandeling staat centraal bij dit redresmiddel.

Daarnaast wordt in de literatuur wel betoogd dat – ook buiten de faillissementspauliana om – aan de *paritas creditorum* in de schemerperiode voor faillissement soms al een bepaalde werking kan worden toegekend. Indien er sprake is van een samenloop van schuldeisers, terwijl de schuldenaar niet over voldoende middelen beschikt om zijn schuldeisers te voldoen en hij weet dat zijn

¹⁶ Vriesendorp 2013 onder nummer 12. Zie voorts Wessels 2009, p. 6 en 7.

¹⁷ Wessels 2009, p. 7 (zie ook pagina 6, voetnoot 20). Zie voorts Wessels VI 2020, p. 79: “*De paritas is een farce, althans dat wijst de praktijk van alledag uit*”. Vgl. buiten de literatuur, de opmerking van minister Korthals Altes. Hij merkte in 1985 in het kader van de bespreking in de Tweede Kamer van wetsvoorstel 16631 op: “*ik wil mij te buiten gaan aan een gewaagde uitspraak: de paritas creditorum bestaat niet in ons Nederlandse recht*” (zie Handelingen Tweede Kamer, wetsvoorstel 16631, 29 augustus 1985, p. 6430).

¹⁸ Mokal 2005, p. 96. Vgl. Mokal 2001, p. 621: “*not only it is rare and unnecessary in the real world, it is also useless as an ideal*”. Zie voor een weerlegging van deze stelling: De Goode 2011, p. 99.

¹⁹ Zie voorts 54 Fw.

²⁰ Zie art. 42 en 47 Fw.

²¹ Zie o.a. Franken 2019, p. 44.

²² Zie De Weijs 2010, p. 14. In onder meer het Engelse recht worden deze handelingen aangeduid als: *preferences*. Zie nader hierover De Weijs 2010, p. 145 e.v.

Hoofdstuk 1. Inleiding

faillissement valt te verwachten, zou (de bestuurder van) de schuldenaar bij het doen van betalingen aan schuldeisers al rekening moeten houden met de *paritas creditorum*.²³

De *paritas creditorum* zou tot slot ook een rol hebben in de periode vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar tot het moment waarop de verdeling plaatsvindt (hierna genoemd: de beheerfase). De rol van de *paritas creditorum* in die periode zou dan zijn het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van de schuldeisers teneinde te voorkomen dat een bepaalde schuldeiser buiten de formele kaders om ten onrechte betaling ontvangt.²⁴

Resumerend: Aan de *paritas creditorum* zou (naast de functie van verdelingsregel in het kader van de verdeling) mogelijk ook betekenis toekomen in de schemerperiode voor faillissement en in de beheerfase. Er bestaat in de literatuur consensus over de stelling dat er in de faillissementspraktijk van de *paritas creditorum* als verdelingsregel weinig terecht komt. In een (belangrijk) deel van de literatuur wordt (desondanks) het standpunt ingenomen dat de *paritas creditorum* een belangrijk beginsel in het insolventierecht is. Er zijn echter ook tegengeluiden: de *paritas creditorum* is – geparafraseerd weergegeven – een *règle négligeable*. Een fossiel uit vervlogen tijden waar – gelet op de vele uitzonderingen en gelet op de *recovery rate* van een concurrente schuldeiser in een gemiddeld faillissement – niet of nauwelijks betekenis aan toekomt.

1.2 Probleemstelling

Hiervoor is gebleken dat de meningen in de literatuur verdeeld zijn als het gaat om de vraag of de *paritas creditorum* een belangrijk beginsel van insolventierecht is. Hierbij zie ik aan ene kant schrijvers die het belang van de *paritas creditorum* afhankelijk lijken te maken van de praktische relevantie. Als de uitkeringspercentages van de concurrente crediteuren hoog zijn, komt er veel van de *paritas creditorum* terecht en is het een belangrijke regel. Zijn de uitkeringspercentages laag of nihil dan geldt het tegenovergestelde. Dit noem ik de economische benadering van de *paritas creditorum*.²⁵

Aan de andere kant zie ik schrijvers die het belang van de *paritas creditorum* loskoppelen van de economische realiteit. De *paritas creditorum* is een fundamenteel uitgangspunt ongeacht de economische relevantie.²⁶ In de literatuur wordt deze stelling soms onderbouwd door te wijzen op

²³ Zie o.a. Rijckenberg 2008, p. 258-259 en Janssen & Schollen 2003, p. 402, 429 en 430. Anders: Huizink 2002, p. 167. Zie voorts de bespreking van de literatuur in hoofdstuk 4.

²⁴ Zie o.a. Franken 2019, p. 42 en verder. Hij maakt onderscheid tussen de “rangorde-paritas” (de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel) en de “samenloop-paritas”. Bij de samenloopparitas gaat het om het zich niet mogen onttrekken aan enige insolventieregeling.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Vriesendorp 2013, p. 7 en Wessels 2010. Zo stelt Wessels: “De ‘paritas’ is een farce, althans dat wijst de praktijk van alledag uit.” Vervolgens onderbouwt hij deze stelling door erop te wijzen dat de regel wordt uitgehold door de vele hoger gerangschikte verhaalsrechten, dat het in 75% van de gevallen überhaupt niet tot een uitkering komt aan de concurrente crediteuren en dat - als het wel tot uitkering komt - het uitkeringspercentage zeer laag is (in de periode 1996-2004: 3,2%).

²⁶ Vgl. Boekraad 1997, p. 5, Dirix 2009, p. 65, Van Apeldoorn 2010, p. 25, Erasmus 1976, p. 15 en 16.

Hoofdstuk 1. Inleiding

het verband tussen rechtvaardig delen en de *paritas creditorum*.²⁷ Dit noem ik ook wel de meta-juridische benadering van de *paritas creditorum*.²⁸

Voordat nader wordt ingegaan op deze twee benaderingen van de *paritas creditorum* moet eerst terminologisch orde op zaken wordt gesteld. De *paritas creditorum* lijkt regelmatig in de literatuur te worden gezien als een ware octopus: een beginsel en een regel (of zelfs meerdere regels) in één. Het begrip *paritas creditorum* kan in de literatuur namelijk zowel verwijzen naar een rechtsbeginsel als naar een rechtsregel. Een rechtsbeginsel is echter iets anders dan een rechtsregel. Rechtsregels, in deze studie ook aangeduid als regels, verbinden rechtsgevolgen aan bepaalde nader omschreven feiten: als “X” dan “Y”. Rechtsbeginselen, in deze studie ook aangeduid als beginselen, zijn de normatieve grondslag van rechtsregels.²⁹ Doorgaans kan achter het rechtsbeginsel een (dominante) morele opvatting die in de maatschappij leeft (of leefde), worden aangewezen.³⁰ Verwarrend is hierbij dat in de literatuur soms wordt gesproken over de rechtsregel, terwijl de aanduiding: het beginsel van de *paritas creditorum* of het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers wordt gebruikt.³¹ Soms wordt gesproken over het beginsel, terwijl de aanduiding: de *paritas creditorum* wordt gebruikt.³² Met de aanduiding *paritas creditorum* wordt in deze studie telkens verwezen naar de rechtsregel. Met de aanduiding het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers wordt telkens verwezen naar het rechtsbeginsel.

De economische benadering van de *paritas creditorum* heeft primair betrekking op de in artikel 3:277 BW neergelegde (verdelings)regel. Het gaat dan immers om de vraag welk uitkeringspercentage een concurrente crediteur in een faillissement gemiddeld ontvangt. Het functioneren van de rechtsregel staat dan centraal. Als er weinig terecht komt van deze regel, kan vervolgens de betekenis van het achterliggende beginsel ook worden gerelativeerd. Deze benadering komt mij niet juist voor als het bij de *paritas creditorum* zou gaan om een morele regel die rechtens bescherming verdient. Indien er sprake zou zijn van een dergelijke morele regel dan zijn de geringe uitkeringspercentages immers geen reden om het belang van de regel *an sich* te relativiseren. Integendeel, dan dienen juist maatregelen te worden genomen om alsnog meer van de regel terecht te laten komen. Daarnaast is de economische benadering mogelijk niet juist indien de *paritas creditorum* (naast het zijn van een verdelingsregel) ook andere taken heeft. Hiervoor is al aangegeven dat de *paritas creditorum* soms ook een rol wordt toebedeeld buiten de verdeling om, te weten in het kader van de schemerperiode van een faillissement en in het kader van de beheerfase. Indien de *paritas creditorum* andere taken heeft, kunnen deze taken wellicht de regel een voor het recht belangrijke betekenis geven.

²⁷ Van Apeldoorn 2010 wijst erop dat er van de *paritas creditorum* in de praktijk weinig terecht komt (hij stelt zelfs, zie p. 33, “dat de *paritas creditorum* dood is”). Uit zijn betoog blijkt dat dit naar zijn mening (parafraserend weergegeven) geen afbreuk doet aan het feit dat de *paritas creditorum* een kernbegrip in het insolventierecht is vanwege het verband tussen de *paritas creditorum* en een eerlijke verdeling.

²⁸ Het is dan ook meer dan symbolisch dat bij de *paritas creditorum* regelmatig wordt gerefereerd aan George Orwells *Animal Farm*: “all animals are equal, but some animals are more equal”. Deze roman is een fraai voorbeeld van de meta-juridische benadering. Mensen hebben - los van de economische betekenis van een regel of de vraag wat er van die regel in het positieve recht terecht komt - diepgewortelde overtuigingen over rechtvaardigheid.

²⁹ Vgl. Smith 2007, p. 110 en 111.

³⁰ Zie nader over rechtsbeginselen: Scholten 1974, p. 63; Timmerman 2008, p. 30; Vranken 1995, p. 86 en 87 en Soeteman 1991, p. 21.

³¹ Zie bijvoorbeeld De Witte 2015, p. 155-156 en Zippro 2011.

³² Zie bijvoorbeeld Rank-Berenschot 1993.

Bij de meta-juridische benadering gaat het primair om de (morele) gedachte dat de gelijke behandeling ook in het faillissementsrecht essentieel is in de verhouding tussen de schuldeisers. Bij deze benadering gaat het dus in de eerste plaats om het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Vanuit het belang van dit beginsel wordt ook de concrete uitwerking van dit beginsel in een rechtsregel belangrijk gevonden (ongeacht wat er van deze rechtsregel terecht komt). Als er van deze regel weinig of niets terecht komt, is dat verontrustend en dient zodanig te worden ingegrepen dat alsnog meer van de regel terecht komt. De impliciete aanname hierbij is dat de *paritas creditorum* een regel met een morele component is. De meta-juridische benadering zou dus niet juist zijn indien de *paritas creditorum* geen morele regel is die rechtens bescherming verdient (hierna noem ik een dergelijke regel ook wel: een regel met een meta-juridische functie).

Zowel de economische als de meta-juridische benadering roept – tegen de achtergrond van het gegeven dat in een faillissement de uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers gemiddeld relatief gering zijn – (indirect) de vraag op naar het bestaansrecht van de *paritas creditorum*. Heeft de in het Nederlandse recht neergelegde *paritas creditorum* recht van bestaan of zou de regel ook kunnen worden afgeschaft zonder dat er voor het recht iets wezenlijks verloren gaat? Die vraag wordt in de literatuur niet beantwoord, zodat er op dit vlak sprake is van een kennislacune. Het probleem dient zich dan ook aan dat niet bekend is of de *paritas creditorum* recht van bestaan heeft.

1.3 Onderzoeksvragen

Daartoe heb ik onderzocht wat in de literatuur al in kaart is gebracht met betrekking tot de rol en de positie van de *paritas creditorum* in het Nederlandse recht. Vastgesteld is dat sprake is van een *knowledge gap*. Dit onderzoek wil dit tekort aan kennis opvullen. In deze paragraaf ga ik na welke onderzoeksvragen moeten worden beantwoord om dit tekort aan kennis te kunnen opvullen.

De *paritas creditorum* heeft naar mijn mening in ieder geval bestaansrecht als zou blijken dat deze regel een meta-juridische functie heeft. Het staat vast dat er in het recht verdelingsregels moeten zijn opgenomen aan de hand waarvan de netto-opbrengst in het kader van de executie kan worden verdeeld. Indien een verdelingsregel als rechtvaardig wordt gepercipieerd (en dus een meta-juridische functie vervult) heeft deze regel bestaansrecht, zelfs al zou er in de praktijk weinig van een dergelijke regel terechtkomen.³³

Daarnaast kan het bestaansrecht ook zijn gelegen in andere taken van de *paritas creditorum* (buiten het zijn van een verdelingsregel in het kader van de verdeling van de netto-opbrengst onder de schuldeisers in een faillissement). Uiteraard geldt – indien die situatie zich zou voordoen – dat die andere taak ook weer separaat beoordeeld moet worden op de vraag of hierin een noodzaak voor de handhaving van de *paritas creditorum* ligt. Bij andere taken moet dan worden gedacht aan de mogelijke functies die hiervoor in het kader van de bespreking van de literatuur in paragraaf 1.1 naar voren zijn gebracht. Voorts moet worden gedacht aan een mogelijke ondersteunde functie (hierna ook wel genoemd een systeemfunctie). Indien zonder een regel een stelsel van regels niet meer kan functioneren, heeft een regel een systeemfunctie. In het geval van de *paritas creditorum* spitst een

³³ Mensen kennen er relatief veel waarde aan toe dat zij een verdeling als rechtvaardig ervaren. Bij dit type rechtvaardigheid wordt wel gesproken van distributieve rechtvaardigheid. In hoofdstuk 7 wordt hier verder op ingegaan.

Hoofdstuk 1. Inleiding

eventuele systeemfunctie zich toe op de vraag of het stelsel van de gelijkheidsregels in een faillissement nog zouden kunnen functioneren indien de *paritas creditorum* zou worden vervangen door een andere verdelingsregel.

Andere mogelijke valide redenen om de regel in het recht te handhaven zijn er naar mijn mening niet. Hierbij moet worden bedacht dat een verdeling in het kader van een faillissement staat in de sleutel van de privaatrechtelijke verhouding tussen een schuldenaar en zijn schuldeisers. Zo is een verdeling van publieke middelen niet aan de orde. Argumenten die in het kader van het publiekrecht een regel kunnen legitimeren, hoeven in dit kader dan ook niet te worden onderzocht.

Tegen deze achtergrond verdient nader onderzoek of de *paritas creditorum* in het kader van een faillissement een meta-juridische functie heeft en of de *paritas creditorum* nog andere taken³⁴ heeft.

De beoordeling of de *paritas creditorum* andere taken heeft, kan plaatsvinden door een juridische analyse uit te voeren. Bij deze analyse is het volgende van belang. Om de functie van de *paritas creditorum* te kunnen vaststellen, dient een afbakening plaats te vinden tussen de inhoud van deze regel en de inhoud van (andere) gelijkheidsregels die gelden tijdens een faillissement. Een dergelijke afbakening is echter pas mogelijk indien de inhoud van zowel de *paritas creditorum* als de inhoud van de (andere) gelijkheidsregels wordt vastgesteld. Om te beoordelen of er sprake is van een systeemfunctie dient hierbij niet alleen aandacht te worden besteed aan de inhoud van de regels zelf, maar ook aan de “biotop” (het systeem zelf) waarbinnen deze regels functioneren. Tegen deze achtergrond wordt de volgende focus in de analyse aangebracht.

De *paritas creditorum*, neergelegd in Titel 10 Boek 3 BW, is een regel uit het burgerlijke recht. Voor een goed begrip van de functie(s) van deze regel dient daarom ingegaan te worden op Titel 10 Boek 3 BW waarbij zowel aandacht dient te worden besteed aan de *paritas creditorum* zelf als aan de uitzonderingen die op deze regel gelden (nu deze uitzonderingen mede de betekenis van de regel bepalen).

De *paritas creditorum* kan worden toegepast in het individuele executierecht en in het collectieve executierecht. Het faillissement is onderdeel van het collectieve executierecht.³⁵ Intussen is het faillissement sterk geënt op een onderdeel van het individuele executierecht, namelijk het beslagrecht. De functie die de *paritas creditorum* in een faillissement heeft, kan hierdoor niet los worden gezien van de functie die de *paritas creditorum* in het beslagrecht heeft. Daarom zal – om de functie(s) van de *paritas creditorum* in het kader van de individuele executieprocedure vast te stellen – ook een analyse plaatsvinden van de werking van de *paritas creditorum* in het kader van de individuele executieprocedure (en meer specifiek: in het kader van het beslagrecht).

Vervolgens zal het faillissementsrecht op het vlak van de gelijkheid nader worden geanalyseerd om de functie(s) van de *paritas creditorum* in dat kader vast te stellen. Hierbij zal tevens het stelsel van gelijkheidsregels in kaart worden gebracht.

³⁴ Met de synoniemen “taak” en “functie” worden telkens hetzelfde bedoeld.

³⁵ Op welke wijze de *paritas creditorum* uitwerkt in andere collectieve maatregelen (zoals bijvoorbeeld de surseance van betaling) is in beginsel niet van belang voor de onderhavige studie. Voor zover de werking in het kader van een andere collectieve maatregel rechtstreeks relevant is voor de werking van de *paritas creditorum* tijdens faillissement, zal hier nader op worden ingegaan.

Hoofdstuk 1. Inleiding

Over de beoordeling of de *paritas creditorum* een meta-juridische functie heeft, wordt het volgende opgemerkt.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de “*instelling van het faillissement niets anders beoogt dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbieding van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen*”.³⁶ Het doel van een faillissement is dus om het vermogen van de schuldenaar op een *billijke* wijze te verdelen.³⁷ Billijk refereert aan gevoelens van rechtvaardigheid. Bij de verdelingsregels die gelden in een faillissement (waaronder de hoofdregel van de *paritas creditorum*) gaat het dan ook om een rechtvaardige verdeling.³⁸ In het kader van de verdeling heeft de wetgever dus meta-juridische belangen een plaats gegeven.

Het is niet gezegd dat rechtvaardig delen betekent dat de betaling naar evenredigheid als hoofdregel voorop moet worden gesteld. Wellicht zijn (bepaalde) uitzonderingen op de *paritas creditorum* in economische zin wel zo belangrijk omdat de ratio daarachter als rechtvaardig wordt gepercipieerd. Zo stelt Vriesendorp bijvoorbeeld dat, alhoewel het uitgangspunt van de *paritas creditorum* overeen lijkt te komen met het rechtsgevoel, ook betoogd kan worden dat het hiermee juist is in strijd is. Hij geeft hierbij het voorbeeld van een jongere werknemer die net aan zijn eerste baan begonnen is en slechts enkele maanden pensioenafdracht heeft te vorderen en een oudere werknemer die zich zijn gehele werkzame leven met ziel en zaligheid heeft ingezet voor zijn werkgever en bij wie blijkt dat nimmer pensioenafdracht heeft plaatsgevonden.³⁹ Een gelijke behandeling van de aanspraken van beide werknemers lijkt hier inderdaad juist tegen het rechtsgevoel in te druisen, terwijl een verdelingsnorm die zou aansluiten bij bijvoorbeeld de anciënniteit rechtvaardiger lijkt. Ter nuancering moet wel worden opgemerkt dat bij een verdeling op de voet van artikel 3:277 BW de twee werknemers geen gelijke betaling ontvangen, maar een betaling naar evenredigheid van de aanspraken. Dit betekent dat de oudste werknemer aanmerkelijk meer ontvangt dan de jongere werknemer, hetgeen al beter lijkt overeen te komen met het rechtsgevoel. Intussen laat dit onverlet dat de vraag of de betaling naar evenredigheid terecht als hoofdregel voorop wordt gesteld, afhangt van de vraag welke verdelingsnorm door schuldeisers als rechtvaardig wordt gepercipieerd.

Er kan vanuit meerdere disciplines worden ingezoomd op de (meta-juridische) vraag welk type verdeling als rechtvaardig moet worden beschouwd.⁴⁰ Al naar gelang de gekozen invalshoek kan onderscheid worden gemaakt tussen prescriptieve theorieën over wat rechtvaardig is en

³⁶ Van der Feltz I 1994, p. 27.

³⁷ Vgl. Van Galen 2001, p. 33. Zie ook Van Apeldoorn 2010, p. 25. Zie voorts p. 41: “In een faillissement gaat het er uiteindelijk om te komen tot een zo rechtvaardig mogelijke verdeling van de (financiële) pijn. In gelijke zin: Van Apeldoorn 2009, p.2. Uit Apeldoorn 2001 blijkt dat hij strikte toepassing van de in artikel 3:277 BW neergelegde hoofdregel van ons verhaalsrecht als eerlijke verdeling beschouwt. Anders: Tollenaar 2016, p. 56.

³⁸ In bevestigende zin in de internationale literatuur: Keay & Walton 2012, p. 506 en Woods 2013, p. 98.

³⁹ Zie Vriesendorp 2013 onder nummer 12. Vgl. wat betreft de vraag of terecht de gelijkheid als uitgangspunt is gekozen: Verstijlen 2006, p. 1160 en 1161.

⁴⁰ In de filosofie (zie bijvoorbeeld Rawls), de economie (zie bijvoorbeeld Thomson 2003 die op basis van een normatief-economische benadering betoogt dat een verdeling in een faillissementssituatie op basis van proportionaliteit het meest eerlijk is) en de sociaal wetenschappen houdt men zich met deze vraag bezig.

Hoofdstuk 1. Inleiding

descriptieve benaderingen van rechtvaardigheid.⁴¹ Bij de prescriptieve benadering wordt een theorie geconstrueerd die aangeeft welke voorvallen of gebeurtenissen (on)rechtvaardig moeten worden geacht.⁴² In het filosofisch domein wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een prescriptieve benadering zoals bijvoorbeeld door Rawls. Dat de wetgever de *paritas creditorum* als hoofdregel bij de verdeling aanwijst, wijst erop dat de wetgever in het kader van een faillissement een verdeling overeenkomstig de *paritas creditorum* rechtvaardig acht. Bij een descriptieve benadering wordt uitsluitend gestreefd naar het beschrijven van voorvallen of gebeurtenissen die mensen (on)rechtvaardig vinden. Met name sociaal psychologen hanteren deze benadering.⁴³ In de psychologie wordt de focus meer gelegd bij de subjectieve beleving van mensen. Niet de vraag welke verdeling rechtvaardig is, staat centraal, maar de vraag welke verdeling als rechtvaardig wordt gepercipieerd.

Ten aanzien van de *paritas creditorum* is een prescriptieve theorie voorhanden: de impliciete aanname van de wetgever dat een verdeling in een faillissement met als hoofdregel de *paritas creditorum* rechtvaardig is. Deze aanname dient descriptief getoetst te worden om vast te stellen of de *paritas creditorum* een meta-juridische functie heeft. Het gaat hierbij om de vraag in hoeverre een verdeling op grond van de *paritas creditorum* in het kader van een faillissement rechtvaardig wordt gevonden. Het accent moet daarbij worden gelegd op de gezamenlijke schuldeisers. De opbrengst moet immers onder hen worden verdeeld. Zij zijn de doelgroep. Het gaat dan ook meer specifiek om de vraag welk type verdeling schuldeisers betrokken in een faillissementssituatie als rechtvaardig percipiëren.

Resumerend tot zover. Het is – in het licht van het feit dat de uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers bij een gemiddeld faillissement relatief gering zijn – voor discussie vatbaar of de *paritas creditorum* in het Nederlandse recht bestaansrecht heeft. Indien de *paritas creditorum* – naast het zijn van verdelingsregel – nog andere functies heeft, kan hierin het bestaansrecht zijn gelegen. De *paritas creditorum* heeft ook bestaansrecht als een dragende meta-juridische functie kan worden aangewezen. Er is daartoe een prescriptieve theorie voorhanden, te weten de impliciete aanname van de wetgever dat een verdeling in een faillissement met als hoofdregel de *paritas creditorum* rechtvaardig is. Om te weten of deze theorie juist is, dient deze aanname descriptief getoetst te worden.

In het licht van het vorenstaande kunnen de onderzoeksvragen als volgt geformuleerd worden. De centrale vraag luidt: heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement bestaansrecht? Deze vraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

⁴¹ Vgl. Van den Bos 2002, p. 177. Zie ook Sabbagh 2001, p. 237 e.v. die onderscheidt maakt tussen *normative theories of distributive justice* (“ought”) en *empirically orientied theories of distributive justice* (“is”). Prescriptief onderzoek verwijst naar de eerstgenoemde categorie en descriptief onderzoek naar de laatstgenoemde categorie.

⁴² Met name in de filosofie zijn prescriptieve theorieën ontwikkeld. Zie bijvoorbeeld Rawls 1999.

⁴³ Zie bijvoorbeeld Adams 1965 en Lind & Tyler 1988.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1. Welke juridische functie of functies heeft de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement?
Deze deelvraag wordt beantwoord door in te gaan op de volgende subvragen:
 - 1.1 Wat houdt de *paritas creditorum* in en welke uitzonderingen gelden op deze regel?
 - 1.2 Op welke wijze krijgt de *paritas creditorum* in het individuele executierecht gestalte en welke functie of functies heeft de *paritas creditorum* in deze context?
 - 1.3 Wat houdt het stelsel van gelijkheidsregels in, in het kader van een (Nederlands) faillissement, waarbinnen de *paritas creditorum* een plaats heeft?
 - 1.4 Heeft de *paritas creditorum* een juridische functie of functies, en zo ja welke, in
 - (a) de beheerfase van een faillissement,
 - (b) de schemerperiode voor faillissement (achteraf beoordeeld vanuit het perspectief van de reconstructie van de boedel tijdens de beheerfase van een faillissement),en
 - (c) de verdelingsfase van een faillissement?
2. Heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement een meta-juridische functie, in die zin dat de *paritas creditorum* in vergelijking met andere gangbare verdelingsnormen de hoogste distributieve rechtvaardigheid oplevert?

1.4 Onderzoeksmethoden

Wat betreft de onderzoeksmethoden die zullen worden gehanteerd, wordt het volgende opgemerkt. Hierboven is in paragraaf 1.2 bij de beschrijving van de probleemstelling al kort ingegaan op de te kiezen onderzoeksmethoden (te weten op die momenten waar wordt besproken hoe de onderzoeksvragen zullen worden beantwoord). Dit is (mede) gedaan om de onderzoeksvragen die in paragraaf 1.3 zijn geformuleerd logisch te laten voortvloeien uit het betoog in paragraaf 1.2. Over de te kiezen methoden kan ik daarom in deze paragraaf kort zijn om onnodige herhalingen te voorkomen.

Om de hiervoor onder “1” beschreven hoofd- en subvragen te beantwoorden, moet het geldende recht met betrekking tot de werking van de *paritas creditorum* tijdens een faillissement aan de hand van de wet, literatuur en de rechtspraak in kaart worden gebracht. De voorliggende vraag (die van het type is: hoe luidt het recht?) wordt beantwoord via de weg van, wat wel wordt genoemd, juridisch-dogmatisch onderzoek.⁴⁴ De methode die wordt gehanteerd bij de onder “1” beschreven hoofd- en subvragen is dan ook de juridisch-dogmatische methode.

De vraagstelling onder “2” kan in ieder geval niet worden beantwoord met behulp van de dogmatisch juridische methode. Het betreft immers een feitelijke vraag die beantwoord moet aan de hand van te verwerven relevante empirische gegevens. De dogmatisch juridische methode strekt ertoe juridische vragen te beantwoorden (en geen feitelijke vragen). Bovendien leent deze methode zich niet voor het verrichten van empirisch onderzoek. Zoals hiervoor al toegelicht gaat het bij de beantwoording van de vraagstelling onder “2” om een descriptieve toetsing van een aanname van de wetgever. Deze toetsing kan plaatsvinden door empirisch onderzoek te verrichten naar de vraag

⁴⁴ Zie nader hierover (o.a.) Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, Van Dijck, Snel & Van Golen 2018, p. 84 e.v. en Smits 2009, p. 33 e.v. die dit type onderzoek dogmatisch of doctrinair juridisch onderzoek noemen.

welk type verdeling schuldeisers betrokken in een faillissementsituatie als rechtvaardig percipiëren, waarbij de *paritas creditorum* één van de voorgelegde verdelingstypen is. Voor het uitvoeren van een dergelijk onderzoek moet te rade worden gegaan bij de sociale wetenschappen. Immers, sociale wetenschappers voeren (frequent)⁴⁵ empirisch onderzoek uit naar verdelingen die mensen als rechtvaardig percipiëren.⁴⁶ Door de sociale wetenschappen als hulpwetenschap in te roepen, dient het onderzoek te worden uitgevoerd aan de hand van de eisen die deze discipline hieraan stelt. Via literatuuronderzoek zal ik daarom – in het verlengde van de onderzoeksvraag - een hypothese stellen. Door middel van een empirisch onderzoek waarbij op controleerbare wijze data wordt verzameld, wordt de hypothese vervolgens getest. De vraagstelling onder “2” wordt derhalve onderzocht met behulp van de empirische onderzoeksmethode. In het betreffende hoofdstuk (te weten hoofdstuk 7) zal hierbij de precieze onderzoeksmethode binnen het empirisch onderzoeksdomein nader worden toegelicht en waar nodig worden verantwoord.

1.5 Reikwijdte onderzoek

De *paritas creditorum* is neergelegd in Titel 10 van Boek 3 BW. Deze titel is van toepassing in verschillende contexten zoals met name de individuele executieprocedure, de faillissementsprocedure, de procedure van de surseance van betaling⁴⁷ en de procedure met betrekking tot de Wettelijke Schuldsanering Natuurlijk Personen (WSNP).⁴⁸ Sinds 1 januari 2021 is er ook de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA).⁴⁹

De vraagstelling heeft uitsluitend betrekking op de rol van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht.⁵⁰ Op de overige insolventieprocedures hoeft dan ook uitsluitend te worden ingegaan voor zover van belang voor de werking van de regel in het kader van een faillissement.

De vraagstelling heeft voorts uitsluitend betrekking op de *paritas creditorum* in het Nederlandse recht bezien vanuit twee verschillende wetenschappelijke disciplines. Een afzonderlijk onderzoek naar de werking van de *paritas creditorum* in een ander rechtstelsel valt buiten het bestek van dit onderzoek.

1.6 Relevantie onderzoek

Zoals de titel al aangeeft, gaat het in deze studie om een meervoudige plaatsbepaling van de *paritas creditorum*. De eerste plaatsbepaling heeft betrekking op de functie(s) die de *paritas creditorum* in

⁴⁵ In hoofdstuk 7 zullen de nodige voorbeelden hiervan worden gegeven.

⁴⁶ Rechtvaardigheid is per definitie subjectief. Het gaat hierbij om de vraag wat mensen rechtvaardig vinden. Of iets rechtvaardig is in objectieve zin, kan naar mijn mening niet worden vastgesteld. In ieder geval kan dit niet empirisch worden onderzocht. Daarom spreek ik, zoals te doen gebruikelijk binnen de psychologie (vgl. bijvoorbeeld Van den Bos 2002), in het kader van de uit te voeren toetsing van de prescriptieve theorie over gepercipiëerde rechtvaardigheid.

⁴⁷ Zie artikel 214 Fw e.v.

⁴⁸ Zie artikel 284 Fw e.v.

⁴⁹ Zie artikel 370 Fw e.v.

⁵⁰ Onder insolventierecht worden alle insolventieprocedures begrepen. Met faillissementsrecht doel ik uitsluitend op het recht dat van toepassing is op de faillissementsprocedure.

Hoofdstuk 1. Inleiding

het faillissementsrecht heeft. De tweede plaatsbepaling heeft betrekking op de vraag of de *paritas creditorum* een meta-juridische functie heeft.

Het onderzoek naar de eerste plaatsbepaling is fundamenteel van aard en draagt bij aan de theorievorming over de *paritas creditorum*. Een beter begrip van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht maakt het recht voorspelbaarder en draagt bij aan de rechtszekerheid.

Naast een juridisch theoretisch belang heeft het onderzoek ook een maatschappelijk belang. Dit komt met name tot uiting in de studie naar de tweede plaatsbepaling. Aan de regel van de *paritas creditorum* ligt de assumptie ten grondslag (zie de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis waarin wordt gesproken over een “billijke verdeling”) dat in een verdelingssituatie zoals aan de orde in artikel 3:277 BW de *paritas creditorum* als rechtvaardig wordt gepercipieerd. Het is belangrijk om deze assumptie empirisch te onderzoeken.⁵¹ Indien uit de uit te voeren toetsing blijkt dat de assumptie juist is, kan het verontrustend worden gevonden dat er in economische zin relatief weinig van de *paritas creditorum* terecht komt. Dit zou voor de wetgever aanleiding kunnen zijn maatregelen te treffen (door bijvoorbeeld het aantal uitzonderingen op de hoofdregel te verminderen). Indien uit het onderzoek juist het tegendeel blijkt, kan deze bevinding een onderbouwing vormen van de stelling dat het niet verontrustend is, dat er zo weinig van de *paritas creditorum* terecht komt. In dat geval zou dat aanleiding kunnen zijn te onderzoeken of wellicht een andere verdelingsmaatstaf moet worden geïntroduceerd.

1.7 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 worden de onderzoeksvragen 1.1, 1.2 en 1.3 beantwoord. In de hoofdstukken 3,4, 5 en 6 wordt ingegaan op de onder 1.4 weergegeven onderzoeksvragen. In hoofdstuk 7 staat onderzoeksvraag 2 centraal. Tot slot wordt in hoofdstuk 8 de centrale vraag beantwoord.

⁵¹ Zie nader over het belang van onderzoek naar dergelijke assumpties in zijn algemeenheid: Malsch 2019.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

Plan van behandeling

Voordat in de volgende hoofdstukken de rol van de *paritas creditorum* specifiek in het kader van een faillissement wordt besproken, wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de werking van de *paritas creditorum* in het vermogensrecht. Daarnaast wordt de uitoefening van de *paritas creditorum* in het individuele executierecht besproken. Deze bespreking heeft als doel om de volgende in hoofdstuk 1 reeds geformuleerde vragen te beantwoorden:

- wat houdt de *paritas creditorum* in en welke uitzonderingen gelden op deze regel?
- op welke wijze krijgt de *paritas creditorum* in het individuele executierecht gestalte en welke functie of functies heeft de *paritas creditorum* in deze context?

Het plan van behandeling voor dit hoofdstuk is als volgt. In Nederland zegt men wel dat de *paritas creditorum* is neergelegd in artikel 3:277 BW. Voor een goed begrip van artikel 3:277 BW wordt in paragraaf 2.1 eerst aandacht besteed aan het verbintenisrechtelijke begrip “persoonlijk recht” en wordt in paragraaf 2.2 ingegaan op de betekenis van een verhaalsrecht in de zin van artikel 3:276 BW. In paragraaf 2.3 wordt artikel 3:277 lid 1 BW besproken. Om de *paritas creditorum* als hoofdregel bij de verdeling van de executie-opbrengst “reliëf” te geven, wordt in paragraaf 2.4 en in paragraaf 2.5 ingegaan op de uitzonderingen die gelden op de *paritas creditorum*. De *paritas creditorum* is een materiële bepaling van executierecht die niet alleen op collectieve executieprocedures, zoals de faillissementsprocedure, van toepassing is, maar ook op een nader te bespreken individuele executieprocedure. De werking van de *paritas creditorum* in het kader van deze individuele executieprocedure wordt in paragraaf 2.6 geanalyseerd. In paragraaf 2.7 wordt ingegaan op de verhouding tussen de *paritas creditorum* en de zogenoemde BW-pauliana. In paragraaf 2.8 wordt ingegaan op de mogelijke verhouding tussen de *paritas creditorum* en het in artikel 1 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel. Een korte bespreking van de herkomst van de *paritas creditorum* vindt plaats in paragraaf 2.9. In paragraaf 2.10 worden samenvattende conclusies getrokken.

2.1 Persoonlijke rechten

Een verbintenis⁵² is een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen op grond waarvan de ene persoon, de schuldeiser, tegenover de andere persoon, de schuldenaar, recht heeft op een prestatie en de schuldenaar tot die prestatie verplicht is.⁵³ Uit één en dezelfde verbintenis

⁵² Zowel onder het oud BW als onder het huidige BW is het opstellen van een definitie aan de wetenschap overgelaten. Zie Van Zeben Du Pon & Olthof 1981b, p. 37.

⁵³ Vgl. Asser/Sieburgh 2020/6 en Rank-Berenschot 1992, p. 101. Een ruimere definitie van het begrip verbintenis geeft Suijling 1934/9, p. 8. Planiol maakt – in het kader van de afbakening van de

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

vloeit dus aan de passieve zijde voort de verplichting⁵⁴ van de schuldenaar om te presteren⁵⁵ en aan de actieve zijde het recht van de schuldeiser om die prestatie in ontvangst te nemen. Een verbintenis kan blijkens artikel 6:1 BW slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.⁵⁶

Het recht dat voor de schuldeiser voortvloeit uit een verbintenis, wordt ook wel het persoonlijke (of relatieve) recht genoemd. Dit recht is onmiddellijk gericht op de persoon van de schuldenaar die gehouden is de prestatie te verrichten. De tegenhanger van het persoonlijke recht is het zakelijke (of absolute) recht dat niet is gericht op een persoon, maar op een goed. Zakelijke rechten zijn alle rechten op zaken. Deze zijn onder te verdelen in: (1) het eigendomsrecht⁵⁷ en (2) beperkte rechten op zaken.⁵⁸ Je zou ook kunnen zeggen: het persoonlijke recht geeft macht over een persoon en het zakelijke recht geeft macht over een goed.⁵⁹

Een schuldenaar dient een verplichting die voortvloeit uit een verbintenis na te komen.⁶⁰ Die verplichting kan bestaan uit een prestatie tot een geven, een doen of een niet-doen.⁶¹ Onder een prestatie tot een geven wordt verstaan het geven van een goed, waaronder valt het betalen van een

rechtswetenschappen versus de overige wetenschappen - van het begrip verbintenis een sjibbolet: *“Tous les rapports qui existent entre les hommes, du moins tous ceux que les lois régissent, se ramènent à l'idée d'obligation : aucune question d'ordre juridique ne peut se concevoir en dehors de cette idée ; là où il n'y a pas obligation, le droit n'a rien à voir, le juriste n'a qu'à se taire ; ce peut être une question d'art, de morale ou d'économie politique, ce n'est pas une question de droit”*, aldus Planiol 1917, p. VII.

⁵⁴ Uit een verbintenis vloeit altijd een verplichting voort. Omgekeerde geldt niet dat iedere verplichting is ontstaan door een verbintenis. Zo rusten er op elke burger algemene rechtsplichten (gij zult niet stelen, andermans eigendom vernielen, de verkeersregels als weggebruiker schenden, etc.). Dergelijke algemene rechtsplichten leveren wel een verplichting op, maar zijn geen verbintenissen. Zie Asser/Sieburgh 2020/8 met verdere verwijzing naar literatuur. Alleen bij die rechtsplichten waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van de schuldeiser wordt gesproken van verbintenissen, aldus Van Zeben Du Pon & Olthof 1981b, p. 38.

⁵⁵ Die passieve zijde van de rechtsverhouding wordt ook wel aangeduid als verbintenis (zie bijvoorbeeld de artikelen 6:30, 6:52 en 6:74 BW). Met het begrip “verbintenis” kan derhalve zowel worden bedoeld de rechtsbetrekking tussen partijen (zie artikel 6:1 BW en de hiervoor gegeven definitie) alsmede de passieve zijde van de rechtsverhouding. Het begrip verbintenis zal door mij uitsluitend worden gebruikt in de zin van artikel 6:1 BW.

⁵⁶ Artikel 6:1 BW sluit aan bij artikel 1269 BW (oud) zoals uitgelegd in het arrest HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (*Quint/Te Poel*). Zoals in dit arrest, onder oud BW, de Hoge Raad een ruime uitleg aan de woorden “uit de wet” heeft gegeven, zo geldt dit ook voor het huidige artikel 6:1 BW. Het is hierbij niet nodig dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel steunt. Wel moet in gevallen die niet expliciet in de wet zijn geregeld, de oplossing worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. Zie nader Van Zeben Du Pon & Olthof 1981b, p. 42.

⁵⁷ Zie art. 5:1 e.v. BW.

⁵⁸ Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard (aldus art. 3:8 BW). Beperkte rechten kunnen worden onderscheiden in gebruiksrechten (zoals het vruchtgebruik) en zekerheidsrechten (pand en hypotheek).

⁵⁹ De tegenstelling tussen het persoonlijke en het zakelijke recht vindt haar oorsprong in het vroeg-Romeinse recht. Het onderscheid tussen *actiones in rem* en *actiones in personam* ligt eraan ten grondslag, aldus Kaser & Wubbe 1971, p. 34. Zie nader over deze tegenstelling (en over de relativering van dit basale onderscheid) Rank-Berenschot 1992, p. 101 e.v. en Asser/Sieburgh 2020/16-18.

⁶⁰ Zie art. 3:296 BW. Wessels I 2018, p. 4, noemt het een centraal beginsel in het Nederlandse vermogensrecht. In gelijke zin Noordam 2008, p. 13.

⁶¹ Artikel 3:296 lid 1 BW.

geldsom.⁶² Hierna richt ik mij op de situatie dat een schuldenaar nalaat een verbintenis tot betaling van een geldsom na te komen.

Het is mogelijk dat een schuldenaar geen gevolg geeft aan een sommatie van de schuldeiser om tot betaling over te gaan. De vraag rijst op welke grondslag een schuldeiser zich dan kan verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Uit het bestaan van een persoonlijke verplichting om te presteren vloeit op zichzelf niet voort dat de schuldenaar met zijn vermogen instaat voor de prestatie, ingeval hij niet nakomt. Zonder nadere regeling in de wet zou het afdwingen van een prestatie betekenen: het op de persoon vervolgen. Een verbintenis is immers een persoonlijk recht dat zonder nadere wettelijke regeling, geen “macht geeft” over het vermogen van de schuldenaar. Zeer beperkt zijn in het huidige Nederlandse executierecht nog⁶³ dwangmiddelen voorhanden die gericht zijn op de persoon van de schuldenaar: de lijfswang (gijzeling)⁶⁴ en de dwangsom.⁶⁵ Het gaat er hierbij telkens om dat de schuldenaar, via een door de rechter op te leggen prikkel, gedwongen wordt een prestatie zelf te verrichten. Deze middelen bieden maar beperkt soelaas en slaan in ieder geval geen brug naar het vermogen van de schuldenaar. De grondslag voor een schuldeiser om zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar ligt in het verhaalsrecht, meer in het bijzonder in artikel 3:276 BW. In de volgende paragraaf wordt op dit verhaalsrecht nader ingegaan.

2.2 Verhaalsrechten

Het executierecht⁶⁶ geeft de schuldeiser van een schuldenaar, die nalaat de prestatie te verrichten waartoe hij gehouden is, de mogelijkheid de prestatie af te dwingen op grond van een executoriale titel.⁶⁷ Die titel kan de schuldeiser verkrijgen, indien een op de voet van artikel 3:296 BW ingestelde

⁶² Alle andere verbintenissen tot een positieve prestatie zijn verbintenissen om te doen (zoals bijvoorbeeld die tot het verrichten van arbeid, artikel 7:610 BW). Onder een prestatie tot een niet-doen worden verbintenissen tot een negatieve prestatie verstaan (een schuldenaar dient bijvoorbeeld iets te dulden). Zie nader Asser-Sieburgh 2020/22 en Stein 2016, p. 20.

⁶³ Oorspronkelijk werd niet, of niet vanzelfsprekend, “een brug” geslagen tussen een persoonlijk recht en het vermogen van de schuldenaar. Vgl. Asser-Sieburgh 2020/34. Ik geef twee voorbeelden. In het vroeg-Romeins recht (tot circa 250 voor Chr.) vormde de *legis actio per manus iniunctionem* de inleiding tot de executie op de persoon van de schuldenaar. De executant (schuldeiser) bracht de schuldenaar ten overstaan van de praetor door middel van rituele handoplegging en onder het uitspreken van de vastgestelde formule in zijn macht. Indien de schuldenaar vervolgens, hetzij door zelf te betalen, hetzij doordat een derde tot betaling overging, zijn verplichting niet alsnog nakwam kon hij ter dood worden veroordeeld of als slaaf worden verkocht. De verplichting om te presteren werd letterlijk geëxecuteerd op de persoon. Het vermogen van de schuldenaar werd buiten beschouwing gelaten. Zie nader Noordam 2007, p. 127 e.v. en Kaser & Wubbe 1971, p. 384 e.v. Het oudste Franse recht kende geen algemene verhaalsaansprakelijkheid. Zonder toestemming van de schuldenaar was er geen verhaal mogelijk op diens onroerend goed. In dat geval kon alleen verhaal worden gezocht op de persoon door middel van gijzeling of op diens roerende goederen. Nader hierover Koops 2010, p. 163 en 164.

⁶⁴ Zie art. 585-600 Rv. Nader hierover Krzeminski 2016, p. 23-24.

⁶⁵ Art. 611a-611i Rv. Voor een nadere uiteenzetting over de dwangsom zie: Beekhoven Van den Boezem 2006. Indien een dwangsom wordt verschuldigd en de schuldenaar de verbeurde dwangsom niet voldoet, wordt ook in dat kader van belang of het vermogen van de schuldenaar verhaalsobject is.

⁶⁶ Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 367: “Het executierecht bevat de wettelijke regeling van de dwangmiddelen en van de wijze waarvan van staatswege die dwangmiddelen kunnen worden toegepast ter verwerkelijking van rechten, die in een rechtelijke uitspraak of in een andere executoriale titel zijn vastgelegd of erkend”.

⁶⁷ Vgl. Krzeminski 2016, p. 1.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

vordering in rechte wordt toegewezen. De grosse⁶⁸ van de beschikking⁶⁹ of van het vonnis⁷⁰ dat de schuldeiser vervolgens ontvangt, kan in heel Nederland ten uitvoer worden gelegd.⁷¹ Een dergelijke executoriale titel is in veel gevallen⁷² nodig om tot verhaal van een geldvordering over te gaan.

Boek 3 BW, Titel 10, genaamd: “verhaalsrecht op goederen”, bevat alle algemene bepalingen betreffende het verhaalsrecht op goederen en de rangorde die bij het verhaal in acht moet worden genomen.⁷³ De titel vangt aan met artikel 3:276 BW dat luidt: “*Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.*”⁷⁴

Artikel 3:276 BW slaat de brug van het persoonlijke recht van de schuldeiser naar het vermogen van de schuldenaar: schuldeisers hebben een verhaalsrecht op, in beginsel,⁷⁵ het gehele vermogen van de schuldenaar.⁷⁶ Het vermogen van de schuldenaar staat in voor de schuld en de schuldeiser kan daarop verhaal zoeken als de schuld niet wordt voldaan. Het met zijn vermogen instaan voor de schuld wordt ook wel *Haftung* genoemd,⁷⁷ te vertalen als “verhaalsaansprakelijkheid”.⁷⁸ Op grond

⁶⁸ D.w.z. de originele uitspraak (dus geen afschrift) waarbij op de voet van art. 430 lid 2 Rv aan het hoofd worden gevoerd de woorden: “In naam des Konings”.

⁶⁹ Vgl. art. 290 Rv.

⁷⁰ Vgl. art. 231 Rv.

⁷¹ Zie art. 430 Rv.

⁷² Art. 430 Rv bepaalt dat, naast uitspraken van de Nederlandse rechter, ook executoriale kracht hebben in Nederland verleden authentieke akten en andere bij wet als executoriale titel aangewezen stukken. Voor voorbeelden van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken zie de artikelen 4, 86 en 196 Fw, 485 lid 2 Rv, 12 jo 14 lid 1 Invorderingswet, 60 lid 2 Participatiewet en art. 554 Sv.

⁷³ Vgl. Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981b, p. 844. Het verhaalsrecht is overigens niet uitputtend in deze (algemene) titel neergelegd.

⁷⁴ Deze regel wordt wel beschouwd als de eerste hoofdregel van het verhaalsrecht.

⁷⁵ In beginsel, want artikel 3:276 BW geeft aan: “*tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt*”. Bij overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar kunnen bepaalde of alle goederen van de schuldenaar derhalve worden uitgezonderd van het verhaal. Vgl. Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 855-856. Daarnaast kan uit de wet volgen dat bepaalde goederen van het verhaal zijn uitgesloten. Enkele voorbeelden hiervan zijn: goederen bestemd voor de openbare dienst (art. 436 Rv en 703 Rv), gereedschappen van ambachtslieden en werklieden (art. 447 sub 2 Rv) en de beslagvrije voet bij periodieke betalingen die worden genoemd in art. 475c Rv (art. 475b lid 1 Rv). Notarissen en deurwaarders is het voorts bij wet (zie art. 25 Wna en artikel 19 Gdw) toegestaan een uitzondering te maken op het uitgangspunt van artikel 3:276 BW door middel van een zogenaamde kwaliteitsrekening ten behoeve van een derde. Advocaten en accountants kunnen eveneens een dergelijke rekening aanhouden voor de ontvangst van gelden die zijn bestemd voor derden. Vgl. HR 3 februari 1984, NJ 1984/752 (*Slis/Stroom*). Zie ook HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (*Beatrixziekenhuis/ProCall*) waar de Hoge Raad onder meer oordeelde dat met verdere uitbreiding van de uitzonderingen op artikel 3:276 BW terughoudendheid moet worden betracht. Voor meer uitzonderingen zie Krzeminski 2016, p. 31-33.

⁷⁶ Zie Van der Kwaak 1990, p. 100. In de (oudere) Franse literatuur wordt de relatie tussen de verbintenis die de schuldenaar aangaat en het instaan met zijn vermogen voor de nakoming wel kort en bondig weergegeven in het adagium: “*qui s’est obligé, obligé le sien*”. Zie nader Planiol 1917, nummer 180 en Baudry-Lacantinerie 1925, p. 643.

⁷⁷ Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 100.

⁷⁸ Suijling 1923, p. 32-34, wijst erop dat het verhaalsrecht niet moet worden verward met “de zakelijke verbanden” die op een goed kunnen rusten. De eigenaar die op een goed pand- of hypotheekrecht verleent, geeft de hypotheek- of pandhouder tegenover iedereen de bevoegdheid om het bezwaarde goed te vervreemden teneinde zich uit de opbrengst te voldoen. In zoverre voert uitoefening van het pand- of hypotheekrecht tot hetzelfde resultaat als de uitoefening van het verhaalsrecht. Het verhaalsrecht is echter een aanspraak op overheidshulp bij de executie van het vermogen van de schuldenaar, terwijl hypotheek en pand als zakelijke lasten rusten op de daarmee bezwaarde goederen. Een ander verschil is dat een

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

van artikel 3:276 BW vloeit derhalve uit de verbintenis voor de schuldeiser, naast een vorderingsrecht, een verhaalsrecht voort. Voor de schuldenaar ontstaat daartegenover uit de verbintenis – naast de schuld – krachtens artikel 3:276 BW verhaalsaansprakelijkheid.⁷⁹

In artikel 3:276 BW ligt besloten⁸⁰ dat iedere schuldeiser van de schuldenaar een gelijk verhaalsrecht heeft (waarbij geldt: – bij de bespreking hierna zal ik deze toevoeging niet telkens noemen – tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt). Iedere schuldeiser van de schuldenaar kan verhaal zoeken op het vermogen van de schuldenaar. De schuldeisers zijn derhalve gelijk wat betreft de toegang tot het vermogen van de schuldenaar.

Juist het feit dat schuldeisers in het kader van de verhaalsuitoefening een gelijke positie innemen, betekent dat een verdelingsregel noodzakelijk is, voor het geval de som van de vorderingen van de schuldeisers hoger is dan de opbrengst die in het kader van de verhaalsuitoefening is gerealiseerd. In dat geval moet de opbrengst op grond van een bepaalde verdeelsleutel worden verdeeld. Indien drie schuldeisers voor een vordering van telkens € 100,00 ieder een gelijk verhaalsrecht hebben, terwijl € 50,00 beschikbaar is, zou zonder nadere verdelingsregel immers onduidelijkheid bestaan op welke wijze de beschikbare € 50,00 onder de schuldeisers verdeeld moet worden. Verdeling is derhalve geïndiceerd indien er sprake is van een *concursum creditorum*: twee of meer schuldeisers zoeken verhaal op een goed, terwijl de opbrengst van de executie ontoereikend is om een ieder te voldoen.⁸¹ De verhaalsgelijkheid biedt dan geen soelaas. Op welke wijze verdeling plaatsvindt, indien er sprake is van een *concursum creditorum*, wordt geregeld in artikel 3:277 lid 1 BW.

2.3 Artikel 3:277 lid 1 BW

Artikel 3:277 lid 1 BW luidt als volgt: “Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van de executie, uit de (netto-) opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang”.⁸² Artikel 3:277 BW lid 1 heeft betrekking op de onderlinge verhouding van de schuldeisers van de schuldenaar bij de verdeling van de executie-opbrengst. Schuldeisers hebben bij deze verdeling onderling in beginsel⁸³ een gelijk recht om te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering. Dit uitgangspunt wordt in de literatuur en de rechtspraak aangeduid als de *paritas creditorum*⁸⁴ of als de gelijkheid van schuldeisers.⁸⁵

verhaalsrecht de schuldeiser in beginsel uitsluitend het recht geeft zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar, terwijl een pand- of hypotheekrecht ook kan worden gevestigd (en dus ook kan worden uitgewonnen) op goederen die niet in het vermogen van de schuldenaar vallen.

⁷⁹ Vgl. Asser-Sieburgh 2020/33 en Rank-Berenschot 1992, p. 207.

⁸⁰ Besloten, want artikel 3:276 BW heeft primair betrekking op de verhouding tussen een individuele schuldeiser en de schuldenaar onderling. De strekking van het artikel is om in die verhouding aan de betreffende schuldeiser een verhaalsrecht toe te kennen.

⁸¹ Onder *concursum creditorum* wordt letterlijk verstaan: samenloop van schuldeisers. Vgl. De Koninck 1997, p. 82.

⁸² Deze regel wordt wel beschouwd als de tweede hoofdregel van het verhaalsrecht.

⁸³ Tenzij er sprake is van een door de wet erkende reden van voorrang.

⁸⁴ *Paritas creditorum* betekent letterlijk: gelijkheid van schuldeisers.

⁸⁵ Asser-Van Mierlo & Krzeminski 2020/6, Fesevur 2017, p. 4; Vriesendorp 2013, p. 7; Wessels 2009, p. 3; Hartkamp 2005, p. 184, Hijma & Olthof 2005, p. 182, Rank-Berenschot 1993, p. 103, Verstijlen 1998, p. 15-18 en Boekraad 1997, p. 5.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

De woorden “*gelijk recht*” in de wettekst geven aan dat de vorderingen van de schuldeisers in beginsel bij de verdeling een gelijke rang hebben. In de Parlementaire Geschiedenis wordt bij artikel 3:277 BW opgemerkt: “*de schuldeisers hebben in beginsel een gelijke rang. Dit betekent dat “noch de datum van de vordering noch het beslag voorrang geeft”*”.⁸⁶ Anciënniteit wat betreft het ontstaansmoment van de vordering of wat betreft de vraag of al dan niet door een schuldeiser tot beslaglegging is overgegaan, heeft niet tot gevolg dat een vordering van een schuldeiser een hogere rang heeft bij de verdeling. Die gelijke rang geeft een aanspraak op een voldoening naar evenredigheid van ieders vordering. Daarop hebben de schuldeisers onderling een gelijk recht.

De gelijke rang van de schuldeisers heeft (uitsluitend) betrekking op het verhaalsrecht, niet op het persoonlijke recht. De rang die een schuldeiser heeft is daarom pas relevant in het kader van de verdeling van de opbrengst. Daarnaast is deze rang uitsluitend van belang in de onderlinge verhouding tussen schuldeisers. Daarbuiten komt aan een hogere of een lagere rang geen betekenis toe. Qua rang kunnen vorderingen concurrent zijn (op basis van het uitgangspunt van artikel 3:277 lid 1 BW) of preferent (op basis van artikel 3:281 lid 1 BW) of achtergesteld (bijvoorbeeld⁸⁷ op basis van artikel 3:277 lid 2 BW).

Wat betreft de verdelingsmaatstaf die wordt gehanteerd in artikel 3:277 lid 1 BW (te weten de voldoening naar evenredigheid van ieders vordering), valt het volgende op. Er vindt geen verdeling plaats op basis van (volkomen) gelijkheid, maar op basis van evenredigheid. Het verschil tussen deze twee maatstaven wordt met het volgende voorbeeld duidelijk gemaakt. Neem een schuldenaar die twee schuldeisers heeft met een vordering van € 100.000,00 respectievelijk € 50.000,00. Stel voorts dat in een *concursum creditorum* waarbij deze twee schuldeisers betrokken zijn, een opbrengst wordt gerealiseerd van € 20.000,00. Bij een volstrekt gelijke verdeling van de opbrengst zou iedere schuldeiser € 10.000,00 ontvangen. Bij een pro rata verdeling ontvangt echter de eerste schuldeiser een bedrag van € 13.333,33 en de tweede schuldeiser een bedrag van € 6.666,67.

De gelijkheid waaraan de term “*paritas creditorum*” refereert, is in die zin misleidend (evenredigheidsregel zou vanuit dit perspectief gezien beter aansluiten bij de inhoud van de regel). Het gelijke recht van schuldeisers leidt immers niet tot een gelijke aanspraak bij de verdeling. Evenredigheid is het alternatief dat juist opdoemt zodra er geen sprake is van gelijke gevallen.⁸⁸ Juist vanwege de ongelijkheid in vorderingsrechten kan een gelijke betaling als onbillijk worden ervaren en wordt gekozen voor een evenredige verdeling.⁸⁹

De conclusie is dat de *paritas creditorum* inhoudt: de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde hoofdregel bij de verdeling van de netto-executieopbrengst dat een schuldeiser een gelijk recht heeft op betaling naar evenredigheid van zijn vordering. De *paritas creditorum* heeft hierbij enerzijds

⁸⁶ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856 (Toelichting Meijers). Rechtens geldt derhalve in dit verband niet de regel: “*wie het eerst komt, die het eerst maalt.*”

⁸⁷ Er zijn ook andere achterstellingen die de rang van de vordering verlagen zoals bijvoorbeeld de wettelijke achterstellingen van legaten. Vgl. Pannevis 2019, p. 17. Zie nader over de achterstellingen: paragraaf 2.6.

⁸⁸ Zie Schilfgaarde 2016, p. 73.

⁸⁹ In de wiskunde wordt de evenredigheid beschouwd als de rekenkundige of algebraïsche vorm die de gelijkheid van twee of meer verhoudingen voorstelt (bijvoorbeeld $2:3 = 4:6$; $a:b = c:d$). Aldus Van Dale 1999, p. 923. Zo gezien is er bij evenredigheid ook een aspect van gelijkheid te ontwaren. Een vorm van relatieve gelijkheid.

betrekking op gelijkheid (de gelijke concurrente rang van de schuldeiser), maar anderzijds ook op evenredigheid (recht op voldoening naar evenredigheid van ieders vordering).

2.4 De gelijke verhaalsrechten doorbroken: de uitzonderingen op de *paritas creditorum*

Hiervoor is aandacht besteed aan de hoofdregel van de *paritas creditorum*. Op de hoofdregel dat bij de verdeling van de executieopbrengst iedere schuldeiser recht heeft op betaling van een pro rata-deel van zijn vordering, bestaan tal van uitzonderingen. In deze paragraaf wordt ingegaan op deze uitzonderingen. Een bespreking hiervan is relevant (onder meer) omdat de reikwijdte hiervan mede de betekenis van de hoofdregel bepaalt. Hoe meer uitzonderingen er gelden op de regel, hoe minder er in economische zin van de *paritas creditorum* terecht komt.

De uitzonderingen op de *paritas creditorum* vormen een gesloten systeem van op de wet berustende voorrangrechten.⁹⁰ De uitzonderingen vallen hierbij telkens in één van de volgende vier categorieën: pand en hypotheek, voorrecht, overige door de wet erkende redenen en feitelijke voorrang. Hierna bespreek ik deze vier categorieën. Tot slot wordt in paragraaf 2.4.5 ingegaan op een oneigenlijk voorrecht. Dit oneigenlijke voorrecht kan worden beschouwd als een vijfde categorie.

2.4.1 Pand en hypotheek

Artikel 3:277 lid 1 BW leert dat uitgezonderd zijn van de hoofdregel van de *paritas creditorum* de “door de wet erkende redenen van voorrang”. Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek, voorrecht en andere in de wet aangegeven gronden.⁹¹ Een recht van voorrang leidt ertoe dat bij de verdeling aanspraak bestaat op betaling met voorbijgaan van schuldeisers die een lager gerangschikt recht van voorrang hebben of die geen enkel recht van voorrang hebben.⁹² Hierbij geldt dat de zakelijke zekerheidsrechten pand en hypotheek⁹³ gaan boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt.⁹⁴ Pand- en hypotheekrechten vormen de eerste categorie uitzonderingen op de *paritas creditorum*.

Een vordering tot betaling van een geldsom kan versterkt worden met een zekerheidsrecht op één of meer goederen. Het gaat hierbij om het verschaffen van *meerdere* zekerheid. Op grond van artikel 3:276 BW heeft de schuldeiser al een verhaalsrecht op, in beginsel, het gehele vermogen van de schuldenaar. Het zekerheidsrecht bevat zowel een executierecht als een voorrangrecht. Het executierecht geeft de zekerheidsgerechtigde de bevoegdheid het verbonden goed (of de

⁹⁰ Aldus HR 14 december 2001, *NJ* 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*). Vgl. Hof 's-Gravenhage 8 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM7619 en HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (*Beatrixziekenhuis/ProCall*). Zie voorts HR 19 december 1958, *NJ* 1959/113 en HR 24 maart 1995, *NJ* 1996/158. HR 28 januari 2011, *LJN* BO4930 (*Marexion/Baboprint*). Zie ook Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/8.

⁹¹ Aldus artikel 3:278 lid 1 BW.

⁹² Het omgekeerde is ook mogelijk. Artikel 3:277 lid 2 BW staat toe dat bij overeenkomst kan worden bepaald dat een vordering een lagere rang neemt dan de wet hem toekent (deze situatie wordt doorgaans achterstelling genoemd).

⁹³ Nu op grond van artikel 3:84 BW de eigendomsoverdracht tot zekerheid geen rechtsgeldige titel van overdracht (meer) oplevert, zijn pand en hypotheek in het Nederlandse recht de enige zekerheidsrechten op goederen.

⁹⁴ Zie artikel 3:279 BW.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

verbonden goederen) te verkopen en zich te verhalen op de executie-opbrengst.⁹⁵ Het voorrangrecht geeft de zekerheidsgerechtigde voorrang boven andere schuldeisers bij de verdeling van de executie-opbrengst.⁹⁶ Daarnaast zijn zekerheidsgerechtigden ook separatist (d.w.z. zij kunnen het recht van parate executie ook uitoefenen tijdens het faillissement van hun schuldenaar “*alsof er geen faillissement was.*”)⁹⁷

Indien er slechts één zekerheidsgerechtigde is, er geen beperkte rechten op het goed rusten die door de executie tenietgaan en er geen schuldeisers zijn die op het goed dat is onderworpen aan het zekerheidsrecht beslag hebben gelegd of na de verkoop op de opbrengst beslag hebben gelegd, is een verdeling niet aan de orde.⁹⁸ In dat geval komt de *paritas creditorum* überhaupt niet aan de orde. De executie-opbrengst komt dan volledig toe aan de zekerheidsgerechtigde.⁹⁹

Het voorrangrecht op grond waarvan de hoofdregel van de *paritas creditorum* kan worden doorbroken, is slechts van belang indien de pand- of hypotheekhouder in één van de drie volgende *concursum creditorum* verzeild raakt: (1) ook andere zekerheidsgerechtigden zijn betrokken bij de executie,¹⁰⁰ (2) er is sprake van één of meer beperkt gerechtigden wier recht door de executie is vervallen en aan wie door de wet een vergoeding is toegekend die uitsluitend verhaalbaar is op de netto-opbrengst van het goed¹⁰¹ en (3) één of meer schuldeisers hebben beslag gelegd op het goed dat aan het zekerheidsrecht is onderworpen¹⁰². Uitsluitend in die drie gevallen is een verdeling aan de orde.

In het kader van de stille verpanding van vorderingsrechten is de mogelijkheid om toekomstige vorderingen te verpanden door de wetgever beperkt.¹⁰³ De ratio achter deze beperking is dat een onbeperkte mogelijkheid van stille verpanding van toekomstige vorderingen “*ten koste zou gaan van de gewone schuldeisers die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen.*”¹⁰⁴ De *paritas creditorum* krijgt derhalve in dit kader een zekere bescherming van de wetgever. In de praktijk stelt deze bescherming niet veel meer voor vanwege de ontwikkelde praktijk van banken (althans *repeat players* op het vlak van verpanding) om een volmacht aan zichzelf te verstrekken waarbij de verpanding van vorderingen dagelijks kan plaatsvinden.¹⁰⁵ Door deze praktijk resteren er

⁹⁵ Recht van parate executie. Zie de artikelen 3:248 en 3:268 BW.

⁹⁶ Zie 3:227 lid 1 BW en artikel 3:278 lid 1 BW.

⁹⁷ zie artikel 57 Fw.

⁹⁸ Zie artikel 3:253 lid 1 BW in geval van pandrecht en artikel 3:270 BW in geval van hypotheek.

⁹⁹ Uiteraard na aftrek van de executiekosten, zoals ook volgt uit de artikelen 3:253 BW en 3:270 BW.

¹⁰⁰ Een goed kan met meer dan één pand- of hypotheekrecht belast zijn.

¹⁰¹ Zie nader artikel 3:282 BW.

¹⁰² Indien een schuldeiser overgaat tot het leggen van derdenbeslag onder de notaris op de op zijn kwaliteitsrekening ontvangen koopsom ontstaat er naar mijn mening geen *concursum creditorum* waarbij de hypotheekhouder is betrokken. Vgl. Van Es, Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:89 BW, aant.8.14.3.

¹⁰³ Zie artikel 3:239 lid 1 BW.

¹⁰⁴ Van Zeben & Du Pon 1990, p. 1337. Zie nader hierover: Kaptein 2016 p. 147 e.v.

¹⁰⁵ Zie nader over deze praktijk: Verstijlen 2011 onder het kopje “*De vesting van het pandrecht*”: “*Een aantal banken pleegt wekelijks of zelfs dagelijks een pandakte te laten registreren. Die akte is door henzelf als gevolmachtigde ondertekend namens, ik citeer, ‘iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere juridische entiteit, al dan niet in hoedanigheid van Kredietnemer, die de Bank volmacht heeft gegeven tot verpanding van vorderingen [...]’. En omdat die volmacht is opgenomen in de algemene voorwaarden die de bank hanteert, valt te verwachten dat zo ongeveer alle kredietnemers volmacht hebben gegeven. Met die wekelijks of dagelijks geregistreerde akte worden verpand, ik citeer weer: ‘alle vorderingen die de Pandgever op het tijdstip van*

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

nog nauwelijks toekomstige vorderingen waarvan de opbrengst ten goede kan komen aan de preferente en concurrente schuldeisers.

De rechtvaardiging voor de relatief sterke positie (voorrangsrecht, recht van parate executie en de separatistenpositie) die een zekerheidsgerechtigde in het kader van een concursus heeft, wordt doorgaans gezocht in het algemene belang van een goed functionerend kredietverkeer¹⁰⁶ of in de partijautonomie.¹⁰⁷ De rechtvaardiging van deze positie is onderwerp van debat.¹⁰⁸

2.4.2 Voorrecht

Voorrang vloeit, zo is hiervoor al vastgesteld, ook voort uit voorrecht. Een voorrecht, ook wel preferentie of privilege genoemd, is een persoonlijk recht dat door de wet¹⁰⁹ is verbonden aan een bepaalde vordering.¹¹⁰ De betekenis van een voorrecht ligt uitsluitend in het toekennen van een hogere rang aan een schuldeiser bij de verdeling van de opbrengst van vermogensbestanddelen van de schuldenaar.¹¹¹ Het geeft de schuldeiser van die vordering het recht uit de netto-opbrengst van

vestiging van het pandrecht op basis van de onderhavige volmacht heeft of rechtstreeks zal verkrijgen uit een dan al bestaande rechtsverhouding en die — thans of achteraf — met behulp van diens administratie of op welke wijze dan ook kunnen worden vastgesteld'. Hier worden met één akte alle vorderingen, bestaand en toekomstig (voor zover mogelijk) van (nagenoeg) alle kredietnemers — mogelijk honderdduizenden vorderingen — verpand en dat elke week of elke dag."

¹⁰⁶ Zie nader Erasmus 1974, p. 25 en Verdaas 2008, p. 13-15.

¹⁰⁷ Van den Heuvel 2004, p. 63 e.v. Terzijde wijs ik er op dat zekerheidstelling niet noodzakelijkerwijs gekoppeld is aan kredietverlening.

¹⁰⁸ Zie nader hierover de studie van Van den Heuvel 2004 die gaat over de wenselijke reikwijdte van zekerheidsrechten (zie p. 10). Zie voorts Van Hoof 2015 waarin de vraag centraal staat op welke wijze vanaf het Romeinse recht tot en met het huidige Nederlandse recht is geprobeerd om de werking van generale zekerheidsrechten aan te passen om bepaalde belanghebbenden (zoals concurrente schuldeisers) te beschermen. Zie ook Tollenaar 2016 over de vraag of een zodanige herverdeling van de opbrengst in faillissementen moet plaatsvinden - ten koste van de geseceureerde schuldeisers - dat een groter deel van de opbrengst toekomt aan de ongesecureerde crediteuren. Tollenaar beantwoordt die vraag ontkennend, in tegenstelling tot bijvoorbeeld: Verstijlen 2011 en Verheul 2014. De Hoge Raad overweegt in HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (*Dix q.q./ING*) - overigens specifiek in het kader van de stille verpanding van vorderingsrechten - dat de verpandingsconstructie meebrengt "dat de uitgangspunten waarop de artikelen 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd, wat betreft concurrente schuldeisers verregaand zijn uitgehold.". De Hoge Raad is van oordeel dat het aan de wetgever is om te beoordelen of de belangen van de concurrente schuldeisers tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is (HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134 *Leuven q.q./ING*, onder 4.1).

¹⁰⁹ Dit is een belangrijk verschil met de zakelijke zekerheidsrechten pand en hypotheek die berusten op wilsovereenstemming tussen partijen.

¹¹⁰ Op 30 november 1992 is bij de Tweede Kamer wetsvoorstel 22 942 ingediend. In dit wetsvoorstel worden alle preferenties op een centrale plaats in de wet geregeld (te weten in afdeling 2 van Titel 10 Boek 3 BW). Op 16 december 2010 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer afgevoerd van de stand van werkzaamheden (Tweede Kamer, Handelingen 2010-2011, nr. 36, 12).

¹¹¹ Vgl. Memorie van Antwoord bij Titel 10 Boek 3 BW (Van Zeven, Du Pon & Olthof 1981a, p. 844): "Een voorrecht geeft slechts voorrang. Eerst als een crediteur een verhaalsrecht op een goed of vermogen heeft, baat hem dus het door de wet op dat goed of op dat vermogen toegekende voorrecht." Nader over voorrechten Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020, nr. 466 e.v., Reehuis e.a. 2012/913 tot en met 2012/936, Tekstra 2008, Hartkamp 2005/184, 2005/187 en 2005/188 en Fesevur 2017. Voor een rechtseconomische analyse van voorrechten zie Tuil 2011.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

één of meer goederen van de schuldenaar (in de zin van artikel 3:277 BW) bij voorrang te worden voldaan.¹¹²

Artikel 3:278 lid 2 BW bepaalt: “Voorrechten ontstaan alleen uit de wet”. Hieruit kan worden afgeleid dat het gaat om een gesloten systeem van voorrechten. In de rechtspraak wordt doorgaans strikt de hand gehouden aan het uitgangspunt dat een voorrecht alleen uit de wet kan voortvloeien. Een analogische of extensieve interpretatie wordt afgewezen.¹¹³ Als ratio achter de strikte interpretatie van een voorrecht wordt in de literatuur gewezen op de terughoudendheid die moet worden betracht bij de doorbreking van de hoofdregel van de gelijkheid van schuldeisers.¹¹⁴

Een voorrecht rust op bepaalde goederen of op alle tot een vermogen behorende goederen (art. 3:278 lid 2 BW). In het eerste geval is er sprake van een bijzonder voorrecht, in het tweede geval van een algemeen voorrecht. Blijkens art. 3:280 BW heeft een bijzonder voorrecht voorrang boven een algemeen voorrecht. Bij een botsing tussen bijzondere voorrechten die op hetzelfde goed rusten, geldt in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers dat de voorrechten gelijke rang hebben (art. 3:281 lid 1 BW).¹¹⁵

Wat betreft de rechtvaardiging van het voorrecht kan worden gewezen op het onderzoek van de Commissie Houwing.¹¹⁶ De Commissie Houwing heeft als uitgangspunt genomen dat een voorrecht uitsluitend gerechtvaardigd is, indien duidelijke redenen aanwezig zijn om de hoofdregel van de gelijkheid van de schuldeisers ter wille van één van hen te doorbreken. Een voorrecht is met andere woorden uitsluitend gerechtvaardigd indien het belang van de bevoorrechte crediteur moet prevaleren boven dat van de andere schuldeisers bij de voldoening van hun vorderingen.¹¹⁷

¹¹² Alhoewel de meeste voorrechten worden genoemd in Titel 10 Boek 3 BW (zie de artikelen 3:283 BW tot en met 3:289 BW), is ook een gedeelte elders in de wet beschreven. Zie bijvoorbeeld de voorrechten op schepen in boek 8 BW (afdeling 8.3.3 BW en afdeling 8.8.3 BW), artikel 21 lid 1 Invorderingswet (“‘s Rijks schatkist heeft een voorrecht op alle goederen van de belastingplichtige.”) en artikel 60 Participatiewet. Zie voor een overzicht van (bijna) alle voorrechten: Franken e.a. 2011, p. 101 e.v.

¹¹³ Zie o.a. HR 20 januari 1905, *W* 8172, HR 28 juni 1992, *NJ* 1929/1619 en HR 19 september 1958, *NJ* 1959/113. In lijn met de gedachte dat voorrechten strikt moeten worden uitgelegd, heeft de Hoge Raad tot slot ook uitgemaakt dat een vordering uit hoofde van een 403-verklaring (een schriftelijke verklaring ex artikel 2:403 BW waarin een moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de nakoming van de uit rechtshandeling voortvloeiende schulden van de dochtermaatschappij) geen voorrecht scheidt. Zie HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898 en HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904.

¹¹⁴ Zie nader Erasmus 1974, p. 28. Vgl. Fesevur 2017, p. 15 en Reehuis e.a. 2012/913,

¹¹⁵ Opnieuw een “*paritas creditorum*” derhalve, maar nu op het niveau van de bijzondere voorrechten.

¹¹⁶ Onder het oude BW is onderwerp van kritiek geworden: (1) de willekeur ten aanzien van de rechtsgrond voor bestaande preferenties en voor de invoering van nieuwe preferenties, (2) de zeer hoge preferentie verbonden aan fiscale vorderingen en vorderingen ter zake van sociale verzekeringspremies en (3) de onoverzichtelijkheid van de wettelijke regeling. Zie nader Houwing 1974, p. 13-15. Om die reden is in 1986 een commissie ingesteld onder voorzitterschap van mr. Ph. A.N. Houwing, om advies uit te brengen over een te ontwerpen regeling van de bevoorrechte vorderingen. Onder invloed van het rapport van deze commissie is met de invoering van het nieuwe BW een groot aantal voorrechten geschrapt.

¹¹⁷ Zie Houwing 1974, p. 18. Erasmus 1974, p. 35 merkt in dit verband op: “Bij de aanbieding door de commissie van haar rapport heeft Minister Van Agt er onder meer op gewezen dat het niet verwonderlijk is dat bij een onderwerp als de preferenties de opvattingen over de vraag wie bij een concursus voorop mag lopen divergeren. Wij raken hierbij immers aan een van de kernpunten van wat men zich bij het fenomeen ‘recht’ voorstelt. En voorrechten zijn nu eenmaal inbreuken op een fundamenteel beginsel van alle recht dat steeds veronderstelt de gelijkheid van degenen die bevoegd zijn rechten uit te oefenen. Uitzonderingen die daarop

2.4.3 Overige door de wet erkende redenen van voorrang

Vorrang kan ook ontstaan door andere in de wet aangegeven gronden. Voorbeelden van door de wet erkende redenen van voorrang zijn te vinden in de artikelen 3:264 lid 7 BW (voorrang huurder of pachter bij inroepen huurbeding), 3:282 BW (voorrang beperkt gerechtigde) en 3:292 BW (retentierecht). Op het in artikel 3:292 BW neergelegde retentierecht en op het voorrangrecht dat voortvloeit uit artikel 7:3 BW (*Vormerkung*) zal ik hierna nader ingaan. Aansluitend wordt de vraag besproken of in artikel 3:298 BW ook een voorrangrecht is neergelegd. Voor de minder frequent voorkomende voorrangrechten die voortvloeien uit de artikelen 3:264 lid 7 BW (voorrang die betrekking heeft op schade die huurder of pachter lijdt doordat diens recht verloren gaat door het inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder op de voet van artikel 3:264 lid 2 BW) en 3:282 BW (voorrang die ontstaat doordat een beperkt genotsrecht op een registergoed is vervallen door executie van dit goed door een hypotheekhouder of beslaglegger) wordt verwezen naar de literatuur.¹¹⁸

2.4.3.1 Het retentierecht

Retentierecht is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan.¹¹⁹ Deze bevoegdheid wordt ook wel de terughoudingsbevoegdheid genoemd.¹²⁰ Het recht van terughouding is een species van het generieke opschortingsrecht.¹²¹ Een schuldeiser heeft in beginsel¹²² geen executoriale titel nodig om gebruik te maken van de terughoudingsbevoegdheid.¹²³

Vanaf de invoering van het NWB in 1992 geeft een retentierecht daarnaast de schuldeiser de bevoegdheid om zijn vordering op de zaak te verhalen *met voorrang* boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen.¹²⁴ Hierbij is aan de retentor geen recht van parate executie toegekend. De retentor zal dus om zijn verhaalsrecht te kunnen uitoefenen in beginsel¹²⁵ moeten beschikken over een executoriale titel, en om tot verkoop over te gaan, executoriaal beslag onder zichzelf op de zaak moeten leggen.¹²⁶ Indien een schuldeiser in het kader van een dergelijke

worden gemaakt en gemaakt moeten worden roepen vaak emotionele reacties op. Als voorbeeld daarvan verwees de Minister naar de Oostenrijkse schrijfster MARIE VON EBNER-ESCHENBACH, die in haar 'Aphorismen' schreef: 'Der grösste Feind des Rechtes ist das Vorrecht'."

¹¹⁸ Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/262 en 2020/366 e.v.

¹¹⁹ Aldus artikel 3:290 BW. Om het retentierecht te kunnen uitoefenen, is het noodzakelijk dat de retentor de macht over de zaak uitoefent. Hiervan is sprake als de retentor houder of bezitter van de zaak is. Vgl. HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1195:ZC1765 (*Deen/Van der Drift*).

¹²⁰ Vgl. Fesevur 2017, p. 41 die als rechtsgrond voor deze bevoegdheid de redelijkheid en billijkheid aanwijst.

¹²¹ Vgl. Groenewegen & De Groot 2015, p. 246-247. De uit artikel 6:52 BW voortvloeiende opschortingsrechten hebben hierbij betrekking op *verbintenissen*. Artikel 3:290 BW heeft daarentegen betrekking op de opschorting van de nakoming van een *verplichting*. Vgl. Fesevur 2017, p. 37.

¹²² Zie voor een uitzondering op de regel: art. 7:94 BW.

¹²³ Vgl. Fesevur 2017.

¹²⁴ Artikel 3:292 BW. Zie nader over het retentierecht in en buiten faillissement: Heilbron 2019, Groenewegen & De Groot 2015 en Fesevur 2017.

¹²⁵ Ondanks het retentierecht zou een derde partij tot executie kunnen overgaan. Het retentierecht blijft dan gelden ook richting de derde partij. De retentor zou in het kader van een dergelijke executie ook conservatoir beslag kunnen leggen op het goed om op die wijze (zonder executoriale titel) toch mee te delen in de executieopbrengst. Zie nader over deze mogelijkheid: Goethals & Hekman 2018, p. 217 en 218.

¹²⁶ Van Zeben & Du Pon & Olthof 1981a, p. 889. Vgl. 479 Rv en 502 Rv.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

verhaalsexecutie, waarbij de opbrengst ontoereikend is om alle betrokken schuldeisers te voldoen, voldoening van zijn vordering ontvangt, is er sprake van een doorbreking van de *paritas creditorum*.¹²⁷

De rechtsgrond voor het terughoudingsrecht wordt gezocht in de redelijkheid en billijkheid. Een schuldenaar die zelf niet presteert, handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid, zo is hierbij de gedachte.¹²⁸ In de wetsgeschiedenis wordt de rechtsgrond voor het verhaalsrecht van de retentor niet toegelicht. In de literatuur wordt wel als rechtvaardiging aangevoerd dat het verhaalsrecht een onontkoombare consequentie van de terughoudingsbevoegdheid is.¹²⁹ Tot zover het retentierecht.

2.4.3.2 De *Vormerkung*

Sinds 1 september 2003 geeft artikel 7:3 BW aan de koper van een registergoed de mogelijkheid om de koopovereenkomst in de openbare registers te laten inschrijven. Dit wordt ook wel de *Vormerkung* genoemd.¹³⁰ De *Vormerkung* geeft de koper voor een periode van zes maanden een deel van de bescherming die hij normaal pas zou krijgen op het moment van levering van het registergoed.¹³¹ Zonder de *Vormerkung* heeft de koper voor de levering van het registergoed uitsluitend een persoonlijk recht op levering. Dit betekent dat het recht van de koper in beginsel niet kan worden tegengeworpen aan derden, dat het aan zijn tijdstip van ontstaan in beginsel geen voorrang ten opzichte van andere rechten met betrekking tot hetzelfde goed kan ontlenen en dat nakoming in het kader van een faillissement van de verkoper niet kan worden afgedwongen. Na inschrijving van de koopovereenkomst op de voet van artikel 7:3 BW verandert deze situatie. Vanaf dat moment kunnen bijvoorbeeld een latere koopovereenkomst, een faillissement van de verkoper of een op het registergoed gelegd beslag niet langer tegen de koper worden ingeroepen.¹³²

De vraag rijst of de *Vormerkung* de *paritas creditorum* doorbreekt, doordat het persoonlijke recht van één schuldeiser – in tegenstelling tot de overige schuldeisers met een persoonlijk recht – promoveert tot een recht met goederenrechtelijke trekken. De wetgever gaat uit van een

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland, 8 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9783 waarbij enkele vrachtwagenchauffeurs zich richting de leasemaatschappij met succes beroepen op een retentierecht op de geleasete vrachtwagens. Uit artikel 3:291 BW vloeit voort dat een retentierecht onder omstandigheden ook kan worden ingeroepen jegens een derde die een recht op de zaak heeft verkregen (zoals een eigenaar, een beperkt gerechtigde of een partij met een contractueel gebruiksrecht, vgl. Hijma & Olthof 2005, p. 186). Indien het retentierecht op grond van artikel 3:291 BW wordt uitgeoefend tegen een derde die eigenaar is, gaat het niet om een doorbreking van de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW, maar om een uitbreiding van het verhaalsvermogen ex artikel 3:276 BW.

¹²⁸ Zie Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981b, p. 195-207. Zie voorts Fesevur 2017, p. 61.

¹²⁹ Aldus Fesevur 2017, p. 74.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting onder "I", TK 2014/15, 34 148, nr. 3. Zie nader over de *Vormerkung*: Dammingh 2009 en Broekveldt 2006.

¹³¹ In de praktijk bleek deze bescherming bij een executoriaal of conservatoir beslag niet goed te functioneren. Schuldeisers konden de geboden bescherming ontwijken door in plaats van beslag op de onroerende zaak, derdenbeslag te leggen op de koopsom. Het gevolg van een dergelijk beslag was dat de koper niet meer bevrijdend aan de notaris kon betalen. Er ontstond een patstelling en levering kon niet plaatsvinden. Dit maakte de bescherming van de *Vormerkung* illusoir. Zie in dit verband ook HR 6 februari 2009, *LJN*:BG5850, HR 8 oktober 2010, *LJN*:BN1252 en HR 12 juli 2013, *LJN*:BZ9959, r.o. 3.5.2. Om die reden is bij wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 396, artikel 7:3 BW zodanig aangepast dat de koper in weerwil van een gelegd beslag de mogelijkheid heeft om bevrijdend aan de notaris te betalen.

¹³² Zie voor een precieze opsomming van de incidenten waartegen de koper na inschrijving wordt beschermd: artikel 7:3 lid 3 BW.

doorbreking van de *paritas creditorum*. Bij de invoering van het NBW in 1992 was daarom één van de redenen om niet te kiezen voor de *Vormerkung*, dat er geen klemmende redenen aanwezig werden geacht om de *paritas creditorum* te doorbreken.¹³³ Bij de totstandkoming van artikel 7:3 BW is de rechtvaardiging van deze (beweerde) doorbreking van de *paritas creditorum* opnieuw aan de orde gesteld in de Tweede Kamer. De vaste commissie van Justitie heeft hierbij de minister gevraagd of het belang van de koper – die voor de levering nog slechts een persoonlijk recht heeft – een doorbreking van de *paritas creditorum* rechtvaardigt. De minister heeft daarop gereageerd met onder meer het volgende antwoord: “In artikel 7:3 BW wordt naar mijn mening zowel aan de gerechtvaardigde belangen van de koper als aan de gerechtvaardigde belangen van derden voldoende recht gedaan. In dit verband kan worden gewezen op de precieze afbakening in lid 3 van de zakelijke werking van de ingeschreven koop (die dus geen volledige zakelijke werking heeft), en op de beperking van de duur van de zakelijke werking tot zes maanden...”.¹³⁴ Het standpunt van de wetgever is derhalve nog steeds dat er bij de *Vormerkung* sprake is van een doorbreking van de *paritas creditorum*, zij het dat deze doorbreking aanvankelijk als ongeoorloofd werd beschouwd en thans als gerechtvaardigd.

Naar mijn mening is er bij de *Vormerkung* echter geen sprake van een doorbreking van de *paritas creditorum* vanwege de omstandigheid dat het persoonlijke recht van een schuldeiser (te weten de koper van het registergoed) goederenrechtelijke trekken krijgt. De positie van de koper is versterkt in het kader van de reële executie (de *Vormerkung* versterkt de vordering tot levering van het registergoed). In het kader van de beslagexecutie is de positie van de koper op geen enkele wijze versterkt. Bij de verdeling van de opbrengst is de koper niet betrokken. De koper maakt uitsluitend verdeling mogelijk door de koopsom te voldoen. In artikel 7:3 BW ligt naar mijn mening dan ook geen uitzondering op de *paritas creditorum* besloten.

2.4.3.3 Artikel 3:298 BW

Tot slot wordt ingegaan op artikel 3:298 BW. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever artikel 3:298 BW beschouwt als uitzondering op de *paritas creditorum*.¹³⁵ Het zou hierbij dan moeten gaan om een voorrangrecht op een andere in de wet aangegeven grond. Hierna wordt ingegaan op de vraag of dit standpunt juist is.

Artikel 3:298 BW bepaalt dat indien twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed een botsend recht op levering hebben en nakoming vorderen, als hoofdregel geldt dat het oudste recht op levering voorgaat. Het gaat hierbij om een situatie waarbij persoonlijke rechten op levering botsen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een onroerende zaak tweemaal is verkocht. De vraag ligt hierbij voor welk recht op levering moet prevaleren. Nadat conservatoir beslag is gelegd of nadat een executoriale titel is verkregen, dient die vraag te worden beantwoord in het kader van een executie- of een beslaggeschil.¹³⁶

Indien de aanspraak tot levering een goederenrechtelijk karakter zou hebben, zou de prioriteitsregel gelden. De datum van vestiging van het recht bepaalt in dat geval welk recht voorrang heeft. In het geval van artikel 3:298 BW betreft het echter verbintenisrechtelijke (obligatoire) aanspraken. In het

¹³³ Zie Van Zeben & Du Pon 1990, p. 1080-1081.

¹³⁴ TK 2000-2001, 23 095, nr. 10, Vragen, p. 11 resp. Antwoorden, p. 30.

