

De rol van de *paritas creditorum* bij een faillissement

Bespreking van het proefschrift van mr. M.J. Noteboom

*Mr. dr. A. van Hees**

1 Inleiding

‘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.’

Zo begint Noteboom zijn proefschrift, dat hij op 4 november 2022 in Heerlen verdedigde. Uitgangspunt bij die verdeling is de in art. 3:277 lid 1 BW neergelegde regel die wordt aangeduid als de *paritas creditorum* of het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (*pari passu*). Die wettelijke 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 redenen van voorrang.’

Het proefschrift waarop Noteboom is gepromoveerd gaat over die verdeling en over het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Uitgangspunt daarbij is de positie van concurrente schuldeisers.

Noteboom signaleert dat over het belang van de *paritas creditorum* verschillend wordt gedacht. Daarbij wijst hij op de lage uitkeringspercentages die concurrente schuldeisers in faillissementen ontvangen. Deze lage uitkeringspercentages blijken uit verschillende onderzoeken. Zo is door Lutikhuis vastgesteld dat de ‘*recovery rate*’ van de concurrente schuldeisers over de jaren 1996 t/m 2004 slechts 3,2% was.¹ Tideman heeft aan de hand van CBS-onderzoeksgegevens berekend dat over de periode 2004-2015 het gemiddelde uitkeringspercentage aan concurrente schuldeisers ongeveer 4% bedroeg.² Voorts is er

meer recent in opdracht van het WODC een verkennend onderzoek uitgevoerd naar een honderdtal faillissementen waarin werd vastgesteld dat het uitkeringspercentage in die faillissementen gemiddeld slechts 0,1% bedroeg.³ Dat laatste percentage is wel erg laag. Volgens de onderzoekers zelf was het onderzoek ook niet representatief. Duidelijk is echter wel dat de uitkeringspercentages in faillissementen voor concurrente schuldeisers gemiddeld genomen zeer laag zijn. Dat geldt volgens Noteboom internationaal, dus niet alleen voor Nederland. In Nederland komt het in circa 75% van de faillissementen überhaupt niet tot een uitkering aan concurrente schuldeisers.

Dit alles doet de vraag rijzen wat dan nog het belang is van de *paritas creditorum*, nu er in de praktijk nauwelijks iets tussen de concurrente schuldeisers te verdelen valt. Die vraag staat centraal in het proefschrift van Noteboom.

Daarbij is van belang dat de *paritas creditorum* niet alleen een rol heeft bij de verdeling. Volgens Noteboom is de *paritas creditorum* als regel of als rechtsbeginsel ook van betekenis in de prefaillissementsperiode en in de periode vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar tot het moment waarop de verdeling plaatsvindt. In de schemerperiode voor faillissement zou de *paritas creditorum* doorwerken over de band van onder meer de faillissementspauliana.⁴ Handelingen in die schemerperiode kunnen tot een ongelijke behandeling van schuldeisers leiden, en daarmee in strijd zijn met de *paritas creditorum*. Door toepassing van de pauliana kan die ongelijke behandeling worden gecorrigeerd en de *paritas* weer worden hersteld. In de periode vanaf de faillietverklaring van de schuldenaar is de *paritas creditorum* normerend, in die zin dat de concurrente schuldeisers op gelijke wijze dienen te worden behandeld, niet alleen in het kader van de verdeling, maar ook

* Mr. dr. A. van Hees is 40 jaar advocaat geweest en is thans onder meer werkzaam als raadsheer-plaatsvervanger bij meerdere gerechtshoven.

1 A.P.K. Lutikhuis, *Corporate recovery*, de weg naar effectief insolventierecht (diss. Tilburg), 2007, p. 34.

2 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. Kersten (red.), *Het verdelingsvraagstuk*. Insolad Jaarboek 2022, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 97-115.

3 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-)schuldeisers en de mogelijkheden deze te verbeteren, Rapport aan het WODC uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen, WODC 2021.