¹³⁵ Van Zeben & Du Pon 1990, p. 1397.

¹³⁶ Vgl. 497 Rv en art. 736 Rv jo. art. 438 en 705 Rv.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

verbintnissenrecht geldt de prioriteitsregel niet, zodat het moment van het ontstaan van het leveringsrecht in beginsel geen voorrang creëert.¹³⁷ Artikel 3:298 BW geeft richting in een dergelijke situatie en bepaalt als hoofdregel¹³⁸ dat het oudste recht op levering voor gaat.¹³⁹ Het aansluiten bij het ontstaansmoment van de vordering staat haaks op de gedachte van de *paritas creditorum* waarin juist het moment van ontstaan van een vordering irrelevant wordt geacht.¹⁴⁰ Op het eerste gezicht is het wellicht begrijpelijk dat om die reden wordt gesproken van een doorbreking van de *paritas creditorum*.¹⁴¹ Toch kan dit standpunt naar mijn mening niet worden volgehouden.

In artikel 3:277 BW gaat het om de verhaalsuitoefening (het afdwingen van een prestatie tot het geven van een geldsom), terwijl bij artikel 3:298 BW geen verhaalsexecutie aan de orde is, maar reële executie (het afdwingen van een prestatie tot een doen, nalaten of geven anders dan een geldsom strekkende tot effectuering van een verbintenis tot levering). Bij botsende obligatoire rechten op levering gaat het derhalve niet om een verbintenis strekkende tot betaling van een geldsom. Artikel 3:277 BW heeft om die reden geen betrekking op een situatie zoals beschreven in artikel 3:298 BW. Artikel 3:298 BW kan dan ook niet als een uitzondering op de *paritas creditorum* worden beschouwd.¹⁴²

2.4.4 Feitelijke voorrang

De laatste categorie uitzonderingen op de *paritas creditorum* betreft, wat ik zal noemen, de feitelijke voorrang.¹⁴³ Strikt genomen vormen deze uitzonderingen geen afwijking van artikel 3:277 BW, maar brengen zij wel een verandering in de volgorde waarin schuldeisers worden voldaan. Om de werking van feitelijke voorrangrechten te illustreren, geef ik een voorbeeld. Stel A, schuldenaar van B, is daarnaast ook schuldeiser van B (waarbij heeft te gelden dat op de voet van artikel 6:127 lid 2 BW aan de wettelijke voorwaarden om deze vorderingen met elkaar te kunnen verrekenen is voldaan).¹⁴⁴ De vordering van A op B is omvangrijker dan de tegenvordering van B op A. A kan zich met betrekking tot zijn vordering op B niet beroepen op een voorrangrecht dat is neergelegd in artikel 3:277 BW en is dus concurrent schuldeiser. C is een tweede schuldeiser van B die een pandrecht heeft op alle vorderingen van B op derden (waaronder op de vordering op A). D is een derde schuldeiser van B die een concurrente vordering heeft. D legt derdenbeslag op de vordering van B op A teneinde zich in het kader van de beslagexecutie op deze vordering te verhalen. A kan

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld Rank-Berenschot 1992, p. 205.

¹³⁸ Deze hoofdregel is overigens, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, niet meer dan een vuistregel. In de wet wordt daarom ook aangegeven dat deze regel uitzondering lijdt voor zover uit de wet, uit de aard van de rechten of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Vgl. Zeven & Du Pon 1990, p. 1397.

¹³⁹ Artikel 3:298 BW is in de rechtspraak ook toegepast in analoge gevallen. Hof Amsterdam, 22 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835, past deze regel bijvoorbeeld toe op de situatie dat er twee huurovereenkomsten zijn gesloten met betrekking tot één en dezelfde winkelruimte. Zie ook Rb. Noord-Holland, 14 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:3795. Vgl. Van Zeven & Du Pon 1990, p. 1397: “*Het ligt voorts voor de hand dat soms analogische toepassing mogelijk zal zijn op andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zou botsen.*”.

¹⁴⁰ Zie Van Zeven, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856. Zie voorts HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999, NJ 2012/126, m.nt. A.I.M. van Mierlo

¹⁴¹ Van Zeven & Du Pon 1990, p. 1397. In de literatuur wordt dit ook wel gesteld: Hijma & Olthof 2005, p. 59.

¹⁴² Een andere situatie is aan de orde indien de rechten op leveringen worden omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding ter zake het niet nakomen van een vordering tot levering. De hoofdregel van de *paritas creditorum* is dan wel van toepassing. Vgl. Van Zeven & Du Pon 1990, p. 1397.

¹⁴³ Zie nader over feitelijke preferenties: Van Apeldoorn 2010, p. 27, Fesevur 2017, p. 4-5 en Suijling 1940/440.

¹⁴⁴ Zie nader hierover: Faber 2005/15 e.v.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

zich nu jegens B op het recht van verrekening¹⁴⁵ beroepen tot het beloop van zijn vordering op B en de deurwaarder berichten dat de vordering van B op A door verrekening teniet is gegaan. A heeft hierdoor met feitelijke¹⁴⁶ voorrang boven alle andere schuldeisers betaling ontvangen.¹⁴⁷ Deze feitelijke voorrang gaat in het geval van verrekening (dus) zelfs boven de vordering van de deurwaarder op grond van gemaakte executiekosten en voor het pandrecht van de in het voorbeeld genoemde schuldeiser C.

Verdere voorbeelden van feitelijke preferenties zijn het nemen van verhaal op goederen van de schuldenaar die in het algemeen niet voor verhaal vatbaar zijn.¹⁴⁸ Op in artikel 448 lid 1 Rv genoemde gereedschappen kan bijvoorbeeld in beginsel geen beslag worden gelegd, tenzij het betreft een beslag op grond van een vordering genoemd in artikel 448 lid 2 Rv (bijvoorbeeld een vordering tot herstel van de gereedschappen). Een schuldeiser in de zin van artikel 448 lid 2 Rv kan derhalve verhaal zoeken op de gereedschappen, terwijl alle schuldeisers van de schuldenaar die een vordering op grond van artikel 448 lid 2 Rv ontberen, deze mogelijkheid niet hebben.

Hiervoor is, in het kader van de uitzonderingen op de *paritas creditorum* die voortvloeien uit de overige door de wet erkende redenen van voorrang (categorie D), ingegaan op de *Vormerkung*. Vanuit het perspectief van de schuldeiser die de koopovereenkomst in de openbare registers heeft ingeschreven, is vastgesteld dat er in dat geval geen sprake is van een uitzondering op de *paritas creditorum*. De invoering van de figuur van de *Vormerkung* heeft echter een (onbedoeld) neveneffect waardoor er in bepaalde gevallen een feitelijke voorrangspositie kan ontstaan. Dit kan ik als volgt toelichten.

Neem de situatie dat één schuldeiser van de schuldenaar (hierna ook wel genoemd de anterieure schuldeiser) tot beslaglegging overgaat vóór de *Vormerkung* en dat een andere schuldeiser (hierna ook wel genoemd de posterieure schuldeiser) tot beslaglegging overgaat na de *Vormerkung*. De koper kan in die situatie, gelet op het bepaalde in artikel 475h lid 3 Rv, de levering ongehinderd laten plaatsvinden door de koopsom bevrijdend op de derdenrekening van de betrokken notaris te storten. Bij de verdeling van de opbrengst van de koopsom gaan volgens de Memorie van Toelichting¹⁴⁹ anterieure schuldeisers voor op de posterieure schuldeisers. Een feitelijke positie (het leggen van beslag voor de *Vormerkung*) schept hier een feitelijke preferentie (voorrang bij de verdeling).¹⁵⁰

¹⁴⁵ Ervan uitgaande dat aan de voorwaarden om een beroep op verrekening te kunnen doen is voldaan (zie nader artikel 6:127 e.v. BW).

¹⁴⁶ Feitelijk, want het betreft niet een van de in artikel 3:277 BW genoemde voorrangrechten. Vgl. Wolfert 2007, p. 86: “Dit soort gevallen van ‘feitelijke voorrang’ bieden de crediteur weliswaar geen voorrang bij verhaal op de opbrengst van één of meer goederen van de schuldenaar – daarvan kan enkel sprake zijn in de in de wet genoemde gevallen (art. 3:277 lid jo. art. 3:278 BW) – zij kunnen echter voorkomen dat de crediteur te maken krijgen met een concursus creditorum. Een recht dat verhaalsvoorrang verschaft, is pas relevant in het geval van een concursus creditorum. In dat geval moet er een rangschikking van crediteuren worden gemaakt. Voor zover de crediteur, bijvoorbeeld door te verrekenen, kan voorkomen dat hij te maken krijgt met een concursus creditorum, heeft hij daarom feitelijk een bevoorrechte positie”.

¹⁴⁷ Vgl. Faber 2005/269, 2005/277, 2005/279 en Suijling 1940, p. 447.

¹⁴⁸ Vgl. art. 448 lid 2 Rv.

¹⁴⁹ Kamerstukken II, 2014-2015, 34148 (“Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de werking van de inschrijving van de koop van een registergoed in de openbare registers te verbeteren”), nummer 3, onder 3.2.

¹⁵⁰ Hetzelfde geldt voor hypotheekhouders. Zie nader hierover Ekkelkamp 2016.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

Indien een schuldeiser zich op een ander vermogen kan verhalen (bijvoorbeeld bij hoofdelijke aansprakelijkheid,¹⁵¹ borgtocht¹⁵² of bij het bodemrecht van de fiscus¹⁵³) doet zich geen uitzondering op de *paritas creditorum* voor. De *paritas creditorum* betreft de gelijke behandeling van schuldeisers bij verhaal op het vermogen van één en dezelfde schuldenaar. Indien een schuldeiser verhaal zoekt bij een derde, komt de *paritas creditorum* niet in het gedrang.¹⁵⁴ Van een *concursum creditorum* in het kader van de verhaalsexecutie is dan immers geen sprake.

Indien een schuldeiser zich met betrekking tot aan de schuldenaar geleverde roerende goederen beroept op een rechtsgeldig eigendomsvoorbehoud is er geen (feitelijke) verstoring van de *paritas creditorum*. Uit art. 3:92 lid 1 BW blijkt dat bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud de verkoper wordt vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de koper onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de prestatie. Die prestatie is doorgaans de betaling van de koopsom. Zolang na de levering¹⁵⁵ de betaling van de koopsom niet heeft plaatsgevonden, is zowel de verkoper als de koper voorwaardelijk eigenaar: de verkoper onder de ontbindende voorwaarde van betaling, en de koper onder de opschortende voorwaarde van betaling.¹⁵⁶ Wanneer de koper in verzuim is,¹⁵⁷ heeft de verkoper het recht de goederen als eigenaar terug te nemen.¹⁵⁸ Indien de koper de betreffende goederen niet vrijwillig afgeeft, dan kan de verkoper afdwingen¹⁵⁹ in het kader van de reële executie.¹⁶⁰ De schuldeiser is immers eigenaar van de roerende goederen gebleven (onder de ontbindende voorwaarde van betaling). De verkoper ontvangt echter als schuldeiser niet de betaling waar hij recht op heeft. Er is derhalve ook geen sprake van een feitelijke preferentie ten gevolge waarvan de ene schuldeiser van de schuldenaar wel betaling ontvangt en de andere schuldeiser van de schuldenaar niet.¹⁶¹

¹⁵¹ Artikel 6:6 e.v. BW.

¹⁵² Artikel 7:859 e.v. BW.

¹⁵³ Het bodemrecht van de fiscus houdt in dat zij bij het invorderen van onbetaald gebleven belastingschulden bij ondernemers beschikt over een specifiek verhaalsrecht. Dankzij dit verhaalsrecht kan de fiscus zich verhalen op bepaalde roerende zaken die zich bevinden op de bodem die de belastingschuldige in gebruik heeft, te weten de bedrijfsruimte.

¹⁵⁴ Vgl. HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96 (Sobi/Hurks) en conclusie Timmermans onder randnummer 3.7 in HR 10 oktober 2003, *JOR* 2003/209. Mogelijk kan de derde partij op basis van regres- of subrogatierechten in de schoenen van de schuldeiser treden. Ook in dat geval is de *paritas creditorum* niet in het gedrang: de ene schuldeiser is dan immers door de andere schuldeiser vervangen.

¹⁵⁵ Artikel 3:91 BW.

¹⁵⁶ Vgl. HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287 (*Rabobank/Reuser*).

¹⁵⁷ Artikel 6:81 BW e.v.

¹⁵⁸ Artikel 5:2 BW.

¹⁵⁹ Artikel 491 Rv.

¹⁶⁰ Zie nader over de goederenrechtelijke status van onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen: Stadig, Kriekkaert & Jansen 2017.

¹⁶¹ Een vergelijkbare situatie betreft het in artikel 7:39 BW neergelegde recht van reclame. Ook dat recht kan niet worden aangemerkt als feitelijke preferentie. In deze twee voorbeelden (eigendomsvoorbehoud en recht van reclame) komt het verbintenisrechtelijke karakter van de *paritas creditorum* duidelijk naar voren. De *paritas creditorum* werkt niet tegen schuldeisers met een goederenrechtelijke titel (in dit geval schuldeisers met een actie op basis van het eigendomsrecht).

2.4.5 Executiekosten

Bij iedere executie worden kosten gemaakt, zoals bijvoorbeeld de kosten van het bevel om binnen twee dagen respectievelijk vierentwintig uur aan de executoriale titel te voldoen en¹⁶² de kosten voor de website waarop de verkoop bekend is gemaakt.¹⁶³ De executiekosten dienen volgens artikel 3:277 lid 1 BW allereerst uit de opbrengst van de executoriale verkoop te worden voldaan. De schuldeisers hebben dus uitsluitend een gelijk recht op de *netto-opbrengst* (de opbrengst ná aftrek van de executiekosten).¹⁶⁴ Aan een vordering op grond van gemaakte executiekosten is derhalve geen voorrangrecht verbonden in de zin van artikel 3:277 BW.¹⁶⁵ Wel gaat het om een bevoorrechte positie, een schuldeiser ontvangt immers betaling voor de overige schuldeisers.¹⁶⁶

Als rechtvaardiging voor het in geval van gemaakte executiekosten aanvaarden van een uitzondering op de *paritas creditorum* kan worden gewezen op het volgende. Executiekosten worden niet uitsluitend gemaakt in het belang van de schuldeiser die het initiatief tot de uitwinning heeft genomen, maar strekken er tevens toe te voorkomen dat de schuldenaar zijn goederen aan het verhaal onttrekt. Verder heeft de uitwinning tot gevolg dat de opbrengst kan worden verdeeld tussen alle schuldeisers die aan de verdeling deelnemen.¹⁶⁷ Nu in beginsel alle schuldeisers meedelen in de opbrengst hebben zij ook een gezamenlijk belang bij de executie. Hierbij komt, dat indien de kosten verbonden aan de executie niet bij voorrang zouden worden voldaan, de animo om tot executie over te gaan vermoedelijk zal afnemen. Een schuldeiser zou dan uit economische overwegingen (te weten: ter vermijding van het maken van kosten waarvan het maar de vraag is of die voldaan worden) kunnen wachten tot een andere schuldeiser het voortouw neemt en tot beslaglegging overgaat. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de executie geacht moet worden het belang van de mede-schuldeisers te dienen. Dit belang rechtvaardigt de toegekende bevoorrechte positie.

2.4.6 Resumerend

Tot zover de uitzonderingen, samengevat in vijf categorieën, op de *paritas creditorum* wat betreft hoger gerangschikte vorderingen. Indien een schuldeiser zich niet kan beroepen op een uitzondering die valt in één van de genoemde categorieën, geldt derhalve dat zijn vordering concurrent is en hij – indien er nog opbrengst ter verdeling overschiet, nadat alle voorrangsgerechtigden zijn voldaan – naar rato van zijn vordering moet delen met de overige concurrente crediteuren.¹⁶⁸ De omvang van de uitzonderingen relativeert de betekenis van de *paritas creditorum* als hoofdregel. Er is eerder sprake van een restregel, dan van een hoofdregel.

¹⁶² Vgl. art. 439 Rv, art. 502 Rv resp. art. 563 Rv en art. 584b Rv.

¹⁶³ Vgl. art. 464 Rv. Zie voor meer voorbeelden Asser/Steneker 2019/714.

¹⁶⁴ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856.

¹⁶⁵ Onder het oude recht was dit overigens wel het geval: zie artikel 1185 sub 1 en 1195 sub 1 BW (oud).

¹⁶⁶ Vgl. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/474.

¹⁶⁷ Houwing 1974, p. 30 en 31.

¹⁶⁸ Vgl. HR 3 februari 1984, NJ 1984/752 (*Slis/Stroom*), onder 3.2 (zie ook de conclusie van A-G Franx onder randnummer 6) en HR 13 januari 1989, NJ 1989/755 (*Espresso/Piemonte*).

2.5 De tegenpool van het voorrangrecht: de achterstelling

Een bespreking van de uitzonderingen op de *paritas creditorum* is niet volledig indien geen aandacht wordt besteed aan het bepaalde in artikel 3:277 lid 2 BW over de achterstelling. Bij overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeiser kan namelijk worden overeengekomen dat de schuldeiser zijn wettelijke rang verlaagt jegens alle of bepaalde andere schuldeisers.¹⁶⁹ Een schuldeiser kan zijn verhaalsrecht derhalve vrijwillig achterstellen ten opzichte van schuldeisers met een gelijke of lagere rang.¹⁷⁰ Ook dit is een doorbreking van de *paritas creditorum*, zij het nu in de omgekeerde richting.¹⁷¹ Een schuldeiser (ook wel genoemd de junior schuldeiser) kiest er vrijwillig¹⁷² voor om in het kader van de verdeling van de executie-opbrengst een of meerdere andere schuldeisers (ook wel genoemd: de senior schuldeiser) te laten voorgaan.¹⁷³

De precieze gevolgen van een achterstelling door rangverlaging zijn afhankelijk van de afspraken die partijen contractueel hebben gemaakt. Zo impliceert een achterstellingsovereenkomst niet zonder meer dat de betreffende schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven of in geval van faillissement van zijn schuldenaar dat de schuldeiser zijn verhaalsrecht pas kan uitoefenen nadat de andere schuldeisers zijn voldaan.¹⁷⁴

Naast de eigenlijke achterstelling zoals hiervoor besproken (waarbij de rang van de schuldeiser bij de verdeling wordt verlaagd), zijn er in de praktijk ook oneigenlijke achterstellingen. Hierbij wordt de voldoening van de achtergestelde vordering (ook wel genoemd: de juniorvordering) ook ondergeschikt gemaakt aan de vordering van een andere schuldeiser (ook wel genoemd: de seniorvordering), maar nu niet door middel van rangverlaging. Bij een oneigenlijke achterstelling wordt met name gebruikt gemaakt van opschortende tijdsbepalingen, opschortende voorwaarden en onderlinge verbintenissen tussen schuldeisers. Een voorbeeld hiervan is de verplichting die op de junior schuldeiser wordt gelegd om geen betaling te ontvangen op zijn vordering, voordat de senior schuldeiser is voldaan.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Zie artikel 3:277 lid 2 BW.

¹⁷⁰ De Hoge Raad merkt in HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/140 (*Nationalisatie SNS*) onder 4.34.4 op: “De achterstelling is niet een eigenschap van de verbintenis zelf (zoals bijvoorbeeld het geval is bij de opeisbaarheid van een verbintenis ingevolge een daartoe strekkend beding, in welk geval die eigenschap door iedere schuldenaar van de verbintenis kan worden ingeroepen), maar een van de wettelijke hoofdregel afwijkende volgorde voor verhaal ter zake van die verbintenis op het vermogen van de schuldenaar die het beding is aangegaan.”

¹⁷¹ De achterstelling in de zin van artikel 3:277 lid 2 BW moet worden onderscheiden van de overeenkomst genoemd in artikel 3:276 BW waarbij krachtens overeenkomst verhaal door een schuldeiser op bepaalde of alle goederen van de schuldenaar wordt uitgesloten.

¹⁷² Voor de volledigheid wordt nog opmerkt dat naast achterstellingen op grond van een overeenkomst er ook achterstellingen zijn op grond van de wet. Een voorbeeld hiervan is de in art. 2:23b BW neergelegde achterstelling van de aandeelhouder van een vennootschap bij de andere schuldeisers. Zie nader over de wettelijke achterstellingen: Pannevis 2019, hoofdstuk 6. Pannevis 2019, p. 119 wijst er nog op dat de rangverlaging ook kan voortvloeien uit een overeenkomst tussen de junior schuldeiser en de senior schuldeiser zonder dat de schuldenaar partij is (dat is derhalve een andere situatie dan genoemd in artikel 3:277 lid 2 BW) of kan voortvloeien uit een eenzijdige handeling van de junior.

¹⁷³ Voor literatuur over de achterstelling zie: Van Hees 2020, Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020, nr. 15 en 16, Pannevis 2019 en Van Hees 1989.

¹⁷⁴ Aldus: HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/503 onder 3.4.2. (*Buter/Besix*).

¹⁷⁵ Zie nader Pannevis 2019, hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

De oneigenlijke achterstelling speelt – anders dan de eigenlijke achterstelling – geen (rechtstreekse) rol bij de verdeling van de executie-opbrengst. De afspraken die partijen maken in het kader van een oneigenlijke achterstelling gelden juist buiten verdeling van de opbrengst in het kader van de *concursum creditorum*.¹⁷⁶ Uitsluitend de eigenlijke achterstelling heeft dan ook te gelden als een uitzondering op de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde regel dat de vorderingen van schuldeisers, tenzij er sprake is van een voorrangrecht, onderling een gelijke rang hebben.

2.6 De *paritas creditorum* in het individuele executierecht

In deze paragraaf wordt besproken op welke wijze de *paritas creditorum* nu precies van toepassing is in het kader van een individuele executieprocedure. Van regels van materieel executierecht (art. 3:276 en 3:277 BW) die toepasbaar zijn op zowel individuele als collectieve executieprocedures, verplaatst de bespreking zich derhalve naar regels van formeel executierecht die uitsluitend van toepassing zijn op individuele executieprocedures.

2.6.1 De verhaalsuitoefening in het individuele executierecht

De wijze waarop individuele schuldeisers verhaal kunnen nemen, is geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹⁷⁷ Uitwinning vindt uitsluitend met medewerking van het Staatsgezag plaats.¹⁷⁸ Die medewerking wordt in beginsel alleen verleend aan schuldeisers die beschikken over een executoriale titel. Het enkele feit dat een schuldeiser een verhaalsrecht ex artikel 3:276 BW heeft, is in beginsel dus onvoldoende om deel te nemen aan de executieprocedure.¹⁷⁹

Het afdwingen van de prestatie waar de schuldeiser recht op heeft, kan op verschillende wijzen plaatsvinden en is mede afhankelijk van de soort prestatie (geven, doen of nalaten). In dit verband moet onderscheid gemaakt worden tussen directe en indirecte executie.¹⁸⁰ Bij directe executie wordt de verschuldigde prestatie rechtstreeks buiten de schuldenaar om afgedwongen. De prestatie wordt hierbij door een ander (een zogenaamde remplaçant), doorgaans de deurwaarder, verricht. Directe executie geeft de schuldeiser hetzelfde resultaat als wanneer de schuldenaar vrijwillig aan zijn verplichtingen had voldaan. Daarnaast kan de schuldenaar ook via indirecte executie worden gedwongen tot het verrichten van de verschuldigde prestatie. Dit kan door in rechte te vorderen dat de schuldenaar een prikkel (te weten nakoming op straffe van verbeurte van een dwangsom of nakoming bij gebreke waarvan lijfswang wordt toegepast) wordt opgelegd om de prestatie te verrichten. In een dergelijk geval voldoet de schuldenaar uiteindelijk zelf aan de prestatie (daarom spreekt men van indirecte executie).¹⁸¹

¹⁷⁶ Vgl. Pannevis 2019, p. 342.

¹⁷⁷ Vgl. Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 843: “Verhaalsrecht op goederen en de redenen van voorrang van bepaalde vorderingen behoren zeker in het algemeen vermogensrecht thuis. (...) Slechts de vorm waarin men het voorrecht kan uitoefenen, wordt elders geregeld, nl. in de Faillissementswet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.”

¹⁷⁸ Vgl. Van Boom 2018, p. 31: “Beslag is een gerechtelijke uitwinningprocedure waarin het overheidsmonopolie op handhaving wordt uitgeoefend. Het overheidsgezag wordt hierbij voornamelijk uitgeoefend via de deurwaarder (zie art 2 Gerechtsdeurwaarderswet en art. 434 Rv).

¹⁷⁹ Zie voor diverse uitzonderingen op deze regel: Asser/Steneker 2019/ 537.

¹⁸⁰ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 371.

¹⁸¹ Vgl. Krzeminski 2016, p. 11 en 12 en Stein 2016, p. 14.

Bij de indirecte executie wordt – onverschillig of de prikkel effect sorteert – niet toegekomen aan de toepassing van een verdelingsregel, zoals artikel 3:277 BW, omdat een verdeling van het (verhaals)vermogen onder de schuldeisers niet aan de orde is. Als de prikkel tot gevolg heeft dat de schuldenaar alsnog vrijwillig voldoet aan de prestatie, is om die reden van een verdeling geen sprake. Als de prikkel geen effect sorteert, blijft op de schuldenaar de verplichting rusten om aan de prestatie te voldoen en eindigt de indirecte executie zonder verdeling van het verhaalsvermogen. Uiteraard kan het wel zo zijn dat in dat geval de schuldenaar – naast de hoofdsom – dwangsommen is verschuldigd. De inning van de hoofdsom, de dwangsommen en eventuele overige executiekosten dient dan plaats te vinden via de weg van directe executie. In het kader van de indirecte executie kom je hoe dan ook niet aan een verdeling toe. Een verdere bespreking van de indirecte executie is daarom niet relevant voor het onderhavige betoog.

In het kader van de directe executie moet onderscheid gemaakt worden tussen verhaalsexecutie en reële executie. Indien de schuldenaar een verbintenis heeft strekkende tot een geven en wel specifiek het geven van een geldsom, is verhaalsexecutie de aangegeven wijze om betaling af te dwingen. De executie vindt alsdan plaats door uitwinning van de goederen van de schuldenaar. Het doel hiervan is het verhaal van een geldvordering, vandaar de aanduiding verhaalsexecutie.¹⁸² Reële executie is aan de orde indien de schuldenaar een prestatie anders dan in geld is verschuldigd, te weten een verbintenis tot een doen, nalaten of geven anders dan in geld.¹⁸³ Bij reële executie is verhaal door een schuldeiser niet aan de orde, maar dwingt de rechthebbende zelf nakoming van zijn recht af.¹⁸⁴

Een reële executie kan, anders dan een verhaalsexecutie, op zichzelf dan ook niet uitmonden in een verdeling van het verhaalsvermogen van de schuldenaar,¹⁸⁵ zodat de *paritas creditorum* geen rol kan spelen in het kader van een reële executie. Daarnaast geldt dat Titel 10 Boek 3 BW (waaronder artikel 3:277 BW) uitsluitend betrekking heeft op verhaal van een geldvordering, zodat vorderingen die niet zien op betaling van een geldsom ook om die reden niet onder artikel 3:277 BW kunnen vallen.¹⁸⁶ Om die reden wordt hierna de focus gelegd op een verdere bespreking van de verhaalsexecutie.

Binnen de verhaalsexecutie moet verschil worden gemaakt tussen beslagexecutie en parate executie.¹⁸⁷ Een schuldeiser zal in beginsel een executoriale titel moet verkrijgen en vervolgens op de voet van artikel 3:276 BW een of meer goederen moeten aanwijzen waarop hij zich wil verhalen. Er is dan sprake van beslagexecutie. In uitzondering hierop hebben pand- en hypotheekhouders op grond van hun pand- respectievelijk hypotheekrecht het recht van parate executie. Dit is de

¹⁸² Zie Krzeminski 2016, p. 12.

¹⁸³ Vgl. Krzeminski 2016, p. 12 en 13 en Stein 2016, p. 20. Een ruimere definitie van het begrip reële executie geeft Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 372. Zie ook Van der Kwaak 1990, p. 40.

¹⁸⁴ Zie Asser/Steneker 2019/668.

¹⁸⁵ Wel kan zich een botsing voordoen tussen een beslag gelegd op basis van reële executie (een beslag tot afgifte of tot levering) en een gelegde verhaalsbeslag. In dat geval geldt het beslag tot afgifte of levering van rechtswege als een tweede verhaalsbeslag voor de vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het uitblijven van de afgifte of levering (art. 736 lid 2 en 3 en 497 lid 2 en 3 Rv). Uiteindelijk kan in een dergelijk geval de (aanvankelijke) reële executie leiden tot een verdeling van verhaalsvermogen waarbij de *paritas creditorum* van belang is, zij het pas na de omzetting van het reële beslag in een verhaalsbeslag. Vgl. Asser/Steneker 2019, 674.

¹⁸⁶ Vgl. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/4.

¹⁸⁷ Vgl. Krzeminski 2016, p. 13 en 14.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

bevoegdheid om zonder voorafgaande executorialie titel of beslaglegging tot executorialie verkoop van het goed waarop het pand- of hypotheekrecht rust, over te gaan zodra de schuldenaar in verzuim verkeert.¹⁸⁸ De beslagexecutie en de parate executie komen met elkaar overeen dat in beide gevallen een vermogensbestanddeel van de schuldenaar te gelde wordt gemaakt om vervolgens uit de opbrengst de schuldeiser te kunnen voldoen.¹⁸⁹ De wettelijke grondslag is in beide gevallen gelegen in artikel 3:276 BW.

Indien twee of meer pand- of hypotheekhouders een zekerheidsrecht op hetzelfde goed uitoefenen en tot parate executie overgaan,¹⁹⁰ geldt niet de *paritas creditorum*, maar de zogenaamde prioriteitsregel.¹⁹¹ Deze regel houdt in dat een ouder zakelijk recht voorrang heeft boven een jonger zakelijk recht.¹⁹² Indien twee schuldeisers na elkaar beslag leggen op hetzelfde goed van de schuldenaar, geldt echter niet dat de eerste schuldeiser voorrang heeft bij de verdeling van de opbrengst op de tweede schuldeiser.¹⁹³ In dat geval geldt wel de *paritas creditorum*.¹⁹⁴ In het kader van de beslagexecutie heerst derhalve bij verdelingsituaties de *paritas creditorum*.¹⁹⁵ De

¹⁸⁸ Vgl. art. 3:248 en 3:268 BW. Van der Kwaak 1990, p. 43 e.v. wijst er op dat de zekerheidsrechten en daarmee het recht op parate executie berusten op vrijwilligheid, terwijl het recht tot beslaglegging berust op dwang: *“Twee systemen van verhaalsuitoefening, die corresponderen met twee systemen van privaatrecht: het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht. Er is dus niet alleen executie en executie, maar ook verhaalsuitoefening en verhaalsuitoefening. Art. 1177 BW resp. art. 276 Boek 3 (3.10.1.1) NBW vormt de basis voor tweeërlei te onderscheiden soort verhaalsuitoefening: verhaalsuitoefening in en buiten rechte. Het is dus zowel een bepaling van burgerlijk recht als van burgerlijk procesrecht, een aspect waaraan tijdens de codificatie nog wel is geraakt maar dat heden ten dage wordt miskend”*.

¹⁸⁹ Vgl. Stein 2016, p. 15. Zie voor nog een overeenkomst tussen de beslagexecutie en de parate executie: Van der Kwaak 1990, p. 42 en 43 (zekerheid met het oog op de verhaalsuitoefening).

¹⁹⁰ Dit recht van parate executie (d.w.z. de mogelijkheid om zonder executorialie titel tot uitwinning over te gaan) laat onverlet dat de notariële akte op grond waarvan het hypotheekrecht is gevestigd een executorialie titel oplevert. Die executorialie titel kan de hypotheekhouder gebruiken indien na uitwinning van het hypotheekrecht blijkt dat nog een restvordering overblijft. Op grond van die titel kan vervolgens beslag worden gelegd. Alsdan is er (intussen) wel sprake van beslagexecutie.

¹⁹¹ Zie nader over de tegenstelling prioriteitsbeginsel versus het beginsel van de *paritas creditorum*: Rank-Berenschot 1992, p. 205 e.v. Zie voorts Asser/Beekhuis 1957, p. 10.

¹⁹² Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 101. Deze regel kan voor registergoederen worden afgeleid uit art. 3:21 BW. Zie voor het prioriteitsbeginsel bij een dubbele verpanding: Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/128 en 2020/129. Vgl. Suijling 1940/311.

¹⁹³ Als naar de wetgeving van andere landen wordt gekeken dan is dit uitgangspunt niet vanzelfsprekend. Tarzia 1999, p. 332, noemt binnen Europa drie verschillende systemen die gelden in het individuele executierecht: (1) een eerdere beslaglegging of het eerder verkrijgen van een titel scheidt geen preferentie (*paritas creditorum*), (2) eerdere beslaglegging scheidt wel preferentie ten opzichte van een latere beslaglegger (prioriteitsprincipe) en (3) er wordt onderscheid gemaakt tussen groepen beslagleggers waarbij de ene groep voorrang heeft op de andere groep. Hij noemt Bulgarije, Estland, Litouwen, Letland, Hongarije, Polen, Roemenië, Georgië, Moldavië en Oekraïne als landen waar systeem 1 (de *paritas creditorum*) geldt. Nader over het onderscheid tussen systeem 1 en 2: Hoffmann 2016, p. 159 en verder. Hoffmann wijst erop dat ook de landen Frankrijk, België, Luxemburg, Italië, Griekenland, Finland, Turkije, Japan, Nederland en Zwitserland uitgaan van de *paritas creditorum* in het individuele executierecht (*“Einzelzwangsvollstreckungsrechtlicher Gläubigergleichbehandlung”*, zie p. 160 en 161).

¹⁹⁴ Vgl. Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856 (Toelichting Meijers).

¹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999, NJ 2012/126 onder 3.6: *“In het geval van executorialie verkoop van een onroerende zaak waarop meer beslagen zijn gelegd, vindt ingevolge art. 513 lid 1 Rv de executie plaats op de vervolging van degene die het eerst overeenkomstig art. 505 lid 1 Rv het proces-verbaal van beslag heeft doen inschrijven. Hieraan ontleent deze schuldeiser echter, gelet op het in art. 3:277 BW neergelegde gelijkheidsbeginsel, geen voorrang boven de andere beslagleggers voor verhaal van zijn*

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

prioriteitsregel heerst bij verdelingssituaties in het kader van de parate executie. Nu de *paritas creditorum* bij een parate executie geen rol speelt, wordt hierna uitsluitend nader ingaan op de wijze waarop verhaalsuitoefening in het kader van de beslagexecutie plaatsvindt.

Het nemen van verhaal bij een beslagexecutie verloopt telkens in drie fasen: het leggen van executoriaal beslag, de executie en de verdeling van de opbrengst.¹⁹⁶ Beslaglegging, de eerste fase, houdt in dat gebruik wordt gemaakt van het in artikel 3:276 BW neergelegde recht om zich te verhalen op alle goederen van de schuldenaar.¹⁹⁷ Door het leggen van beslag worden één of meer goederen aangewezen waarop verhaal wordt uitgeoefend. Een belangrijk gevolg van het beslag is de blokkerende werking. Dit betekent dat na beslaglegging verrichte rechtshandelingen (vervreemden, bezwaren of verhuren) niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen.¹⁹⁸

In de tweede fase wordt het aangewezen goed of worden de aangewezen goederen te gelde gemaakt. Executie vindt in beginsel plaats door openbare verkoop ten overstaan van de deurwaarder op een door de deurwaarder aan te wijzen plaats.¹⁹⁹ Andere wijzen van executie kunnen bijvoorbeeld zijn: verkoop op een markt of beurs van aldaar verhandelbare goederen,²⁰⁰ verkoop van effecten aan toonder na machtiging van de voorzieningenrechter²⁰¹ en een onderhandse verkoop na machtiging door de voorzieningenrechter.²⁰²

In de derde fase wordt de opbrengst overeenkomstig artikel 3:277 BW verdeeld, tenzij er sprake is van één schuldeiser.²⁰³ In dat geval wordt de netto-opbrengst door de deurwaarder uitgekeerd aan de executant tot het beloop van zijn vordering. Een eventueel overschot wordt alsdan aan de geëxecuteerde afgedragen.²⁰⁴ Indien meerdere schuldeisers zich verhalen op een goed, stort de deurwaarder de netto-opbrengst op de voet van artikel 480 lid 2 Rv bij een bewaarder.²⁰⁵ Naast schuldeisers met een executoriale titel die beslag hebben gelegd, worden toegelaten tot de verdeling: beperkt gerechtigden waarvan hun recht door de executie is vervallen en conservatoire beslagleggers. Indien de schuldeisers, de eventuele beperkt gerechtigde(n), de geëxecuteerde en de

vordering op de executieopbrengst. Zijn positie verschilt in zoverre dus wezenlijk van die van de executerende hypotheekhouder die, behoudens het in art. 3:279 BW bedoelde geval van hoogpreferente voorrechten, de belangen van de beslagleggers op de verhypothekerde zaak niet hoeft te respecteren. De executoriale beslaglegger echter handelt bij de executie mede in het belang van de overige beslagleggers.” Zie ook de wetsgeschiedenis: Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856 (Toelichting Meijers).

¹⁹⁶ Vgl. Stein 2013, p. 213 en 214.

¹⁹⁷ Vgl. Stein 2016, p. 20. De executoriale titel dient voorafgaand aan het beslag aan de schuldenaar te worden betekend. Vgl. art. 430 lid 3 Rv. Voorts dient, voordat beslag kan worden gelegd, de deurwaarder een bevel aan de schuldenaar te betekenen om binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen. Vgl. art. 439 lid 1 en 502 lid 1 Rv.

¹⁹⁸ Art 453a (blokkerende werking bij verhaalsbeslag op roerende zaken), 474a lid 1 jo 453a, (idem bij verhaalsbeslag op effecten), 474e (idem bij aandelen op naam NV of BV), 505 lid 2 (verhaalsbeslag op onroerende zaken), 566 lid 2 (verhaalsbeslag op schepen) en 584^e Rv (verhaalsbeslag op luchtvaartuigen).

¹⁹⁹ Vgl. 463 lid 1 Rv en 3:250 lid 1 BW. Zie voor de openbare verkoop voorts art. 466 Rv (aankondiging met biljetten vereist) en art. 469 Rv (verkoop bij opbod of bij opbod gevolgd door afmijning).

²⁰⁰ Vgl. art. 463 lid 2 Rv en art. 3:250 BW.

²⁰¹ Vgl. 463 lid 3 Rv.

²⁰² Vgl. 3:251 BW. Nader over bijzondere wijzen van executie: Stein 2016, p. 70.

²⁰³ Zie nader over lacunes in de wettelijke regeling bij samenloop van executie van roerende zaken, onroerende zaken en vorderingen: Loesberg 2009.

²⁰⁴ Vgl. 480 Rv.

²⁰⁵ Zie nader hierover artikel 445 Rv.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

executant vervolgens tot overeenstemming komen over de verdeling, keert de deurwaarder, of in zijn opdracht de bewaarder, aan ieder het hem toekomende uit.²⁰⁶ Een dergelijke onderhandse verdeling hoeft niet te voldoen aan de wettelijke verdelingsregels. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, kan de meest gerede partij de benoeming van een rechter-commissaris verzoeken ten overstaan van wie de verdeling zal plaatsvinden.²⁰⁷

In het kader van die procedure (de zogenaamde rangregeling) zal de griffier de belanghebbenden mededeling van de benoeming van de rechter-commissaris doen en hen een termijn geven om hun vorderingen in te dienen. De rechter-commissaris zal vervolgens de bij hem ingediende vorderingen in een staat van verdeling opnemen.²⁰⁸ Bij het opstellen van die staat van verdeling dient rekening te worden gehouden met artikel 3:277 lid 1 BW. Aan de *paritas creditorum* als verdelingsregel wordt hierbij uitsluitend toegekomen indien er nog te verdelen opbrengst resteert, nadat naast de kosten van de executie schuldeisers met een recht van voorrang zijn voldaan. In dat geval delen de betrokken concurrente schuldeisers in de opbrengst naar evenredigheid van hun vorderingen. De staat van verdeling wordt vervolgens gedeponereerd ter griffie. Conform artikel 484 Rv dient vervolgens een zitting bepaald te worden waarop schuldeisers of de schuldenaar tegenspraak kunnen doen tegen de staat van verdeling. Indien er geen tegenspraak wordt gedaan, vaardigt de rechter-commissaris een bevelschrift uit waarin wordt bevolen dat het restant van de netto-opbrengst na betaling van de kosten conform de staat van verdeling dient te worden uitbetaald.²⁰⁹ Indien wel tegenspraak wordt gedaan, dient²¹⁰ de rechter-commissaris zich in te spannen partijen alsnog te verenigen. Als de rechter-commissaris hierin niet slaagt, zal hij de partijen verwijzen naar een renvooprocedure.²¹¹

Anders dan tijdens een faillissementsprocedure²¹² kan tijdens een individuele executieprocedure in het kader van de beslagexecutie de volgende complicatie ontstaan. Stel: twee concurrente schuldeisers leggen beslag waarna door een derde schuldeiser een beperkt recht wordt gevestigd. Vervolgens leggen twee andere concurrente schuldeisers beslag. In beginsel zou tussen de vier schuldeisers die beslag hebben gelegd, de *paritas creditorum* moeten gelden. Vanwege de blokkerende werking van het beslag is dat feitelijk echter niet het geval. In de genoemde situatie ontvangen de twee schuldeisers die als eerste beslag hebben gelegd, ook als eerste betaling.

²⁰⁶ Aldus artikel 480 lid 2 Rv. Het Hof 's-Hertogenbosch, 22 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:539, oordeelt in een situatie dat in het kader van de verdeling van de netto-executieopbrengst afspraken zijn gemaakt tussen de schuldeisers waarbij wordt afgeweken van de *paritas creditorum* zonder dat de geëxecuteerden bij het maken van deze afspraken zijn betrokken:

“5.13 Het uitgangspunt van de wet is dat TVM e.a. onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, nu zij geen wettelijk voorrangrecht hebben (art. 3:277 lid 1 BW). Bij de executie kan een andere verdeling worden overeengekomen, maar wel met instemming van de geëxecuteerden (art. 480 lid 2 Rv). De geëxecuteerden hebben een belang bij de verdeling, vanwege een mogelijk overschot dat aan hen toekomt of om vast te stellen welke van hun schulden voor welk bedrag zijn voldaan.

5.14 TVM e.a. hebben als schuldeisers dus niet de vrije hand om onderling de executie-opbrengsten naar eigen goeddunken te verdelen, zonder de instemming van de geëxecuteerden.”

²⁰⁷ Art. 481 Rv.

²⁰⁸ Vgl. 483a tot en met 483f Rv.

²⁰⁹ Vgl. art. 485 Rv.

²¹⁰ Blijkens art. 486 lid 1 Rv.

²¹¹ Zie art. 486 Rv e.v. met betrekking tot deze renvooprocedure.

²¹² Na de faillietverklaring kan een individuele schuldeiser niet langer beslag leggen op goederen van de schuldenaar. Deze problematiek speelt daarom uitsluitend in het kader van het individuele executierecht.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

Vervolgens (indien nog opbrengst resteert) ontvangt de schuldeiser die een beperkt recht heeft gevestigd betaling. De eventuele resterende opbrengst wordt tot slot verdeeld onder de schuldeisers die na de vestiging van het beperkte recht beslag hebben gelegd. Het is in een dergelijke situatie dus mogelijk dat de twee eerste beslagleggende schuldeisers wel betaling ontvangen en de twee laatste beslagleggende schuldeisers niet (of slechts gedeeltelijk). In deze situatie wordt in de onderlinge verhouding tussen de vier beslagleggende schuldeisers de *paritas creditorum* doorbroken.²¹³

Aan het slot van deze paragraaf kan het volgende worden vastgesteld. De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 lid 1 BW is in het individuele executierecht in beginsel²¹⁴ uitsluitend van toepassing, indien cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a) Een schuldeiser heeft op grond van een verbintenis een prestatie van een schuldenaar te vorderen;
- b) De schuldenaar verkeert wat betreft de nakoming van de verbintenis in verzuim. Het betreft (inmiddels)²¹⁵ een verbintenis tot een geven bestaande uit de betaling van een geldsom;
- c) De schuldeiser heeft een executoriale titel verkregen waarbij de schuldenaar is veroordeeld tot nakoming van de verbintenis tot een geven bestaande uit de betaling van een geldsom;
- d) De schuldeiser is tot beslaglegging overgegaan in het kader van de beslagexecutie;
- e) Daarnaast zijn één of meer andere schuldeisers eveneens tot beslaglegging overgegaan en/of kiest een pand- of hypotheekhouder ervoor op te komen in het kader van de beslagexecutie;
- f) Nadat voldoening van de kosten van de executie en de schuldeisers met een recht van voorrang uit de executieopbrengst heeft plaatsgevonden, resteert een surplus, zij het dat dit surplus ontoereikend is om alle schuldeisers die zijn opgekomen te voldoen;²¹⁶
- g) Alle betrokkenen (de schuldeisers, de eventuele beperkt gerechtigde(n), de geëxecuteerde en de executant) komen in onderling overleg niet tot overeenstemming over de verdeling van dit surplus.

²¹³ Vgl. Asser/Steneker 2019, onder nummer 775.

²¹⁴ Er zijn enkele uitzonderingen. Uit artikel 480 Rv kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat ook een beperkt gerechtigde die zijn recht door de executie heeft verloren, zich op de netto-executieopbrengst mag verhalen.

²¹⁵ In eerste instantie kan het een verbintenis betreffen tot het leveren van een prestatie anders dan de betaling van een geldsom. Indien die verbintenis vervolgens niet wordt nagekomen, kan in het kader van de indirecte executie een dwangsom zijn opgelegd als prikkel tot nakoming. Indien dit niet leidt tot nakoming, raakt de dwangsom verbeurd. Ook via die weg kan het dan alsnog komen tot een verbintenis strekkende tot de betaling van een geldsom. Ook de omzetting ex artikel 6:87 BW van een verbintenis tot het leveren van een prestatie anders dan de betaling van een geldsom in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding creëert alsnog een verbintenis strekkende tot het betalen van een geldsom.

²¹⁶ Bij de *paritas creditorum* geldt dus altijd dat er sprake is van een verdeling van het verlies. Schuldeisers moeten genoegen nemen met ontvangst van betaling van slechts een deel van hun vordering. Zij lijden dus verlies in de mate zoals dit door de verdelingsregel van de *paritas creditorum* wordt bepaald.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

De *paritas creditorum* heeft in het kader van het individuele executierecht dus een marginaal karakter. Aan de regel wordt niet snel toegekomen. De regel is bij een beslagexecutie het sluitstuk van de verdeling van de executie-opbrengst.

2.6.2 De functies van de *paritas creditorum*

Als een schuldeiser het recht heeft om te participeren in de beslagexecutie, maar niet kan aantonen dat aan zijn vordering een voorrangrecht is verbonden, deelt artikel 3:277 lid 1 BW deze schuldeiser in bij de groep van concurrente schuldeisers. De *paritas creditorum* bewerkstelligt hierbij dat de vordering van deze concurrente schuldeiser gelijk wordt behandeld ten opzichte van de overige vorderingen van concurrente schuldeisers. De vordering van de schuldeiser wordt opgenomen in de staat van verdeling en voor alle concurrente vorderingen die zijn opgenomen in de staat van verdeling geldt een gelijke verdelingsmaatstaf. Deze functie noem ik de formele functie van de *paritas creditorum*. In artikel 3:277 lid 1 BW komt deze functie tot uitdrukking in de woorden: *“Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht”*. Deze functie zorgt dus voor een gelijke behandeling van de concurrente schuldeisers bij de verdeling van de netto-opbrengst.

De formele functie maakt echter niet duidelijk welke verdelingsmaatstaf moet worden gehanteerd. In theorie kan de verdeling op tal van wijzen plaatsvinden: op basis van ouderdom van vorderingen (bezien vanaf het moment van ontstaan van de vordering) of juist op volgorde van beslaglegging (wie het eerst komt, het eerst maalt) om maar twee willekeurige voorbeelden te noemen. Dat brengt mij op de verdelingsfunctie van de *paritas creditorum*, de functie die door mij ook wel wordt aangeduid als de materiële functie. Deze functie houdt in dat de regel zorgt voor een verdeling van de netto-opbrengst naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers. In artikel 3:277 lid 1 BW komt deze functie tot uitdrukking in de woorden: *“na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering”*.

De in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde regel van de *paritas creditorum* heeft in het kader van de beslagexecutie dus twee functies: het bewaken van de gelijke behandeling bij de verdeling (de formele functie) en het verdelen van de netto-opbrengst, na voldoening van de kosten van de executie, naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar (de materiële functie). Om het onderscheid tussen de formele en de materiële functie in het kader van een verdeling in zijn algemeenheid duidelijker te maken, geef ik een voorbeeld. Stel: twaalf schuldeisers hebben ieder € 100,00 te vorderen, terwijl er slechts € 100,00 ter verdeling beschikbaar is. Indien gekozen wordt voor het toeval als verdelingscriterium, kan via een loting worden bepaald aan welke schuldeiser de € 100,00 moet worden toebedeeld. Indien iedere schuldeiser een nummer van één tot twaalf ontvangt en door het gooien met twee dobbelstenen tegelijkertijd wordt bepaald aan welke schuldeiser de € 100,00 toekomt, is er geen sprake van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Immers, de kans op ieder nummer is niet gelijk. De theoretische kans dat bijvoorbeeld het getal 7 wordt gegooid, is groter dan dat bijvoorbeeld het getal 3 wordt gegooid. De schuldeisers worden alsdan ongelijk behandeld. De ongelijkheid ligt in de gevolgde procedure die niet leidt tot een kansgelijkheid bij het maken van aanspraak op het te verdelen bedrag. Je zou ook kunnen zeggen: de formele functie bewaakt de procedurele rechtvaardigheid. Bij procedurele rechtvaardigheid gaat het om de wijze, de procedure, waarop de verdeling tot stand komt. De formele functie staat derhalve geheel los van de uitkomst. Een

schuldeiser kan op een eerlijke (lees: gelijke) manier worden behandeld in het kader van de verdelingsprocedure, maar uiteindelijk toch achter het net vissen. De materiële functie bepaalt uiteindelijk of een schuldeiser daadwerkelijk (een deel van) de koek ontvangt. Bij distributieve rechtvaardigheid gaat het om de waargenomen eerlijkheid van de verdeling zelf. Je zou ook kunnen zeggen: bij de materiële functie gaat om de distributieve rechtvaardigheid.

In het verlengde hiervan merk ik nog op dat het dus ook mogelijk is om te wijzigen van verdelingsmaatstaf zonder dat de gelijkheid van de schuldeisers in het geding hoeft te komen. Als in het geval van de *paritas creditorum* de formele functie gehandhaafd blijft, terwijl de materiële functie wijzigt, is er nog steeds sprake van een regel die de gelijke behandeling van de schuldeisers bij de verdeling bewaakt. Intussen vindt de verdeling uiteindelijk plaats op basis van een andere verdelingsmaatstaf.

2.7 De BW-pauliana en de “schemerperiode” voor het beslag

In deze paragraaf wordt besproken of de *paritas creditorum* wellicht ook werking heeft in de periode voor aanvang van de individuele executieprocedure. In dat geval zou de *paritas creditorum* naast de hiervoor genoemde formele en materiële functies nog een andere functie hebben.

Rechtshandelingen die een schuldenaar verricht in het zicht van een nadere *concursum creditorum* kunnen de werking van de verhaalsregels frustreren. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen rechtshandelingen die gevolgen hebben voor de werking van artikel 3:276 BW en rechtshandelingen die gevolgen hebben voor de werking van artikel 3:277 BW.

Een schuldenaar kan soms een beslag zien aankomen. Dat is bijvoorbeeld het geval indien een schuldeiser een vonnis heeft verkregen (zonder voorafgaand conservatoir beslag te leggen) en de schuldenaar niet voornemens is aan dit vonnis te voldoen. Doorgaans is de volgende stap die een schuldeiser in een dergelijke situatie (bij bekendheid met verhaalsmogelijkheden) zet, het leggen van executoriaal verhaalsbeslag. Het kan verleidelijk zijn voor een schuldenaar om in een dergelijke situatie goederen over te dragen aan een derde partij. Indien een schuldenaar een dag voordat beslaglegging plaatsvindt een goed om niet overdraagt aan zijn partner, is er per slot van rekening minder (of geen) verhaalsvermogen voorhanden voor de schuldeisers van de schuldenaar (artikel 3:276 BW sorteert minder of geen effect). En indien een schuldenaar een dag voordat beslaglegging plaatsvindt, een goed voor een reële prijs verkoopt aan een schuldeiser waarbij vervolgens door verrekening wordt betaald, komt er in het kader van de verdeling minder (of niets) van de *paritas creditorum* terecht (artikel 3:277 BW sorteert minder of geen effect). Immers, één schuldeiser heeft al buiten de *concursum creditorum* voldoening ontvangen, waardoor er voor de overige schuldeisers minder of geen verhaalsvermogen voor de verdeling beschikbaar is. De *paritas creditorum* geldt echter in beide gevallen nog niet nu de beslagexecutie nog niet is aangevangen.

Een frustratie van de verhaalsregels kan onder specifieke omstandigheden worden geredresseerd via de band van de *actio pauliana* ex artikel 3:45 BW²¹⁷ (ook wel genoemd de BW-pauliana in

²¹⁷ Ik beperk mij in deze paragraaf tot een bespreking van de BW-pauliana, zij het niet zonder te vermelden dat een benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden soms ook kan worden bestreden met een

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

onderscheid van de *actio pauliana* die is neergelegd in de Faillissementswet).²¹⁸ Hierbij kan de BW-pauliana zowel worden ingeroepen bij een frustratie van artikel 3:276 BW als van artikel 3:277 BW.²¹⁹

De BW-pauliana kan uitsluitend worden ingeroepen indien aan de volgende drie vereisten is voldaan: (1) de schuldenaar heeft een onverplichte rechtshandeling verricht²²⁰, (2) die rechtshandeling heeft geleid tot benadeling van de schuldeisers²²¹ en (3) de schuldenaar – en bij rechtshandelingen anders dan om niet ook de wederpartij – wist of behoorde te weten van de benadeling van schuldeisers. Bij rechtshandelingen om niet (zoals in het hiervoor genoemde eerste voorbeeld) is uitsluitend wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar van belang en geldt het bewijsvermoeden van artikel 3:47 BW. Bij een rechtshandeling om baat is ook de wetenschap aan de zijde van de wederpartij van belang en gelden de bewijsvermoedens van artikel 3:46 BW.

Een succesvol beroep op art. 3:45 BW heeft tot gevolg dat de aangevallen rechtshandeling wordt vernietigd. De vernietiging werkt uitsluitend ten behoeve van de schuldeiser die zich hierop beroept en uitsluitend voor zover nodig om zijn nadeel op te heffen.²²² Door de vernietiging vervalt met terugwerkende kracht de titel die ten grondslag ligt aan de benadelingshandeling.²²³ Werd op basis van een door de BW-pauliana vernietigde overeenkomst een goed geleverd, dan heeft dit goed achteraf gezien het vermogen van de vervreemder niet verlaten.²²⁴ Het gevolg is dat de schuldeiser zich kan verhalen op het goed of de goederen die door de schuldenaar voor het beslag op paulianeuze wijze zijn overgedragen alsof de overdracht²²⁵ niet heeft plaatsgevonden.

beroep op art. 3:40 lid 1 BW (nietigheid vanwege strijd met goede zeden) of door de benadelingshandeling als schijnhandeling aan te merken. Indien dergelijke situaties zich voordoen kan onder omstandigheden een derde die betrokken is bij de benadelingshandeling onrechtmatig handelen jegens de schuldeiser(s) van de schuldenaar. De vergoedingsaanspraak die hierdoor ontstaat (en die overigens uitsluitend een persoonlijk recht oplevert waarbij dus van goederenrechtelijke werking geen sprake is), kan ook worden beschouwd als vorm van redres van de ontstane schuldeisersbenadeling. Zie nader Van Boom 2018, p. 111 en 112. Over de verhouding tussen een actie op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en de BW-pauliana heeft de Hoge Raad opgemerkt: “Als de benadeelde schuldeiser zowel de vernietiging ex art. 3:45 BW kan inroepen als een schadevergoedingsactie kan instellen tegen degene die onrechtmatig heeft meegewerkt aan de benadelingshandeling, dan kan hij naar keuze een beroep doen op art. 6:162 BW of op art. 3:45 BW” (HR 28 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2021, NJ 1957/514 (*Erba/Amsterdamse Bank*)).

²¹⁸ Vgl. De Weijs 2010, p. 24. Ook onder het oude recht werd dit aangenomen. De BW-pauliana was toen neergelegd in artikel 777 Wetboek van Koophandel. Vgl. Noman 1854, p. 341-342. De faillissementspauliana is neergelegd in de artikelen 42 e.v. Fw.

²¹⁹ Aristoteles 2015, p. 168 e.v., maakt onderscheid tussen distributieve rechtvaardigheid (de rechtvaardige verdeling) en de correctieve rechtvaardigheid (herstel van de gelijkheid volgens arithmetische evenredigheid). In termen van Aristoteles gesproken staat het inroepen van de *actio pauliana* ex artikel 3:45 BW in de sleutel van de correctieve rechtvaardigheid.

²²⁰ Onverplicht zijn rechtshandelingen die worden verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat (HR 8 januari 1937, NJ 1937/431). Zie voorts HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286, NJ 1977/617 (*Van de Voort/Manitoba*).

²²¹ Het moet hierbij gaan om daadwerkelijke benadeling in de verhaalsmogelijkheden. Zie HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, NJ 2004/549 (*ICH/UPC*) onder 3.5.2.

²²² De zogenaamde relatieve werking. Zie art. 3:45 lid 4 BW.

²²³ Art. 3:53 BW. Zie art. 3:45 lid 5 BW met betrekking tot de bescherming van derden te goeder trouw.

²²⁴ Vgl. bijvoorbeeld HR 13 april 2001, NJ 2001/326. Werd op basis van een op grond van de BW-pauliana vernietigde overeenkomst gepresteerd, dan is sprake van onverschuldigde betaling ex 6:203 BW.

²²⁵ Of de vestiging indien de paulianeuze rechtshandeling betrekking heeft op de vestiging van een recht.

De conclusie is dat de BW-pauliana er voor kan zorgen dat er in economische zin meer terecht komt van de *paritas creditorum* in het kader van de beslagexecutie. Immers, het succesvol inroepen van de BW-pauliana kan tot gevolg hebben dat het verhaalsvermogen van de schuldenaar toeneemt. Hierdoor kunnen de uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers in het kader van het verhaalsbeslag toenemen. De *paritas creditorum* ligt intussen niet ten grondslag aan de BW-pauliana. In artikel 3:45 BW is een zelfstandige norm neergelegd die geheel los staat van artikel 3:277 BW. De *paritas creditorum* heeft dan ook geen functie in de schemerperiode voor het beslag.

2.8 Korte verkenning van vroegere functies van de *paritas creditorum*

Hierna wordt ingegaan op hetgeen op basis van de bestaande literatuur bekend is over de herkomst van de *paritasregel* zonder volledigheid na te streven. Een uitputtende bespreking zou een separate studie noodzakelijk maken. Om de plaats van de *paritas creditorum* in het (positieve) Nederlandse recht te bepalen, is een dergelijke studie niet noodzakelijk. Daarom is hiervan afgezien. Wel is een korte verkenning zinvol om te bezien welke functie of functies de *paritas creditorum* in het verleden mogelijk heeft gehad. De uitkomst van deze verkenning biedt een achtergrond voor en verduidelijkt de plaats van de *paritas creditorum* in het (huidige) positieve recht.

Over de herkomst van de *paritasregel* is het volgende bekend. In de Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt opgemerkt²²⁶ dat artikel 3:277 lid 1 BW zakelijk overeenkomt met het voor 1992 geldende artikel 1178 BW (oud). Het oude Burgerlijk Wetboek, met daarin artikel 1178, is in 1838 ingevoerd. Artikel 1178 BW (oud) luidt: *“De goederen strekken tot gemeenschappelijken waarborg voor zijn schuldeischers; derzelve opbrengst wordt onder hen, pons pons gelijke, naar evenredigheid van een ieders inschuld, verdeeld, ten ware er tusschen de schuldeischers wettige redenen van voorrang mochten bestaan”*. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 1178 BW (oud) blijkt dat de artikelen in de titel²²⁷ waar ook artikel 1178 BW (oud) is opgenomen, gedeeltelijk zijn ontleend aan het Franse recht en gedeeltelijk aan het ontwerp voor het Burgerlijk Wetboek van 1820.²²⁸ Specifiek met betrekking tot artikel 1178 BW (oud) geldt dat dit artikel nagenoeg²²⁹ volledig is overgenomen uit het Franse recht, te weten uit artikel 2093 Code Civil.²³⁰ Artikel 2093 Code Civil (oud) luidt: *“Les biens du débiteur sont le gage commun²³¹ de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence”*.²³² In dit verband wordt volledigheidshalve nog opgemerkt dat in de periode van 1811 tot 1838 de Code Civil (inclusief artikel 2093) ook in Nederland van toepassing was.²³³

²²⁶ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 856 (Toelichting Meijers).

²²⁷ Te weten Titel 18 *“Van bevoorregte schulden”*.

²²⁸ Voorduin 1838, p. 336.

²²⁹ Het woord “gage” (pand) is hierbij vervangen door “waarborg”, *“omdat, in een regtskundigen zin, het pandrecht eene geheel andere strekking heeft (vergelijk art. 2073, C.N. en art. 1196 van dit wetboek), en hier ter plaatse, van geen eigenlijk pand, de rede is.”*, aldus de “regering”. Voorduin 1838, p. 342.

²³⁰ Voorduin 1838, p. 341 e.v. Thans is deze bepaling in ongewijzigde vorm in art. 2285 Code Civil neergelegd. Kahil 2011, p. 20 wijst er in het kader van zijn bespreking van dit artikel op dat deze bepaling ook voorkomt in de wetgeving van Egypte, Syrië en Algerije.

²³¹ Zie nader over het begrip: *“le gage commun”*: Vallansan 2018.

²³² In de Franse wetsgeschiedenis wordt in dit verband opgemerkt: *“Quant aux droits des créanciers entre eux, ils étaient réglés sur des principes d'équité”*. Zie Loaré 1836, p. 146.

²³³ Zie Blécourt/Fischer 1967, p. 44

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

Verder terug in de tijd zou de *paritas creditorum* in het middeleeuwse Italië²³⁴ in het kader van insolventiewetgeving (door de afschaffing van de preferenties) enige tijd een verdelingsregel zijn geweest waarbij alle crediteuren, zonder enig onderscheid, recht hadden op een pro rata deel van de opbrengst.²³⁵ Bij de verdeling van de opbrengst werden schuldeisers derhalve niet ingedeeld in klassen. Later zijn de preferenties weer teruggekeerd.²³⁶

In de literatuur wordt veelal gesteld dat de *paritas creditorum* oorspronkelijk stamt uit het Romeinse recht.²³⁷ Uit studies naar het Romeinse recht komt in dit verband het volgende naar voren.²³⁸ Onder het zogenaamde recht der XII Tafelen²³⁹ vond nog executie op de persoon plaats.²⁴⁰ Alhoewel executie op de persoon nog eeuwenlang werd toegestaan, is executie op het vermogen van de schuldenaar nadien steeds meer in zwang geraakt.²⁴¹ Deze executie vond plaats in het kader van de zogenaamde *missio in bona*.²⁴² Indien een schuldenaar tweemaal veroordeeld was tot betaling, kon de praetor een bevel geven tot executie: de *missio in bona*. De *missio in bona* machtigde de schuldeiser om het volledige vermogen van de schuldenaar²⁴³ in beslag te nemen. Voor het beheer van het vermogen vanaf de inbeslagname tot de executoriale verkoop kon een *curator bonorum* worden benoemd. De executie diende aan de overige schuldeisers bekend gemaakt te worden. Indien er slechts één schuldeiser was, verkocht deze het gehele vermogen van de schuldenaar in het openbaar. Indien er meer schuldeisers waren, werd één van hen tijdens de samenloop van crediteuren (*concursum creditorum*) gekozen als *magister bonorum*. De taak van de *magister bonorum* was om het vermogen van de debiteur bij opbod te verkopen (*venditio bonorum*) aan de hoogstbiedende. De koopprijs werd niet vastgesteld op een vast bedrag, maar bepaald op een percentage van de schulden van de schuldenaar. De hoogste bieder werd *bonorum emptor*. Uit

²³⁴ Het Nederlandse faillissementsrecht vindt zijn basis voor een belangrijk deel in de statuten van enkele Italiaanse handelssteden, zoals Genua en Florence. Zie Holtius 1850, p. 4 en Jansen 2021, p. 172-173.

²³⁵ Zie Garrido 1995. Zie voorts Van Riemsdijk 1868, p. 9: "In Florence was de *paritas creditorum* zoo ver uitgestrekt, dat hypotheek en pand geen redenen van voorrang waren. In het Genuesch faillietenrecht daarentegen konden bevoorrechte schuldeisers geen nadeel ondervinden door de *ruptura* van hun debiteur."

²³⁶ Garrido 1995, p. 33.

²³⁷ Zie Vasseur 1949, Erasmus 1976, p. 15 e.v., Rank-Berenschot 1993, p. 104, Pluta 2009, 119 e.v. en Bork 2016, p. 116. Anders: Verstijlen 1998, p. 15-18 en Verstijlen 2006, p. 116 die stelt dat er weinig aanwijzingen zijn dat de *paritas creditorum* de beweegreden is geweest voor het systeem van de *venditio bonorum*. Garrido 1995 stelt dat de *paritas creditorum* ("the *pari passu* principle") is geïntroduceerd in het middeleeuwse Italië in reactie op het *ius commune* met zijn ingewikkelde en fijnmazige systeem van privileges.

²³⁸ Noordam maakt onderscheid tussen de volgende vier periodes: "1^e de Oud-Romeinse tot circa 250 v. Chr., 2^e de preklassieke of republikeinse periode tot het begin van onze jaartelling, 3^e de klassieke periode van de Romeinse keizers tot circa 250 na Christus, 4^e de naklassieke periode met de optekening van het justiniaanse recht." Per periode wijzigt het geldende recht. Zie Noordam 2007, p. 127 e.v.

²³⁹ De Twaalf Tafelen dateren uit ongeveer 450 voor Christus en zijn een van de voornaamste bronnen van het Oud-Romeinse recht. Executie kon tot gevolg hebben dat de schuldenaar werd gedood of als slaaf verkocht. Zie nader: Noordam 2007, p. 127 e.v. Indien er meer schuldeisers waren, is onduidelijk of het lichaam van de schuldenaar verdeeld werd (letterlijk in stukken gesneden) of dat de opbrengst van het vermogen van de schuldenaar werd verdeeld. Zie: Pluta 2009, p. 120 en Noordam 2007, p. 128.

²⁴⁰ Kaser & Wubbe 1971, p. 405.

²⁴¹ Noordam 2007, p. 129.

²⁴² De *missio in bona* wordt wel vergeleken met de huidige faillissementsprocedure. Vgl. Lokin 1995, p. 59. De *missio in bona* ontwikkelde zich in de klassieke periode van de Romeinse keizers tot circa 250 na Christus.

²⁴³ Executie op afzonderlijke vermogensbestanddelen was pas in een latere periode mogelijk. Vgl. Lokin 1995, p. 59 en Ankum 1962, p. 27.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

de opbrengst voldeed men vervolgens eerst de geprivilegieerde schuldeisers²⁴⁴ integraal, daarna de resterende schuldeisers overeenkomstig de *paritas creditorum* pondspondsgewijs.²⁴⁵

In deze context zou de *paritas creditorum*, waarvan de Latijnse benaming in die periode was *par condicio creditorum*, als volgt ter sprake komen in de Digesten: “Men dient te weten dat Julianus schrijft, – en dat wij als rechtsregel toepassen – dat iemand die geld dat hem verschuldigd was in ontvangst genomen heeft voordat het vermogen van de debiteur [door de schuldeisers]²⁴⁶ in beslag genomen is, van dit edict niets te vrezen heeft, ook al neemt hij het in ontvangst in de wetenschap en het besef dat de betrokkene niet solvent was. Daarentegen dient iemand die na de inbeslagneming van het vermogen het hem verschuldigde in ontvangst genomen heeft, gedwongen te worden zich tot een aandeel te beperken en met alle andere schuldeisers gelijkgesteld te worden; hij had immers na de inbeslagneming van het vermogen geen voorrang op de anderen mogen nemen, omdat vanaf dit ogenblik de positie van alle schuldeisers gelijkgesteld was.”²⁴⁷. Uit (met name) deze passage wordt wel afgeleid dat de *paritas creditorum* (destijds) inhield dat er vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen) geen verschil in behandeling meer mocht zijn tussen de schuldeisers. Voorts wordt uit het feit dat de schuldeisers in het kader van de *missio in bona* pondspondsgewijs worden betaald afgeleid dat de *paritas creditorum* werd beschouwd als een verdelingsregel. Dit zou ook tot uiting komen in de geciteerde tekst daar waar wordt opgemerkt dat de schuldeiser (slechts) recht heeft op een aandeel (“*in portionem*”).²⁴⁸

Dat de *paritas creditorum* al eeuwenlang een regel is die voorkomt in de wet zou er op kunnen wijzen dat het niet uitsluitend gaat om een technische regel, maar dat er een achterliggende waarde in het spel is. In hoeverre dit inderdaad het geval is (en de *paritas creditorum* dus een meta-juridische functie heeft), wordt onderzocht in hoofdstuk 7.

De conclusie is dat *paritas creditorum* van oudsher de functie van verdelingsregel lijkt te hebben gehad in het kader van een *concursum creditorum*. Daarnaast had de *paritas creditorum* mogelijk in de Romeinse tijd een tweede juridische functie, te weten het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen). In het kader van het thans geldende individuele executierecht heeft de *paritas creditorum* naar mijn mening een

²⁴⁴ Zie Wiórek 2005, p. 94 voor een opsomming van de verschillende klassen van geprivilegieerde schulden.

²⁴⁵ Zie nader over deze procedure: Kaser & Wubbe 1971, p. 405 e.v., Noordam 2007, p. 130 e.v.

²⁴⁶ Toevoeging vertaler Spruit.

²⁴⁷ Vertaling van Spruit c.s. 2000, p. 984 (Ulpianus Digesten 42,8,6,7): “*Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*” Zie nader: Wiórek 2005, p. 92 en 94, Pluta 2009, p. 121, Hoffmann 2016, p. 5 en Ankum 1962, p. 47.

²⁴⁸ Vgl. Wiórek 2005, p. 94 en 95. De eerste laag van de *paritas creditorum* zoals dat voortvloeit uit de Digesten noemt hij de *Chancengleichheit* (“*alle Gläubiger haben gleiche Chancen ihre Forderungen bei dem Käufer zu realisieren*”). De tweede laag van de *paritas creditorum* noemt hij de *pro portione* als “*Verteilungsregel*”. Met betrekking tot deze verdelingsregel wijst hij nog op het volgende: “*Sie war aber – angesichts der entwickelten Privilegienordnung – keine dominierende Regel*”. Zie voorts Ankum 1962, p. 47 die in het kader van de hiervoor aangehaalde passage uit de Digesten onder meer opmerkt: “*(...) in het tweede geval moet de schuldeiser die betaling heeft ontvangen “in portionem” worden geroepen en op dezelfde manier als de andere crediteuren worden behandeld, daar vanaf het begin van de missio het beginsel der paritas creditorum geldt*”. Zie meer in het algemeen over opvattingen die leefden in de klassieke oudheid over verdeling: Aristoteles 2015, p. 168 en 169 onder het kopje: “*3. Distributieve rechtvaardigheid impliceert een bepaalde evenredigheid*”.

materiële en een formele functie (zie de analyse in paragraaf 2.6.2). Deze functies sluiten aan bij de twee hiervoor genoemde functies, zij het dat de formele functie in het individuele executierecht niet werkt vanaf de inbeslagname, maar (pas) vanaf de verdeling. In hoeverre de *paritas creditorum* in het kader van een faillissement ook de functie heeft van het bewaken van de gelijke behandeling zal in de komende hoofdstukken worden besproken in het kader van het onderzoek naar de functie of functies die de *paritas creditorum* bij een faillissement heeft.

2.9 De *paritas creditorum* en het gelijkheidsbeginsel ex artikel 1 Grondwet

In de wetsgeschiedenis wordt niet toegelicht om welke reden is gekozen voor een verdeling op basis van evenredigheid en niet voor bijvoorbeeld een verdeling op basis van volkomen gelijkheid of op basis van behoefte. Ook in de Nederlandse literatuur wordt relatief weinig aandacht besteed aan de vraag waartoe de *paritas creditorum* in het positieve recht is opgenomen.²⁴⁹ In veel gevallen wordt volstaan met de constatering dat in artikel 3:277 BW het “gelijkheidsbeginsel” is neergelegd.²⁵⁰ Voor zover ik deze verwijzing goed begrijp, wordt hiermee niet bedoeld te verwijzen naar het in artikel 1 Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel. Mocht ik mij hierin vergissen en wordt hiernaar wel verwezen dan lijkt mij dit niet correct. De wetsgeschiedenis biedt geen aanwijzingen voor de gedachte dat de *paritasregel* het in artikel 1 van de Grondwet²⁵¹ neergelegde gelijkheidsbeginsel in het verhaalsrecht incorporeert.²⁵² Voorts moet voor ogen worden gehouden dat het gelijkheidsbeginsel – vanuit historisch oogpunt bezien – een relatief nieuw begrip is,²⁵³ terwijl de *paritas creditorum*, zo is in de vorige paragraaf gebleken, als regel is teruggevonden in rechtstelsels in tijden dat nog geen sprake was van codificatie van het gelijkheidsbeginsel.²⁵⁴ Daarnaast geldt de *paritasregel* tussen schuldeisers onderling, terwijl artikel 1 Grondwet voornamelijk geldt in de verhouding tussen de staat en de burger.²⁵⁵ Artikel 1 Grondwet beschermt voorts de idee van de gelijkwaardigheid van mensen,²⁵⁶ terwijl de *paritas creditorum* geen betrekking heeft op personen

²⁴⁹ Rank Berenschot 1993, p. 104, merkt op: “*Het beginsel wordt alom als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Noch in de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW, noch in de grote handboeken zal men diepgaande beschouwingen aantreffen omtrent het waarom van het beginsel. Incidenteel wordt de regel van art. 3:277 lid 1 verklaard met een summiere verwijzing naar ‘het’ gelijkheidsbeginsel.*”

²⁵⁰ Van Hees 1989, p. 10; Vriesendorp 2013, p. 6 en 7; Van Apeldoorn 2010, p.25; Boekraad 1997, p. 5; Erasmus 1976, p. 16. Dirix 2009, p. 65 noemt eveneens het gelijkheidsbeginsel en voegt hieraan toe dat de grondslag van de *paritas creditorum* ligt in een regel van verdelende rechtvaardigheid die een billijke behandeling van de schuldeisers in een verdelingsprocedure moet garanderen. Anders Jackson 1986, p. 30.

²⁵¹ Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld, aldus artikel 1 lid 1 eerste zin Grondwet. Zie voorts artikel 1 en 2 van de Universele Verklaringen van de Rechten van de Mens.

²⁵² Verstijlen 2006, p. 1160 wijst erop dat de rechtsgrond voor de *paritas creditorum* “mistig is”. Hij betwijfelt of het gelijkheidsbeginsel hieraan ten grondslag ligt.

²⁵³ Loenen 1998, p. 9: “*De idee van de gelijkheid van alle mensen is dan ook een relatief nieuwe basispremissie die het (met name westerse) denken pas in de loop van de 20e eeuw is gaan domineren*” en Loenen 2009, p. 11 en 12.

²⁵⁴ Zie ook Goode 2011, p. 99: “*(...) the pari passu principle, which has been adopted in every substantive insolvency enactment since the time of Henry VIII...*”.

²⁵⁵ Vgl. Loenen 2009, p. 17. In toenemende mate is er volgens Loenen wel sprake van een zogenaamde horizontale werking (d.w.z. werking tussen burgers onderling). Dat laat het uitgangspunt dat het gelijkheidsbeginsel tussen staat en burger geldt onverlet. Zie voor een recent voorbeeld waarin de Hoge Raad het gelijkheidsbeginsel toepast in de verhouding tussen overheid (in casu een gemeente) en een burger (althans in casu een rechtspersoon): HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

²⁵⁶ Vgl. Van Loenen 2009, p. 14.

(crediteuren), maar op verhaalsrechten.²⁵⁷ Naar mijn mening heeft de *paritas creditorum* dan ook geen functie in het kader van de uitwerking van artikel 1 Grondwet in het executierecht.

2.10 Resumé

De *paritas creditorum* zoals neergelegd in artikel 3:277 BW is een verdelingsregel waarbij de crediteuren na afwikkeling van de voorrangrechten, een gelijk recht hebben op een pro rata deel van de netto-opbrengst. De *paritas creditorum* is bij de verdeling van de netto-opbrengst de hoofdregel.

De *paritas creditorum* kent relatief veel uitzonderingen. Deze uitzonderingen vallen in vijf categorieën te verdelen (voorrang op grond van pand en hypotheek, voorrang op grond van voorrecht, overige door de wet erkende redenen van voorrang, feitelijke voorrang en het oneigenlijke voorrecht verbonden aan de vordering tot betaling van executiekosten). Valt een vordering van een schuldeiser in één van deze vijf categorieën dan leidt dat (*de jure* dan wel *de facto*) tot een hogere rang bij de verdeling van de executie-opbrengst. Daarnaast kan de vordering van een schuldeiser een lagere rang hebben dan de rang die een schuldeiser toekomt op grond van de *paritas creditorum* in het geval er sprake is van een eigenlijke achterstelling. De omvang van de uitzonderingen relativeert de betekenis van de *paritas creditorum* als hoofdregel. *De facto* is er eerder sprake van een restregel, dan van een hoofdregel.

Een korte verkenning van de wetgeschiedenis lijkt aan het licht te brengen dat de *paritas creditorum* van oudsher de functie van verdelingsregel heeft gehad in het kader van een *concursum creditorum*. Daarnaast had de *paritas creditorum* mogelijk in de Romeinse tijd een tweede functie, te weten het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen).

De *paritas creditorum* heeft geen functie in het kader van de uitwerking van artikel 1 Grondwet in het executierecht.

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW geldt in het individuele executierecht bij een beslagexecutie waarin twee of meer schuldeisers participeren en de opbrengst van de executie, na voldoening van de kosten, enerzijds toereikend is om de schuldeisers met een recht van voorrang te voldoen, maar anderzijds ontoereikend om alle schuldeisers te voldoen. Hierbij dienen partijen vervolgens bovendien na onderling overleg niet tot overeenstemming te komen. In het kader van de daaropvolgende rangregeling dient de rechter bij het opstellen van de staat van verdeling rekening te houden met artikel 3:277 BW. Slechts onder zeer specifieke omstandigheden komt derhalve aan de *paritas creditorum* in het individuele executierecht betekenis toe.

In het individuele executierecht heeft de *paritas creditorum* een formele functie en een materiële functie. De formele functie is het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers die zich niet op een recht van voorrang kunnen beroepen en waarvan de vordering niet is achtergesteld. Deze gelijke behandeling houdt in dat voor alle concurrente schuldeisers dezelfde verdelingsmaatstaf

²⁵⁷ Vgl. Rank-Berenschot 1992, p. 207.

Hoofdstuk 2: De *paritas creditorum* en de uitoefening in het individuele executierecht

geldt. De materiële functie houdt in dat de netto-opbrengst wordt verdeeld naar evenredigheid van de vorderingen van de betrokken schuldeisers.

De *paritas creditorum* heeft – anders dan de BW-pauliana – in het kader van het individuele executierecht geen functie in de periode voorafgaande aan de beslaglegging.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de rol van de *paritas creditorum* in het individuele executierecht besproken. Het faillissement is een belangrijke insolventiemaatregel in het collectieve executierecht. In dit hoofdstuk en de twee hiernavolgende hoofdstukken wordt ingegaan op de vraag welke juridische functie de *paritas creditorum* in het kader van een faillissement heeft. In dit verband wordt tevens onderzocht wat het stelsel van gelijkheidsregels in het kader van een (Nederlands) faillissement, waarbinnen de *paritas creditorum* een plaats heeft, inhoudt. In dit hoofdstuk en het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op deze vragen tegen de achtergrond van de eerste fase, de beheerfase, van een faillissement. In hoofdstuk 4 wordt specifiek één onderdeel uit de beheerfase uitgelicht: het nemen van maatregelen om te zorgen dat de boedel alsnog in de stand terecht komt waarin deze behoort te verkeren (of anders gezegd: de reconstructie van de boedel).

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de beheerfase zonder aandacht te besteden aan de reconstructie van de boedel. In hoofdstuk 5 wordt op de genoemde vragen ingegaan tegen de achtergrond van de tweede fase van een faillissement.

Om de mogelijke juridische functie van de *paritas creditorum* in de eerste fase van een faillissement te kunnen vaststellen, moet een afbakening plaatsvinden tussen de gelijkheidsinstrumenten, te weten enerzijds de *paritas creditorum* en anderzijds twee aanverwante rechtsfiguren: het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers en een door de Hoge Raad ontwikkelde ongeschreven rechtsregel, door mij genoemd: de gelijkheidsregel.²⁵⁸ Een afbakening is te meer geïndiceerd nu hierover in de literatuur verschillend wordt gedacht.

Regelmatig wordt de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW vereenzelvigd met (het beginsel van) de gelijkheid van schuldeisers.²⁵⁹ De *paritas creditorum* wordt in deze benadering (impliciet) als homoniem beschouwd, waarbij hij soms de betekenis heeft van de concrete in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel en soms van het aan het faillissementsrecht ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.²⁶⁰ Vervolgens wordt in de nodige gevallen onder het

²⁵⁸ Aan deze door de Hoge Raad ontwikkelde rechtsregel zal ik verderop in dit hoofdstuk nader aandacht besteden.

²⁵⁹ Ook wel aangeduid als: “het beginsel van de gelijke behandeling”, het “gelijkheidsbeginsel” of “het beginsel van de *paritas creditorum*”. Onder vereenzelving beschouw ik ook de situatie dat de *paritas creditorum* als rechtsregel één op één als uitwerking van het beginsel van gelijkheid van schuldeisers wordt beschouwd.

²⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Boekraad 1997, p. 5, Messelink & Van den Bosch 2017, p. 231, Polak/Pannevis 2022/1.2; Rank-Berenschot 1993, p. 103, Soedira 2011, p. 17, Wessels 2010, p. 271, Wessels I 2018, p. 5 en Vriesendorp 2013. Deze benadering staat overigens in een respectabele historische traditie: Vgl. Erasmus 1976, p. 15 e.v. en Molengraaff 1936, p. 228 en 229. Dit laat onverlet dat ik van mening ben dat in het kader van de ontwikkeling van het insolventierecht naar een volwassen rechtsgebied een nadere systematisering behoort

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

beginsel van de gelijkheid van schuldeisers begrepen.²⁶¹ zowel het aan het executierecht ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers als de door de Hoge Raad ontwikkelde gelijkheidsregel. Eén rechtsbeginsel en twee rechtsregels worden in deze benadering over één kam geschoren. In dit hoofdstuk zal ik – in het licht van de voorliggende onderzoeksvraag – mijn visie op het onderscheid tussen de gelijkheidsinstrumenten uiteenzetten.

Het plan van aanpak is als volgt. Eerst zal ik toelichten waaruit volgt dat de *paritas creditorum* niet alleen in het kader van een individuele executieprocedure, maar ook tijdens het faillissement van de schuldenaar geldt. Vervolgens zal ik de begrippen beheerfase en verdelingsfase nader definiëren. Daarna zal ik ingaan op de rol van de gelijke behandeling tijdens een faillissement waarbij ik de karakteristieken van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, de gelijkheidsregel en de *paritas creditorum* zal bespreken.

3.1 Toepasselijkheid artikel 3:277 BW tijdens faillissement

Zoals in het vorige hoofdstuk besproken is de *paritas creditorum* neergelegd in Titel 10 Boek 3 BW. Hierna licht ik toe op grond waarvan moet worden aangenomen dat Titel 10 Boek 3 BW (en daarmee ook de *paritas creditorum*) geldt tijdens een faillissement.

De wettelijke regels die gelden bij een faillissement zijn niet uitputtend in de Faillissementswet neergelegd.²⁶² Indien een niet in de Faillissementswet neergelegde wettelijke regel toepasselijk is in geval van faillissement, wordt dat doorgaans in de wettekst aangegeven.²⁶³ In het geval van Titel 10 Boek 3 BW is echter in de wettekst niet aangegeven dat de regeling bij een faillissement van toepassing is. In de Faillissementswet is ook geen schakelbepaling opgenomen waaruit volgt dat Titel 10 Boek 3 BW ook tijdens faillissement geldt. In dit verband moet echter worden gewezen op de totstandkomingsgeschiedenis van de Faillissementswet.

In 1838 zijn het oude Burgerlijk Wetboek met daarin in artikel 1178 de *paritas creditorum*, het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en het Wetboek van Koophandel ingevoerd.²⁶⁴ In het Wetboek van Koophandel waren de bepalingen over faillissementen opgenomen. In artikel 1 Wetboek van Koophandel was hierbij bepaald: “*Het Burgerlijk Wetboek is, voor zoo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk*”. Uit deze schakelbepaling vloeide derhalve voort dat de regel van de *paritas creditorum* ook van toepassing was op een faillissementsprocedure. In 1896 is vervolgens de

plaats te vinden waarbij (in dit verband) nuanceringen wordt aangebracht op een containerbegrip als de *paritas creditorum*. Containerbegrip in de zin dat de *paritas creditorum* vaak wordt gebruikt als “regelneef” voor alles wat in een faillissement met gelijkheid te maken heeft en waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, de gelijkheidsregel en de *paritas creditorum*. Verstijlen brengt overigens wel onderscheid aan tussen de *paritas creditorum* en het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Vgl. Verstijlen 2006, p. 1167 e.v. Franken 2019, p. 41-45 splitst het “*paritas-beginsel*” in “*een tweetal twee grootheden, de rangorde-paritas en de samenloop-paritas*”.

²⁶¹ Een tweede homoniem derhalve. Zie bijvoorbeeld: Rank-Berenschot 1993, p. 103 e.v.

²⁶² Zie voor een fraai (zij het gedateerd) overzicht Molengraaff 1936, p. 62 e.v.

²⁶³ Zie bijvoorbeeld artikel 3:72 BW: een volmacht vervalt bij het faillissement van de volmachtgever of van de gevolmachtigde. Deze regel (te weten dat een volmacht vervalt in de twee genoemde situaties) is neergelegd in het BW, maar geldt dus juist in het kader van een faillissement.

²⁶⁴ KB 10 april 1838, *Stb.* 12.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

faillissementsregeling uit het Wetboek van Koophandel gehaald en is een geheel nieuwe Faillissementswet ingevoerd. Vanaf dat moment had de toepassing van de schakelbepaling niet langer tot gevolg dat de *paritas creditorum* op de faillissementsprocedure van toepassing was. De wetgever heeft hiermee echter niet beoogd een einde te maken aan de toepasselijkheid van de *paritas creditorum* op een faillissementssituatie. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er destijds discussie is gevoerd over de vraag of de nieuwe faillissementsregeling zou moeten worden opgenomen in het Wetboek van Koophandel, in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in het Burgerlijk Wetboek of in een afzonderlijke wet.²⁶⁵ Uiteindelijk is gekozen voor een plaatsing van de nieuwe faillissementsregeling in een nieuwe wet (de Faillissementswet), zonder dat op enig moment in de wetsgeschiedenis blijkt dat hiermee werd beoogd de toepasselijkheid van het Burgerlijk Wetboek op de faillissementsregeling ongedaan te maken.²⁶⁶

Er zijn twee verschillende manieren om te concluderen dat Titel 10 Boek 3 BW geldt tijdens faillissement.