4 Noteboom noemt daarnaast nog het verrekeningsverbod van art. 54 Fw.

bijvoorbeeld bij de informatievoorziening in het faillissement.⁵ Voor de hand ligt dat datzelfde ook geldt voor schuldeisers met een voorrecht. Je zou in dit verband dan ook kunnen spreken van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in de gehele faillissementsprocedure, natuurlijk wel met inachtneming van de verschillende rang die hun vorderingen hebben en de zekerheidsrechten die daaraan zijn verbonden.

Noteboom richt zich echter vooral op de concurrente schuldeisers. Hij spreekt hierbij van een meer algemene regel, die (dus) niet uitsluitend de in art. 3:277 BW neergelegde verdelingsregel omvat, maar ziet op de positie die een concurrente schuldeiser heeft in het gehele faillissementsproces, inclusief de daaraan voorafgaande prefaillissementsperiode. Deze gedachte is op zich niet nieuw. Franken ziet de gelijkheid van schuldeisers als een basisbeginsel van het insolventierecht.⁶ Ook Boekraad⁷ en Verstijlen⁸ menen dat uitgegaan moet worden van een gelijkheidsbeginsel dat verder gaat dan de in art. 3:277 BW te vinden verdelingsregel.

Opvallend is dat Noteboom de *paritas creditorum* het ene moment lijkt te zien als een rechtsregel die tussen de schuldeisers onderling zou gelden,⁹ en het andere moment als een regel die zou gelden voor de verhouding tussen een schuldenaar en zijn schuldeisers.¹⁰ Ik zou menen dat het gaat om een regel die in beginsel alle bij het faillissement betrokken partijen bindt, dus met name ook de curator en de schuldenaar. Ook zij kunnen immers op enig moment de *paritas* verstoren. Denk bij de curator aan het geval waarin hij dient te besluiten om een wederkerige overeenkomst wel of niet gestand te doen,¹¹ of om een betaling van de schuldenaar op grond van de *paulliana*¹² wel of niet te vernietigen. Ook de schuldenaar kan de *paritas* verstoren, bijvoorbeeld door in het zicht van het faillissement de ene schuldeiser wel en de andere schuldeiser niet te voldoen. Het ligt voor de hand dat in dergelijke gevallen als uitgangspunt de gelijkheid van schuldeisers eveneens geldt en door de curator respectievelijk de schuldenaar in beginsel gerespecteerd dient te worden.

In zijn proefschrift onderzoekt Noteboom of hij een bevestiging kan vinden dat er een meeromvattende rechtsnorm bestaat, op grond waarvan schuldeisers met een gelijke rang in het gehele faillissementsproces, dus niet alleen bij de verdeling, gelijk dienen te worden behandeld. Zo nee, dan is het voor hem de vraag of de *paritas creditorum* wel recht van bestaan

heeft. Zoals hij immers al direct had vastgesteld heeft de *paritas* voor concurrente schuldeisers bij de verdeling nauwelijks nog betekenis doordat er voor hen vrijwel niets te verdelen was. Heeft de *paritas* ook daarbuiten nauwelijks of geen betekenis, dan kan zij mogelijk maar beter worden begraven.

Op zijn zoektocht naar die meeromvattende rechtsnorm neemt Noteboom in zijn proefschrift de lezer vervolgens mee in een tour langs een groot aantal verschillende situaties waarin sprake is of zou kunnen zijn van botsende of concurrerende verhaalsrechten. Zijn bespreking daarvan is beschrijvend van aard, zonder dat Noteboom daarbij duidelijk eigen standpunten inneemt die niet in lijn zijn met de heersende opvattingen in literatuur en jurisprudentie. Het grote aantal faillissementsrechtelijke onderwerpen dat daarbij aan de orde komt, maakt dat ik mij bij de bespreking daarvan hoofdzakelijk zal beperken tot het plaatsen van enkele kanttekeningen.