De eerste redenering om deze conclusie te kunnen trekken, verloopt als volgt. Titel 10 Boek 3 BW maakt net als het Faillissementsrecht deel uit het vermogensrecht.²⁶⁷ Titel 10 Boek 3 BW is hierbij in beginsel als *lex generalis* toepasselijk, tenzij uit de Faillissementswet als *lex specialis* het tegendeel blijkt. Dit betekent dat Titel 10 Boek 3 BW van toepassing is op een faillissement, tenzij uit de Faillissementswet blijkt dat van een bepaalde regel uit Titel 10 Boek 3 BW wordt afgeweken.²⁶⁸

De tweede manier om vast te stellen dat Titel 10 Boek 3 BW van toepassing is op een faillissement is de volgende. Het faillissementsrecht maakt, net als Titel 10 Boek 3 BW, deel uit van het executierecht.²⁶⁹ Het faillissement moet worden beschouwd als een beslag op het gehele vermogen

²⁶⁵ Deze discussie had in belangrijke mate te maken met het toenmalige onderscheid tussen het faillissement van een koopman (waarop het Wetboek van Koophandel van toepassing was) en het faillissement van een niet-koopman (waarop het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing was). Dit onderscheid zou vervallen in de nieuwe faillissementsregeling waardoor plaatsing in een specifieke wet die bestemd was voor kooplieden (Wetboek van Koophandel) dan wel niet-kooplieden (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) niet voor de hand lag.

²⁶⁶ Zie nader voor de wetsgeschiedenis: Van der Feltz I 1994, p. 1-2. Zie voorts Molengraaff 1936, p. 16: “De vrees van Mr. POLENAAR, dat de enkele omstandigheid dat de wet een zelfstandig geheel uitmaakt, tal van processen in het leven zal kunnen roepen en de deur opent voor allerlei chicanes, is ongegrond gebleken. Er is inderdaad geen enkele reden aan te nemen, dat uit de zelfstandigheid der wet zou volgen, dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek of van het Wetboek van Koophandel hare kracht zouden verliezen, zoodra zij met een faillissement in aanraking komen. Integendeel, zij blijven uit den aard der zaak, ieder van haar op haar eigen gebied, toepasselijk, voor zoverre in de faillietwet niet uitdrukkelijk iets anders is voorgeschreven. De tot stand gebrachte afscheiding van de andere wetboeken is, en kan ook niet anders wezen, dan bloot formeel.”

²⁶⁷ Vgl. Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a, p. 843: “Verhaalsrecht op goederen en de redenen van voorrang van bepaalde vorderingen behoren zeker in het algemeen vermogensrecht thuis.” Voorts wordt aangegeven dat de vorm waarin de in Titel 10 Boek 3 BW (op dat moment nog: Titel 18 Boek 2 BW) neergelegde voorrechten kunnen worden uitgeoefend elders wordt geregeld, namelijk in de Faillissementswet en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

²⁶⁸ Vgl. Polak/Pannevis 2022/1.9.

²⁶⁹ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2021/232 en Van Hees 2014, p. 61. Van Hees ziet het faillissement als “de pendant van het beslag- en executierecht van Boek 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (‘Rv’), dat individuele schuldeisers de mogelijkheid biedt zich te verhalen op individuele goederen van de schuldenaar”. De in hoofdstuk 2 besproken uitgangspunten van het executierecht gelden daarom in beginsel

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.²⁷⁰ Het uitlokken van een faillissement door de schuldeiser is in feite een andere methode om tot verhaalsuitoefening over te gaan.²⁷¹ In plaats van te kiezen voor een individuele executie (te weten van een executoriale titel via de weg van verhaalsexecutie) wordt gekozen voor een collectieve executie (het faillissement) ten behoeve van alle schuldeisers.²⁷² Een curator wordt hierbij aangewezen om de goederen van de schuldenaar te gelde te maken en om vervolgens, in termen van artikel 3:277 BW gesproken, na voldoening van de kosten van de executie, de netto-opbrengst van de goederen onder de schuldeisers te verdelen. Deze verdeling moet plaatsvinden overeenkomstig de bepalingen van artikel 3:277 BW.²⁷³

De conclusie op basis van het vorenstaande is derhalve dat ook tijdens faillissement de in Titel 10 Boek 3 BW neergelegde regels van toepassing zijn. In deze conclusie ligt besloten dat de *paritas creditorum* (als onderdeel van Titel 10 Boek 3 BW) ook geldt tijdens een faillissement.

Los van de precieze rechtsdogmatische redenering geldt dat er in de literatuur geen discussie bestaat over het uitgangspunt dat de regel van de *paritas creditorum* van toepassing is tijdens een faillissement. Ook is het vaste rechtspraak dat van dit uitgangspunt wordt uitgegaan.²⁷⁴

Tijdens faillissement geldt de *paritas creditorum* hierbij in beginsel op een zoveel mogelijk gelijke wijze als in het individuele executierecht. Dit vloeit voort uit de eenheid van het vermogensrecht. Titel 10 Boek 3 BW is immers in beide gevallen van toepassing. Voorts vloeit dit voort uit de idee van de wetgever (zoals ook uitgewerkt in de Faillissementswet) dat het faillissement moet worden

ook tijdens faillissement. In beginsel, want een uitzondering op deze uitgangspunten is bijvoorbeeld de regel van het executierecht dat in het kader van een executie in beginsel uitsluitend een schuldeiser met een executoriale titel kan opkomen. In plaats daarvan geldt tijdens een faillissement dat een schuldeiser ook zonder executoriale titel kan opkomen, mits de schuldeiser zijn vordering ter verificatie bij de curator heeft ingediend. Vgl. art. 26 Fw.

²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld Van der Feltz I 1994, p. 339: *“Het Ontwerp gaat uit van het beginsel dat het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers.”* Ook de Hoge Raad draagt dit standpunt uit: HR 13 oktober 1989, NJ 1989/897, r.o. 3.2. Vgl. Suijling 1940/21. Verstijlen 1998, p. 23 e.v. wijst erop dat voorzichtigheid moet worden betracht bij het hanteren van deze metafoor en dat ook andere denkmodellen (met waarheidsmomenten) mogelijk zijn.

²⁷¹ Vgl. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, onder r.o. 3.3.4: *“Ook de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar strekt tot verhaal van de vordering op diens vermogen”*.

²⁷² Vgl. Asser/Steneker 2019/2, Hugenholtz/Heemskerk 2021/232 en Hartkamp 2005, p. 181. In het Franse recht wordt dit ook geëxpliciteerd doordat het faillissement wordt gerekend onder de *“procédures collectives”*. Zie nader: Lienhard 2016.

²⁷³ Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 215 e.v., Boekraad 1997, p. 22 e.v. en Wessels III 2019, p. 5 e.v.

²⁷⁴ Vgl. HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991, 305, m.nt. P. van Schilfgaarde, HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187 (*Rabobank/Verdonk q.q.*), Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922, randnummer 5.14: *“Ingevolge art. 3:277 BW hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. De curator was gebonden aan art. 3:277 BW en (het systeem van) Faillissementswet dat alle baten onder alle schuldeisers worden verdeeld. De rangorde van de schuldeisers en de wijze van verdeling is nauwkeurig in de wet vastgelegd”* en Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609, onder 3.4.3: *“Deze overwegingen leiden ertoe dat in de eerste plaats dient te worden vastgesteld of de curator bij diens taakuitoefening gebonden was aan “regels”. Zo die er zijn, dan dient daar als uitgangspunt naar te worden gehandeld.... Als in acht te nemen regels kunnen mede worden aangemerkt die welke de rangorde der schuldeisers en de wijze van verdeling betreffen”*.

beschouwd als een collectief beslag. De rechtsgevolgen van een faillissement zijn hierdoor in beginsel zoveel mogelijk gelijk aan de rechtsgevolgen van een individueel beslag.²⁷⁵ In beginsel, want er zijn de nodige uitzonderingen op deze regel.²⁷⁶

3.2 Beheren en vereffenen

Voor een goed begrip van de rol van de *paritas creditorum* is van belang het onderscheid tussen twee fasen in de afwikkeling van een faillissement. In deze paragraaf ga ik nader op dit onderscheid in.

De curator is, aldus art. 68 Fw, belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Dit betekent in de eerste plaats dat de curator het vermogen van de failliet beheert.²⁷⁷ In de tweede plaats betekent dit dat de curator wordt belast met de vereffening van het vermogen van de failliet.

De wet geeft geen definitie van het begrip vereffening. Onder vereffening wordt soms begrepen de realisatie van de baten en de verdeling van de opbrengst²⁷⁸ en soms uitsluitend de realisatie van de baten.²⁷⁹ In de literatuur wordt vereffening doorgaans in ruime zin gebruikt (en valt hieronder zowel de realisatie van de baten als de verdeling van de opbrengst).²⁸⁰ Daarom wordt in het vervolg het begrip vereffening in deze zin verstaan.

In de wetsgeschiedenis wordt als doel van het beheer van de boedel genoemd het handhaven van de rechten van de schuldeisers als executanten van het vermogen, “*een beheer ten einde tot executie te geraken*”.²⁸¹ Beheer en vereffening (in beslagterminologie aangeduid als executie)

²⁷⁵ Vgl. Molengraaff 1936, p. 40: “*De gevolgen van het faillissement zijn dan ook van denzelfden aard als de gevolgen van ieder ander beslag, behoudens hunne grootere intensiteit en ruimere werking, uitvloeiels van den ruimeren omvang van het beslag zelf.*” Zie voor een voorbeeld waarin dit uitgangspunt concreet wordt uitgewerkt: Van der Feltz I 1994, p. 374 (Verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord) “*(...) de hoofdgedachte is, dat de schuldeisers, als executanten, met betrekking tot het in beslag genomen vermogen in de schoenen van den schuldenaar staan en niet meer rechten kunnen uitoefenen, dan deze*”.

²⁷⁶ Ex artikel 20 Fw omvat het faillissement ook hetgeen de schuldenaar gedurende het faillissement verwerft. Bij een individueel verhaalsbeslag op een bankrekening geldt dat een creditering van de bankrekening na de beslaglegging niet kleeft (d.w.z. niet onder het beslag valt). In het kader van een faillissement valt een dergelijke betaling in beginsel wel in de boedel. Dit is dus een voorbeeld van een verschil in rechtsgevolgen tussen een individueel beslag en het faillissementsbeslag.

²⁷⁷ Art. 23 Fw bepaalt dat de gefailleerde de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen verliest vanaf de dag van faillietverklaring. Zie voor een nadere duiding van het begrip beheer in het kader van een gemeenschap: artikel 3:170 BW: “*Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties*”. Naar mijn mening is deze duiding van het begrip beheer ook bruikbaar in het kader van een faillissement.

²⁷⁸ De zevende afdeling van de Faillissementswet is genoemd: “*de vereffening van de boedel*”. In deze afdeling wordt zowel de realisatie van de baten geregeld als de verdeling van de opbrengst. Vereffening wordt hier dus gebruikt in ruime zin.

²⁷⁹ In artikel 175 lid 1 Fw wordt gesproken over “*vereffening en tegeldemaking van alle baten des boedels*”. Dit artikel heeft uitsluitend betrekking op de realisatie van de baten en niet op de verdeling. Artikel 175 lid 1 Fw gebruikt vereffening dus in enge zin. Dit geldt ook voor art. 194 Fw waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de vereffening en de verdeling.

²⁸⁰ Vgl. o.a. Polak/Pannevis 2022 onder 1.2 en Wessels IV 2020, p. 94-95.

²⁸¹ Van der Feltz I 1994, p. 374.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

worden hier in een chronologische volgorde geplaatst: eerst beheren, daarna vereffenen.²⁸² De wetgever ging bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 dan ook uit van een strikt (chronologisch) onderscheid tussen de beheer- en de vereffeningfase. Verkoop van goederen vond, uitgaande van deze opvatting, uitsluitend plaats indien noodzakelijk ter bestrijding van de kosten van het faillissement of indien de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven.²⁸³ De verificatievergadering markeerde daarbij de overgang naar de vereffeningfase.²⁸⁴ In die fase werd het vermogen van de failliet te gelde gemaakt waarna de verdeling kon plaatsvinden.²⁸⁵ Het faillissement werd wel beschouwd als een conservatoir beslag (beheerfase) dat overgaat in een executoriaal beslag (vereffeningfase).²⁸⁶

In de praktijk bleek dat in de meeste faillissementen er in het geheel geen verificatievergadering werd gehouden. Vervreemding van activabestanden in een vroegtijdig stadium is al snel, door een ruime interpretatie van art. 101 Fw (oud), eerder regel dan uitzondering geworden.²⁸⁷ Op 1 januari 2019 is de Wet modernisering faillissementsprocedure in werking getreden.²⁸⁸ Daarbij zijn onder meer de art. 101 en 176 Fw aangepast met als doel een duidelijke en vereenvoudigde wettelijke regeling over vervreemding van goederen te laten ontstaan.²⁸⁹ Het strikte – wetstechnische – (chronologische) onderscheid tussen de beheer- en vereffeningfase is daarbij losgelaten. Vereffening kan ook al plaatsvinden in de beheerfase. Feitelijk vormt de wetswijziging op dit punt de codificatie van de reeds lange tijd levende opvattingen in de faillissementspraktijk. In de huidige faillissementspraktijk vindt de vereffening, een enkele uitzondering daargelaten, plaats tijdens de beheerfase. In het vervolg wordt hiervan dan ook uitgegaan, zodat hierna onderscheid gemaakt wordt tussen de beheerfase (in welke fase ook valt de realisatie van de baten) enerzijds en de verdelingsfase (waarin de opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers) anderzijds.

²⁸² In lijn hiermee schrijft Völlmar 1961, p.665, bijvoorbeeld: *“Doel van het faillissement is de vereffening van hetgeen de schuldenaar bij de faillietverklaring bezit en tijdens het faillissement verkrijgt ten behoeve van zijn schuldeisers: de massale executie van zijn vermogen. Met deze vereffening en de voorbereiding daarvan gaat echter enige tijd gemoeid, gedurende welke een curator over het vermogen van de schuldenaar beheer voert.”*.

²⁸³ Vgl. artikel 101 Fw (oud).

²⁸⁴ Vgl. Völlmar 1961, p. 822 en 823: *“Wanneer in het faillissement geen akkoord is tot stand gekomen – hetzij doordat er vóór of op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden, hetzij doordat het aangeboden akkoord is verworpen of de homologatie ervan definitief d.w.z. bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis is geweigerd – verkeert de boedel van rechtswege in staat van insolventie (art. 173). Hiermee is de tweede periode van het faillissement ingeluid: de algemene verzilvering van het actief en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, de executie in engere zin derhalve van het vermogen van de schuldenaar, vangt aan”*.

²⁸⁵ Vgl. Van der Feltz II 1994, p. 63 en 64 en Wessels VII 2021, p. 6-8 en Polak/Pannevis 2022/2.2.1.

²⁸⁶ Molengraaff 1936, p. 40.

²⁸⁷ Vgl. HR 27 augustus 1937, NJ 1938/9 (*Nieuw Plancius*). Vanwege het verschil tussen het wettelijke systeem en de afwikkeling in de praktijk noemt Verstijlen 1998, p. 271 e.v. de artikelen 173-175 Fw (waarin het gaat om de voortzetting van een bedrijf na de verificatievergadering) een dode letter.

²⁸⁸ Wet modernisering faillissementsprocedure, Stb. 2018/299.

²⁸⁹ Vgl. *Kamerstukken II*, 2016/17, 34 740, nr. 3, p. 28.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

In de beheerfase behoren met name de volgende werkzaamheden tot de taak van de curator:

- de bewaring van de boedel;²⁹⁰
- de beschrijving van de boedel;²⁹¹
- de voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde;²⁹²
- het openen van aan de gefailleerde gerichte correspondentie;²⁹³
- de uitkering ter voorziening in levensonderhoud;²⁹⁴
- het behandelen van verzoeken om informatie te verstrekken;²⁹⁵
- de realisatie van de baten;²⁹⁶
- het sluiten van vaststellingsovereenkomst of het aangaan van schikkingen;²⁹⁷
- het nemen van maatregelen om te zorgen dat de boedel alsnog in de toestand terecht komt waarin deze behoort te verkeren;²⁹⁸
- de verificatie van de vorderingen van schuldeisers.²⁹⁹

De beheerfase loopt vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar tot en met het moment waarop de boedel in staat van insolventie verkeert. De boedel verkeert volgens artikel 173 Fw van rechtswege³⁰⁰ in staat van insolventie indien op de verificatievergadering geen nadere verificatievergadering is bepaald of op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden of indien het aangeboden akkoord is verworpen of de homologatie definitief is geweigerd. De verdelingsfase loopt vanaf het moment waarop de boedel in staat van insolventie verkeert tot het tijdstip dat het faillissement is beëindigd.³⁰¹ In die fase wordt het gerealiseerde boedelactief – aan de hand van de geldende verdelingsregels³⁰² – verdeeld onder de schuldeisers.³⁰³

²⁹⁰ Zie art. 92 Fw: “De curator neemt onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers, gelden, kleinodiën, effecten en andere papieren van waarde tegen ontvangstbewijs onder zich.” Zie voorts artikel 102 lid 1 Fw. De curator heeft hierbij toegang tot elke plaats voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

²⁹¹ Zie de artikelen 94-96 Fw.

²⁹² Zie art. 98 Fw. voor voortzetting van het bedrijf nadat de verificatievergadering heeft plaatsgevonden zie: art. 173a e.v. Fw.

²⁹³ Zie art. 99 Fw.

²⁹⁴ Zie art. 100 Fw.

²⁹⁵ Vgl. Rb. Alkmaar, 23 oktober 2009, *JOR* 2010, 281, onder 3.8.

²⁹⁶ Zie art. 101 en 176 Fw.

²⁹⁷ Zie art. 104 Fw.

²⁹⁸ De zogenaamde reconstructie van de boedel waarbij de curator met name ten dienste staan de faillissementspauliana ex art. 42 en art. 47 Fw, de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 en 2:248 BW en de vordering op grond van onrechtmatige daad die de gefailleerde zelf niet toekomt, maar die ertoe strekt een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden ongedaan te maken (zie HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*)). De term reconstructie in dit verband is afkomstig van Verstijlen 1998, p. 46 e.v., die deze term heeft afgeleid van het Franse *reconstitution*.

²⁹⁹ Vgl. art 26 jo. art. 110 Fw.

³⁰⁰ Onder de faillissementsregeling van het oude Wetboek van Koophandel werd de boedel bij vonnis in staat van insolventie verklaard waarbij de curator werd bevolen tot vereffening over te gaan. De woorden “van rechtswege” zijn door de wetgever toegevoegd om duidelijk te maken dat een dergelijk vonnis niet meer nodig is. Vgl. Van der Feltz II 1994, p. 208 en Wessels VII 2021, p. 8.

³⁰¹ Zie artikel 193 Faillissementswet.

³⁰² In het geval van een gerechtelijk akkoord geldt dat de verdeling plaatsvindt op grond van de inhoud van het gehomologeerde akkoord.

³⁰³ Boekraad 1997, p. 1.

Van belang is om nog op te merken dat het onderscheid tussen de fases niet in alle gevallen chronologisch is. Vanuit de verdelingsfase is het soms mogelijk weer terug te keren naar de beheerfase. Indien bijvoorbeeld na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst blijkt dat er sprake is van een nagekomen bate die ten tijde van de vereffening niet bekend was, gaat de curator ex artikel 194 Fw op bevel van de rechtbank alsnog tot vereffening en verdeling over.³⁰⁴ Alsdan zal de curator terugkeren in de beheerfase doordat vereffeningshandelingen moeten plaatsvinden. Het is zelfs mogelijk dat beide fases synchroon lopen. Indien op de voet van art. 179 Fw een tussentijdse uitdeling plaatsvindt, terwijl het beheer van de boedel intussen doorloopt, is gelijktijdig sprake van beheren en verdelen.

Tot zover het onderscheid tussen de beheer- en verdelingsfase. Hierna zal ik in het kader van de beheerfase de “gelijkheidsinstrumenten”, te weten: het beginsel van gelijkheid van schuldeisers, de gelijkheidsregel en de *paritas creditorum*, bespreken.

3.3 Beginsel van gelijkheid van schuldeisers

3.3.1 Rechtsbeginselen en regels

De morele opvattingen die in een maatschappij leven, kunnen in mindere of meerdere mate worden teruggevonden in het recht. Dergelijke opvattingen zijn waarden die in het recht kunnen worden opgespoord door op een hoger abstractieniveau dan het niveau van de concrete rechtsregel het recht te analyseren. Die analyse brengt rechtsbeginselen aan het licht.³⁰⁵ Timmerman noemt dergelijke rechtsbeginselen grondgedachten van het recht.³⁰⁶ Soeteman stelt dat in een rechtsbeginsel tot uitdrukking komt waarom wij het recht c.q. bepaalde onderdelen van het recht belangrijk vinden.³⁰⁷ In veel rechtsbeginselen komen derhalve achterliggende waarden tot uiting.³⁰⁸

Gelijkheid, althans meer specifiek de metajuridische perceptie dat mensen het rechtvaardig vinden om in gelijke gevallen gelijk behandeld te worden, is zo’n waarde die in rechtsbeginselen tot

³⁰⁴ Zie voor een voorbeeld: Rb. Den Haag, 9 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8785.

³⁰⁵ Scholten 1974, p. 63, noemt het opsporen van het rechtsbeginsel zelfs “*een der voornaamste functies der rechtswetenschap*”. Vranken 1995, p. 86 en 87, maakt onderscheid tussen twee soorten rechtsbeginselen: de meest fundamentele noemt hij de algemene rechtsbeginselen die gelden voor het gehele burgerlijk (vermogens)recht. Hierbij denkt hij aan noties zoals respect voor de ander, rechtszekerheid en gelijkheid. Rechtsbeginselen van deze categorie zijn volgens hem de bruggenhoofden van recht en ethiek, vertrekpunten voor zowel juridisch als zedelijk handelen die aan het licht brengen dat het recht ook een morele dimensie heeft. Daarnaast (p. 92) noemt Vranken andersoortige “*meer profane rechtsbeginselen*” die hij omschrijft als “*overkoepelende gezichtspunten, karakteristieke eigenschappen, uitgangspunten of inrichtingseisen*”. Als ik Vranken goed begrijp, speelt de morele dimensie hier niet c.q. speelt zij slechts de tweede viool. Zie ook Addink 2018, paragraaf 25.2.1.

³⁰⁶ Timmerman 2008, p. 30.

³⁰⁷ Soeteman 1991, p. 21. Nieuwenhuis 1979, p. 4 wijst erop dat beginselen niet slechts het systeem van de wet beïnvloeden, maar dat zij in veel gevallen een systeem scheppen. Een systeem dat er niet zou zijn zonder die beginselen.

³⁰⁸ Vgl. de definitie die Dworkin 2021/1977, p. 39 geeft van een rechtsbeginsel: “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*”.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

uitdrukking komt.³⁰⁹ Toegespitst op het insolventierecht kan in dit verband gesteld worden, dat aan het faillissementsrecht het rechtsbeginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag ligt.³¹⁰ Dit beginsel houdt naar mijn mening in geval van een faillissement in dat schuldeisers in gelijke gevallen op gelijke wijze worden behandeld in het kader van de faillissementsprocedure. Het beginsel is hierbij niet gericht op de persoon van de schuldeiser, maar op zijn vermogensrechtelijke belangen. Het faillissementsrecht als onderdeel van het vermogensrecht is immers niet gericht op personen, maar op (de afwikkeling van botsende) verbintenissen. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ligt naar zijn aard ten grondslag aan de volledige faillissementsprocedure en speelt dus zowel een rol in de beheerfase als in de verdelingsfase.

Een rechtsbeginsel moet worden onderscheiden van een rechtsregel. Rechtsregels verbinden rechtsgevolgen aan bepaalde nader omschreven feiten: als “X” dan “Y”. Regels normeren menselijk gedrag. Rechtsbeginselen zijn de normatieve grondslag van rechtsregels.³¹¹ Een verschil tussen een rechtsregel en een rechtsbeginsel is hierbij dat een rechtsregel in een bepaald geval wel of niet van toepassing is, terwijl bij de beoordeling van een casus meerdere (onderlinge tegenstrijdige) beginselen van toepassing kunnen zijn.³¹²

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt in het faillissementsrecht in de beheerfase met name tot uitdrukking in een in artikel 26 Fw neergelegde rechtsregel³¹³: *“Rechtsvorderingen, die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, kunnen gedurende het faillissement ook tegen de gefailleerde op geen andere dan een in artikel 110 bepaalde wijze worden ingesteld.”* Deze stelling zal in deze paragraaf, maar ook in andere paragrafen van dit hoofdstuk nog verder worden uitgewerkt.

³⁰⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 20 Handvest grondrechten van de Europese Unie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU naar aanleiding van dit artikel. Zo overweegt het Hof in zijn arrest van 17 oktober 2013, C-101/12, EU:C:2013:661 (*Schaible*), onder punt 76: *“de in artikel 20 van het Handvest verwoorde gelijkheid voor de wet is een algemeen rechtsbeginsel van de Unie dat verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie in die zin arrest van 11 juli 2006 (Franz Egenberger), C-313/04, Jurispr. blz. I-6331, punt 33).”* Zie voorts het arrest van 13 november 1984 (*Racke*), zaak 283/83, Jurispr. 1984, blz. 3791, het arrest van 17 april 1997, zaak C-15/95 (*EARL*), Jurispr. 1997, blz. I-1961, en het arrest van 13 april 2000, zaak 292/97 (*Karlsson*), Jurispr. 2000, blz. 2737).

³¹⁰ Vgl. HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), randnummer 3.6.1: *“Dit is in overeenstemming met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dat aan de faillissementswet ten grondslag ligt.”* en HR 23 december 1926, NJ 1927/443, waar de HR overweegt dat het de taak van de curator is te zorgen *“(…) dat de rechten van alle crediteuren gelijkelijk gehandhaafd worden (…)”* Zie voorts: Van der Kwaak 1990, p. 100, laatste zin, in het kader van zijn bespreking van de hoofdregels van het verhaals- en beslagrecht, Boekraad 1997, p. 6 en Van der Feltz I 1994, p. 49.

³¹¹ Vgl. Asser/Sieburgh 2018/40 en Smith 2007, p. 110 en 111. Zie ook Hirsch Ballin 2013, p. 902: *“De vraag welke normen behoren te worden nageleefd, is een kwestie van waarden die worden vertaald in rechtsbeginselen en constitutionele grondregels.”*

³¹² Vgl. Dworkin 2021/1977, p. 40-41: *“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. ... Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”* Zie Soeteman 1991, Soeteman 2009 en Raes 1991 voor kritische beschouwingen over dit scherpe onderscheid. Vgl. voorts Brouwer 1991 die concludeert dat Dworkins onderscheid houdbaar is.

³¹³ Zie voor voorbeelden buiten het executierecht bijvoorbeeld: artikel 2:92 BW, artikel 7:646 BW, artikel 5 en verder Algemene Wet Gelijke Behandeling.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers kan uitsluitend aan de orde worden gesteld indien de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers in het geding is. In een geschil tussen een curator en een debiteur van de boedel die weigert tot betaling over te gaan, hoort een beroep op het beginsel bijvoorbeeld niet thuis.³¹⁴

In het collectieve executierecht (waarbij ik mij beperk tot het faillissement) is er meer behoefte aan rechtsregels die de gelijkheid van schuldeisers uitwerken, dan in het individuele executierecht. Dit houdt verband met het volgende.

Een gelegd verhaalsbeslag heeft een individualistisch karakter, d.w.z. het strekt uitsluitend tot zekerheid voor de individuele beslagleggende crediteur.³¹⁵ Dit heeft ook tot gevolg dat een verhaalsbeslag slechts één dimensie heeft. Er wordt een verhaalsobject aangewezen en in het kader van de afwikkeling van het beslag dat is gelegd door een bepaalde schuldeiser, zijn (eventuele) overige verhaalsobjecten irrelevant.

Het faillissement daarentegen is een collectieve maatregel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar.³¹⁶ Het faillissement wordt wel een gerechtelijk beslag genoemd op het gehele vermogen van de schuldenaar en lijkt zo gezien ook wel eendimensionaal. Het vermogen (waaronder hier wordt verstaan de activa, d.w.z. de gezamenlijke vermogensrechten) van de schuldenaar bestaat echter (normaal gesproken) uit meerdere verhaalsobjecten. Zo gezien worden – in vergelijking met de situatie buiten faillissement – in feite meerdere beslagen tegelijk afgewikkeld. Doordat die “beslagen” niet individualistisch en niet eendimensionaal worden benaderd, maar als één geheel “beslag” worden afgewikkeld, ontstaat er (in vergelijking met het individuele executierecht) in het kader van een faillissement meer behoefte aan regels, waarbij schuldeisers die in een gelijke positie verkeren niet ongelijk mogen worden behandeld. Nu het faillissement mede is ingesteld om de gelijke behandeling van de schuldeisers te bewaken,³¹⁷ is in het kader van de inrichting van de faillissementsprocedure rekening gehouden met deze behoefte. Dit komt onder meer tot uiting in (procedurele) regels in de Faillissementswet waarin schuldeisers dezelfde (procedurele) rechten worden toegekend.³¹⁸

Hierna zal ik ingaan op de in artikel 26 Fw neergelegde hoofdregel in de beheerfase waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers met name als regel tot uitdrukking komt. Vervolgens worden de naar mijn mening belangrijkste wettelijke bepalingen besproken die bewerkstelligen dat er in de praktijk daadwerkelijk iets terecht kan komen van de gelijke behandeling van schuldeisers in faillissement. Daarna wordt ingegaan op het recht op informatie van schuldeisers van de schuldenaar in relatie tot het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.

³¹⁴ Vgl. bijvoorbeeld HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224 (*Megapool/Laser*).

³¹⁵ Vgl. Van der Kwaak, p. 215 e.v. en Boekraad 1997, p.7.

³¹⁶ Er moet dus sprake zijn van schuldeiserspluraliteit (een *concursum creditorum*). In HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*ABN Amro-Berzona*) onder 3.4.1. bevestigt de Hoge Raad, onder verwijzing naar HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548, dat het pluraliteitsvereiste nog steeds onverkort geldt.

³¹⁷ Vgl. Boekraad 1997, p. 6 en Van der Feltz I 1994, p. 49.

³¹⁸ Vgl. Bork 2016, p. 116.

3.3.2 Faillissementsrechtelijke doorwerking van het beginsel via de verificatieregels

3.3.2.1 Uitwerking beginsel van de gelijkheid van schuldeisers algemeen

In het kader van de verhaalsexecutie is het leggen van beslag de geëigende weg voor een schuldeiser om verhaal uit te oefenen.³¹⁹ In het kader van een faillissement is voor een schuldeiser de aanmelding ter verificatie de geëigende weg om verhaal uit te oefenen.³²⁰

Artikel 26 Fw is tegen deze achtergrond een centrale bepaling in het Faillissementsrecht. Het artikel bepaalt dat rechtsovereenkomsten die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, gedurende het faillissement op geen andere wijze kunnen worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie. In artikel 110 Fw wordt vervolgens bepaald dat de indiening van schuldvorderingen geschiedt bij of door de curator.

Aan artikel 26 Fw (en aan het in artikel 26 Fw genoemde artikel 110 Fw) ligt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag.³²¹ Schuldeisers van de schuldenaar worden op gelijke wijze behandeld doordat zij uitsluitend verhaal kunnen zoeken via de indiening van hun vordering ter verificatie.³²² Schuldeisers krijgen door artikel 26 Fw gelijke kansen om mee te doen in de faillissementsprocedure.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers strekt ertoe schuldeisers die zich in een gelijke positie bevinden gelijk te behandelen.³²³ Het formele beginsel geeft echter (nagenoeg) geen materiële criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of een schuldeiser zich in een gelijke positie bevindt als een andere schuldeiser. Indien een onderscheid wordt gemaakt in de behandeling van schuldeisers dient dit in ieder geval objectiveerbaar te zijn. Veel meer valt er niet over te zeggen. Uit het beginsel kan namelijk niet een extern en onafhankelijk criterium worden afgeleid op grond waarvan kan worden bepaald welk geval gelijk is en welk geval ongelijk. Dat dit beginsel als regel tot uitdrukking komt in artikel 26 Fw betekent dat nog steeds niet vaststaat welke gevallen gelijk moeten worden behandeld en welke gevallen niet. Gelijkheid is namelijk altijd relatief. Het gaat steeds om de gelijke behandeling vanuit een bepaald gezichtspunt.³²⁴ Zonder stil te staan bij het

³¹⁹ In hoofdstuk 2 is dit meer uitvoerig aan de orde gekomen.

³²⁰ Anders dan bij een beslagexecutie is het bij een faillissement niet nodig om te beschikken over een executoriale titel om verhaal uit te kunnen oefenen.

³²¹ Vgl. HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 onder 3.5 (*Nebula*). Zie voorts Slaski 2009, p. 112.

³²² Zie ook artikel 109 Fw: de curator stelt "alle bekende schuldeisers" schriftelijk op de hoogte van de dag waarop de vorderingen uiterlijk moet worden ingediend.

³²³ Vgl. Molengraaf 1936, p. 228 en 229.

³²⁴ Vgl. Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 49. Dat gezichtspunt kan in de loop der tijd wijzigen met als gevolg dat wat vroeger als ongelijk geval werd gezien nadien als gelijk geval wordt aangemerkt. Zie voor een gezichtspunt dat in vroegere tijden wel werd aangelegd: Maris 1988, p. 53-55. Hij wijst op het onderscheid dat Aristoteles maakte tussen de vrije (Griekse) mannen en de (buitenlandse) slaven. De laatstgenoemde groep nam volgens hem niet gelijkkelijk deel aan de rede. Aristoteles zag deze groepen daarom niet als gelijke gevallen op grond waarvan een gelijke behandeling geïndiceerd was. Zie voorts Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 51: "Zo is ongelijke behandeling van vrouwen en mannen in arbeidssituaties naar huidige opvattingen in het algemeen niet aanvaardbaar. Enkele generaties geleden werd daar anders over gedacht". Zie voor een voorbeeld in het insolventierecht de (in paragraaf 3.3.2.11 te bespreken) gewijzigde opvatting van de Hoge Raad over de positie van de verhuurder met een vordering tot vergoeding van de schade bij het einde van de huurovereenkomst (HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)).

perspectief van waaruit de gelijkheid in een faillissementssituatie moet worden beoordeeld, kan de gelijke behandeling niet goed worden begrepen. Sterker nog: als een dergelijk perspectief niet zou kunnen worden aangelegd, dan is er ook geen sprake van een samenhangend stelsel van gelijkheidsregels. Van een systeemfunctie kan alsdan alleen al geen sprake zijn omdat een dergelijke functie vooronderstelt dat er sprake is van een samenhangend stelsel van gelijkheidsregels. Tegen deze achtergrond wordt hierna ingegaan op het dominante perspectief dat in het kader van een faillissement moet³²⁵ worden aangelegd bij de beoordeling in hoeverre er sprake is van een gelijk geval.

De gelijke behandeling moet in beginsel worden verstaan tegen de achtergrond van de positie van een schuldeiser in het kader van een individuele³²⁶ beslagexecutie (als onderdeel van de verhaalsexecutie). Uitsluitend in die context bezien kan het beginsel op de juiste wijze worden begrepen. Hierna zal ik deze stelling nader uitwerken aan de hand van situaties die zich in de praktijk kunnen voordoen. Deze uitwerking strekt ertoe het systeem van de wet te verduidelijken en is niet bedoeld om uitputtend alle mogelijke situaties te bespreken. Hierbij wordt aangetekend dat het dominante perspectief niet betekent het exclusieve perspectief. Van tijd tot tijd kan de positie van een schuldeiser in een faillissement niet (volledig) verklaard worden met een verwijzing naar de positie van een schuldeiser in het kader van de individuele beslagexecutie. Als dit aan de orde is, zal ik nader bespreken om welke reden in een dergelijk geval moet worden aangenomen dat er geen sprake is van een gelijk geval.

3.3.2.2 Revindicatie

Een eigenaar heeft het recht zijn roerende of onroerende zaak als schuldeiser met een beroep op artikel 5:2 BW bij de curator op te eisen.³²⁷ Een revindicatievordering hoeft niet ter verificatie te worden ingediend. Dit geldt voor eigenaren die toevallig op het erf van de schuldenaar een goed hebben staan. Ook geldt dit voor eigenaren die met betrekking tot een bepaald goed een huurovereenkomst hebben gesloten na afloop van de huurovereenkomst. Eveneens is een dergelijke situatie aan de orde als een eigenaar een goed onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd, terwijl de verschuldigde prestatie niet is voldaan door de gefailleerde.³²⁸ In feite gaat het om een faillissementsrechtelijke vorm van reële executie. Het betreft hier geen samenloop van schuldeisers in het kader van het faillissementsbeslag. De betreffende goederen vallen immers – als eigendom van een derde partij – niet onder dit beslag.³²⁹ Het betreft een zakelijke aanspraak op de boedel. In het kader van een individuele executieprocedure zouden de betreffende schuldeisers ook door een revindicatievordering buiten de beslagexecutie kunnen blijven. Het gaat hier derhalve niet om een

³²⁵ “Moet” in de zin van: noodzakelijk om het positieve faillissementsrecht op het vlak van de gelijkheidsregels te begrijpen. Een dergelijk “moeten”, dient zeer wel te worden onderscheiden van een rechtspolitiek betoog over de vraag hoe gelijkheid vorm zou moeten worden gegeven. In dat geval gaat het om wenselijk recht. Een dergelijk betoog wordt hier niet gevoerd.

³²⁶ Oorspronkelijk was er overigens überhaupt in beginsel geen onderscheid tussen individuele en collectieve executie. In het Romeinse recht had de normale vermogensexecutie steeds het karakter van een collectieve executie. Vgl. Kaser & Wubbe 1971, p. 404.

³²⁷ De op te eisen roerende zaak moet wel individualiseerbaar zijn. Vgl. HR 12 januari 1968, NJ 1968/274 (*Teixeira de Mattos*).

³²⁸ Zie voor eigendomsvoorbehoud artikel 3:92 BW.

³²⁹ Vgl. Molengraaf 1936, p. 177: “Het faillissement vindt als vermogensbeslag zijn grens daar waar het vermogen eindigt. Wat niet tot het vermogen behoort, valt niet in het faillissement.”

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

schuldeiser in de zin van artikel 26 Fw, zodat – nu sprake is van een ongelijk geval ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar – een gelijke behandeling niet is geïndiceerd.

3.3.2.3 Pand- en hypotheekhouders

Niet iedere schuldeiser hoeft, in het individuele executierecht, de verhaalsexecutie met een beslag in te leiden. Pand- en hypotheekhouders hebben het recht van parate executie.³³⁰ Zij hoeven zich derhalve niet te mengen in de beslagexecutie en nemen een andere positie in dan schuldeisers die zich uitsluitend via de weg van beslaglegging kunnen verhalen. In het kader van een faillissement heeft dit tot gevolg dat pand- en hypotheekhouders hun vordering niet ter verificatie hoeven aan te melden. Zij kunnen zich aan de *concursum creditorum* onttrekken door zelf rechtstreeks verhaal te zoeken op de goederen van de schuldenaar waarop het pand- of hypotheekrecht rust.³³¹ Artikel 57 lid 1 Fw bepaalt in dit verband ook dat zij hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was.³³²

Pand- en hypotheekhouders worden, gelet op het vorenstaande, ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar anders behandeld dan de schuldeisers die uitsluitend via de weg van verificatie verhaal kunnen zoeken onder de schuldenaar.³³³ Net als in het individuele executierecht kunnen schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht zich in een faillissement in beginsel ook buiten de weg van beslaglegging om rechtstreeks verhalen op de verbonden goederen van de schuldenaar. Pand- en hypotheekhouders zijn ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar in het kader van de verificatie dan ook geen gelijk geval, zodat een andere behandeling in het kader van art. 26 Fw gerechtvaardigd is.

3.3.2.4 Categorieën schuldeisers

Schuldeisers van een failliete schuldenaar worden ingedeeld in faillissementsschuldeisers, boedelschuldeisers en niet-verifieerbare schuldeisers. De schuldeisers worden per categorie anders behandeld. Hierna ga ik op iedere categorie nader in en bespreek ik de rechtvaardiging van deze ongelijke behandeling.

Faillissementsschuldeisers zijn de schuldeisers die op het moment van de faillietverklaring een in rechte afdwingbare vordering hebben op de gefailleerde krachtens een persoonlijk recht³³⁴ of nog zullen verkrijgen tijdens het faillissement op grond van een ten tijde van de faillietverklaring reeds

³³⁰ Zie art. 3:248 BW en art. 3:268 BW. In het kader van de verdeling is van belang dat zij een voorrangrecht hebben. Zie 3:227 BW.

³³¹ Als een pand- of hypotheekhouder zijn rechten geldend maakt via de weg van parate executie geldt voor eventuele andere beperkt gerechtigden in de zin van artikel 3:282 BW dat zij hun vordering niet ter verificatie hoeven aan te melden. Zij kunnen zich als separatist verhalen.

³³² Het uitgangspunt dat pand- en hypotheekhouders niet worden geraakt door het faillissement moet worden gerelativeerd. Er gelden diverse uitzonderingen op dit uitgangspunt. Zie bijvoorbeeld de in artikel 63a e.v. Fw opgenomen afkoelingsperiode. Daarnaast kan de curator onder omstandigheden ex artikel 58 lid 1 Fw een redelijke termijn stellen met ingrijpende gevolgen indien niet aan deze termijnstelling wordt voldaan. Ook heeft de curator ex artikel 58 lid 2 Fw de bevoegdheid om te lossen.

³³³ Voor het deel van hun vordering dat zij niet op de opbrengst van het onderpand kunnen verhalen, kunnen zij als concurrente crediteur in de boedel opkomen. Zie de artikelen 59 Fw en 132 lid 1 Fw.

³³⁴ Zie hoofdstuk 1 voor een nadere uitleg over het begrip persoonlijk recht.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

bestaande rechtsverhouding.³³⁵ Voor deze schuldeisers geldt de koninklijke weg van artikel 26 Fw: zij kunnen hun vordering ter verificatie indienen bij de curator.

Boedelschulden ontstaan door of na het uitspreken van het faillissement.³³⁶ Boedelschuldeisers hebben een onmiddellijke aanspraak op de boedel en hoeven hun vordering niet ter verificatie in te dienen.³³⁷ Boedelschuldeisers ontvangen hierdoor een andere behandeling dan de faillissementsschuldeisers die ex artikel 26 Fw hun vordering ter verificatie moeten indienen. Uit het feit dat boedelschuldeisers buiten de weg van verificatie en uitdeling om hun vorderingen geldend moeten maken, vloeit geen onterechte ongelijke behandeling voort. De (formeel) juridische verklaring voor het onderscheid is dat een boedelschuldeiser in beginsel niets van doen heeft met het faillissementsbeslag.³³⁸ Het betreft de rechtsverhouding tussen de boedelschuldeiser en de curator q.q. in zijn hoedanigheid als beheerder van de boedel.³³⁹ Een boedelschuldeiser kan zijn vordering niet ter verificatie aanmelden, nu de weg van verificatie uitsluitend open staat voor schuldeisers van de schuldenaar die – in termen van het individuele executierecht gesproken – hun rechten als beslaglegger uitoefenen.³⁴⁰ In termen van gelijkheid gesproken gaat het hier overigens niet om een vorm van “achterstelling” (waarbij de boedelschuldeiser wordt achtergesteld bij een faillissementsschuldeiser), maar om een “voorkeursbehandeling”. Een boedelschuldeiser ontvangt immers betaling voordat überhaupt wordt toegekomen aan de uitdeling aan een faillissementsschuldeiser, omdat een boedelschuldeiser een verhaalsrecht op de boedel heeft en een faillissementsschuldeiser niet (die heeft een verhaalsrecht op de failliet zelf).³⁴¹ Een boedelschuldeiser zal – indien dit al mogelijk zou zijn – zijn vordering daarom ook niet ter verificatie *willen* indienen. De achterliggende rechtvaardiging voor dit onderscheid tussen een boedelschuldeiser en de faillissementsschuldeiser kan voor een belangrijk deel³⁴² worden gezocht in

³³⁵ Zie HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) onder 3.5.4. Oorspronkelijk gold deze toevoeging niet. Zie Van der Feltz II 1994, p. 126, Memorie van Toelichting: “*De schuldeischers concurreeren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het oogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten; dit is het eenvoudige beginsel, ten grondslag liggende aan de regelen ten aanzien der verificatie in de artikelen 128-131 gesteld.*”

³³⁶ In het arrest HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat boedelvorderingen kunnen ontstaan: (a) hetzij door de wet, (b) hetzij omdat de curator een schuld in zijn hoedanigheid is aangegeven of (c) hetzij omdat de vordering het gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

³³⁷ Vgl. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (in het bijzonder onder 3.4.2: “*Een boedelvordering behoeft geen verificatie en kan daarom buiten het faillissement om tegen de curator worden ingesteld*”) en Rb. Utrecht 2 april 2008, JOR 2008/179.

³³⁸ Vgl. A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2003:AN7840) in zijn conclusie bij HR 28 november 2003, NJ 2004/81 onder 4.5.1.

³³⁹ Vgl. Molengraaf 1936, p. 208.

³⁴⁰ Zie voorts p. 15: “*Het bovenstaande brengt mee, dat de geaardheid der boedelverbintenissen van den schuldenaar, juist wat het verhaalsrecht van en schuldeischer betreft, verschillend is van die van de verbintenissen jegens de faillissementsschuldeischers. De boedelvorderingen komen met hun verhaalsrecht op den boedel dit vermogen als bevredigingsobject voor de vroegere schuldeischers bezwaren. Zij moeten daaruit vóór en onafhankelijk van de bevrediging dezer schuldeischers worden voldaan. Hierbij sluit zich aan hetgeen te onzent vrijwel algemeen geleerd wordt omtrent de rechten der boedelschuldeischers: nml. dat zij hunne vorderingen niet behoeven te laten verifiëren; dat de curator terstond moet betalen wat opeischbaar is en de betaling niet behoeft te wachten op de uitdelingslijst.*”

³⁴¹ Vgl. Smits 1935, p. 13 en 14.

³⁴² Niet alle boedelkosten worden gerechtvaardigd door de gedachte dat de kost voor de baat uitgaat. Neem de boedelvordering tot terugbetaling van een tijdens het faillissement ontvangen kennelijk onverschuldigde

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

de gedachte dat de kost voor de baat uitgaat. De boedelkosten die de curator moet maken, zijn in beginsel bedoeld om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de faillissementsschuldeisers te genereren.³⁴³ Zo bezien is het in het belang van de faillissementsschuldeisers om deze kosten als eerste uit de gerealiseerde opbrengst te betalen. Tot zover de onderlinge verhouding tussen een faillissementsschuldeiser en een boedelschuldeiser. Hierna ga ik in op de verhouding tussen de boedelschuldeisers ten opzichte van elkaar.

Indien er onvoldoende boedelactief is om alle boedelvorderingen te voldoen, is er opnieuw sprake van een *concursum creditorum*, zij het dat het nu een samenloop van boedelschuldeisers betreft. Voor die situatie geldt dat de Hoge Raad in beginsel naar analogie de verdelingsregels toepast. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger³⁴⁴ uitgemaakt dat indien het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen (hierna ook wel: negatieve boedel), die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van iedere schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Indien de curator tot betaling van boedelschulden overgaat in het hiervoor geschetste kader, geldt dat er sprake is van verdelingshandelingen. Alsdan geldt derhalve in beginsel de verdelingsregel van de *paritas creditorum*. Over de situatie van verdelingshandelingen in het kader van een negatieve boedel volgt meer in hoofdstuk 5. Hierna onderbouw ik de stelling dat *in de beheerfase* het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ook geldt tussen boedelschuldeisers onderling.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers heeft een belangrijke landingsbaan in artikel 26 Fw. Dit artikel geldt echter niet voor boedelschuldeisers. Ook worden de rechten van boedelschuldeisers niet – zoals het geval is bij faillissementsschuldeisers – gefixeerd tegen een bepaalde datum. Latere boedelschuldeisers delen net zo goed mee in de opbrengst als vroegere boedelschuldeisers. Daarentegen geldt ook dat latere boedelschuldeisers achter het net kunnen vissen indien de opbrengst al is uitgekeerd aan de op een eerder tijdstip bekende boedelschuldeisers. Voor boedelschuldeisers gelden in beginsel de normale BW-regels. Zo bezien zou betoogd kunnen worden dat boedelschuldeisers – zolang zij geen executiemaatregelen hebben getroffen – nog niet verzeild zijn geraakt in een (overigens in dat geval individuele) verhaalsexecutie. Dat is echter slechts één zijde van de medaille.

Het uitgangspunt dat boedelschuldeisers hun rechten geldend kunnen maken als waren zij gewone BW-schuldeisers moet namelijk worden gerelativeerd. Indien nog niet vast staat of alle boedelschuldeisers kunnen worden voldaan, kan de boedelschuldeiser van een opeisbare vordering betaling niet afdwingen.³⁴⁵ De curator kan in dit kader zelfs beletten dat een tegen de boedel gewezen (kort geding) vonnis ten uitvoer wordt gelegd.³⁴⁶ Een boedelschuldeiser heeft derhalve op belangrijke onderdelen een andere rechtspositie dan een schuldeiser die buiten een faillissement

betaling (in hoofdstuk 5 wordt hier nader op ingegaan). Tussen deze boedelvordering en het realiseren van baten is geen causaal verband aanwezig.

³⁴³ Zie nader over de rechtvaardiging van de bevoorrechte verhaalspositie van een boedelschuldeiser: Boekraad 1997, p. 30 e.v., Verstijlen 1998, p. 165 e.v., Franken 2019, p. 105 e.v. en Wessels VII 2021, p. 47 e.v.

³⁴⁴ HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz/Ontvanger*).

³⁴⁵ Vgl. HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz/Ontvanger*), HR 13 juni 2003, JOR 2003/209 (*Procall*), HR 31 oktober 2014, JOR 2015/55 (*CZ-Scholtes q.q.*) en HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994.

³⁴⁶ Vgl. Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, JOR 2013/150 (*Oudshoorn/Drijber q.q.*).

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

een vordering heeft op een schuldenaar.³⁴⁷ Boedelvorderingen kunnen voorts niet worden los gedacht van het faillissement van de schuldenaar. Zonder faillissement van de schuldenaar zouden er ook geen boedelvorderingen zijn. Boedelvorderingen moeten worden beschouwd als de kosten van de executie, zoals die in faillissement plaatsvindt, in de zin van artikel 3:277 BW.³⁴⁸ Deze vorderingen doen in die zin mee in het faillissement en staan daar niet buiten. Dit geldt temeer nu de opbrengst van de boedel ook (in de meeste gevallen zelfs: juist) wordt verdeeld onder de boedelschuldeisers.³⁴⁹ Boedelschuldeisers maken zo bezien onderdeel uit van de verhaalsexecutie.

Resumerend tot zover. Enerzijds is het juist dat een boedelschuldeiser participeert in een afzonderlijke *concursum*. Anderzijds maakt hij ook – vanuit die afzonderlijke *concursum* – onderdeel uit van de algehele *concursum* van schuldeisers in het faillissement van de schuldenaar. Er is sprake van een *boedelconcursum creditorum* in de faillissements*concursum creditorum*.

Zoals hiervoor al aangegeven, is artikel 26 Fw niet van toepassing op boedelschuldeisers. In de verhouding tussen boedelschuldeisers onderling kan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dan ook niet via artikel 26 Fw als regel doorwerken. Als er geen andere regel zou kunnen worden aangewezen, komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet tot uitdrukking in de onderlinge verhouding tussen boedelschuldeisers. Een dergelijke regel is naar mijn mening echter aanwezig. Dit kan ik als volgt toelichten.

Boedelschuldeisers maken (zij het op een bijzondere wijze zoals hiervoor toegelicht) deel uit van de *faillissementsconcursum creditorum* waar het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers heerst. In de verhouding tussen de boedelschuldeisers geldt bovendien naar analogie Titel 10 Boek 3 BW.³⁵⁰ Het zou tegen deze achtergrond naar mijn mening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien in de verhouding tussen de boedelschuldeisers onderling het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet zou doorwerken.

Artikel 3:12 BW bepaalt: “*Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken*”. Algemene erkende rechtsbeginselen kunnen dus doorwerken in een rechtsverhouding via de weg van de redelijkheid en billijkheid.³⁵¹ Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers werkt in het geval van de verhouding tussen boedelschuldeisers onderling door via de redelijkheid en billijkheid als regel.³⁵²

³⁴⁷ Ik deel het standpunt van Franken 2019 (p.169) dat het wenselijk zou zijn de positie van boedelschuldeisers in de Faillissementswet te verbeteren. Zie voorts het in het verlengde hiervan gedane pleidooi van Van Faassen & Van Tilburg 2020 om ook voor boedelschuldeisers de mogelijkheid te openen hun vorderingen ter verificatie aan te melden.

³⁴⁸ Zie nader hierover: Boekraad 1997, p. 32-35.

³⁴⁹ Vgl. Franken 2019, p. 74.

³⁵⁰ Vgl. HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz/Ontvanger*). In hoofdstuk 5 wordt hier nader op ingegaan.

³⁵¹ Vgl. Wolters 2013, p. 89 e.v.

³⁵² Vgl. Verstijlen 1998: “*Gelijk de gewone schuldeisers in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan als de schuldenaar insolvent is, ook vóór het faillissement formeel is uitgesproken, staan de boedelschuldeisers in een boedelfaillissement in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar*”. Anders dan Verstijlen ben ik van mening dat deze door de redelijkheid en billijkheid beheerste

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

Aan het beginsel van de gelijkheid komt hierbij in de verhouding tussen boedelschuldeisers onderling niet uitsluitend betekenis toe indien er sprake is van een negatieve boedel (een boedel waarbij zelfs de boedelschuldeisers niet betaald kunnen worden). Ook bij een positieve boedel geldt het beginsel, zij het dat de betekenis voor boedelschuldeisers in dat geval slechts beperkt is. Bij een positieve boedel is het beginsel van belang in het kader van de gelijke aanspraak op informatie van boedelschuldeisers.³⁵³ Bij een negatieve boedel heeft het beginsel ook betekenis in het kader van de bescherming van (latere) boedelschuldeisers. De curator die weet dat er onvoldoende boedelactief is om alle boedelschuldeisers te voldoen, behoort niet één boedelschuldeiser ten detrimente van de overige boedelschuldeisers te betalen. Ook dient de curator in een situatie dat het onzeker is of nog boedelvorderingen zullen worden aangemeld (waarna er onvoldoende actief is om alle boedelschulden te betalen) na te laten om de bestaande boedelschuldeisers (gedeeltelijk) te betalen. De curator dient met de belangen van alle boedelschuldeisers rekening te houden. Vanwege de onderlinge gelijkheid van boedelschuldeisers mag niet de ene boedelschuldeiser wel betaald worden en de andere boedelschuldeiser niet. Ook mag, vanwege de gelijkheid van boedelschuldeisers, een latere boedelschuldeiser niet anders worden behandeld dan een vroegere boedelschuldeiser.³⁵⁴

Er moet derhalve worden aangenomen dat in de beheerfase, ongeacht of er sprake is van een negatieve of een positieve boedel, het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers geldt in de verhouding tussen de boedelschuldeisers onderling.

De laatste te bespreken categorie schuldeisers in deze paragraaf zijn de niet-verifieerbare schuldeisers. Een niet-verifieerbare schuldeiser heeft een vordering die ontstaat tijdens het faillissement van de schuldenaar, terwijl deze vordering niet voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding en er ook geen sprake is van een boedelvordering. Deze vordering kan niet ter verificatie worden ingediend en geeft ook op andere wijze geen aanspraak op de boedel.³⁵⁵ Schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering worden derhalve anders behandeld dan boedelschuldeisers of prefaillissementsschuldeisers. In het oude individuele executierecht vond een vergelijkbare behandeling plaats van schuldeisers met een verbintenis die pas is ontstaan na de beslaglegging. De vroeger geldende individuele executieprocedure vond niet ten behoeve van deze schuldeisers plaats, althans zo werd wel gesteld in de literatuur.³⁵⁶ Voor het faillissement als collectieve procedure gold hetzelfde indien de datum

rechtsverhouding ook aan de orde is in het geval van een positieve boedel. Dit komt onder meer tot uiting in de in beginsel gelijke onderlinge aanspraak van boedelschuldeisers op informatie. In paragraaf 3.3.3.4 wordt nader ingegaan op het recht op informatie in verhouding tot de gelijkheid van schuldeisers.

³⁵³ Zie hierna paragraaf 3.3.3.4.

³⁵⁴ In HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994 bevestigt de Hoge Raad onder randnummer 3.2.6 expliciet dat onder meer de gelijkheid van boedelschuldeisers (naast de bescherming van de rangorde) aan deze regels ten grondslag ligt: *“De hiervoor in 3.2.5 geschetste regels hebben tot doel de gelijkheid van boedelschuldeisers, en een eventueel daarvan afwijkende onderlinge rangorde van hun vorderingen, te waarborgen.”*

³⁵⁵ Zie nader over niet-verifieerbare vorderingen: Franken 2019, hoofdstuk 10.

³⁵⁶ Vgl. Suijling 1940, p. 423: *“Op distributie van de opbrengst der beslagen goederen onder hen, die ten dage van de vestiging van het beslagrecht reeds crediteur van den schuldenaar waren, is de executie gericht.”* Zie voorts p. 424: *“In de uitwinningprocedure mogen zich uitsluitend schuldeisers mengen, wier recht van voor de beslaglegging of van voor het faillissement dateert.”* en Wachter in zijn annotatie bij HR 11 januari 1980, NJ 1980/563: *“Hetgeen voor individuele beslagen geldt, is m.i. van toepassing op het faillissementsbeslag. Eerstgenoemde beslagen onderscheiden zich slechts door de wijze, waarop zij tot stand komen van een*

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

van de faillietverklaring werd beschouwd als de (eerste) beslaglegging.³⁵⁷ De ongelijke behandeling van schuldeisers in het kader van een faillissement met een niet-verifieerbare vordering ten opzichte van de overige schuldeisers, kon dan ook verklaard worden door de positie van een individuele schuldeiser onder het oude executierecht. Ook daar gold immers (al dan niet uitsluitend in het kader van een derdenbeslag) dat een vordering die was ontstaan na de (eerste) beslaglegging anders werd behandeld dan een vordering die reeds bestond op het moment van de (eerste) beslaglegging.

Onder het huidige individuele executierecht geldt niet dat een schuldeiser uitsluitend kan participeren in de beslagexecutie indien zijn vordering reeds bestaat op het moment van de eerste beslaglegging.³⁵⁸ De positie van een schuldeiser met een niet-verifieerbare vordering in het kader van een faillissement kan dan ook niet (langer) verklaard worden met een verwijzing naar het individuele executierecht. Meer in het bijzonder kan niet (langer) gesteld worden dat de rechtsgevolgen van een individueel beslag en een faillissementsbeslag gelijk zijn wat betreft de positie van een schuldeiser met een vordering die is ontstaan na de eerste beslaglegging, in vergelijking tot een schuldeiser met een vordering op de failliet die is ontstaan na de faillissementsdatum. Intussen geldt wel dat de Hoge Raad het aantal schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering sterk heeft teruggedrongen door in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.³⁵⁹ te bepalen dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar (en die geen boedelschuld opleveren) tot de faillissementsvorderingen behoren, ook als die vorderingen pas tijdens het faillissement ontstaan. Op grond van dit (gewijzigde) uitgangspunt kan een schuldeiser ook vorderingen ter verificatie indienen die op de dag der faillietverklaring nog niet bestonden, maar die wel voortvloeien uit een op de faillissementsdatum reeds bestaande rechtsverhouding.

De rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering ten opzichte van de faillissementsschuldeiser, moet worden gezocht in het fixatiebeginsel op grond waarvan op de faillissementsdatum de schuldeisers die mogen “meedoen” in het

faillissementsbeslag. De gevolgen zijn dezelfde. ... En de regel, dat schuldeisers wier vorderingen ontstaan na een gelegd, individueel beslag zich niet op het beslagene kunnen verhalen — aldus Stein, a.w., blz. 277; Star Busmann, a.w., blz. 441; anders: Van Rossem-Cleveringa, blz. 1073/1074 — loopt parallel aan het beginsel, dat het faillissementsbeslag slechts bestemd is voor de schuldeisers, die ten tijde van de faillietverklaring een vordering op de failliet hebben” Boekraad 1997, p. 24 e.v. stelt daarentegen dat onder het oude recht slechts in het geval van derdenbeslag (en dus niet in zijn algemeenheid in geval van beslaglegging) de regel gold dat uitsluitend schuldeisers participeerden in de beslaglegging indien zij een ten tijde van het eerste beslag reeds bestaande vordering hadden.

³⁵⁷ Vgl. HR 5 januari 1923, NJ 1923,359 (Petkovic/Modderman q.q.): “het faillissement is een algemeen beslag op het geheele vermogen van den gefailleerde ter verdeling onder de bij aanvang van het faillissement bestaande schuldeischers voor hetgeen zij op dien dag te vorderen hebben”.

³⁵⁸ Vgl. art. 457 Rv. Zie voorts art. 475 lid 1 Rv in geval van derdenbeslag. Zie nader over het onderscheid tussen het oude en nieuwe executierecht specifiek op dit punt: Boekraad 1997, p. 24 e.v.

³⁵⁹ HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot Beheer/Tideman q.q.). Zie ook de beperking die de Hoge Raad in HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 (Credit Suisse/Jongepier q.q.) in rechtsoverweging 3.5.4 aanbrengt: “Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag echter niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had.”.

faillissement worden gefixeerd (lees: beperkt) tot de op dat moment bestaande schuldeisers van de failliet.³⁶⁰

3.3.2.5 Schuldeisers en overeenkomst

Hierna ga ik in op de positie van schuldeisers als contractspartij van de schuldenaar. Het uitgangspunt is dat de faillietverklaring van een partij in beginsel geen gevolgen heeft voor de rechten en verplichtingen van zowel die partij als diens wederpartij uit hoofde van een bestaande overeenkomst.³⁶¹ Dit betreft de contractuele rechten en verplichtingen, maar ook de rechten en plichten die voortvloeien uit de wet.

Bij een eenzijdige overeenkomst waarbij de failliet moet presteren, geldt dat de schuldeiser zijn vordering uitsluitend geldend kan maken door indiening ter verificatie. Hetzelfde geldt voor een wederkerige overeenkomst waarbij de schuldeiser reeds heeft gepresteerd, maar de failliet nog niet.

Indien er sprake is van een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring nog niet of niet geheel is nagekomen, geldt het volgende. Uit artikel 37 lid 1 Fw volgt dat de curator de mogelijkheid heeft om een dergelijke overeenkomst niet gestand te doen. Dit betekent dat de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet worden nagekomen. Deze verbintenissen – die concurrente vorderingen opleveren – kunnen uitsluitend geldend worden gemaakt door indiening ter verificatie. Als de curator ervoor kiest de overeenkomst wel gestand te doen, geldt voor de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen dat zij niet langer via de weg van verificatie en uitdeling worden afgewikkeld. Alsdan ontstaat een rechtsverhouding tussen de curator q.q. en de wederpartij waarbij de verplichtingen aan de zijde van de curator q.q. tot boedelschuld promoveren.³⁶² Deze rechtsverhouding valt buiten het faillissementsbeslag, zodat van een ongeoorloofde ongelijke behandeling van de gepromoveerde schuldeiser ten opzichte van de (overige) faillissementsschuldeisers geen sprake is.

Het komt voor dat faillissementscrediteuren zo'n sterke positie innemen dat zij hun faillissementsschulden kunnen laten promoveren tot boedelschulden. Denk bijvoorbeeld aan een monopolistische leverancier, die slechts wenst te leveren als zijn vordering van voor faillissementsdatum wordt voldaan.³⁶³ Een dergelijke crediteur wordt wel aangeduid als dwangcrediteur. Betaling vindt plaats op grond van een feitelijke voorrangpositie.

Feitelijke voorrang leidt tot een ongelijke behandeling van schuldeisers.³⁶⁴ Zonder voorrang zou de betreffende schuldeiser moeten aansluiten bij de groep van schuldeisers die uitsluitend voldoening verkrijgen via de weg van de verificatie en de uitdeling. In de praktijk betekent dit dat in de meeste gevallen geen uitdeling plaatsvindt of dat slechts een bescheiden percentage van de waarde van de vordering wordt ontvangen.³⁶⁵ Door het verkrijgen van voorrang ontvangt de schuldeiser – buiten de

³⁶⁰ Vgl. HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) zoals hiervoor aangehaald en de conclusie A-G Wissink bij HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder randnummer 2.2.

³⁶¹ Vgl. Van der Feltz I 1994, p. 409.

³⁶² Vgl. Van Zanten 2012, p. 140 en 141.

³⁶³ Zie voor de beperking die sinds 15 januari 2015 geldt voor nutsbedrijven: artikel 37b Fw.

³⁶⁴ Vgl. conclusie AG in HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1105 onder 2.6.

³⁶⁵ Vgl. CBS 2016 en Van Hees 2017. Zie ook hetgeen in paragraaf 1.1 is opgemerkt over het uitdelingspercentage in een gemiddeld faillissement en zie de aldaar vermelde bronnen.

weg van verificatie en uitdeling om – volledige betaling.

Deze ongelijke behandeling is gerechtvaardigd indien dit in het belang van de boedel is.³⁶⁶ De ongelijke behandeling is in het belang van de boedel indien de gezamenlijke schuldeisers financieel beter af zijn met de situatie dat de betreffende schuldeiser volledige betaling ontvangt in vergelijking met de situatie dat de curator geen voorrang verleent.³⁶⁷

3.3.2.6 Actieve prestatie versus passieve prestatie

In het kader van een rechtsverhouding³⁶⁸ kunnen twee typen verbintenissen worden onderscheiden. Zo zijn er verbintenissen die een actieve prestatie verlangen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een verplichting tot betaling van een geldsom of het verrichten van werkzaamheden. En er zijn verbintenissen die verplichten tot een passieve prestatie. Denk aan het onthouden van bepaalde gedragingen of het dulden van gebruik.³⁶⁹

Een curator heeft met betrekking tot een verbintenis van een faillissementsschuldeiser in beginsel het recht deze verbintenis niet na te komen. Dit recht van de curator om niet na te komen, heeft met betrekking tot een verbintenis die een actieve prestatie van de curator verlangt tot gevolg dat de vorderingen van deze schuldeiser in beginsel ter verificatie kunnen worden ingediend naar de geschatte waarde die deze op dag van de faillietverklaring hebben.³⁷⁰ Dit recht om niet na te komen sorteert echter geen effect met betrekking tot een verbintenis die een passieve prestatie van de curator verlangt. Stilzitten is in dat geval juist de door partijen beoogde houding. Intussen ontvangt de schuldeiser die aanspraak maakt op het stilzitten van de curator in het laatste geval een ongelijke behandeling. In plaats van aangewezen te zijn op de verificatieprocedure komt deze schuldeiser buiten de verificatie om aan zijn trekken. Deze ongelijke behandeling kan worden gerechtvaardigd doordat voor het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers het om verschillende gevallen gaat. Dit kan als volgt worden toegelicht.

In het kader van de individuele verhaalsexecutie doen schuldeisers met een verbintenis die een passieve prestatie verlangen in beginsel niet mee. De verhaalsexecutie richt zich op schuldeisers die een geldvordering op de schuldenaar verhalen. Schuldeisers, waarvan aanspraken op grond van een verbintenis die een passieve prestatie verlangt, niet worden nagekomen, zijn aangewezen op de indirecte reële executie waarbij zij onder druk van een dwangsom of lijfswang trachten hun aanspraken af te dwingen.³⁷¹ Tegen deze achtergrond kan de ongelijke behandeling verklaard worden. In het kader van de collectieve verhaalsexecutie geldt ook dat dergelijke schuldeisers – net als in de individuele verhaalsexecutie – in beginsel niet meedoen.

³⁶⁶ Zie bijvoorbeeld HR 12 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven*), HR 24 juni 1994, NJ 1995/368 (*INB/Klützow*) en HR 12 mei 1998, NJ 1989/613 (*Reco/Staat*).

³⁶⁷ Vlg. Verstijlen 1998, p. 111 en Boekraad 1997, p. 206 tot en met 212. Zie voorts Franken e.a. 2011, p 47 en 48.

³⁶⁸ Dit onderscheid is dus niet beperkt tot verbintenissen die voortvloeien uit overeenkomsten. Vgl. HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/OSX*) onder 3.5.5.

³⁶⁹ Zie nader hierover Verheul 2019.

³⁷⁰ Zie de artikelen 131 en 133 Fw.

³⁷¹ Vgl. Stein 2016, p. 152

3.3.2.7 Fiscus als schuldeiser

Voor de belastingdienst geldt op grond van de letter van de wet dat voor prefaillissementsvorderingen ter zake van rijksbelastingen indiening ter verificatie niet noodzakelijk is.³⁷² De curator is verplicht op vordering van de Ontvanger de belastingaanslagen van de failliet uit de boedel te voldoen. Voorts is de curator bevoegd uit eigen beweging de belastingaanslagen uit de boedel te voldoen.³⁷³ De soep wordt echter in de praktijk niet zo heet gegeten. De Leidraad Invordering geeft in artikel 19.2 namelijk aan dat de Ontvanger zijn vordering ter verificatie moet indienen. Voorts geeft artikel 19.2.3. Leidraad Invordering te kennen dat de Ontvanger van de bevoegdheid om van de curator directe betaling te verlangen, geen gebruik maakt, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. De Ontvanger heeft in het kader van de rangregeling een hoge preferentie. De curator dient de Ontvanger conform zijn rang te voldoen. Dat verificatie niet nodig is en de Ontvanger directe betaling kan verlangen, betekent echter niet dat de Ontvanger betaling kan verlangen indien hij hierop in het kader van de rangregeling geen aanspraak zou hebben.³⁷⁴ De fiscus ontvangt derhalve doorgaans wat betreft zijn positie als faillissementsschuldeiser dezelfde behandeling als andere faillissementsschuldeisers door uitsluitend via de weg van verificatie en uitdeling betaling te ontvangen.

3.3.2.8 Buitenlandse goederen van de schuldenaar

Het faillissement strekt zich ook uit tot buitenlandse goederen van de schuldenaar.³⁷⁵ Een curator zal niet altijd kunnen voorkomen dat in het buitenland verhaal wordt gezocht door een individuele schuldeiser. Alsdan is de gelijke behandeling van de schuldeisers in het geding doordat een schuldeiser zich – buiten de weg van verificatie en uitdeling om – kan verhalen op een goed van de schuldenaar. De artikelen 203-205 Fw strekken ertoe in een dergelijk geval een inbreuk op de gelijkheid van schuldeisers te voorkomen door te bepalen dat de betreffende schuldeiser verplicht is het ontvangene af te dragen aan de boedel.³⁷⁶ De artikelen zijn tot stand gekomen in een tijd dat er nog geen sprake was van een internationale regeling. Thans geldt in de EU (het grotendeels vergelijkbare) artikel 23 Insolventieverordening:³⁷⁷

“1. De schuldeiser die, nadat een procedure als bedoeld in artikel 3, lid 1, is geopend, door ongeacht welk middel, met name door executiemaatregelen, geheel of gedeeltelijk wordt voldaan uit goederen van een schuldenaar die zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden, moet hetgeen hij heeft verkregen aan de insolventiefunctionaris restitueren, onder voorbehoud van het bepaalde in de artikelen 8 en 10.

2. Ter verzekering van de gelijke behandeling van de schuldeisers neemt de schuldeiser die in een insolventieprocedure een uitkering op zijn vordering heeft ontvangen, pas aan uitdelingen in een andere procedure deel wanneer de schuldeisers van dezelfde rang of dezelfde categorie in die andere procedure een gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen.”

³⁷² Zie artikel 19 lid 3 en lid 7 IW 1990.

³⁷³ Zie artikel 19 lid 3 en lid 7 IW 1990.

³⁷⁴ Vgl. Wessels 2014, p. 28.

³⁷⁵ Vgl. HR 15 april 1955, NJ 1955/542 en HR 8 juni 1971, NJ 1971/414.

³⁷⁶ Vgl. HR 11 juni 2014, NJ 2014/372 onder 3.3.3. Indien de Insolventieverordening niet van toepassing is, blijven de artikelen 203-205 Fw hun werking behouden.

³⁷⁷ Verordening (EU) 2015/848.

3.3.2.9 Gelijkheid tussen concurrente en preferente schuldeisers

Anders dan bij de verdelingsregel van de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW wordt in het kader van artikel 26 Fw een preferente schuldeiser niet anders behandeld dan een concurrente schuldeiser. Ook een preferente schuldeiser kan zijn rechten uitsluitend geldend maken via de weg van verificatie.³⁷⁸

3.3.2.10 Gelijkheid en informatieverstopping

Het komt veelvuldig voor dat in contracten verplichtingen zijn opgenomen tot het verstrekken van bepaalde informatie. Indien een dergelijke verplichting op de schuldenaar rust, is er sprake van een prefaillissementsvordering en is de schuldeiser die zich op een dergelijke bepaling beroept, een faillissementsschuldeiser. Op grond van een contractuele aanspraak kan een faillissementsschuldeiser in beginsel niet afdwingen dat de curator bepaalde informatie verstrekt, tenzij de gehele overeenkomst door de curator op de voet van artikel 37 Fw gestand wordt gedaan. Als de overeenkomst niet wordt gestand gedaan, heeft de curator het recht op niet-nakoming.³⁷⁹ De vordering is niet verifieerbaar, tenzij de schuldeiser kan aantonen dat vermogensschade wordt geleden doordat de aanspraken op informatie niet worden gehonoreerd. In dat geval is de vordering wel verifieerbaar.³⁸⁰

Pandhouders hebben niet alleen bij het zoeken van verhaal een andere positie. Ook in het kader van het recht op informatie nemen zij een bijzondere positie in. Zij hebben recht op alle informatie die nodig is om de in artikel 3:246 lid 1 BW genoemde mededeling te doen en de inning van een verpande vordering ter hand te nemen. Daarnaast hebben zij recht op informatie die nodig is om de vordering daadwerkelijk te kunnen innen. Zonder deze informatie zou de uitoefening van de bevoegdheden van de pandhouder (recht van parate executie) in grote mate illusoir worden.³⁸¹ De ongelijke behandeling van pandhouders wordt gerechtvaardigd door de bijzondere positie die zij als separatist innemen.

3.3.2.11 Gelijke gevallen en voortschrijdend inzicht van de Hoge Raad

De afbakening van gelijke gevallen versus ongelijke gevallen kan in de loop der tijd wijzigen. Zo werd tot het arrest Koot Beheer/Tiedeman q.q.³⁸² bij de vraag of er sprake was van een boedelschuld uitgegaan van het zogenaamde toedoenbeginsel. Alle schulden die het gevolg waren van een door de curator in zijn hoedanigheid verrichte rechtshandeling werden hierbij aangemerkt als boedelschulden. Dit betekende bijvoorbeeld dat indien een curator een huurovereenkomst had

³⁷⁸ Vgl. Wessels VI 2020, p. 26 en Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2017, *LJN* AZ7138.

³⁷⁹ Groenewegen & Orval 2009, p. 41 nemen dit standpunt ook in. Zij onderbouwen dit standpunt door - in het verlengde van HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*) – te verwijzen naar de *paritas creditorum*. Deze onderbouwing is naar mijn mening niet steekhoudend. Het recht van de curator om in een dergelijke situatie nakoming te weigeren, vloeit voort uit artikel 37 Fw en niet uit de *paritas creditorum*. Vgl. Van Andel & Van Zanten 2013, p. 35-36.

³⁸⁰ Vgl. Van Andel & Van Zanten 2013, p. 36. Anders Van Hees 2002, p. 213, die stelt dat artikel 133 Fw aan verificatie in de weg staat.

³⁸¹ Zie nader HR 30 oktober 2009, *ECLI:NL:HR:2009:BJ0861*, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN Amro*). Vgl. Rb. Rotterdam, 15 maart 2011, *JOR* 2011/269.

³⁸² HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tiedeman q.q.*).

opgezegd, de contractuele schadevergoedingsverplichting (om schade aan een gehuurde zaak bij het einde van de huur te herstellen of te vergoeden) die daaruit voortvloeide een boedelschuld opleverde. Een dergelijke schuldeiser ontving hierdoor een andere (gunstigere) behandeling dan een schuldeiser waarbij de curator een ten tijde van de faillietverklaring lopende overeenkomst niet gestand heeft gedaan. Immers, in het laatste geval dient de vordering ter verificatie te worden ingediend ex artikel 26 Fw en in het eerste geval niet. Feitelijk gezien is er echter nagenoeg geen verschil tussen deze twee schuldeisers. Het gemaakte onderscheid is niet, althans onvoldoende, objectiveerbaar. Om die reden heeft de Hoge Raad op grond van zijn voortschrijdend inzicht een dergelijk onderscheid in strijd met het beginsel van de gelijke behandeling van schuldeisers geacht. De Hoge Raad overweegt in dit verband: *“Daarmee zou immers een uitzondering worden gemaakt op de hoofdregel dat indien de curator in het belang van de boedel geen uitvoering geeft aan een door de gefailleerde voor de faillietverklaring aangegane overeenkomst, slechts een concurrente vordering voor de wederpartij resteert, en op het aan die regel ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Voor die uitzondering valt in de Faillissementswet geen rechtvaardiging of grond te vinden. Van een boedelschuld is daarom geen sprake”*.³⁸³

Tot zover de concrete uitwerking van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers aan de hand van diverse situaties die zich kunnen voordoen. Uit deze bespreking blijkt dat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers via deze regels een systeem schept in het kader van het faillissementsrecht,³⁸⁴ te weten het systeem dat schuldeisers in gelijke situaties – te beoordelen tegen de achtergrond van de positie van een schuldeiser in het kader van de individuele beslagexecutie – gelijk moeten worden behandeld.

Hierna bespreek ik enkele materiële bepalingen in de Faillissementswet die voorkomen dat de in artikel 26 Fw neergelegde bescherming van de gelijke behandeling een dode letter wordt. Het betreft hier geen regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt, zodat bezien in het licht van de voorliggende vraagstelling een zijspoor wordt ingeslagen. Om die reden kan ook worden volstaan met een korte bespreking. De relevantie van de bespreking ligt intussen hierin dat een ordenend systeem van rechtsregels wordt blootgelegd dat mede ten doel heeft de gelijke behandeling van schuldeisers te laten floreren.

3.3.3. Andere regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt

Tot zover is de gelijkheid van schuldeisers telkens in verband gebracht met de vraag of een schuldeiser toegang heeft tot de verificatieprocedure. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt echter, naast in artikel 26 Fw, ook tot uitdrukking in andere regels. Zo heeft de Hoge Raad (in een hierna te bespreken arrest) het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ook in verband gebracht met de informatieverstrekking door de curator aan een individuele schuldeiser van de schuldenaar.³⁸⁵ Voordat wordt ingegaan op dit arrest zal in het kort in zijn algemeenheid worden ingegaan op de informatieverstrekking in het kader van een faillissement.

³⁸³ Zie r.o. 3.6.3. Boekhoud schrijft in zijn annotatie bij dit arrest (zie *JOR* 11 juli 2013, aflevering 7/8, p. 2234) onder meer: *“Het arrest raakt de kern van het insolventierecht, omdat het de orde (her)schikt tussen de twee grondbeginselen: de paritas creditorum en het fixatiebeginsel”*. Zie voorts over dit arrest Verstijlen 2013.

³⁸⁴ Vgl. over de systeemscheppende kracht van beginselen: Nieuwenhuis 1979, p. 4.

³⁸⁵ Zie meer in zijn algemeen over de informatieverstrekking door de curator: Reumers 2020, p. 44 e.v.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

Buiten faillissement geldt als uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel geen verplichting heeft om zijn schuldeisers bepaalde informatie te verstrekken, tenzij een wettelijke regel hem hiertoe verplicht.³⁸⁶ Een schuldenaar staat het volkomen vrij – in het geval geen verplichting bestaat om bepaalde informatie te verstrekken – de ene schuldeiser wel bepaalde informatie te verstrekken en de andere schuldeiser niet. In een faillissement geldt echter als uitgangspunt dat faillissementscrediteuren gelijke aanspraken op informatie hebben.³⁸⁷ De curator heeft daarom een dergelijke vrijheid niet.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers op het vlak van de informatieverstrekking tijdens een faillissement komt tot uiting in diverse in de Faillissementswet neergelegde regels. In dit verband kan worden gewezen op de verplichting van de curator om openbare verantwoording te verstrekken over de stand van zaken in het faillissement zoals neergelegd in de artikelen 94 Fw (boedelbeschrijving), 96 Fw (staat van baten en schulden), 73a Fw (periodieke verslagen), 76 Fw (recht commissie van schuldeisers op informatie) en 137 Fw (verslag over de stand van de boedel na afloop van de verificatie en de verplichting die in dit verband op de curator rust om schuldeisers alle inlichtingen te verstrekken die zij verlangen).³⁸⁸ Ook op de rechtbank rusten in dit verband soms verplichtingen. Zo dient ex artikel 19 Fw een openbaar insolventieregister te worden aangehouden.³⁸⁹ Schuldeisers kunnen hierdoor in gelijke mate informatie verkrijgen over bepaalde feiten (zoals bijvoorbeeld een uittreksel van de beslissing waarbij de faillietverklaring is uitgesproken, de summere inhoud van de homologatie van een akkoord of het bedrag van de uitdeling bij vereffening). Daarnaast bepaalt artikel 4 lid 5 Fw dat het vonnis van de faillietverklaring ter openbare zitting dient te worden uitgesproken. Hierdoor kan in beginsel iedere schuldeiser (en niet uitsluitend de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd) hiervan kennisnemen. Deze regels zorgen ervoor dat de faillissementsschuldeisers in gelijke mate toegang hebben tot de informatie die de curator verstrekt.

Daarnaast zijn er buiten de Faillissementswet diverse regels opgenomen waarop schuldeisers individueel een beroep kunnen doen.³⁹⁰ Indien een individueel beroep van een schuldeiser op een dergelijke regel slaagt, wordt de ongelijke behandeling die hierdoor ontstaat (waarbij de schuldeiser die een beroep doet op de regeling wel informatie ontvangt, terwijl de overige schuldeisers die informatie niet ontvangen) gerechtvaardigd doordat de wet deze specifieke mogelijkheid biedt. De gelijkheid tussen schuldeisers is in dit verband een kansgelijkheid waarbij iedere schuldeiser de mogelijkheid heeft om een beroep te doen op een dergelijke regel. In hoeverre het beroep wordt gehonoreerd, hangt af van de vraag of de betreffende regel in de specifieke feiten en

³⁸⁶ Zo dient een schuldenaar op grond van art. 475g Rv aan een deurwaarder die gerechtigd is tegen hem beslag te leggen desgevraagd zijn bronnen van inkomsten op te geven. Zie voorts de artikelen 843a Rv en 3:15j BW.

³⁸⁷ Vgl. AG Huydecoper in zijn conclusie bij HR 21 januari 2005, NJ 2005/249 (*Funds/Curatoren Jomed I*) onder randnummer 42.

³⁸⁸ Zie o.a. de artikelen 843a Rv en 3:15j BW. Zie ook Hoofdstuk 8 van de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, versie april 2019. De praktijkregels zijn, volgens het voorwoord bij deze regels, overigens slechts richtinggevend en hebben geen dwingend karakter. De Hoge Raad overweegt in HR 22 juni 2007, JOR 2007/222 (*ING/Verdonk*) dat hij het oordeel van het Hof dat de status van de praktijkregels onduidelijk is, niet onbegrijpelijk acht. Zie ook over de status van deze regels: Hof Arnhem, 11 september 2007, JOR 2007/316.

³⁸⁹ Zie ook artikel 19a Fw over het in de praktijk aanmerkelijk belangrijkere register waarvan via internet (www.rechtspraak.nl) kan worden kennisgenomen.

³⁹⁰ Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid van een individuele schuldeiser om een beroep te doen op artikel 843a lid 1 Rv.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

omstandigheden van het geval dit toestaat. De positie van een faillissementsschuldeiser bij een dergelijk verzoek is vergelijkbaar met de positie van schuldeisers in het kader van de individuele verhaalsexecutie. Ook in dat geval kan een individuele schuldeiser desgewenst een beroep doen op de betreffende regels en is honorering van dat verzoek afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

Indien een individuele schuldeiser buiten de hiervoor geschetste kaders om inlichtingen verlangt van de curator, geldt dat de gelijke behandeling in het gedrang kan komen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de curator wordt verzocht inlichtingen te verschaffen over het beheer en de vereffening van de boedel. Voor deze situatie is geen specifieke regel in de Faillissementswet neergelegd. De Hoge Raad heeft in dit verband bepaald: *“Gelet op het stelsel van de Faillissementswet en in het bijzonder in verband met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers moet worden aangenomen dat, naast de specifieke bepalingen van die wet met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen en de mogelijkheid op de voet van art. 69 Fw de curator te nopen tot het verstrekken van inlichtingen omtrent het beheer en de vereffening van de boedel, in beginsel geen plaats is voor een uit het ongeschreven recht voortvloeiende verplichting van de curator aan een individuele schuldeiser de door deze gewenste inlichtingen te verstrekken en verantwoording af te leggen”*³⁹¹.

Met name uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers leidt de Hoge Raad dus af dat een individuele schuldeiser een curator buiten de bepalingen van de Faillissementswet met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen (waaronder ook valt de mogelijkheid om op grond van art. 69 Fw de curator te dwingen tot het verstrekken van inlichtingen) in beginsel niet kan verplichten om aan hem de gewenste inlichtingen over het beheer en de vereffening van de boedel te verstrekken. Het ongeschreven recht noch artikel 3:15j BW roept een dergelijke verplichting in het leven. De schuldeisers worden op gelijke wijze geïnformeerd door de curator via de geldende (informatie)kaders. Hierbij past niet dat een individuele schuldeiser een voorkeursbehandeling ontvangt doordat hij wel informatie ontvangt, daar waar andere schuldeisers hiervan verstoken moeten blijven.³⁹²

³⁹¹ Aldus de Hoge Raad in HR 21 januari 2005, NJ 2005/250 (*Funds/Curatoren Jomed II*), onder randnummer 4.1.

³⁹² In Hoofdstuk 8 van de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, versie april 2019 wordt in de toelichting op regel 8.1 onder meer opgemerkt: *“De curator neemt concrete verzoeken van derden om informatie in behandeling tenzij zwaarwegende omstandigheden zich daartegen verzetten, bijvoorbeeld een onevenredige tijdsbesteding. De curator zal op een informatieverzoek niet slechts reageren met een verwijzing naar het laatst gepubliceerde of het nog te publiceren openbaar verslag, behalve als het faillissementsverslag adequaat in de informatiebehoefte voorziet. De transparantie vindt zijn begrenzing waar de bescherming van andere belangen zwaarwegender is.”* Voor zover het hier de informatieverstrekking aan derden betreft die geen schuldeiser zijn, is het beginsel van de schuldeisers niet relevant (dat werkt immers uitsluitend in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers in het faillissement en tussen de schuldeisers en de curator). Voor zover hier ook wordt bedoeld op informatieverstrekking aan individuele schuldeisers in het faillissement buiten de geldende en hiervoor geschetste kaders om staat deze bepaling naar mijn mening op gespannen voet met de door de Hoge Raad in het besproken arrest geformuleerde regel.

3.3.4 Wettelijke bepalingen die de gelijke behandeling versterken

3.3.4.1 Artikel 20 Fw

Het faillissement omvat het gehele vermogen³⁹³ van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft, aldus artikel 20 Fw. Deze bepaling sluit aan bij de in hoofdstuk 1 besproken hoofdregel van executierecht zoals neergelegd in artikel 3:276 BW: schuldeisers hebben in beginsel een verhaalsrecht op het gehele vermogen (lees: op de vermogensbestanddelen van de schuldenaar die te gelde kunnen worden gemaakt) van de schuldenaar.

Artikel 20 Fw heeft een ruim bereik.³⁹⁴ Zo omvat het in beginsel ook activa van de schuldenaar waarop geen beslag mogelijk is.³⁹⁵ Ook valt bijvoorbeeld in de boedel het gemeenschapsvermogen in het geval van het faillissement van een natuurlijk persoon die in enige gemeenschap is gehuwd.³⁹⁶ Artikel 20 Fw kan onder omstandigheden zelfs de grond zijn om een beding in een overeenkomst dat een recht op een prestatie doet vervallen, nietig te verklaren.³⁹⁷

Artikel 20 Fw bewerkstelligt door zijn ruime bereik dat er meer terecht komt van de in art. 26 Fw neergelegde bescherming van de gelijke behandeling van schuldeisers. Hoe meer vermogen onder het faillissementsbeslag, hoe effectiever het bepaalde in art. 26 Fw is. Immers, op vermogen dat in de boedel valt, kan je uitsluitend aanspraak maken via de weg van artikel 26 Fw, terwijl voor vermogensbestanddelen die buiten de boedel blijven, in beginsel geldt dat individuele schuldeisers

³⁹³ Onder vermogen wordt in dit verband uitsluitend verstaan alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar die te gelde kunnen worden gemaakt. Passiva zijn hierin dus niet begrepen. Vgl. Wessels II 2019/2013. Op de regel dat tot het vermogen ook behoort hetgeen de schuldenaar tijdens faillissement verwerft, heeft de Hoge Raad een uitzondering gemaakt indien er sprake is van een na de faillietverklaring aan de curator gedane betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing, terwijl er tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of bestond die tot de betaling aanleiding gaf. Vgl. HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Ham q.q.*), HR 7 juni 2002, NJ 2002/608 (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*), HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 (*Van der Werff q.q./BLG*) en HR 31 oktober 2014, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

³⁹⁴ Vgl. HR 6 oktober 2017, NJ 2018/42.

³⁹⁵ Dit blijkt uit art 21 Fw. In artikel 21 onder 1 worden goederen genoemd die “niettemin” buiten het faillissement vallen, terwijl het goederen betreft waarop geen beslag mogelijk is. Indien goederen waarop geen beslag kan worden gelegd überhaupt niet onder het faillissementsvermogen zouden vallen, zou deze bepaling niet zijn opgesteld. Vgl. ook Van der Feltz I 1994, p. 347.

³⁹⁶ Vgl. art. 22 jo. 63 Fw. Hetzelfde geldt voor een geregistreerd partnerschap.

³⁹⁷ Zie HR 12 april 2013, NJ 2013/224 (*Megapool*), r.o. 3.4.1 e.v.: “De kern van het standpunt van de curatoren is dat door het beding het faillissement van Megapool tot gevolg heeft dat Laser niet langer de uitlooppровisie is verschuldigd, terwijl het hier een doorlopende afdrachtverplichting van Laser betreft, waarvoor Megapool de tegenprestatie al heeft verricht (het aanbrenge van een consument die een kredietovereenkomst aangaat). Door het beding wordt de boedel derhalve, enkel als gevolg van het uitspreken van het faillissement, actief onthouden dat Megapool toekwam, zulks ten koste van de schuldeisers, die daardoor onevenredig worden benadeeld. Vooropgesteld wordt dat indien genoemd beding zo moet worden begrepen als de curatoren betogen, het een onaanvaardbare inbreuk kan opleveren op art. 20 Fw. Dat beding doet dan immers het recht op een prestatie vervallen enkel en alleen vanwege het in staat van faillissement raken van de schuldeiser of een daarop gebaseerde opzegging, met als gevolg dat de wederpartij die de tegenprestatie daarvoor al heeft ontvangen, zijn eigen prestatie niet meer behoeft te verrichten. Een dergelijk beding kan, afhankelijk van de context en de overige omstandigheden van het geval, nietig zijn wegens strijd met genoemd wetsartikel.”

zich hierop rechtstreeks (dus buiten de weg van de verificatie om) kunnen verhalen, waardoor de gelijke behandeling van schuldeisers in dat geval niet gewaarborgd is.

Er zijn overigens ook uitzonderingen op de regel van art. 20 Fw. Dat is het geval indien de wet dit bepaalt of er sprake is van een in de jurisprudentie ontwikkelde uitzondering.³⁹⁸ De uitzonderingen op deze regel, die grotendeels in de art. 21 en 21a Fw zijn neergelegd, dienen voor een belangrijk deel ertoe te waarborgen dat de gefailleerde over het hoogstnoodzakelijke voor zijn levensonderhoud kan beschikken. Daarnaast bestaan ook uitzonderingen op voormelde regel die (mede) berusten op de gedachte dat bepaalde vermogensbestanddelen met het oog op de bestemming daarvan aan verhaal moeten worden onttrokken, of dat bepaalde aanspraken zo zeer met de persoon van de rechthebbende zijn verknocht dat niet valt te billijken dat anderen die aanspraak uitoefenen en/of daarvan profijt trekken.

Door de bank genomen geldt dat op deze uitgezonderde vermogensbestanddelen geen individueel verhaal mogelijk is (het betreft bijvoorbeeld goederen waarop door individuele schuldeisers geen beslag kan worden gelegd, loonbestanddelen die vallen onder de beslagvrije voet, hoogstpersoonlijke rechten die überhaupt niet kunnen worden uitgewonnen, etc.). Er zijn echter situaties denkbaar waarbij een individuele schuldeiser zich zou kunnen verhalen op een uitgezonderd vermogensbestanddeel. Denk bijvoorbeeld aan loon waarvan de RC heeft bepaald dat dit buiten het faillissement valt, terwijl dit loon hoger is dan de beslagvrije voet.³⁹⁹ Op een dergelijk vermogensbestanddeel kunnen de faillissementsschuldeisers zich niet verhalen.⁴⁰⁰ Wel staat in dat geval hierop verhaal open voor schuldeisers met een vordering die niet geverifieerd kan worden.

3.3.4.2 Artikel 23 Fw en het fixatiebeginsel

Een andere bepaling in de Faillissementswet die zorgt dat er meer terecht komt van de gelijke behandeling van schuldeisers is artikel 23 Fw. Artikel 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar vanaf de faillietverklaring⁴⁰¹ de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen verliest. Vanaf dat moment is de curator bevoegd⁴⁰² om over dat vermogen te beschikken.⁴⁰³ Deze bepaling voorkomt dat de schuldenaar de gelijke behandeling kan doorkruisen door een bepaalde schuldeiser, op objectief niet gerechtvaardigde gronden, nog wel te voldoen en de overige schuldeisers niet.

³⁹⁸ Van in de jurisprudentie aanvaarde uitzondering is sprake bij hoogstpersoonlijke rechten (zie Van der Feltz I 1994, p. 341 en HR 27 februari 1942, *NJ* 1942/350). Zie voor een overzicht van de uitzonderingen: Polak/Pannevis 2022/4.2.5.

³⁹⁹ Art. 21 onder 2 Fw.

⁴⁰⁰ Vgl. Rb. Amsterdam 20 december 1949, *NJ* 1950/437 en Hof Amsterdam 29 juni 1950, *NJ* 1951/28. Zie ook Polak/Pannevis 2022/4.2.2.

⁴⁰¹ De dag van de faillietverklaring daaronder begrepen aldus artikel 23 Fw.

⁴⁰² Voor een groot aantal handelingen heeft de curator de voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris nodig. Zie voor een niet-limitatieve opsomming artikel 68 lid 2 Fw De rechter-commissaris houdt, blijkens artikel 64 Fw, toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.

⁴⁰³ Een uitzondering op deze regel is neergelegd in artikel 24 Fw: de boedel is wel gebonden aan verbintenissen van de schuldenaar ontstaan na faillissementsdatum, voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

Het fixatiebeginsel,⁴⁰⁴ dat mede⁴⁰⁵ in art. 23 Fw tot uitdrukking komt, houdt in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijn gunste mag worden gewijzigd.⁴⁰⁶ De rechten en verplichtingen van de bij de boedel betrokkenen worden onveranderlijk. De fixatie van het actief en van het passief dient ertoe het kerndoel van het faillissement – verdeling van het vermogen met handhaving van de *paritas creditorum* – te verwezenlijken.⁴⁰⁷ Het beginsel beschermt de onderlinge gelijkheid van de schuldeisers bij de verdeling.⁴⁰⁸ Het fixatiebeginsel komt – naast in het genoemde artikel 23 Fw – onder meer tot uitdrukking in artikel 24 Fw waarin is bepaald dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.⁴⁰⁹ Zo wordt bereikt dat het passief niet verder toeneemt.⁴¹⁰

3.3.4.3 Artikel 33 Fw

Artikel 33 Fw is de laatste regel die wordt aangestipt in mijn schets van de belangrijkste regels die gelden in de beheerfase en die er mede voor zorgen dat er meer van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers terecht komt.

Artikel 33 lid 1 Fw bepaalt dat *“alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, vóór het faillissement aangevangen, dadelijk ene einde neemt, en dat, ook van hetzelfde ogenblik af, geen vonnis bij lijfswang kan worden ten uitvoer gelegd.”* Artikel 33 lid 2 Fw bepaalt in het verlengde hiervan dat alle gelegde beslagen vervallen. Dit artikel voorkomt dat schuldeisers die in een vroeger stadium een verhaalsactie hebben ingesteld, anders worden behandeld dan schuldeisers die pas verhaal zoeken in het kader van de faillissementsprocedure door hun vordering ter verificatie aan te melden.

Artikel 33 lid 2 Fw strekt er overigens niet toe om elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen. In een situatie waarbij na beslaglegging een hypotheekrecht is gevestigd waarna de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, zou dit namelijk tot gevolg hebben dat de

⁴⁰⁴ Zie nader hierover Rijckenberg 2009 en Van Zanten 2012, p. 19 e.v.

⁴⁰⁵ Het beginsel wordt ook verder uitgewerkt in bijvoorbeeld artikel 35 Fw. Vgl. Van Boom 2018, p. 73 e.v.

⁴⁰⁶ Aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse*).

⁴⁰⁷ Vgl. Rijckenberg 2009, p. 132.

⁴⁰⁸ Vgl. A-G Snijders in zijn conclusie d.d.2 juli 2021 ECLI:NL:PHR:2021:668: *“Het fixatiebeginsel beschermt dus de aanspraak van de schuldeisers op de opbrengst van de activa van de boedel en op de onderlinge gelijkheid bij de verdeling daarvan.”*

⁴⁰⁹ Zie voor jurisprudentie van de Hoge Raad waarin het fixatiebeginsel ter sprake komt o.a.: HR 31 december 1909, W. 8957, HR 5 januari 1923, NJ 1923/359 (*Petkovic/Modderman q.q.*), HR 4 februari 1977, NJ 1987/66 (*Dreyfus/Keulen q.q.*), HR 18 december 1987, NJ 1988/340 (*OAR/ABN*), HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), HR 26 juni 1998, NJ 1998/745 (*Aerts q.q./ABN AMRO*) en HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). In de Parlementaire Geschiedenis wordt onder meer over het fixatiebeginsel gesproken: Van der Feltz II 1994, p. 126 en p. 143.

⁴¹⁰ Vgl. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80 (*FloraHolland/Wittekamp q.q.*) onder r.o. 3.2.1: *“Op grond van art. 24 Fw is de boedel niet aansprakelijk voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, behalve voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Aldus beogen het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers bescherming te bieden zowel tegen een vermindering van het actief van de boedel dat in het faillissement voor verdeling onder de schuldeisers beschikbaar is, als tegen een vermeerdering van het passief van de boedel waardoor de uitkering in het faillissement voor de schuldeisers lager wordt.”*

hypotheekhouder zijn positie in de *concursum* door het faillissement verbetert. Buiten faillissement zou de beslaglegger immers bij de verdeling van de executie-opbrengst voorgaan op de hypotheekhouder. Indien alle rechtsgevolgen van het beslag op grond van artikel 33 lid 2 Fw teniet zouden gaan, zou de hypotheekhouder de anterieure beslaglegger in de rangorde bij de verdeling niet langer voor zich hebben te dulden. In een dergelijke situatie heeft de Hoge Raad⁴¹¹ uitgemaakt dat de blokkerende werking van het beslag (zoals neergelegd in artikel 505 Rv) ook in faillissement behouden blijft. Een andere behandeling van een schuldeiser tijdens faillissement – in vergelijking met de positie van deze schuldeiser in het kader van de individuele executie – wordt hiermee voorkomen.⁴¹²

3.4 De gelijkheidsregel

3.4.1 Inhoud van de regel

Hiervoor is gebleken dat het faillissement mede is ingesteld om de gelijke behandeling van de schuldeisers te bewaken. Voorts zijn in het kader van de faillissementsprocedure diverse regels besproken die ertoe strekken om schuldeisers gelijke (procedurele) rechten toe te kennen. Er blijven desondanks van tijd tot tijd situaties voorbijkomen, waarbij betoogd kan worden dat de bestaande regels onvoldoende voorzien in een gelijke behandeling van de schuldeisers. In enkele gevallen heeft de Hoge Raad duidelijkheid geschapen door zelf een regel te creëren met een beroep op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Op deze door mij genoemde ‘gelijkheidsregel’ ga ik – aan de hand van de achterliggende jurisprudentie – in deze paragraaf nader in.

De casus die ten grondslag ligt aan het eerste arrest van de Hoge Raad dat ik hierna zal bespreken, is kort samengevat als volgt. Nebula, eigenaar van een bedrijfspand met bovenwoningen, draagt de economische eigendomsrechten van het pand over aan Donkelaar. Donkelaar heeft vervolgens, met instemming van Nebula, de economische eigendomsrechten van het pand overgedragen aan Walton. Nebula wordt in staat van faillissement verklaard. Na de faillissementsdatum sluit Walton, buiten de curator om, een huurovereenkomst waarbij een bovenwoning van het pand van Nebula aan Mulders c.s. wordt verhuurd. Mulders c.s. zijn dus schuldeisers van Nebula in die zin dat zij aanspraak hebben op het gebruik van de woning.

De situatie doet zich hiervoor dat Mulders c.s. als schuldeisers wel betaling ontvangen (huurgenot), terwijl de overige schuldeisers van Nebula hun rechten uitsluitend geldend kunnen maken via artikel 26 Fw (dan wel, indien het boedelschuldeisers zijn, door af te wachten of de boedel toereikend is om hun vorderingen te betalen). Hier botst het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers met het beginsel dat de faillietverklaring lopende wederkerige overeenkomsten in beginsel ongemoeid laat. Het probleem dat zich hier aandient, is dat een beginsel als zodanig nog geen norm bevat voor de oplossing van een geschil. Er zal eerst gewicht moeten worden toegekend aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten opzichte van het beginsel dat de faillietverklaring lopende wederkerige overeenkomst ongemoeid laat. In een regel is het gewicht van de beginselen ten

⁴¹¹ HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3064.

⁴¹² Nader hierover: Van Boom 2018, p. 80-81 en Bartels in zijn annotatie bij dit in 2021 in *JOR* 2021, 106, opnieuw gepubliceerde arrest.

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

opzichte van elkaar voor een bepaald type geval vastgelegd.⁴¹³ Om een beslissing in een concreet geval te kunnen nemen, dient derhalve een toepasselijke regel te worden aangewezen.⁴¹⁴ De Hoge Raad kan zijn beslissing dus niet rechtstreeks op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers gronden. Tegen deze achtergrond formuleert de Hoge Raad de regel, door mij aangeduid als de gelijkheidsregel, dat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet op “*onaanvaardbare wijze*” mag worden doorbroken.⁴¹⁵ Indien de gelijkheidsregel van toepassing is, zo zou je kunnen stellen, wordt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers het dominante perspectief.

In casu heeft de toepasselijkheid van de gelijkheidsregel tot gevolg dat de Hoge Raad beslist dat een economisch eigenaar de curator niet kan binden aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridisch eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar op grond van een hem daartoe door de juridisch eigenaar verleende contractuele bevoegdheid.⁴¹⁶ Nu het Walton niet was toegestaan om aan Mulders c.s. huurgenot te verschaffen, kunnen zij dit genot niet aan de boedel tegenwerpen.

De gelijkheidsregel kan ook een beroep op verrekening in de weg staan. De Hoge Raad heeft dit bijvoorbeeld uitgemaakt in HR Tiethoff q,q./NMB. Het betreft aldaar de volgende casus. RSH verhuurt aan NMB een bedrijfsruimte. RSH is in staat van faillissement verklaard. De huurovereenkomst is nadien blijven voortduren. NMB heeft een huurschuld aan de boedel. NMB heeft uit hoofde van een kredietovereenkomst met RSH een faillissementsvordering die zij in het faillissement van RSH ter verificatie heeft ingediend. NMB wenst deze vordering met haar huurschuld te compenseren. De vraag staat vervolgens centraal of verrekening in dit geval is toegestaan.

Op grond van artikel 53 Fw zou betoogd kunnen worden dat verrekening is toegestaan. Artikel 53 Fw biedt immers niet alleen de mogelijkheid tot verrekening indien vordering en schuld beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring, maar ook indien zij voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. De Hoge Raad stelt in het in dit kader gewezen arrest ook voorop dat deze regel nog steeds geldt. Op grond van de gelijkheidsregel is verrekening desondanks in dit geval niet toegestaan. De Hoge Raad is namelijk van oordeel dat *“een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in die voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken,*

⁴¹³ Vgl. Smith 2007, p. 117.

⁴¹⁴ Nieuwenhuis 1979, a.w., p. 39, stelt - onder verwijzing naar A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main 1972, p. 130.e.v. - dat de verwerking van het recht zich voltrekt in drie fasen: beginsel, regel en beslissing.

⁴¹⁵ Dit kan worden opgevat als een specifieke faillissementsrechtelijke toepassing van de redelijkheid en billijkheid waarbij een geldende wettelijke regel buiten toepassing moet blijven nu dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht.

⁴¹⁶ Vgl. HR 3 november 2006, NJ 2007/155 (*Nebula*) jo. HR 11 juli 2014, NJ 2014/407, onder 3.6.5 (*Berzona*).

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

*doordat de betreffende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht.*⁴¹⁷

Bij een duurovereenkomst kan de vraag rijzen of de wederpartij van de failliet na de faillissementsdatum haar verplichtingen kan opschorten, teneinde af te dwingen dat voor de faillissementsdatum verrichte leveringen alsnog worden betaald. De Hoge Raad heeft bepaald dat dit recht in beginsel kan worden uitgeoefend. De curator zal vervolgens het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Indien er sprake is van levering van gas en water aan een particulier door een nutsbedrijf met een monopoliepositie, zal de curator het echter niet snel kunnen laten aankomen op opschorting van de leveranties. In een dergelijk geval zal het belang van een gelijke behandeling van schuldeisers op andere wijze moeten worden beschermd en wel door in dat geval een uitzondering te aanvaarden op de hoofdregel dat opschorting geoorloofd is. Een nutsbedrijf komt daarom vanwege de gelijkheidsregel de bevoegdheid tot afsluiting wegens een onbetaald gebleven schuld van voor de faillietverklaring niet toe, indien de faillietverklaarde afnemer hierdoor in de eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin zou worden getroffen, aldus de Hoge Raad.⁴¹⁸

Een beroep op de gelijke behandeling komt op het eerste gezicht in deze context wellicht merkwaardig over. Waar het om gaat, is dat als hoofdregel een faillissementsschuldeiser zijn vordering ter verificatie moet indienen. Een schuldeiser mag zich echter op een opschortingsrecht beroepen. 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.⁴¹⁹ Dit laatste belang zal er in het algemeen mee gediend zijn dat van verdere leveranties wordt afgezien. Betaling van een dergelijke schuldeiser in de beheerfase is in dit geval niet in het belang van de boedel, maar vindt toch plaats vanwege een persoonlijk belang van de gefailleerde.

Resumerend tot zover. De Hoge Raad heeft, zoals hiervoor besproken, in enkele situaties waarin de bestaande regels onvoldoende voorzien in een gelijke behandeling van schuldeisers, deze lacune opgevuld. Hierbij is in de voorliggende casusposities beslist dat, uitgaande van de specifieke omstandigheden van het geval:⁴²⁰

⁴¹⁷ HR 22 december 1989, NJ 1990/661 (*Tiethoff q.q./NMB*), onder 3.2. Nader over dit arrest: Faber 2005, p. 546 e.v. Vgl. HR 25 mei 1990, NJ 1990/605 (*Ruijgrok q.q./Amrobank*), onder 3.4.

⁴¹⁸ HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Vgl. HR 16 oktober 1998, NJ 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*). Deze regel is voor nutsbedrijven achterhaald na de invoering van artikel 37b lid 1 Fw. Bij de invoering van dit artikel merkt de wetgever (*Kamerstukken II 1999/2000, 27 244, nr. 3, p.9*) op, in het kader van de mogelijkheid van nutsbedrijven om buiten de uitzondering die is neergelegd in HR 20 maart 1981 tot opschorting over te gaan: *“Als gevolg van deze regel wordt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers doorbroken op een wijze die niet door de wet is voorzien. Nutsbedrijven verwerven zich aldus een feitelijk voorrecht ten opzichte van andere schuldeisers”*.

⁴¹⁹ Vgl. HR 12 mei 1989, NJ 1989/613 (*Reco/Staat*).

⁴²⁰ Hetgeen betekent dat niet in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat als één van de onder “a”, “b” of “c” genoemde situaties zich voordoet, vanwege dit enkele feit de gelijkheidsregel van toepassing is.

- (1) een economisch eigenaar zijn (contractuele) gebruiksrecht niet aan de boedel mag tegenwerpen indien de juridisch eigenaar failliet is,
- (2) verrekening niet wordt toegestaan, ondanks het feit dat toepassing van artikel 53 Fw mogelijk was geweest, indien de tegenprestatie vanaf de faillietverklaring ten laste van de boedel komt, en
- (3) een leverancier geen beroep kon doen op een bestaand opschortingsrecht, indien de gefailleerde hierdoor ernstig in de (persoonlijke) problemen zou komen.

Het bijzondere aan deze jurisprudentie is dat de Hoge Raad een botsing van beginselen beslecht aan de hand van de door de Hoge Raad zelf ontwikkelde gelijkheidsregel, te weten de regel dat een onaanvaardbare doorbreking van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet is toegestaan.⁴²¹

3.4.2 Reflectie op de regel

De gelijkheidsregel geeft een materiële invulling aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, met name door te bepalen of een schuldeiser zich terecht niet aansluit bij de groep van schuldeisers die hun vorderingen ex artikel 26 Fw ter verificatie indienen. Deze gelijkheidsregel strekt er hierbij toe een voorkeursbehandeling te voorkomen. In rechte kan een beslissing rechtstreeks worden gegrond op de gelijkheidsregel.⁴²² De reikwijdte van de gelijkheidsregel is, anders dan de *paritas creditorum*, niet beperkt tot de concurrente schuldeisers. De gelijkheidsregel geldt (voornamelijk) in de beheerfase. Met name zodra een wettelijke bepaling een feitelijk voorrangrecht laat ontstaan,⁴²³ dient kritisch te worden bekeken of geen beroep op de door de Hoge Raad geformuleerde gelijkheidsregel mogelijk is. Dit zal overigens niet snel het geval zijn. Aan deze noodrem wordt door de Hoge Raad uitsluitend getrokken in zeer uitzonderlijke gevallen.

De gelijkheidsregel is in ieder van geval van toepassing, indien zich een casus aandient die identiek is aan een door de Hoge Raad berecht geval zoals hiervoor besproken. Er is dan geen sprake van een (vrijblijvend) perspectief, maar van een dwingend door de Hoge Raad geformuleerde regel. Het beroep op deze regel dient dan ook te worden gegrond op een rechtstreekse verwijzing naar het betreffende arrest. Doorgaans verschillen casusposities evenwel van elkaar. Hoe meer kan worden beargumenteerd dat een casuspositie overeenkomt met een situatie waarin de Hoge Raad de gelijkheidsregel heeft toegepast, hoe meer een beroep op de gelijkheidsregel kans van slagen heeft.⁴²⁴ Ter illustratie wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2019.⁴²⁵ Daarin was een bodemverhuurconstructie toegepast. Bij deze constructie huurt de pandhouder bedrijfsruimte van

⁴²¹ Vgl. Verstijlen 1998, p. 74 en 75.

⁴²² Zie bijvoorbeeld in de lagere rechtspraak: Rb. Gelderland, 9 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5770 en Rb. Midden-Nederland, 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:823.

⁴²³ Dat is bijvoorbeeld het geval indien een beroep op verrekening wordt gedaan of indien een opschortingsrecht wordt gebruikt om op die wijze als dwangcrediteur af te dwingen dat betaling plaatsvindt.

⁴²⁴ Zie Rb. Almelo, 30 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3143 voor een uitspraak waarin onder verwijzing naar het Nebula-arrest een beroep op de gelijkheidsregel is gehonoreerd. In appel oordeelt het Hof Arnhem, 6 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ0345, vervolgens "dat de onderhavige zaak in relevante mate afwijkt van de zaak die aan de orde was in het Nebula-arrest" waarna vernietiging van het vonnis in eerste aanleg volgt.

⁴²⁵ HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995 (*Houtman q.q./Rabobank*). Zie voor een voorbeeld waarin het Hof zich buigt over de vraag of de gelijkheidsregel moet worden toegepast: Hof Den Bosch, 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4262.

zijn schuldenaar teneinde zijn stil pandrecht op de roerende zaken van de schuldenaar die zich in die bedrijfsruimte bevinden, te kunnen omzetten in een vuistpand, zonder dat hem het bodemrecht van de fiscus kan worden tegengeworpen. De Hoge Raad bepaalde in die zaak: *“Gelet op de hiervoor in 3.1.3 genoemde karakteristieken van de bodemverhuurconstructie vormt de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van art. 53 lid 1 Fw de uit de overeenkomst verschuldigde huur te verrekenen met zijn openstaande vordering waarvoor het pandrecht door hem is bedongen, geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het arrest Tiethoff q.q./NMB. Het gaat om verhuur voor de in de regel slechts korte tijd die is gemoeid met het bereiken van het doel daarvan, die op korte termijn kan worden beëindigd. Het doel van de huur als onderdeel van de bodemverhuurconstructie is bovendien de uitoefening van het zekerheidsrecht mogelijk te maken, waarop de pandhouder jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken. Dit geval verschilt dan ook op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft.”* Het beroep op de gelijkheidsregel slaagt derhalve in dit geval niet nu de onderliggende casuspositie te veel verschilt met de situatie die aan de orde is geweest in het (hiervoor besproken) arrest Tiethoff q.q./NMB.

3.5 De *paritas creditorum*

Het is van belang om onderscheid te maken tussen gelijke behandeling enerzijds en verdelingshandelingen anderzijds. De gelijke behandeling van een partij staat in beginsel los van de wijze waarop de opbrengst wordt verdeeld. Met een fictief⁴²⁶ voorbeeld kan dat worden verduidelijkt. Stel een curator heeft op verzoek van en namens een (eerste) pandhouder verpande vorderingen geïnd op de boedelrekening. Deze pandhouder kan volledig worden betaald uit de opbrengst waarna een surplus resteert. Vervolgens ontstaat een geschil tussen de curator en een tweede pandhouder over de verdeling van dit overschot. Op de voet van artikel 445 Rv wordt de boedelrekening door partijen aangewezen als de plaats van bewaring van het overschot. Partijen verzoeken de rechtbank een RC te benoemen teneinde te komen tot een rangregeling. De RC zorgt ervoor dat beide partijen in het kader van deze procedure gelijk worden behandeld. Iedere partij wordt door de rechtbank voorzien van gelijke informatie. In het kader van de zitting krijgt iedere partij evenveel spreektijd. De rechtbank ziet er voorts op toe dat iedere partij een gelijk aantal processtukken indient. Uiteindelijk wordt beslist dat de executieopbrengst volledig toekomt aan de tweede pandhouder. Dat partijen gelijk zijn behandeld staat derhalve geheel los van de beslissing om de opbrengst toe te delen aan de tweede pandhouder.

In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat de *paritas creditorum* een verdelingsregel is. In hoofdstuk 2 is ook vastgesteld dat in het kader van een individuele executieprocedure de *paritas creditorum* pas aan de orde komt bij de rangregeling, d.w.z. in het kader van een formele uitdelingsprocedure. Zo geldt ook tijdens faillissement dat de *paritas creditorum* pas in beeld komt indien er uitdelingen plaatsvinden aan schuldeisers.⁴²⁷ Die uitdelingen vinden plaats in het kader van de verdelingsfase. Op de precieze

⁴²⁶ Fictief, zij het dat inspiratie is ontleend aan het proces-verbaal van de Rb. Oost-Brabant, 22 augustus 2016, *JOR* 2017, 15.

⁴²⁷ Vgl. HR 17 januari 2014, *NJ* 2014/61 (*Unitco*) onder 3.3.2: *“De paritas creditorum ziet immers slechts op de gelijke behandeling waarop schuldeisers aanspraak hebben bij de voldoening van hun vorderingen uit (de opbrengst van) de goederen van de schuldenaar (art. 3:277 BW).”*

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

rol van de *paritas creditorum* in de verdelingsfase en op de verhouding tussen de *paritas creditorum* en het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers wordt ingegaan in hoofdstuk 5.

Naast voldoening aan een schuldeiser in het kader van de verificatie en uitdeling, kan in een faillissement bij uitzondering ook voldoening plaatsvinden aan een schuldeiser buiten de kaders van de verificatieprocedure om. In dit hoofdstuk is ingegaan op de regels die alsdan gelden. Denk bijvoorbeeld aan de betaling van een dwangcrediteur. Voor de *paritas creditorum* is in een dergelijke situatie geen taak weggelegd. Er zijn andere regels die alsdan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers bewaken.

Nu er overigens geen situaties aan de orde kunnen zijn waarin voldoening van een schuldeiser in het kader van een faillissement plaatsvindt, is de conclusie dat de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW in de beheerfase geen rol vervult.

3.6 Resumé

Aan de faillissementsprocedure ligt het (formele) beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag. Dit beginsel strekt ertoe de belangen van de faillissementsschuldeisers te behartigen. Faillissementsschuldeisers die zich in een gelijke situaties bevinden, moeten ook gelijk worden behandeld. Voor de vraag of er sprake is van een gelijk geval, is in faillissement de positie van een schuldeiser in het kader van een individuele beslagexecutie het dominante perspectief.

In de beheerfase komt het beginsel met name tot uitdrukking in artikel 26 Fw (jo. 110 Fw). Concurrente en preferente faillissementsschuldeisers worden hierbij gelijk behandeld doordat zij uitsluitend kunnen participeren in de faillissementsprocedure door de indiening van hun vordering ex artikel 110 Fw.

Schuldeisers met een eigendomsrecht zijn – in vergelijking met faillissementsschuldeisers – een ongelijk geval. Hetzelfde geldt voor faillissementsschuldeisers met een passieve verbintenis, te weten tot een dulden of een niet doen. Zij hebben aanspraken die vergelijkbaar zijn met een schuldeiser in het kader van een reële executie. Separatisten zijn in vergelijking met faillissementsschuldeisers ook een ongelijk geval. Zij hebben geen aanspraak in het kader van de beslagexecutie, maar in het kader van de parate executie. Tot slot is ook een ongelijk geval een schuldeiser met een verbintenis die niet voor verificatie in aanmerking komt, terwijl er geen sprake is van een boedelverbintenis. In het kader van een beslaglegging zou een dergelijke aanspraak ook niet meedoen.

Voor boedelschuldeisers, die in een andere *concursum* verzeild zijn geraakt dan de faillissementsschuldeisers, geldt in deze *concursum* hetzelfde in de beheerfase, met dien verstande dat zij hun rechten niet geldend kunnen maken door indiening van hun vordering ter verificatie. Via de band van de redelijkheid en billijkheid, die doorwerkt via artikel 3:12 BW, komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in die verhouding als regel tot uitdrukking.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt ook tot uitdrukking in de door de Hoge Raad geformuleerde gelijkheidsregel. Deze gelijkheidsregel geeft een materiële invulling aan het beginsel

Hoofdstuk 3 De rol van de *paritas creditorum* tijdens de beheerfase van een faillissement

van de gelijkheid van schuldeisers, met name door te bepalen of een schuldeiser zich terecht niet aansluit bij de groep van faillissementsschuldeisers die hun vordering ex artikel 26 Fw ter verificatie indienen. De gelijkheidsregel strekt er hierbij toe een voorkeursbehandeling te voorkomen.

Aan de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW wordt in de beheerfase niet toegekomen. Het gaat hier om een verdelingsregel die pas in beeld komt zodra er uitkeringen worden gedaan aan schuldeisers van de schuldenaar in het kader van de verdeling van de opbrengst.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

Inleiding

In het kader van de afwikkeling van een faillissement dient de curator aandacht te besteden aan de zogenaamde reconstructie van de boedel. Een verdeling op de voet van artikel 3:277 BW tijdens faillissement kan namelijk ernstig verstoord worden door bepaalde (rechts)handelingen van de schuldenaar, verricht in het zicht van een naderend faillissement. De schuldenaar, wetend dat een *déconfiture* onvermijdelijk is, kan onder het motto *après moi le déluge*, waardevolle activa om niet overdragen aan een derde partij. Of, een schuldeiser die weet heeft van het naderende faillissement, kan activa kopen van de schuldenaar onder verrekening van de koopprijs. In dergelijke gevallen zijn de gezamenlijke schuldeisers tijdens het faillissement van de schuldenaar de dupe doordat er geen of minder verhaalsvermogen voor de verdeling beschikbaar is. Onder omstandigheden kan de curator gebruik maken van instrumenten (zoals de faillissementspauliana) om deze benadeling ongedaan te maken en te zorgen dat het verhaalsvermogen weer terug wordt gebracht in een positie, vergelijkbaar met of gelijk aan die voorafgaand aan de benadelende handelingen. In dit hoofdstuk wordt tegen deze achtergrond ingegaan op de vraag wat het faillissementsrechtelijke stelsel van gelijkheidsregels inhoudt in de schemerperiode voor faillissement. Net als in het vorige hoofdstuk zal hierbij een afbakening plaatsvinden tussen de *paritas creditorum* en andere regels die voortvloeien uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Meer specifiek wordt ook de vraag beantwoord of de *paritas creditorum* in dit kader een functie heeft.

Dit hoofdstuk gaat over de periode voordat er sprake is van een faillissement van de schuldenaar. De curator beoordeelt echter achteraf – nadat het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken – of in de periode voor het faillissement onoorbare handelingen hebben plaatsgevonden. De beoordeling door de curator vindt dus plaats in de beheerfase. Om die reden heb ik dit hoofdstuk geplaatst na het vorige hoofdstuk waarin in zijn algemeenheid is ingegaan op de beheerfase.

Het plan van behandeling is als volgt. Allereerst zal worden ingegaan op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Vervolgens zal de mogelijke rol van de *paritas creditorum* in de periode voor de faillietverklaring worden besproken. Aansluitend zal worden ingegaan op (andere) regels (dan de *paritas creditorum*) waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in de periode voor faillissement mogelijk tot uitdrukking komt. Tot slot wordt afgesloten met een conclusie.

4.1 Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in de schemerperiode

Een schuldenaar staat het in beginsel vrij over zijn vermogen te beschikken op een wijze die hem goedgevalt.⁴²⁸ Meer in het bijzonder geldt dat een schuldenaar in beginsel geen rekening hoeft te houden met de wettelijke verdelingsregels zoals neergelegd in Titel 10 Boek 3 BW. Hetzelfde geldt

⁴²⁸ Bartman 2011, p. 128 noemt dit het beginsel van de betalingsautonomie.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

voor een schuldeiser die zijn rechten wil doen gelden. In beginsel hoeven de schuldeisers van een schuldenaar bij de incassering van hun vordering of bij het versterken van hun verhaalspositie geen rekening te houden met de medeschuldeisers van de schuldenaar.⁴²⁹ De wetgever heeft als ratio achter deze vrijheid genoemd het belang van het (handels)verkeer.⁴³⁰ In het handelsverkeer hebben partijen immers belang bij de zekerheid dat een ontvangen betaling definitief is en dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de mogelijkheid dat de ontvangen betaling weer moet worden terugbetaald. Het uitgangspunt is derhalve dat iedere schuldeiser zich kan verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Indien dit vermogen toereikend is, botsen de onderlinge belangen van de schuldeisers hierbij ook niet: iedere schuldeiser kan ontvangen waar hij recht op heeft. Dit verandert echter in de schemerperiode voor faillissement. Een betaling aan de ene schuldeiser zorgt er dan regelmatig voor dat de overige schuldeisers minder verhaal kunnen vinden.

Een schuldeiser kan – in de wetenschap dat een faillissement van zijn schuldenaar redelijkerwijs valt te verwachten – in de verleiding komen vóór het faillissement in samenspraak met de schuldenaar tot voldoening van zijn vordering te komen.⁴³¹ De schuldeiser benadeelt hierdoor zijn medeschuldeisers die hierdoor minder zullen ontvangen. Er ontstaat in deze periode een spanningsveld tussen enerzijds het belang van het handelsverkeer om onaantastbare rechtshandelingen te kunnen verrichten en anderzijds de belangen van de schuldeisers van een schuldenaar om tijdens zijn faillissement hun vordering betaald te krijgen. De periode waarin dit spanningsveld speelt, wordt wel genoemd de schemerperiode (of: *twilight period*) voor een faillissement.⁴³²

Als hierna wordt gesproken over het begrip “schemerperiode vóór faillissement”, wordt daarmee bedoeld:⁴³³ de periode die aanvangt vanaf het moment dat een faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien door de schuldenaar.⁴³⁴ Deze periode

⁴²⁹ Vgl. Van der Felz I 1994, p. 436 en Van der Weijden 2012, p. 23.

⁴³⁰ Zie Van der Feltz I 1994, p. 436 en 449. Vgl. Van Schilfgaarde in zijn annotatie onder randnummer 5 bij HR 12 juni 1998, NJ 1998/727 (*Coral/Stalt*) en A-G Timmerman in ECLI:NL:PHR:2013:BZ7199 (conclusie bij HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199 (*Eringa/ABN Amro*)) onder 3.3.

⁴³¹ Völlmar 1961, p. 628, verwoordt dit treffend door te stellen: “... Bovendien heeft iemand die meerdere schulden te voldoen heeft niet altijd zijn schuldeisers gelijkelijk lief en komt hij, wanneer een financiële débâcle dreigt, wel eens in de verleiding om zijn favorieten maar spoedig te voldoen, teneinde hen te behoeden voor het dikwijls weinig voordelige “pondspondsgewijs”.

⁴³² Zie nader over de *twilight period* de oratie van Lennarts (Lennarts 2006) en Schreurs 2017. In Pattinson 2013 wordt met betrekking tot 21 landen (onder meer) uiteengezet wanneer in het rechtsstelsel van het betreffende land de *twilight period* aanvangt. De memorie van toelichting spreekt overigens van: “den vooravond van het faillissement”. Zie Van der Feltz I 1994, bijvoorbeeld op p. 437 en op p. 449. Er zijn ook schrijvers die spreken over “de verdachte periode”. Zie bijvoorbeeld Rijckenberg 2008. Bartman 2011 spreekt over de “feitelijke liquidatiefase”.

⁴³³ Over de vraag wanneer de schemerperiode precies aanvangt, is discussie mogelijk nu dit bij wet in Nederland niet is vastgelegd. In Frankrijk heeft de wetgever hier bijvoorbeeld wel voor gekozen: zie L 631-1 Code de commerce: “Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.”

⁴³⁴ Soms kunnen pas juridische consequenties worden verbonden aan het intreden van de schemerperiode indien ook de schuldeiser weet of behoort te weten dat deze periode is aangevangen. Dit doet niet af aan het feit dat de periode aanvangt met de wetenschap van de schuldenaar. Aan het enkele feit dat de schuldenaar

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

duurt tot het moment van faillietverklaring.⁴³⁵ Aansluiten bij het criterium dat het faillissement en het tekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien als startmoment van de schemerperiode acht ik geïndiceerd nu deze voorzienbaarheid een aangrijpingspunt is voor beschermingsmaatregelen zoals bijvoorbeeld neergelegd in artikel 42 Fw en artikel 54 Fw.⁴³⁶

In hoofdstuk 3⁴³⁷ is al uiteengezet dat de curator ex artikel 68 Fw belast is met het beheer en de vereffening van de boedel. Onderdeel van deze taak is de zogenaamde reconstructie van de boedel. Hierbij wordt door de curator onderzocht⁴³⁸ in hoeverre er in de periode voor faillissement ontoelaatbare handelingen hebben plaatsgevonden ten gevolge waarvan de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar zijn benadeeld. Als dergelijke handelingen zich hebben voorgedaan, kan de curator overgaan tot redres van schuldeisersbenadeling. Hierbij staan de curator met name ten dienste de faillissementspauliana ex art. 42 en art. 47 Fw, een beroep op het in art. 54 Fw neergelegde verrekeningsverbod, de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 en 2:248 BW en de zogenaamde Peeters/Gatzenvordering, op grond van onrechtmatige daad die de gefailleerde zelf niet toekomt, maar die ertoe strekt een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden ongedaan te maken.⁴³⁹

In hoofdstuk 3⁴⁴⁰ is toegelicht dat aan het faillissementsrecht het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag ligt. In het kader van de faillissementsprocedure dienen schuldeisers in gelijke gevallen op gelijke wijze te worden behandeld. Hierna zal worden onderzocht of dit beginsel onder omstandigheden ook in regels tot uitdrukking komt in de schemerperiode voor faillissement.⁴⁴¹ Hierna zal in dit kader allereerst worden nagegaan of de regel van de *paritas creditorum* in deze periode werking kan hebben. Daarna zal worden onderzocht of het beginsel in andere regels tot uitdrukking komt.

deze wetenschap heeft, kunnen juridische consequenties zijn verbonden (zie bijvoorbeeld art. 42 lid 1 jo. art. 42 lid 2 Fw, onverplichte rechtshandeling om niet), zodat deze toestand daarmee (niet eerder, maar ook niet later) juridisch tot leven wordt gewekt.

⁴³⁵ Op 0.00 uur van de dag van uitspraak (zie artikel 23 Fw).

⁴³⁶ Zie voor artikel 42 Fw nader HR 22 december 2009, NJ 2010/273, r.o. 3.7 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III). Voor artikel 54 Fw zie nader: Zie HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer & Kalff), HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (AMRO/THB) en HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN). Het criterium ziet op de wetenschap van benadeling (dat zoals later nog zal blijken slechts één van de eisen is om te komen tot toepasselijkheid van de genoemde beschermingsmaatregelen). Een ander standpunt neemt o.a. Van Eeghen 2006, p. 12 e.v. in die stelt dat de schemerperiode begint bij verhaalsinsolventie. Verhaalsinsolventie doet zich hierbij volgens Van Eeghen voor “als er na de liquidatie onvoldoende zou zijn om alle crediteuren te kunnen betalen”.

⁴³⁷ Zie paragraaf 3.2.

⁴³⁸ Dit onderzoek beperkt zich niet tot de schemerperiode voor faillissement, maar strekt zich ook uit tot de periode daarvoor bijvoorbeeld bij het onderzoek naar de vraag of het faillissement niet is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur.

⁴³⁹ Zie HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters q.q./Gatzen).

⁴⁴⁰ Zie 3.3.1.

⁴⁴¹ Wessels III 2019, p. 13-14, merkt op in het kader van de bespreking van de pauliana: “Ten aanzien van het herstel van het verhaalsvermogen (zie de MvT, t.a.p.: ‘... het onderpand zijner schuldeischers) dienen om deze reden in de prefaillissementsfase de beginselen te gelden die in volle omvang mét de faillietverklaring tot hun recht komen, zoals het fixatiebeginsel, het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers en het beginsel van de exclusieve bevoegdheid van de curator.”

4.2 De *paritas creditorum* heeft geen functie in de periode voor faillietverklaring

4.2.1 Opvattingen in de literatuur

In de literatuur wordt soms betoogd dat de *paritas creditorum* voor faillissement al van toepassing kan zijn. In andere gevallen wordt in de literatuur het tegendeel aangenomen. Hierna zal ik deze literatuur kort aanstippen ter illustratie van een discussie, zonder hierbij volledigheid na te streven.

Verstijlen geeft aan dat de *paritas creditorum* in de periode voor faillissement als regel niet geldt, maar dat er bijzondere voorzieningen zijn (zoals de faillissementspauliana en de Peeters/Gatzenvordering op grond van onrechtmatige daad) die tot op zekere hoogte een verstoring van de *paritas creditorum* in de schemerperiode voor faillissement ongedaan kunnen maken.⁴⁴² Rijckenberg stelt enerzijds dat de *paritas creditorum* pas geldt bij faillissement, maar geeft anderzijds aan dat dit niet betekent dat de betekenis van de *paritas creditorum* voor faillissement tot nul is gereduceerd: “Indien een faillissement in zicht komt, kan er toch een zekere werking aan worden ontleend”.⁴⁴³ Als ik haar betoog goed begrijp, stelt zij net als Verstijlen dat de *paritas creditorum* alsdan niet rechtstreeks werkt, maar via de band van instrumenten zoals de *actio pauliana* en de onrechtmatige daad. Huizink wil niet weten van toepasselijkheid van de *paritas creditorum* in de periode voor faillissement. Zo stelt hij: “Het soms zo geladen begrip *paritas creditorum* heeft uitsluitend betekenis in situaties waarin crediteuren daadwerkelijk op een rij staan en gelijkelijk behandeld dienen te worden. Dat is het geval in faillissement. Ook bij cumulatie van beslagen en dergelijke kan het begrip rangregeling betekenis hebben. Maar voor het overige – het hele systeem van beslaglegging gaat daar juist van uit – geldt het adagium dat die het eerst komt het eerst maakt.”⁴⁴⁴ Janssen & Schollen stellen dat onder bepaalde omstandigheden de *paritas creditorum* als regel in acht moet worden genomen ook al is er (nog) geen sprake van een faillissement.⁴⁴⁵ De door hen genoemde omstandigheden doen zich uitsluitend voor indien er sprake is van een feitelijke *concursum creditorum* die nog niet heeft geleid tot een formele *concursum creditorum* zoals het faillissement. Schreurs stelt dat vanaf het moment dat er sprake is van een *concursum* de *paritas creditorum* in acht moet worden genomen, ook in het geval het faillissement van de schuldenaar (nog) niet is uitgesproken.⁴⁴⁶ Ook Van Hooff stelt zich op het standpunt dat artikel 3:277 BW al geldt bij een *concursum* voor faillissement.⁴⁴⁷ Karapetian stelt daarentegen dat niet de *paritas creditorum*, maar de door deze regel en de uitzonderingen daarop beschermde belangen in de schemerperiode in acht moeten worden genomen en dat deze belangen worden bewaakt door onder meer de *actio pauliana*.⁴⁴⁸ Winter maakt onderscheid tussen een “zachtere variant” van de *paritas creditorum* in geval van feitelijke insolventie van de schuldenaar en de reguliere “faillissementsrechtelijke *paritas creditorum*”.⁴⁴⁹ De zachtere variant houdt hierbij in dat de *paritas creditorum* geldt, tenzij bijzondere omstandigheden een voorkeursbehandeling van een schuldeiser

⁴⁴² Vgl. Verstijlen 1999, p. 302. Zie ook zijn opmerking: “Zo staan het beginsel van de *paritas creditorum* en de voorrangrechten er niet aan in de weg dat de schuldenaar een bepaalde schuldeiser voldoet vóór een andere, mogelijk hoger gerangschikte vordering”.

⁴⁴³ Rijckenberg 2008, p. 258.

⁴⁴⁴ Huizink 2002, p. 167 en 168.

⁴⁴⁵ Janssen & Schollen 2003, p. 402 en 429-430.

⁴⁴⁶ Schreurs 2019, p. 357-358.

⁴⁴⁷ Van Hooff 2021, p. 306: “Daarmee wordt niet bedoeld op de regel van art. 3:277 BW als zodanig (die geldt vanzelfsprekend ook in geval van *concursum* vóór faillissement)”.

⁴⁴⁸ Karapetian 2019, p. 290 e.v.

⁴⁴⁹ Winter 1998, p. 82

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

van de schuldenaar rechtvaardigen. Bartman – die een onderscheid heeft gemaakt tussen de reddingsfase (waarin het beginsel van de betalingsautonomie zou gelden) en de feitelijke liquidatiefase⁴⁵⁰ – stelt: *“Is de onderneming niet meer levensvatbaar – en is daarmee dus de Feitelijke Liquidatiefase aangevangen – dan wordt de bestuurstaak in overwegende mate gekleurd door de paritas creditorumgedachte...”*.⁴⁵¹ Niet duidelijk is of Bartman hiermee bedoeld dat de *paritas creditorum* al voor de *concurfus* geldt. Wat hier van zij, na het arrest Ingelse q.q./Source B.V.⁴⁵² vind ik bij Bartman de opvatting niet (meer) terug dat de *paritas creditorum* onder omstandigheden reeds voor faillissement in acht moeten worden genomen.⁴⁵³

4.2.2 De *paritas creditorum* en de feitelijke *concurfus creditorum*

Sommige schrijvers, zo is hiervoor gebleken, stellen dat de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW al van toepassing is in de periode voor faillissement, te weten vanaf het moment dat de schemerperiode aanvangt dan wel vanaf het moment dat er sprake is van een feitelijke *concurfus creditorum*.⁴⁵⁴ Met dit standpunt kan ik mij niet verenigen. In dit verband wijs ik op het volgende.

Het enkele feit dat er sprake is van een feitelijke *concurfus creditorum*, activeert artikel 3:277 BW niet. Van een individuele of collectieve beslagexecutie is alsdan immers (nog) geen sprake, terwijl – zo is gebleken in hoofdstuk 2 en 3 – de *paritas creditorum* uitsluitend van toepassing is in het kader van een dergelijke executie. Dit is het belangrijkste argument dat zich verzet tegen de aanvaarding van het hiervoor besproken standpunt. Meer in de marge kan daarnaast nog op het volgende worden gewezen.

De in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregels moeten in acht worden genomen in het kader van een gerechtelijke uitwinningsprocedure waarin het overheidsmonopolie op handhaving wordt uitgeoefend.⁴⁵⁵ Die handhaving wordt uitgeoefend door een door de overheid aangewezen buitenstaander. Een deurwaarder of een notaris in het geval van een individuele executieprocedure.⁴⁵⁶ Een curator in het geval van een faillissement.⁴⁵⁷ De schuldenaar zelf of de bestuurder van de vennootschap kan niet worden aangemerkt als een dergelijke buitenstaander. In

⁴⁵⁰ Bartman 2011, p. 129.

⁴⁵¹ Bartman 2011, p. 130.

⁴⁵² HR 15 januari 2020, NJ 2020/51.

⁴⁵³ Zie o.a. Bartman & Van Hoe 2020, onder “3”: *“Vooralnog moeten we het doen met het gegeven dat de Hoge Raad de bestuurder maximale vrijheid geeft om zelf prioriteiten te stellen bij het betalingsgedrag van de vennootschap, ook wanneer het faillissement reeds is aangevraagd maar nog niet is uitgesproken”*. Zie ook Bartman 2020.

⁴⁵⁴ In de meeste gevallen zal de schemerperiode starten op het moment dat er sprake is van een feitelijke *concurfus creditorum*. De aanvang van de schemerperiode valt echter niet noodzakelijk samen met het moment waarop er sprake is van een feitelijke *concurfus creditorum*. Indien de faillissementstoestand zich feitelijk voordoet, zonder dat de schuldenaar dit weet, zou gesteld kunnen worden dat er sprake is van een feitelijke *concurfus creditorum*, terwijl de schemerperiode nog niet is aangevangen. Aan dit (voornamelijk theoretisch) onderscheid ga ik verder voorbij nu het precieze onderscheid voor mijn betoog niet van belang is.

⁴⁵⁵ Zie Van Boom 2018, p. 31.

⁴⁵⁶ Vgl. artikel 434 Rv.

⁴⁵⁷ Een curator kan daarom ook persoonlijk aansprakelijk zijn vanwege een schending van artikel 3:277 BW. Vgl Hof Arnhem-Leeuwarden, 30-01-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922: *“Gelet op het vorenstaande komt het hof tot het oordeel dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat ten opzichte van Atropa de paritas creditorum ernstig is geschonden. Dit leidt tot het oordeel dat de curator zowel in hoedanigheid als in persoon aansprakelijk is voor de schade die Atropa als gevolg daarvan heeft geleden”*.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

de periode voor de faillietverklaring is de schuldenaar nog steeds bevoegd over zijn vermogen te beschikken. De schuldenaar of de bestuurder van de schuldenaar is daarom ook vanwege dit argument op dit moment niet rechtstreeks gebonden aan artikel 3:277 BW.

Daarnaast geldt het volgende. Meer abstract gezien komt het hiervoor weergegeven standpunt erop neer dat aan de situatie van *feitelijke* insolventie onder omstandigheden het rechtsgevolg zou kunnen worden verbonden dat artikel 3:277 BW van kracht is. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat aan een feitelijke insolventie zonder nadere wetsbepaling⁴⁵⁸ niet de rechtsgevolgen van een faillissement, hetzij geheel hetzij gedeeltelijk, verbonden kunnen worden. Zo wordt in het kader van de bespreking van artikel 42 Fw in de Memorie van Toelichting het systeem van de Code de Commerce besproken waarin de *faillite de fait*, het enkele feit van het ophouden te betalen, de schuldenaar van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn vermogen liet verliezen zonder dat een rechtelijk vonnis vereist was. In reactie op dit stelsel wordt opgemerkt dat de Nederlandse wetgever hiermee in 1838 uitdrukkelijk heeft gebroken. In plaats daarvan is het uitgangspunt aangenomen dat uitsluitend een vonnis van faillietverklaring de rechtsgevolgen van een *concursum* (waartoe onder meer behoort de werking van art. 3:277 BW) in het leven roept.⁴⁵⁹ Ook hieruit volgt dat de *paritas creditorum* voor de faillietverklaring nog niet van toepassing kan zijn.

Tot slot wijs ik erop dat uit vaste jurisprudentie op dit vlak, uitzonderingen daargelaten,⁴⁶⁰ ook niet blijkt dat artikel 3:277 BW van toepassing kan zijn buiten de situatie van een executieprocedure.⁴⁶¹ In het bijzonder blijkt dit, zonder uitzondering, niet uit jurisprudentie van de Hoge Raad. Ter illustratie wijs ik op een recent arrest waarin de Hoge Raad overweegt: “*Er bestaat geen algemene*

⁴⁵⁸ Zoals bijvoorbeeld gedaan met de hierna nog te bespreken figuur van de *actio pauliana* ex artikel 42 en 47 Fw.

⁴⁵⁹ Van der Feltz I 1994, p. 435. Zie voorts op p. 436: “*De zg. Konkursanspruch, een op het onvermogen van den schuldenaar gegrond objectief recht van de schuldeischers jegens een ieder (zoowel den schuldenaar als jegens elkander) op door faillissement te verwezenlijken uitsluitend en gemeenschappelijke bevrediging uit den boedel huns schuldenaar) staat lijnrecht tegenover het stelsel van het Ontwerp dat aan het onvermogen als zoodanig geen enkel rechtsgevolg verbindt, en is buitendien ook wetenschappelijk niet verdedigbaar.*”. Dit standpunt was overigens niet nieuw en werd al eerder uitgedragen. Zie bijvoorbeeld Riemsdijk 1868, p. 22 e.v. die erop wijst dat Casaregis onderscheid maakt tussen een feitelijk faillissement (*formalis of manifesta decoctio*) en een door een rechter uitgesproken faillissement (*decoctio latens of proxima*). Het “gemeene recht” zou al rechtsgevolgen verbinden aan een feitelijk faillissement, terwijl het recht van Genua hiervan afweek. Riemsdijk schrijft in dit verband (p. 26): “*Het stelsel, hetwelk te Genua reeds in de 16^e eeuw gehuldigd werd is ook het onze. Geen faillissement, dus ook geen der gevolgen door de wet daaraan verbonden, zonder faillietverklaring.*”.

⁴⁶⁰ Uit Hof Leeuwarden 29 november 2000, JOR 2001/105 kan mogelijk wel worden afgeleid dat het Hof het standpunt inneemt dat de *paritas creditorum* onder omstandigheden al voor faillissement kan gelden (zie onder randnummer 7).

⁴⁶¹ Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1565, onder 10: “*Het Hof stelt voorop dat selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig is nu de paritas creditorum pas geldt op het moment dat er sprake is van een collectief verhaal op het vermogen van een schuldenaar.*”, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 22 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI1842, onder 2.6.1; Rb. Den Haag, 19 september 2018, 6533401\CV EXPL 17-5975 (geen ECLI-nr.), Rb. Overijssel, *Praktijkids* 2013/267, Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944 is m.i. niet in strijd met de stelling dat de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW pas geldt na faillissement. Overwogen wordt onder 4.15 dat de *paritas creditorum* is doorbroken in het zicht van het faillissement en dat het bestuur in het zicht van het faillissement dit niet behoorde te doen. Deze overweging staat in de sleutel van de vraag of kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het “niet behoren te doen” (alhoewel m.i. te kras gesteld en daardoor voor misverstanden vatbaar) wijst erop, mede gelet op de context, dat er volgens de rechtbank sprake is van onzorgvuldig handelen en niet van handelen in strijd met de wet.

*regel op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij niet rekening houdt met eventuele preferenties.*⁴⁶² Uit deze overweging volgt dat de Hoge Raad kennelijk van oordeel is dat de *paritas creditorum* als algemene regel niet geldt als er sprake is van een *concursum creditorum* zonder dat het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken. In het arrest Ingelse q.q./Source B.V.⁴⁶³ staat een selectieve betaling aan een niet gelieerde schuldeiser van de schuldenaar verricht na de faillissementsaanvraag van de schuldenaar centraal. De A-G haalt in zijn conclusie bij dit arrest⁴⁶⁴ instemmend Bartman aan daar waar hij (op dat moment nog) stelt dat in de feitelijke liquidatiefase het beginsel van de *paritas creditorum* centraal moet staan. De A-G bepleit dan ook – nu in casu deze fase was bereikt – dat de bestuurder van de schuldenaar geen medewerking mocht verlenen aan de selectieve betaling. De Hoge Raad gaat hierin echter niet mee en oordeelt ook niet dat de geoorloofdheid van deze betaling moet worden getoetst aan de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregels. In plaats daarvan stelt de Hoge Raad: “Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling persoonlijk aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt”. Ook hieruit blijkt dat de Hoge Raad de werkingssfeer van de *paritas creditorum* niet uitbreidt naar de periode voor faillissement.⁴⁶⁵

De conclusie is dat vóór de faillietverklaring (ook niet vanaf het moment dat er sprake is van een feitelijke *concursum creditorum*) de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW niet van toepassing is.

4.3 Regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt

Hierna ga ik in op de vraag of in de schemerperiode voor faillissement het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in andere regels dan de *paritas creditorum* tot uitdrukking komt. Schuldeisers van een schuldenaar hebben ex artikel 3:276 BW een verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar. Indien een schuldenaar geen verhaal biedt, betekent dit in beginsel dat de schuldeisers geen voldoening van hun vordering zullen ontvangen. In beginsel, want onder omstandigheden kan een curator namens de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar vanwege handelen van een derde partij, de benadeling ongedaan maken door een vordering in te stellen

⁴⁶² HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576. Het arrest is gewezen door de belastingkamer en staat in de sleutel van art. 36 Invorderingswet. In de literatuur wordt aangenomen dat dit arrest ook betekenis heeft voor de aansprakelijkheid van een bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad. Vgl. Van Hooff 2021, p. 299. Zie voorts HR 22 mei 1931, NJ 1931, p. 1429 e.v. In HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*) spreekt de Hoge Raad onder randnummer 5.1.3 over “de in het faillissement te handhaven *paritas creditorum*”. Zie in gelijke zin: HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) onder 3.4.4.

⁴⁶³ HR 15 januari 2020, NJ 2020/51.

⁴⁶⁴ Zie onder 2.9.

⁴⁶⁵ Zie voorts HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80 (*FloraHolland/Wittekamp q.q.*) en HR 14 januari 2014, NJ 2014/61 (*Unitco*).

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

tegen die derde partij. Het handelen van die derde partij moet dan een ongeoorloofd karakter hebben. Ik som hierna de belangrijkste mogelijkheden tot redres van schuldeisersbenadeling op.⁴⁶⁶ Hierbij ga ik uitsluitend in op de mogelijkheden die een curator heeft (en niet op mogelijkheden die individuele schuldeisers hebben nu deze situatie buiten het bereik van de voorliggende vragen valt). Vervolgens zal ik telkens de vraag beantwoorden of de maatregel die wordt besproken, kan worden aangemerkt als een regel waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt.

4.3.1 Faillissementspauliana

4.3.1.1 Artikel 42 Fw

Indien er – kort samengevat – sprake is van een onverplichte⁴⁶⁷ rechtshandeling die benadeling⁴⁶⁸ tot gevolg heeft voor de gezamenlijke schuldeisers, terwijl de schuldenaar en⁴⁶⁹ degene met of jegens wie hij handelde wist of behoorde te weten dat er daardoor sprake zou zijn van benadeling, kan de curator de rechtshandeling op grond van artikel 42 Fw vernietigen.⁴⁷⁰ Van wetenschap van benadeling is volgens de Hoge Raad sprake indien ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.⁴⁷¹

In de literatuur wordt de bescherming van de *paritas creditorum* wel genoemd als ratio achter artikel 42 Fw⁴⁷² De stringente eisen die artikel 42 Fw stelt aan de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen, worden soms verklaard door het belang van een goed lopend handelsverkeer.⁴⁷³ De relatie tussen artikel 42 Fw en artikel 3:277 BW zou – indien deze in de literatuur ontwikkelde denklijn wordt gevolgd – dan van algemene aard zijn. In alle gevallen waarin met succes artikel 42 Fw wordt ingeroepen zou dat dan specifiek in de sleutel staan van de bescherming van de *paritas creditorum*. Deze opvatting acht ik onjuist. Dit standpunt zal ik hierna toelichten. Hierbij zal ik vaststellen dat slechts bij één variant op de *pauliana* er sprake kan zijn van

⁴⁶⁶ Ik beperk mij hierbij bovendien tot de civielrechtelijke vormen van redres.

⁴⁶⁷ Zie HR 8 januari 1937, *NJ* 1937/431 en HR 3 december 2010, *JOR* 2011/62. Zie voorts Van der Feltz I 1994, p. 434-437.

⁴⁶⁸ Voor de toetsingsmaatstaf of er sprake is van benadeling zie: HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001/654, r.o. 3.5.2 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*).

⁴⁶⁹ Tenzij de situatie van artikel 45 Fw zich voordoet.

⁴⁷⁰ Over de *actio pauliana* is al relatief veel geschreven. Zie op dissertatieniveau bijvoorbeeld: Collard 1880, Van Leijden 1887, Land 1896, Meijer 1910, Ankum 1962, Van Koppen 1998, Van Dijck 2006, Damsteegt-Molier 2009, De Weijs 2010 en Van der Weijden 2012. Ik bespreek de regeling daarom slechts op hoofdlijnen en verwijs voor een verdieping naar de literatuur.

⁴⁷¹ HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, r.o. 3.7 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Zie voor een ruimere uitleg van het arrest: Dekker & Ortiz Aldana 2014.

⁴⁷² Rank-Berenschot 1993, p. 107 noemt art. 42 en 47 Fw (alsmede 3:45 BW) specifiek gemaakt ter bescherming van een verstoring van de *paritas creditorum*. Vriesendorp 2013, p. 244 stelt: “*Het instrument van de faillissementspauliana dient ertoe om inbreuken op de paritas creditorum vlak voor het faillissement ongedaan te maken.*” Van Dijck 2008, p. 7, relativeert stellige standpunten door erop te wijzen: “*Er is weinig theorievorming over de vraag welke belangen de pauliana dient. Ook bestaan nauwelijks gegevens met betrekking tot de vraag in hoeverre deze belangen ook daadwerkelijk worden gediend. Meestal blijft het bij de constatering dat de schuldenaar zijn schuldeisers ook mag benadelen, dat de paritas creditorum moet worden gehandhaafd, of dat er zoveel mogelijk moet worden verdeeld volgens het wettelijke preferentiestelsel.*”

⁴⁷³ Vgl. Vriesendorp 1999, p. 165.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

een verstoring van de *paritas creditorum* in de in de literatuur aangegeven zin. Daarnaast zal ik betogen dat het bij deze variant gaat om een andere regel dan de *paritas creditorum* waarin het beginsel van de gelijke behandeling van schuldeisers tot uitdrukking komt.

Bij de *pauliana* gaat het in hoofdzaak⁴⁷⁴ om de volgende twee typen rechtshandelingen:⁴⁷⁵

- (1) rechtshandelingen die benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar opleveren doordat het eigen vermogen van de schuldenaar wordt aangetast;
- (2) rechtshandelingen die voor de schuldenaar vermogensneutraal zijn, maar desondanks benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar opleveren.⁴⁷⁶

Indien de benadeling met succes kan worden teruggedraaid, komt het vermogen van de schuldenaar alsnog in de positie te verkeren waarin het op het moment dat een insolventiemaatregel van kracht werd, behoorde te verkeren. De hiervoor onder “1” genoemde categorie van handelingen leidt niet tot een ongelijke behandeling van schuldeisers doordat de ene schuldeiser wel betaling ontvangt en

⁴⁷⁴ Er zijn schrijvers die meer categorieën noemen. De Weijs 2010, p. 25, noemt als derde vorm van benadeling: “dubbele opstelling van aandeelhouders”. De variant is in het kader van zijn onderzoek functioneel omdat dat een betere vergelijking met het Duitse en Engelse recht mogelijk maakt. Voor het onderhavige kader geldt dat het toevoegen van die variant geen meerwaarde heeft: de door de aandeelhouder verrichte handelingen kunnen worden ingedeeld onder type 1 of 2. Van Dijck 2006, p. 42, vraagt aandacht voor de variant bemoeilijking van het verhaal (zie ook Van Dijck 2008, p. 35 en 36). Faber 2005, p. 323 schaaft de situatie waarbij het verhaal is bemoeilijkt overigens onder de vermogensneutrale benadelingsvorm terwijl Van der Weijden 2012, p. 70, - net als Van Koppen 1998, p. 96 en 97 - deze variant schaaft onder type 1. Van der Weijden tekent hierbij aan dat aan verhaalsbemoeilijking als zelfstandig te onderscheiden type benadeling sowieso een geringe betekenis toekomt.

⁴⁷⁵ Nieuwenhuis 1988, p. 53; Van Koppen 1998, p. 25 en 26: “*Om te beginnen: het begrip benadeling in verhaalsmogelijkheden bij een onrechtmatige daadvordering is precies hetzelfde als bij de Pauliana. (...) Benadeling in verhaalsmogelijkheden doet zich voor in de vorm van vermindering van het eigen vermogen in bedrijfseconomische zin van de schuldenaar of in de vorm van doorbreking van de onderlinge rangorde van crediteuren*”; Verstijlen 1999, p. 48; Van den Heuvel 2004, p. 43.

⁴⁷⁶ Van Dijck 2006, p. 41 en 42: “*Een tweede type benadeling is die van de wijziging van de rangorde op basis waarvan het vermogen van de schuldenaar wordt verdeeld onder de schuldeisers. Deze situatie doet zich voor als de daling (of stijging) van het actief even groot is als de daling (of stijging) van het vreemd vermogen maar er een schuldeiser is ‘voorgedrongen’.*”; De Weijs 2010, p. 8 introduceert “drie basisvormen van schuldeisersbenadeling”. Onder de basisvorm “Doorbreking *paritas creditorum*” stelt hij: *Handelingen waarbij de schuldenaar een bestaande schuld inlost of daartoe zekerheid stelt. Doordat een actief wordt aangewend om een bestaande schuld te voldoen, is de handeling voor de schuldenaar zelf vermogensneutraal. Door de aanwending van het actief voor de voldoening van een bepaalde schuldeiser, worden de achterblijvende schuldeisers benadeeld. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd: a. Voldoening of zekerheidsstelling op een andere wijze of een ander tijdstip dan waartoe de schuldenaar is gehouden. b. Voldoening of zekerheidsstelling op een wijze en tijdstip als waartoe de schuldenaar is gehouden.*”; Wessels 2009, p. 8; Wessels II 2019/3092 en Van der Weijden 2012, p. 69. Zie in de rechtspraak: HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (*Bosseler q.q./Interniber*), Hof Arnhem 23 juli 2002, JOR 2004/85, Rb. Arnhem 7 maart 2002, JOR 2002/158, en Rb. Arnhem 25 juni 2003, JOR 2003/218, Rb. 's-Hertogenbosch 5 oktober 2006, JOR 2007/74, Rb. Haarlem 30 mei 2007, JOR 2007/219, Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2009, JOR 2009/304, Rb. Zutphen 4 november 2010, JOR 2011/18, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:463, Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, JOR 2018/55, Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, JOR 2017/244 en Hof Den Haag 2 maart 2021, JOR 2021/188.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

de andere schuldeiser niet. Bij de onder "2" genoemde handelingen is wel sprake van een ongelijke behandeling van schuldeisers: een schuldeiser van de schuldenaar ontvangt ten koste van de overige schuldeisers betaling van zijn vordering.⁴⁷⁷ Ik zal dit standpunt nader toelichten aan de hand van enkele voorbeeldbalansen.

Stel: in de schemerperiode voor faillissement ziet de balans van een bedrijf er als volgt uit.

Debet	Balans I: aantasting EV		Credit
Inventaris	100.000	Eigen vermogen	200.000
Voorraad	550.000	Crediteuren	800.000
Debiteuren	250.000		
Bank	100.000		
Balanstotaal	1.000.000		1.000.000

Vervolgens schenkt de bestuurder van de vennootschap de inventaris om niet aan een willekeurige derde partij. De balans ziet er na verwerking van deze mutatie als volgt uit.

Debet	Balans II: aantasting EV		Credit
Inventaris	0	Eigen vermogen	100.000
Voorraad	550.000	Crediteuren	800.000
Debiteuren	250.000		
Bank	100.000		
Balanstotaal	900.000		900.000

De conclusie is dat de overdracht van de inventaris moet worden aangemerkt als een rechtshandeling die het eigen vermogen aantast. Het eigen vermogen is afgenomen van € 200.000,00 naar € 100.000,00. De overdracht heeft geen gevolgen voor de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. De post crediteuren is dan ook gelijk gebleven (€ 800.000,00, op beide balansen). Van een inbreuk op de gelijke behandeling is geen sprake. Bij een verdeling zou iedere schuldeiser minder ontvangen.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ In dit verband verwijs ik naar het Engelse recht met betrekking tot de zogenaamde *preferences*. Hierbij bevoordeelt de schuldenaar een schuldeiser boven de andere schuldeisers waardoor er sprake is van een schending van de *paritas creditorum (pari passu)*. Dergelijke bevoordelingen kunnen worden aangetast. Zie nader hierover De Weijs 2010, p. 145 e.v. Zie voorts, ook buiten het verband van het Engelse recht, over het verband tussen de *paritas creditorum* en *preferences*, Jackson 1986, p. 146.

⁴⁷⁸ Er zou wel gesteld kunnen worden dat de rechtshandeling het in artikel 3:276 BW neergelegde verhaalsrecht van crediteuren aantast. Dat heeft echter geen gevolgen voor de gelijke behandeling.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

Stel: in de schemerperiode voor faillissement ziet de balans van een bedrijf er als volgt uit.

Debet	Balans III: inbreuk wettelijke verdeling		Credit
Inventaris	100.000	Eigen vermogen	200.000
Voorraad	550.000	Crediteuren	800.000
Debiteuren	250.000		
Bank	100.000		
Balanstotaal	1.000.000		1.000.000

Vervolgens verkoopt de bestuurder van de vennootschap de inventaris voor € 100.000,00 aan een schuldeiser van de vennootschap. Deze schuldeiser heeft nog € 100.000,00 te vorderen. Partijen betalen over en weer door verrekening van de koopprijs met de vordering. De balans ziet er na verwerking van deze mutatie als volgt uit.

Debet	Balans IV: inbreuk wettelijke verdeling		Credit
Inventaris	0	Eigen vermogen	200.000
Voorraad	550.000	Crediteuren	700.000
Debiteuren	250.000		
Bank	100.000		
Balanstotaal	900.000		900.000

Het eigen vermogen is door de rechtshandeling niet aangetast. Wel heeft de rechtshandeling gevolgen voor de onderlinge positie van de schuldeisers: één schuldeiser heeft 100% betaald gekregen, terwijl de overige schuldeisers geen enkele betaling ontvingen. De schuldeisers worden in deze situatie – anders dan in de hiervoor genoemde eerste situatie – ongelijk behandeld.⁴⁷⁹

Het standpunt dat artikel 42 Fw in zijn algemeenheid zou strekken tot bescherming van de *paritas creditorum* in verband met het ongedaan maken van een verstoring hiervan is derhalve in ieder geval niet juist. Voor een dergelijke verstoring is vereist dat, bij een vergelijking van de situatie voor de rechtshandeling met de situatie na de rechtshandeling, de ene concurrente schuldeiser een lager uitkeringspercentage ontvangt (c.q. geen enkele uitkering ontvangt), terwijl een andere concurrente schuldeiser een hoger percentage ontvangt (c.q. een volledige betaling ontvangt). In een dergelijke situatie kan immers gesteld worden dat de *paritas creditorum* is verstoord. Bij de onder “1” genoemde rechtshandeling doet deze situatie zich niet voor. Bij een vergelijking van het uitkeringspercentage voor de rechtshandeling met het uitkeringspercentage na de rechtshandeling geldt alsdan dat, als er na de rechtshandeling sprake zou zijn van een lager percentage (c.q. de

⁴⁷⁹ Het is vaste jurisprudentie dat deze vorm van benadeling ook *paulianus handelen* kan opleveren. Het standaardarrest is hierbij HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (*Bosseler q.q./Interniber*). Zie voorts Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3110, onder 3.9: “Van benadeling in de zin van art. 42 Fw is sprake wanneer de schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden, hetgeen ook het geval kan zijn wanneer voor geleverde zaken een redelijke prijs is betaald en het vermogen van de nadien gefailleerde per saldo niet is verminderd, maar zonder de door de curator gewraakte transactie de opbrengst van het geleverde beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers.”

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

uitkering nihil zou bedragen), de verlaging de concurrente schuldeisers in gelijke mate zal treffen (c.q. alle concurrente schuldeisers een uitkering moeten ontberen).

Slechts bij de onder “2” genoemde rechtshandelingen (hierna ook wel aangeduid als: “de variant”) kan er sprake zijn van een verstoring van de *paritas creditorum*. Het gaat hierbij telkens om rechtshandelingen waardoor een bestaande schuldeiser voldaan wordt of in een betere positie komt te verkeren vergeleken met de situatie dat de rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden.⁴⁸⁰

Deze variant van de *pauliana* moet naar mijn mening worden aangemerkt als een regel waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt. Als in dit verband in de literatuur en de rechtspraak⁴⁸¹ wordt gesproken over de (verstoring van de) *paritas creditorum*, lijkt overigens ook niet strikt bedoeld te worden de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel, maar de gelijke behandeling van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar in het kader van een faillissement.⁴⁸² Het invoeren van de variant is immers ook mogelijk indien er sprake is van situaties waarbij geen concurrente schuldeisers worden benadeeld. Zo kan de variant bijvoorbeeld worden ingeroepen indien *de facto* uitsluitend een preferente schuldeiser (en dus geen enkele concurrente schuldeiser) profiteert van het invoeren van de *pauliana*.⁴⁸³ Naar mijn mening kan de variant ook worden ingeroepen indien er uitsluitend sprake is van benadeling van boedelschuldeisers.⁴⁸⁴ Het gaat immers om de reconstructie van de boedel, waarbij bij de variant het verhaalsvermogen is aangetast door de ongelijke behandeling van de schuldeisers. In de hiervoor genoemde gevallen kan niet worden volgehouden dat het bij de variant (uitsluitend) gaat om een bescherming van de *paritas creditorum*. Het gaat er bij de variant telkens om dat de gelijke behandeling van schuldeisers wordt beschermd in de schemerperiode voor faillissement. De werking van het fixatiebeginsel wordt bij de variant in feite naar voren getrokken. De gelijke positie van schuldeisers (waarbij zij in beginsel in gelijke mate zijn aangewezen op de verificatie en waarbij zij in beginsel niet buiten de verificatie om voldoening kunnen ontvangen) wordt al beschermd in de schemerperiode. De variant strekt ertoe schuldeisersbenadeling te redresseren indien de gelijke behandeling wordt doorbroken in de schemerperiode voor faillissement, doordat de ene schuldeiser wel betaling of positieverbetering ontvangt en de overige schuldeisers niet.⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ Vgl. De Weijs 2010, p. 14.

⁴⁸¹ Zie in dit verband ook HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (*Erba/Amsterdamse Bank*). In dit arrest is een casus onderwerp van geschil waarbij er een “type 2 benadeling”, zoals hiervoor beschreven, aan de orde is. De stelling dat de *pauliana* in die situatie ertoe strekt een verstoring van de *paritas creditorum* ongedaan te maken, lijkt door de Hoge Raad als juist te worden aangemerkt in de volgende overweging: *dat naar het oordeel van het Hof te dezen een vordering uit onrechtmatige daad uitgesloten is, omdat de verwijten van Erba betrekking hebben op de verstoring van de paritas creditorum door en tengevolge van de overeenkomst van 6 Febr. 1952; dat daartegen enkel zou kunnen worden opgekomen met de vordering bedoeld in art. 1377 B.W., omdat deze als bijzondere vordering de toepassing van de algemene vordering uit onrechtmatige daad zou uitsluiten*. In gelijke zin: HR 30 september 1994, NJ 1995/626 (*Kuijsters/Gaalman q.q.*) onder 3.4.

⁴⁸² Vgl. Rank-Berenschot 1993, p. 107 die de begrippen “*paritas creditorum*” en “de gelijkheid van schuldeisers” als synoniemen gebruikt.

⁴⁸³ Vgl. De Weijs & Heems, GS Faillissementswet, art. 42 Fw, aantekening 5.

⁴⁸⁴ In gelijke zin Faber 2005, p. 342 en De Weijs & Heems in GS Faillissementswet, art. 42 Fw, aantekening 5. Anders: Van Koppen 1998, p. 95 en Wessels II 2019/3080.

⁴⁸⁵ Vgl. Wessels III 2019/3019 die in zijn bespreking over de dragende beginselen achter de *pauliana* wijst op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (daarnaast noemt hij ook het fixatiebeginsel en het beginsel van de exclusieve bevoegdheid van de curator). Anders Van Hees 1997 die stelt dat de faillissementspauliana

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

4.3.1.2 Artikel 47 Fw

De *faillissementspauliana* kan soms ook worden ingeroepen tegen verplicht verrichte rechtshandelingen. De voldoening door een schuldenaar van een opeisbare schuld⁴⁸⁶ kan hierbij (uitsluitend)⁴⁸⁷ worden vernietigd indien één van de twee in artikel 47 Fw omschreven situaties zich voordoet: (1) een schuldeiser ontvangt nog betaling terwijl hij weet dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd of (2) de betaling is het gevolg van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser met als doel de schuldeiser door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.⁴⁸⁸

In het geval van artikel 47 Fw gaat het telkens om situaties waarbij de ene schuldeiser wel betaling ontvangt en de overige schuldeisers niet. Die betaling heeft gevolgen voor de latere verdeling van de netto-opbrengst in het kader van het faillissement van de schuldenaar. De gezamenlijke schuldeisers zullen hierdoor minder ontvangen. Net als in het geval van artikel 42 Fw kan uitsluitend een curator een beroep doen op artikel 47 Fw. Het gevolg is, kort gezegd, dat de verrichte rechtshandeling wordt vernietigd waarna (bij een terecht beroep) de schuldeiser het ontvangen bedrag moet terugbetalen.⁴⁸⁹

Bij artikel 47 Fw geldt hetzelfde als hiervoor is gesteld bij de bespreking van de variant van de *pauliana* ex artikel 42 Fw. De schuldeisers van de schuldenaar worden ongelijk behandeld doordat de voldoening van een opeisbare schuld van één schuldeiser plaatsvindt ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar. Het is mogelijk dat de *paritas creditorum* hierbij wordt verstoord (doordat de ene concurrente schuldeiser betaling ontvangt, terwijl de overige concurrente schuldeisers hierbij bij de verdeling juist minder ontvangen). Het kan echter ook gaan om een situatie waarbij concurrente schuldeisers niet worden benadeeld (maar bijvoorbeeld de preferente schuldeisers of de boedelschuldeisers). Het faillissementsbeginsel van de gelijkheid van

begrepen moet worden als uitwerking van het beginsel dat de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar en tussen de schuldeisers onderling wordt bepaald door de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

⁴⁸⁶ Het begrip “voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar” moet ruim worden opgevat. Het kan gaan om de betaling van een geldsom, maar bijvoorbeeld ook om het vestigen van zekerheidsrechten (vgl. HR 22 september 2006, *JOR* 2006/258). Zie nader Polak/Pannevis 2022/7.2.4.2. Zie ook HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104 (*Loeffen q.q./BMH I*): ook de creditering van de bankrekening van de schuldenaar door een betaling van de schuldeiser gevolgd door verrekening van rechtswege in de rekening-courantverhouding tussen de schuldenaar en de bank wordt aangemerkt als een voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar. Zie voorts HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/335 (*Slijm/Brouwer*) en Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2019, *JOR* 2020/66.

⁴⁸⁷ De wetgever heeft slechts de twee hierna genoemde uitzonderingen toegelaten. De Hoge Raad volgt een strikte uitleg van dit artikel. Zie HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I).

⁴⁸⁸ Sinds de inwerkingtreding van de WHOA (*Stb.* 2020, 414) op 1 januari 2021 is een vernietiging wegens wetenschap van de indiening van een faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, niet mogelijk als de behandeling van die aanvraag op basis van de artikelen 3d, tweede lid Fw en 376, tweede lid, onder c Fw is geschorst vanwege de (verzochte) aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of de (aankondiging van de) aanbieding door de schuldenaar van een akkoord.

⁴⁸⁹ De gevolgen van de vernietiging zijn geregeld in artikel 51 Fw. Zie de in artikel 51 lid 1 Fw neergelegde hoofdregel: “Hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.”

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

schuldeisers komt in artikel 47 Fw als regel tot uitdrukking.⁴⁹⁰ Artikel 47 Fw strekt ertoe de benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, ontstaan door de ongelijke behandeling, te herstellen.⁴⁹¹

4.3.2 Verrekening ex artikel 54 Fw

In hoofdstuk 2 is in het kader van de uitzonderingen op de regel van de *paritas creditorum* kort ingegaan op het leerstuk van de verrekening. Verrekening wordt in beginsel gezien als een toegestane mogelijkheid om een feitelijke voorrang te creëren. Het enkele feit dat de ene schuldeiser door verrekening wel betaling ontvangt in de schemerperiode vóór faillissement en de overige schuldeisers niet, is geen grond om deze verrekening aan te tasten. Toch treedt er in de schemerperiode vóór faillissement wel een wijziging op in de regels omtrent verrekening. Door deze wijziging in de regels is in de schemerperiode verrekening soms niet mogelijk, terwijl verrekening wel zou zijn toegestaan, indien er geen sprake zou zijn van een naderend faillissement. De ratio hierachter is gelegen in de bescherming van de gelijkheid van de schuldeisers. Hierna zal ik dit nader toelichten.

In afdeling 6.1.12 BW zijn de reguliere regels die gelden bij verrekening neergelegd.⁴⁹² De bepalingen zijn van regeland recht. Artikel 6:127 lid 2 BW bepaalt dat een schuldenaar bevoegd is tot verrekening wanneer (1) hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld, (2) jegens dezelfde wederpartij, (3) hij bevoegd is tot betaling van zijn schuld en (4) hij bevoegd is tot het afdwingen van betaling van zijn vordering.⁴⁹³

Indien een curator vaststelt dat een vordering of schuld van de failliet teniet is gegaan door verrekening, terwijl op het moment van de verrekening het faillissement nog niet viel te verwachten,

⁴⁹⁰ Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I), onder 3.4: *“In verband daarmee moet worden geoordeeld dat voormelde strekking in het huidige rechtsverkeer niet tot haar recht zou komen en (lees: indien, toevoeging MJN) aan banken een uitzonderingspositie zou worden gelaten die niet valt te rijmen met de onderlinge gelijkheid van crediteuren ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldenaar (...)”* (onderstreping: MJN). In zijn NJ-annotatie bij dit arrest merkt Van der Grinten onder “4” over de strekking van art. 47 Fw op: *“De bepaling wil bereiken, dat de onderlinge gelijkheid van schuldeisers ter zake van het verhaal op het vermogen niet wordt verstoord. Indien de voldoening van de schuld een dergelijke verstoring niet teweeg brengt, moet de bepaling geen toepassing vinden.”* De wetgever (zie Van der Feltz I 1994, p. 449) stelt: *“De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvrage is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijn mede-schuldeisers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt.”* De redelijkheid en billijkheid wordt door de wetgever derhalve genoemd als grondslag. In het geval van artikel 47 Fw zie ik hierbij de gelijke behandeling van schuldeisers als een concrete uitwerking van de redelijkheid en billijkheid. Het is niet billijk in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers dat er sprake is van een ongelijke behandeling doordat de ene schuldeiser wel betaling ontvangt en de overige schuldeisers niet. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt derhalve via de band van de redelijkheid en billijkheid in de regel van artikel 47 Fw tot uitdrukking.

⁴⁹¹ Vgl. Hof Den Bosch, 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5528, r.o. 7.4: *“Art. 47 Fw heeft immers (mede) ten doel om de gelijkheid tussen crediteuren te bevorderen vanaf het moment dat het faillissement is aangevraagd.”*

⁴⁹² Zie artikel 4:93 Awb voor de verrekening van bestuursrechtelijke schulden. Artikel 24 Invorderingswet 1990 bevat een specifieke fiscale verrekeningsbepaling.

⁴⁹³ Zie voorts artikel 6:127 lid 3 BW: *“de bevoegdheid tot verrekening bestaat niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen”*.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

dient hij de verrekening uitsluitend te beoordelen aan de hand van de reguliere verrekeningsregels.⁴⁹⁴ Aan de artikelen 53-55 Fw komt hij derhalve bij deze toetsing niet toe.

Stel, in een (dreigende) faillissementssituatie voelt een goed geïnformeerde schuldeiser nattigheid: vermoedelijk zal hij geen betaling van zijn vordering ontvangen dan wel slechts een bescheiden deel. Een schuldeiser zou hierdoor mogelijk op de gedachte kunnen komen om een schuld die een derde partij aan de schuldenaar heeft over te nemen. Vervolgens kan de schuldeiser dan via verrekening alsnog zijn vordering betaald krijgen. Artikel 54 Fw staat een dergelijke verrekening in de weg en begrenst daarmee de verrekeningsmogelijkheden van afdeling 6.1.12 BW. Meer precies bepaalt artikel 54 lid 1 Fw: “*Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw*⁴⁹⁵ *heeft gehandeld.*”⁴⁹⁶ In artikel 55 Fw is een vergelijkbare regeling opgenomen indien er sprake is van een schuldenaar van de gefailleerde die zijn schuld wil verrekenen met een vordering aan order of toonder.⁴⁹⁷

Indien de curator vaststelt dat een vordering teniet is gegaan door verrekening in de schemerperiode voor faillissement, dient hij de verrekening te toetsen aan de hand van afdeling 6.1.12 BW en artikel 54 lid 1 Fw.⁴⁹⁸ Artikel 53 Fw is niet van belang bij een verrekening die in deze periode is uitgevoerd, nu dit artikel pas geldt vanaf de faillietverklaring.⁴⁹⁹

De ratio achter artikel 54 Fw is het voorkomen van een ongelijke behandeling tussen schuldeisers doordat de ene schuldeiser ongerechtvaardigd bevoordeeld wordt boven de andere schuldeisers. In het geval van artikel 54 Fw is zonder uitzondering de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers van de schuldenaar aan de orde. Eén schuldeiser ontvangt wel betaling en de overige schuldeisers niet. In artikel 54 Faillissementswet komt net als in het geval van de hiervoor besproken variant op de *pauliana* ex artikel 42 Fw en als in artikel 47 Fw het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, en niet de *paritas creditorum*, in een regel tot uitdrukking.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Zie artikel 6:127 BW e.v. Bij sommige rechtsgebieden gelden nadere regels op dit vlak. Denk bij consumentenrecht aan de toetsing van de “grijze bedingen” die betrekking hebben op verrekening zoals opgenomen in artikel 6:233 onder a BW jo artikel 6:237 onder g BW. In het arbeidsrecht gelden bijvoorbeeld bijzondere regels zoals neergelegd in artikel 7:632 BW.

⁴⁹⁵ Een schuldeiser is niet te goeder trouw indien hij weet dat het faillissement van de schuldenaar te verwachten is. Vgl. HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (*Doyer&Kalf*) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*AMRO/Curatoren THB*). Zie voorts: HR 7 april 2017, JOR 2017, 213 (*Jongepier q.q./Drieakker*). Hij is overigens wel te goeder trouw ingevolge art. 54 lid 3 Fw indien (a) de verrekening plaatsvindt nadat de schuldenaar een zogenaamde startverklaring in het kader van de WHOA-procedure heeft gedeponereerd of er door de rechtbank in het kader van een dergelijke procedure een herstructureringsdeskundige is aangewezen én (b) de verrekening wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

⁴⁹⁶ Het gevolg van een succesvol beroep op artikel 54 Fw is dat de verrekeningsverklaring rechtsgevolg mist. Het gevolg bij een verrekening in het kader van een rekeningcourantverhouding is dat de verrekening van rechtswege (ex artikel 6:140 lid 1 BW) als gevolg van de boeking in rekening-courant niet plaatsvindt.

⁴⁹⁷ Zie nader over artikel 55 Fw: Faber 2005, nr. 361-387 en 472-478.

⁴⁹⁸ Voor de toepasselijkheid van artikel 54 Fw in de periode voor faillissement, zie HR 19 november 2004, JOR 2005/19 (*ING/Gunning*), onder 3.8.

⁴⁹⁹ Vgl. Verdaas, *GS Faillissementswet*, artikel 53 Fw, aantekening 3.

⁵⁰⁰ Ook Franken wijst op de gelijkheid van de schuldeisers als grondslag voor art. 54 Fw (vgl. Franken 2019, p. 44). Vgl. voorts HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Rabobank/Curatoren Eurocommerce*) onder

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

Tot slot merk ik nog op (zonder dit volledig in alle facetten uit te werken) dat bij de toepassing van de variant op de pauliana zoals neergelegd in artikel 42 Fw, bij art. 47 Fw en bij art. 54 Fw ook geldt dat voor de vraag of er sprake is van een gelijk geval in het kader van de gelijke behandeling van de schuldeisers, de positie van een individuele schuldeiser in het kader van de beslagexecutie het dominante perspectief is.⁵⁰¹ Zo mag in beginsel slechts degene zich met voorrang verhalen die reeds voor het intreden van de schemerperiode een positie heeft verworven die een uitzondering op de hoofdregel van artikel 3:277 BW rechtvaardigt.⁵⁰² Een bank die schuldeiser is met een rechtsgeldig gevestigd stil pandrecht op de vorderingen van de schuldenaar, mag zich derhalve wel met voorrang verhalen. Het gaat hier immers om een ongelijk geval. Een bank die schuldeiser is, maar geen zekerheidsrecht heeft bedongen in de periode voor de schemerperiode is, moet wel worden aangemerkt als een gelijk geval. De bank kan zich derhalve in een dergelijk geval niet met voorrang verhalen door gebruik te maken van zijn toevallige positie in het bancaire verkeer, waarbij een bank het in zijn macht heeft om via verrekening voldoening te ontvangen.⁵⁰³

4.3.3 Bestuurdersaansprakelijkheid

Indien schuldeisersbenadeling plaatsvindt door de bestuurder, zijn de belangrijkste mogelijkheden tot redres: een vordering op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (2:248 BW/2:138 BW),⁵⁰⁴ een vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling (2:9 BW)⁵⁰⁵ en een vordering op grond van onrechtmatige daad (6:162 BW).⁵⁰⁶ Daarnaast zijn er nog diverse minder frequent voorkomende mogelijkheden tot redres, zoals bijvoorbeeld de vordering op grond van de aansprakelijkheid voor de (misleidende) jaarrekening,⁵⁰⁷ de aansprakelijkheid voor winstuitkeringen,⁵⁰⁸ en de aansprakelijkheid voor rechtshandelingen voorafgaand aan de verplichte inschrijving van de vennootschap in de handelsregister.⁵⁰⁹ Hierna bespreek ik deze regelmatig voorkomende redresmogelijkheden, met uitzondering van de vordering op grond van onrechtmatige daad. Die vordering bespreek ik in het kader van een meer algemene bespreking van de onrechtmatige daad, waarbij die bespreking niet wordt beperkt tot bestuurders.

3.4.4: *“De ratio van de in art. 54 Fw gelegen beperking van de bevoegdheid tot verrekening is bij overneming van een schuld dezelfde als bij overneming van een vordering: het voorkomen van een ongerechtvaardigde bevoordeling boven andere schuldeisers. Ook de regel van het arrest Doyer & Kalff houdt verband met het in de Faillissementswet verankerde (en ook in art. 3:277 BW neergelegde) beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (vgl. in dit verband ook HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517 (NCM/Knottenbelt q.q.), rov 3.4”.* Zie daarnaast de conclusie van de A-G onder 2.7.

⁵⁰¹ Zie hierover hoofdstuk 3.

⁵⁰² Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN).

⁵⁰³ Vgl. HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (AMRO/Curatoren THB).

⁵⁰⁴ Artikel 2:248 BW (voor de B.V.) en artikel 2:138 BW (voor de N.V.). Artikel 2:138 BW geldt ook voor stichtingen en verenigingen waarvan de statuten in een notariële akte zijn opgenomen wanneer zij aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Zie artikel 2:50a BW (voor de vereniging) en artikel 2:300a BW (voor de stichting). Zie voorts voor de buitenlandse rechtspersoon: artikel 10:121 lid 1 BW.

⁵⁰⁵ Artikel 2:9 BW.

⁵⁰⁶ Artikel 6:162 BW.

⁵⁰⁷ Artikel 2:249 BW.

⁵⁰⁸ Artikel 2:216 BW.

⁵⁰⁹ Artikel 2:180 BW.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

4.3.3.1 WBF

De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) die ook wel de “derde anti-misbruikwet” wordt genoemd, geldt sinds 1 januari 1987.⁵¹⁰ Ik bespreek hierna enkele hoofdlijnen van deze wet aan de hand van de bestuurdersaansprakelijkheid voor de B.V. Voor de N.V. geldt in grote lijnen hetzelfde.⁵¹¹ Schuldeisers van een rechtspersoon kunnen zich in beginsel uitsluitend verhalen op het vermogen van de vennootschap. Indien schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden door kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW van de schuldenaar-vennootschap, doet zich een uitzondering op deze regel voor.⁵¹² In dat geval heeft de curator van de schuldenaar-rechtspersoon de bevoegdheid de bestuurder(s)⁵¹³ van de failliet verklaarde rechtspersoon aan te spreken tot betaling van het boedeltekort. Het boedeltekort betreft de schulden van de rechtspersonen minus de eventuele baten.⁵¹⁴ Uitsluitend de curator kan deze vordering instellen. Aansprakelijkheid doet zich voor indien de bestuurder⁵¹⁵ zijn taak kennelijk onbehoorlijk⁵¹⁶ heeft vervuld, en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.⁵¹⁷ Tot zover de regeling, uitsluitend wat betreft de hoofdlijnen.

Ook in de schemerperiode kan er sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Kennelijk onbehoorlijk bestuur dat in deze periode plaatsvindt, zal echter niet snel kunnen worden aangemerkt als belangrijke oorzaak van het faillissement. Immers, indien de schemerperiode reeds is aangebroken, viel het faillissement van de schuldenaar al te verwachten. Kennelijk onbehoorlijk bestuur dat aanleiding geeft tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW, kan wel de aanvang van de schemerperiode markeren doordat het faillissement voorzienbaar wordt.

De vordering op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur is niet gegrond op aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon, maar op aansprakelijkheid jegens de boedel.⁵¹⁸ Door het kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW leiden de schuldeisers van de schuldenaar

⁵¹⁰ Zie nader over de WBF: De Groot 2011. De voorloper van de huidige regeling was het bij wet van 2 juli 1928 (Staatsblad nummer 216) ingevoerde artikel 49a Wetboek van Koophandel (op 1 april 1929 in werking getreden).

⁵¹¹ Zie art. 2:138 BW.

⁵¹² Vgl. Kamerstukken II 1980/1981, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT). Zie voorts Kamerstukken II 1983/1984, 16 631, nr. 6, p.13: *“In ieder geval staat vast, dat benadeling van schuldeisers, steeds bij misbruik de kern van de zaak is”*.

⁵¹³ Artikel 2:248 lid 7 BW stelt overigens gelijk aan de bestuurder degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Artikel 2:248 BW is ook van toepassing op de taakvervulling door de raad van commissarissen (artikel 2:259 BW).

⁵¹⁴ Artikel 2:248 lid 1 BW. Zie voorts HR 20 juni 2008, NJ 2008/356. Tot de schulden wordt ook gerekend de algemene faillissementskosten inclusief het salaris van de curator (HR 10 september 1993, NJ 1994/272). Voor de mogelijkheid tot matiging zie artikel 2:248 lid 4 BW.

⁵¹⁵ Het gaat om een collectieve aansprakelijkheid die rust op het bestuur. Een individuele bestuurder kan onder omstandigheden worden gedisculpeerd (artikel 2:248 lid 3 BW). Ook kan een individuele bestuurder in het kader van een gerechtelijke procedure matiging vorderen (artikel 2:248 lid 4 BW).

⁵¹⁶ Van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Vgl. HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*), HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuis q.q./H*) en HR 26 oktober 2001, NJ 2002/94.

⁵¹⁷ Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht of de publicatieplicht dan heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt dat vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn (artikel 2:248 lid 2 BW).

⁵¹⁸ HR 18 september 2009, NJ 2009/438.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

schade doordat hun verhaalsrecht is uitgehold. Het handelen van het bestuur heeft in beginsel geen gevolgen voor de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers in het kader van de verdeling. Het gaat om een onbehoorlijke taakvervulling en niet om een betaling aan één schuldeiser terwijl de overige schuldeisers geen betaling ontvangen. Indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat (toevallig) juist gelegen is in het doorbreken van de onderlinge verhouding,⁵¹⁹ zal naast artikel 2:248 BW ook een vordering op grond van onrechtmatige daad kunnen worden ingesteld. De strekking van de WBF is dan in ieder geval niet om de rangorderegeling weer te herstellen. Het betreft hier derhalve hoe dan ook geen situatie waarvoor artikel 3:277 BW specifiek geldt.

De conclusie is dan ook dat artikel 2:248 BW in de sleutel staat van het herstel van het verhaalsrecht ex artikel 3:276 BW. Artikel 2:248 BW heeft in beginsel geen betekenis voor de onderlinge verhouding van de crediteuren. Het beginsel van de gelijke behandeling van de schuldeisers komt in artikel 2:248 BW niet als regel tot uitdrukking.

4.3.3.2 Artikel 2:9 BW

Een bestuurder is blijkens artikel 2:9 lid 1 BW tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden (artikel 2:9 lid 2 BW).⁵²⁰

De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon. Bij onbehoorlijke taakvervulling is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade van de rechtspersoon. Bij artikel 2:9 BW gaat het om de interne aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Een vordering op grond van artikel 2:9 BW is dan ook een vordering van de rechtspersoon. Bij faillissement van de rechtspersoon kan de curator⁵²¹ deze vordering instellen. De curator stelt deze vordering echter niet in namens de gezamenlijke schuldeisers, maar als vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Het gaat hier dan ook niet om redres van schuldeisersbenadeling. Herstel van de onderlinge rangorde tussen schuldeisers is al helemaal niet de inzet van een vordering op grond van artikel 2:9 BW. Er is dan ook geen sprake van een regel waaraan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag ligt.

⁵¹⁹ Indien een vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen geldt het volgende. In die situatie staat het (de bestuurder van) de vennootschap in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd. Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft. Doet een bestuurder in deze gevallen toch een betaling zoals hiervoor bedoeld en is van bijzondere omstandigheden geen sprake, dan kan zijn handelwijze al worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur indien hij ernstig rekening ermee had moeten houden dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat de schuldeisers die geen betaling ontvingen onbetaald zouden blijven. Vgl. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576. In dit arrest gaat het om kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW. Het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW is echter gelijk aan het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW. Vgl. De Groot 2011, p. 70 en 92.

⁵²⁰ Zie nader over artikel 2:9 BW: Strik 2010, Kroeze & Wezeman 2015.

⁵²¹ Die exclusief bevoegd is om over het vermogen van de schuldenaar te beschikken.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

Op overige vormen van bestuurdersaansprakelijkheid ga ik niet nader in.⁵²² Deze vormen komen aanmerkelijk minder vaak voor en – belangrijker in dit verband – van een regel waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt is geen sprake. Er is namelijk telkens geen sprake van een situatie waarbij een concurrente schuldeiser wel wordt voldaan, terwijl de overige concurrente schuldeisers geen betaling ontvangen. Een ongelijke behandeling van concurrente schuldeisers doet zich dan ook niet voor.

Daarnaast kan door de curator tegen de bestuurders worden geageerd op grond van artikel 6:162 BW. Deze mogelijkheid bestaat echter ook meer algemeen richting derden die schuldeisersbenadeling hebben veroorzaakt. Daarom bespreek ik hierna de onrechtmatige daad afzonderlijk waarbij ik zowel zal ingaan op onrechtmatig handelen van de bestuurders als op de onrechtmatig handelen door een derde partij in zijn algemeenheid.

4.3.4 Onrechtmatige daad

Hierna bespreek ik onrechtmatige daadvorderingen waarbij een derde partij op onrechtmatige wijze de verhaalsmogelijkheden op de schuldenaar heeft verminderd.

4.3.4.1 Reguliere onrechtmatige daad

In de schemerperiode voor faillissement kan onrechtmatig worden gehandeld door de schuldenaar zonder dat er specifiek verband bestaat met het latere faillissement. Denk bijvoorbeeld aan onrechtmatig handelen doordat een bedrijfsauto een aanrijding veroorzaakt. Deze vorm van onrechtmatig handelen die geen relatie heeft met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, laat ik verder buiten de bespreking. Het gaat hierna uitsluitend om onrechtmatig handelen in het kader van het redres van schuldeisersbenadeling.

4.3.4.2 De vordering van een individuele schuldeiser tegen een derde partij

Een schuldeiser die zijn vordering niet op de schuldenaar kan verhalen vanwege een faillissement, kan soms individueel ten strijde trekken tegen een derde partij die hem heeft benadeeld.⁵²³ In veel gevallen zal de derde partij hierbij zijn de bestuurder van de schuldenaar.⁵²⁴ Het gaat in dergelijke

⁵²² Zie bijvoorbeeld: artikel 2:203 lid 3 BW (en HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/260), artikel 2:139 BW en artikel 2:216 BW.

⁵²³ Bij een samenloop op basis van hetzelfde feitencomplex van de vordering van de individuele schuldeiser en een vordering van de curator wordt eerst op de vordering van de curator beslist en vervolgens op die van de individuele schuldeiser, aldus HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*).

⁵²⁴ Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK9654*, (*Zandvliet/ING*). Een bekend gevalstype hierbij is een op een schending van de zogenaamde Beklamel-norm gegronde vordering. Een bestuurder die een rechtshandeling aangaat namens de vennootschap terwijl hij wist of redelijkerwijs behoort te weten dat de rechtspersoon niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen kan voldoen, kan aansprakelijk zijn op grond van de Beklamel-norm. Deze norm is ontleend aan HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

gevallen niet om een vordering van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers. Een nadere bespreking van dit type vordering valt daarom buiten het bestek van dit hoofdstuk.⁵²⁵

4.3.4.3 De Peeters/Gatzenvordering op grond van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van schuldeisers

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de curator bevoegd is om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar een derde die betrokken is bij benadeling van deze schuldeisers aan te spreken op grond van onrechtmatige daad.⁵²⁶ Deze vordering wordt ook wel aangeduid als de Peeters/Gatzenvordering. Deze vordering kan ook betrekking hebben op een situatie waarbij in de schemerperiode vóór faillissement één schuldeiser nog wel betaling ontvangt, met als gevolg dat voor de overige schuldeisers minder verhaalsvermogen resteert. Hierna ga ik op deze variant van de Peeters/Gatzenvordering nader in.

Een Peeters/Gatzenvordering op grond van onrechtmatig selectief betalen, kan onder omstandigheden ook worden ingesteld als er geen sprake is van paulianeus handelen. Soms zijn op het eerste oog het leerstuk van de faillissementspauliana (de artikelen 42 e.v. en 47 Fw) en het leerstuk van de onrechtmatige daad beide toepasbaar, maar blijken de gewraakte handelingen niet vernietigbaar op grond van de Pauliana. In dat geval kan de curator niettemin jegens een derde aanspraak maken op schadevergoeding wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden die grond bieden aan het kwalificeren van de gedragingen van deze derde als een onrechtmatige daad.⁵²⁷

Er is geen algemene regel op grond waarvan een bestuurder van een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, zelfs niet als hij daarbij geen rekening houdt met eventuele preferenties die tijdens het faillissement van de schuldenaar zouden gelden. Het staat een bestuurder van een vennootschap in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke

⁵²⁵ Wat betreft de relatie tussen deze vordering en de gelijke behandeling van schuldeisers merk ik nog op dat de gelijke behandeling betrekking heeft op de onderlinge verhouding tussen schuldeisers die verhaal zoeken op dezelfde schuldenaar die, naar hij betoogt, specifiek jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Een dergelijke samenloop is hier niet aan de orde, nu de betreffende schuldeiser juist verhaal zoekt onder een derde partij. Van een ongelijke behandeling door het instellen van deze vordering is dan ook geen sprake. Zie ook HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*) en HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) onder 3.4.4. Zie voorts AG Huydecoper in HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) onder 21 en 22 en Kortman c.s. 1996, p. 172. Een tegengeluid laten horen: Verstijlen 2002, p. 619 e.v. en Van Koppen 1998, p. 356 en 357.

⁵²⁶ Zie HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*), HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End q.q.*), HR 23 december 1994, NJ 1996/627 (*Notaris V/Curatoren THB*), HR 23 december 1994, NJ 1996/628 (*Notaris M/Curatoren THB*), HR 15 september 1995, NJ 1996/629 (*Notaris E/Curatoren THB*), HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok*), HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*), HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (*De Bont/Bannenberg q.q.*), HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (*Dekker q.q./Lutèce*), HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 (*Butterman q.q./Rabobank*), HR 5 februari 2016, JOR 2016/144 (*Dekker q.q./Notarissen*) en HR 8 september 2017, NJ 2017/351 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*). Zie nader over de Peeters/Gatzenvordering: Verstijlen & Andel 2006, Van Eeghen 2012 en Franken 2018.

⁵²⁷ Aldus het Hof Den Haag, 22 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:150, onder randnummer 13 (*Kok q.q./Maas*). Zie voorts HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234 (conclusie AG Strikwerda in de zaak *Van Dooren q.q./ABN Amro*).

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.⁵²⁸ Dit uitgangspunt wordt ook wel de betalingsautonomie van het bestuur genoemd.⁵²⁹ Deze vrijheid van een bestuurder van een vennootschap om te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap zullen worden voldaan, is wel beperkter indien een faillissement onafwendbaar is. In die situatie staat het de bestuurder van de vennootschap in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd.⁵³⁰ Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft.⁵³¹

Een bestuurder van een schuldenaar is niet persoonlijk aansprakelijk jegens de gezamenlijke schuldeisers die zijn benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vorderingen, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven de overige schuldeisers. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling (slechts) persoonlijk aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁵³²

Wanneer nu precies een onrechtmatig selectieve betaling in de periode kort voor faillissement onrechtmatige handelen van de bestuurder of een andere derde partij oplevert, staat niet (althans niet in alle gevallen) vast.⁵³³ Voor mijn betoog is slechts van belang om vast te stellen dat er geen algemene norm geldt voor de bestuurder om de gelijke behandeling tussen de schuldeisers van de schuldenaar in de periode voor faillissement te bewaken. Van een regel die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in dit verband uitwerkt is dus geen sprake.

4.4 Samenvattend met betrekking tot de gelijke behandeling van schuldeisers

Resumerend kan ik het hiervoor besprokene met betrekking tot de gelijke behandeling van schuldeisers op meer abstract niveau middels een voorbeeld als volgt weergeven.

⁵²⁸ Vgl. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, r.o.3.5.1 en HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, r.o. 4.1.2.

⁵²⁹ Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1527, onder 5.10 en 5.11. De term wordt voor het eerst gebruikt door Bartman (AA 2011, p. 128).

⁵³⁰ Vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, r.o. 3.4.3 en HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC669 (*Coral Stalt*).

⁵³¹ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*X/Staatssecretaris van Financiën*), r.o. 3.5.2.

⁵³² Aldus geparafraseerd weergegeven HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.2.

⁵³³ Zie voor het debat hierover onder meer: Bartman & Van Hoe 2020, Sixma & Opstroom 2020 en Van Hooff 2021.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

4.4.1 Een derde partij (geen schuldeiser van de schuldenaar) veroorzaakt vermogensbenadeling

Neem de volgende fictieve situatie. De gezamenlijke schuldeisers van een schuldenaar hebben voor een bedrag van € 800.000,00 te vorderen van een schuldenaar. Na vereffening van het vermogen van de schuldenaar is een bedrag van € 500.000,00 beschikbaar. De schuldenaar schenkt aan een derde partij (geen schuldeiser, geen bestuurder) goederen ter waarde van € 100.000,00. In de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers is er niets veranderd. Uitsluitend het verhaalsvermogen is afgenomen waardoor bij een uitkering lagere percentages resteren. De gelijke behandeling van schuldeisers onderling is niet in het geding. Er zijn derhalve geen regels nodig die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in een dergelijke situatie uitwerken.

4.4.2 Een schuldeiser van de schuldenaar veroorzaakt vermogensbenadeling

Neem nogmaals de hiervoor genoemde fictieve situatie. Stel: de schuldenaar verkoopt aan een schuldeiser goederen ter waarde van € 100.000,00 waarna de schuldeiser de koopsom verrekent met zijn vordering op de schuldenaar. Hier is wel sprake van een schending van de gelijke behandeling. In de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers heeft één schuldeiser 100% betaling ontvangen, terwijl voor de overige schuldeisers geldt dat zij een lager percentage ontvangen.

Dat er sprake is van een schending van de gelijke behandeling betekent op zichzelf nog niet dat het handelen van de schuldeiser ongeoorloofd is. Dat is uitsluitend het geval indien het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in een regel tot uitdrukking komt. Dergelijke regels zijn neergelegd in de artikelen 42 (de variant), 47 en 54 Fw.

In de hiervoor besproken situatie werkt de bestuurder van de schuldenaar (uitgaande van een rechtspersoon) mee aan de ongelijke behandeling van de schuldeisers van de schuldenaar. De vennootschap zelf wordt geen schade toegebracht, maar de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De vraag of de bestuurder van de schuldenaar de schuldeisers gelijk moet behandelen, is een andere vraag dan de vraag of een schuldeiser mag toestaan dat hij ongelijk wordt behandeld. Bij een schuldeiser gaat het om de vraag in hoeverre hij rekening moet houden met de belangen van zijn mede-schuldeisers. Een schuldeiser mag meegaan in een ongelijke behandeling, tenzij er sprake is van strijdigheid met de artikelen 42 (de variant), 47 of 54 Fw. Bij de bestuurder van de schuldenaar speelt de vraag in hoeverre hij in de schemerperiode vóór faillissement de verdelingsregels die tijdens faillissement gaan gelden al moet bewaken. In dit verband geldt geen algemene regel op grond waarvan de bestuurder gehouden is de gelijke behandeling tussen de schuldeisers in de periode vóór faillissement te bewaken. Bijzondere omstandigheden kunnen hiertoe wel aanleiding geven.

4.5 Resumé

In de schemerperiode vóór faillissement kan redres van schuldeisersbenadeling op diverse wijzen plaatsvinden. Het gevolg is in alle gevallen dat er hierdoor, in beginsel, meer geld aanwezig is bij de verdeling van het vermogen van de schuldenaar tijdens faillissement.

Hoofdstuk 4. De *paritas creditorum* en de reconstructie van de boedel

Sommige maatregelen in het kader van het redres van schuldeisersbenadeling beschermen specifiek de gelijke behandeling van schuldeisers en voorkomen daarmee dat een schuldeiser op oneigenlijke wijze in de schemerperiode vóór faillissement zijn positie in het kader van de verdeling verbetert. Dergelijke maatregelen zijn regels die (mede) het beginsel van gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking brengen in de periode voor de faillietverklaring. Het gaat hier om de *faillissementspauliana*, neergelegd in de artikelen 42 (zij het beperkt tot de variant) en 47 Fw alsmede het in artikel 54 Fw neergelegde verrekeningsverbod. Buiten deze maatregelen geldt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet vóór de faillietverklaring.

De in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* geldt niet in de periode voor faillissement. De *paritas creditorum* heeft in deze periode geen functie.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

Inleiding

In de vorige hoofdstukken is ingegaan op de gelijkheidsinstrumenten in het kader van de beheerfase. Betoogd is onder meer – in het kader van de bepaling van de functie die de *paritas creditorum* heeft – dat de *paritas creditorum* één van de gelijkheidsinstrumenten is, maar niet *het* exclusieve gelijkheidsinstrument. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten in een faillissement. De vragen die hierbij worden beantwoord zijn:

- wat houdt het stelsel van gelijkheidsregels in, in het kader van de verdelingsfase van een faillissement?
- welke juridische functie (of functies) heeft de *paritas creditorum* in het kader van die verdelingsfase?

In hoofdstuk 3 is aangegeven dat – uitgaande van de normale procedure volgens de systematiek van de wet – de verdelingsfase loopt vanaf het moment dat de boedel in staat van insolventie verkeert. Die situatie doet zich voor indien op de verificatievergadering geen nadere verificatievergadering is bepaald of op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden of indien het aangeboden akkoord is verworpen of de homologatie definitief is geweigerd. Vanaf dat moment staat de verdere afwikkeling van het faillissement in de sleutel van de verdeling van de gerealiseerde baten. In veel gevallen wordt echter een faillissement beëindigd zonder dat een verificatievergadering is gehouden. De faillissementsprocedure kan namelijk op meerdere, en wel meer precies op de volgende zes manieren, eindigen: (1) vernietiging van het faillissementsvonnis,⁵³⁴ (2) omzetting van het faillissement in een WSNP,⁵³⁵ (3) opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten,⁵³⁶ (4) het verbindend worden van de slotuitdelingslijst na de procedure van de vereenvoudigde afwikkeling,⁵³⁷ (5) het verbindend worden van de slotuitdelingslijst nadat een verificatievergadering is gehouden⁵³⁸ en (6) het definitief worden van een aangeboden akkoord.⁵³⁹ Uitsluitend in de vijfde situatie wordt in principe een verificatievergadering gehouden.

Hierna wordt op iedere wijze van afwikkeling van een faillissement ingegaan. Hierbij wordt telkens onderzocht in hoeverre aan het slot van het faillissement gesproken kan worden van verdelingshandelingen (ook indien er sprake is van een wijze van beëindiging waarbij geen verificatievergadering wordt gehouden). De *paritas creditorum* kan als verdelingsregel immers alleen

⁵³⁴ Zie artikel 8-12 Fw.

⁵³⁵ Zie art. 15b Fw. Ook uit artikel 19 lid 1 onder 5 Fw blijkt dat sprake is van een zelfstandige wijze van beëindiging.

⁵³⁶ Zie artikel 16 Fw.

⁵³⁷ Zie artikel 137a Fw.

⁵³⁸ Zie artikel 193 lid 1 Fw.

⁵³⁹ Zie artikel 161 Fw. Zoals hierna zal blijken, maakt de akkoordprocedure strikt genomen geen onderdeel uit van de verdelingsfase. Nu de akkoordprocedure wordt gevoerd in de schemerperiode tussen beheerfase en verdelingsfase én het gaat om één van de wijzen waarop een faillissement kan eindigen, wordt de akkoordprocedure in dit hoofdstuk besproken als ware deze procedure onderdeel van de verdelingsfase.

maar aan de orde komen indien er sprake is van een verdeling. Indien er sprake is van een verdelingsregel zal vervolgens worden bekeken of een rol is weggelegd voor de *paritas creditorum*. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan andere regels dan de *paritas creditorum* waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt.

5.1 Vernietiging van het faillissementsvonnis

5.1.1 Recht van verzet, hoger beroep en cassatie

De faillissementswet kent een gesloten stelsel van rechtsmiddelen.⁵⁴⁰ Een rechtsmiddel kan slechts worden ingesteld indien deze mogelijkheid in de Faillissementswet wordt geopend.⁵⁴¹ Vernietiging van het faillissementsvonnis kan daarom uitsluitend plaatsvinden, indien met succes het rechtsmiddel van verzet, hoger beroep of cassatie wordt aangewend.⁵⁴² Na verzet⁵⁴³, hoger beroep of cassatie moet de rechter spoedig⁵⁴⁴ (opnieuw) beoordelen of de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen zich voordoet.⁵⁴⁵ Indien die toestand zich voordoet, wordt het rechtsmiddel ongegrond bevonden, waarna de curator (die zijn werkzaamheden tijdens de duur van de behandeling zoveel mogelijk heeft beperkt⁵⁴⁶) ex artikel 68 Fw tot beheer en vereffening van de failliet boedel overgaat.⁵⁴⁷ Indien de betreffende toestand door de rechter niet wordt vastgesteld,

⁵⁴⁰ Vgl. Wessels I 2018, p. 263-264.

⁵⁴¹ De Hoge Raad heeft in HR 9 december 1983, NJ 1984/384 uitgemaakt dat tegen de faillietverklaring het rechtsmiddel van rekest civiel, thans het rechtsmiddel van herroeping, niet kan worden ingesteld. Heemskerk schrijft in zijn annotatie (NJ 1984/384): “Dit tendeert naar aanvaarding van Molengraaff’s opvatting, dat de Fw een gesloten systeem van rechtsmiddelen bevat”. In HR 20 april 2007, NJ 2007/243 en HR 14 december 2007, NJ 2008/6 spreekt de Hoge Raad dit ook expliciet uit (“het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet”). Zie voorts HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8179 en Hof Den Bosch 6 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3695 en 29 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2386. Overigens is – ook in het geval van de faillissementsprocedure – doorbreking van het rechtsmiddelenverbod op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad soms mogelijk. Vgl. o.a. HR 8 december 2017, JOR 2018/102.

⁵⁴² Zie nader de procedure in de artikelen 8 tot en met 12 Fw.

⁵⁴³ Ook de curator kan onder omstandigheden pro sé verzet aantekenen. Zie nader hierover HR 18 december 2015, NJ 2016/172 (Hoeksma q.q./RM Trade) en HR 22 december 2017, NJ 2018/154 (Boersen/Stichting Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf).

⁵⁴⁴ Vgl. art. 8 lid 6 jo. art. 4 lid 1 Fw (“met de meeste spoed”).

⁵⁴⁵ Uit de artikelen 8-12 Fw volgt dat relatief korte termijnen gelden om een rechtsmiddel aan te wenden. De Hoge Raad heeft in HR 9 december 1983, NJ 1984/384 in dit verband onder rechtsoverweging 3 opgemerkt: “Deze regeling is in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer gericht op een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring, die ook voor anderen dan pp. verstreckende gevolgen heeft, en stelt daartoe voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen, die ingaan op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt.”

⁵⁴⁶ Vgl. artikel 13 lid 2 Fw In de MvT bij artikel 13 Fw (Van der Feltz I 1994, p. 320) wordt opgemerkt: “de curator zal niet beschikken over den boedel (behoudens de rationeele uitzonderingen in ieders belang van de artikelen 98 en 101); veeleer er zich toe bepalen hem te bewaren. Alle handelingen ... strekken om den boedel pendente lite in zijn geheel te houden”. Zie ook Rb. Zutphen, 30 oktober 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0974.

⁵⁴⁷ Tenzij uiteraard een nieuw rechtsmiddel wordt aangewend. Dan dient eerst de betreffende procedure te worden doorlopen. Zo kan, indien het verzet ongegrond wordt verklaard, de schuldenaar ex artikel 8 lid 3 Fw in hoger beroep komen. Zie voorts artikel 11 Fw. Ook tegen het arrest van het Hof kan worden opgekomen door cassatie in te stellen (zie nader artikel 12 Fw). Recht van verzet is volgens de Hoge Raad (HR 29 oktober 1982, NJ 1983/196) ook mogelijk in geval het faillissement is uitgesproken door het Hof.

zal het rechtsmiddel gegrond worden verklaard. In dat geval wordt het faillissement geacht nimmer te zijn uitgesproken⁵⁴⁸ en verkrijgt de schuldenaar weer de beschikking over zijn vermogen.

5.1.2 De rol van de *paritas creditorum*

Aan de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* komt geen specifieke betekenis toe indien een faillissement wordt vernietigd doordat met succes een rechtsmiddel is aangewend. De *paritas creditorum* is een verdelingsregel, terwijl een verdeling (van enige executieopbrengst) niet aan de orde is. Indien het rechtsmiddel gegrond wordt bevonden, staat vast dat er geen sprake is van een *concursum creditorum* en kan de schuldenaar weer zelf bepalen op welke wijze hij over zijn vermogen beschikt.⁵⁴⁹

Indien het rechtsmiddel ongegrond wordt verklaard, staat vast dat het faillissement zich nog in de beheerfase bevindt en is de verdelingsfase nog niet aangebroken.⁵⁵⁰ In een later stadium zal het faillissement alsdan alsnog worden afgewikkeld op één van de vijf hierna te bespreken wijzen van afwikkeling.

Het enkele feit dat in sommige gevallen de (gewezen) curator direct na de vernietiging de in de procedure (waarbij de faillietverklaring wordt aangevochten) betrokken schuldeisers betaalt vanuit gelden die hij onder zich heeft, maakt dit niet anders. Een curator is geen formele partij in het kader van gemaakte afspraken tussen de schuldenaar en de aanvragende schuldeisers.⁵⁵¹ Hij kan echter wel faciliterend optreden door bijvoorbeeld ontvangen gelden uit te keren op de door de procespartijen overeengekomen wijze. Dat betekent echter niet dat er om die reden sprake zou zijn van een uitdeling in het kader van de verdeling van de executieopbrengst. Na vernietiging van de faillietverklaring verliest de curator zijn hoedanigheid (en de daaraan verbonden

⁵⁴⁸ Zie de nuancering die artikel 13 lid 1 en artikel 13a Fw aanbrengt voor handelingen door de curator verricht (waaronder de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator).

⁵⁴⁹ Zie ook artikel 15 lid 3 Fw de gemaakte faillissementskosten worden betaald door de aanvrager van het faillissement, of na vernietiging door de schuldenaar zelf dan wel door beide in de door de rechter te bepalen verhouding. Van een verdelingshandeling in het kader van het faillissement is derhalve bij de betaling van de faillissementskosten geen sprake.

⁵⁵⁰ Vgl. artikel 13 lid 2 Fw: *“Hangende het verzet, het hoger beroep of de cassatie kan geen raadpleging over een akkoord plaats hebben, noch tot de vereffening van de boedel buiten toestemming van de schuldenaar worden overgegaan.”*

⁵⁵¹ Vgl. HR 30 maart 2018, NJ 2018/181 onder 4.2.3. Over de taak van de curator in het kader van een dergelijke procedure merkt de Hoge Raad hier op: *“Zoals het onderdeel terecht tot uitgangspunt neemt, behoort het bewerkstelligen van de vernietiging van het faillissement niet tot de taak van de curator. Het is aan de schuldenaar zelf om die vernietiging desgewenst uit te lokken en daartoe het nodige te doen en aan te voeren. Tot de taak van de curator behoort wel dat, indien door de schuldenaar een rechtsmiddel tegen de faillietverklaring wordt aangewend, hij de rechter informeert over de toestand van de boedel en dus onder meer inlichtingen geeft die van belang zijn voor de beoordeling of de schuldenaar al dan niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen”*. In het verlengde hiervan merkt de Hoge Raad onder 4.2.4. nog op dat het niet op de weg van de curator ligt om de belangen van de schuldeisers te behartigen door te verzekeren dat de schuldenaar de mededeling aan de rechter uitvoert dat hij zijn schuldeisers zal voldoen. Hiermee verwerpt de Hoge Raad het standpunt dat het Hof Arnhem-Leeuwarden (25 oktober 2016, JOR 2017/50) had ingenomen onder 5.6. *“Wordt in het kader van de gewenste vernietiging van het faillissement een regeling getroffen, dan ligt het op de weg van de curator om de belangen van alle crediteuren te behartigen.”*

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

beschikkingsbevoegdheid),⁵⁵² zodat alleen al om deze reden van een formele uitdeling waarop artikel 3:277 BW van toepassing is, geen sprake kan zijn.⁵⁵³

Ook indien tijdens de procedure gericht tegen de faillietverklaring een derde partij steunvorderingen voldoet, terwijl de vordering van de aanvrager onbetaald blijft, is geen sprake van een schending van de *paritas creditorum*. De *paritas creditorum* ziet slechts op de gelijke behandeling waarop schuldeisers aanspraak hebben bij de voldoening van hun vorderingen uit (de opbrengst van) de goederen van de schuldenaar. Voldoening uit het vermogen van een ander dan de schuldenaar heeft derhalve op deze regel geen betrekking.⁵⁵⁴

5.1.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken

Indien een rechtsmiddel tegen een faillietverklaring wordt aangewend, blijft intussen de faillissementstoestand onverminderd van kracht.⁵⁵⁵ In het faillissementsvonnis is een curator aangesteld en een rechter-commissaris benoemd.⁵⁵⁶ De curator stelt zich zo spoedig mogelijk in verbinding met de gefailleerde⁵⁵⁷ en neemt kennis van aan de gefailleerde gerichte correspondentie.⁵⁵⁸ De curator zal zijn taak echter zoveel mogelijk beperken totdat uitsluitel bestaat over de vraag of het aangewende rechtsmiddel slaagt. Ingrijpende handelingen, zoals het beschikken over activa die tot de boedel behoren of het staken van de onderneming, worden achterwege gelaten, tenzij er een dringende noodzaak bestaat om hier wel toe over te gaan én de handelingen in het belang van de boedel zijn.⁵⁵⁹ De afwikkeling van het faillissement staat in zekere zin in de “pauzestand”, waarbij de taak van de curator zich hoofdzakelijk beperkt tot “het passen op de winkel” in afwachting van, hetzij de vernietiging van de faillietverklaring, hetzij het moment dat de faillissementstoestand definitief zijn intrede doet.

In hoofdstuk 3 is nader toegelicht dat uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers regels voortvloeien die bewaken dat schuldeisers die zijn betrokken in een faillissement zoveel mogelijk op gelijke wijze informatie ontvangen. Voorts vloeien uit het beginsel regels voort (met name de regel neergelegd in artikel 26 Fw) op grond waarvan faillissementsschuldeisers gelijk worden behandeld

⁵⁵² Meer precies is dat op het moment dat het vonnis waarbij de vernietiging is uitgesproken gezag van gewijsde heeft gekregen. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5017, onder 4.7: “De faillissementstoestand treedt met het uitspreken van het faillissement in en blijft ook bestaan na het instellen van een rechtsmiddel. Die rechtstoestand duurt voort totdat het vonnis van faillietverklaring is vernietigd en de uitspraak waarbij de faillietverklaring wordt vernietigd in kracht van gewijsde is gegaan (HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431; Hof Leeuwarden 25 januari 1989, ECLI:NL:GHLEE:1989:AD0598 en Conclusie A-G 18 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:985, onder 2.18)”, welk oordeel heeft stand gehouden bij de Hoge Raad (blijkens HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577).

⁵⁵³ Vgl. artikel 13 lid 1 en art. 15 Fw.

⁵⁵⁴ Zie HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80 (*FloraHolland/Wittekamp q.q.*) en HR 17 januari 2014, NJ 2014/61 (*Unitco*). Zie voorts Hof Den Haag 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:4129, r.o. 8.

⁵⁵⁵ Vgl. artikel 4 lid 5 Fw: het vonnis is “bij voorraad, op de minuut uitvoerbaar, niettegenstaande enige daartegen gerichte voorziening.”

⁵⁵⁶ Vgl. artikel 14 lid 1 Fw. Ook zal de griffier van de rechtbank ex artikel 14 lid 2 Fw het daartoe aangewezen postvervoerbedrijf (c.q. de postvervoerbedrijven) in kennis stellen van het faillissement. Voorts zal het vonnis – ook indien hiertegen een rechtsmiddel is aangewend - onverwijld worden gepubliceerd (artikel 14 lid 3 Fw).

⁵⁵⁷ Vgl. artikel 1.2 Recofa-richtlijnen, versie 15 april 2021.

⁵⁵⁸ Vgl. artikel 14 lid 1 Fw.

⁵⁵⁹ Vgl. HR 11 november 2016, NJ 2017/59, Rb. Noord-Holland, 21 december 2016, JOR 2017/207, Hof Den Haag, 7 mei 2013, JOR 2014/176 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 oktober 2015, JOR 2016/77.

doordat zij uitsluitend via de weg van verificatie hun rechten geldend kunnen maken. In het kader van de procedure tegen de faillietverklaring zijn er echter twee situaties te noemen waarbij deze regels geen werking hebben in de verhouding tussen een faillissementsschuldeiser die wel en een faillissementsschuldeiser die niet in deze procedure is betrokken. De oorzaak hiervan ligt in de botsing van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers met een ander gelijkheidsbeginsel, te weten het beginsel van hoor en wederhoor. In deze botsing komt aan het laatste beginsel het meeste gewicht toe, met als gevolg dat de regels waarin dit beginsel tot uitdrukking komen gelden. Ter toelichting wijs ik op het volgende.

Een hoofdbeginsel van burgerlijk procesrecht is het beginsel van hoor en wederhoor (*audi et alteram partem*). Dit beginsel, dat geldt voor alle civiele procedures, wordt ook wel het gelijkheidsbeginsel genoemd. Het beginsel komt (onder meer⁵⁶⁰) tot uiting in de in artikel 19 Rv neergelegde regels. Bij de totstandkoming van dit artikel is door de wetgever opgemerkt: *“Het eerste artikel van deze afdeling verdient die plaats omdat het hier bedoelde recht op rechterlijk gehoor wel wordt beschouwd als het meest fundamentele beginsel van (burgerlijk) procesrecht. Het gaat hier om het uitgangspunt dat ieder die procedeert de kans moet krijgen zich behoorlijk te verdedigen. Ook valt eronder dat partijen elkaar over en weer in de gelegenheid moeten stellen hun standpunten naar voren te brengen en zich over elkaars standpunten en over in de procedure gebrachte bescheiden uit te laten. Men spreekt ook wel over het verdedigingsbeginsel of over het gelijkheidsbeginsel.”*⁵⁶¹ Met gelijkheid wordt hier bedoeld op de gelijke behandeling die procespartijen in het kader van de betreffende procedure moeten krijgen. Deze gelijke behandeling houdt onder meer in dat procespartijen over dezelfde informatie (zoals met name gegevens en bescheiden die in het geding zijn gebracht en informatie die mondeling is verstrekt aan de rechter) moeten kunnen beschikken.⁵⁶²

Een procedure waarin de faillietverklaring wordt aangevochten, is een civiele procedure die dus beheerst wordt door het in artikel 19 Rv als regel tot uitdrukking komende gelijkheidsbeginsel.⁵⁶³ Schuldeisers die als verzoekende partij het faillissement van de schuldenaar hebben aangevraagd, krijgen op grond van artikel 19 Rv de beschikking over gegevens en bescheiden die in het kader van deze procedure door de schuldenaar of de curator in het geding zijn gebracht. De schuldeiser(s) die het faillissement heeft (hebben) aangevraagd, beschikken hierdoor over gedetailleerde informatie⁵⁶⁴ waarover de overige schuldeisers niet beschikken. De gelijke informatierechten van schuldeisers in het kader van een faillissement worden hiermee doorbroken, doordat schuldeisers die betrokken zijn als verzoekers in de betreffende procedure anders behandeld worden (door wel informatie te

⁵⁶⁰ Zie bijvoorbeeld ook artikel 6 EVRM. Zie nader over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de faillissementsprocedure: Van Apeldoorn 2009, p. 59 e.v.

⁵⁶¹ MvT. 26 855, nr. 3, p. 49-50.

⁵⁶² Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 8-10.

⁵⁶³ Voor de volledigheid merk ik nog op dat in de Faillissementswet (te weten in artikel 362 lid 2 Fw) uitsluitend de toepasselijkheid van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt uitgesloten. Ook hieruit kan worden afgeleid dat artikel 19 Rv (dat immers niet valt onder Titel 1.3) kennelijk wel van toepassing is in het geval van een procedure waarbij de faillietverklaring wordt aangevochten. In het kader van een andere faillissementsprocedure (te weten de behandeling van een verzoek om de verlenging van een termijn ex artikel 58 Fw) heeft de Hoge Raad (zie HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:297, NJ 2016/139), expliciet aangegeven: *“De rechter-commissaris is evenwel gehouden het in art. 19 Rv verankerde beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen.”* Engberts 2016, p. 66-69 onderbouwt nader dat het beginsel van hoor en wederhoor op faillissementsprocedures van toepassing is.

⁵⁶⁴ Zo moet de curator de rechtbank of het Hof informeren over de stand van de boedel. De schuldeisers die het faillissement hebben aangevraagd ontvangen een afschrift van dit document.

ontvangen) dan de overige schuldeisers van de schuldenaar (die geen informatie ontvangen). Op grond van de boekhouding van de failliet, via de schuldenaar, of op grond van rechtstreeks van andere schuldeisers ontvangen correspondentie, kan de curator ermee bekend zijn dat er naast de schuldeisers die het faillissement hebben aangevraagd nog andere schuldeisers zijn. De curator deelt de informatie die hij verkrijgt in de betreffende procedure desondanks in beginsel niet met deze schuldeisers.⁵⁶⁵

Deze ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door het feit dat de in de procedure (waarbij de faillietverklaring wordt aangevochten) betrokken schuldeisers de informatie ontvangen in hun hoedanigheid van procespartij en niet in hun hoedanigheid van schuldeisers in het kader van de *concursum*. Hierbij speelt dat er uitsluitend een botsing is tussen achterliggende beginselen. Op regelniveau geldt dat het (aan het burgerlijk procesrecht ten grondslag liggende) gelijkheidsbeginsel tot uitdrukking komt in artikel 19 Rv, terwijl het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet tot uitdrukking komt in een specifieke regel met betrekking tot het in een dergelijke situatie verschaffen van inlichtingen. Het in hoofdstuk 3⁵⁶⁶ besproken arrest van de Hoge Raad van 21 januari 2005⁵⁶⁷ heeft immers betrekking op een situatie dat er geen regel verplicht tot het verstrekken van de informatie. In die situatie, zo heeft de Hoge Raad bepaald, is er in beginsel geen plaats voor een uit het ongeschreven recht voortvloeiende verplichting van de curator aan een individuele schuldeiser de door deze gewenste inlichtingen te verstrekken en verantwoording af te leggen. Er is derhalve geen sprake van botsende regels. De schuldeisers die het faillissement hebben aangevraagd, hebben aanspraak op informatie op grond van de in artikel 19 Rv neergelegde regel, terwijl er anderzijds geen regel is die de curator noopt tot het verstrekken aan de overige schuldeisers van de schuldenaar.

Naast een ongelijke behandeling op het vlak van de informatieverstrekking is er – vanwege het in artikel 19 Rv neergelegd recht op hoor en wederhoor – soms ook sprake van een andere (meer verstreckende) inbreuk op de gelijke behandeling. Om deze vorm van ongelijke behandeling nader toe te lichten, geef ik hierna allereerst een korte uitleg over de verschillende wijzen waarop een verzet of hoger beroep, afhankelijk van de voorliggende situatie, beoordeeld dient te worden.

Bij de beoordeling van een verzet of hoger beroep tegen de faillietverklaring dient ex artikel 6 lid 3 Fw (opnieuw) te worden onderzocht of *“summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze”*. De beoordeling geschiedt in principe *ex nunc* en niet *ex tunc*. Een toetsing *ex nunc* houdt in dat de beoordeling plaatsvindt naar de toestand op het moment dat de rechter – die over het ingestelde rechtsmiddel oordeelt – beslist. Bij een toetsing *ex tunc* vindt daarentegen de beoordeling

⁵⁶⁵ Artikel 109 lid 2 legt ook pas een verplichting op de curator om bekende schuldeisers aan te schrijven, nadat het vonnis tot faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan. Zie ook conclusie AG bij HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577: *“Onder 2.6 wijst subonderdeel 1.1 er terecht op dat niet valt in te zien op welke grond de curator bij gebreke van een wettelijke bepaling in het algemeen gehouden zou zijn de crediteuren op de hoogte te stellen van de details van een door de schuldenaar in het kader van de gewenste vernietiging van de faillietverklaring getroffen regeling, zodat zij indien gewenst maatregelen kunnen treffen om hun positie veilig te stellen.”*

⁵⁶⁶ Zie paragraaf 3.3.3.

⁵⁶⁷ Zie Hoge Raad in HR 21 januari 2005, NJ 2005/250 (*Funds/Curatoren Jomed II*), onder rechtsoverweging 4.1.

plaats naar de toestand waarop in eerste aanleg op het oorspronkelijke faillissementsverzoek wordt beslist.

Indien de faillietverklaring in eerste aanleg is uitgesproken, is het uitgangspunt dat de faillietverklaring en de daarmee ingetreden toestand van het faillissement de rechtspositie van alle schuldeisers bepaalt.⁵⁶⁸ Dit betekent onder meer dat indien het rechtsmiddel van hoger beroep wordt aangewend en in appel vast komt te staan dat de vordering van de aanvrager niet meer bestaat, dit enkele feit niet betekent dat de toestand te hebben opgehouden te betalen niet langer bestaat. De rechter in hoger beroep dient *ex nunc* te beoordelen op basis van een nader onderzoek of desondanks de toestand van te hebben opgehouden te betalen is blijven bestaan. De appelrechter is hierbij niet lijdelijk, maar moet – zoals de Hoge Raad het uitspreekt – dit zelfstandig beoordelen.⁵⁶⁹

Indien er sprake is van een schuldenaar die op het oorspronkelijke faillissementsverzoek niet is gehoord en die vervolgens verzet aantekent, geldt het volgende.⁵⁷⁰ In dat geval dient ook een toetsing *ex nunc* plaats te vinden, maar mag de rechter geen ambtshalve onderzoek verrichten. Dit kan betekenen dat een faillietverklaring wordt vernietigd, terwijl de curator (en de rechtbank) bekend is met het feit dat bij een ambtshalve toetsing de faillietverklaring in stand zou blijven. Deze situatie doet zich voor indien de curator ermee bekend is dat de schuldenaar – naast de schuldeisers die betrokken waren bij de faillissementsaanvraag – nog meer schuldeisers heeft. Voor deze laatste groep schuldeisers hoeft de schuldenaar – ondanks het feit dat de faillissementstoestand inmiddels is ingetreden – niet aan te tonen dat na vernietiging betaling van hun vordering voldoende is gewaarborgd. Deze groep schuldeisers wordt daarmee anders behandeld dan de schuldeisers die betrokken waren bij de faillissementsaanvraag. Normaal gesproken – buiten het kader van de procedure strekkende tot de vernietiging van de faillietverklaring – zou immers gelden dat faillissementsschuldeisers hun rechten uitsluitend geldend kunnen maken via de weg van verificatie *ex* artikel 26 Fw. Alle faillissementsschuldeisers ontvangen hierdoor op dit vlak in beginsel dezelfde behandeling. In het kader van de procedure gericht tegen de faillietverklaring geldt echter dat schuldeisers met een verifieerbare vordering die het faillissement hebben aangevraagd, anders worden behandeld dan schuldeisers met een verifieerbare vordering die het faillissement niet hebben aangevraagd. De eerste groep wordt *de facto* behandeld als tot boedelschuldeisers gepromoveerde dwangcrediteuren die met voorrang betaling ontvangen, terwijl de overige faillissementsschuldeisers *de facto* behandeld worden als schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering.

De achterliggende ratio is dat de schuldenaar het recht heeft om alsnog gehoord te worden. Het verzet, een toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor, is hierbij te beschouwen als een voortzetting van het geding waarin verstek was verleend voor dezelfde rechter, maar nu op tegenspraak.⁵⁷¹ Het ambtshalve betrekken door de rechtbank in het kader van het verzet van

⁵⁶⁸ Vgl. HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17 en HR 10 december 2006, *NJ* 2006/610.

⁵⁶⁹ Daarnaast dient de appelrechter *ex tunc* te toetsen of de rechtbank in eerste aanleg geen (kennelijk) onjuiste beslissing heeft gegeven, bijvoorbeeld omdat van onjuiste feiten is uitgegaan. Vgl. Biemans 2020 en Houwing in zijn annotatie bij HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17.

⁵⁷⁰ Vgl. Wessels I 2018, p. 270. Zie voorts HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 en HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204.

⁵⁷¹ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 230-231. Zie voorts HR 5 mei 2015, *NJ* 2015/320 (*HSK/Bosma*) en HR 23 juni 1993, *NJ* 1993/559.

informatie van de zijde van de curator over andere schuldeisers zou dit recht doorkruisen. De rechter dient zich lijdelijk op te stellen, net zoals de rechter in eerste aanleg. Dit betekent dat de rechter gebonden is aan de stellingen van partijen (te weten de schuldeiser (of schuldeisers) die het faillissement heeft (hebben) aangevraagd en de schuldenaar). De gebondenheid betekent dat in verzet slechts het partijdebat bepaalt hetgeen aan de orde kan worden gesteld.⁵⁷²

De conclusie is derhalve dat in de twee hiervoor besproken situaties het uit het (in het burgerlijk procesrecht vigerende) gelijkheidsbeginsel voortvloeiende recht op hoor en wederhoor in de verzetprocedure tegen de faillietverklaring zwaarder weegt dan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.

5.2 Omzetting faillissement in WSNP

Hierna wordt ingegaan op de mogelijkheid dat een faillissement wordt beëindigd door omzetting in de schuldsaneringsregeling. In tegenstelling tot de overige vijf wijzen van beëindiging, geldt dat beëindiging via de weg van omzetting in een schuldsaneringsregeling uitsluitend mogelijk is voor een schuldenaar die natuurlijk persoon is.

Op 1 december 1998 is de Wettelijke regeling Schuldsanering Natuurlijk Personen (WSNP) in werking getreden. Het doel van de regeling is dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat een natuurlijke persoon faillieert.⁵⁷³ Indien mogelijk dient voorrang te worden gegeven aan (de behandeling van een verzoek tot) de toepassing van de schuldsaneringsregeling boven (de behandeling van een verzoek tot) het faillissement van een natuurlijke persoon.⁵⁷⁴ De natuurlijke persoon ten aanzien van wie de faillietverklaring is verzocht, kan een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling indienen zolang de behandeling van het faillissementsverzoek nog niet is gesloten. Daarbij heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dit ook nog mogelijk is indien het faillissementsverzoek, nadat het door de rechtbank is afgewezen, in hoger beroep wordt behandeld. Is evenwel eenmaal het faillissement uitgesproken, dan kan de schuldenaar – ook indien hij hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis tot faillietverklaring – slechts binnen de in art. 15b Fw vermelde grenzen om toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoeken.⁵⁷⁵ Daarvan is sprake indien redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden dat de gefailleerde wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de geldende termijn⁵⁷⁶ geen verzoekschrift tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend of, indien het faillissement is uitgesproken, op eigen aangifte van de schuldenaar.⁵⁷⁷

⁵⁷² Vgl. Biemans 2020, p. 26-27 en Wessels I 2018/1397.

⁵⁷³ Zie de art. 3 en 3a Fw. en de MvT *Kamerstukken II*, 1992/1993, 22 969, nr. 3, p. 29. Vgl. Wessels I 2018, p. 202. Gelet op deze strekking heeft de Hoge Raad (HR 29 januari 2010, *NJ* 2010/69) bijvoorbeeld geoordeeld dat de in art. 3 lid 1 Fw genoemde termijn van veertien dagen geen fatale termijn is.

⁵⁷⁴ Vgl. art. 3a lid 1 Fw. Zie ook HR 6 april 2007, *NJ* 2007/205.

⁵⁷⁵ Aldus HR 26 maart 2021, *NJ* 2021, 128 onder 3.2.2. Uit dit arrest blijkt ook dat in de verzetprocedure gericht tegen de faillietverklaring de schuldenaar om toelating tot de schuldsaneringsregeling kan verzoeken. Vgl. voorts HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/296.

⁵⁷⁶ Zie artikel 3 lid 1 Fw.

⁵⁷⁷ Zie voor uitzonderingen op deze regel artikel 15b lid 3 Fw.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

Indien een omzettingsverzoek wordt toegewezen,⁵⁷⁸ wordt het faillissement opgeheven onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling.⁵⁷⁹ In dat geval wordt de boedel in de stand waarin die zich bevindt overgenomen door de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling.⁵⁸⁰ Van een verdeling is alsdan geen sprake.⁵⁸¹ Die komt (mogelijk) pas aan de orde in het kader van de uitvoering van de schuldsaneringsregeling. Aan de *paritas creditorum* komt in het kader van deze omzetting dan ook geen betekenis toe.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers manifesteert zich in het kader van de omzettingsprocedure in de volgende twee regels die zijn opgenomen in de Faillissementswet.⁵⁸² Allereerst is (van oudsher) de griffier verplicht om de opheffing van het faillissement te communiceren via de publicatie van een bericht in de Staatscourant.⁵⁸³ De publicatie strekt ertoe derden (waaronder alle schuldeisers van de schuldenaar) in kennis te stellen van de beëindiging van het faillissement.⁵⁸⁴ Door deze regel hebben alle schuldeisers in gelijke mate de mogelijkheid om kennis te nemen van de opheffing en worden zij derhalve wat dat betreft gelijk behandeld.⁵⁸⁵

Daarnaast wordt ex artikel 19 Fw de omzetting geregistreerd in het Centraal Insolventieregister dat door de Raad voor de Rechtspraak⁵⁸⁶ wordt bijgehouden. Dit register is via het internet door iedereen te raadplegen.⁵⁸⁷ De gelijke behandeling is hierbij niet het doel van de registratie.⁵⁸⁸ Naar mijn mening leidt de gekozen vorm (registratie op een in beginsel voor een ieder en dus ook voor iedere schuldeiser toegankelijke wijze) er wel (mede) toe de gelijke behandeling van schuldeisers te waarborgen. Zo bezien is de eis dat de registratie in het Centraal Insolventieregister moet plaatsvinden een regel die (mede) de gelijke behandeling van schuldeisers beschermt.

⁵⁷⁸ Volledigheidshalve moet hieraan worden toegevoegd: en geen rechtsmiddel wordt aangewend dan wel een rechtsmiddel tevergeefs wordt aangewend. Overigens kan uitsluitend de schuldenaar een rechtsmiddel instellen. Zie art. 15c Fw.

⁵⁷⁹ Vgl. Art. 15b Fw.

⁵⁸⁰ Vgl. artikel 15d Fw.

⁵⁸¹ De mogelijkheid van omzetting bestaat ook uitsluitend tijdens de beheerfase van een faillissement. Artikel 15b lid 1 Fw bepaalt dat een dergelijk verzoek niet kan worden ingediend nadat de verificatievergadering is gehouden dan wel nadat de rechter-commissaris een beschikking ex artikel 137a lid 1 Fw heeft afgegeven.

⁵⁸² Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat buiten de Faillissementswet in artikel 39 Handelsregisterbesluit ook een regel is opgenomen die betrekking heeft op publicatie van een beëindiging van een faillissement op een in beginsel voor een ieder toegankelijke wijze (te weten in het Handelsregister).

⁵⁸³ Vgl. art. 15b lid 6 Fw jo art. 293 Fw. Zie ook hoofdstuk 1 onder 1.3 Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, versie 15 april 2021.

⁵⁸⁴ Dit geldt in zijn algemeenheid daar waar de Faillissementswet publicatie van een bericht in de Staatscourant voorschrijft. Vgl. Van der Feltz I 1994, memorie van toelichting bij artikel 14 Fw, p. 324: *“Dagbladen worden daarentegen in den tegenwoordigen tijd door een ieder gelezen. Zij zijn allengs het middel van publiciteit bij uitnemendheid geworden. Openbaarmaking in de Staatscourant is voorgeschreven, opdat er een bepaald dagblad zij waarvan men vooruit weet, dat men elk faillissement in het geheele land er in zal kunnen vinden.”*

⁵⁸⁵ Hier doet niet aan af, dat feitelijk gezien wellicht weinig schuldeisers daadwerkelijk de Staatscourant raadplegen. De mogelijkheid staat in gelijke mate voor iedere schuldeiser open.

⁵⁸⁶ Ex artikel 19a Fw jo. het besluit van 24 november 2005, *Stb.* 2005, 599.

⁵⁸⁷ Zie www.rechtspraak.nl onder “Registers”.

⁵⁸⁸ Over de ratio achter dit register (destijds nog – uiteraard offline - decentraal aangehouden bij iedere rechtbank) merkt de wetgever (Van der Feltz I 1994, p. 337) op: *“opdat een ieder alvorens krediet te geven uit officiële bron het financieel verleden van den kredietzoekende kan leeren kennen”*. Mede gelet op het feit dat de geregistreerde gegevens na een beperkte tijd weer worden verwijderd uit het systeem (op www.rechtspraak.nl wordt vermeld zes maanden na beëindiging van de insolventie) is het maar zeer de vraag of dit nog steeds het doel van de registratie is.

5.3 Opheffing bij gebrek aan baten

5.3.1 De regeling

Indien in een faillissement, nadat de curator alle baten te gelde heeft gemaakt, onvoldoende boedelactief aanwezig is om de boedelschuldeisers te voldoen, is er sprake van een zogenaamde negatieve boedel. Er doet zich dan opnieuw een *concursum creditorum* voor.⁵⁸⁹ De rechtbank kan in een dergelijke situatie ex art. 16 Fw de opheffing van het faillissement bevelen. Dit wordt ook wel genoemd een opheffing bij gebrek aan baten of een opheffing vanwege de toestand van de boedel.

De opheffing heeft tot gevolg dat de curator defungeert en de schuldenaar weer het beheer en de beschikking over zijn vermogen⁵⁹⁰ verkrijgt. Schuldeisers kunnen op grond van de normale (buiten faillissement geldende) regels weer executiemaatregelen treffen, met dien verstande dat een schuldeiser op grond van artikel 18 Fw uitsluitend binnen drie jaar na de opheffing van het faillissement opnieuw een aanvraag tot faillietverklaring kan indienen, indien wordt aangetoond dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden.⁵⁹¹

In de praktijk wordt het merendeel van de faillissementen opgeheven bij gebrek aan baten.⁵⁹² Desondanks is de wettelijke regeling (neergelegd in de artikelen 16-18 Fw) summier te noemen.⁵⁹³ Door het lapidaire karakter van de regeling is in het verleden discussie ontstaan over de vraag of de *paritas creditorum* in het kader van de afwikkeling van een faillissement bij gebrek aan baten wel van toepassing is.⁵⁹⁴ Dit brengt mij op de (mogelijke) rol van de *paritas creditorum* in het kader van de opheffing van een faillissement bij gebrek aan baten.

5.3.2 De rol van de *paritas creditorum*

In het kader van de opheffing bij gebrek aan baten moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat er in het geheel geen actief voorhanden is en de situatie dat er wel actief ter verdeling beschikbaar is. Indien er in het geheel geen sprake is van een boedel die financiële middelen bevat, is een verdeling onder de schuldeisers überhaupt niet aan de orde. In dat geval komt dan ook geen betekenis toe aan de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum*.

⁵⁸⁹ De uiterste consequentie zou zijn dat een curator van een negatieve boedel q.q. in staat van faillissement zou kunnen worden verklaard. De Hoge Raad heeft deze mogelijkheid verworpen in HR 26 april 1923, *NJ* 1923/833.

⁵⁹⁰ Waarbij onder vermogen (voornamelijk) zal moeten worden verstaan: schulden.

⁵⁹¹ Ditzelfde geldt voor de schuldenaar die binnen deze periode van drie jaar een eigen aangifte faillietverklaring wil indienen.

⁵⁹² In 2015 is hiervan bijvoorbeeld sprake in 73% van de gevallen waarin in dat jaar een faillissement werd beëindigd (zie CBS 2016, p. 18; zie ook de tabel op p. 19 waaruit blijkt dat in 2004, 2006, 2008 en 2010 eveneens het merendeel van de faillissementen werd beëindigd vanwege gebrek aan baten).

⁵⁹³ Zie ter vergelijking het aantal artikelen dat is gewijd aan de minder frequent voorkomende situatie dat het faillissement eindigt na een uitdelingsprocedure (artikel 173 tot en met 194 Fw).

⁵⁹⁴ Zie o.a. Smits 1935, p. 62 en Polak 1972, p. 344.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

In het geval er wel actief voorhanden is, dient een verdeling onder de boedelschuldeisers plaats te vinden.⁵⁹⁵ In hoofdstuk 3 is reeds toegelicht dat de boedelschulden moeten worden beschouwd als kosten van executie in de zin van artikel 3:277 BW. Pas na voldoening van deze kosten komt een verdeling tussen de overige schuldeisers aan de orde. Zo gezien lijkt in een dergelijke situatie geen betekenis toe te komen aan de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum*. De concurrente schuldeisers ontvangen immers geen betaling. Aan de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* kan in een dergelijke situatie desalniettemin betekenis toekomen. Deze stelling wordt hierna verder uitgewerkt.

Een verdeling onder de boedelschuldeisers in het geval van een negatieve boedel kan in theorie op verschillende wijzen plaatsvinden. In de literatuur zijn hierover in het verleden de volgende twee opvattingen naar voren gekomen:

- alle boedelschuldeisers ontvangen betaling naar rato van hun vordering (een *paritas creditorum* op het niveau van de boedelschuldeisers derhalve),⁵⁹⁶
- de verdeling tussen de boedelschuldeisers onderling vindt plaats op de voet van 1178 BW (oud) (het toenmalige artikel 3:277 BW);⁵⁹⁷

De discussie in de literatuur scharnierde derhalve om de vraag of art. 1178 e.v. BW van toepassing was (de *paritas creditorum* geldt, tenzij er sprake was van door de wet erkende redenen van voorrang) dan wel of de gewone burgerrechtelijke regels niet van toepassing waren en het actief ponsd-ponsgewijs verdeeld moest worden.

In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*⁵⁹⁸ heeft de Hoge Raad gekozen voor de eerste benadering en uitgemaakt dat indien het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van iedere schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang.⁵⁹⁹

Artikel 3:277 BW is dus (naar analogie) ook van toepassing in het kader van de afwikkeling van een negatieve boedel. Dat betekent dat eerst de boedelschulden moeten worden voldaan die zich laten kwalificeren als kosten van executie en vereffening (waartoe volgens de Hoge Raad in ieder geval het

⁵⁹⁵ Wanneer er voldoende baten aanwezig zijn om alle boedelvorderingen te voldoen dan is een verdeling niet aan de orde. In dat geval zullen alle boedelvorderingen worden voldaan, waarna afwikkeling via één van de andere beëindigingswijzen zal plaatsvinden (maar niet via een opheffing bij gebrek aan baten).

⁵⁹⁶ Zie Wachter in zijn annotatie onder het vonnis van de Rb. Arnhem, 18 juni 1982, *NJ* 1983, 249. Zie voorts Smits 1935, p. 62: “Men vindt, meen ik, voor ons geldend recht geen grond om in deze een verschil te maken tussen de verschillende boedelschulden. Ik kan mij daarom vereenigen met de opvatting, dat de boedelschulden uit het ontoereikend actief ponsdsgewijze voldaan moeten worden.”

⁵⁹⁷ Zie o.a. Ribbius 1909, p. 472-473 en Polak 1972, p. 344. Zie voor verdere literatuurverwijzingen het overzicht dat AG Mok geeft in zijn conclusie bij het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*, HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, onder 4.4 en 4.5.

⁵⁹⁸ HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). Voorheen was in lagere rechtspraak reeds in gelijklopende zin beslist: Rb. Utrecht 12 februari 1954, *NJ* 1954/733; Rb. Arnhem 18 juni 1982, *NJ* 1983/249, Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186 en Pres Rb. Breda 14 augustus 1984, *NJ* 1985/306. Zie ook: HR 30 juni 1995, *NJ* 1996/554 (*Mees Pierson/Mentink q.q.*) en HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187, r.o. 3.3.4 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

⁵⁹⁹ Op het moment van wijzen van arrest gold nog het oude recht. De Hoge Raad geeft expliciet aan dat Titel 10 van Boek 3 BW tot een gelijk resultaat leidt (zie rechtsoverweging 3.5).

salaris en de verschotten van de curator behoren).⁶⁰⁰ Uit de resterende netto-opbrengst dienen vervolgens de preferente boedelschulden te worden voldaan. Resteert er dan nog actief, dan is de regel van de *paritas creditorum* van toepassing. Alsdan moet het resterende actief ponsd-ponsgewijze (dus naar rato van de omvang van ieders vordering) worden verdeeld onder de concurrente boedelschuldeisers.⁶⁰¹ Concurrente boedelschuldeisers in het kader van een faillissement dat wordt opgeheven bij gebrek aan baten, hebben hierdoor een vergelijkbare positie als concurrente schuldeisers in het kader van een faillissement dat wordt afgewikkeld doordat de slotuitdelingslijst verbindend wordt (zie hierna onder 5.5: “*uitdelingsprocedure na verificatievergadering*”).

Zoals hiervoor besproken geeft de Hoge Raad aan dat de boedelschulden “*in beginsel*” naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan. De verdelingsregel van de *paritas creditorum* geldt dus niet zonder meer. Hierna wordt ingegaan op een situatie waarin sprake is van een uitzondering op de regel dat boedelschulden, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang, pro rata worden betaald.

Indien tijdens faillissement aan de boedel onverschuldigd wordt betaald, is er in beginsel sprake van een concurrente boedelvordering.⁶⁰² Een dergelijke vordering zou derhalve betaald moeten worden overeenkomstig de *paritas creditorum*. De Hoge Raad heeft echter uitgemaakt dat in het geval van een kennelijk onverschuldigde betaling na faillissementsdatum, de curator verplicht is om – nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat hier sprake is van een onmiskenbare vergissing – uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald. De aard van deze verplichting brengt mee dat de curator haar zo spoedig mogelijk behoort na te komen, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan aan de aanspraken van andere boedelcrediteuren. Ook brengt de aard van de verplichting mee dat de curator te dier zake geen bijdrage in de algemene faillissementskosten mag verlangen en slechts de redelijke kosten in mindering mag brengen die als gevolg van de vergissing en het nakomen van bedoelde verplichting mochten zijn veroorzaakt.⁶⁰³ In dat geval geldt dus een uitzondering op de *paritas creditorum*. Er is sprake van een superpreferente schuld die direct moet worden voldaan door de curator.

⁶⁰⁰ Vgl. artikel 16 lid 2 Fw.

⁶⁰¹ Vanwege de summier wettelijke regeling is discussie mogelijk over de precieze volgorde waarin boedelvorderingen moeten worden gezet in het kader van de afwikkeling. De door Franken e.a. 2011, p. 48, in het geval van een negatieve boedel aanbevolen afwikkelingsvolgorde acht ik redelijk en passend binnen het geldende stelsel. De door hem aanbevolen volgorde is: “*a. [Door curator reeds betaalde crediteuren met feitelijke voorrang], b. Door curator aangegane verplichtingen jegens door hem ingeschakelde derden, c. Salaris en verschotten curator, d. Preferente boedelcrediteuren overeenkomstig hun rangorde, e. Overige (concurrente) boedelschulden.*”

⁶⁰² HR 14 december 1984, NJ 1985/288 (*Floritex*). Zie ook artikel 24 Fw.

⁶⁰³ HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*). Zie ook HR 7 juni 2002, NJ 2002/608 (*Komdeur q.q./NN*), HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 (*Van der Werf q.q./BLG*) en HR 31 oktober 2014, NJ 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*). Het is (dogmatisch) lastig de superpreferente vordering onder te brengen in één van de in hoofdstuk 1 besproken vijf categorieën uitzonderingen op de *paritas creditorum*. In de literatuur wordt aangenomen dat de Hoge Raad een op zichzelf staande beslissing heeft genomen, waaruit geen algemene regels kunnen worden afgeleid (zie Wolfert 2007, p. 76. Zie ook Vranken in zijn noot onder HR 7 juni 2002, NJ 2002/608 (*Nationale Nederlanden/Komdeur q.q.*): “*Ontvanger/Hamm is Einzelfallgerechtigheit, een arrest dat volkomen op zichzelf staat. Er zou veel gewonnen zijn wanneer wij dit zouden accepteren in plaats van te blijven zoeken, bijv. nu weer naar aanleiding van het onderhavig arrest, naar zijn inpasbaarheid in het systeem van voorrang bij faillissement (want daar gaat het om, niet om verrijkingsvragen).*”

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

Deze door de Hoge Raad gecreëerde uitzondering op de *paritas creditorum* (in het geval er per vergissing door een derde een bedrag is betaald) lijkt eenmalig te zijn en lijkt zich ook niet te lenen voor analoge toepassing op vergelijkbare situaties.⁶⁰⁴

De conclusie is dat de *paritas creditorum* in beginsel naar analogie van toepassing is in het kader van de afwikkeling van een faillissement bij gebrek aan baten, mits er enerzijds wel baten aanwezig zijn om te verdelen onder de concurrente boedelschuldeisers, maar anderzijds die baten niet toereikend zijn om de concurrente boedelschuldeisers volledig te voldoen.

5.3.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt in de wet aan de orde waar het betreft de verplichting van de griffier om de opheffing van het faillissement te communiceren via de publicatie van een bericht in de Staatscourant.⁶⁰⁵ De publicatie strekt ertoe alle schuldeisers in kennis te stellen van de beëindiging van het faillissement.⁶⁰⁶ Daarnaast komt het beginsel tot uitdrukking in de regel dat de opheffingsbeschikking in het openbaar moet worden uitgesproken.⁶⁰⁷ Tot slot dient nog te worden genoemd dat de opheffing in het Centraal Insolventieregister (waarvan een ieder en dus ook iedere schuldeiser via internet kan kennisnemen) wordt aangetekend.⁶⁰⁸

5.4 Vereenvoudigde afwikkeling

5.4.1 De regeling

Sinds 1 augustus 2002 kent de Faillissementswet een specifieke procedure om een faillissement vereenvoudigd af te wikkelen.⁶⁰⁹ De regeling is bedoeld voor faillissementen waar, na vereffening van de baten, blijkt dat er enerzijds voldoende actief is om de boedelkosten te bestrijden,⁶¹⁰ maar er anderzijds onvoldoende boedelactief is om een uitkering te kunnen doen aan de concurrente schuldeisers. In dat geval vindt geen verificatievergadering plaats,⁶¹¹ maar wordt volstaan met de deponering ter griffie van de rechtbank van een door de curator opgemaakte en door de rechter-commissaris goedgekeurde uitdelingslijst.⁶¹² Op deze uitdelingslijst worden de preferente schuldeisers naar rangorde geplaatst.⁶¹³ De aanwezige baten worden met inachtneming van de

⁶⁰⁴ Zie HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (*Hamm q.q./ABN Amro*), onder 4.3.3. In HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabo/Verdonk q.q.*) heeft de Hoge Raad bepaald dat de uitzondering op de verdelingsregels zoals aanvaard in *Ontvanger/Hamm q.q.* niet kan worden doorgetrokken naar de situatie dat de curator op onrechtmatige wijze stil verpande vorderingen heeft geïncasseerd.

⁶⁰⁵ Vgl. art. 14 jo art. 18 Fw.

⁶⁰⁶ Vgl. hetgeen hierover is opgemerkt in paragraaf 5.2.

⁶⁰⁷ Zie artikel 16 lid 1 Fw.

⁶⁰⁸ Zie artikel 19 en 19a Fw. Zie ook paragraaf 5.2 hiervoor.

⁶⁰⁹ De regeling is opgenomen in de Vijfde afdeling A en genaamd: vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen (artikelen 137a tot en met 137g Fw). Zie voor de wetshistorie: *Kamerstukken II* 27199.

⁶¹⁰ Een afwikkeling bij gebrek aan baten is daarom niet aan de orde.

⁶¹¹ Zie artikel 137a lid 1 Fw.

⁶¹² Vgl. artikelen 137c-137e Fw.

⁶¹³ Artikel 137c lid 2 Fw.

rangorde uitgekeerd. Het faillissement is opgeheven op het moment dat de uitdelingslijst verbindend is geworden.⁶¹⁴

5.4.2 De rol van de *paritas creditorum*

Bij een vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement worden de aanwezige baten verdeeld aan de hand van een door de curator opgestelde uitdelingslijst. Er is dus sprake van een verdeling. De procedure van de vereenvoudigde afwikkeling leidt echter niet tot enige betaling aan de concurrente crediteuren.⁶¹⁵ Het volledige boedelactief gaat naar de boedelschuldeisers en de schuldeisers met een recht van voorrang. In de verdelingsfase speelt de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW dan ook geen rol. De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW heeft immers uitsluitend betrekking op de concurrente schuldeisers van de schuldenaar (schuldeisers hebben onderling een gelijk recht op voldoening naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang).

5.4.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt in het kader van de vereenvoudigde afwikkeling tot uitdrukking in procedurele regels die schuldeisers onderling gelijke rechten toekennen. Deze regels hebben betrekking op het (gelijke) recht van schuldeisers op informatie. Zo dient de curator *alle* bekende schuldeisers schriftelijk in kennis te stellen van de beslissing van de rechter-commissaris om tot vereenvoudigde afwikkeling over te gaan en van de neerlegging van de uitdelingslijst ter griffie van de rechtbank.⁶¹⁶ Daarnaast geven deze regels schuldeisers het recht om te ageren tegen een handelwijze van de curator bij het opstellen en inrichten van de uitdelingslijst die in strijd is met de wettelijke voorschriften.⁶¹⁷ Dit recht komt tot uitdrukking in de mogelijkheid voor iedere schuldeiser (dus ook een concurrente schuldeiser) om bezwaar aan te tekenen tegen de uitdelingslijst.⁶¹⁸ Door bezwaar in te stellen kunnen schuldeisers voorkomen dat door fouten van de curator bij het opstellen van de uitdelingslijst, de gelijke behandeling niet in acht wordt genomen.⁶¹⁹

⁶¹⁴ Zie nader over de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen: Wessels VI 2020, p. 169-190 en De Moor & Schoorlemmer 2005.

⁶¹⁵ Vgl. art. 137a lid 1, 137d lid 4 en 137e lid 3 Fw. Indien alsnog zodanige baten opkomen dat de boedel toereikend wordt om ook de concurrente vorderingen geheel of gedeeltelijk te voldaan, dient alsnog een verificatievergadering te worden gehouden (art. 137 g Fw). Alsdan wordt het faillissement niet langer op vereenvoudigde wijze afgewikkeld, moet vindt afwikkeling plaats op de wijze als beschreven in de volgende paragraaf.

⁶¹⁶ Vgl. artikel 137a lid 2 Fw en art. 137d lid 3 en 4 Fw. Voorts moet de curator aankondiging doen in de Staatscourant zodat ook de niet bij de curator bekende schuldeisers hiervan kennis kunnen nemen.

⁶¹⁷ Vgl. Wessels VII 2021, p. 147. Zie voorts HR 8 juni 1962, *NJ* 1962/525 en Rb. Rotterdam 4 augustus 2009, *LJN* BJ6343.

⁶¹⁸ Artikel 137a lid 1 Fw. In het derde lid van dit artikel wordt bepaald dat dit verzet door een concurrente schuldeisers niet kan worden gegrond op het enkele feit dat zijn vordering niet op de uitdelingslijst is geplaatst.

⁶¹⁹ Vgl. Rb. Amsterdam 5 november 2010, *JOR* 2011/200. De rechtbank noemt – tegen de achtergrond van de voorliggende casus – uitsluitend de gelijke behandeling van de concurrente schuldeisers. Hetzelfde geldt echter voor preferente schuldeisers indien de gelijke behandeling in hun onderlinge verhouding niet in acht is genomen.

Daarnaast komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in het kader van de vereenvoudigde afwikkeling tot uitdrukking in een regel over de rang die preferente schuldeisers onderling hebben indien er sprake is van een situatie waarbij er voorrechten op hetzelfde goed rusten. Tussen de preferente schuldeisers onderling geldt dan op grond van artikel 3:281 lid 1 BW: “*voorrechten die op hetzelfde goed rusten, hebben gelijke rang, tenzij de wet anders bepaalt.*”

5.5 Uitdelingsprocedure na verificatievergadering

5.5.1 De regeling

Hierna wordt ingegaan op de volgens het systeem van de Faillissementswet normale wijze van afwikkeling van een faillissement:⁶²⁰ te weten de vereffening en aansluitend de verdeling van de baten onder alle schuldeisers.

Indien er in een faillissement voldoende baten aanwezig zijn om te komen tot een uitkering aan de concurrente schuldeisers, wordt een verificatievergadering bepaald.⁶²¹ Aan het einde van de verificatievergadering worden de niet-betwiste vorderingen geplaatst op de lijst van erkende vorderingen.⁶²² Betwiste vorderingen worden – indien op de verificatievergadering geen schikking kan worden getroffen – verwezen naar een renvooiprocedure.⁶²³

Indien op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden, indien het aangeboden akkoord is verworpen of de homologatie van het akkoord definitief is geweigerd, verkeert de boedel van rechtswege in staat van insolventie.⁶²⁴ Vanaf dat moment vangt de verdelingsfase aan.⁶²⁵ De curator stelt vervolgens een uitdelingslijst op die hij ex artikel 180 Fw ter goedkeuring voorlegt aan de rechter-commissaris. De uitdelingslijst geeft aan, hoe de beschikbaar gekomen gelden onder de schuldeisers moeten worden verdeeld.⁶²⁶ Na verkregen goedkeuring wordt de lijst ter kosteloze inzage gelegd aan de schuldeisers.⁶²⁷ Als er geen verzet is aangetekend tegen de uitdelingslijst⁶²⁸ (of de beschikking op het verzet is afgegeven⁶²⁹), wordt de uitdelingslijst verbindend⁶³⁰ waarna de curator tot uitkering overgaat.⁶³¹ Het faillissement eindigt zodra de slotuitdelingslijst verbindend is geworden.⁶³²

⁶²⁰ Vgl. Wessels VII 2021, p. 7.

⁶²¹ Zie artikel 108 Fw.

⁶²² Zie artikel 121 Fw.

⁶²³ Artikel 122 Fw.

⁶²⁴ Artikel 173 Fw.

⁶²⁵ Vgl. Wessels VII 2021, p. 6 en 7.

⁶²⁶ Vgl. Rb. Rotterdam, 4 augustus 2009, *LJN* BJ6343 en HR 17 maart 1930, *NJ* 1930/468.

⁶²⁷ Vgl. artikel 183 Fw.

⁶²⁸ Artikel 184 Fw. Zie ook artikel 186 Fw.

⁶²⁹ Ex artikel 185 Fw.

⁶³⁰ Zie artikel 187 lid 4 Fw.

⁶³¹ Artikel 192 Fw.

⁶³² Vgl. 193 lid 1 Fw. Na de slotuitdelingslijst kunnen er nog baten aanwezig blijken te zijn die tijdens het faillissement niet bekend waren. Alsdan geldt op grond van artikel 194 Fw dat de curator op bevel van de rechtbank overgaat tot vereffening en verdeling daarvan op de grondslag van de vroegere uitdelingslijsten. Vervolgens is het faillissement alsnog geëindigd.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

Op grond van art. 193 lid 1 Fw eindigt het faillissement van rechtswege zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd. Overigens wordt in dat geval ook een uitdelingslijst opgeteld waarbij de curator na het verbindend worden tot uitkering overgaat.⁶³³ De ratio van deze bepaling is dat wanneer de curator voldoende opbrengst heeft gerealiseerd om (na voldoening van de boedelkosten), de geverifieerde vorderingen te voldoen, het doel van het faillissement is bereikt.⁶³⁴ Eventuele nog aanwezige baten worden alsnog niet meer te gelde gemaakt door de curator. In de meeste gevallen⁶³⁵ zal deze situatie zich niet voordoen.

5.5.2 De rol van de *paritas creditorum*

In het kader van de hiervoor beschreven reguliere uitdelingsprocedure, vindt een verdeling van de gerealiseerde baten plaats waarbij op voorhand duidelijk is dat ook de concurrente schuldeisers betaling zullen ontvangen. De rangorde tussen de schuldeisers vloeit in het kader van deze procedure bij het doen van de uitkeringen voort uit Titel 10 Boek 3 BW. De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW geldt hierbij als verdelingsregel die – nadat de boedelcrediteuren en de preferente crediteuren zijn voldaan – bepaalt dat het resterende actief pro rata wordt verdeeld over de concurrente schuldeisers. Dit komt onder meer tot uitdrukking in artikel 180 lid 2 Fw waarin wordt bepaald: *“Voor de concurrente schuldeisers worden de door de rechter-commissaris te bepalen percenten uitgetrokken”*.

De gelijkgerechtigdheid tussen de concurrente schuldeisers moet hierbij strikt in acht worden genomen. De *paritas creditorum* is – met betrekking tot de verdeling van het actief dat resteert nadat de boedel- en preferente schuldeisers zijn voldaan – een harde regel waarvan niet mag worden afgeweken. De curator is in beginsel⁶³⁶ dan ook persoonlijk aansprakelijk indien hij zich bij het doen van uitkeringen niet houdt aan deze regel.⁶³⁷ In een dergelijke situatie heeft de curator in

⁶³³ Vgl. Wessels VII 2021/7254.

⁶³⁴ Vgl. Hoge Raad 24 april 2020, NJ 2020/291.

⁶³⁵ Zie voor enkele (bekende) voorbeelden waarin alle geverifieerde schuldeisers zijn voldaan en er vervolgens zelfs nog sprake was van een boedelooverschot: HR 24 juni 2016, NJ 2016/497 (*Boele's Scheepwerven*), Rb. Amsterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3751 (*Van der Moolen*) en Rb. Den Haag 26 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755 (*Mexx*). Het gaat hier om uitzonderingen op de regel dat de baten de schulden niet overtreffen.

⁶³⁶ In beginsel, want hem moet ook een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt. Vgl. Hoge Raad in HR 9 november 2018, NJ 2018/464 onder 3.5.4. Zie voorts (over een situatie waarbij de curator aan de verkeerde schuldeiser heeft betaald) Rb. Rotterdam, 6 augustus 1998, JOR 1999, 16: *“Wanneer de uitdeling heeft plaatsgevonden aan een ander dan de op de uitdelingslijst voorkomende schuldeiser, wil dit niet zonder meer zeggen dat de curatoren hiervoor persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. In het algemeen heeft te dezen te gelden dat curatoren ervan mogen uitgaan dat concurrente schuldeisers vanaf het moment van erkenning van hun vordering eigener beweging de voor een eventuele uitdeling relevante wijzigingen aan de curator melden. Dit ligt slechts anders indien de curator voor hij tot uitdeling overgaat over zodanige gegevens beschikt, dat hij op grond daarvan ernstig behoort te twijfelen of de voorgenomen uitdeling wel bij de juiste schuldeiser terecht zal komen en de curator alsdan nalaat om een en ander op juistheid te controleren.”*

⁶³⁷ Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden, 30 januari 2018, RI 2018/37 onder 5.14: *“De curator was gebonden aan art. 3:277 BW en (het systeem van) Faillissement dat alle baten onder alle schuldeisers worden verdeeld. De rangorde van de schuldeisers en de wijze van verdeling is nauwkeurig in de wet vastgelegd. De Faillissementswet geeft regels die gevolgd moeten worden om tot verdeling te komen. In die zin kwam de curator geen beoordelingsvrijheid toe. De curator heeft niet in overeenstemming hiermee gehandeld. De curator was op de hoogte van de aanzienlijke vordering van Atropa, nu deze hem reeds uit de surseance van betaling bekend was. De curator had er zorg voor moeten dragen dat Atropa op gelijke voet als de andere*

beginsel niet gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.⁶³⁸ Bij de persoonlijke aansprakelijkheid van een curator moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de curator gebonden is aan regels en de situatie dat dit niet het geval is. Indien de curator gebonden is aan regels geldt een stringente toetsing.⁶³⁹ De in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* is in deze context een regel die hij – op straffe van in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid – moet naleven.

Net als in het individuele executierecht⁶⁴⁰ heeft de *paritas creditorum* in het kader van de reguliere uitdelingsprocedure (en in geval van de opheffing bij gebrek van baten) twee functies: het bewaken van de gelijke behandeling bij de verdeling (de formele functie) en het verdelen van de netto-opbrengst, na voldoening van de kosten van de executie, naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar (de materiële functie). Iedere concurrente schuldeiser met een geverifieerde vordering wordt geplaatst op de uitdelingslijst ex artikel 180 Fw en heeft een gelijke kans bij het maken van aanspraak op de verdeling. Deze formele kansgelijkheid staat los van de verdelingsmaatstaf die wordt gehanteerd. Ex artikel 180 lid 2 Fw worden voor de concurrente schuldeisers door de rechter-commissaris te bepalen percenten uitgetrokken. Op welk percentage een concurrente schuldeisers hierbij recht heeft, wordt bepaald door de materiële functie van de *paritas creditorum*. Op grond van deze functie ontvangt de concurrente schuldeiser een betaling naar evenredigheid van zijn vordering.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt tot uitdrukking in de formele functie. Aan iedere concurrente schuldeiser wordt een gelijke rang toegekend (zoals aan iedere preferente schuldeiser een rang wordt toegekend op grond van artikel 3:281 lid 1 BW). In zoverre is de *paritas creditorum* een formele regel die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerkt. Het beginsel van de gelijkheid komt naar mijn mening echter niet tot uitdrukking in de materiële functie. Een betaling naar evenredigheid kan niet worden aangemerkt als een verdeling waarbij schuldeisers gelijk worden behandeld. In het laatste geval zou immers aan een iedere schuldeiser een gelijk

concurrente schuldeisers zou meedelen in de boedel. (...) Gelet op het vorenstaande komt het hof tot het oordeel dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat ten opzichte van Atropa de paritas creditorum ernstig is geschonden. Dit leidt tot het oordeel dat de curator zowel in hoedanigheid als in persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die Atropa als gevolg daarvan heeft geleden.” Zie voorts: Rb. Rotterdam, 24 maart 1924, W. 11210 en Rb. Utrecht, 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR0713. Zie Rb. Midden-Nederland 23 maart 2016, JOR 2016/311 voor een situatie waarbij de curator q.q. aansprakelijk is voor het niet betalen van een preferente schuldeiser.

⁶³⁸ Zie de standaardarresten HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*) en HR 16 december 2011, NJ 2011/515 (*Prakke/Gips*).

⁶³⁹ Zie Hoge Raad in HR 9 november 2018, NJ 2018/464 onder 3.5.2.: “Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (zie het hiervoor in 3.5.1 genoemde arrest *Prakke/Gips*). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.”

⁶⁴⁰ Zie paragraaf 2.6.2.

bedrag worden uitbetaald. De evenredige verdeling zou eerder kunnen worden beschouwd als een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast geldt dat uit het formele beginsel van de gelijkheid van schuldeisers naar de aard van dit beginsel geen materiële verdelingsaanspraken kunnen voortvloeien. Procedurele rechtvaardigheid moet strikt worden onderscheiden van distributieve rechtvaardigheid. In een civiele procedure tussen twee procespartijen die strijden om de toedeling van een bepaald goed, geldt dat deze procespartijen gelijk moeten worden behandeld op grond van het artikel 19 Rv neergelegde gelijkheidsbeginsel.⁶⁴¹ Intussen staat deze gelijke behandeling geheel los van de uitkomst van de procedure waarbij het goed aan slechts één van de twee partijen kan worden toebedeeld. Zo geldt ook dat in de faillissementsprocedure de schuldeisers gelijk moeten worden behandeld op grond van de regels die voortvloeien uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (waaronder de formele functie van de *paritas creditorum*). Deze gelijke behandeling heeft in de faillissementsprocedure intussen niets te maken met de uitkomst van de procedure. De uitkomst wordt bepaald door de verdelingsmaatstaf, hetgeen in het geval van de *paritas creditorum* de betaling naar evenredigheid is.

In hoofdstuk 1 is ingegaan op de herkomst van de *paritas creditorum*. Hierbij is vastgesteld dat in de literatuur het standpunt wordt ingenomen dat de *paritas creditorum* oorspronkelijk zowel inhield dat er (1) vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen) geen verschil in behandeling meer mocht zijn tussen de schuldeisers alsmede dat (2) vanaf de *missio in bona* de schuldeisers in beginsel pondspondsgewijs betaald moeten worden. Het eerste element komt in het huidige faillissementsrecht terug in de regels waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komen. De formele functie van de *paritas creditorum* komt hierbij tot uitdrukking in een formele regel waarin het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking komt. Het tweede element komt in ons positieve recht terug in de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel. De materiële functie van de *paritas creditorum* komt tot uitdrukking in deze verdelingsregel. Het onderlinge verband – de eenheid (de *paritas creditorum* waarin beide elementen samen komen), maar ook het verschil (de gelijke behandeling van schuldeisers in de procedure versus de wijze waarop de opbrengst wordt verdeeld) – tussen de regels komt aldus fraai tot uitdrukking.

Ter relativering moet ik er nog wel op wijzen dat aan de formele functie (alhoewel de naam: *paritas creditorum* in letterlijke zin aan deze functie refereert) in praktische zin maar beperkt betekenis toekomt. De functie heeft uitsluitend betrekking op de gelijke behandeling van schuldeisers bij de verdeling. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt in de beheerfase en in de schemerperiode tot uitdrukking in andere regels. Ook zonder de formele functie (derhalve: artikel 3:277 BW zonder de bepaling dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben) zouden schuldeisers bij de verdeling gelijk worden behandeld. Immers, op grond van met name artikel 26 Fw en op grond van de clause in artikel 3:277 BW: “*behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang*” worden uitsluitend geverifieerde schuldeisers toegelaten tot de verdeling en worden deze schuldeisers ingedeeld in concurrente schuldeisers en overige schuldeisers, waarbij iedere concurrente schuldeiser in aanmerking komt voor een betaling naar evenredigheid. De formele functie heeft dan ook meer een symbolische dan een praktische functie. De essentie van de *paritas creditorum* is gelegen in de materiële functie: de evenredige verdelingsregel.

⁶⁴¹ Zie nader hierover paragraaf 5.1.3.

5.5.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken

Het beginsel van gelijke behandeling komt tot uitdrukking in regels waarin aan schuldeisers gelijke rechten worden toegekend. Deze regels kunnen betrekking hebben op het gelijke recht op informatie. In dit verband moet gedacht worden aan de verplichting van de curator (ex artikel 183 Fw) om iedere schuldeisers schriftelijk te informeren over de neerlegging van de uitdelingslijst. Daarnaast gelden ook hier regels over de communicatie van de beëindiging van het faillissement.⁶⁴² In dit verband verwijst ik naar hetgeen hierover eerder is opgemerkt.⁶⁴³

Daarnaast kunnen deze regels betrekking hebben op het recht van een schuldeiser om op te komen tegen een ongelijke behandeling die tot gevolg heeft dat hij minder ontvangt dan een schuldeiser met een gelijke positie. Zo kent artikel 184 Fw aan iedere schuldeiser het recht toe verzet aan te tekenen tegen de uitdelingslijst. Via deze weg kan worden opgekomen tegen een ongelijke behandeling in strijd met de wet.⁶⁴⁴ Voorts strekt artikel 181 Fw ertoe de rechten van schuldeisers met een voorwaardelijke vordering in het kader van de verdeling van de gerealiseerde baten te beschermen.⁶⁴⁵ Artikel 181 Fw bepaalt: “Voor de voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen worden op de uitdelingslijst de percenten over het volle bedrag uitgetrokken.” Deze vorderingen tellen op de uitdelingslijst mee voor het volle bedrag. Uitkering vindt echter eerst dan plaats, als over de betreffende vorderingen is beslist.⁶⁴⁶ Door deze regeling wordt voorkomen dat een schuldeiser met een voorwaardelijk toegelaten vordering anders wordt behandeld dan een schuldeiser met een reeds geverifieerde vordering.⁶⁴⁷

5.6 Het akkoord

5.6.1 De regeling

De Faillissementswet kent vier regelingen die betrekking hebben op een akkoord: het faillissementsakkoord,⁶⁴⁸ het surseanceakkoord,⁶⁴⁹ het WSNP-akkoord en⁶⁵⁰ het onderhandse akkoord.⁶⁵¹ In het kader van de faillissementsprocedure kan uitsluitend een beroep worden gedaan op het faillissementsakkoord. In het vervolg wordt dan ook uitsluitend aan deze regeling aandacht besteed.

⁶⁴² Zie artikel 193 lid 1 Fw. jo. artikel 14 lid 3 Fw. Zie voorts artikel 19 lid 1 onder 5 Fw.

⁶⁴³ Zie paragraaf 5.2.

⁶⁴⁴ Vgl. Rb. Amsterdam 5 november 2010, *JOR* 2011/200. Onder 3.9 van dit vonnis wordt over artikel 184 Fw opgemerkt dat deze bepaling beoogt te voorkomen “dat door fouten van de curator op de uitdelingslijst de gelijke behandeling van concurrente crediteuren van de gefailleerde niet is gewaarborgd”.

⁶⁴⁵ Vgl. Noteboom, GS Faillissementswet, artikel 181 Fw (online bijgewerkt tot 15 oktober 2020).

⁶⁴⁶ Vgl. artikel 189 lid 1 Fw.

⁶⁴⁷ Waartoe ook moet worden gerekend de schuldeiser die een aanspraak heeft op grond van een overeenkomst krachtens de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Vgl. artikel 180 lid 1 jo. Artikel 110 lid 3 Fw

⁶⁴⁸ De wettelijke regeling van het faillissementsakkoord is opgenomen in de artikelen 138-172a Fw.

⁶⁴⁹ Zie de artikelen 252-281 Fw.

⁶⁵⁰ 329-332, 333a, 335 en 337-340 Fw.

⁶⁵¹ Zie de artikelen 369-387 Fw, waarin de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is neergelegd. In het kader van de WHOA is er een besloten en een openbare akkoordprocedure (zie artikel 369 lid 6 Fw). Zo gezien kent de Faillissementswet strikt genomen vijf regelingen die betrekking op een akkoord.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

Het faillissementsakkoord is een wettelijk saneringsinstrument dat in 1893 door de wetgever in de Faillissementswet is opgenomen.⁶⁵² Het doel van het faillissementsakkoord is het voorkomen van gerechtelijke vereffening.⁶⁵³ Dit doel staat haaks op het hoofddoel van een faillissement om het vermogen van de schuldenaar te liquideren teneinde de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers. Volgens de wetgever is intussen gelijkheid tussen de schuldeisers een belangrijke leidende gedachte bij zowel het faillissement als het akkoord.⁶⁵⁴

Het akkoord heeft alleen betrekking op concurrente schuldeisers.⁶⁵⁵ Boedelschuldeisers, separatisten en preferente schuldeisers blijven buiten het akkoord.⁶⁵⁶ Zij moeten dan ook in beginsel volledige betaling van hun vorderingen ontvangen.⁶⁵⁷

Het akkoord kan worden gekwalificeerd als een (meerpartijen)overeenkomst tussen de gefailleerde en zijn gezamenlijke schuldeisers,⁶⁵⁸ zij het dat benadrukt moet worden dat het gaat om een overeenkomst *sui generis*.⁶⁵⁹ Dat er sprake is van een overeenkomst met een geheel eigen aard blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat sommige regels uit het verbintenissenrecht hierop niet van toepassing zijn.⁶⁶⁰ Zo geldt bij een akkoord bijvoorbeeld dat de minderheid van schuldeisers kan worden gebonden door de meerderheid.⁶⁶¹ Daarom wordt ook wel gesproken van een dwangakkoord.

⁶⁵² Zie voor een systematische uiteenzetting van het akkoord: Soedira 2011 en Wessels VI 2020.

⁶⁵³ Vgl. Wessels VI 2020, p. 8 en Leuftink 1995, p. 255.

⁶⁵⁴ Zie Van der Feltz II 1994, p. 146: "...gelijkheid tusschen de schuldeischers, het doel èn van het faillissement èn van elk akkoord...".

⁶⁵⁵ Vgl. artikel 145 Fw.

⁶⁵⁶ Uit artikel 143 Fw volgt dat schuldeisers met een voorrangrecht van stemming zijn uitgesloten. In artikel 157 Fw wordt geregeld dat het akkoord voor deze schuldeisers niet verbindend is. Dat het akkoord evenmin van toepassing is op boedelschuldeisers blijkt uit artikel 163 Fw ("*de kosten van het faillissement, moeten in handen van de curator worden gestort*"). Dit volgt m.i. (ook) uit het feit dat het akkoord een overeenkomst is tussen de schuldenaar en zijn gezamenlijke schuldeisers. De boedelschuldeisers – die in een rechtsverhouding staan met de curator en niet met de schuldenaar – zijn dus geen partij bij deze overeenkomst.

⁶⁵⁷ Vgl. 163 Fw.

⁶⁵⁸ Vgl. Reumers 2020, onder 8.1.1, VI, p. 14, Soedira 2011, p. 43 e.v., Molengraaf 1936, p. 480 en Van der Feltz II 1994, p. 144 e.v. Zie voorts HR 18 mei 1990, NJ 1991/412 en Rb. Rotterdam, 6 februari 2019, JOR 2017/117 onder 3.14: "*Een akkoord dient te worden aangemerkt als een overeenkomst tussen de gefailleerde en zijn gezamenlijke schuldeisers en de homologatie daarvan als een bekrachtiging van die overeenkomst door de rechter.*" De wetgever (Van der Feltz II 1994, pagina 145) beschouwt de gezamenlijke schuldeisers hierbij als een vereniging van personen: "*Naast de vereeniging uit overeenkomst staat die uit de wet. Met eene zoodanige heeft men hier te doen. De gemeenschap van belangen, de noodzakelijkheid besluiten mogelijk te maken die alle schuldeischers binden, rechtvaardigen deze wijze van behandeling.*".

⁶⁵⁹ Vgl. Mennens 2020/343: "*Het insolventieakkoord is een overeenkomst, maar één van geheel eigen aard.*" Zie voorts Wibier 2012, p. 96: "*Is een akkoord nu wel of geen overeenkomst? Ik denk dat dit uiteindelijk een redelijk zinloze vraag is. Een akkoord is een bijzondere, in de Faillissementswet geregelde figuur dat elementen in zich heeft van een overeenkomst (de schuldenaar biedt iets aan aan zijn schuldeisers, schuldeisers kunnen daarmee akkoord gaan) en elementen van een insolventieprocedure (via een akkoord is het mogelijk langs gerechtelijke weg van een deel van je schulden af te komen, ook ten opzichte van schuldeisers die niet willen meewerken aan een herstructurering).*"

⁶⁶⁰ Zo kent een akkoord een eigen van het gewone recht afwijkende regeling voor de gevolgen van de niet-nakoming hiervan (zie nader hierover: Soedira 2011, p. 61-63 en vgl. de art. 165-172 Fw) en kan een akkoord bijvoorbeeld niet worden aangetast op grond van de in de artikelen 3:44 BW en 6:228 BW neergelegde wilsgebreken (zie nader hierover Soedira 2011, p. 55-60).

⁶⁶¹ Op het individuele niveau van een schuldeiser hoeft dus niet te gelden dat een overeenkomst tot stand komt volgens de in artikel 6:217 BW neergelegde regel (te weten: een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan). Indien een schuldeiser niet instemt met het voorstel van de schuldenaar

Daarnaast blijkt de eigen aard van de overeenkomst ook uit het feit dat diverse regels uit het faillissementsrecht van toepassing zijn op een akkoord (terwijl normaal gesproken dergelijke regels niet van toepassing zijn op een overeenkomst).⁶⁶²

De sanering van de schulden in het kader van een faillissementsakkoord vindt plaats door tegen finale kwijting concurrente⁶⁶³ schuldeisers (gedeeltelijk) te betalen.⁶⁶⁴ Hiertoe is vereist dat op de verificatievergadering een meerderheid van stemgerechtigde concurrente schuldeisers (die bovendien tezamen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen)⁶⁶⁵ het door de schuldenaar aangeboden akkoord aanneemt, en de rechtbank het akkoord heeft gehomologeerd (bekrachtigd).⁶⁶⁶ De rechtbank kan in het kader van de homologatie op een door haar vast te stellen grond, maar ook ambtshalve de homologatie van een akkoord weigeren.⁶⁶⁷ In drie nader in de wet omschreven gevallen moet de rechtbank de homologatie weigeren.⁶⁶⁸ Eén van deze gevallen is het verbod op homologatie van een akkoord indien het tot stand is gekomen door één of meer schuldeisers te begunstigen.⁶⁶⁹ Indien de rechtbank het akkoord heeft gehomologeerd, eindigt het faillissement vervolgens van rechtswege zodra het homologatievonnis in kracht van gewijsde is gegaan.⁶⁷⁰ Indien het akkoord niet wordt nagekomen door de schuldenaar, kan iedere schuldeiser ontbinding vorderen.⁶⁷¹ Indien de vordering tot ontbinding van het akkoord wordt toegewezen, wordt de heropening van het faillissement bevolen.⁶⁷² Tot slot wordt nog opgemerkt dat de stemming over een akkoord plaatsvindt terwijl de beheerfase wordt afgesloten, maar de

kan hij (indien de meerderheid wel instemt en hierbij ook overigens wordt voldaan aan de in artikel 145 Fw gestelde eisen) namelijk toch gebonden zijn op de voet van artikel 157 Fw. Dit is dus een voorbeeld waaruit blijkt dat een regel uit het verbintenissenrecht opzij wordt gezet.

⁶⁶² Zo is, blijkens artikel 157 Fw, een akkoord bijvoorbeeld pas verbindend voor alle concurrente schuldeisers nadat het door de rechter is bekrachtigd (hetgeen uitsluitend mogelijk is na een toetsing door de rechter aan de hand van specifiek in de Faillissementswet opgenomen homologatiecriteria).

⁶⁶³ Zekerheidsgerechtigden, boedelschuldeisers en schuldeisers met een recht van voorrang dienen in beginsel volledig te worden voldaan. Alhoewel de fiscus als preferente schuldeiser niet aan een akkoord is gebonden, is er wel beleid ontwikkeld waaronder de belastingdienst met gedeeltelijke betaling kan instemmen. Zie nader Wessels VI 2020/6043 met verdere vermelding van literatuur.

⁶⁶⁴ Het gaat derhalve om een uitzondering op de regel dat een faillissement is gericht op liquidatie.

⁶⁶⁵ Zie artikel 145 Fw. In afwijking van artikel 145 Fw kan de RC ook een akkoord vaststellen indien één van de twee in artikel 146 Fw omschreven situaties zich voordoet. Zie Rb. Den Haag 22 juni 2017, *JOR* 2017/279 voor een voorbeeld waarbij een verzoek ex artikel 146 Fw wordt afgewezen.

⁶⁶⁶ Zie artikel 138 Fw e.v. De Hoge Raad (HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *JOR* 2003/211, (*ICH/UPC*), r.o. 3.3.2) heeft over het karakter van deze procedure geoordeeld, dat: "(i) de procedure over de homologatie van een akkoord niet moet worden gezien als een procedure op tegenspraak tussen partijen doch als een op een spoedige beslissing over het akkoord gerichte procedure, (ii) de rechter daarin naar eigen inzicht zijn goedkeuring van het akkoord verleent of weigert zonder daarbij in enig opzicht gebonden te zijn aan hetgeen door de bewindvoerder, de schuldeisers en de schuldenaar als hun standpunt naar voren is gebracht (HR 15 december 2000, nr. R00/116, NJ 2001, 262) en (iii) mitsdien ook niet de gewone regels van stelplecht en bewijslast van toepassing zijn."

⁶⁶⁷ Zie artikel 153 lid 3 Fw.

⁶⁶⁸ Zie 153 lid 2 Fw.

⁶⁶⁹ Zie artikel 153 lid 2 sub 3 Fw.

⁶⁷⁰ Zie artikel 161 Fw. Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat

⁶⁷¹ Zie artikel 165 Fw.

⁶⁷² Zie artikel 167 Fw. Na heropening van het faillissement wordt de *paritas creditorum* overigens beschermd door artikel 171 Fw.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

verdelingsfase nog niet is aangebroken.⁶⁷³ Je zou dan ook kunnen zeggen dat een akkoord wordt gerealiseerd op het grensvlak tussen de beheerfase en de verdelingsfase.

5.6.2 De rol van de *paritas creditorum*

Het akkoord is een wijze van afwikkeling van een faillissement waarbij een verdeling aan de orde is (hetzij van een geldbedrag, hetzij van vermogensrechten zoals aandelen, hetzij een combinatie hiervan). Om die reden onderzoek ik hierna of de *paritas creditorum* een functie heeft (en zo ja welke functie) bij de verdeling die in het kader van een faillissementsakkoord plaatsvindt.

5.6.2.1 Jurisprudentie

Hierna ga ik in op de relevante rechtspraak om te beoordelen in hoeverre de *paritas creditorum* een functie heeft in het kader van een faillissementsakkoord. Bij deze bespreking betrek ik ook de jurisprudentie die op dit vlak is geweest in het kader van het surseance-akkoord. Er is namelijk geen aanleiding aan te nemen dat in het kader van een faillissementsakkoord anders geoordeeld moet worden voor wat betreft de rol van de *paritas creditorum*. De bepalingen over het akkoord in het kader van een surseance van betaling zijn ontleend aan de bepalingen over het faillissementsakkoord. In de literatuur is het daarom ook gebruikelijk om bij een bespreking van jurisprudentie in het kader van een faillissementsakkoord, het onderzoek naar de toepasselijke maatstaf bij de homologatie uit te breiden naar vergelijkbare jurisprudentie op het vlak van de surseance van betaling.⁶⁷⁴

Een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad waarin wordt uitgemaakt of de *paritas creditorum* een functie heeft (en zo ja welke functie) in het kader van een faillissementsakkoord ontbreekt. Uit de lagere rechtspraak volgt dat de *paritas creditorum* een rol heeft bij de rechterlijke toetsing van een akkoord in het kader van de homologatie. De rechtspraak is echter niet éénduidig voor wat betreft de maatstaf die moet worden gehanteerd.

Zo zijn er uitspraken (onder meer van de rechtbank Utrecht)⁶⁷⁵ waarin bij de beoordeling van een akkoord de maatstaf wordt aangelegd dat een inbreuk op de *paritas creditorum* mag worden

⁶⁷³ Te weten aan het slot van de verificatievergadering. Vgl. artikel 139 Fw: “wordt daarvoor in die vergadering na afloop der verificatie dadelijk geraadpleegd en beslist”. Zie voor een uitzonderings situatie art. 141 Fw.

⁶⁷⁴ Vgl. Wessels VI 2020, p. 1, Polak/Pannevis 2022/16.4.1 en Leuftink 1995, p. 255. Volledigheidshalve meld ik nog dat in het kader van een surseance van betaling de toepasselijkheid van de *paritas creditorum* in artikel 233 Fw is neergelegd. Een dergelijke bepaling is in het kader van een faillissement niet in de Faillissementswet opgenomen. Daar geldt echter de rechtstreekse toepassing van artikel 3:277 BW (zie nader hierover paragraaf 3.1).

⁶⁷⁵ De in deze rechtspraak ontwikkelde norm wordt door Wessels aangehaald als de heersende maatstaf. Zie Wessels VI 2020, p. 76-77. Pannevis 2019, p. 488 stelt “de homologatie hoeft niet te worden geweigerd zolang de afwijking van de *paritas creditorum* niet “tot grote onbillijkheid jegens de overige schuldeisers” leidt of als daarvoor een rechtvaardiging bestaat”. Vgl. Soedira 2011, p. 104, die naar aanleiding van de door haar besproken jurisprudentie het standpunt inneemt dat de *paritas creditorum* in het kader van een dwangakkoord als hoofdregel in acht dient te worden genomen, tenzij een specifieke rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen, die een afwijking rechtvaardigt. Zie ook Vriesendorp & Salah 2021, p 44.

gemaakt, tenzij deze doorbreking leidt tot grote onbillijkheid⁶⁷⁶ jegens de overige schuldeisers.⁶⁷⁷ Het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt een striktere maatstaf aan te leggen. Het Hof overweegt namelijk: *“Het beginsel van de paritas creditorum betekent echter niet dat alle crediteuren steeds gelijk behandeld moeten worden. Als maatstaf heeft te gelden dat de doorbreking van de paritas creditorum niet tot grote onbillijkheid jegens de overige schuldeisers mag leiden en dat voor eventueel onderscheid tussen schuldeisers in ieder geval redelijke en objectieve gronden aanwezig moeten zijn”*.⁶⁷⁸ Naast de omstandigheid dat de doorbreking niet tot grote onbillijkheid mag leiden jegens de overige schuldeisers, moeten volgens het Hof dus ook redelijke en objectieve gronden aanwezig zijn voor het gemaakte onderscheid. Het Hof Amsterdam hanteert als maatstaf dat in het kader van een aan te bieden akkoord slechts in bijzondere omstandigheden een ongelijke behandeling van schuldeisers gerechtvaardigd kan zijn.⁶⁷⁹ Het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁸⁰ homologeert een akkoord waarbij de *paritas creditorum* niet in acht is genomen. Er vindt echter geen toetsing plaats waarbij de *paritas creditorum* een rol speelt. Het Hof oordeelt dat slechts de verplichting bestond de homologatie te weigeren, wanneer de bij de wet vereiste meerderheid van stemmen was verkregen door begunstiging. De rechtbank Rotterdam⁶⁸¹ houdt als maatstaf aan dat een doorbreking van de *paritas creditorum* geoorloofd is, tenzij de redelijkheid en de billijkheid hieraan in de weg staat.

De conclusie is dat uit de besproken jurisprudentie volgt dat in het kader van een akkoord als uitgangspunt de *paritas creditorum* in acht moet worden genomen, maar dat in mindere of in meerdere mate (een éénduidige maatstaf ontbreekt) een inbreuk op de *paritas creditorum* toelaatbaar is.

De aangehaalde jurisprudentie roept vragen op over de wijze waarop de *paritas creditorum* wordt toegepast. Het begrip: *“paritas creditorum”* wordt in deze maatstaf namelijk niet gebruikt in de zin van artikel 3:277 BW waarbij de *paritas creditorum* een verdelingsregel is die – indien van toepassing in het kader van de verdeling van de netto-opbrengst– een harde regel vormt waarop geen uitzonderingen kunnen worden toegestaan. De in de hiervoor besproken jurisprudentie aangelegde regel(s) is (zijn) immers geen harde regel(s), maar een regel(s) waarvan – weliswaar binnen een

⁶⁷⁶ Naar mijn mening merkt Tollenaar terecht over deze maatstaf op: *“De toets dat het akkoord niet tot “grote onbillijkheid” mag leiden, is een willekeurig toepasbaar criterium dat geen hanteerbaar beoordelingskader geeft.”* Zie randnummer 8 van zijn annotatie bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5413, JOR 2015/317 (Spyker II).

⁶⁷⁷ Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990/399 (Breevast) en Hof Amsterdam 30 november 1938, NJ 1939, p. 1982. Soedira 2011, p. 18 wijst erop: *“In vroegere jurisprudentie was ongelijke behandeling van gelijkgerechtigde schuldeisers binnen een akkoord, een reden voor de rechter de homologatie ervan te weigeren. Latere jurisprudentie laat echter zien dat niet elke ongelijke behandeling van schuldeisers hoeft te leiden tot weigering van de homologatie.”* Zie voor een voorbeeld van de vroegere jurisprudentie: Rb. Leeuwarden, 16 december 1926, NJ 1927/564. Het betrof een conceptakkoord waarbij aan de concurrente schuldeisers verschillende uitkeringspercentages werden uitgekeerd. De rechtbank overweegt in dit verband: *“O. dat hiermee op het beginsel van de paritas creditorum inbreuk wordt gemaakt en de Rechtbank op dien grond deze bepaling ongeoorloofd acht en ook hierin een principieel bezwaar tegen de homologatie van het akkoord ziet.”*

⁶⁷⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5413, JOR 2015/317, (Spyker II), onder 3.44.

⁶⁷⁹ Hof Amsterdam 5 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AZ8881, JOR 2007/51, (Carrier 1). In dit arrest wordt een akkoord gehomologeerd waarbij één concurrente crediteur 5,6% van haar vordering ontvangen en de overige concurrente crediteuren 33% van hun vordering.

⁶⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch, 29 oktober 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AD2797, JOR 1998/33, (Combifleur).

⁶⁸¹ Rb. Rotterdam, 18 december 2018, JOR 2019/112.

bepaalde bandbreedte – kan worden afgeweken. De *paritas creditorum* heeft in het kader van de homologatie van een akkoord derhalve een functie, maar dit is een andere functie dan in het kader van bijvoorbeeld de reguliere uitdelingsprocedure.

Op het eerste gezicht is het wellicht merkwaardig dat in de jurisprudentie die is geweest in het kader van de homologatie van een akkoord, de *paritas creditorum* niet dezelfde functie heeft als in het kader van bijvoorbeeld de reguliere uitdelingsprocedure. Om de functie van de *paritas creditorum* in het kader van het akkoord beter te begrijpen, geef ik hierna een verklaring voor het verschil in werking bij een reguliere uitdelingsprocedure en bij een akkoord. Hierbij zal ik tevens aandacht besteden aan de vraag welke andere functie – ten opzichte van de verdelingsfunctie bij de reguliere uitdelingsprocedure – de *paritas creditorum* bij een akkoord heeft.

5.6.2.2 Reflectie op de rol van de *paritas creditorum* tijdens een akkoord

In het kader van een reguliere uitdeling geldt dat er altijd netto-opbrengst is gerealiseerd in de zin van artikel 3:277 BW (anders kom je niet toe aan deze procedure). Deze opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers in het kader van een formele uitdelingsprocedure aan de hand van een door de curator opgestelde uitdelingslijst. De *paritas creditorum* is hierbij een dwingende verdelingsregel die de curator strikt (d.w.z. dat uitzonderingen niet zijn toegestaan) in acht moeten nemen.⁶⁸² Een akkoordprocedure verschilt ingrijpend van een reguliere uitdelingsprocedure. Deze verschillen verklaren naar mijn mening dat de *paritas creditorum* niet rechtstreeks van toepassing is in het kader van een akkoordprocedure, maar in het kader van deze procedure een andere functie heeft. Ik zal deze stelling nader toelichten aan de hand van een bespreking waarbij de in dit verband relevante verschillen met de uitdelingsprocedure worden besproken.

In plaats van de uitdelingsprocedure (gerechtelijke liquidatie waarna de schuldeisers doorgaans een restvordering behouden op de schuldenaar), staat in de akkoordprocedure een buitengerechtelijke voldoening van de schuldeisers (waarbij de schuldenaar finale kwijting ontvangt) centraal.⁶⁸³ De aanwezige middelen worden hierbij volgens een bepaalde (contractuele) verdeelsleutel ter beschikking gesteld onder de schuldeisers.

Het eerste verschil is derhalve dat het niet gaat om een gerechtelijke liquidatie, maar om een buitengerechtelijke voldoening overeenkomstig een door de schuldeisers met de schuldenaar gesloten overeenkomst.⁶⁸⁴ Van een voldoening van een vordering in het kader van een beslagexecutie is derhalve geen sprake.

Indien uitsluitend het door de curator gerealiseerde boedelactief door de schuldenaar ter verdeling onder de schuldeisers wordt aangeboden, mist het voorstel een financiële prikkel voor de schuldeisers om in te stemmen. Indien niet wordt ingestemd, zal het boedelactief immers onder de schuldeisers worden betaald. De enige reden om in te stemmen met het akkoord, ligt dan in de factor tijd (de uitkering wordt normaal gesproken eerder ontvangen in het kader van een

⁶⁸² Zie nader hierover paragraaf 5.5.2.

⁶⁸³ Zie Van der Feltz II 1994, p. 146. Zie voorts Rb. Amsterdam 8 november 1938, NJ 1938, p. 1138: “Het akkoord kan iedere denkbare wijze van buitengerechtelijke bevrediging der schuldeisers inhouden, welke in concreto naar 's rechters oordeel niet onbillijk is te achten”.

⁶⁸⁴ Zie paragraaf 5.6.1.

gerechtelijk akkoord dan in het kader van de reguliere afwikkeling van het faillissement) en mogelijk ook in de omstandigheid dat de boedelkosten niet verder oplopen, waardoor (vanwege de lagere kosten) in het kader van de afwikkeling van het akkoord een hoger uitkeringspercentage wordt ontvangen. Om acceptatie van het akkoord voor de schuldeisers aantrekkelijker te maken, komt het veelvuldig voor dat een derde partij een (aanvullend) bedrag ter beschikking stelt ter verdeling onder de schuldeisers. In de (in de literatuur relatief vaak besproken) “Breevast-zaak”⁶⁸⁵ heeft de rechtbank Utrecht bijvoorbeeld een akkoord gehomologeerd waarbij de kleinere schuldeisers worden betaald door een derde partij.⁶⁸⁶ Ook kan het voorkomen dat het akkoord behelst dat schulden worden omgezet in aandelen in de schuldenaar (de zogenaamde *debt for equity swap*⁶⁸⁷). In de Breevastzaak wordt bijvoorbeeld aan de grotere schuldeisers omzetting van hun vorderingen in (certificaten van) aandelen aangeboden. Het gaat bij een akkoord dus niet per sé om een verdeling van de middelen die zich in de boedel bevinden. Dat is een verschil met de reguliere afwikkeling van het faillissement waarbij de *paritas creditorum* het sluitstuk van de verhaalsexecutie is, nadat de schuldeisers ex artikel 3:276 BW hun gelijke verhaalsrechten op het vermogen van de schuldenaar hebben uitgewonnen, en de curator vervolgens tot verdeling van de netto-opbrengst onder de concurrente schuldeisers overgaat. In een situatie zoals hiervoor geschetst wordt van de reguliere afwikkeling afgeweken, doordat de schuldeisers met een kleinere vordering door een derde partij worden betaald, zodat deze betaling niet ten laste komt van het vermogen van de schuldenaar. De betaling komt niet ten laste van de netto-opbrengst. De grotere schuldeisers ontvangen in plaats van een deel van de opbrengst in het kader van de liquidatie een certificaat van een aandeel in de onderneming. Dit certificaat is een vermogensbestanddeel dat de curator niet had kunnen uitwinnen in het kader van de reguliere afwikkeling.

Het tweede verschil tussen de reguliere uitdelingsprocedure en een akkoord is derhalve dat in het kader van het akkoord, het niet uitsluitend hoeft te gaan om de verdeling van de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar in de zin van artikel 3:277 BW. Bij de verdeling kunnen ook goederen worden betrokken die niet in de boedel vallen (en die dus niet kunnen worden gekwalificeerd als “netto-opbrengst”). De *paritas creditorum* is – gelet op artikel 3:277 BW – echter uitsluitend van toepassing op de verdeling van de netto-opbrengst. Ook hier zou de schoen wringen bij een onverkorte toepassing van artikel 3:277 BW in het kader van een faillissementsakkoord.

Een derde verschil tussen de reguliere afwikkeling en het akkoord, is dat bij een akkoordprocedure niet de curator q.q., maar de schuldenaar een overeenkomst sluit met zijn schuldeisers.⁶⁸⁸ Het betreft een overeenkomst (*sui generis*) tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers die voornamelijk door het contractenrecht wordt geregeerd (met het daarbij behorende autonomie-beginsel).⁶⁸⁹ De

⁶⁸⁵ Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990/399 (*Breevast*).

⁶⁸⁶ Zie onder overweging 8 van het vonnis.

⁶⁸⁷ Eén van de hieraan verbonden voordelen is dat geen contante gelden nodig zijn om een voorstel te kunnen doen. Zie nader over de rechtsfiguur: Mennens 2020/395.

⁶⁸⁸ Zie artikel 138 Fw. Zie over de onwenselijkheid dat de curator in dit verband als gevolmachtigde van de schuldenaar optreedt: Van der Feltz II 1994, p. 16 en 151.

⁶⁸⁹ Zie nader over het autonomiebeginsel Nieuwenhuis 1979, p. 63: “*Het privaatrecht staat en valt met de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking. De uitoefening van bevoegdheden en het aanknopen van rechtsbetrekkingen is hier overgelaten aan het initiatief en de vrije keuze van de betrokkenen.... Het autonomie-beginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar, waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.*”. Zie ook Asser/Beekhuis 1957, p. 1 en Wessels VI 2020, p. 76 over het akkoord als instrument op het grensgebied van het insolventierecht en het contractenrecht.”

schuldenaar moet bij het sluiten van deze overeenkomst het initiatief nemen en onderhandelingen voeren over het treffen van een vergelijk met zijn schuldeisers. Dat is een belangrijk verschil met de situatie van een reguliere uitkeringsprocedure waarbij (zoals hiervoor toegelicht in paragraaf 5.5.2) de curator verantwoordelijk is voor het opstellen van de uitdelingslijst, waarbij hij de verdeling – op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid – moet laten plaatsvinden aan de hand van de *paritas creditorum*. Anders dan de curator zijn de schuldenaar en de schuldeisers bij het sluiten van een (obligatoire) overeenkomst in beginsel niet gebonden aan de *paritas creditorum*.

Deze drie verschillen verklaren naar mijn mening dat de schuldenaar en de schuldeisers bij het tot stand brengen van een akkoord niet gebonden zijn aan de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum*. Het gaat niet om een wettelijke verdeling waarop de verdelingsregels van toepassing zijn. Het betreft een overeenkomst (sui generis) tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Onderdeel van deze overeenkomst kunnen bovendien goederen zijn die niet in de boedel vallen, zodat het – voor zover het de verdeling van die goederen betreft – niet gaat om een verdeling van de netto-opbrengst in de zin van artikel 3:277 BW, terwijl dat nu juist één van de essentialia van de *paritas creditorum* is.

Zonder bekrachtiging van de overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeisers door de rechtbank bindt de overeenkomst niet de tegenstemmende schuldeisers. Pas na homologatie ontstaat een overeenkomst waaraan alle (concurrente) schuldeisers zijn gebonden. In het kader van de homologatie wordt de overeenkomst – ter bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers⁶⁹⁰ – getoetst aan de hand van (met name) insolventierechtelijke regels. In het kader van deze toetsing heeft de *paritas creditorum* een functie, maar niet de functie die hij heeft in het kader van de reguliere uitdelingsprocedure. De oorzaak van dit verschil in functie zal ik hierna nader verklaren.

Voor een beter begrip van mijn betoog geef ik eerst een voorbeeld waarin het verschil tussen een heteronome en een autonome verdelingsregel wordt verduidelijkt. Stel: een ouder heeft één ijsje te verdelen onder twee van haar kinderen. Stel: de ouder bepaalt vervolgens zelfstandig dat één van de twee kinderen het ijsje krijgt, omdat zij zich goed heeft gedragen, terwijl het andere kind zich juist heeft misdragen. De ouder heeft dan een verdeling laten plaatsvinden op grond van een door haar gekozen norm (het gewenste gedrag bepaalt de uitkomst van de verdeling) waarvan geldt dat de kinderen bij de totstandkoming van deze norm niet betrokken zijn. Voorts geldt dat de ouder zelf niet als partij bij de verdeling is betrokken (de ouder komt niet in aanmerking voor het ijsje). De verdeling heeft dan plaatsgevonden op grond van (zoals ik dat hierna zal aanduiden) een heteronome verdelingsnorm. Neem daartegenover de situatie dat twee kinderen onderling bepalen op welke wijze zij één ijsje moeten verdelen. Stel hierbij dat zij na veel discussie gezamenlijk besluiten om te beslissen via het spel genaamd: steen, papier, schaar (een bekend nulsomspel⁶⁹¹). De kinderen verdelen dan op grond van een door henzelf gekozen norm (het toeval bepaalt de uitkomst van de verdeling) waarvan geldt dat een buitenstaander niet bij de totstandkoming betrokken is. De verdeling vindt dan plaats op grond van (zoals ik dat hierna zal aanduiden) een autonome verdelingsnorm.

⁶⁹⁰ De ratio van de homologatie is de bescherming van de schuldeisers. Vgl. Wessels VI 2020, p. 57.

⁶⁹¹ In de speltheorie en de economische theorie is een nulsomspel (ook wel genoemd: een *zero-sum game*) een wiskundige weergave van een situatie waarin een voordeel dat door een van de twee partijen wordt gewonnen, door de andere wordt verloren. De som van winst en verlies is hierbij altijd nul.

In het kader van een reguliere uitdelingsprocedure geldt dat de wetgever – in het kader van het wetgevingsproces dat ten grondslag ligt aan de geldende verdelingsregels – de (in zijn ogen) billijke verdelingsnormen heeft geselecteerd. De uitkomst van dit wetgevingsproces is dat naar Nederlands recht de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW als hoofdregel geldt bij de verdeling, tenzij er sprake is van door de wet erkende redenen van voorrang (het rangordestelsel). In het kader van een reguliere uitdelingsprocedure zijn deze verdelingsregels het uitgangspunt aan de hand waarvan de door de curator opgestelde uitdelingslijsten worden beoordeeld. De schuldenaar en de schuldeisers van de schuldenaar hebben in het kader van een individueel faillissement op de gekozen regels geen enkele invloed. Kortom: de *paritas creditorum* is in dit verband (net als in het hiervoor gegeven fictieve voorbeeld) een heteronome regel. Immers, het betreft volgens de hiervoor gegeven definitie een verdelingsregel waaraan de schuldeisers en de schuldenaar zijn gebonden, terwijl zij geen (directe)⁶⁹² invloed hebben kunnen uitoefenen op de totstandkoming van de regel.

In het kader van een faillissementsakkoord geldt daarentegen (net als in het hiervoor gegeven tweede fictieve voorbeeld) dat er geen sprake is van vooraf bepaalde heteronome verdelingsregels. Het akkoord komt juist stand in een democratische procedure waarbij de deelnemers invloed hebben op de uitkomst. Bij een dergelijke procedure passen geen heteronome verdelingsregels, maar (zij het onder de opschortende voorwaarde van homologatie) autonome verdelingsregels, waarmee ik, zie de hiervoor gegeven definitie, in dit verband bedoel verdelingsregels die de schuldeisers en schuldenaar zelf in onderling overleg hebben vastgesteld. De schuldeisers en de schuldenaar gaan met elkaar in conclaaf over het sluiten van een akkoord en stellen in kader van onderhandelingen de toepasselijke autonome verdelingsregels vast (of het minimaal vereist aantal schuldeisers stemt niet in, in welk geval geen akkoord wordt gesloten).

Als de *paritas creditorum* door de schuldenaar en de schuldeisers wordt gekozen als verdelingsnorm, wil dat dus niet zeggen dat een heteronome norm wordt toegepast vanwege het enkele feit dat deze regel in artikel 3:277 BW is opgenomen. De *paritas creditorum* is aldus in het kader van een democratische procedure tot stand gekomen als autonome verdelingsregel, waarbij deze autonome verdelingsregel nog wel moet worden getoetst in het kader van de homologatie.⁶⁹³

Het tot stand gekomen akkoord wordt ter homologatie voorgelegd aan de rechter. Die moet in dit kader (onder meer) de autonome verdelingsregel toetsen. Vergelijk deze toetsing met de situatie die aan de orde is in het kader van een reguliere uitdelingsprocedure waarbij een uitdelingslijst ter goedkeuring wordt voorgelegd. In het laatste geval is de *paritas creditorum* de heteronome verdelingsregel die dwingend moet worden toegepast. Bij de goedkeuring wordt dan – waar het althans de *paritas creditorum* betreft – uitsluitend vastgesteld of de *paritas creditorum* correct is toegepast. Bij de homologatie in het kader van het akkoord wordt de gekozen autonome verdelingsregel getoetst aan de hand van de in artikel 153 Fw opgenomen homologatiegronden. De weigering van de homologatie kan dus niet rechtstreeks worden gegrond op de in artikel 3:277 BW gecodificeerde regel van de *paritas creditorum*. Artikel 153 Fw en niet artikel 3:277 BW is het

⁶⁹² Betoogd zou kunnen worden dat schuldeisers via de weg van het uitbrengen van een stem in het kader van verkiezingen op indirecte wijze betrokken (kunnen) zijn bij het democratisch wetsproces.

⁶⁹³ Terzijde: de akkoorden die bij meerderheid worden aanvaard zullen - zo mag verwacht worden - vaak voldoen aan de morele eisen die mensen stellen aan verdelingsregels. Als in een dergelijk akkoord de *paritas creditorum* als verdelingsregel is opgenomen, doet dat vermoeden dat de schuldenaar en de schuldeisers deze regel als billijk ervaren.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

normatieve kader. Pas bij de beoordeling op de voet van artikel 153 Fw of er een grond is om de homologatie te weigeren, heeft de *paritas creditorum* een functie.

Tot zover de verklaring dat de *paritas creditorum* in het kader van een akkoord een andere functie heeft. Hierna ga ik nader in op de vraag welke functie de *paritas creditorum* nu precies heeft in het kader van een akkoord.

5.6.2.3 De functie van de *paritas creditorum* bij een faillissementsakkoord

In het kader van de hiervoor besproken jurisprudentie zijn telkens door de schuldenaar en de schuldeisers verdelingsafspraken gemaakt die afwijken van de verdelingsregel van de *paritas creditorum*. Zo heeft de rechtbank Rotterdam⁶⁹⁴ – ondanks tegenspraak van diverse concurrente schuldeisers – een akkoord gehomologeerd waarbij de concurrente schuldeisers volgens de volgende staffel betaald worden:

- “- aan alle schuldeisers wordt van de eerste EUR 1000, 70 procent betaald;
- aan alle schuldeisers wordt van de schuld tussen EUR 1.000,01 en EUR 2.500, 50 procent betaald;
- aan alle schuldeisers wordt van de schuld tussen EUR 2.500,01 en EUR 5.000, 20 procent betaald;
- aan alle schuldeisers wordt van de schuld tussen EUR 5.000,01 en EUR € 7.500, 10 procent betaald;
- aan alle schuldeisers wordt van de schuld tussen EUR 7.500,01 en EUR 50.000, 1,25 procent betaald;
- aan alle schuldeisers wordt van de schuld tussen EUR 50.000,01 en EUR 500.000, 1 procent betaald;
- van het restant vanaf het bedrag van EUR 500.000,01 wordt 0,75 procent van de openstaande facturen voldaan.”⁶⁹⁵

Bij dit akkoord worden de concurrente schuldeisers dus in zeven verschillende categorieën onderverdeeld, waarbij voor iedere categorie een ander uitkeringspercentage geldt. Als in deze situatie de *paritas creditorum* zou zijn toegepast, was er slechts sprake van één klasse (te weten de klasse van alle concurrente schuldeisers tezamen) waarbij binnen deze klasse iedere schuldeiser exact hetzelfde uitkeringspercentage zou ontvangen. De in het akkoord gemaakte afspraken zijn dan ook in strijd met de verdelingsregel van de *paritas creditorum*. Vergelijkbare afspraken in strijd met de *paritas creditorum* komen veelvuldig voor in de hiervoor aangehaalde jurisprudentie. Indien een dergelijke afspraak is overeengekomen, moet vervolgens bij de homologatie aan de hand van artikel 153 lid 3 Fw (“Zij kan ook op andere gronden en ook ambtshalve de homologatie weigeren”) worden onderzocht of deze doorbreking van de *paritas creditorum* aan de homologatie in de weg staat.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ Rb. Rotterdam, 18 december 2018, JOR 2019/112.

⁶⁹⁵ Vgl. voor een akkoord waarbij met een vast bedrag wordt gewerkt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 juli 2015, JOR 2015, 317 (Spyker) onder 3.4.4: “Het hof constateert met LKB voorts dat met het aangeboden akkoord de gelijkheid van de concurrente crediteuren niet in elk opzicht in acht is genomen: de kleine crediteuren (vorderingen tot € 12.000, -) krijgen hun vordering volledig betaald, de grote schuldeisers (vorderingen vanaf € 12.000, -) krijgen € 12.000, - vermeerderd 10 % van het meerdere van hun vordering en enkele crediteuren - onder wie niet LKB - krijgen hun volledige vordering omgezet in (risicodragend) aandelenkapitaal in de nieuwe onderneming Spyker, waarmee zij een soort kanscontract hebben ontvangen (de conversie-schuldeisers).”

⁶⁹⁶ Vgl. Rb. Rotterdam, 18 december 2018, JOR 2019/112: “Daarmee komt de rechtbank toe aan beoordeling van de vraag of de doorbreking van de *paritas creditorum* anderszins aan homologatie in de weg staat (artikel 272 lid 3 Fw).” Artikel 272 lid 3 Fw geldt in het geval van een surseance-akkoord, maar is identiek aan artikel 153 lid 3 Fw.

In de rechtspraak wordt niet geëxpliciteerd welke functie de *paritas creditorum* in dit kader van de homologatie precies heeft. Naar mijn mening moet de rechtspraak als volgt worden begrepen. De *paritas creditorum* wordt in het kader van de toetsing op de voet van artikel 153 Fw naar analogie toegepast, zij het uitsluitend als modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan worden afgeweken. Naar analogie, want zoals hiervoor toegelicht is de *paritas creditorum* niet rechtstreeks van toepassing. Het gaat hier dus om een toepassing van de regel zoals die ook plaatsvindt in het kader van de verdeling van de baten bij de opheffing van een faillissement vanwege de toestand van de boedel.⁶⁹⁷ Voorts wordt de *paritas creditorum* gebruikt als modelnorm, want enerzijds is de *paritas creditorum* het uitgangspunt, terwijl anderzijds er mogelijkheden zijn om hiervan af te wijken. Er vindt een vergelijking plaats tussen de situatie dat de *paritas creditorum* wel zouden worden toegepast en de situatie die voorligt in het concept-akkoord. De *paritas creditorum* is hierbij geen dwingende regel, nu hiervan onder omstandigheden kan worden afgeweken. Aldus is de *paritas creditorum* een modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan worden afgeweken. Ten aanzien van de omstandigheden waaronder van deze modelnorm kan worden afgeweken, geldt naar mijn mening het volgende.

Als de schuldeisers integraal instemmen met een akkoord waarbij de *paritas creditorum* wordt geschonden, dient de rechter niet te weigeren het akkoord te homologeren op de enkele grond dat de *paritas creditorum* niet in acht is genomen.⁶⁹⁸ De ratio hierachter is dat – als sprake is geweest van een eerlijke procedure waarbij er buiten de procedure om geen onoirbare zaken hebben plaatsgevonden (zoals het aangaan van een sluipakkoord⁶⁹⁹) – het democratisch proces en de uitkomst waarbij zowel de schuldenaar als de gezamenlijke schuldeisers instemmen, de homologatie legitimeren.

Als schuldeisers met een relatief kleine vordering volledig worden betaald, terwijl het totale bedrag dat met deze betalingen is gemoeid – gelet op het totaal te verdelen bedrag – relatief gering is, dient de doorbreking te worden toegestaan. In de Breevast-zaak werd in een dergelijke situatie overwogen: *“Evenmin is een beletsel te achten, dat aan een enkele kleine schuldeiser om het akkoord haalbaar te doen zijn een hoger percentage wordt geboden dan aan de overige schuldeisers nu daarmee niet meer dan 0,003% van het aanwezig vermogen is gemoeid.”*⁷⁰⁰ De ratio achter deze, wat ik zou noemen bagatelregel (het bedrag wat gemoeid is met de afkoop van de kleine schuldeisers is verwaarloosbaar gelet op het totaal te verdelen bedrag), is de bevordering van een efficiënte afwikkeling. De kosten verbonden aan het aanschrijven van en onderhandelen met schuldeisers wegen niet op tegen het uit te keren bedrag. Daar ligt naar mijn mening de rechtvaardiging van de doorbreking van de *paritas creditorum*.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Zie nader hierover paragraaf 5.3.2.

⁶⁹⁸ Vgl. Soedira 2011, p. 104.

⁶⁹⁹ Een sluipakkoord is aan de orde wanneer bepaalde schuldeisers buiten het akkoord om bijzondere voordelen worden geboden, met als doel de schuldeisers te bewegen voor het akkoord te stemmen. In artikel 345 Sr. wordt het aangaan van een sluipakkoord strafbaar gesteld.

⁷⁰⁰ Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990/399 (*Breevast*).

⁷⁰¹ Met Tollenaar ben ik van mening dat de rechtvaardiging ten onrechte in sommige uitspraken wordt gezocht in het kunnen verkrijgen van voldoende stemmen. *“Het valt aan te nemen dat, zoals vaker voorkomt, ook in dit geval de reden voor het onderscheid tussen grote en kleine crediteuren louter is geweest om zich van de vereiste meerderheid in aantal te verzekeren (beïnvloeding van de stemuitslag). Een legitieme reden voor een ongelijke behandeling van gelijkgerechtigde schuldeisers lijkt mij dit niet.”* Zie randnummer 8 van zijn annotatie bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5413, JOR 2015/317 (*Spyker II*).

Als de bagatelregel zich niet voordoet, terwijl de doorbreking van de *paritas creditorum* voor een belangrijk deel de schuldeisers die tegenstemmen benadeelt (in vergelijking met het uitkeringspercentage dat schuldeisers die voor stemmen ontvangen), acht ik de doorbreking van de *paritas creditorum* in beginsel niet gegrond.

De conclusie is dat – anders dan in de uitdelingsprocedure na een verificatievergadering – in het kader van een akkoord de gerealiseerde baten van de boedel niet hoeven te worden verdeeld aan de hand van de *paritas creditorum* als heteronome verdelingsregel. De *paritas creditorum* als verdelingsregel wordt bij de homologatie in het kader van de toetsing op de voet van artikel 153 Fw naar analogie toegepast, zij het uitsluitend als modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan worden afgeweken.

5.6.3 De rol van overige regels die het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers uitwerken

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt (ook) tot uitdrukking in de hierna te bespreken bepalingen.

In diverse wettelijke bepalingen zijn procedurele waarborgen neergelegd om te zorgen dat de schuldeisers van de schuldenaar over gelijke informatie (kunnen) beschikken met betrekking tot de inhoud en het verloop van de akkoordprocedure. Zie in dit verband de artikelen 139 lid 1 Fw (neerlegging van het conceptakkoord ter griffie voor een ieder), artikel 142 Fw (wanneer de raadpleging en stemming over het akkoord worden uitgesteld tot een nadere vergadering, wordt daarvan door de curator onverwijld aan de niet op de verificatievergadering verschenen, erkende of voorwaardelijk toegelaten schuldeisers kennis gegeven, bij brieven vermeldende de summiere inhoud van het akkoord),⁷⁰² artikel 148 lid 2 FW (een ieder kan ter griffie kosteloos het procesverbaal van de verificatievergadering inzien) en artikel 161 Fw (bekendmaking homologatie akkoord in de Staatscourant).⁷⁰³

In diverse andere wettelijke bepalingen komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking door, ook buiten het vlak van de informatieverstrekking, aan schuldeisers gelijke rechten toe te kennen. Zie in dit verband artikel 154 Fw (gelijk recht voor de schuldeisers die voor het akkoord stemden, die tegen het akkoord stemden of die bij de stemming afwezig waren om in hoger beroep te komen), artikel 163 Fw (curator moet zorgen dat ook de preferente schuldeisers en de boedelschuldeisers, dus de schuldeisers die niet meedoen met het akkoord, betaling ontvangen, zodat hier een ongelijke behandeling wordt voorkomen tussen de (concurrente) schuldeisers die op

⁷⁰² De ter vergadering verschenen schuldeisers zijn reeds bekend met de datum en plaats van de nadere vergadering alsmede van de inhoud van het akkoord. Met deze bepaling wordt dan ook voorkomen dat de niet ter vergadering verschenen erkende of voorwaardelijk toegelaten schuldeisers anders worden behandeld dan de wel verschenen schuldeisers. Onder erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers moet in dit verband zowel worden verstaan de concurrente schuldeisers als de schuldeisers met een voorrangrecht. Het belang van de schuldeisers met een voorrangrecht om nader geïnformeerd te worden ligt in het feit dat zij afstand kunnen doen van hun voorrangrecht waarna zij als concurrente schuldeisers kunnen meestemmen. Vgl. Wessels VI 2020, p. 37. Schuldeisers met een betwiste of niet voorwaardelijk toegelaten vordering ontvangen geen informatie. Deze ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd doordat zij geen c.q. onvoldoende belang hebben om nader geïnformeerd te worden. Zij hebben immers in het kader van de stemming over het akkoord geen stemrecht (vgl. 143 lid 1 Fw).

⁷⁰³ Zie ook artikel 19 lid 1 onder 2 en 3 Fw.

grond van het akkoord nakoming kunnen verlangen en de schuldeisers (boedelschuldeisers en de preferente schuldeisers) die dat niet kunnen) en artikel 165 lid 1 Fw (iedere schuldeiser⁷⁰⁴ jegens wie niet wordt nagekomen, kan ontbinding van het gehomologeerde akkoord vorderen). Daarnaast hebben alle concurrente schuldeisers voor wie het akkoord verbindend zal zijn een gelijk stemrecht in het kader van de stemming over het akkoord. De overige schuldeisers hebben dit recht niet (vgl. 143 Fw). De rechtvaardigingsgrond voor deze ongelijke behandeling, is dat de overige schuldeisers geen (vermogensrechtelijk) belang bij een stemrecht hebben.

In artikel 157 Faillissementswet wordt de gelijke behandeling van de schuldeisers beschermd daar waar wordt bepaald dat het gehomologeerde akkoord verbindend is *“voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers, zonder uitzondering, onverschillig of zij al dan niet in het faillissement opgekomen zijn”*.⁷⁰⁵

Tot slot komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking in de toetsing die wordt uitgevoerd in het kader van de homologatie van het akkoord. Eén van de redenen om de homologatie te weigeren, is de situatie dat een akkoord tot stand is gekomen door één of meer schuldeisers te begunstigen.⁷⁰⁶ Het gaat dan om de situatie dat er sprake is van bedrog, begunstiging of van gebruikmaking van een ander oneerlijk middel.⁷⁰⁷ Een feitelijke ongelijke behandeling van schuldeisers buiten de kaders van de akkoordprocedure om wordt hiermee bestreden.⁷⁰⁸ Daarnaast kan de rechter de homologatie weigeren indien er bijvoorbeeld sprake is van een ongelijke behandeling van schuldeisers bij de verdeling van de baten.⁷⁰⁹ Voor zover het een ongelijke behandeling betreft waarbij de *paritas creditorum* wordt doorbroken (doordat niet alle concurrente schuldeisers een gelijk uitkeringspercentage ontvangen) verwijs ik naar hetgeen hierboven reeds in dat kader is uitgewerkt. Er kan echter ook sprake zijn van een ongelijke behandeling, terwijl de *paritas creditorum* niet wordt doorbroken. Neem bijvoorbeeld de situatie dat een deel van de concurrente schuldeisers uit de netto-opbrengst wordt betaald, direct nadat het homologatievonnis onaantastbaar is geworden, terwijl een ander deel van de concurrente schuldeisers nog een jaar moet wachten. De rechter zal de homologatie alsdan moeten weigeren indien voor deze ongelijke behandeling geen deugdelijke rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen.⁷¹⁰ Een inbreuk is in

⁷⁰⁴ Onder iedere schuldeiser moet hier worden verstaan: schuldeisers voor wie het akkoord verbindend is. Zie nader hierover Wessels VI 2020, p. 103. Die schuldeisers hebben een gelijk recht op ontbinding. Overige schuldeisers hebben dit recht niet. Deze ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd doordat deze schuldeisers ook geen (vermogensrechtelijk) belang hebben bij de ontbinding.

⁷⁰⁵ In gelijke zin: Soedira 2011, p. 100 en Leuftink 1995, p. 46. Zie ook rechtbank Utrecht 13 maart 1929, *NJ* 1929, 1782: *“Art. 157 Fw, welke de gelijkheid der concurrente crediteuren waarborgt, is een bepaling van openbare orde, waaraan door geen overeenkomst haar kracht kan worden ontnomen.”*.

⁷⁰⁶ Zie artikel 153 lid 2 sub 3 Fw.

⁷⁰⁷ Zie nader hierover Soedira 2011, p. 155 e.v.

⁷⁰⁸ Zie ook de strafbaarstelling van een dergelijk sluipakkoord in artikel 345 lid 1 Sr: *“De schuldeiser die tot een aangeboden gerechtelijk akkoord toetreedt ten gevolge van een overeenkomst hetzij met de schuldenaar, hetzij met een derde, waarbij hij bijzondere voordelen heeft bedongen, wordt, in geval van aanneming van het akkoord, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie”*.

⁷⁰⁹ Deze weigering kan gebaseerd worden op de zogenaamde restgrond van artikel 153 lid 3 Fw.

⁷¹⁰ Vgl. Soedira 2011, p. 69. Vergelijk ook artikel 384 lid 4 onder b Fw (de norm die in dit verband geldt bij de beoordeling van een akkoord in het kader van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) indien in de ongelijk behandelde klasse geen meerderheid kan worden verkregen): er moet dan sprake zijn van een redelijke grond die de afwijking van de *paritas creditorum* rechtvaardigt waarbij de betreffende schuldeisers of aandeelhouders niet in hun belang geschaad worden. Zie voor een voorbeeld van de toepassing van deze

ieder geval niet geoorloofd, indien aan de schuldenaar gelieerde schuldeisers beter af zijn dan de overige schuldeisers.⁷¹¹

5.7 Resumerend

Aan de *paritas creditorum* komt geen betekenis toe indien het faillissementsvonnis na verzet, hoger beroep of cassatie wordt vernietigd. Ook is de *paritas creditorum* niet van belang in het kader van de vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement. De *paritas creditorum* heeft in een faillissement evenmin een functie indien een faillissement wordt beëindigd door omzetting in de schuldsaneringsregeling (WSNP).

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW is in de verdelingsfase van een faillissement een verdelingsregel. Zij houdt in dat geval in dat – indien een verificatievergadering is gehouden, de slotuitdelingslijst verbindend is geworden en voldoening van alle hoger gerangschikte crediteuren heeft plaatsgevonden – de concurrente crediteuren gelijkgeroepd zijn op het resterende actief. De *paritas creditorum* heeft hierbij twee functies: het bewaken van de gelijke behandeling bij de verdeling (de formele functie) en het verdelen van de netto-opbrengst, na voldoening van de kosten van de executie, naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar (de materiële functie). De formele functie is een regel die voortvloeit uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. De materiële functie is geen uitvloeisel van dit beginsel en moet hier geheel los van worden gezien. Aan de formele functie komt nagenoeg geen praktische betekenis toe. De essentie van de *paritas creditorum* is gelegen in de materiële functie.

De *paritas creditorum* is in beginsel naar analogie van toepassing in het kader van de afwikkeling van een faillissement bij gebrek aan baten, mits er enerzijds wel baten aanwezig zijn om te verdelen onder de concurrente boedelschuldeisers, maar anderzijds die baten niet toereikend zijn om de concurrente boedelschuldeisers volledig te voldoen. Alsdan is de *paritas creditorum* eveneens een verdelingsregel met een formele en materiële functie zoals hiervoor omschreven.

In het kader van een akkoord geldt dat de gerealiseerde baten van de boedel niet hoeven te worden verdeeld aan de hand van de *paritas creditorum* als heteronome verdelingsregel. De *paritas creditorum* wordt bij de homologatie in het kader van de toetsing op de voet van artikel 153 Fw naar analogie toegepast, zij het uitsluitend als modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan

norm het vonnis van de rechtbank Rotterdam, 30 maart 2021, *JOR* 2021/137, onder 3.9: “Als deze groep concurrente crediteuren niet met de vereiste meerderheid instemt kan het akkoord ondanks de ongelijke behandeling toch voor homologatie in aanmerking komen als voor die ongelijke behandeling een redelijke grond bestaat en deze groep concurrente schuldeisers daardoor niet in haar belangen wordt geschaad... De rechtbank is van oordeel dat voor de ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat. (...) Het betalen van schuldeisers met een vordering na de cut off date is met andere woorden essentieel voor de (voortzetting van de) bedrijfsvoering. (...) De concurrente crediteuren met een vordering van vóór de cut off date worden door de ongelijke behandeling niet in hun belangen geschaad. Zoals hiervoor aan de orde kwam kan de onderneming niet worden voortgezet zonder de ongelijke behandeling.”

⁷¹¹ Ter vermijding van misverstanden: deze situatie is niet identiek aan de situatie van artikel 153 lid 2 sub 3 Fw (te weten dat het akkoord tot stand is gekomen door bedrog, begunstiging of een ander oneerlijk middel). Immer, indien in alle openheid door de schuldenaar een akkoord wordt voorgelegd waarbij een ieder kan vaststellen dat gelieerde schuldeisers een voorkeursbehandeling ontvangen, doet de situatie van artikel 153 lid 2 sub 3 Fw zich niet voor.

Hoofdstuk 5 De rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten

worden afgeweken. Ook als modelnorm heeft de *paritas creditorum* het karakter van een verdelingsregel.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt bij de verdeling niet alleen tot uitdrukking in de *paritas creditorum*. Dit beginsel komt ook naar voren in diverse andere regels die betrekking hebben op de gelijkheid van schuldeisers. Deze regels zorgen bijvoorbeeld voor gelijke informatierechten. Deze gelijke informatierechten worden echter soms in het kader van een procedure gericht tegen de faillietverklaring beperkt ten faveure van een ander (in artikel 19 Rv tot uitdrukking komend) gelijkheidsbeginsel. Daarnaast komt het beginsel bijvoorbeeld tot uitdrukking in het recht van schuldeisers om verzet aan te tekenen tegen een uitdelingslijst waarbij de gelijke behandeling niet in acht is genomen. In het kader van een akkoord komt het beginsel in diverse regels tot uitdrukking, zoals in de regel dat de homologatie van het akkoord geweigerd moet worden indien het akkoord tot stand is gekomen door één of meer schuldeisers te begunstigen.

Hoofdstuk 6: De plaats van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht

Inleiding

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 is de uitkomst van het juridisch onderzoek neergelegd. Hierbij zijn de in paragraaf 1.3 onder “1” weergegeven vragen beantwoord. Om de (tussentijdse) balans te kunnen opmaken, zal ik hierna de antwoorden op deze vragen samenvattend bespreken. Vervolgens zal ik de stand van het onderzoek met betrekking tot de centrale vraag bespreken.

6.1 Bevindingen tot zover

De in paragraaf 1.3 onder “1” gestelde deelvraag luidt als volgt: *Welke juridische functie of functies heeft de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde paritas creditorum in het kader van een (Nederlands) faillissement?* Deze vraag is beantwoord via een aantal subvragen. Hierna bespreek ik de subvragen waarna de deelvraag wordt beantwoord.

1.1 Wat houdt de paritas creditorum in en welke uitzonderingen gelden op deze regel?

De *paritas creditorum* zoals neergelegd in artikel 3:277 BW is een verdelingsregel waarbij de crediteuren na afwikkeling van de voorrangrechten, een gelijk recht hebben op een pro rata deel van de netto-opbrengst. De *paritas creditorum* is bij de verdeling van de netto-opbrengst de hoofdregel. De *paritas creditorum* kent, ondanks het feit dat er sprake is van een hoofdregel, relatief veel uitzonderingen. Deze uitzonderingen vallen in vijf categorieën te verdelen (voorrang op grond van pand en hypotheek, voorrang op grond van voorrecht, overige door de wet erkende redenen van voorrang, feitelijke voorrang en het oneigenlijke voorrecht verbonden aan de vordering tot betaling van executiekosten). Valt een vordering van een schuldeiser in één van deze vijf categorieën dan leidt dat (*de jure* dan wel *de facto*) tot een hogere rang bij de verdeling van de executie-opbrengst. Daarnaast kan de vordering van een schuldeiser een lagere rang hebben dan de rang die een schuldeiser toekomt op grond van de *paritas creditorum* in het geval er sprake is van een eigenlijke achterstelling. De omvang van de uitzonderingen relateert de betekenis van de *paritas creditorum* als hoofdregel. Het gaat *de facto* eerder om een restregel dan om een hoofdregel.

De *paritas creditorum* lijkt van oudsher de functie van verdelingsregel te hebben gehad in het kader van een *concursum creditorum*. Daarnaast had de *paritas creditorum* mogelijk in de Romeinse tijd een tweede functie, te weten het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen).

De *paritas creditorum* heeft geen functie in het kader van de uitwerking van artikel 1 Grondwet in het executierecht.

1.2 Op welke wijze krijgt de paritas creditorum in het individuele executierecht gestalte en welke functie of functies heeft de paritas creditorum in deze context?

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW geldt in het individuele executierecht bij een beslagexecutie waarin twee of meer schuldeisers participeren en de opbrengst van de executie, na voldoening van de kosten, enerzijds toereikend is om de schuldeisers met een recht van voorrang te voldoen, maar anderzijds ontoereikend om alle schuldeisers te voldoen. Hierbij dienen partijen vervolgens bovendien na onderling overleg niet tot overeenstemming te komen. In het kader van de daaropvolgende rangregeling dient de rechter bij het opstellen van de staat van verdeling rekening te houden met artikel 3:277 BW. Slechts onder zeer specifieke omstandigheden komt derhalve aan de *paritas creditorum* in het individuele executierecht rechtstreeks betekenis toe.

In het individuele executierecht heeft de *paritas creditorum* een formele functie en een materiële functie. De formele functie is het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers die zich niet op een recht van voorrang kunnen beroepen en waarvan de vordering niet is achtergesteld. Deze gelijke behandeling houdt in dat voor alle concurrente schuldeisers dezelfde verdelingsmaatstaf geldt. De materiële functie houdt in dat de netto-opbrengst wordt verdeeld naar evenredigheid van de vorderingen van de betrokken schuldeisers.

De *paritas creditorum* heeft in het kader van het individuele executierecht geen functie in de periode voorafgaande aan de beslaglegging.

1.3 Wat houdt het stelsel van gelijkheidsregels in, in het kader van een (Nederlands) faillissement, waarbinnen de paritas creditorum een plaats heeft?

Aan de faillissementsprocedure ligt het (formele) beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag. Dit beginsel strekt ertoe de belangen van de faillissementsschuldeisers te behartigen. Faillissementsschuldeisers die zich in een gelijke situaties bevinden, moeten ook gelijk worden behandeld. Voor de vraag of er sprake is van een gelijk geval is in faillissement de positie van een schuldeiser in het kader van een individuele beslagexecutie het dominante perspectief. Het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers scheidt in het kader van het faillissementsrecht een systeem, te weten het systeem dat in gelijke situaties crediteuren gelijk moeten worden behandeld, waarbij de gelijkheid is te verstaan vanuit de positie van een schuldeiser in het kader van een individuele beslagexecutie.

In de beheerfase komt het beginsel met name tot uitdrukking in artikel 26 Fw (jo. 110 Fw). Concurrente en preferente faillissementsschuldeisers worden hierbij gelijk behandeld doordat zij uitsluitend kunnen participeren in de faillissementsprocedure door de indiening van hun vordering ex artikel 110 Fw.

Voor boedelschuldeisers, die in geval van een negatieve boedel in een andere *concurfus* verzeild zijn geraakt dan de faillissementsschuldeisers, geldt in deze *concurfus* hetzelfde in de beheerfase, met dien verstande dat zij hun rechten niet geldend kunnen maken door indiening van hun vordering ter verificatie. Via de band van de redelijkheid en billijkheid, die doorwerkt via artikel 3:12 BW, komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in die verhouding als regel tot uitdrukking.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt ook tot uitdrukking in de door de Hoge Raad

Hoofdstuk 6: De plaats van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht

geformuleerde gelijkheidsregel. Deze gelijkheidsregel geeft een materiële invulling aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, met name door te bepalen of een schuldeiser zich terecht niet aansluit bij de groep van faillissementsschuldeisers die hun vordering ex artikel 26 Fw ter verificatie indienen. De gelijkheidsregel strekt er hierbij toe een voorkeursbehandeling te voorkomen.

Sommige maatregelen in het kader van de reconstructie van de boedel beschermen specifiek de gelijke behandeling van schuldeisers en voorkomen daarmee dat een schuldeiser op oneigenlijke wijze in de schemerperiode vóór faillissement zijn positie in het kader van de verdeling verbetert. Dergelijke maatregelen zijn regels die (mede) het beginsel van gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking brengen in de periode voor de faillietverklaring. Het gaat hier om de *faillissementspauliana* neergelegd in de artikelen 42 (zij het beperkt tot de door mij geduide variant) en 47 Fw alsmede het in artikel 54 Fw neergelegde verrekeningsverbod. Buiten deze maatregelen geldt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet voor de faillietverklaring.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt bij de verdeling niet alleen tot uitdrukking in de hierna nog te bespreken formele functie van de *paritas creditorum*. Dit beginsel komt ook naar voren in diverse andere regels die betrekking hebben op de gelijkheid van schuldeisers. Deze regels zorgen bijvoorbeeld voor gelijke informatierechten. Deze gelijke informatierechten worden echter soms in het kader van een procedure gericht tegen de faillietverklaring beperkt ten faveure van een ander (in artikel 19 Rv tot uitdrukking komend) gelijkheidsbeginsel. Daarnaast komt het beginsel bijvoorbeeld tot uitdrukking in het recht van schuldeisers om verzet aan te tekenen tegen een uitdelingslijst waarbij de gelijke behandeling niet in acht is genomen. In het kader van een akkoord komt het beginsel in diverse regels tot uitdrukking, zoals in de regel dat de homologatie van het akkoord geweigerd moet worden indien het akkoord tot stand is gekomen door één of meer schuldeisers te begunstigen.

1.4 Heeft de paritas creditorum een juridische functie of functies, en zo ja welke, in (a) de beheerfase van een faillissement,

Aan de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW wordt in de beheerfase niet toegekomen.

(b) de schemerperiode voor faillissement (achteraf beoordeeld vanuit het perspectief van de reconstructie van de boedel tijdens de beheerfase van een faillissement)

De in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* geldt niet in de periode voor faillissement. De *paritas creditorum* heeft in deze periode dan ook geen functie.

(c) de verdelingsfase van een faillissement?

Aan de *paritas creditorum* komt geen betekenis toe indien het faillissementsvonnis na verzet, hoger beroep of cassatie wordt vernietigd. Ook is de *paritas creditorum* niet van belang in het kader van de vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement. De *paritas creditorum* heeft in een faillissement evenmin een functie indien een faillissement wordt beëindigd door omzetting in de schuldsaneringsregeling (WSNP).

Hoofdstuk 6: De plaats van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW is in de verdelingsfase van een faillissement een verdelingsregel. Zij houdt in dat geval in dat – indien een verificatievergadering is gehouden, de slotuitdelingslijst verbindend is geworden en voldoening van alle hoger gerangschikte crediteuren heeft plaatsgevonden – de concurrente crediteuren gelijkgerichtigdheid zijn op het resterende actief. De *paritas creditorum* heeft hierbij twee functies: het bewaken van de gelijke behandeling bij de verdeling (de formele functie) en het verdelen van de netto-opbrengst naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar (de materiële functie). De formele functie is een regel die voortvloeit uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. De materiële functie is geen uitvloeisel van dit beginsel en moet hier geheel los van worden gezien. Aan de formele functie komt nagenoeg geen praktische betekenis toe. De essentie van de *paritas creditorum* is gelegen in de materiële functie.

De *paritas creditorum* is in beginsel naar analogie van toepassing in het kader van de afwikkeling van een faillissement bij gebrek aan baten, mits er enerzijds wel baten aanwezig zijn om te verdelen onder de concurrente boedelschuldeisers, maar anderzijds die baten niet toereikend zijn om de concurrente boedelschuldeisers volledig te voldoen. Alsdan is de *paritas creditorum* eveneens een verdelingsregel met een formele functie (zonder praktische betekenis) en een materiële functie zoals hiervoor omschreven.

In het kader van een akkoord geldt dat de gerealiseerde baten van de boedel niet hoeven te worden verdeeld aan de hand van de *paritas creditorum* als heteronome verdelingsregel. De *paritas creditorum* wordt bij de homologatie in het kader van de toetsing op de voet van artikel 153 Fw naar analogie toegepast, zij het uitsluitend als modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan worden afgeweken. Als modelnorm heeft de *paritas creditorum* in dit verband het karakter van een verdelingsregel.

Welke juridische functie of functies heeft de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde paritas creditorum in het kader van een (Nederlands) faillissement?

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt uitsluitend in de formele functie van de *paritas creditorum* tot uitdrukking. Aan de formele functie komt praktisch gezien weinig tot geen betekenis toe. De *paritas creditorum* heeft dus geen systeemfunctie in het kader van het tijdens een faillissement geldende gelijkheidsstelsel. Uit dit gelijkheidsstelsel vloeit uitsluitend voort dat in ieder geval een verdelingsregel moet bestaan die consistent wordt toegepast, omdat het gelijkheidsstelsel anders op losse schroeven komt te staan. Aan een gelijke behandeling tot de verdeling kan immers geen waarde worden toegekend indien bij de verdeling zelf de chaos regeert.

De juridische functie van de *paritas creditorum* tijdens een faillissement is gelegen in de materiële verdelingsregel, waarbij de netto-opbrengst wordt verdeeld naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar. De juridische functie valt dus samen met de materiële functie van de *paritas creditorum*.

6.2 De plaats van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht

De centrale vraag in dit onderzoek is: heeft de *paritas creditorum* in het Nederlandse recht bestaansrecht? Op basis van de vragen die hiervoor zijn beantwoord, kan de centrale vraag voor een deel worden beantwoord.

Hoofdstuk 6: De plaats van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht

Het bestaansrecht van de *paritas creditorum* is gekoppeld aan de materiële functie. Als er geen noodzaak is tot handhaving van de evenredige verdelingsregel dan zou de *paritas creditorum* uit het faillissementsrecht kunnen worden geëcarteerd. Uiteraard geldt, zoals eerder opgemerkt, dat in dat geval wel een andere verdelingsregel moet gaan gelden.

De materiële functie van de *paritas creditorum* zou kunnen worden gewijzigd (door een andere verdelingsmaatstaf te hanteren) terwijl het formele gelijkheidsstelsel intact blijft. Het formele gelijkheidsstelsel wordt hierdoor niet aangetast. In strikt juridische zin is er geen noodzaak tot handhaving van de verdelingsregel van de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht en heeft de *paritas creditorum* wat dat betreft dus geen bestaansrecht.

Het hangt derhalve van de beantwoording van de tweede deelvraag af (heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement een meta-juridische functie, in die zin dat de *paritas creditorum* in vergelijking met andere gangbare verdelingsnormen de hoogste distributieve rechtvaardigheid oplevert?) of meta-juridische belangen de regel al dan niet een bestaansrecht in het faillissementsrecht verschaffen. Op deze meta-juridische functie ga ik in het volgende hoofdstuk nader in.

Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de *paritas creditorum*

Inleiding

De opbrengst die een curator heeft gerealiseerd in het kader van een faillissement, wordt in Nederland verdeeld volgens regels die zijn vastgelegd in de wet en nader zijn uitgewerkt in de jurisprudentie. De *paritas creditorum* is de hoofdregel⁷¹² bij een dergelijke verdeling.⁷¹³ De *paritas creditorum* houdt hierbij in dat de opbrengst pro rata wordt verdeeld onder de schuldeisers. De wetgever had ook kunnen kiezen voor een andere verdeelsleutel. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de *paritas creditorum* dan wel een andere verdelingsregel in de hiervoor genoemde context als (meest) rechtvaardig wordt ervaren door de populatie (die bestaat uit alle meerderjarige Nederlanders).

Het plan van aanpak is als volgt. Allereerst zoom ik in op het concept distributieve rechtvaardigheid. Vervolgens bespreek ik de toepasbaarheid van dit concept op de verdeling in het kader van een faillissement. Daarna bespreek ik – zonder volledigheid na te streven en uitsluitend voor zover van belang in het kader van de voorliggende onderzoeksvraag – de literatuur over de allocatienormen die distributieve rechtvaardigheid kunnen opleveren. In het verlengde daarvan bespreek ik onder welk type verdeling de *paritas creditorum* moet worden geschaard. Vervolgens stel ik – in het kader van de beantwoording van de voorliggende deelvraag – de kennislacune vast en formuleer ik een hypothese. Tot slot bespreek ik het uitgevoerde (kwantitatieve) onderzoek waarin deze hypothese nader is onderzocht.

7.1 Concept distributieve rechtvaardigheid

Het denken en handelen van mensen wordt niet uitsluitend gedreven door de ratio, zoals wel wordt aangenomen in economische wetten.⁷¹⁴ Emotionele processen spelen hierbij een belangrijke rol.⁷¹⁵ Zo worden de gedachten, gevoelens en gedragingen van mensen sterk beïnvloed door waargenomen rechtvaardigheid.⁷¹⁶ Wanneer mensen vinden dat zij rechtvaardig worden behandeld, heeft dit positieve effecten op hun welbevinden.⁷¹⁷ Indien mensen daarentegen van mening zijn dat zij onrechtvaardig worden behandeld, levert dit gevoelens van stress, boosheid en angst op.⁷¹⁸ Waargenomen rechtvaardigheid is derhalve een belangrijk gegeven in het leven van mensen.⁷¹⁹

⁷¹² Op de *paritas creditorum* gelden relatief veel uitzonderingen (zie paragraaf 2.4). Nu deze studie zich specifiek richt op de *paritas creditorum* kan een (psychologische) kwalificatie van het rangordestelsel achterwege blijven.

⁷¹³ Zie de hoofdstukken 2, 3, 4 en 5 voor een nadere (juridische) uitleg van het begrip *paritas creditorum*.

⁷¹⁴ Zie Akerlof & Schiller 2009, p 20 e.v., De Martino, Kumaran, Seymour & Dolan 2006 en Camerer 2003.

⁷¹⁵ Vgl. Gospic e.a. 2011.

⁷¹⁶ In onderzoek naar waargenomen rechtvaardigheid wordt geprobeerd in kaart te brengen wat mensen rechtvaardig of onrechtvaardig vinden. Nader hierover Van den Bos 2002.

⁷¹⁷ Zie voor een overzicht van onderzoek Van den Bos & Lind 2002.

⁷¹⁸ Folger & Cropanzano 1998 en Lind & Tyler 1988.

⁷¹⁹ Zie ook Van den Bos 2002.

Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de *paritas creditorum*

Distributieve rechtvaardigheid is een specifiek concept binnen het bredere containerbegrip waargenomen rechtvaardigheid. Onder distributieve rechtvaardigheid wordt verstaan de (gepercipieerde) rechtvaardigheid van de verdeling van uitkomsten over meerdere mensen.⁷²⁰ Mensen hechten relatief veel belang aan een eerlijke⁷²¹ verdeling (een verdeling die hoog scoort op het vlak van de distributieve rechtvaardigheid) zo blijkt uit onderzoek.⁷²² Ook bij andere primaten, zoals apen, is een voorkeur vastgesteld voor een verdeling die als eerlijk wordt gepercipieerd.⁷²³

Distributieve rechtvaardigheid wordt vaak genoemd in samenhang met procedurele rechtvaardigheid: de waargenomen eerlijkheid van procedures.⁷²⁴ Bij distributieve rechtvaardigheid gaat het om de waargenomen eerlijkheid van de verdeling zelf. Bij procedurele rechtvaardigheid gaat het om de wijze, de procedure⁷²⁵, waarop de verdeling tot stand komt.

In het verlengde hiervan merk ik op dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de (meer formele) gelijkheid in het kader van de procedurele rechtvaardigheid en de (meer materiële) gelijkheid in het kader van de distributieve rechtvaardigheid. Om procedurele rechtvaardigheid te realiseren, dienen mensen gelijk behandeld te worden in de betreffende procedure in de aanloop naar de verdeling toe. Dat wil echter niet zeggen dat de verdeling uiteindelijk ook op basis van gelijkheid plaatsvindt.

Bij distributieve rechtvaardigheid zijn er drie hoofdrolspelers: de persoon⁷²⁶ die de middelen (de beloning) verdeelt (*Allocator*), de persoon die de verdeling beoordeelt (*Observer*) en de persoon die (een deel van) de middelen (de beloning) ontvangt (*Rewardee*). Hierbij dient voorts te worden onderscheiden: (1) de werkelijke beloning (*Actual Reward*), (2) de beloning die rechtvaardig wordt gevonden (*Just Reward*), (3) de beoordeling van de rechtvaardigheid van de voorliggende verdeling (*Justice Evaluation*) en (4) het gedrag of het gevoel dat volgt op de beoordeling (*Justice Consequences*).⁷²⁷

⁷²⁰ Vgl. Van Prooijen, Van den Bos & Wilke 2002, p. 313, Homans 1961 en Deutsch 1975.

⁷²¹ Uit onderzoek blijkt dat mensen het gemakkelijker vinden om aan te geven wat zij eerlijk of oneerlijk vinden dan wat zij rechtvaardig of onrechtvaardig vinden. Daarnaast blijkt dat oordelen over eerlijkheid meestal meer weergegeven waar mensen echt aan denken. Rechtvaardigheid heeft voor mensen een meer formele betekenis die refereert aan wetgeving of ethische principes. Om die reden wordt in onderzoek doorgaans gevraagd wat mensen eerlijk of oneerlijk vinden. In mijn verdere betoog kunnen de begrippen rechtvaardigheid en eerlijkheid als synoniem worden beschouwd. Nader hierover Van den Bos 2002.

⁷²² McFarlin & Sweeney 1992.

⁷²³ Zie Gommer 2010 en Brosnan, Proctor, De Waal & Williamson 2013 en Brosnan, Price & Talbot 2016.

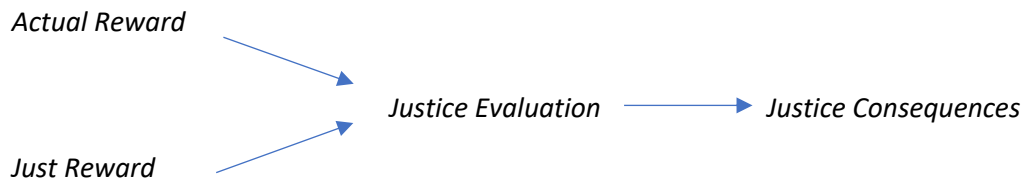
⁷²⁴ Zie Thibaut & Walker 1975 voor de eerste studie naar procedurele rechtvaardigheid in het kader van juridische procedures. Zij hebben onder meer de accusatoire rechtspleging van common-lawlanden vergeleken met de inquisitoire rechtspleging van civil-lawlanden. Uit dit onderzoek blijkt dat, los van de uitkomst van de procedure, de gekozen procesvorm invloed heeft op de rechtvaardigheidsbeleving. Zie voorts Tyler 1990, Lind & Tyler 1988, Solum 2004 en Van Velthoven 2011.

⁷²⁵ Miller 1999, p. 93, definieert procedure in dit verband als: "A procedure is a rule or mechanism whereby one agent – an individual or an institution – assigns benefits (or burdens) to a number of others."

⁷²⁶ Bij persoon kan het hierna telkens gaan om een natuurlijk persoon of een rechtspersoon.

⁷²⁷ Zie nader Jasso, Törnblom & Sabbagh 2016 onder 11.2.1.

Deze vier elementen kunnen als volgt schematisch worden weergegeven:



In een faillissementssituatie wordt de gerealiseerde opbrengst volgens een bepaalde verdeelsleutel verdeeld onder de schuldeisers.⁷²⁸ Distributieve rechtvaardigheid spitst zich in die context toe op de waargenomen rechtvaardigheid van de gekozen verdelingsnorm. Hierbij kan de curator worden beschouwd als *Allocator*. Een schuldeiser kan worden gezien als de *Rewardee*. De *Observer* kan eenieder zijn (curator, schuldeiser of derde) die de verdeling beoordeelt in het kader van de *Justice Evaluation*. De werkelijke uitkering die een schuldeiser ontvangt, is de *Actual Reward*. De beloning die in de gegeven omstandigheden het meest rechtvaardig zou worden bevonden, is de *Just Reward*. De *Justice Consequences* zijn bijvoorbeeld het gevoel van onrechtvaardigheid bij een discrepantie tussen de uitkering die een schuldeiser daadwerkelijk ontvangt en de uitkering die als rechtvaardig wordt gepercipieerd. Een nog verdergaande consequentie kan mogelijk zijn dat een schuldeiser meer dan voorheen openstaat voor gedragingen in strijd met de wet (zoals bijvoorbeeld paulianus handelen, teneinde op deze wijze alsnog een bedrag te ontvangen dat overeenkomt met de *Just Reward*).

Tegen deze achtergrond richt ik mij hierna op de vraag welke verdelingsnorm of verdelingsnormen eerlijk worden gevonden in het kader van een verdeling.

7.2 De drie dominante verdelingsvoorkeuren

Een verdeling kan via tal van verdelingsmechanismen plaatsvinden. Mechanismen op basis van macht of het recht van de sterkste kunnen bijvoorbeeld bepalen op welke wijze een verdeling plaatsvindt.⁷²⁹ Dergelijke wijzen van verdeling worden doorgaans als onrechtvaardig gepercipieerd. In mijn betoog zijn slechts verdelingsmechanismen relevant die door mensen worden verbonden met de notie van rechtvaardigheid.⁷³⁰ In onderzoek naar de distributieve rechtvaardigheid komen als dergelijke verdelingsnormen veelal naar voren: *equity*, *equality* en *need*.⁷³¹ Hierna ga ik, zonder volledigheid na te streven, in op deze drie verdelingsnormen.

⁷²⁸ Uiteraard dient er wel opbrengst te zijn en dienen de faillissementskosten allereerst in mindering te komen op de opbrengst. Voor de juridische *finetuning* verwijs ik verder naar het juridische deel.

⁷²⁹ Elster 1990 noemt als mogelijke wijzen van verdeling van goederen de volgende zes principes: *egalitarian principles* (roulatie bijvoorbeeld), *time-related principles* (denk aan verdeling op basis van plaats op de wachtlijst), *principles defined by status* (geslacht bijvoorbeeld), *discretionary principles*, *mechanism based on power* en *mixed principles*.

⁷³⁰ Zie ook Miller 1999, p. 45

⁷³¹ Ook een verdeling op basis van toeval is mogelijk. Uit Poepsel & Schroeder 2013 blijkt dat een dergelijke vorm van verdeling (*random*) doorgaans niet de voorkeur van mensen geniet. Al helemaal niet als de belangen die op het spel staan relatief groot zijn. Daarnaast zijn nog meer allocatienormen te onderscheiden (zie Reis 1986), maar de hiervoor genoemde drie normen zijn het meest dominant. Vgl. Sondak, Neale & Pinkley 1999, p. 489.

7.2.1 Equity

De *equity*-theorie⁷³² tracht de ervaren (on)billijkheid van de verdeling te verklaren aan de hand van een persoonlijk vergelijkingsproces: welk deel heb ik ontvangen en hoe verhoudt dit zich tot de bijdrage die ik heb geleverd?⁷³³ Vervolgens wordt de eigen input-outputverhouding vergeleken met die van relevante andere personen. Indien iemand een ongelijkheid (“inequity”) percipieert, is dit van invloed op de (ervaren) rechtvaardigheid van de verdeling. Doorgaans is er een derde partij (in het kader van een arbeidsverhouding is dat bijvoorbeeld de werkgever), die zorgdraagt voor de verdeling van de beschikbare middelen.⁷³⁴

De input kan allerlei vormen aannemen. Bij een arbeidsovereenkomst kan hierbij bijvoorbeeld gedacht worden aan inzet en talent. Bij output kan bijvoorbeeld gedacht worden aan salaris, erkenning en verantwoordelijkheid.⁷³⁵

De theorie wordt wel weergegeven met de volgende formule: $\frac{Oa}{Ia} = \frac{Ob}{Ib}$.⁷³⁶ Hierbij is Oa de output van persoon A en Ia de input van A. Ob is dan de output van relevante anderen en Ib de input van relevante anderen. De ervaren distributieve rechtvaardigheid zou het hoogst zijn indien de twee in de formule vervatte ratio's gelijk aan elkaar zijn.⁷³⁷ Mensen, zo volgt hieruit, kunnen verschillen in uitkomst accepteren (en kunnen in die zin een ongelijke behandeling aanvaarden), mits die verschillen maar gebaseerd zijn op verschillen in de bijdragen die geleverd zijn.⁷³⁸

Een verdelingsregel gebaseerd op deze theorie moet dus rekening houden met het feit dat mensen een balans willen aanbrengen tussen iemands bijdrage en zijn beloning in vergelijking met de bijdrage en de beloning van relevante anderen. In het kader van een faillissement kan hierbij gedacht worden aan een verdelingsregel, waarbij de verhouding tussen enerzijds de vordering van een schuldeiser en anderzijds het bedrag dat wordt uitgekeerd, wordt gelijkgesteld aan de vorderingen van vergelijkbare overige schuldeisers en het bedrag dat zij ontvangen.

Er moet onderscheid worden gemaakt tussen (vroegere) theorieën die één (absolute) verdelingsnorm centraal stellen die in alle situaties kan worden toegepast (*unidimensionality*) en (latere) theorieën die meerdere verdelingsnormen centraal stellen die gelden, afhankelijk van de context waarin ze worden toegepast (*multidimensionality*). Vanaf de jaren zeventig is er meer aandacht gekomen voor de gedachte dat *equity* slechts één van de mogelijke verdelingsprincipes is,

⁷³² De theorie is – voortbouwend op de theorie van de *relative deprivation* en op de *social exchange theory* - ontwikkeld door John Stacey Adams. Zie nader Adams 1965.

⁷³³ Voor onderzoek waarin op deze verdelingsnorm nader wordt ingegaan, verwijs ik naar Adams 1965, Deutsch 1975, Adams & Freedman 1976, Markovsky 1988, Pritchard, Dunnette & Jorgenson 1972 en Walster et al. 1973.

⁷³⁴ Vgl. Sabbagh 2001, p. 249.

⁷³⁵ Zie nader over de equity theorie binnen een arbeidsverhouding: Miller 1999, p. 156 e.v.

⁷³⁶ In de literatuur wordt bij deze formule veelvuldig verwezen naar Aristoteles die distributieve rechtvaardigheid baseerde op proportionaliteit. Vgl. Aristoteles 2015, p. 169: “Dus zoals de eerste term staat tot de tweede, zo staat de derde term tot de vierde, en alternando: zoals de eerste staat tot de derde, zo staat de tweede tot de vierde. Vandaar zal ook de som van de eerste en de derde term in dezelfde verhouding staan tot de som van de tweede en vierde term. Dit is nu precies de combinatie die door de verdeling wordt gerealiseerd en indien de termen op deze wijze worden samengesteld, is de combinatie rechtvaardig.”

⁷³⁷ Zie nader over de equity-theorie: Adams 1965, Walster, Walster & Berscheid 1978 en Miller 1999.

⁷³⁸ Zie voor een onderbouwing van de equity-theorie vanuit de neurologie: Cappelen e.a. 2014.

naast met name *equality* en *need*. Bovendien is de focus meer komen te liggen op het contextuele karakter van de verdelingsprincipes.⁷³⁹ In overwegende mate wordt thans in onderzoek, dat zich richt op distributieve rechtvaardigheid, uitgegaan van een contextuele benadering. Met betrekking tot een verdeling op basis van *equity* wijs ik in dit kader op het volgende.

Indien tussen mensen geen nauwe persoonlijke band bestaat en er geen sprake is van een lange termijnrelatie, wordt *equity* genoemd als favoriete verdelingsnorm.⁷⁴⁰ Dit speelt nog sterker indien er sprake is van een situatie van schaarste (*resource constraints*).⁷⁴¹

In het kader van neutrale, competitieve of resultaatgerichte samenwerkingen heeft een verdeling op basis van *equity* de voorkeur.⁷⁴² De bevinding dat *equity* in het kader van economische samenwerkingen wordt genoemd als voorkeursnorm, sluit hier bij aan.⁷⁴³ Een nuancering is wel op zijn plaats. Indien er sprake is van een langdurige economische samenwerking, waarbij de betrokkenen een harmonieuze relatie hoog in het vaandel hebben staan, zal *equality* eerder als passende verdelingsnorm worden gezien.⁷⁴⁴

7.2.2 Equality

Bij een verdeling op basis van *equality* wordt eenieder gelijk behandeld ongeacht de geleverde bijdrage of de behoefte. Een verdeling op basis van gelijkheid wordt in tal van situaties belangrijk gevonden door mensen.⁷⁴⁵ Uit onderzoek naar de achterliggende oorzaak voor deze voorkeur voor gelijkheid, blijkt dat mensen in belangrijke mate worden gedreven door eerlijkheid (*fairness*).⁷⁴⁶ Een belangrijke aanwijzing hiervoor is dat een schending van de gelijkheid emotionele reacties kan oproepen, doordat mensen dat als oneerlijk percipiëren.⁷⁴⁷

⁷³⁹ Sabbagh 2001, p. 252 en 253, over die ontwikkeling “during the 1970s and 1980s”: “distributive justice is conceived as a multidimensional and particularistic phenomenon: there are several justice principles and people apply these principles separately or in combination when they distribute different classes of resources (Törnblom and Foa, 1983) in different social contexts (Deutsch 1975; Lerner, 1975; Leventhal, 1976; Sampson, 1975). Within this approach, three basic principles are commonly distinguished – equity, equality, and need – along with their respective more specific rules, according to which people value the fairness of resource distribution.”

⁷⁴⁰ Sondak, Neale and Pinkley 1999, p. 492. Relationship, contribution and resource constraints zijn volgens deze onderzoekers de drie bepalende kenmerken die bepalen welk type verdeling geschikt is.

⁷⁴¹ Sondak, Neale and Pinkley 1999, p. 493.

⁷⁴² Conlon e.a. 2004, p. 331.

⁷⁴³ Vgl. Conlon e.a. 2004, p. 344, Miller 1999, p. 27 en Sondak, Neale & Pinkley 1999, p. 489.

⁷⁴⁴ Vgl. Sondak, Neale & Pinkley 1999, p. 490. Deutsch 1975 gaat uit van de benadering dat het doel dat wordt nagestreefd door degene die is belast met de verdeling de keuze voor een verdelingsnorm beïnvloedt. Als economische productiviteit moet worden bevorderd, is *equity* het meest geschikt. Indien het versterken van de onderlinge sociale verhoudingen het doel is, is *equality* meer gepast.

⁷⁴⁵ Voorkeur voor een verdeling waarbij iedere deelnemer een gelijk deel ontvangt, blijkt uit onderzoek van Deutsch 1975, Morgan & Sawyer 1967, Shapiro 1975, Stouten, De Cremer & Van Dijk 2007. Voor overzichtsartikelen op het vlak van distributieve rechtvaardigheid, zie: Konow 2003 en Sabbagh 2001. Ook bij andere primaten, zoals apen, is gebleken van eenzelfde voorkeur voor gelijke uitkomsten. Zie nader: Brosnan, Proctor, De Waal & Williamson 2013 en Brosnan & De Waal 2003.

⁷⁴⁶ Zie o.a. Stouten, De Cremer & Van Dijk 2005.

⁷⁴⁷ Zie Stouten, De Cremer & Van Dijk 2007, bijvoorbeeld op p. 62: “when equality is violated people will be emotionally upset”. Zie voorts het vervolgonderzoek van Stouten 2009 naar de gevolgen van een schending van de gelijkheid voor het gedrag van de groepsdeelnemers.

Mensen hebben regelmatig te maken met situaties waarbij hun persoonlijke belangen botsen met collectieve belangen. Deze situaties worden ook wel aangeduid als *social dilemmas*.⁷⁴⁸ Een voorbeeld van een *social dilemma* is het *public good dilemma*. In een dergelijke situatie kan een individueel groepslid het publieke goed consumeren zonder een bijdrage te hoeven leveren. Een voorbeeld hiervan is het vissen in een bepaald gebied.⁷⁴⁹ Hierbij beschikt een groep mensen over een gezamenlijke bron (een visgebied). De bijdrage die daarom wordt gevraagd, is het zich houden aan een quotum (een beperking van de visvangst voor een bepaalde vissoort tot een vastgesteld maximum). Alle individuele groepsleden kunnen in beginsel hun visvangst maximeren zonder zich te houden aan het geldende quotum. Echter, indien te veel vissers hiervoor opteren, raakt de bron uitgeput waardoor het gehele collectief slechter af is. Uit onderzoek naar de voorkeur voor een verdelingsnorm bij de verdeling van publieke goederen in een samenleving, blijkt een voorkeur voor gelijkheid (*equality*) als verdelingsmaatstaf.⁷⁵⁰ In het voorbeeld van de visvangst geldt dan de regel dat iedere visser een gelijk maximum aantal vissen mag vangen.

De context waarin de *equality-rule* wordt toegepast, is dus allereerst de verdeling van publieke middelen tussen de burgers van een staat.⁷⁵¹ De regel wordt echter ook het meest rechtvaardig gevonden in situaties buiten het publieke kader. Een verdeling op basis van gelijkheid heeft – in vergelijking tot een verdeling op basis van *equity* – ook de voorkeur in geval van lange termijnrelaties waarbij partijen een nauwe persoonlijke band met elkaar hebben (vriendschap, bloedband, partner in een affectieve relatie).⁷⁵² Als verklaring wordt genoemd dat in deze situaties sociale harmonie belangrijk is.⁷⁵³ Een verdeling op basis van gelijkheid zou deze harmonie bevorderen.⁷⁵⁴

Indien er geen sprake is van schaarste, lijken ook mensen die geen nauwe persoonlijke band hebben, de voorkeur te hebben voor een verdeling op basis van gelijkheid.⁷⁵⁵

7.2.3 Need

Een verdeling op basis van behoefte houdt in dat bij de verdeling rekening wordt gehouden met degene die de opbrengst het meest nodig heeft.⁷⁵⁶ *Need* als verdelingsregel is uitsluitend relevant

⁷⁴⁸ Stouten 2009, p. 517. Zie voor een overzicht van dergelijke situaties: Komorita & Parks 1994.

⁷⁴⁹ Nader hierover: Hardin 1968 en Weber, Kopelman & Messick 2004.

⁷⁵⁰ Kerr 1995 en Messick 1993. Voorkeur voor een verdeling waarbij iedere deelnemer een gelijk deel ontvangt, blijkt voorts uit onderzoek van Deutsch 1975, Morgan & Sawyer 1967, Shapiro 1975, Stouten, De Cremer & Van Dijk 2007.

⁷⁵¹ Miller 1999, p. 26 onderscheidt drie basisvormen van relationship: “*solidaristic community, instrumental association, and citizenship*”. *Equality* verbindt hij (p. 3) aan *citizenship*: “*In modern liberal democracies, members of a political society are related not just through communities and their instrumental associations but also as fellow citizens. (...) The primary distributive principle of citizenship association is equality.*”

⁷⁵² Fry, Firestone & Williams 1983, Clark & Mills 1979, Clark, Mills & Corcoran 1989, McLean Parks, Boles, Conlon, DeSouza, Gatewood e.a. 1996, Shapiro 1975.

⁷⁵³ Deutsch 1975, Leventhal 1976 en Sondak, Neale and Pinkley 1999, p. 492.

⁷⁵⁴ Sondak, Neale and Pinkley 1999.

⁷⁵⁵ Sondak, Neale & Pinkley 1999, p. 506.

⁷⁵⁶ Onderzoek hiernaar is uitgevoerd door Conlon et al., 2004; Deutsch 1975; McLean Parks, Conlon, Ang, & Bontempo, 1999) en Lamm & Schwinger 1983. Zie voor een voorbeeld waarin *need* als verdelingsnorm wordt toegepast: Handelingen 2:45 en 4:35. Ook in artikel 374 lid 2 Fw lijkt een toepassing van deze regel te zijn neergelegd.

indien er sprake is van schaarste. Indien er voldoende middelen zijn, kan eenieder immers krijgen hetgeen hij nodig heeft. De behoefte kan betrekking hebben op tal van situaties.⁷⁵⁷ Wel speelt in veel gevallen dat er sprake is van een sterke humane behoefte.⁷⁵⁸

Need past het best bij een situatie waarin het gaat om “de verdeling van” individueel welzijn (zorg). Het principe van *need* is veel toegepast in sociale wetgeving (denk bijvoorbeeld aan de regeling omtrent het minimumloon).⁷⁵⁹

In familierelaties wordt verdeling naar behoefte in het algemeen als het redelijkst gezien, gevolgd door gelijkheid en geleverde bijdrage als verdelingsnormen.⁷⁶⁰ In vriendschappelijke verhoudingen blijkt *need* de belangrijkste allocatienorm, indien expliciet gevraagd wordt aan te geven welke verdeling het meest rechtvaardig is.⁷⁶¹

7.3 Distributieve rechtvaardigheid en de verdelingsregels bij een faillissement

7.3.1 Toepasbaarheid concept distributieve rechtvaardigheid

Het concept distributieve rechtvaardigheid wordt zowel toegepast op verdelingen in de private sfeer (bijvoorbeeld binnen een gezin of binnen een bedrijf) als op verdelingen in de publieke sfeer (zoals de verdeling van publieke goederen door de overheid).⁷⁶² Op publiek niveau is bijvoorbeeld onderzoek verricht naar de vraag op welke wijze overheidsmiddelen moeten worden verdeeld in het kader van de toekenning van werkloosheidsuitkeringen en ouderdomspensioenen.⁷⁶³ Op privaat niveau is onder meer onderzoek verricht naar de vraag of bij de verdeling van een opbrengst rekening wordt gehouden met behoeftigheid (*need*).⁷⁶⁴

Een verdeling in het kader van een faillissement moet naar mijn mening worden beschouwd als een verdeling binnen de private sfeer. Het gaat om de privaatrechtelijke verhouding tussen een

⁷⁵⁷ Miller 1999, p. 26 en 27 beschouwt *need* als meest geschikte verdelingsnorm in het kader van een *solidaristic community* (“*The first of the three modes of relationship, solidaristic community, exists when people share a common identity as members of a relatively stable group with a common ethos. (...) Within solidaristic communities the substantive principle of justice is distribution according to need. Each member is expected to contribute to relieving the needs of others in proportion to ability, the extent of liability depending upon how close the ties of community are in each case (thus I can demand more help from my brother than from my colleague at work).*”). Zie nader over het concept *Need*: Miller 1999, p. 203 e.v.

⁷⁵⁸ Sabbagh 2001, p. 254

⁷⁵⁹ Sabbagh 2001, p. 254.

⁷⁶⁰ Barendrecht 2004.

⁷⁶¹ Lamm & Schwinger 1983.

⁷⁶² Vgl. Miller 1999, p. 61 die wijst op de toepassing enerzijds in het kader van een “small-group setting” en anderzijds in het kader van een “society-wide scale”. Zie voorts Sabbagh 2001, p. 238 e.v. (“Macrojustice versus Microjustice”).

⁷⁶³ Reeskens & Van Oorschot 2013. Uit dit onderzoek blijkt dat bij de populaties van de 24 onderzochte Europese landen er bij de verdeling van *unemployment benefits* een voorkeur bestaat voor *equality*. Bij de verdeling van *old aged pensions* is er verdeeldheid over de vraag of *equity* of *equality* de juiste verdelingsnorm is. “*Haves*” prefereren *equity* en “*Have-nots*” prefereren *equality*.

⁷⁶⁴ Lamm & Schwinger 1983. Uit dit onderzoek blijkt dat de behoeftigheid (*need*) een belangrijke rol speelt bij de verdeling van een opbrengst indien (1) er sprake is van een vriendschappelijke betrekking en (2) indien expliciet gevraagd wordt aan te geven welke verdeling het meest rechtvaardig is.

schuldenaar en zijn schuldeisers. Een verdeling van overheidsgelden is niet aan de orde. Ook als er wel sprake zou zijn van een verdeling in de publieke sfeer, staat dit echter de toepassing van het concept distributieve rechtvaardigheid niet in de weg. Het begrip wordt immers zowel in een private als in een publieke setting gebruikt. De conclusie is dan ook dat het concept distributieve rechtvaardigheid (hoe dan ook) kan worden toegepast op een faillissementssituatie.

7.3.2 Kwalificatie *paritas creditorum*

Een verdeling op grond van de *paritas creditorum* houdt in dat concurrente schuldeisers pro rata betaling ontvangen. Dat wil zeggen dat de netto-opbrengst naar evenredigheid van de vorderingen die de schuldeisers hebben, wordt verdeeld. Met een voorbeeld zal ik dat verduidelijken.

Stel de opbrengst voor de concurrente schuldeisers in een faillissement is € 200.000,00 en de totale concurrente schuldenlast is € 2.000.000,00. Iedere concurrente schuldeiser ontvangt een uitkering gelijk aan 10% van zijn vordering. Een schuldeiser die bijvoorbeeld € 100.000,00 te vorderen heeft, zal derhalve - in vergelijking met een schuldeiser die € 100,00 te vorderen heeft - een hogere uitkering ontvangen (€ 10.000,00 respectievelijk € 10,00).

De hoogte van de inbreng bepaalt derhalve de hoogte van de uitkomst. Dit betekent dat bij een verdeling op grond van de *paritas creditorum* er geen sprake is van *equality* als verdelingsnorm. Dan zou immers de schuldeiser die € 100.000,00 te vorderen heeft evenveel ontvangen als de schuldeiser die € 100,00 heeft te vorderen. Er wordt bij de verdeling op grond van de *paritas creditorum* geabstraheerd van behoefte, zodat van een verdeling op grond van *need* evenmin sprake is. Een verdeling op grond van de *paritas creditorum* kan wel worden aangemerkt als één van de mogelijke verdelingen die vallen binnen het spectrum van de *equity-norm*.⁷⁶⁵ Er is immers sprake van een zuivere proportionaliteit wat betreft de inbreng-uitkomstverhouding.⁷⁶⁶ In het kader van de *equity rule* worden *effort*, *actual contribution* en *ability* wel gezien als inbreng.⁷⁶⁷ In het geval van een faillissement kan de vordering van de schuldeisers worden aangemerkt als *actual contribution*. Uitgaande van het hiervoor gegeven voorbeeld kan de *equity*-formule dan als volgt worden weergegeven: $\frac{10.000}{100.000} = \frac{190.000}{1.900.000}$.

7.3.3 Voorkeursnorm in geval van faillissement

Feitelijk, zo is hiervoor geconstateerd, is in het kader van een verdeling bij een faillissementssituatie, *equity* de basisnorm. Dat dit feitelijk het geval is, wil niet (zonder meer) zeggen dat *equity* ook de voorkeursnorm voor schuldeisers is. Hierna bespreek ik de vraag welke verdelingsnorm in het kader van een faillissementssituatie vermoedelijk de voorkeur geniet.

De afwikkeling van een faillissement is een éénmalig en in de tijd begrensd gebeuren. Schuldeisers bouwen dan ook geen lange termijnrelatie met elkaar op. Hierbij komt dat doorgaans de gezamenlijke schuldeisers elkaar niet of slechts beperkt kennen, zodat er in beginsel geen nauwe

⁷⁶⁵ Vgl. Van Dijck 2006, p. 116 en 117.

⁷⁶⁶ Vgl. Sabbagh 2001, p. 253: "The principle of equity refers, as aforesaid, to proportional distributions of social resources, according to the input of each individual."

⁷⁶⁷ Zie Sabbagh 2001, p. 253.

persoonlijke band kan worden aangenomen. Er is sprake van schaarste.⁷⁶⁸ De relatie tussen de schuldeisers is economisch van aard. Zij hebben doorgaans op basis van een – in welke vorm dan ook⁷⁶⁹ – geleverde input een bedrag van de schuldenaar te vorderen. Deze karakteristieken vormen een indicatie dat de *equity* inderdaad de verdelingsnorm zal zijn die schuldeisers als het meest rechtvaardig ervaren.

Hiertegen pleit het volgende. Het is maar de vraag in hoeverre een schuldeiser zich daadwerkelijk vergelijkt met andere schuldeisers, die hij doorgaans niet kent en die zich in geheel verschillende situaties kunnen bevinden. Daarnaast zijn er aanwijzingen dat bij het delen van verliezen een verdeling op basis van *equality* als meest rechtvaardig wordt beschouwd.⁷⁷⁰ Een faillissementssituatie zou je ook kunnen zien als een situatie waarin verliezen worden gedeeld.⁷⁷¹ Dit gegeven wijst richting *equality* als meest rechtvaardige verdelingsnorm. In het kader van een faillissement wordt bovendien door de overheid een buitenstaander (curator) aangewezen die het faillissement afwikkelt volgens wettelijke regels. Een schuldeiser zou dit kunnen aanvoelen als een situatie die dicht aanschuurt tegen de situatie dat publieke middelen worden verdeeld. In dat geval zou ook *equality* als meest geschikte verdelingsnorm kunnen worden aangewezen. Bij een verdeling van publieke middelen wordt immers doorgaans *equality* als meest geschikte verdelingsnorm beschouwd. Het staat derhalve zeker niet vast dat *equity* als meest eerlijke verdelingsnorm naar voren zal komen. Wel is het mijn verwachting – ondanks de genoemde tegenargumenten – dat *equity* de voorkeursnorm zal zijn.

7.4 Resumé

Mensen hebben een voorkeur voor verdelingen die zij als rechtvaardig percipiëren. De dominante voorkeuren zijn in dit verband een verdeling op basis van *equity*, *equality of need*. De dominante voorkeur hangt mede af van de situatie waarin de verdelingsnorm wordt toegepast. Indien er tussen mensen geen nauwe persoonlijke band bestaat, er sprake is van schaarste en er geen sprake is van een lange termijnrelatie, bestaat er een voorkeur voor *equity* als verdelingsnorm. Een verdeling op grond van de *paritas creditorum* is één van de mogelijke verdelingen die valt binnen het spectrum van de *equity*-norm.

7.5 Kennislacune en formulering hypothese

Alhoewel aannemelijk kan worden gemaakt dat de *paritas creditorum* de voorkeursnorm voor schuldeisers is, moet voorzichtigheid worden betracht met deze aanname. Een empirische onderbouwing kan niet worden gegeven, nu specifiek (Nederlands)⁷⁷² onderzoek naar dominante

⁷⁶⁸ In die faillissementen waarin er voldoende actief beschikbaar is om de schuldeisers volledig te betalen, zijn de verdelingsregels niet relevant. Een ieder ontvangt dan het volledige bedrag waarop hij recht heeft.

⁷⁶⁹ Een leverancier heeft goederen geleverd, een werknemer heeft arbeid verricht en een financierder heeft een geldbedrag geleend om maar enkele voorbeelden te noemen. Soms is het lastiger de input van een schuldeiser te bepalen. Zo is de inbreng van een schuldeiser die op basis van een onrechtmatige daad ageert minder eenvoudig vast te stellen.

⁷⁷⁰ Zie het onderzoek van Kayser & Lamm 1980.

⁷⁷¹ Vgl. Franken 2019, p.1.

⁷⁷² Rechtvaardigheidsoordelen kunnen per land/cultuur verschillen. Zie nader hierover: Fischer 2016.

voorkeursnormen van schuldeisers en schuldenaren die betrokken zijn bij een faillissement tot op heden ontbreekt.⁷⁷³ Er is dan ook geen empirisch bewijs op grond waarvan kan worden gesteld dat de *paritas creditorum* de favoriete verdelingsnorm is van schuldeisers. Daarnaast liggen er aannames aan de verdelingsregels ten grondslag, waarbij niet met zekerheid kan worden gesteld dat die aannames ook gelden in een faillissementssituatie.

De vraag of de *paritas creditorum* inderdaad de voorkeursnorm voor schuldeisers is, kan dan ook nog niet worden beantwoord. Pas indien deze vraag wordt beantwoord, ontstaat echter duidelijkheid over de aanwezigheid van een meta-juridische functie van de *paritas creditorum* als verdelingsregel. Er dient dan ook nader empirisch onderzoek te worden verricht om de kennislacune op te vullen.

De onderzoeksvraag in het kader van dit onderzoek is: levert *equity*, in vergelijking met de verdelingsnormen *need*, *equality* en een mengvorm van *need* en *equity*, in diverse situaties (waarbij wordt gevarieerd met de relatieve grootte van de vordering en de behoefte) telkens de hoogste (waargenomen) distributieve rechtvaardigheid op bij een verdeling in het kader van een faillissement?

De hypothese (H1) is dat de verdeling in een faillissementssituatie als eerlijker wordt beoordeeld indien deze is gebaseerd op *equity* dan wanneer zij is gebaseerd op *equality*, *need* of een mengvorm van *need* en *equity*, ongeacht de grootte van de vordering en/of de behoefte van de schuldeiser. Deze hypothese is getest in een door mij uitgevoerde studie waarop hierna nader zal worden ingaan. Allereerst bespreek ik hierbij de methode die is gevolgd. Vervolgens analyseer ik de resultaten waarna ik met een conclusie afsluit.

7.6 Methode

7.6.1 Participanten

In het onderzoek staan de voorkeursnormen van schuldeisers, betrokken bij een faillissement dat wordt afgewikkeld naar Nederlands recht, centraal. In beginsel kan iedere Nederlander betrokken raken bij een faillissement als schuldeiser. Alle (meerderjarige) Nederlanders vormen dan ook de populatie.

Binnen de populatie hebben ondernemers (zoals firmanten van een v.o.f. of eigenaren van een eenmanszaak) in vergelijking met particulieren een aanmerkelijk verhoogde kans te maken te krijgen met een faillissement, met name als schuldeiser van een in staat van faillissement verklaarde schuldenaar.⁷⁷⁴ Ook rechtspersonen (zoals bijvoorbeeld besloten of naamloze vennootschappen)

⁷⁷³ Carmen e.a. 2006 heeft vanuit economische perspectief empirisch onderzocht bij Spaanse studenten welke voorkeursnorm zij hebben. Hier bleek een voorkeur voor een verdeling op basis van proportionaliteit te bestaan.

⁷⁷⁴ Hoe meer contractuele relaties een partij met een andere partij aangaat hoe groter gemiddeld genomen de kans dat hij met een faillissement van een partij te maken kan krijgen. Om omzet te genereren levert een onderneming tegen betaling doorgaans een dienst of een goed aan een klant. De gemiddelde onderneming gaat hierdoor relatief veel contractuele relaties aan met alleen al haar klanten. De kans dat van tijd tot tijd een

hebben met name als schuldeiser relatief vaker te maken met faillissementen dan particulieren. Rechtspersonen worden vertegenwoordigd door bestuurders. Deze bestuurders worden ook gerekend tot de groep van ondernemers. Om rekening te houden met het gegeven dat ondernemers frequenter te maken hebben met faillissementen, zijn meer ondernemers dan niet-ondernemers gevraagd deel te nemen aan het onderzoek.

Er hebben 174 mensen ($n = 174$) op vrijwillige basis deelgenomen aan het onderzoek en het onderzoek volledig afgerond.⁷⁷⁵ Van hen zijn minimaal 114 respondenten ondernemer.⁷⁷⁶

7.6.2 Procedure en meetinstrumenten

Het onderzoek had de volgende opzet.⁷⁷⁷ Deelnemers aan het onderzoek ontvingen een vragenlijst (zie bijlage 1). Potentiële respondenten zijn benaderd via nieuwsbrieven aan ondernemers en aan INSOLAD.⁷⁷⁸ Omdat de respons minimaal bleek te zijn, is vervolgens aan een onderzoeksbureau opdracht gegeven ondernemers te benaderen met het verzoek de vragenlijst in te vullen. Nadat (meer dan) voldoende ingevulde vragenlijsten zijn ontvangen om statistisch verantwoorde conclusies te kunnen trekken, is het onderzoek afgesloten (zie de samenvatting van de uitkomsten in bijlage 2).

Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de wenselijke verdelingsnormen voor concurrente schuldeisers. Het verdelingsstelsel waarbij boedel- en preferente schuldeisers allereerst uit de opbrengst worden voldaan, wordt als een gegeven beschouwd. In de informatie vooraf wordt in de vragenlijst daarom aangegeven dat de vragen uitsluitend betrekking hebben op een faillissement, waarbij de schuldeisers met een recht van voorrang reeds betaling hebben ontvangen.

Om het construct waargenomen rechtvaardigheid te onderzoeken is de volgende procedure gebruikt. Via de vragenlijst werden aan de respondenten – aan de hand van een casus – veertien situaties (ook wel vignetten genoemd) voorgelegd, waarbij telkens een opbrengst wordt verdeeld onder twee schuldeisers volgens een bepaalde verdeelsleutel (*equity, equality, need* of een mengvorm van *need* en *equity*, hierna aangeduid als: *mixed*).

willekeurige klant in staat van faillissement wordt verklaard en de onderneming hierdoor als schuldeiser met een faillissement te maken krijgt is reëel aanwezig. Bij een particulier geldt echter gemiddeld genomen dat hij aanmerkelijk minder contractuele relaties aangaat met partijen waarvan hij geld tegoed heeft (de belangrijkste “schuldenaar” is doorgaans de werkgever). De kans dat hij te maken krijgt met een faillissement is hierdoor minder groot dan in het geval van een onderneming.

⁷⁷⁵ In totaal zijn 277 mensen begonnen aan het onderzoek waarna 174 personen het onderzoek volledig hebben afgerond. Uitsluitend op basis van de input van deze 174 personen worden hierna conclusies getrokken.

⁷⁷⁶ Minimaal, want naast 114 mensen die hebben verklaard ondernemer te zijn, hebben 7 respondenten ingevuld dat zij niet weten of zij ondernemer zijn.

⁷⁷⁷ Mensgebonden onderzoek wordt bij de Open Universiteit, voordat het onderzoek wordt uitgevoerd, door de commissie Ethische Toetsing Onderzoek (cETO) onderzocht. De cETO heeft in dit verband een positief advies op de ethische toetsing gegeven.

⁷⁷⁸ INSOLAD is de specialistenvereniging voor advocaten op het gebied van het insolventierecht.

Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de paritas creditorum

Er zijn twee afhankelijke variabelen waarmee waargenomen rechtvaardigheid wordt geoperationaliseerd.⁷⁷⁹ Per vignet is onderscheid gemaakt tussen de eerlijkheid van een verdeling en de gepastheid van een verdeling. De respondenten gaven bij elk vignet aan hoe (on)eerlijk c.q. hoe (on)gepast zij de voorgelegde verdeling vinden, gebruikmakend van een schaal met zeven categorieën, variërend van 1 = “zeer oneerlijk”, tot 7 = “zeer eerlijk”, c.q. 1 = “zeer ongepast”, tot 7 = “zeer gepast”.

De in de vignetten gehanteerde verdelingsnorm (*equity, equality, need of mixed*) vormt de onafhankelijke variabele.⁷⁸⁰ Er is sprake van een *within-subjects* experimenteel design. Door middel van de vignetten is de onafhankelijke variabele (de verdelingsnorm) gemanipuleerd. Er is gebruik gemaakt van een zogenaamd *Repeated Measures Design*. Het gaat namelijk om herhaalde metingen, waarbij iedere respondent meerdere keren dezelfde vragen krijgt voorgelegd naar aanleiding van telkens een ander scenario.

De variabele verdelingsnorm bestond uit vier categorieën: *equality, equity, need* en *mixed*. Elke verdelingsnorm werd in drie vignetten beschreven. In ieder vignet is er sprake van een behoefte van schuldeiser A. In het eerste van de drie vignetten heeft de behoeftige een lagere vordering dan de ander, in het tweede een hogere vordering en in het derde zijn de vorderingen gelijk. Daarnaast zijn er twee vignetten waarin geen sprake is van behoefte bij de schuldeisers. Een verdeling op basis van *need of mixed* is hier dus niet van toepassing, maar een verdeling op basis van *equality* en *equity* wel. Schematisch weergegeven levert dit de volgende situaties op, zie Tabel 1.

Tabel 1. Schematisch overzicht van de studie

vignet	Vordering “situatie”	behoefte	Verdelingsnorm			Mengvorm
			<i>equality</i>	<i>equity</i>	<i>need</i>	
1	A < B	Geen	X			
2	A < B	Geen		X		
3	A < B	A	X			
4	A > B	A	X			
5	A = B	A	X			
6	A < B	A		X		
7	A > B	A		X		
8	A = B	A		X		
9	A < B	A			X	
10	A > B	A			X	
11	A = B	A			X	
12	A < B	A				X
13	A > B	A				X
14	A = B	A				X

De notatie “A < B” symboliseert de situatie dat de vordering van schuldeiser A kleiner is dan die van B. De notatie “A = B” symboliseert de situatie dat de vordering van schuldeiser A gelijk is aan de

⁷⁷⁹ Een afhankelijke variabele is een variabele waarover een voorspelling wordt gedaan om hypothesen te toetsen.

⁷⁸⁰ Een onafhankelijke variabele is een variabele die gebruikt wordt om voorspellingen op te baseren.

vordering van B. De notatie “ $A > B$ ” symboliseert de situatie dat de vordering van schuldeiser A groter is dan die van B.

7.6.3 Samenhang afhankelijke variabelen

De afhankelijke variabelen eerlijk en gepast hebben een hoge mate van correlatie ($r = .97, p < .001$). Kennelijk worden de begrippen eerlijk en gepast door de populatie als synoniem ervaren. Omdat de resultaten op de afhankelijke variabelen onderling uitwisselbaar zijn, worden in het vervolg uitsluitend de resultaten over de eerlijkheid van de verdeling gerapporteerd.

7.6.4 Beschrijving analyse I

Bij de condities *equity* en *equality* is er – in vergelijking met de overige condities – sprake van een extra vignet. Via deze twee vignetten (zie vignet 1 en 2 in tabel 1) werd een situatie voorgelegd, waarbij de behoefte buiten beschouwing werd gelaten (en waarbij de vordering van A kleiner is dan de vordering van B). Deze twee vignetten lenen zich dus goed voor een onderlinge vergelijking, onafhankelijk van behoefte. In analyse I worden de eerlijkheidsscores vergeleken tussen de twee verdelingsnormen *equity* en *equality*. Het doel van deze analyse is om te bepalen of de onafhankelijke variabele *equity* dan wel de onafhankelijke variabele *equality* de afhankelijke variabele eerlijkheid (het meest) beïnvloedt in het geval de behoefte geheel buiten beschouwing wordt gelaten.

Bij de analyse is ervoor gekozen om de uitkomsten “zeer eerlijk”, “eerlijk” en “een beetje eerlijk” als één categorie (de categorie: eerlijk) te beschouwen en de overige uitkomsten als de andere categorie (de categorie: oneerlijk). Dit maakt het mogelijk om de uitkomsten ook als percentage weer te geven, welke via een logistische regressieanalyse kunnen worden geanalyseerd.⁷⁸¹

In dit experiment is gebruik gemaakt van een design met herhaalde metingen, waardoor er bij de analyse rekening moet worden gehouden met de afhankelijkheid tussen de observaties. Vanwege deze afhankelijkheid moet een analysetechniek worden gebruikt die hier rekening mee houdt. Daarom is er gekozen voor een *lineair mixed model*, ook wel multilevelanalyse genoemd.⁷⁸²

7.6.5 Beschrijving analyse II

Per verdelingsnorm zijn telkens de volgende drie vergelijkbare situaties aan de orde:

- schuldeiser A heeft behoefte en de vordering van A is kleiner dan de vordering van B;
- schuldeiser A heeft behoefte en de vordering van A is groter dan de vordering van B;
- schuldeiser A heeft behoefte en de vorderingen van A en B zijn gelijk.

⁷⁸¹ In statistische terminologie weergegeven: De scores op eerlijkheid zijn niet normaal, maar scheef verdeeld. Een analyse via een lineair regressiemodel is hierdoor minder geschikt. Door de scores dichotoom te maken, kan een analyse via een logistisch regressiemodel plaatsvinden.

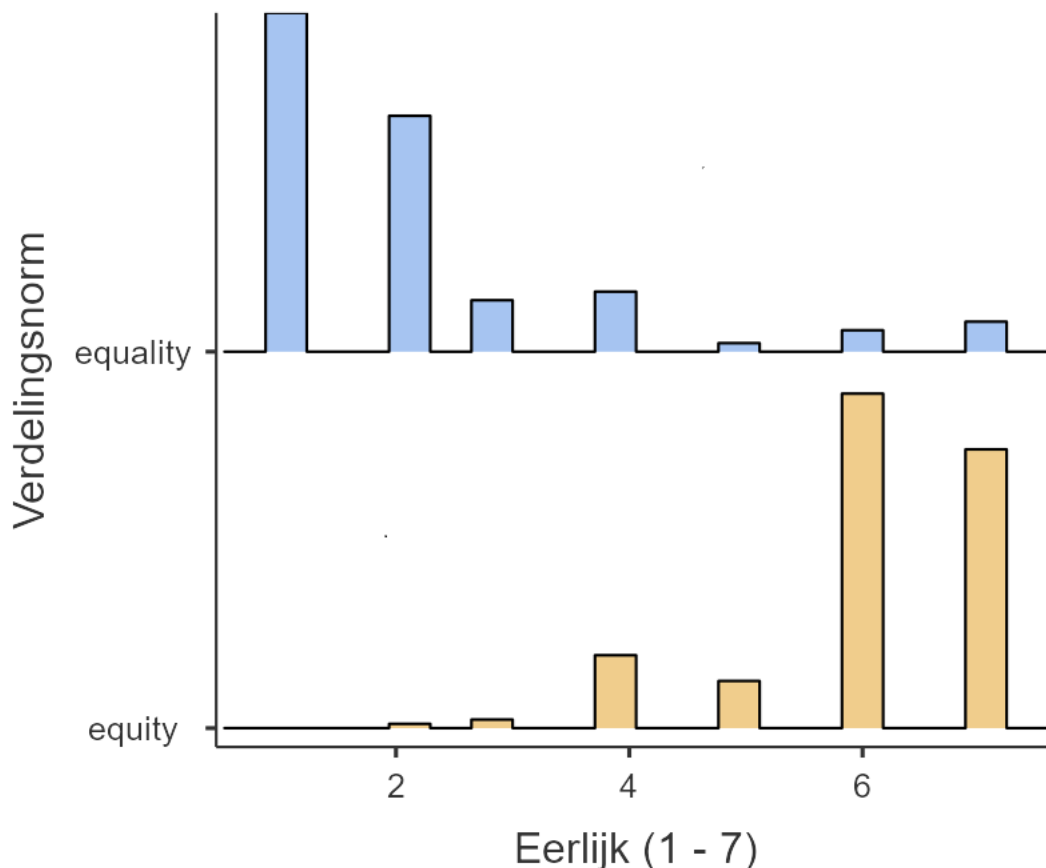
⁷⁸² Als een onderzoeker een variabele wil voorspellen of verklaren uit andere variabelen dan is regressieanalyse de meest toegepaste analysetechniek. In casu geldt echter dat de scores per verdelingsvorm in een bepaald hiërarchisch verband staan. Een zeer sterke voorkeur voor de ene verdelingsvorm zal doorgaans een minder sterke voorkeur voor een andere verdelingsvorm tot gevolg hebben. Het gebruik maken van regressieanalyse om de hypothese te toetsen is daarom in dit geval minder geschikt. De multilevelanalyse is hier een geschiktere methode om toe te passen, nu bij deze analysevorm rekening wordt gehouden met het hiërarchisch karakter van de data. Zie nader over multilevelanalyse: Hox, Moerbeek & Van de Schoot 2017.

Op basis van deze vignetten (de vignetten 3 tot en met 14, zie tabel 1) worden in analyse II de eerlijkheidsscores vergeleken tussen de vier verdelingsnormen *equity*, *equality*, *need* en *mixed*. Het doel van deze analyse is om te bepalen welke van de vier verdelingsnormen, mede gelet op de verschillende situaties die zijn voorgelegd, het meest eerlijk wordt gevonden. Anders gezegd: welke onafhankelijke variabele de afhankelijke variabele (het meest) beïnvloedt. Een *lineair mixed* model (LMM) is gebruikt om de effecten van de verdelingsnorm en de achterliggende situaties op het eerlijkheidsoordeel te analyseren. Ook bij deze analyse is eerlijkheid gecodeerd tot twee categorieën (eerlijk versus niet eerlijk).

7.7 Resultaten analyse I

De verdelingsnorm *equity* wordt door 89% van de respondenten eerlijk gevonden en de verdelingsnorm *equality* door 8% van de respondenten. Hierna worden in een grafiek de eerlijkheidsscores per verdelingsnorm weergegeven.

Grafiek 1. Eerlijkheidsscores analyse I



Grafiek 1 geeft per verdelingsnorm de frequentie weer van de antwoorden op de vignetten 1 en 2. Hogere scores corresponderen met een hoger eerlijkheidsoordeel. Grafiek 1 laat zien dat verdelingsvorm *equity* relatief hoog scoort op eerlijkheid en *equality* relatief laag.

Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de paritas creditorum

De uitkomst van de logistische regressieanalyse is weergegeven in Tabel 2.

Tabel 2. Resultaten logistische regressie vignet 1 en 2

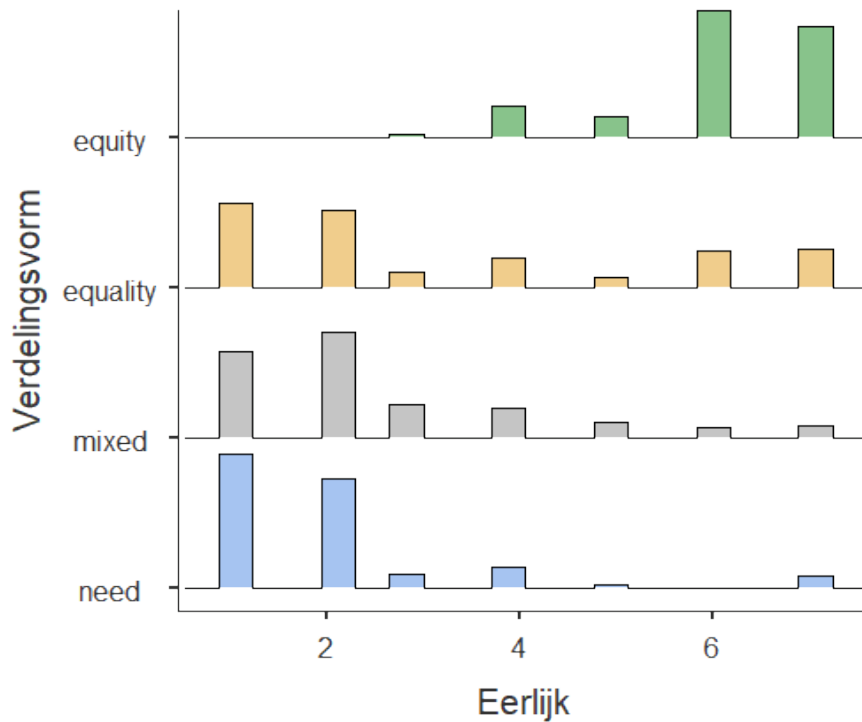
Names	Effect	Estimate	SE	exp(B)	95% Exp(B) Confidence Interval		z	p
					Lower	Upper		
(Intercept)	(Intercept)	-0.197	0.183	0.821	0.573	1.18	-1.08	0.281
Verdelingsvorm1	equity - equality	4.477	0.366	88.000	42.924	180.41	12.22	< .001

Uit tabel 2 blijkt dat er een statistisch significant verband is tussen de verdelingsnorm (*equity* vs. *equality*) en de kans dat een persoon de verdeling als eerlijk beoordeelt (*log odds* = 4.47, $p < .001$). De chikwadraat van dit model is: $\chi^2=149$, $p < 0,001$. De verdelingsvorm *equity* wordt substantieel vaker als eerlijk beoordeeld dan in vergelijking met *equality*. De kans dat iemand een verdeling op grond van de *equality* eerlijk vindt, is 88 maal geringer dan de kans dat iemand een verdeling op grond van de *equity* eerlijk vindt (*odds ratio* = 88).

7.8 Resultaten analyse II

De eerlijkheidsscores per verdelingsnorm worden hierna in grafiek 2 weergegeven.

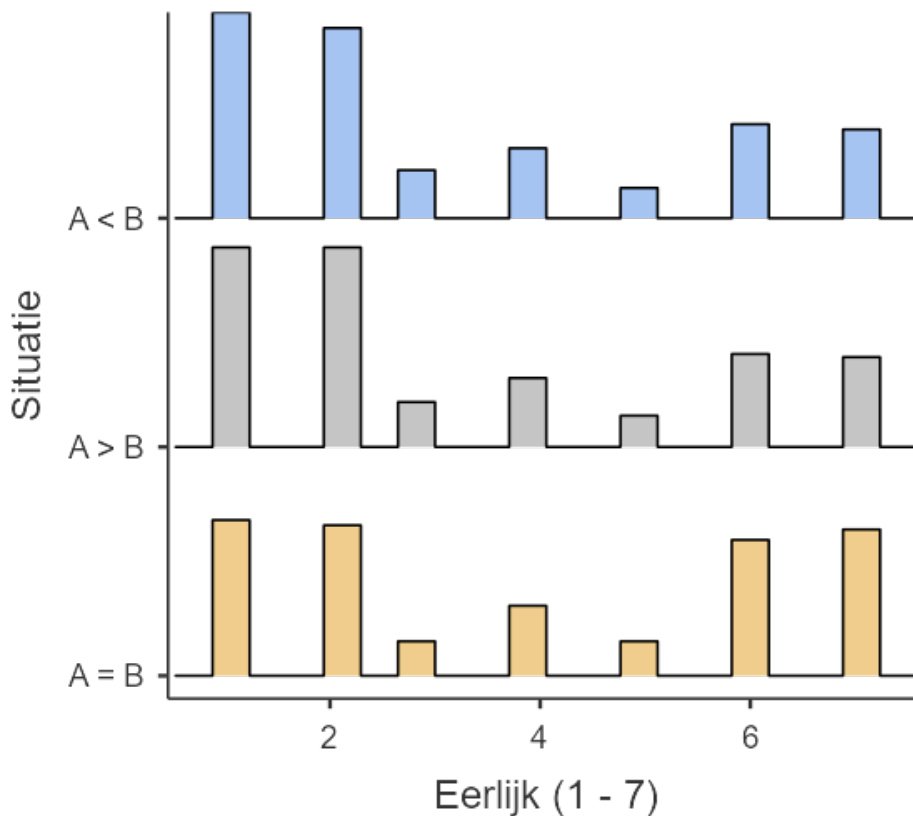
Grafiek 2. Eerlijkheidsscores per verdelingsnorm



In grafiek 2 corresponderen hogere scores met hogere eerlijkheidsscores. De verdelingsnorm *equity* heeft de hoogste scores, gevolgd door *equality*. Opvallend is dat *equity* nagenoeg geen lage scores heeft, terwijl dat bij de overige verdelingsnormen wel het geval is. Daarnaast valt op dat de scores merendeel hoog (5, 6) of laag (1, 2) zijn. Middenscores (3, 4 of 5) komen minder voor. Dit duidt erop dat respondenten weinig twijfel hebben over de vraag wat zij eerlijk c.q. oneerlijk vinden.

In grafiek 3 worden de eerlijkheidsscores per situatie afgebeeld.

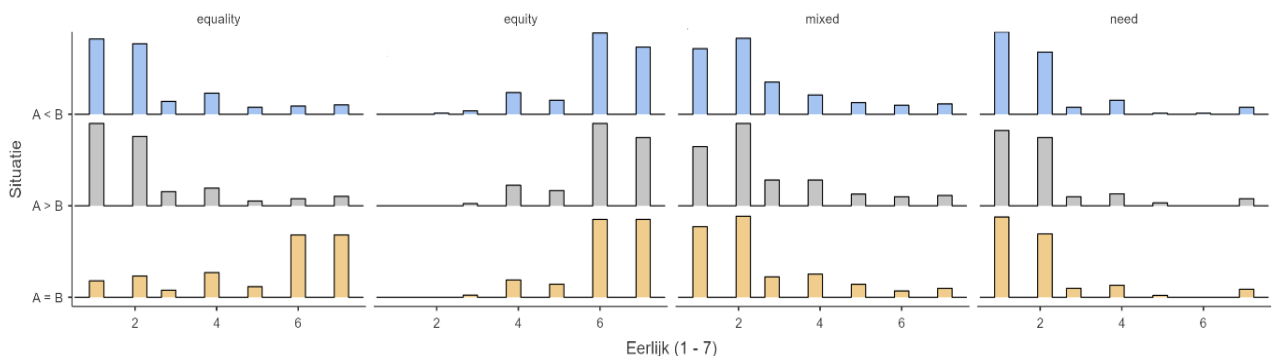
Grafiek 3. Eerlijkheidsscores per situatie



In grote lijnen komen de scores per situatie met elkaar overeen. In de situatie dat de vordering van A gelijk is aan de vordering van B, valt alleen op dat de eerlijkheidsscores hoger zijn dan de overige eerlijkheidsscores.

In grafiek 4 worden de verdelingsnormen en de situaties gecombineerd weergegeven.

Grafiek 4. Eerlijkheidsscores per verdelingsnorm en situatie



Grafiek 4 laat zien dat *equity* in alle drie de situaties het hoogste scoort op eerlijkheid. *Need* scoort het laagst gevolgd door *mixed*. *Equality* laat als enige een verschil zien wat betreft de gekozen situatie. In de situatie dat de vordering van A gelijk is aan de vordering van B zijn de eerlijkheidsscores op *equality* relatief hoog. In de overige situaties zijn de eerlijkheidsscores op *equality* relatief laag. In hoeverre *equality* eerlijk wordt gevonden, hangt dus af van de gekozen situatie. Bij de overige verdelingsnormen is dit niet het geval.

Hoofdstuk 7: Distributieve rechtvaardigheid en de paritas creditorum

In de volgende logistische regressieanalyse wordt de dichotome variabele eerlijkheid geanalyseerd.

Tabel 3. Verwachte kansen voor de vignetten 3 tm 14

Situatie	Verdelingsnorm	Prob.	SE	95% Confidence Interval	
				Lower	Upper
A < B	<i>equality</i>	0.029	0.011	0.013	0.062
A > B	<i>equality</i>	0.021	0.009	0.009	0.048
A = B	<i>equality</i>	0.782	0.052	0.664	0.867
A < B	<i>equity</i>	0.965	0.013	0.927	0.983
A > B	<i>equity</i>	0.973	0.011	0.942	0.988
A = B	<i>equity</i>	0.980	0.008	0.955	0.992
A < B	<i>mixed</i>	0.038	0.014	0.018	0.077
A > B	<i>mixed</i>	0.038	0.014	0.018	0.077
A = B	<i>mixed</i>	0.032	0.012	0.015	0.066
A < B	<i>need</i>	0.005	0.003	0.001	0.015
A > B	<i>need</i>	0.006	0.003	0.002	0.018
A = B	<i>need</i>	0.006	0.003	0.002	0.018

Tabel 3 laat de verwachte kans zien dat iemand de verdeling als eerlijk beoordeeld voor de combinaties van de vier verdelingsnormen en de drie situaties. Bijna geen enkele respondent vindt de verdelingsnormen *equality*, *need* of *mixed* eerlijk (0-3%), behalve bij de situatie waar de vordering van A gelijk is aan de vordering van B. In die situatie vindt 78% van de respondenten de verdelingsnorm *equality* eerlijk. De verdelingsnorm *equity* wordt telkens in hoge mate eerlijk gevonden (96-98%).

In tabel 4 worden de contrast-effecten getoond van deze analyse. Het gaat hierbij telkens om het contrast tussen twee situaties bij een gegeven verdelingsvorm.

Tabel 4. Resultaten logistische regressie vignetten 3 tm 14

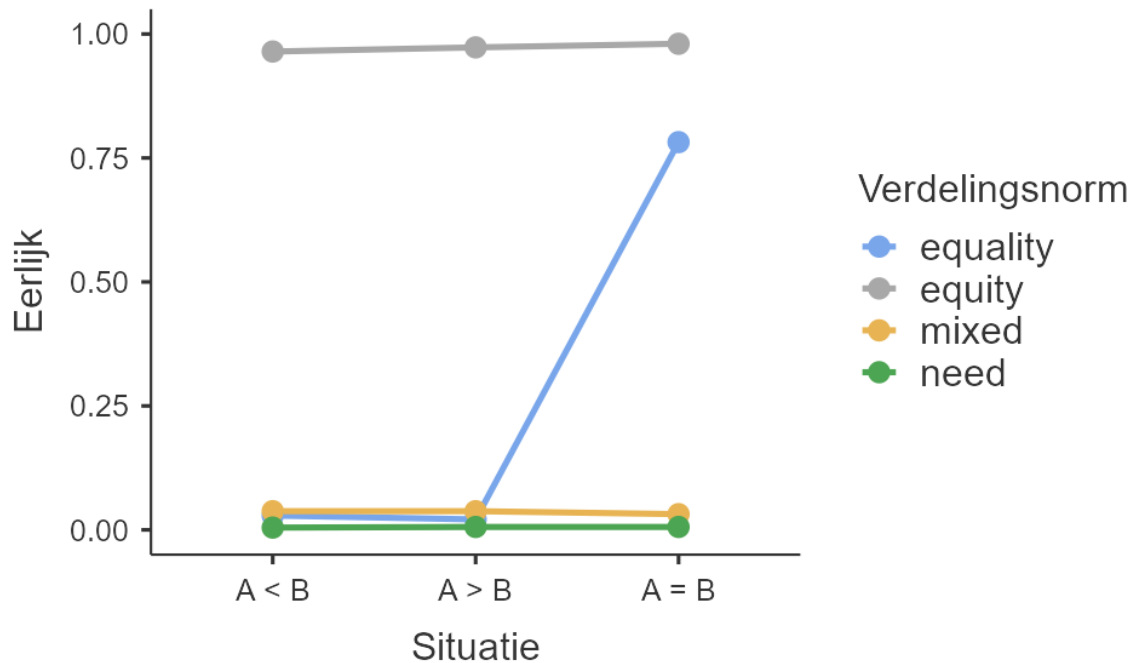
Verdelingsnorm	contrast	Estimate	SE	exp(B)	95% Exp(B) Confidence Interval		z	p
					Lower	Upper		
<i>equality</i>	A > B - A < B	-0.322	0.465	0.725	0.291	1.80	-0.693	0.489
<i>equality</i>	A = B - A < B	4.792	0.438	120.586	51.154	284.26	10.953	< .001
<i>equity</i>	A > B - A < B	0.278	0.432	1.321	0.567	3.08	0.644	0.520
<i>equity</i>	A = B - A < B	0.601	0.454	1.824	0.750	4.44	1.325	0.185
<i>mixed</i>	A > B - A < B	-2.22e-7	0.414	1.000	0.444	2.25	-5.35e-7	1.000
<i>mixed</i>	A = B - A < B	-0.179	0.424	0.836	0.364	1.92	-0.423	0.672
<i>need</i>	A > B - A < B	0.246	0.703	1.279	0.322	5.08	0.350	0.726
<i>need</i>	A = B - A < B	0.246	0.703	1.279	0.322	5.08	0.350	0.726

Uit tabel 4 blijkt dat er (uitsluitend) in het geval van *equality* een statistisch significant verband is tussen de voorgelegde situatie (A=B) en de kans dat een persoon de verdeling als eerlijk beoordeelt ($\log \text{odds} = 4.79$, $p < .001$). Bij de verdelingsnorm *equality* geldt dus dat de kans 120 maal groter is dat een persoon de A=B verdeling ten opzichte van de A<B eerlijker vindt ($\text{odds ratio} = 120$).

In dit verband merk ik nog op dat bij een verdeling in de situatie A=B de uitkomst bij verdelingsnorm *equity* gelijk is aan de uitkomst bij verdelingsnorm *equality*. Ter verduidelijking een voorbeeld. Stel: twee schuldeisers hebben ieder recht op 100, terwijl er maar 50 is. Zowel bij een verdeling op grond van *equity* als bij *equality* is de uitkomst dat iedere schuldeiser 25 ontvangt (25% van zijn vordering). De relatief hoge eerlijkheidsscore op *equality* indien A=B wordt daarom wellicht verklaard door het gegeven dat er in die situatie geen verschil in uitkomst is tussen (de in alle situaties eerlijker gevonden) *equity* en (de in de overige situaties oneerlijker gevonden) *equality*.

Grafiek 5 vat tot slot hierna de bevindingen in één beeld nog eens goed samen. De grafiek laat duidelijk zien dat *equity* het hoogst scoort op eerlijkheid in alle situaties. Alle andere verdelingsvormen scoren in alle situaties laag op eerlijkheid, met uitzondering van *equality* in de A=B situatie.

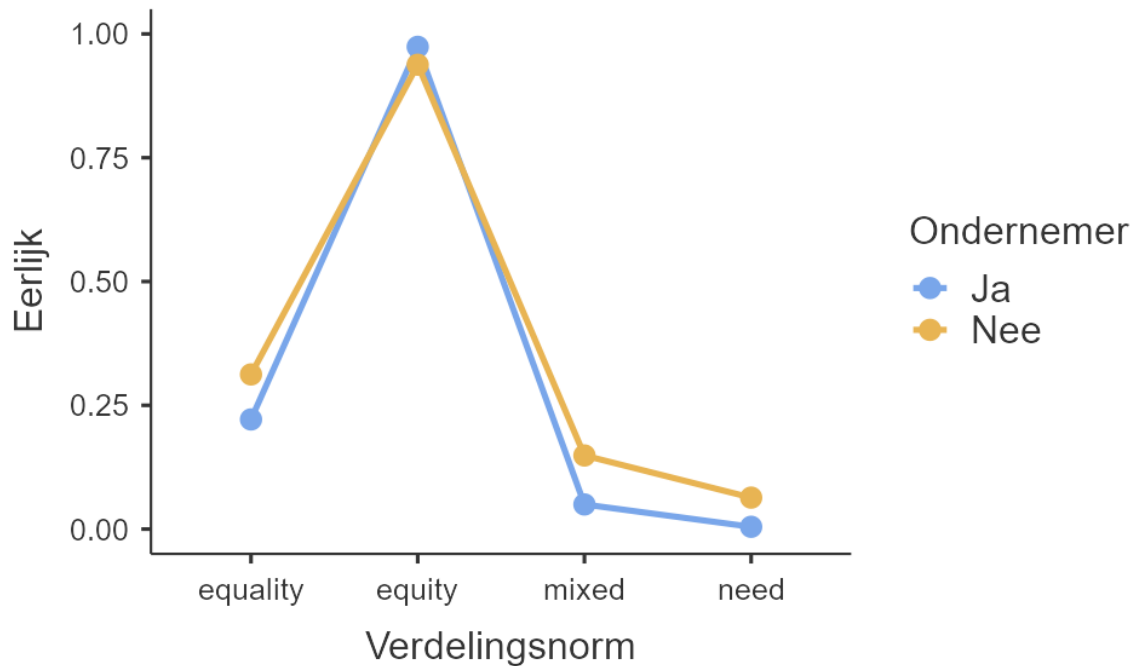
Grafiek 5. Eerlijkheidsscores per verdelingsnorm en per situatie



7.9 Ondernemerschap

Er is nog aandacht besteed aan de vraag of de effecten van de verdelingsnorm en de situatie afhankelijk waren van de vraag of de respondent al dan niet ondernemer is. Deze analyse kon echter niet worden uitgevoerd, omdat door te weinig observaties het model niet convergeerde. De hierna opgenomen grafiek laat echter zien dat er geen indicaties zijn dat het effect van verdelingsnorm anders uitpakt voor ondernemers dan voor niet-ondernemers. Nu geen separate onderzoeksvraag is geformuleerd die betrekking heeft op een eventueel verschil tussen de rechtsvaardigheidsbeleving van een ondernemer en een niet-ondernemer, volsta ik met deze constatering.

Grafiek 6. Eerlijkheidscores ondernemer versus niet ondernemer



In de vragenlijst hebben enkele respondenten aangegeven niet te weten of zij ondernemer zijn. Onder ondernemer zijn in het kader van deze grafiek niet begrepen de respondenten die dit hebben aangegeven.

7.10 Conclusie

De hypothese is bevestigd. Uit de analyses blijkt dat *equity* in alle vergeleken condities telkens een significant hogere score op de afhankelijke variabelen geeft. *Equality* scoort uitsluitend significant hoger op de afhankelijke variabelen in de situatie dat *equality* in feite gelijk is aan *equity* (te weten: in de situatie dat de vorderingen van A en B gelijk zijn).

Dit betekent dat een verdeling op grond van de *equity* (waaronder ook wordt gerekend een verdeling op grond van de *paritas creditorum*) in vergelijking met de drie overige verdelingsnormen de hoogste (waargenomen) distributieve rechtvaardigheid oplevert.

Hoofdstuk 8: Conclusie en afsluitende beschouwing

Inleiding

In hoofdstuk 6 is reeds vastgesteld dat uitsluitend meta-juridische belangen de *paritas creditorum* van een bestaansrecht kunnen voorzien. In hoofdstuk 7 is onderzoek verricht naar de vraag of deze meta-juridische belangen aanwezig zijn. Op grond van de uitkomst van dit onderzoek wordt hierna de centrale vraag beantwoord. Vervolgens licht ik nog toe om welke reden de *paritas creditorum* in de praktijk snel verkeerd begrepen kan worden. Tot slot breng ik een appel aan de wetgever uit.

8.1 Beantwoording centrale vraag

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat bij een verdeling in het kader van een faillissementssituatie een pro rato verdeling met stip de hoogste waargenomen distributieve rechtvaardigheid oplevert. Een verdeling op grond van de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel van de *paritas creditorum* heeft derhalve een meta-juridische functie.

Dit betekent dat thans kan worden vastgesteld dat de *paritas creditorum* bestaansrecht heeft, ondanks het feit dat er van deze regel relatief weinig terecht komt. Dit bestaansrecht ligt in het feit dat deze regel een meta-juridische functie heeft (en meer specifiek: in het feit dat de regel in sterke mate als rechtvaardig wordt gepercipieerd). Het kenmerk van morele regels is immers dat deze bestaansrecht hebben los van de economische betekenis.⁷⁸³

Ter onderbouwing van de stelling wordt nog op het volgende gewezen. In zijn algemeenheid kan niet gesteld worden dat een regel die in sterke mate als rechtvaardig wordt gepercipieerd vanwege dit enkele feit bestaansrecht heeft binnen het juridische domein. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de empirische gegevens die het uit te voeren psychologisch onderzoek oplevert, en juridisch normatieve oordelen over de noodzaak om een regel in het wet te handhaven.⁷⁸⁴ Als de meeste mensen de *paritas creditorum* zouden kwalificeren als meest rechtvaardige verdelingsregel, wil dit enkele feit nog niet zeggen dat de juridische noodzaak hiermee gegeven is.⁷⁸⁵ Een nadere normatief juridische beoordeling moet plaatsvinden. In het geval van de *paritas creditorum* geldt in het kader van deze normatief juridische beoordeling het volgende. Bij een verdeling van de netto-opbrengst in het kader van een faillissement zijn verdelingsregels nodig. Deze regels dienen uitsluitend privaatrechtelijke belangen (en wel meer specifiek de private belangen van schuldeisers die te vorderen hebben van de schuldenaar). Een in dit verband te formuleren hoofdverdelingsregel hoeft tegen deze achtergrond uitsluitend te voldoen aan de eis dat een dergelijke regel in sterke mate als

⁷⁸³ Zie nader hierover paragraaf 1.2.

⁷⁸⁴ Vgl. Van Dijck, Snel & Van Golen 2018, p. 91-92.

⁷⁸⁵ Ter vergelijking een voorbeeld: als de meeste bewoners van een land de doodstraf als een rechtvaardige straf percipiëren, betekent dit nog niet dat de doodstraf op grond van dit enkele feit gecodificeerd moet worden. Pas na een nadere juridisch normatieve beoordeling dient een beslissing te worden genomen over de vraag of al dan niet codificatie moet plaatsvinden.

rechtvaardig wordt gepercipieerd. Aan deze eis wordt in het geval van de *paritas creditorum* voldaan, zodat de conclusie kan worden getrokken dat de regel bestaansrecht heeft

8.2 Appel wetgever

De *paritas creditorum* heeft bestaansrecht ondanks het feit dat in de praktijk van deze regel in economische zin relatief weinig terecht komt, zo is hiervoor geconstateerd. Dit gegeven laat onverlet dat met het oog op de meta-juridische belangen bevorderd moet worden dat er meer van de regel terecht komt. Juist omdat een evenredige verdeling het meest eerlijk wordt gevonden, is het wenselijk dat een groter deel van het gemiddelde actief in een faillissement verdeeld wordt onder de concurrente crediteuren overeenkomstig de hoofdregel van de *paritas creditorum*.

Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling om waar mogelijk regelgeving zodanig aan te passen dat de concurrente schuldeisers in een gemiddeld faillissement er minder bekaaid vanaf komen (in vergelijking tot de preferente schuldeisers en de boedelschuldeisers).⁷⁸⁶ De wenselijke verdelingsregels in het kader van een faillissement staan de laatste tijd in de literatuur in de belangstelling.⁷⁸⁷ In dit verband breng ik in het bijzonder onder aandacht het rapport dat door de Rijksuniversiteit Groningen is uitgebracht aan het WODC en waarin onderzoek is verricht naar de vraag welke maatregelen zouden kunnen worden getroffen om de positie van concurrente schuldeisers in een faillissement te verbeteren.⁷⁸⁸ Via deze weg roep ik de wetgever op om een concreet vervolg te geven aan de uitkomsten van dit onderzoek. Dit zou kunnen door de wijzigingen die de onderzoekers suggereren in de vigerende faillissementsrechtelijke regelgeving door te voeren of door andere wijzigingen te realiseren die de positie van de concurrente schuldeisers verbeteren, alles met als doel dat (meer) recht wordt gedaan aan de meta-juridische belangen achter de *paritas creditorum*.

⁷⁸⁶ Zie in dit verband ook recente oproepen in de Tweede Kamer tot aanpassing van de wetgeving (Handelingen II 2019-2020, 35225, nr. 20, p. 26, 27, 41 en 42).

⁷⁸⁷ Zie de diverse bijdragen van schrijvers in Rikkert e.a. 2022 over wat zij noemen het herverdelingsvraagstuk. Daarnaast verwijs ik naar de in het Tijdschrift voor Insolventierecht gestarte serie artikelen waarin de auteurs zich bezinnen op titel 3.10 van het Burgerlijk Wetboek over het systeem van verhaal en voorrang (Heilbron 2021).

⁷⁸⁸ Zie Karapetian, Lennarts & Verstijlen 2021.

Hoofdstuk 9. Samenvatting

Hoofdstuk 1

Het hoofddoel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar liquide te maken, zodat vervolgens de netto-opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers verdeeld kan worden.

Uitgangspunt bij de verdeling is de in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum*.

Als het gaat om gelijkheid tussen schuldeisers in het faillissementsrecht wordt doorgaans gerefereerd aan deze regel.

De *paritas creditorum* wordt in de literatuur niet alleen een rol toegedicht bij de verdeling van de netto-opbrengst in de verdelingsfase van een faillissement, maar ook in de zogenaamde schemerperiode vóór faillissement en in de periode vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar tot het moment waarop de verdeling plaatsvindt.

In de literatuur zijn de meningen verdeeld als het gaat om de vraag of de *paritas creditorum* een belangrijk beginsel van insolventierecht is. Hierbij zijn er aan de ene kant schrijvers die het belang van de *paritas creditorum* afhankelijk lijken te maken van de praktische relevantie. Als de uitkeringspercentages van de concurrente crediteuren hoog zijn, komt er veel van de *paritas creditorum* terecht en is het een belangrijke regel. Zijn de uitkeringspercentages laag of nihil dan geldt het tegenovergestelde. Dit is door mij aangeduid als de economische benadering van de *paritas creditorum*. Uitgaande van de economische benadering (gezien de relatief lage gemiddelde uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers in een faillissement) komt er in de praktijk van de *paritas creditorum* als verdelingsregel vrij weinig terecht.

Aan de andere kant zijn er schrijvers die het belang van de *paritas creditorum* loskoppelen van de economische realiteit. De *paritas creditorum* is een fundamenteel uitgangspunt ongeacht de economische relevantie. In de literatuur wordt deze stelling soms onderbouwd door te wijzen op het verband tussen rechtvaardig delen en de *paritas creditorum*. Dit is door mij aangeduid als de meta-juridische benadering van de *paritas creditorum*.

Het is – vanwege het feit dat de uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers bij een gemiddeld faillissement relatief gering zijn – voor discussie vatbaar of de *paritas creditorum* in het Nederlandse recht bestaansrecht heeft. Als de *paritas creditorum* – naast het zijn van verdelingsregel – nog andere functies heeft, kan hierin het bestaansrecht zijn gelegen. Of andere functies aanwezig zijn, is nader onderzocht door een juridische analyse uit te voeren aan de hand van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode. De *paritas creditorum* heeft ook bestaansrecht als een dragende meta-juridische functie kan worden aangewezen. Er is daartoe een prescriptieve theorie voorhanden, te weten de impliciete aanname van de wetgever dat een verdeling in een faillissement met als hoofdregel de *paritas creditorum* rechtvaardig is. Om te weten of deze theorie juist is, heeft een descriptieve toetsing plaatsgevonden. Deze toetsing vond plaats via een empirisch onderzoek naar de vraag welk type verdeling schuldeisers betrokken in een faillimentsituatie, als rechtvaardig percipiëren waarbij de *paritas creditorum* één van de voorgelegde verdelingstypen was.

Hoofdstuk 9. Samenvatting

In het licht van de probleemstelling zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd. De centrale vraag luidde: heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement bestaansrecht? De vraag is uitgesplitst in de volgende deelvragen:

1. Welke juridische functie of functies heeft de in artikel 3:277 lid 1 BW neergelegde *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement?

Deze deelvraag is beantwoord door in te gaan op de volgende subvragen:

- 1.1 Wat houdt de *paritas creditorum* in en welke uitzonderingen gelden op deze regel?
- 1.2 Op welke wijze krijgt de *paritas creditorum* in het individuele executierecht gestalte en welke functie of functies heeft de *paritas creditorum* in deze context?
- 1.3 Wat houdt het stelsel van gelijkheidsregels in, in het kader van een (Nederlands) faillissement, waarbinnen de *paritas creditorum* een plaats heeft?
- 1.4 Heeft de *paritas creditorum* een juridische functie of functies, en zo ja welke, in
 - (a) de beheerfase van een faillissement,
 - (b) de schemerperiode vóór faillissement (achteraf beoordeeld vanuit het perspectief van de reconstructie van de boedel tijdens de beheerfase van een faillissement),
 - en
 - (c) de verdelingsfase van een faillissement?

2. Heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement een meta-juridische functie, in die zin dat de *paritas creditorum* in vergelijking met andere gangbare verdelingsnormen de hoogste distributieve rechtvaardigheid oplevert?

In dit proefschrift ging het om een meervoudige plaatsbepaling van de *paritas creditorum*. De eerste plaatsbepaling had betrekking op de functie(s) die de *paritas creditorum* in het faillissementsrecht heeft. De tweede plaatsbepaling had betrekking op de vraag of de *paritas creditorum* een meta-juridische functie heeft. Naast een juridisch theoretisch belang (eerste plaatsbepaling) had het onderzoek hierdoor ook een maatschappelijk belang (tweede plaatsbepaling).

Hoofdstuk 2

In het kader van de beantwoording van de subvragen 1.1 en 1.2 is in hoofdstuk 2 ingegaan op de werking van de *paritas creditorum* in het vermogensrecht en op de uitoefening van de *paritas creditorum* in het individuele executierecht.

De *paritas creditorum*, zoals neergelegd in artikel 3:277 BW, is een verdelingsregel waarbij de crediteuren na afwikkeling van de voorrangrechten, een gelijk recht hebben op een pro rata deel van de netto-opbrengst. De *paritas creditorum* komt uitsluitend bij de verdeling van de opbrengst aan de orde (en niet in de periode kort voor het beslag of in de eerste fase van de beslaglegging).

De *paritas creditorum* kent relatief veel uitzonderingen. Deze uitzonderingen vallen in vijf categorieën te verdelen (voorrang op grond van pand en hypotheek, voorrang op grond van voorrecht, overige door de wet erkende redenen van voorrang, feitelijke voorrang en het oneigenlijke voorrecht verbonden aan de vordering tot betaling van executiekosten). Valt een vordering van een schuldeiser in één van deze vijf categorieën, dan leidt dat (*de jure* dan wel *de facto*) tot een hogere rang bij de verdeling van de executie-opbrengst. Daarnaast kan de vordering

Hoofdstuk 9. Samenvatting

van een schuldeiser een lagere rang hebben dan de rang die een schuldeiser toekomt op grond van de *paritas creditorum* in het geval er sprake is van een eigenlijke achterstelling. De omvang van de uitzonderingen relativeert de betekenis van de *paritas creditorum* als hoofdregel.

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW geldt in het individuele executierecht bij een beslagexecutie waarin twee of meer schuldeisers participeren en de opbrengst van de executie, na voldoening van de kosten, enerzijds toereikend is om de schuldeisers met een recht van voorrang te voldoen, maar anderzijds ontoereikend om alle schuldeisers te voldoen. Hierbij dienen partijen vervolgens bovendien na onderling overleg niet tot overeenstemming te komen. In het kader van de daaropvolgende rangregeling dient de rechter bij het opstellen van de staat van verdeling rekening te houden met artikel 3:277 BW. Slechts onder zeer specifieke omstandigheden komt derhalve aan de *paritas creditorum* in het individuele executierecht rechtstreeks betekenis toe.

In het individuele executierecht heeft de *paritas creditorum* een formele functie en een materiële functie. De formele functie is het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers die zich niet op een recht van voorrang kunnen beroepen en waarvan de vordering niet is achtergesteld. Deze gelijke behandeling houdt in dat voor alle concurrente schuldeisers dezelfde verdelingsmaatstaf geldt. De materiële functie houdt in dat de netto-opbrengst wordt verdeeld naar evenredigheid van de vorderingen van de betrokken schuldeisers.

De *paritas creditorum* heeft in het kader van het individuele executierecht geen functie in de periode voorafgaande aan de beslaglegging.

Een korte verkenning van de wetgeschiedenis heeft aan het licht gebracht dat de *paritas creditorum* van oudsher de functie van verdelingsregel lijkt te hebben gehad in het kader van een *concursum creditorum*. Daarnaast had de *paritas creditorum* mogelijk in de Romeinse tijd een tweede functie, te weten het bewaken van de gelijke behandeling van schuldeisers vanaf de *missio in bona* (de inbeslagneming van het vermogen).

Tot slot is vastgesteld dat de *paritas creditorum* geen functie heeft in het kader van de uitwerking van artikel 1 Grondwet in het executierecht.

Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 verschuift de aandacht van het individuele executierecht naar het faillissement als belangrijke insolventiemaatregel in het collectieve executierecht. In de hoofdstukken 3,4 en 5 is hierbij nader ingegaan op de vraag welke juridische functie de *paritas creditorum* in het kader van een faillissement heeft. In dit verband is tevens onderzocht wat het stelsel van gelijkheidsregels in het kader van een (Nederlands) faillissement, waarbinnen de *paritas creditorum* een plaats heeft, inhoudt. In hoofdstuk 3 is meer specifiek ingegaan op deze vragen tegen de achtergrond van de eerste fase, de beheerfase, van een faillissement.

Aan de faillissementsprocedure ligt het (formele) beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag. Dit beginsel strekt ertoe de belangen van de faillissementsschuldeisers te behartigen. Faillissementsschuldeisers die zich in een gelijke situaties bevinden, moeten ook gelijk worden behandeld. Voor de vraag of er sprake is van een gelijk geval is in faillissement de positie van een schuldeiser in het kader van een individuele beslagexecutie het dominante perspectief.

Hoofdstuk 9. Samenvatting

In de beheerfase komt het beginsel met name tot uitdrukking in artikel 26 Fw (jo. 110 Fw). Concurrente en preferente faillissementsschuldeisers worden hierbij gelijk behandeld doordat zij uitsluitend kunnen participeren in de faillissementsprocedure door de indiening van hun vordering ex artikel 110 Fw.

Schuldeisers met een eigendomsrecht zijn – in vergelijking met faillissementsschuldeisers – een ongelijk geval. Hetzelfde geldt voor faillissementsschuldeisers met een passieve verbintenis, te weten tot een dulden of een niet doen. Zij hebben aanspraken die vergelijkbaar zijn met een schuldeiser in het kader van een reële executie. Separatisten zijn in vergelijking met faillissementsschuldeisers ook een ongelijk geval. Zij hebben geen aanspraak in het kader van de beslagexecutie, maar in het kader van de parate executie. Tot slot is ook een ongelijk geval een schuldeiser met een verbintenis die niet voor verificatie in aanmerking komt, terwijl er geen sprake is van een boedelverbintenis. In het kader van een beslaglegging zou een dergelijke aanspraak ook niet meedoen.

Voor boedelschuldeisers, die in een andere *concursum* verzeild zijn geraakt dan de faillissementsschuldeisers, geldt in deze *concursum* hetzelfde in de beheerfase, met dien verstande dat zij hun rechten niet geldend kunnen maken door indiening van hun vordering ter verificatie. Via de band van de redelijkheid en billijkheid, die doorwerkt via artikel 3:12 BW, komt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in die verhouding als regel tot uitdrukking.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt ook tot uitdrukking in de door de Hoge Raad geformuleerde gelijkheidsregel. Deze gelijkheidsregel geeft een materiële invulling aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, met name door te bepalen of een schuldeiser zich terecht niet aansluit bij de groep van faillissementsschuldeisers die hun vordering ex artikel 26 Fw ter verificatie indienen. De gelijkheidsregel strekt er hierbij toe een voorkeursbehandeling te voorkomen.

Aan de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW wordt in de beheerfase niet toegekomen. Het gaat hier om een verdelingsregel die pas in beeld komt zodra er uitkeringen worden gedaan aan schuldeisers van de schuldenaar in het kader van de verdeling van de opbrengst.

Hoofdstuk 4

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op een specifiek onderdeel van de beheerfase, te weten het onderdeel waarin de curator aandacht besteedt aan de zogenaamde reconstructie van de boedel. Een verdeling van de netto-opbrengst tijdens faillissement kan ernstig verstoord worden door bepaalde (rechts)handelingen van de schuldenaar in het zicht van het faillissement. Onder omstandigheden kan de curator gebruik maken van instrumenten (zoals de faillissementspauliana) om deze benadeling ongedaan te maken en het verhaalsvermogen te reconstrueren naar de situatie voorafgaand aan de benadelende handelingen.

Sommige maatregelen in het kader van deze reconstructie beschermen specifiek de gelijke behandeling van schuldeisers en voorkomen daarmee dat een schuldeiser op oneigenlijke wijze in de schemerperiode voor faillissement zijn positie in het kader van de verdeling verbetert. Dergelijke maatregelen zijn regels die (mede) het beginsel van gelijkheid van schuldeisers tot uitdrukking brengen in de periode voor de faillietverklaring. Het gaat hier om de *faillissementspauliana*, neergelegd in de artikelen 42 (zij het beperkt tot de variant) en 47 Fw alsmede het in artikel 54 Fw

Hoofdstuk 9. Samenvatting

neergelegde verrekeningsverbod. Buiten deze maatregelen geldt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet voor de faillietverklaring.

De in artikel 3:277 BW neergelegde *paritas creditorum* geldt niet in de periode voor faillissement. De *paritas creditorum* heeft in deze periode dan ook geen functie.

Hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 is – in het licht van de hiervoor al aangehaalde vragen – de rol van de *paritas creditorum* tijdens een faillissement bij de verdeling van de baten besproken.

Aan de *paritas creditorum* komt geen betekenis toe indien het faillissementsvonnis na verzet, hoger beroep of cassatie wordt vernietigd. Ook is de *paritas creditorum* niet van belang in het kader van de vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement. De *paritas creditorum* heeft in een faillissement evenmin een functie als een faillissement wordt beëindigd door omzetting in de schuldsaneringsregeling (WSNP).

De *paritas creditorum* ex artikel 3:277 BW is in de verdelingsfase van een faillissement een verdelingsregel. Zij houdt in dat geval in dat – indien een verificatievergadering is gehouden, de slotuitdelingslijst verbindend is geworden en voldoening van alle hoger gerangschikte crediteuren heeft plaatsgevonden – de concurrente crediteuren gelijkgerechtigdheid zijn op het resterende actief.

De *paritas creditorum* is in beginsel naar analogie van toepassing in het kader van de afwikkeling van een faillissement bij gebrek aan baten, mits er enerzijds wel baten aanwezig zijn om te verdelen onder de concurrente boedelschuldeisers, maar anderzijds die baten niet toereikend zijn om de concurrente boedelschuldeisers volledig te voldoen. Alsdan vervult de *paritas creditorum* eveneens de functie van verdelingsregel.

In het kader van een akkoord geldt dat de gerealiseerde baten van de boedel niet hoeven te worden verdeeld aan de hand van de *paritas creditorum* als heteronome verdelingsregel. De *paritas creditorum* wordt bij de homologatie in het kader van de toetsing op de voet van artikel 153 Fw naar analogie toegepast, zij het uitsluitend als modelnorm waarvan tot op zekere hoogte kan worden afgeweken. Ook als modelnorm heeft de *paritas creditorum* het karakter van een verdelingsregel.

Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers komt bij de verdeling niet alleen tot uitdrukking in de *paritas creditorum*. Dit beginsel komt ook naar voren in diverse andere regels die betrekking hebben op de gelijkheid van schuldeisers. Deze regels zorgen bijvoorbeeld voor gelijke informatierechten. Deze gelijke informatierechten worden echter soms in het kader van een procedure gericht tegen de faillietverklaring beperkt ten faveure van een ander (in artikel 19 Rv tot uitdrukking komend) gelijkheidsbeginsel. Daarnaast komt het beginsel bijvoorbeeld tot uitdrukking in het recht van schuldeisers om verzet aan te tekenen tegen een uitdelingslijst waarbij de gelijke behandeling niet in acht is genomen. In het kader van een akkoord komt het beginsel in diverse regels tot uitdrukking, zoals in de regel dat de homologatie van het akkoord geweigerd moet worden als het akkoord tot stand is gekomen door één of meer schuldeisers te begunstigen.

Hoofdstuk 6

In hoofdstuk 6 is de tussentijdse balans opgemaakt wat betreft het juridische deel van het onderzoek.

De functie van de *paritas creditorum* tijdens een faillissement (uitsluitend gezien vanuit het juridische perspectief) is hoofdzakelijk gelegen in de materiële functie (te weten de verdelingsregel waarbij de netto-opbrengst wordt verdeeld naar evenredigheid van de vorderingen van de concurrente schuldeisers van de schuldenaar). Het bestaansrecht van de *paritas creditorum* is gekoppeld aan deze functie. Als er geen noodzaak is tot handhaving van de evenredige verdelingsregel dan zou de *paritas creditorum* uit het faillissementsrecht kunnen worden geëcarteerd.

Het hangt daarom van de beantwoording van de tweede deelvraag af (heeft de *paritas creditorum* in het kader van een (Nederlands) faillissement een meta-juridische functie, in die zin dat de *paritas creditorum* in vergelijking met andere gangbare verdelingsnormen de hoogste distributieve rechtvaardigheid oplevert?) of meta-juridische belangen de regel al dan niet een bestaansrecht in het faillissementsrecht verschaffen.

Hoofdstuk 7

In hoofdstuk 7 staat deze (mogelijke) meta-juridische functie centraal.

Mensen hebben voorkeur voor verdelingen die zij als rechtvaardig percipiëren. De dominante voorkeuren zijn in dit verband een verdeling op basis van *equity*, *equality* of *need*. De dominante voorkeur hangt mede af van de situatie waarin de verdelingsnorm wordt toegepast. Indien er tussen mensen geen nauwe persoonlijke band bestaat, er sprake is van schaarste en er geen sprake is van een lange termijnrelatie, bestaat er een voorkeur voor *equity* als verdelingsnorm. Een verdeling op grond van de *paritas creditorum* is één van de mogelijke verdelingen die valt binnen het spectrum van de *equity*-norm. De vraag of de *paritas creditorum* de voorkeurnorm voor schuldeisers is, kan pas worden beantwoord nadat empirisch onderzoek is verricht. Dit empirisch onderzoek is uitgevoerd.

De onderzoeksvraag in het kader van dit onderzoek was: levert *equity*, in vergelijking met de verdelingsnormen *need*, *equality* en een mengvorm van *need* en *equity*, in diverse situaties (waarbij wordt gevarieerd met de relatieve grootte van de vordering en de behoefte) telkens de hoogste (waargenomen) distributieve rechtvaardigheid op bij een verdeling in het kader van een faillissement?

De hypothese (H1) was dat de verdeling in een faillissementssituatie als eerlijker wordt beoordeeld indien deze is gebaseerd op *equity*, dan wanneer zij is gebaseerd op *equality*, *need* of een mengvorm van *need* en *equity*, ongeacht de grootte van de vordering en/of de behoefte van de schuldeiser.

De populatie werd gevormd door alle (meerderjarige) Nederlanders. Er hebben 174 mensen (n=174) op vrijwillige basis deelgenomen aan het onderzoek. Deelnemers ontvingen een vragenlijst. Via de vragenlijst werden aan de respondenten – aan de hand van een casus – veertien situaties (ook wel vignetten genoemd) voorgelegd, waarbij telkens een opbrengst werd verdeeld onder twee

Hoofdstuk 9. Samenvatting

schuldeisers volgens een bepaalde verdeelsleutel (*equity, equality, need* of een mengvorm van *need* en *equity*, hierna aangeduid als: *mixed*). Er waren twee afhankelijke variabelen. Per vignet is onderscheid gemaakt tussen de eerlijkheid van een verdeling en de gepastheid van een verdeling.

De in de vignetten gehanteerde verdelingsnorm (*equity, equality, need* of *mixed*) vormde de onafhankelijke variabele. Er was sprake van een “within-subjects” experimenteel design. Door middel van de vignetten werd de onafhankelijke variabele (de verdelingsnorm) gemanipuleerd. Er werd gebruik gemaakt van een zogenaamd Repeated Measures Design.

Uit de resultaten van de twee uitgevoerde analyses bleek dat *equity* in alle vergeleken condities telkens een significant hogere score op de afhankelijke variabelen geeft. De hypothese is derhalve bevestigd.

Dit betekent dat een verdeling op grond van de *equity* (waaronder ook wordt gerekend een verdeling op grond van de *paritas creditorum*) in vergelijking met de drie overige verdelingsnormen de hoogste (waargenomen) distributieve rechtvaardigheid oplevert.

Hoofdstuk 8

In hoofdstuk 8 is de centrale vraag als volgt beantwoord.

Uit het uitgevoerde empirisch onderzoek blijkt dat bij een verdeling in het kader van een faillissement een pro rato verdeling de hoogste waargenomen distributieve rechtvaardigheid oplevert. Een verdeling op grond van de in artikel 3:277 BW neergelegde verdelingsregel van de *paritas creditorum* heeft daarom een meta-juridische functie.

In het verlengde van deze vaststelling is geconstateerd dat de *paritas creditorum* bestaansrecht heeft, ondanks het feit dat er van deze regel relatief weinig terecht komt. Dit bestaansrecht ligt in het feit dat deze regel een meta-juridische functie heeft en ligt meer specifiek in het feit dat de regel in sterke mate als rechtvaardig wordt gepercipieerd. Het kenmerk van morele regels is immers dat deze bestaansrecht hebben los van de economische betekenis.

Hoofdstuk 10. English summary

Title: The role of the *paritas creditorum* in a bankruptcy: a multiple positioning.

Chapter 1

The main purpose of bankruptcy is to liquidate the debtor's assets so that the net proceeds can then be distributed among the joint creditors. The starting point for the distribution is the *paritas creditorum* laid down in Article 3:277 of the Dutch Civil Code.

When it comes to equality between creditors in bankruptcy law, this rule is usually used as reference.

In the literature, the *paritas creditorum* is not only given a role in the distribution of the net proceeds in the distribution phase of a bankruptcy but also in the "twilight period" before bankruptcy and in the period from the debtor's declaration of bankruptcy to the time at which the distribution takes place.

In the literature, opinions are divided as to whether the *paritas creditorum* is an important principle of insolvency law. On the one hand, there are writers who seem to make the importance of the *paritas creditorum* dependent on its practical relevance. If the distribution percentages of the competing creditors are high, the *paritas creditorum* comes heavily into play, and it is an important rule. If the distribution percentages are low or null, the opposite applies. I have referred to this as the economic approach to the *paritas creditorum*. Based on the economic approach (given the relatively low average distribution percentages to competing creditors in a bankruptcy), the distribution rule of the *paritas creditorum* is rather limited in practice.

On the other hand, there are writers who separate the importance of the *paritas creditorum* from the economic reality. The *paritas creditorum* is a fundamental starting point regardless of its economic relevance. In the literature, this statement is sometimes substantiated by pointing out the connection between rightful shares and the *paritas creditorum*. I have referred to this as the meta-legal approach to the *paritas creditorum*.

It is subject to discussion whether the *paritas creditorum* has a reason to exist under Dutch law, because the distribution percentages to competing creditors in the event of average bankruptcy are relatively low. If the *paritas creditorum* – in addition to being a distribution rule – has other functions, this may be its reason to exist. Whether there are other functions was further examined by performing a legal analysis using the legal-dogmatic research method. The *paritas creditorum* also has a reason to exist if a supporting meta-legal function can be proven. To this end, a prescriptive theory seems obvious, namely the implicit assumption of the legislature that a division in a bankruptcy with the *paritas creditorum* as the main rule is just. In order to know whether this theory is correct, a descriptive review was done. This review was done by means of an empirical study into

the type of distribution of creditors involved in a bankruptcy situation, perceived as just whereby the *paritas creditorum* was one of the types of distribution submitted.

In light of the problem definition, the following research questions have been formulated. The central question was: does the *paritas creditorum* have a reason to exist in the context of a (Dutch) bankruptcy? The question is divided into the following sub-questions:

1. What legal function or functions does the *paritas creditorum* laid down in Section 3:277 (1) of the Dutch Civil Code have in the context of a (Dutch) bankruptcy?

This sub-question was answered by exploring the following sub-questions:

1.1 What does the *paritas creditorum* entail and what exceptions apply to this rule?

1.2 How does the *paritas creditorum* take shape in the individual foreclosure law and what function or functions does the *paritas creditorum* have in this context?

1.3 What does the system of equality rules entail, in the context of a (Dutch) bankruptcy, in which the *paritas creditorum* has a place?

1.4 Does the *paritas creditorum* have a legal function or functions, and if so which, in

(a) the management phase of a bankruptcy,

(b) the twilight period before bankruptcy (assessed retrospectively from the perspective of the reconstruction of the estate during the management phase of a bankruptcy),

and

(c) the distribution phase of a bankruptcy?

2. Does the *paritas creditorum* have a meta-legal function in the context of a (Dutch) bankruptcy, in the sense that the *paritas creditorum* provides the highest distributional justice compared to other common distributional norms?

This thesis focused on a multiple positioning of the *paritas creditorum*. The first determination concerned the function(s) which the *paritas creditorum* has in bankruptcy law. The second positional determination concerned the question of whether the *paritas creditorum* has a meta-legal function. In addition to a legal theoretical interest (first positioning), the research therefore also had a social interest (second positioning).

Chapter 2

In the context of answering sub-questions 1.1 and 1.2, Chapter 2 deals with the operation of the *paritas creditorum* in property law and with the exercise of the *paritas creditorum* in individual foreclosure law.

The *paritas creditorum*, as laid down in Section 3:277 of the Dutch Civil Code, is a distribution rule whereby creditors are entitled to a pro rata share of the net proceeds after the priority rights have been settled. The *paritas creditorum* is dealt with exclusively in the distribution of the proceeds (and not in the period shortly before the attachment or in the first phase of the attachment).

The *paritas creditorum* has relatively many exceptions. These exceptions fall into five categories (priority on the basis of pledge and mortgage, priority on the basis of privilege, other reasons of priority recognised by law, actual priority and the improper privilege attached to the claim for

payment of foreclosure costs). If a claim of a creditor falls into one of these five categories, this leads (de jure or de facto) to a higher ranking in the distribution of the foreclosure proceeds. In addition, the claim of a creditor may have a lower rank than the rank to which a creditor is entitled on the basis of the *paritas creditorum* in the event of actual subordination. The extent of the exceptions places the meaning of the *paritas creditorum* into perspective as the main rule.

The *paritas creditorum* pursuant to Article 3:277 of the Dutch Civil Code applies in the individual foreclosure law in the case of an attachment foreclosure in which two or more creditors participate and the proceeds of the foreclosure, after payment of the costs, are on the one hand sufficient to satisfy the creditors with a right of priority, but on the other hand insufficient to satisfy all creditors. In addition, the parties do not have to reach an agreement after mutual consultation. In the context of the subsequent ranking scheme, the court must take account of Article 3:277 of the Dutch Civil Code when drawing up the statement of distribution. It is therefore only under very specific circumstances that the *paritas creditorum* has direct significance in individual foreclosure law.

In the individual foreclosure law, the *paritas creditorum* has a formal function and a material function. The formal function is to ensure equal treatment of creditors who cannot invoke a right of priority and whose claim is not subordinated. This equal treatment implies that the same apportionment criterion applies to all competing creditors. The material function means that the net proceeds are distributed in proportion to the claims of the creditors concerned.

The *paritas creditorum* has no function in the context of the individual foreclosure law in the period prior to the attachment.

A brief exploration of the history of the law has revealed that the *paritas creditorum* traditionally seems to have had the function of a distribution rule in the context of a concursus creditorum. In addition, the *paritas creditorum* may have had a second function in Roman times, namely to monitor the equal treatment of creditors from the time of the *missio in bona* (the seizure of property).

Finally, it has been established that the *paritas creditorum* has no function in the context of the foreclosure law in the context of the elaboration of Article 1 of the Dutch Constitution.

Chapter 3

In Chapter 3, the focus shifts from individual enforcement law to bankruptcy as an important insolvency measure in collective foreclosure law. Chapters 3, 4 and 5 also discuss in more detail the legal function of the *paritas creditorum* in the context of a bankruptcy. In this context, it was also examined what the system of equality rules in the context of a (Dutch) bankruptcy, in which the *paritas creditorum* has a place, entails. Chapter 3 deals more specifically with these questions in the context of the first phase, the management phase, of a bankruptcy.

The bankruptcy procedure is based on the (formal) principle of the equality of creditors. The purpose of this principle is to protect the interests of bankruptcy creditors. Bankruptcy creditors who are in a similar situation should also be treated equally. In the event of bankruptcy, the position of a creditor in the context of an individual execution of an attachment is the dominant perspective for the question of whether there is a similar case.

In the management phase, the principle is expressed in particular in Article 26 of the Fw (in conjunction with 110 Fw). Competitive and preferred bankruptcy creditors are treated equally because they can only participate in the bankruptcy proceedings by submitting their claim under Article 110 of the Fw.

Creditors with a property right are – compared to bankruptcy creditors – an unequal case. The same applies to bankruptcy creditors with a passive obligation, namely to tolerate or not to do so. They have claims that are comparable to a creditor in the context of a real foreclosure. Separatists are also an unequal case compared to bankruptcy creditors. They are not entitled in the context of the execution of the seizure, but in the context of the ready foreclosure. Finally, an unequal case is also a creditor with an obligation that is not eligible for verification, while there is no estate obligation. Nor would such a claim be taken into account in the context of a seizure.

The same applies to estate creditors who have entered into a bankruptcy arrangement other than the bankruptcy creditors in this arrangement in the management phase, on the understanding that they cannot assert their rights by filing their claim for verification. Through the bond of reasonableness and fairness, which is reflected in Article 3:12 of the Dutch Civil Code, the principle of the equality of creditors in that relationship is expressed as a rule.

The principle of the equality of creditors is also reflected in the rule of equality formulated by the Supreme Court. This equality rule gives substantive expression to the principle of the equality of creditors, in particular by determining whether a creditor rightly does not join the group of bankruptcy creditors who submit their claim under Article 26 Fw for verification. The purpose of the equality rule is to avoid preferential treatment.

The *paritas creditorum* pursuant to Section 3:277 of the Dutch Civil Code is not available in the management phase. This is a distribution rule that only becomes applicable once distributions are made to creditors of the debtor in the context of the distribution of the proceeds.

Chapter 4

Chapter 4 deals with a specific part of the management phase, namely the part in which the receiver pays attention to the reconstruction of the estate.

A distribution of the net proceeds during bankruptcy can be seriously disrupted by certain (legal) actions of the debtor in view of the bankruptcy. Under certain circumstances, the liquidator may use instruments (such as the bankruptcy pauliana) to remove this disadvantage and to reconstruct the ability to recover from the situation prior to the damaging acts.

Some measures under this reconstruction specifically protect the equal treatment of creditors and thus prevent a creditor from improperly improving his position in the context of the distribution during the twilight period before bankruptcy. Such measures are rules that (partly) reflect the principle of equality of creditors in the period before the declaration of bankruptcy. This concerns the bankruptcy pauliana, laid down in Articles 42 (albeit limited to the variant) and 47 Fw as well as the prohibition on set-off laid down in Article 54 Fw. Apart from these measures, the principle of the equality of creditors does not apply to the declaration of bankruptcy.

The *paritas creditorum* laid down in Section 3:277 of the Dutch Civil Code does not apply in the period before bankruptcy. The *paritas creditorum* therefore has no function during this period.

Chapter 5

In light of questions above, Chapter 5 discusses the role of the *paritas creditorum* in the distribution of income during a bankruptcy.

The *paritas creditorum* has no significance if the bankruptcy judgement is set aside after opposition, appeal or cassation. Nor is the *paritas creditorum* important in the context of the simplified settlement of a bankruptcy. The *paritas creditorum* also has no function in a bankruptcy if a bankruptcy is terminated by conversion into the debt rescheduling scheme (WSNP).

The *paritas creditorum* pursuant to Article 3:277 of the Dutch Civil Code is a distribution rule in the distribution phase of a bankruptcy. In that case, it means that – if a verification meeting has been held, the final distribution list has become binding, and payment has been made to all creditors ranked higher – the competing creditors are equal to the remaining asset.

The *paritas creditorum* applies in principle by analogy in the context of the settlement of a bankruptcy in the absence of benefits, provided that, on the one hand, there are benefits to be distributed to the competing estate creditors but, on the other hand, those benefits are not sufficient to fully satisfy the competing estate creditors. In that case, the *paritas creditorum* also fulfils the function of a distribution rule.

In the context of an agreement, the realised income of the estate does not have to be distributed on the basis of the *paritas creditorum* as a heteronomous distribution rule. The *paritas creditorum* is applied by analogy to the homologation in the context of the assessment on the basis of Article 153 Fw, albeit only as a model standard from which derogations can be made to a certain extent. Also as a model standard, the *paritas creditorum* has the character of a distribution rule.

The principle of the equality of creditors is not only expressed in the *paritas creditorum*. This principle is also reflected in several other rules relating to the equality of creditors. For example, these rules ensure equal information rights. However, these equal information rights are sometimes limited in the context of proceedings against the bankruptcy declaration in favour of another principle of equality (expressed in Article 19 DCCP). In addition, the principle is reflected, for example, in the right of creditors to object to a distribution list that does not respect equal treatment. In the context of an agreement, the principle is expressed in several rules, such as the rule that the agreement must be refused homologation if the agreement has been reached by favouring one or more creditors.

Chapter 6

Chapter 6 provides an interim assessment of the legal aspects of the study.

The function of the *paritas creditorum* during a bankruptcy (seen only from the legal perspective) is mainly the material function (i.e. the distribution rule whereby the net proceeds are distributed in

proportion to the claims of the debtor's competing creditors). The reason for the existence of the *paritas creditorum* is linked to this function. If there is no need to maintain the proportionate distribution rule, the *paritas creditorum* could be removed from bankruptcy law.

It therefore depends on the answer to the second sub-question (does the *paritas creditorum* have a meta-legal function in the context of a (Dutch) bankruptcy, in the sense that the *paritas creditorum* provides the highest distributive justice compared to other common distribution norms?) of whether meta-legal interests provide the rule with a reason to exist in bankruptcy law.

Chapter 7

Chapter 7 focuses on this (possible) meta-legal function.

People prefer distributions that they perceive as just. In this context, the dominant preferences are a distribution based on equity, equality or need. The dominant preference also depends on the situation in which the distribution standard is applied. If there is no close personal relationship between people, scarcity exists and a long-term relationship is lacking, there is a preference for equity as a distribution standard. A distribution based on the *paritas creditorum* is one of the possible distributions that falls within the spectrum of the equity standard. The question of whether the *paritas creditorum* is the preferred standard for creditors can only be answered after empirical research has been conducted. This empirical study has been done.

The research question in the context of this study was: does equity, compared to the distribution norms of need, equality and a mixed form of need and equity, in various situations (varying with the relative size of the claim and the need) always yield the highest (perceived) distributive justice in the event of a distribution in the context of a bankruptcy?

The hypothesis (H1) was that the apportionment in a bankruptcy situation is judged to be fairer if it is based on equity than if it is based on equality, need or a mixed form of need and equity, regardless of the size of the claim and/or the needs of the creditor.

The population was formed by all (adult) Dutch people. 174 people (n=174) participated in the study on a voluntary basis. Participants received a questionnaire. By means of the questionnaire, fourteen situations (also called vignettes) were presented to the respondents – on the basis of a case – in which proceeds were distributed to two creditors according to a certain distribution key (equity, equality, need or a mixed form of need and equity, hereinafter referred to as: mixed). There were two dependent variables. A distinction has been made per vignette between the fairness of a distribution and the appropriateness of a distribution.

The distribution standard used in the vignettes (equity, equality, need of mixed) formed the independent variable. A “within-subjects” experimental design was applied. The independent variable (the distribution standard) was manipulated by means of the vignettes. A Repeated Measures Design was used.

The results of the two analyses showed that equity always gives a significantly higher score on the dependent variables in all compared conditions. The hypothesis has therefore been confirmed. This means that a distribution on the basis of equity (which also includes a distribution on the basis

of the *paritas creditorum*) yields the highest (perceived) distributive equity compared to the other three distribution norms.

Chapter 8

In Chapter 8, the central question is answered as follows.

The empirical study shows that, in the event of a distribution in the context of a bankruptcy, a pro rata distribution yields the highest observed distributive justice. A division on the basis of the division rule of the *paritas creditorum* laid down in Article 3:277 of the Dutch Civil Code therefore has a meta-legal function.

In line with this finding, it has been established that the *paritas creditorum* has a reason to exist, despite the fact that relatively little of this rule is applied. This reason to exist lies in the fact that this rule has a meta-legal function and lies more specifically in the fact that the rule is to a large extent perceived as just. After all, the characteristic of moral rules is that they have a reason to exist independently of their economic significance.

Literatuurlijst

Adams 1965

J.S. Adams, 'Inequity In Social Exchange', in: L. Berkowitz (editor), *Advances in Experimental Social Psychology*, New York: Academic press, vol. 2, 1965, p. 267-299.

Adams & Freedman 1976

J.S. Adams & S. Freedman, 'Equity Theory Revisited: Comments and Annotated Bibliography', in: *Advances in Experimental Social Psychology*, New York: Academic press, vol. 9, 1976, p. 43-90.

Addink 2018

G.H. Addink 'De rol van Europese algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht van de toekomst' in: R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen, A.M.M.M. Bos en J.A.F. Peters (red.), *In het nu.... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 479-507.

Akerlof & Schiller 2009

G.A. Akerlof & R.J. Shiller, *Animal Spirits, how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*, Princeton: Princeton University Press 2009.

Akkermans, Bax & Verhey 1999

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax, L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Andel & Van Zanten 2013

W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement', in: J.J. Reiziger & A. van der Schee (red.), *INSOLAD jaarboek De curator en informatie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-56.

Ankum 1962

J.A. Ankum, *De geschiedenis der "actio Pauliana"*, Zwolle: Tjeenk Willink 1962.

Van Apeldoorn 2001

J.C van Apeldoorn, 'WSNP: zekerheden ... weg ermee!', in: J.C.v. Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid*, Deventer: Kluwer 2001, p. 35-43.

Van Apeldoorn 2009

J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Boom Juridische Uitgevers 2009.

Van Apeldoorn 2010

J.C. van Apeldoorn, 'De paritas creditorum is dood, leve de paritas creditorum', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25-41.

Aristoteles 2015

C. Huppers en B. Poortman, vertaling van *Aristoteles Ethica Nicomachea*, Budel: DAMON 2015.

Asser/Beekhuis 1957

J.B. Beekhuis, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Tweede deel - Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Asser/Sieburgh 2020

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht Deel 1. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020.

Asser/Sieburgh 2018

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen Overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2018.

Asser/Steneker 2019

A. Steneker, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 5. Beslag en Executie*, Deventer: Kluwer 2019.

Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020

A.I.M. van Mierlo en K.J. Krzeminski, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*. Deventer: Kluwer 2020

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, 2012.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, *Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat*, In: W.H. van Boom & M.J. Borgers (editors), *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Baudry-Lacantinerie 1925

G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Tome Deuxième, Paris: Recueil Sirey 1925.

Bartman 2011

S.M. Bartman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling Een klusje voor de business judgment rule?', *AA* 2011-februari, p. 126-130.

Bartman 2020

S.M. Bartman, 'Selectieve rechtspraak bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve wanbetaling?', *AA* 2020-maart, p. 274-277.

Bartman & Van Hoe 2020

S.M. Bartman & A. van Hoe, 'Selectieve betaling aan schuldeisers in tijden van nood in Nederland en België', *Journal Ondernemingsrecht*, 2020/71.

Beekhoven van den Boezem 2006

M.B. Beekhoven-van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijke recht*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk V, Beekhoven van den Boezem: 2006.

Biemans 2020

J.W.A. Biemans, 'Vernietiging van de faillietverklaring in hoger beroep en in verzet', in: Ph. W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rijkers (red.), *INSOLAD jaarboek 2020 De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Deventer: Kluwer 2020, p. 17-34.

Blécourt/Fischer 1967

A.S. de Blécourt, bewerkt door F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht*, Groningen: J.B. Wolters 1967.

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Boekraad 2007

G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator Naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007, nummer 3, p. 46-53.

Van Boom 2018

W.H. van Boom, *Verhaal, uitwinning en rangorde. Hoofdlijnen materieel beslag en faillissementsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Bork 2016

R. Bork, *Principles of cross-border insolvency law*, Cambridge: Intersentia 2016.

Van den Bos 2002

K. van den Bos, 'Wat is eerlijk? De sociale psychologie van waargenomen rechtvaardigheid', *De psycholoog*, april 2002, p. 177-182.

Van den Bos & Lind 2002

K. van den Bos & E.A. Lind, 'Uncertainty management by means of fairness judgments', In: M.P. Zanna (editor), *Advances in experimental social psychology*, volume 34, p. 1-60), San Diego: Academic Press.

Broekveldt 2006

L.P. Broekveldt, 'Problemen rond 'Vormerkung', 'paritas creditorum' en rangorde', *WPNR* 2006, 6675, p. 559-563.

Brosnan & De Waal 2003

S.F. Brosnan & F.B.M. de Waal, 'Monkeys reject unequal pay', *Nature* 2003, p. 297-300.

Brosnan, Proctor, De Waal & Williamson 2013

S.F. Brosnan, D. Proctor, F.B.M. de Waal en R.A. Williamson, 'Chimpansees play the ultimate game', *PNAS* 2013, volume 110, nummer 6, p. 2070-2075.

Brosnan, Price & Talbot 2016

S.F. Brosnan, S.A. Price, C.F. Talbot, 'Inequity Responses in Nonhuman Animals', in: C. Sabbagh en M. Schmitt (editors), *Handbook of Social Justice Theory and Research*, New York: Springer Science 2016.

Brouwer 1991

J.W. Brouwer, 'Rechtsbeginselen en rechtspositivisme', *AA* 1991-40/10, p. 41-56.

Camerer 2003

C. Camerer, *Behavioral game theory: experiments in strategic interaction*, Princeton: Princeton University Press.

Cappelen e.a. 2014

A.W. Cappelen, T. Eichele, K. Hugdahl, K. Specht, E.O. Sorensen & B. Tungodden, Equity theory and fair inequality: A neuroeconomic study, *PNAS*, oktober 2014, vol. 111, nr. 43, p. 15368-15372.

Carmen e.a. 2006

H. Carmen, J. Moreno-Ternero, G. Ponti, On the adjudication of conflicting claims: an experimental study, *CORE Discussion Papers*, 2006,62.

CBS 2016

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: WODC 2016.

Clark & Mills 1979

M. Clark & J. Mills, 'Interpersonal Attraction in Exchange and Communal Relationships', *Journal of Personality and Social Psychology* 1979/37, p. 12-24.

Clark, Mills & Corcoran 1989

M. Clark, J. Mills & D. Corcoran, 'Keeping Track of Needs and Inputs of Friends and Strangers', *Personality and Social Psychology Bulletin* 1989/15, p. 533-542.

Collard 1880

P.L.A. Collard, *De actio Pauliana inzonderheid naar het Nederlandsch burgerlijk recht*, Utrecht: Kemink & Zoon 1880.

Conlon e.a. 2004

D.E. Conlon, C.O.L.H. Porter, J.M Parks, *Journal of management*, 2004, 30(3), p. 329-349.

Van Dale 1999

T. den Boon, I. de Bruijn, D. Geeraert, G. Geerts, L. Oppentocht, G. Vennix & E. Vos (red.), *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie 1999.

Dammingh 2009

J.J. Dammingh, 'Vormering en beslag', in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie Onderneming en recht, deel 49, Deventer: Kluwer 2009.

Damsteegt-Molier 2009

F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom*, Den Haag: Boom 2009.

Dekker & Ortiz Aldana 2014

P.R. Dekker & F. Ortiz Aldana, 'Waarom toepassing van het 'tweeledige wetenschaps criterium' bij art. 42. Fw als maatstaf onjuist is', *Tvl* 2014/34, p. 176-180.

Deutsch 1975

M. Deutsch, Equity, Equality and Need: What Determines which Value Will be Used as the Basis of Distributive Justice?, *Journal of Social Issues* 1975, 31, p. 137-149.

Van Dijck 2006

G. van Dijck, *De faillissementspauliana, revisie van een relict*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Van Dijck 2008

G. van Dijck, *Pauliana, Monografieën BW, B4*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2018

G. van Dijck, M. Snel en T. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Dirix 2009

E. Dirix, 'Fiscale schuldvorderingen in rechtsvergelijkend perspectief', in: I. Spinath, J.E. Stadijg & M. Windt (red.), *INSOLAD jaarboek curator en crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-19.

Dworkin 2021/1977

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London: Bloomsbury Revelations 1997 (eerste uitgave 1977).

Van Eeghen 2012

L.J. van Eeghen, 'Bijna 30 jaar PGV (Peeters/Gatzen vordering) en 25 jaar Beklamel: iedereen uitgerangeerd?', *Tvi* 2012-2012/3, p. 10-14.

Van Eeghen 2008

L.J. van Eeghen, 'De actio Pauliana in het voorontwerp voor een Insolventiewet', *WPNR* 2008-nr. 4, p. 178-192.

Van Eeghen 2006

L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement*, Den Haag: BJU 2006.

Van Eeghen 2004

L.J. van Eeghen, 'De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie', *Tvi* 2004-4, p. 197-204.

Ekkelkamp 2016

W.A. Ekkelkamp, Bemerking(en) op de Vormerking, *WPNR*, 2016-7089, p. 7-15.

Elster 1990

E. Elster, Local justice, *European Journal of Sociology*, vol. 31. Nr. 1, p. 117-140.

Engberts 2016

B.J. Engberts, 'Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers', *Tvi* 2016, 10, p. 64-74.

Erasmus 1976

W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Erasmus 1974

W.P. Erasmus, 'Heden en toekomst van de fiscale privileges', *Weekblad Voor Fiscaal Recht* 1974-257, p. 263.

Van Faassen & Van Tilburg 2020

J.R. van Faassen en F.A. van Tilburg, 'De boedelschuldeiser in het faillissementsproces', in: Ph. W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rijkers (red.), *INSOLAD jaarboek 2020 De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Deventer: Kluwer 2020, p. 261-286.

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer: Kluwer 2005.

Faber e.a. 2016

N.E.D. Faber, N.S.G.J. Vermunt, J. Kilborn, T. Richter, I. Tirado (editors), *Ranking and priority of creditors*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Van der Feltz I 1994

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van der Feltz II 1994

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fesevur 2017

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

Fischer 2016

R. Fischer, 'Justice and Culture', in: C. Sabbagh en M. Schmitt (editors), *Handbook of Social Justice Theory and Research*, New York: Springer Science 2016.

Folger & Cropanzano 1998

R. Folger & R. Cropanzano, *Organizational justice and human resource management*, Thousand Oaks, CA: Sage 1998.

Franken e.a. 2011

M.J.M. Franken, H.H. Dethmers, M.J.W. van Ingen, P.P.G. de Jong, J.C. Rosenberg Polak en J. Wind, *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*, Insolad: 2011.

Franken 2019

M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief*, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2019.

Franken 2018

M.J.M. Franken, De Peeters/Gatzen-vordering en de gezamenlijke schuldeisers, *Tvl* 2018, 16.

Fry, Firestone & Williams 1983

W. Fry, I. Firestone & D. Williams, 'Negotiation Process and Outcome of Stranger Dyads and Dating Couples: Do Lovers Lose?', *Basic and Applied Social Psychology* 1983/4, p. 1-16.

Van Galen 2001

R.J. van Galen, 'De curator en de separatist', in: J.C.v. Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid*, Deventer: Kluwer 2001, p. 27-34.

Garrido 1995

J.M. Garrido, 'The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects', *International Insolvency Review* 1995-Volume 4, p. 25-53.

Goethals & Hekman 2018

M.J.F. Goethals & T. Hekman, 'Het retentierecht en faillissement. Een weinig gelukkige driehoeksverhouding tussen retentor, curator en hypotheekhouder', *Tvl*, 2018, nr. 5, p. 216-224.

Gommer 2010

H. Gommer, 'Moraal zit in onze genen', *Trema* 2010-vol. 2010, p. 11-16.

Goode 2011

R. Goode, *Principles of corporate insolvency law*, London: Sweet & Maxwell 2011.

Gospic e.a. 2011

K. Gospic, E. Mohlin, P. Fransson, P. Petrovic, M. Johannesson, M. Ingvar, 'Limbic Justice - Amygdala Involvement in Immediate Rejection in the Ultimatum Game', *Plos Biology*, 2011, volume 9, issue 5, p. 1-8.

Groenewegen & De Groot 2015

J.L.M. Groenewegen & M.N. de Groot, 'Retentierecht in faillissement: curator houd uw nijptang gereed!', in: *De gereedskapskist van de curator Insolad Jaarboek 2015*, Ph.W. Schreurs e.d. (red.), Deventer: Kluwer 2015, p. 245-273.

Groenewegen & Orval 2009

J.L.M. Groenewegen & M.J.H. Orval, 'Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *INSOLAD jaarboek curator en crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 39-52.

Groot 2011

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

GS Faillissementswet

A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Kluwer (online).

GS Vermogensrecht

J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (online).

Hardin 1968

G. Hardin, 'The tragedy of the commons', *Science*, 1968/162, p. 1243-1248.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Hees 2017

J.J. van Hees, 'Het faillissement als achterhaald concept', in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijk recht. Liber Amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann*, Serie Onderneming en recht nr. 100, Deventer: Kluwer 2017.

Van Hees 2014

J.J. van Hees, 'Verifieerbare vorderingen en ander ongerief', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk*, 2014, nummer 2, p. 60-65.

Van Hees 2004

A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *Tvl* 2004/5, p. 42-53.

Van Hees 2002

A. van Hees, 'Stille verpanding van vorderingen en informatieplicht van de curator jegens de pandhouder: een reactie', *Tvl* 2002/4, p. 212-215.

Van Hees 1997

J.J. van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: S.C.J.J.e.a. Kortman (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 567-576.

Van Hees 1989

A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening*, Deventer: Kluwer 1989.

Heilbron 2021

M.A. Heilbron, 'Retentierecht: voorrang zoals voorrang zoals bedoeld', *Tvl* 2021/27.

Heilbron 2019

M.A. Heilbron, *Retentierecht en uitwinning*, Serie onderneming en recht deel 110, Deventer: Kluwer 2019.

Van den Heuvel 2004

N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Hijma & Olthof 2005

J. Hijman & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Hirsch Ballin 2013

E.M. Hirssch Ballin, 'Rechtsbeginselen als brug over troebel water', *AA* 2013-december, p. 902-903.

Hoffmann 2016

J.F. Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 13*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016.

Holtius 1850

A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenregt, volgens het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel, wetenschappelijk verklaard*, Utrecht: C. van der Post 1850.

Homans 1961

G.C. Homans, *Social Behavior: Its Elementary Forms*, New York: Harcourt, Brace and World 1961.

Van Hoof 2015

V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief*, Serie Onderneming en recht, deel 86, Deventer: Kluwer 2015.

Van Hooff 2021

J.E.P.A. van Hooff, 'Selectieve betaling', *Tvl* 2021/40, p. 296-310.

Houwing 1974

Ph.A.N. Houwing, *Rapport van de Commissie bevoorrechtiging van vorderingen*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1974.

Hox, Moerbeek & Van de Schoot 2017

J.J. Hox, M. Moerbeek & R. van de Schoot, *Multilevel Analysis. Techniques and Applications*, New York: Taylor & Francis 2018.

Hugenholtz/Heemskerk 2021

W.H. Heemskerk, W. Heemskerk & K. Teuben, *mr. W. Hugenholtz Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021.

Huizink 2002,

J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer', *Tvl*, 2003,3, p. 167-173.

Jackson 1986

T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington, D.C.: BeardBooks 1986.

Jansen 2021

J.B.A. Jansen, 'De geschiedenis van de curator', *Tvl* 2021, 22, p. 172-177.

Janssen & Schollen 2003

M.A.J.G. Janssen & M.J.W. Schollen, 'Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 399-430.

Jasso, Törnblom & Sabbagh 2016

G. Jasso, K.Y. Törnblom & C. Sabbagh, in: C. Sabbagh en M. Schmitt (editors), *Handbook of Social Justice Theory and Research*, New York: Springer Science 2016.

Kahil 2011

O. Kahil, *L'égalité entre les créanciers dans le cadre de la saisie attribution*, Lille: Université du Droit et de la Santé 2011.

Kaptein 2016

F.J.L. Kaptein, *Pandrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van the pandrecht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2016.

Karapetian 2019

A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*. Kluwer en Karapetian 2019.

Karapetian, Lennarts & Verstijlen 2021

A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeiser en de mogelijkheden deze te verbeteren*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen, WODC 2021

Kaser & Wubbe 1971

M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Kayser & Lamm 1980

E. Kayser & H. Lamm, Input Integration and input weighting in decisions on allocations of gains and losses, *European Journal of Social Psychology* 1980, vol. 10, 1-15.

Keay & Walton 2012

A. Keay & P. Walton, *Insolvency Law Corporate and Personal*, Bristol: JORDans 2012.

Kerr 1965

N.L. Kerr, 'Norms in social dilemmas', in: D. Schroeder (editor), *Social dilemmas: Social psychological perspectives*, New York: NY: Pergamon Press 1965, p. 31-47.

De Koninck 1997

C. de Koninck, *Glossarium van Latijnse en Romeinse Rechtstermen*, MAKLU Uitgevers 1997.

Komorita & Parks 1994

S.S. Komorita & C.D. Parks, *Social dilemmas*, Dubuque, IA: Brown & Benchmark 1994.

Konow 2003

J. Konow, 'Which Is the Fairest One of All? A Positive Analysis of Justice Theories', *Journal of Economic Literature*, december 2003, vol. 41, nr. 4, p. 1188-1239.

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Koops: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van Koppen 1998

F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer: Kluwer 1998.

Kortmann c.s. 1996

Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Van Hees, J.J., De Ranitz, S.H. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Kroeze & Wezeman 2015

M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, 'De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid', in: *De gereedschapskist van de curator Insolad Jaarboek 2015*, Ph.W. Schreurs e.d. (red.), Deventer: Kluwer 2015, p. 1-22.

Krzemiński 2016

K.J. Krzemiński, *Beslag- en executierecht geschetst*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2016.

Van der Kwaak 1990

D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Lamm & Schwinger 1983

H. Lamm & T. Schwinger, 'Need consideration in allocation decisions: is it just?', *The Journal of Social Psychology*, 1983/119, p. 205-209.

Land 1896

N.A.L. Land, *De actio Pauliana en hare historische ontwikkeling*, Groningen: Scholtens & Zoon 1896.

Van Leijden 1887

A.F. van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1887.

Lennarts 2006

M.L. Lennarts, *De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Leventhal 1976

G.S. Leventhal, 'Fairness in Social Relationships', in: J. Thibaut, J. Spence, and R. Carson (editors), *Contemporary Topics in Social Psychology*, Morristown, NJ: General Learning Press 1976, p. 211-240.

Leuftink 1995

A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995.

Lienhard 2016

A. Lienhard, *Procédures Collectives*, Paris: Éditions Dalloz.

Lind & Tyler 1988

E.A. Lind en T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum 1988.

Locré 1836

M. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes Français*, Tomes huitième, Brussel: Tarlier 1836.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Loenen 2009

T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Loesberg 2009

E. Loesberg, 'Samenloop van verhaal' in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie onderneming en recht deel 49, Deventer: Kluwer 2009.

Lokin 1995

J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 1995.

Luttikhuis 2007

A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht*, Haren: 2007.

Malsch 2019

M. Malsch, *Het recht is te belangrijk om aan juristen over te laten*, oratie, Heerlen: 2019.

Maris 1988

C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

McFarlin & Sweeney 1992

D.B. McFarlin & P.D. Sweeney, Distributive and procedural justice as predictors of satisfaction with personal and organizational outcomes, *The academy of management journal*, volume 35, nr. 3, 1992, p. 626-637.

McLean Parks, Boles, Conlon, DeSouza, Gatewoode e.a. 1996

J. McLean Parks, T.L. Boles, D.E. Conlon, E. DeSouza, W. Gatewood, K. Gibson, J.J. Halpern, D.C. Locke, J.C. Nekich, P. Straub, G. Wilson, and J.K. Murnighan, 'Distributing Adventitious Outcomes: Social Norms, Egocentric Martyrs, and the Effects on Future Relationships.', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1996/64, p. 249-260.

De Martino, Kumaran, Seymour & Dolan 2006

B. de Martino, D. Kumaran, B. Seymour en R.J. Dolan, Frames, biases, and rational decision-making in the human brain, *Science* 313, p. 684-687.

Meijer 1910

G.A.E.B. Meijer, *Het karakter der 'Pauliana' naar Nederlandsch recht*, Rotterdam: J. de Jong 1910.

Mennens 2020

A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement*, Nijmegen: Wolters-Kluwer 2020.

Messelink & Van den Bosch 2017

K.A. Messelink & R. Van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen*, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2017.

Messick 1993

D.M. Messick, 'Equality as a Decision Heuristic', in: B. Meller, and J. Baron (editors), *Psychological Perspectives on Justice: Theory and Application*, Cambridge: Cambridge University Press 1993.

Miller 1999

D. Miller, *Principles of social justice*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999.

Mokal 2005

R.J. Mokal, *Corporate Insolvency Law Theory and application*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Mokal 2001

R.J. Mokal, 'Priority as pathology: the pari passu myth', *Cambridge Law Journal* 2001-581.

Molengraaf 1936

W.L.P.A. Molengraaf, *De Faillissementswet verklaard door Mr W.L.P.A. Molengraaff*, 3e druk, bewerkt door C.W. Star Busman en H.R. Ribbius, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1936.

De Moor & Schoorlemmer 2005

R.R.M. de Moor & W. Schoorlemmer, *Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2005.

Morgan & Sawyer 1976

W.R. Morgan & J. Sawyer, 'Bargaining, expectations, and the preference for equality over equity', *Journal of Personality and Social Psychology*, 1976, vol. 6, nr. 2, p. 139-149.

Nieuwenhuis 1988

J.H. Nieuwenhuis, 'De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 1988, p. 51-64.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Noman 1854

Auteur(s) onbekend, *Tijdschrift voor de registratie, het notarisambt, het hypotheekwezen en de regten van zegel, griffie en successie*, 8e jaargang, Zaltbommel: Joh. Noman en zoon 1854.

Noteboom 2020

M.J. Noteboom, 'Beginsel van gelijkheid van schuldeisers, *paritas creditorum* en gelijkheidsregel: tautologieën?', in: Ph. W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkers (red.), *INSOLAD jaarboek 2020 De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Deventer: Kluwer 2020, p. 375-390.

Noteboom 2017

M.J. Noteboom, 'De klassieke *paritas creditorum* beschermd door een modern binair netwerksysteem' in: A.H. Lamers en C.M. Zoethout (red.) *De netwerksamenleving vanuit juridisch perspectief*, Zutphen, Paris: 2017.

Noordam 2007

A.J. Noordam, *Schuldsanering en goede trouw*, uitgave in eigen beheer 2007.

Noordam 2008

A.J. Noordam, *Wspn en goede trouw, Serie Recht en Praktijk 160*, Deventer: Kluwer 2008.

Pannevis 2019

N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen, Serie Onderneming en Recht. Deel 114*, Deventer: Kluwer 2019.

Pattinson 2013

H. Pattinson (editor), *Directors in the Twilight Zone IV*, London: Insol International 2013.

Pennings 2022

F.J.L. Pennings, 'Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2022/1, p. 16-22.

Planiol 1917

M. Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil, septième édition, tome deuxième*, Paris 2017.

Pluta 2009

M. Pluta, *Insolvenzaufrechnung und der Grundsatz der par conditio creditorum*, Bielefeld: Giesecking 2009.

Poepsel & Schroeder 2013

D.L. Poepsel & D.A. Schroeder, 'Joining Groups: How Resources Are to Be Divided Matters', *Group dynamics: Theory, Research, and Practice* 2013, vol. 17, nr. 3, p. 180-193

Polak/Pannevis 2022

N.J. Polak, bewerkt door N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2022.

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*, H.D. Tjeenk Willink: Groningen 1972.

Van Prooijen, Van den Bos & Wilke 2002

J.W. van Prooijen, K. van den Bos & H.A.M. Wilke, 'Procedural justice and status: Status salience as antecedent of the fair process effect.', *Journal of Personality and Social Psychology* 2002/83, p. 1353-1361.

Rawls 1999

J. Rawls, *A theory of justice* (revised edition of *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971), President and Fellows of Harvard College 1999.

Raes 1991

K. Raes, 'Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht Dworkins constructivisme', *Ars Aequi* 1991/40, 10, p. 57-68.

Rank-Berenschot 1993

E.B. Rank-Berenschot, 'De paritas creditorum geprolongeed', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht BW-krant jaarboek 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 103-117.

Rank-Berenschot 1992

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Reehuis e.a. 2012

W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo deel 3 Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Reeskens & Van Oorschot 2013

T. Reeskens & W. van Oorschot, 'Equity, equality, or need? A study of popular preferences for welfare redistribution principles across 24 European countries.', *Journal of European Public Policy* 2013, vol. 20, nr. 8, p. 1174-1195.

Reis 1986

H.T. Reis, 'Levels of interest in the study of interpersonal justice'. In: H.W. Bierhoff, R.L. Cohen, & J. Greenberg (red.), *Justice in social relations*, New York: Plenum Press, pp. 187-226.

Reumers 2020

M.L.H. Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap. Serie (Recht & Praktijk, nr. InsR15)*, Deventer: Kluwer 2020.

Ribbius 1909

H.R. Ribbius, De regeling der uitgaven in het Faillissement, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1909, p. 472-473.

Riemsdijk 1868

J.C.M. van Riemsdijk, *De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde*, Utrecht: J.L. Beijers 1868.

Rijckenberg 2008

C. Rijckenberg, 'Selectieve betalingen tijdens de verdachte periode voor faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 239-268.

Rijckenberg 2009

C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren INSOLAD jaarboek 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-151.

Rikkert e.a. 2022

B. Rikkert, R.F. Feenstra, E.J. Oppedijk van Veen, B.F. Louwerier, L.J.J. Kerstens (red.), *Het Verdelingsvraagstuk INSOLAD jaarboek 2022*, Deventer: Kluwer 2022.

Sabbagh 2001

C. Sabbagh, 'A Taxonomy of Normative and Empirically Oriented Theories of Distributive Justice', *Social Justice Research*, vol. 14, No. 3, september 2001.

Schilfgaarde 2016

P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Scholten 1974

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schreurs 2017

Ph. W. Schreurs, Selectie van betalingen - Afrekenen in de twilight zone, in: G. van Solinge, Van Bekkum, Kreileman & Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*, deel 140, Deventer 2017, p. 351-376.

Shapiro 1975

E.G. Shapiro, 'Effect of Expectations of Future Interaction on Reward Allocations in Dyads: Equity or Equality.', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975/31, p. 873-880.

Sixma & Opstroom 2020

K.M. Sixma & J. Opstroom, 'De aansprakelijkheid van bestuurders bij selectieve betalingen: een nadere beschouwing van het arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek', *Tijdschrift voor curatoren* 2020, nr. 3 juli, p. 49-56.

Slaski 2009

A. Slaski, 'De gebondenheid van de curator aan overeenkomsten', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *INSOLAD jaarboek curator en crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 111-130.

Smith 2007

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Smits 2009

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap, Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Smits 1935

P.H. Smits, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereeniging*, 65^e jaargang, 1^e stuk, Preadvies mr. Smits, 's-Gravenhage: Belinfante 1935.

Soedira 2011

A.D.W. Soedira, *Het akkoord*, Deventer: Kluwer 2011.

Soeteman 1991

A. Soeteman, 'Hercules aan het werk Over de rol van rechtsbeginselen in het recht', *AA* 1991/40, 10, p. 28-40.

Soeteman 2009

A. Soeteman, 'Rechtsbeginselen en positivisme!?' *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2009/1, p. 5-11.

Solum 2004

L.B. Solum, Procedural justice, *Southern California Law Review*, 2004, Volume 78, p. 181-321.

Sondak, Neale & Pinkley 1999

H. Sondak, M.A. Neale & R.L. Pinkley, Relationship, Contribution and Resource Constraints: Determinants of Distributive Justice in Individual Preferences and Negotiated Agreements, *Group Decision and Negotiations* 1999, 8, p. 489-510.

Spruit c.s. 2000

J.E. Spruit, R. Feenstra, F.B.J. Wubbe, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling V Digesten 35-42, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal* 2000.

Stadig, Krieckaert & Jansen 2017

J.E. Stadig, L. Krieckaert & S. Jansen, Voorraden in het post Rabobank/Reuser-tijdperk, *Tvl* 2017/5.

Stein 2013

D.F.H. Stein, 'Ontstaan en tenietgaan van vorderingen bij executie door de beslaglegger', *NTBR* 2013-aflevering 6, p. 213-222.

Stein 2016

H.A. Stein, *Beslag- en executierecht in de (dagelijkse) praktijk*, Rotterdam: Brave New Books 2016.

Stouten, De Cremer & Van Dijk 2007

J. Stouten, D. de Cremer & E. van Dijk, 'Managing Equality in Social Dilemmas: Emotional and Retributive Implications', *Social Justice Research* 2007-vol 20; no. 1, p. 53-67.

Stouten, De Cremer & Van Dijk 2005

J. Stouten, D. de Cremer & E. van Dijk, 'All is well that ends well, at least for proselves: Emotional reactions to equality violation as a function of social value orientation.', *European Journal of Social Psychology*, 2005, vol. 35, nr. 6, p. 767-783.

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de Board Room*, Deventer: Kluwer 2010.

Suijling 1940

J.P. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht (5e stuk Zakenrecht)*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940.

Suijling 1934

J.P. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht (2e stuk - 1e gedeelte)*, Haarlem: De erven F. Bohn 1934.

Suijling 1923

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht (2e stuk, 1e gedeelte)*, Haarlem: De erven F. Bohn, 1923.

Tarzia 1999

Tarzia Giuseppe, La distribution des deniers dans l'exécution force en Europe, *Revue internationale de droit comparé* 1999, vol. 51, nr. 2, p. 331-346.

Tekstra 2008

A.J. Tekstra, 'Voorrang en voorrechten, inclusief de positie van de fiscus en overige fiscale aandachtspunten', in: J.A. van de Hel, M.C.A.v.d. Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het voorontwerp insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 73-91.

Thibaut & Walker 1975

J. Thibaut & L. Walker, *Procedural justice: A psychological analysis*, Hillsdale (New Jersey): Lawrence Erlbaum Associates, 1975.

Thomson 2003

W. Thomson, *Axiomatic and Game-theoretic Analysis of Bankruptcy and Taxation Problems: a Survey*, *Mathematical Social Sciences*, 45 (3), 249-297.

Tideman 2022

B.J. Tideman, 'De recovery rate in faillissement', in: B. Rikkert, R.F. Feenstra, E.J. Oppedijk van Veen, B.F. Louwerier, L.J.J. Kerstens (red.), *Het Verdelingsvraagstuk INSOLAD jaarboek 2022*, Deventer: Kluwer 2022, p. 97-115.

Timmerman 2008

L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', in: D.J. Wolfson, L. Timmerman & L.M. de Rijk, *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: Aksant Academic Publishers 2008, p. 29-46.

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

E. Tjong Tjin Tai & P. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing.' *NJB* 2022, aflevering 1, p.4-12.

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, 'Over het faillissement als instrument van de financier en het evenwicht tussen geseceerde en ongesecereerde crediteuren', *Tvl* 2016-2, p. 55-63.

Tuil 2011

M.L. Tuil, 'Beter burgerlijk recht: Naar een beter systeem van voorrechten - Een rechtseconomische analyse van voorrechten', *Ntbr* 2011-6, p. 31-38.

Tyler 1990

T.R. Tyler, *Why people obey the law*, Yale University Press 1990.

Vallansan 2018

J. Vallansan, 'Le gage commun', in: P.M. Le Corre (red.), *Les grand concepts du droit des entreprises en difficulté*, Paris: Dallaz, p. 19-31.

Vasseur 1949

M. Vasseur, *L'Égalité entre les Créanciers Chirographaires dans La Faillite*, Paris: Rousseau 1949.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, *Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland*, *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2011-1, p. 7-16.

Verdaas 2008

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008.

Verheul 2019

E.F. Verheul, 'De beperkte reikwijdte van het keuzerecht van de curator', *Tvl* 2019-16.

Verheul 2014

E.F. Verheul, 'De wedloop tussen leverancierskrediet en geldkrediet', *NTBR* 2014-16.

Verstijnen 2013

F.M.J. Verstijnen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB*, afl. 30, 2013, p. 2130-2137.

Verstijnen 2011

F.M.J. Verstijnen, 'Het pandrecht op de schop', *NTBR* 2011/36.

Verstijnen 2006

F.M.J. Verstijnen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *Tijdschrift Voor Privaatrecht* 2006-nr. 2, p. 1157-1228.

Verstijnen & Andel 2006

F.M.J. Verstijnen & W.J.M. van Andel, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Deventer: Kluwer 2006.

Verstijnen 2002

F.M.J. Verstijnen, 'De onrechtmatig-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002, p. 617-626.

Verstijnen 1999

F.M.J. Verstijnen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', *WPNR* 1999 p. 301-308.

Verstijnen 1998

F.M.J. Verstijnen, *De faillissementscurator*, Tilburg: Schoordijk Instituut Center for Company Law 1998.

Völlmar 1961

H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1961.

Voorduin 1883

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Deel IV, Burgerlijke Wetboek art. 877 - 1268*, Utrecht: Robert Natan Akademie-Boekhandelaar 1838.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Vriesendorp & Salah 2021

R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'Aanbieding en inhoud van een akkoord', in: C.M. Harmen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 33-46.

Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, Verkerk/Tiethoff q.q., *Ars Aequi* 1999/48, 3.

Walster, Walster & Berscheid 1978

E. Walster, G.W. Walster & E. Berscheid, *Equity: Theory and research*, Columbus, OH: Allyn & Bacon 1978.

Weber, Kopelman & Messick 2004

J.M. Weber, S. Kopelman & D.M. Messick, 'A conceptual review of decision making in social dilemmas: Applying a logic of appropriateness.', *Personality and Social Psychology Review*, 2004/8, p. 281-307.

Van der Weijden 2012

R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 2012.

De Weijs 2010

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvencies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling*, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels VII 2021

B. Wessels, *Insolventierecht VII Vereffening van de boedel*, Deventer: Kluwer 2021.

Wessels VI 2020

B. Wessels, *Insolventierecht VI Het akkoord*, Deventer: Kluwer 2020.

Wessels IV 2020

B. Wessels, *Insolventierecht IV Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2020.

Wessels V 2020

B. Wessels, *Insolventierecht V Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2020.

Wessels II 2019

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

Wessels III 2019

B. Wessels, *Insolventierecht III, Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2019.

Wessels I 2018

B. Wessels, *Insolventierecht I Faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2018.

Wessels 2010

B. Wessels, 'Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?', *NJB* 2010/271.

Wessels 2009

B. Wessels, 'Gelijkheid van schuldeisers in insolventiezaken', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *INSOLAD jaarboek curator en crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-19.

Wibier 2012

R.M. Wibier, 'Het akkoord in het Nederlandse recht door A.D.W. Soedira', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012-2, p. 94-100.

Winter 1998

J.W. Winter, 'Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 1998, p. 65-83.

Wiórek 2005

Wiórek, P.M., *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, Heidelberg: Nomos 2015.

De Witte 2015

F.A. de Witte, 'Na Coface / Intergamma de bevoorrechte positie van de kredietverstrekker als pandhouder heroverwogen', *WPNR* 2015/7049, p. 152-157.

Wolfert 2007

E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening*, Deventer: Kluwer 2007.

Wood 2013

P.R. Wood, 'Principles of international insolvency (part I)', in I.F. Fletcher (red.), *A special collection celebrating 21 Years*, INSOL International and John Wiley & Sons, Ltd, 2013, p. 94-103.

Wolters 2013

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Serie Onderneming en Recht. Deel 77*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, 2012.

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.), *INSOLAD jaarboek curator en crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 91-110.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a

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

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981b

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Van Zeben & Du Pon 1990

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

Zippro 2011

E.J. Zippro, 'Het *paritas creditorum*-beginsel en de verplichting tot het stellen van zekerheid door middel van een bankgarantie op grond van de redelijkheid en billijkheid', *MvV*, 2011, nr. 4, p. 100-103.

Jurisprudentieregister

Hoofdstuk 1

Hoge Raad

HR 11 juli 2014, NJ 2014/407 (*ABN Amro/Berzona*)

HR 24 maart 2017, NJ 2018/225

HR 24 april 2020, NJ 2020/291

Hoofdstuk 2

Hoge Raad

HR 20 januari 1905, W 8172

HR 8 januari 1937, NJ 1937/431

HR 28 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2021, NJ 1957/514 (*Erba/Amsterdamse Bank*)

HR 19 december 1958, NJ 1959/113

HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 (*Quint/Te Poel*)

HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286, NJ 1977/617 (*Van de Voort/Manitoba*)

HR 3 februari 1984, NJ 1984/752 (*Slis/Stroom*)

HR 13 januari 1989, NJ 1989/755 (*Espresso/Piemonte*)

HR 28 juni 1992, NJ 1929/1619

HR 24 maart 1995, NJ 1996/158

HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1195:ZC1765 (*Deen/Van der Drift*)

HR 23 april 1999, JOR 1999/129 (*NBC/Sisal*)

HR 13 april 2001, NJ 2001/326

HR 14 december 2001, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*)

HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*)

HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503 (*Buter/Besix*)

HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, NJ 2004/549 (*ICH/UPC*)

HR 10 oktober 2003, JOR 2003/209

Jurisprudentieregister

HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (*Beatrixziekenhuis/ProCall*)

HR 6 februari 2009, LJV:BG5850

HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999, NJ 2012/126

HR 8 oktober 2010, LJV:BN1252

HR 28 januari 2011, LJV:BO4930 (*Marexion/Baboprint*)

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (*Dix q.q./ING*)

HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134 (*Leuveren q.q./ING*)

HR 12 juli 2013, LJV:BZ9959

HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898

HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904

HR 20 maart 2015, JOR 2015/140 (*Nationalisatie SNS*)

HR 3 juni 2016, JOR 2016/287 (*Rabobank/Reuser*)

HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, NJ 2017/2 (*Megalim/Veenbloem*)

HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

Gerechtshof

Hof 's-Gravenhage 8 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM7619

Hof Amsterdam, 22 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835

Hof 's-Hertogenbosch, 22 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:539

Rechtbank

Rb. Noord-Holland, 14 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:3795

Hoofdstuk 3

Hof van Justitie van de EU

HvJ 17 oktober 2013, C-101/12, EU:C:2013:661 (*Schaible*)

HvJ 13 november 1984 (*Racke*), zaak 283/83, *Jurispr.* 1984, blz. 3791

HvJ 17 april 1997, zaak C-15/95 (*EARL*), *Jurispr.* 1997, blz. I-1961

HvJ 13 april 2000, zaak 292/97 (*Karlsson*), *Jurispr.* 2000, blz. 2737

Hoge Raad

HR 5 januari 1923, NJ 1923,359 (*Petkovic/Modderman q.q.*)

Jurisprudentieregister

HR 23 december 1926, *NJ* 1927/443

HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9 (*Nieuw Plancius*)

HR 27 februari 1942, *NJ* 1942/350

HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542

HR 12 januari 1968, *NJ* 1968/274 (*Teixeira de Mattos*)

HR 8 juni 1971, *NJ* 1971/414

HR 4 februari 1977, *NJ* 1987/66 (*Dreyfus/Keulen q.q.*)

HR 11 januari 1980, *NJ* 1980/563

HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*)

HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*)

HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548

HR 18 december 1987, *NJ* 1988/340 (*OAR/ABN*)

HR 12 mei 1998, *NJ* 1989/613 (*Reco/Staat*)

HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3064

HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989/897

HR 22 december 1989, *NJ* 1990/661 (*Tiethoff q.q./NMB*)

HR 25 mei 1990, *NJ* 1990/605 (*Ruijgrok q.q./Amrobank*)

HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437 (*Ontvanger/Ham q.q.*)

HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243

HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243

HR 24 juni 1994, *NJ* 1995/368 (*INB/Klützow*)

HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*)

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/745 (*Aerts q.q./ABN AMRO*)

HR 7 juni 2002, *NJ* 2002/608 (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*)

HR 13 juni 2003, *JOR* 2003/209 (*Procall*)

HR 28 november 2003, *NJ* 2004/81

HR 21 januari 2005, *NJ* 2005/249 (*Funds/Curatoren Jomed I*)

HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*)

HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419 (*Van der Werff q.q./BLG*)

HR 22 juni 2007, *JOR*, 2007/222 (*ING/Verdonk*)

HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN Amro*)

Jurisprudentieregister

HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224 (*Megapool/Laser*).
HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)
HR 11 juni 2014, *NJ* 2014/372
HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*ABN Amro/Berzona*)
HR 31 oktober 2014, *JOR* 2015/55 (*CZ/Scholtes q.q.*)
HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484
HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187
HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833
HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1105
HR 6 oktober 2017, *NJ* 2018/42
HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*)
HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995 (*Houtman q.q./Rabobank*)
HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994
HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80 (*FloraHolland/Wittekamp q.q.*)

Gerechtshof

Hof Amsterdam 29 juni 1950, *NJ* 1951/28.
Hof Arnhem, 11 september 2007, *JOR* 2007/316
Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *JOR* 2013/150 (*Oudshoorn-Drijber q.q.*)
Hof Arnhem, 6 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ0345
Hof Den Bosch, 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4262
Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2017, *LJN* AZ7138
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922
Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609

Rechtbank

Rb. Amsterdam 20 december 1949, *NJ* 1950/437
Rb. Utrecht 2 april 2008, *JOR* 2008/179.
Rb. Alkmaar, 23 oktober 2009, *JOR* 2010/281
Rb. Rotterdam, 15 maart 2011, *JOR* 2011/269
Rb. Almelo, 30 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3143
Rb. Gelderland, 9 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5770

Rb. Midden-Nederland, 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:823

Rb. Oost-Brabant, 22 augustus 2016, JOR 2017/15

Rb. Den Haag, 9 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8785

Hoofdstuk 4

Hoge Raad

HR 22 mei 1931, NJ 1931

HR 8 januari 1937, NJ 1937/431

HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (*Doyer & Kalff*)

HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (*Erba/Amsterdamse Bank*)

HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*)

HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*)

HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669

HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC669 (*Coral Stalt*)

HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*AMRO/THB*)

HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (*Beklamel*)

HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox/Van den End q.q.*)

HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (*Bosseler q.q./Interniber*)

HR 10 september 1993, NJ 1994/272

HR 30 september 1994, NJ 1995/626 (*Kuijsters/Gaalman q.q.*)

HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517 (*NCM/Knottenbelt q.q.*)

HR 23 december 1994, NJ 1996/627 (*Notaris V/Curatoren THB*)

HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*)

HR 15 september 1995, NJ 1996/629 (*Notaris E/Curatoren THB*)

HR 12 juni 1998, NJ 1998/727 (*Coral/Stalt*)

HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*)

HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuis q.q./H*)

HR 19 oktober 2001, NJ 2001/654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*)

HR 26 oktober 2001, NJ 2002/94

HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*)

Jurisprudentieregister

HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96 (*Sobi/Hurks*)
HR 19 november 2004, *JOR* 2005/19 (*ING/Gunning*)
HR 16 september 2005, *NJ* 2006/311 (*De Bont/Bannenberq q.q.*)
HR 22 september 2006, *JOR* 2006/258
HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/335 (*Slijm/Brouwer*)
HR 20 juni 2008, *NJ* 2008/356
HR 24 april 2009, *NJ* 2009/416 (*Dekker q.q./Lutèce*)
HR 18 september 2009, *NJ* 2009/438.
HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*)
HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*)
HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/260
HR 3 december 2010, *JOR* 2011/62
HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/366 (*Butterman q.q./Rabobank*)
HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199 (*Eringa/ABN Amro*)
HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/144 (*Dekker q.q./Notarissen*)
HR 7 april 2017, *JOR* 2017/213 (*Jongepier q.q./Drieakker*)
HR 8 september 2017, *NJ* 2017/351 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*)
HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Rabobank/Curatoren Eurocommerce*)
HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576
HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*X/Staatssecretaris van Financiën*)
HR 15 januari 2020, *NJ* 2020/51
HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*)

Gerechtshof

Hof Leeuwarden 29 november 2000, *JOR* 2001/105
Hof Arnhem 23 juli 2002, *JOR* 2004/85
Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2009, *JOR* 2009/30
Hof Leeuwarden 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1565
Hof Den Haag, 22 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:150
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:463
Hof Den Bosch, 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5528

Jurisprudentieregister

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, *JOR* 2017/244

Hof Arnhem-Leeuwarden, 30-01-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922

Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3110

Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2019, *JOR* 2020/66

Hof Den Haag 2 maart 2021, *JOR* 2021/188

Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1527

Rechtbank

Rb. Arnhem, 18 juni 1982, *NJ* 1983/249

Rb. Rotterdam, 6 augustus 1998, *JOR* 1999, 16

Rb. Arnhem 7 maart 2002, *JOR* 2002/158

Rb. Arnhem 25 juni 2003, *JOR* 2003/218,

Rb. 's-Hertogenbosch, 5 oktober 2006, *JOR* 2007/74

Rb. Haarlem 30 mei 2007, *JOR* 2007/219

Rb. Zutphen 4 november 2010, *JOR* 2011/18

Rb. Overijssel, *Praktijkids* 2013/267

Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944

Rb. Den Haag, 19 september 2018, 6533401\CV EXPL 17-5975 (geen ECLI-nr.)

Hoofdstuk 5

Hoge Raad

HR 26 april 1923, *NJ* 1923/833

HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17

HR 8 juni 1962, *NJ* 1962/525

HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/196

HR 9 december 1983, *NJ* 1984/384

HR 14 december 1984, *NJ* 1985/288 (*Floritex*)

HR 18 mei 1990, *NJ* 1991/412

HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*)

HR 23 juni 1993, *NJ* 1993/559

HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*)

Jurisprudentieregister

HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/296

HR 15 december 2000, *NJ* 2001/262

HR 7 juni 2002, *NJ* 2002/608 (*Komdeur q.q./NN*)

HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *JOR* 2003/211

HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8179

HR 21 januari 2005, *NJ* 2005/250 (*Funds/Curatoren Jomed II*)

HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204

HR 10 december 2006, *NJ* 2006/610

HR 6 april 2007, *NJ* 2007/205

HR 20 april 2007, *NJ* 2007/243

HR 14 december 2007, *NJ* 2008

HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*)

HR 29 januari 2010, *NJ* 2010/69

HR 16 december 2011, *NJ* 2011/515 (*Prakke/Gips*)

HR 17 januari 2014, *NJ* 2014/61 (*Unitco*)

HR 31 oktober 2014, *NJ* 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*)

HR 5 mei 2015, *NJ* 2015, 320 (*HSK/Bosma*)

HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473

HR 24 juni 2016, *NJ* 2016/497 (*Boele's Scheepwerven*)

HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 (*Rabobank/Verdonk q.q.*)

HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:297, *NJ* 2016/139

HR 18 december 2015, *NJ* 2016/172 (*Hoeksma q.q./RM Trade*)

HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577

HR 8 december 2017, *JOR* 2018/102

HR 22 december 2017, *NJ* 2018/154 (*Boersen/Stichting Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf*)

HR 9 november 2018, *NJ* 2018/464

HR 30 maart 2018, *NJ* 2018/181

HR 26 maart 2021, *NJ* 2021/128

HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80

Jurisprudentieregister

Gerechtshof

Hof Amsterdam 30 november 1938, NJ 1939, p. 1982

Hof Den Bosch, 29 oktober 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AD2797, *JOR* 1998/33 (*Combifleur*)

Hof Amsterdam 5 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AZ8881, *JOR* 2007/51 (*Carrier 1*)

Hof Den Haag, 7 mei 2013, *JOR* 2014/176

Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5017

Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5413, *JOR* 2015/317 (*Spyker II*)

Hof Arnhem/Leeuwarden, 13 oktober 2015, *JOR* 2016/77

Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2016, *JOR* 2017/50

Hof Den Haag 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:4129

Hof Arnhem-Leeuwarden, 30 januari 2018, *RJ* 2018/37

Hof Den Bosch 6 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3695

Hof Den Bosch, 29 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2386

Rechtbank

Rb. Rotterdam, 24 maart 1924, *W.* 11210

Rb. Utrecht 13 maart 1929, *NJ* 1929/1782

Rb. Utrecht 12 februari 1954, *NJ* 1954/733

Rb. Arnhem 18 juni 1982, *NJ* 1983/249

Pres Rb. Breda 14 augustus 1984, *NJ* 1985/306

Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186

Rb. Rotterdam, 6 augustus 1998, *JOR* 1999/16

Rb. Utrecht 9 augustus 1989, *NJ* 1990/399 (*Breevast*)

Rb. Zutphen, 30 oktober 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0974

Rb. Rotterdam 4 augustus 2009, *L/N* BJ6343

Rb. Amsterdam 5 november 2010, *JOR* 2011/200

Rb. Utrecht, 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR0713

Rb. Amsterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3751 (*Van der Moolen*)

Rb. Midden-Nederland 23 maart 2016, *JOR* 2016/311

Rb. Noord-Holland, 21 december 2016, *JOR* 2017/207

Rb. Den Haag 22 juni 2017, *JOR* 2017/279

Jurisprudentieregister

Rb. Rotterdam, 18 december 2018, *JOR* 2019/112

Rb. Rotterdam, 6 februari 2019, *JOR* 2017/117

Rb. Den Haag 26 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755 (*Mexx*)

Rb. Rotterdam, 30 maart 2021, *JOR* 2021/137


Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Informatie vooraf

Bij de beantwoording van de vragen verzoek ik u uit te gaan van de volgende situatie. Een bedrijf is niet langer in staat zijn schulden te betalen. Het bedrijf wordt daarom failliet verklaard en de verkoop van de bezittingen levert € 100.000,00 op. Een bedrag van € 25.000,00 wordt vervolgens verdeeld onder vijf schuldeisers met een door de wet toegekende (bijzondere) voorrangpositie waarna ter verdeling onder de (grote groep van) resterende schuldeisers een bedrag van € 75.000,00 resteert. De resterende honderd schuldeisers hebben in totaal recht op betaling van een bedrag van € 750.000,00. Dit betekent dat het hoe dan ook niet mogelijk is iedere schuldeiser te geven waar hij in principe recht op heeft. Er is immers slechts een bedrag van € 75.000,00 te verdelen, terwijl de schuldeisers in totaal recht hebben op een bedrag van € 750.000,00. De vragen hierna hebben betrekking op een rechtvaardige verdeling, uitgaande van de gegeven situatie dat niet iedereen volledige betaling kan ontvangen. Ter verduidelijking wordt de hiervoor gegeven informatie hierna ook schematisch weergegeven.

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

1



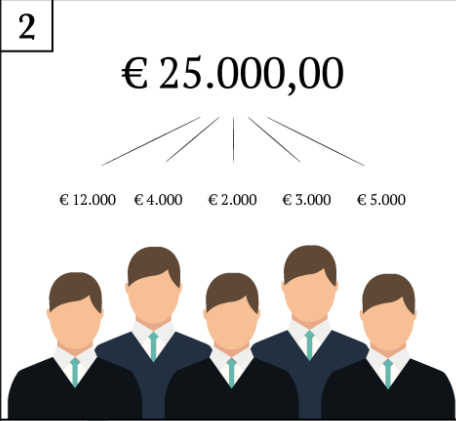
OPBRENGST:
€ 100.000

TOTALE LEEGVERKOOP
WEGENS FAILLISEMENT

GESLOTEN

Een bedrijf is failliet en de verkoop van de bezittingen levert € 100.000,00 op.

2

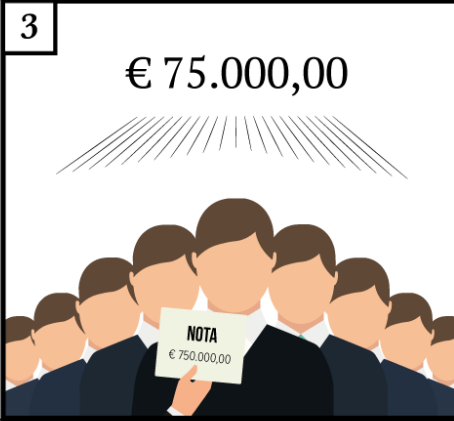


€ 25.000,00

€ 12.000 € 4.000 € 2.000 € 3.000 € 5.000

Een bedrag van € 25.000,00 wordt verdeeld onder vijf schuldeisers met een bijzonder voorrangrecht.

3



€ 75.000,00

NOTA
€ 750.000,00

Voor de overige 100 schuldeisers blijft ter verdeling € 75.000,00 over. Deze schuldeisers hebben in totaal € 750.000,00 te vorderen.

Hierna wordt u telkens gevraagd de rechtvaardigheid c.q. de gepastheid van een bepaalde wijze van verdelen te beoordelen. Hierbij gaat het uitsluitend om de verdeling van gelden zoals weergegeven in afbeelding 3 hiervoor. Ga er bij de beantwoording vanuit dat u geen persoonlijk belang heeft bij een bepaalde uitkomst. Oordeel als neutrale toeschouwer.

Onderzoeksvragen

1. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 gelijk wordt verdeeld onder de schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft)? *Voorbeeld om deze verdelingsvorm te verduidelijken. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00. Hierbij geldt overigens wel dat een schuldeiser nooit meer kan krijgen dan het bedrag waar hij recht op heeft.*

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

2. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

3. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 gelijk wordt verdeeld onder de schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

4. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

5. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 gelijk wordt verdeeld onder de schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 80.000,00 en B op betaling van € 1.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

6. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

7. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 gelijk wordt verdeeld onder de schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 75.000,00 en B heeft eveneens recht op betaling van € 75.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

8. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

9. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen)? *Voorbeeld om deze verdelingsvorm te verduidelijken. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 100,00 en B ontvangt € 8.000,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

10. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

11. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 100,00 en B ontvangt € 8.000,00.*

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

12. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

13. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 80.000,00 en B op betaling van € 1.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 8.000,00 en B ontvangt € 100,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

14. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

15. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen) uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A heeft recht op betaling van € 75.000,00 en B heeft eveneens recht op betaling van € 75.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. Zowel A als B ontvangt dus een bedrag van € 7.500,00.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

16. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

17. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers op basis van behoefte (waarbij een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling vanwege financiële problemen wel betaling ontvangt en een onderneming waarbij geen sprake is van dergelijke problemen geen betaling ontvangt)? *Voorbeeld om deze verdelingsvorm te verduidelijken. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 300.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

18. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen. Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

19. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers op basis van behoefte uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 300.000,00. A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

20. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

21. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers op basis van behoefte uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld. *Voorbeeld: Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft eveneens recht op betaling van € 100.000,00? A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets.*

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

22. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

23. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering waarbij een correctie plaatsvindt op basis van behoefte (waarbij een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling vanwege financiële problemen een hoger percentage van zijn vordering ontvangt en een onderneming waarbij geen sprake is van dergelijke problemen een lager percentage van zijn vordering ontvangt)? *Voorbeeld om deze verdelingsvorm te verduidelijken. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 300.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 15,79% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 7,895% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 47.370,00, terwijl B een bedrag van € 27.632,50 ontvangt.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

24. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen. Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

25. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering waarbij een correctie plaatsvindt op basis van behoefte uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 300.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 17,65% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 8,825% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 17.650,00, terwijl B een bedrag van € 26.475,00 ontvangt.*

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

26. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

27. Hoe eerlijk vindt u het indien het bedrag van € 75.000,00 wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering waarbij een correctie plaatsvindt op basis van behoefte uitgaande van het hierna gegeven voorbeeld? *Voorbeeld: Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft eveneens recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 17,648% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 8,824% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 17.648,00, terwijl B een bedrag van € 8.824,00 ontvangt.*

Bijlage 1: Vragenlijst onderzoek

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer oneerlijk (2) oneerlijk (3) een beetje oneerlijk (4) neutraal (5) een beetje eerlijk (6) eerlijk (7) zeer eerlijk

28. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Ik vind deze verdeling:

(1) zeer ongepast (2) ongepast (3) een beetje ongepast (4) neutraal (5) een beetje gepast (6) gepast (7) zeer gepast

Vragen met betrekking tot uw persoonlijke situatie

29. Bent u zelf als schuldeiser op dit moment of de laatste drie jaar als schuldeiser betrokken geweest bij een faillissement?

30. Bent u ondernemer?

31. Zo ja: verkeert uw onderneming in staat van faillissement of is een bedrijf van u de laatste drie jaar in staat van faillissement verklaard?

Bijlage 2: Uitkomsten onderzoek

Bijlage 2: Uitkomsten onderzoek

Resultaten

Enquête 823193

Aantal responsen op deze enquête:	277
Totaal aantal responsen in deze enquête:	277
Percentage van het totaal:	100.00%

Samenvatting voor Toestemming

Door deelname aan het onderzoek verklaar ik op een voor mij duidelijke wijze te zijn ingelicht over de aard, methode, doel, risico's en belasting van het onderzoek. Ik ben 18 jaar of ouder. Ik weet dat de gegevens en resultaten van het onderzoek alleen anoniem gebruikt zullen worden. Mijn eventuele vragen zijn naar tevredenheid beantwoord. Ik begrijp dat materiaal of bewerking daarvan uitsluitend voor analyse en/of wetenschappelijke presentaties zal worden gebruikt. Ik stem geheel vrijwillig in met deelname aan dit onderzoek. Ik behoud me daarbij het recht voor om op elk moment zonder opgave van redenen mijn deelname aan dit onderzoek te beëindigen.

Antwoord	Telling	Percentage
Ja (Y)	276	99.64%
Nee (N)	1	0.36%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor O01(SQ001)

1. Bent u zelf als schuldeiser op dit moment of de laatste drie jaar als schuldeiser betrokken geweest bij een faillissement?

Antwoord	Telling	Percentage
Ja (Y)	32	12.26%
Nee (N)	218	83.52%
Weet niet (U)	10	3.83%
Niet van toepassing	1	0.38%

Samenvatting voor O02(SQ001)

2. Bent u ondernemer?

Antwoord	Telling	Percentage
Ja (Y)	170	65.13%
Nee (N)	83	31.80%
Weet niet (U)	7	2.68%
Niet van toepassing	1	0.38%

Samenvatting voor O03(SQ001)

3. Zo ja: verkeert uw onderneming in staat van faillissement of is een bedrijf van u de laatste drie jaar in staat van faillissement verklaard?

Antwoord	Telling	Percentage
Ja (Y)	2	0.77%
Nee (N)	248	95.02%
Weet niet (U)	10	3.83%
Niet van toepassing	1	0.38%

Samenvatting voor V01(SQ001)

4. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag gelijk wordt verdeeld onder deze schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt, ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft)? Hierbij geldt overigens wel dat een schuldeiser nooit meer kan krijgen dan het bedrag waar hij recht op heeft.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	84	44.21%
oneerlijk (2)	62	32.63%
beetje oneerlijk (3)	13	6.84%
neutraal (4)	14	7.37%
beetje eerlijk (5)	2	1.05%
eerlijk (6)	6	3.16%
zeer eerlijk (7)	7	3.68%
Niet van toepassing	2	1.05%

Samenvatting voor V02(SQ001)

5. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	66	34.74%
ongepast (2)	70	36.84%
een beetje ongepast (3)	17	8.95%
neutraal (4)	14	7.37%
een beetje gepast (5)	6	3.16%
gepast (6)	7	3.68%
zeer gepast (7)	8	4.21%
Niet van toepassing	2	1.05%

Samenvatting voor V03(SQ001)

6. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag gelijk wordt verdeeld onder deze schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt, ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	69	36.32%
oneerlijk (2)	65	34.21%
een beetje oneerlijk (3)	12	6.32%
neutraal (4)	18	9.47%
een beetje eerlijk (5)	6	3.16%
eerlijk (6)	10	5.26%
zeer eerlijk (7)	8	4.21%
Niet van toepassing	2	1.05%

Samenvatting voor V04(0)

7. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	59	31.05%
ongepast (2)	68	35.79%
een beetje ongepast (3)	19	10.00%
neutraal (4)	17	8.95%
een beetje gepast (5)	8	4.21%
gepast (6)	9	4.74%
zeer gepast (7)	8	4.21%
Niet van toepassing	2	1.05%

Samenvatting voor V05(SQ001)

8. Stel A heeft recht op betaling van € 80.000,00 en B op betaling van € 1.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag gelijk wordt verdeeld onder deze schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt, ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	73	38.42%
oneerlijk (2)	66	34.74%
een beetje oneerlijk (3)	13	6.84%
neutraal (4)	16	8.42%
een beetje eerlijk (5)	4	2.11%
eerlijk (6)	7	3.68%
zeer eerlijk (7)	8	4.21%
Niet van toepassing	3	1.58%

Samenvatting voor V06(0)

9. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	61	32.11%
ongepast (2)	70	36.84%
een beetje ongepast (3)	17	8.95%
neutraal (4)	16	8.42%
een beetje gepast (5)	5	2.63%
gepast (6)	9	4.74%
zeer gepast (7)	8	4.21%
Niet van toepassing	4	2.11%

Samenvatting voor V07(SQ001)

10. Stel A heeft recht op betaling van € 75.000,00 en B heeft eveneens recht op betaling van € 75.000,00.

A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij bij de verdeling een gelijk bedrag van € 750,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag gelijk wordt verdeeld onder deze schuldeisers (waarbij dus iedere schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt, ongeacht de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	14	7.37%
oneerlijk (2)	19	10.00%
een beetje oneerlijk (3)	7	3.68%
neutraal (4)	21	11.05%
een beetje eerlijk (5)	9	4.74%
eerlijk (6)	63	33.16%
zeer eerlijk (7)	53	27.89%
Niet van toepassing	4	2.11%

Samenvatting voor V08(0)

11. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	10	5.26%
ongepast (2)	21	11.05%
een beetje ongepast (3)	6	3.16%
neutraal (4)	22	11.58%
een beetje gepast (5)	12	6.32%
gepast (6)	67	35.26%
zeer gepast (7)	48	25.26%
Niet van toepassing	4	2.11%

Samenvatting voor V09(SQ001)

12. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 100,00 en B ontvangt € 8.000,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder deze schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	0	0.00%
oneerlijk (2)	1	0.55%
beetje oneerlijk (3)	2	1.10%
neutraal (4)	17	9.39%
beetje eerlijk (5)	12	6.63%
eerlijk (6)	83	45.86%
zeer eerlijk (7)	66	36.46%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V10(SQ001)

13. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	0	0.00%
ongepast (2)	1	0.55%
een beetje ongepast (3)	2	1.10%
neutraal (4)	20	11.05%
een beetje gepast (5)	10	5.52%
gepast (6)	84	46.41%
zeer gepast (7)	64	35.36%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V11(SQ001)

14. Stel A heeft recht op betaling van € 1.000,00 en B op betaling van € 80.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 100,00 en B ontvangt € 8.000,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder deze schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	0	0.00%
oneerlijk (2)	1	0.55%
beetje oneerlijk (3)	4	2.21%
neutraal (4)	20	11.05%
beetje eerlijk (5)	15	8.29%
eerlijk (6)	79	43.65%
zeer eerlijk (7)	62	34.25%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V12(SQ001)

15. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	0	0.00%
ongepast (2)	2	1.10%
een beetje ongepast (3)	2	1.10%
neutraal (4)	20	11.05%
een beetje gepast (5)	15	8.29%
gepast (6)	84	46.41%
zeer gepast (7)	58	32.04%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V13(SQ001)

16. Stel A heeft recht op betaling van € 80.000,00 en B op betaling van € 1.000,00. A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. A ontvangt dus € 8.000,00 en B ontvangt € 100,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder deze schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	0	0.00%
oneerlijk (2)	0	0.00%
beetje oneerlijk (3)	2	1.10%
neutraal (4)	20	11.05%
beetje eerlijk (5)	14	7.73%
eerlijk (6)	82	45.30%
zeer eerlijk (7)	63	34.81%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V14(SQ001)

17. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	0	0.00%
ongepast (2)	0	0.00%
een beetje ongepast (3)	1	0.55%
neutraal (4)	21	11.60%
een beetje gepast (5)	16	8.84%
gepast (6)	86	47.51%
zeer gepast (7)	57	31.49%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V15(SQ001)

18. Stel A heeft recht op betaling van € 75.000,00 en B heeft eveneens recht op betaling van € 75.000,00.

A is een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert. Bij B is dat niet het geval. Allebei ontvangen zij een bedrag bij de verdeling gelijk aan 10% van hun vordering. Zowel A als B ontvangt dus een bedrag van € 7.500,00. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder deze schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering (waarbij dus iedere schuldeiser 10% van zijn vordering betaald zal krijgen)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	0	0.00%
oneerlijk (2)	0	0.00%
beetje oneerlijk (3)	3	1.66%
neutraal (4)	16	8.84%
beetje eerlijk (5)	12	6.63%
eerlijk (6)	78	43.09%
zeer eerlijk (7)	72	39.78%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V16(SQ001)

19. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	0	0.00%
ongepast (2)	1	0.55%
een beetje ongepast (3)	3	1.66%
neutraal (4)	16	8.84%
een beetje gepast (5)	13	7.18%
gepast (6)	81	44.75%
zeer gepast (7)	67	37.02%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V17(SQ001)

20. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 300.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets.

Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder deze schuldeisers op basis van behoefte (waarbij een onderneming, die meer behoefte heeft aan betaling vanwege financiële problemen, wel betaling ontvangt en een onderneming, waarbij geen sprake is van dergelijke problemen geen betaling ontvangt)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	77	43.26%
oneerlijk (2)	70	39.33%
beetje oneerlijk (3)	9	5.06%
neutraal (4)	12	6.74%
beetje eerlijk (5)	3	1.69%
eerlijk (6)	0	0.00%
zeer eerlijk (7)	7	3.93%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V18(SQ001)

21. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	80	44.94%
ongepast (2)	58	32.58%
een beetje ongepast (3)	13	7.30%
neutraal (4)	14	7.87%
een beetje gepast (5)	4	2.25%
gepast (6)	2	1.12%
zeer gepast (7)	7	3.93%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V19(SQ001)

22. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 300.000,00. A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers op basis van behoefte?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	83	46.63%
oneerlijk (2)	64	35.96%
beetje oneerlijk (3)	7	3.93%
neutraal (4)	14	7.87%
beetje eerlijk (5)	1	0.56%
eerlijk (6)	1	0.56%
zeer eerlijk (7)	7	3.93%
Niet van toepassing	1	0.56%

Samenvatting voor V20(SQ001)

23. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	79	44.38%
ongepast (2)	60	33.71%
een beetje ongepast (3)	13	7.30%
neutraal (4)	14	7.87%
een beetje gepast (5)	2	1.12%
gepast (6)	2	1.12%
zeer gepast (7)	7	3.93%
Niet van toepassing	1	0.56%

Samenvatting voor V21(SQ001)

24. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft eveneens recht op betaling van € 100.000,00? A ontvangt € 75.000,00 en B ontvangt niets. Hoe eerlijk vindt u het in deze situatie indien het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers op basis van behoefte?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	81	45.51%
oneerlijk (2)	65	36.52%
beetje oneerlijk (3)	9	5.06%
neutraal (4)	12	6.74%
beetje eerlijk (5)	2	1.12%
eerlijk (6)	0	0.00%
zeer eerlijk (7)	8	4.49%
Niet van toepassing	1	0.56%

Samenvatting voor V22(SQ001)

25. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	74	41.57%
ongepast (2)	69	38.76%
een beetje ongepast (3)	11	6.18%
neutraal (4)	12	6.74%
een beetje gepast (5)	2	1.12%
gepast (6)	1	0.56%
zeer gepast (7)	8	4.49%
Niet van toepassing	1	0.56%

Samenvatting voor V23(SQ001)

26. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 300.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 15,79% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 7,895% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 47.370,00, terwijl B een bedrag van € 27.632,50 ontvangt. Hoe eerlijk vindt u het als in deze situatie het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering met een correctie op basis van behoefte (waarbij een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling vanwege financiële problemen een hoger percentage van zijn vordering ontvangt en een onderneming, waarbij geen sprake is van dergelijke problemen een lager percentage van zijn vordering ontvangt)?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	46	26.44%
oneerlijk (2)	64	36.78%
beetje oneerlijk (3)	20	11.49%
neutraal (4)	20	11.49%
beetje eerlijk (5)	9	5.17%
eerlijk (6)	7	4.02%
zeer eerlijk (7)	8	4.60%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V24(SQ001)

27. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	43	24.71%
ongepast (2)	66	37.93%
een beetje ongepast (3)	16	9.20%
neutraal (4)	19	10.92%
een beetje gepast (5)	12	6.90%
gepast (6)	10	5.75%
zeer gepast (7)	8	4.60%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V25(SQ001)

28. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft recht op betaling van € 300.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 17,65% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 8,825% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 17.650,00, terwijl B een bedrag van € 26.475,00 ontvangt. Hoe eerlijk vindt u het in deze situatie als het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering, waarbij een correctie plaatsvindt op basis van behoefte?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	51	29.31%
oneerlijk (2)	59	33.91%
beetje oneerlijk (3)	25	14.37%
neutraal (4)	15	8.62%
beetje eerlijk (5)	9	5.17%
eerlijk (6)	7	4.02%
zeer eerlijk (7)	8	4.60%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V26(SQ001)

29. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	46	26.44%
ongepast (2)	64	36.78%
een beetje ongepast (3)	17	9.77%
neutraal (4)	17	9.77%
een beetje gepast (5)	14	8.05%
gepast (6)	8	4.60%
zeer gepast (7)	8	4.60%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V27(SQ001)

30. Stel A (een onderneming die meer behoefte heeft aan betaling, doordat A in financiële problemen verkeert) heeft recht op betaling van € 100.000,00 en B (een onderneming zonder financiële problemen) heeft eveneens recht op betaling van € 100.000,00. A ontvangt een bedrag gelijk aan 17,648% van zijn vordering en B ontvangt een bedrag gelijk aan 8,824% van zijn vordering. A ontvangt derhalve een bedrag van € 17.648,00, terwijl B een bedrag van € 8.824,00 ontvangt. Hoe eerlijk vindt u het in deze situatie als het beschikbare bedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers naar rato van de hoogte van de vordering, waarbij een correctie plaatsvindt op basis van behoefte?

Antwoord	Telling	Percentage
zeer oneerlijk (1)	55	31.61%
oneerlijk (2)	63	36.21%
beetje oneerlijk (3)	16	9.20%
neutraal (4)	18	10,34%
beetje eerlijk (5)	10	5.75%
eerlijk (6)	5	2.87%
zeer eerlijk (7)	7	4.02%
Niet van toepassing	0	0.00%

Samenvatting voor V28(SQ001)

31. Hoe gepast vindt u de in de vorige vraag omschreven verdeling? Bedenk hierbij dat in de gegeven situatie niet iedereen volledige betaling kan ontvangen.

Antwoord	Telling	Percentage
zeer ongepast (1)	52	29.89%
ongepast (2)	63	36.21%
een beetje ongepast (3)	14	8.05%
neutraal (4)	18	10.34%
een beetje gepast (5)	13	7.47%
gepast (6)	7	4.02%
zeer gepast (7)	7	4.02%
Niet van toepassing	0	0.00%