2 Gelijkheid van schuldeisers bij het nemen van verhaal en bij de verdeling

Na een inleiding in hoofdstuk 1 begint Noteboom in hoofdstuk 2 van zijn proefschrift met vast te stellen dat elke schuldeiser in beginsel weliswaar over een verhaalsrecht beschikt, en er dus in beginsel een verhaalsgelijkheid bestaat,¹³ maar dat indien de opbrengst van de executie ontoereikend is om ieder te voldoen, die verhaalsgelijkheid geen antwoord biedt op de vraag hoe die opbrengst dan moet worden verdeeld. Art. 3:277 lid 1 BW voorziet daarin door te bepalen dat de verdeling in beginsel naar evenredigheid van de vorderingen dient plaats te vinden.¹⁴ Op dat laatste zijn echter vele uitzonderingen, zoals verschillende zekerheden, voorrechten, achterstellingen en andere rechtsfiguren, die alle kunnen leiden tot een vorm van voorrang of achterstelling. Voorbeelden van dergelijke andere rechtsfiguren zijn het retentierecht,¹⁵ de Vormerkung¹⁶ en art. 3:298 BW (botsende rechten op levering). Noteboom bespreekt deze en andere uitzonderingen uitvoerig, zowel in het kader van een verdeling in faillissement als in het kader van een verdeling bij samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement,¹⁷ en komt tot de conclusie dat het aantal en de relevantie van die uitzonderingen zodanig groot zijn dat de *paritas creditorum* als verdelingsregel eerder een restregel dan een hoofdregel is.

Noteboom vraagt zich daarbij af om welke reden bij de *paritas creditorum* is gekozen voor een verdeling op basis van evenredigheid en niet voor bijvoorbeeld een verdeling op basis van behoefte of op basis van volkomen gelijkheid.¹⁸ Onder dat

5 M.J. Noteboom, *De rol van de paritas creditorum bij een faillissement* (diss. Heerlen), 2022, p. 87-90.

6 M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief* (Recht en Praktijk nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019/3.3.

7 G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 5-6.

8 F.M.J. Verstijlen, *Paritas creditorum, voorrang en preferentie*, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, TvPr. 2006, p. 1166.

9 Zie Noteboom 2022, p. 7.

10 Noteboom 2022, p. 8.

11 Art. 37 Fw.

12 Art. 47 Fw.

13 Noteboom noemt dit de formele functie van de *paritas creditorum*. Zie Noteboom 2022, p. 55.

14 Noteboom spreekt hier van de materiële of verdelingsfunctie van de *paritas creditorum*. Noteboom 2022, p. 47 en 55.

15 Aan het retentierecht is in art. 3:292 BW overigens ook een recht van voorrang verbonden.

16 Art. 7:3 BW.

17 Bedoeld wordt de regeling van samenlopende verhaalsuitoefening, die (verspreid) te vinden is in Boek 2 Rv.

18 Zie Noteboom 2022, p. 55.

laatste verstaat hij kennelijk een verdeling waarbij elke (concurrente) schuldeiser een gelijk bedrag ontvangt en de uitkering dus niet afhankelijk is van de hoogte van zijn vordering. Eerlijk gezegd vind ik het antwoord op die vraag wel heel erg voor de hand liggen. Het gaat hier om de vereffening van concurrente geldschulden¹⁹ die de schuldenaar niet geheel kan voldoen. De schuldeisers bevinden zich daarmee allen in dezelfde situatie, behalve dat de nominale omvang van hun vorderingen zal verschillen. Een verdeling zal voor de betrokken schuldeisers aanvaardbaar moeten zijn. Verder is het een algemeen aanvaard en ook in onze samenleving verankerd beginsel dat gevallen voor zover zij gelijk zijn, in beginsel ook gelijk zullen moeten worden behandeld.²⁰ Dat geldt zeker voor wettelijke procedures, zoals in dit geval de verdeling in faillissement en in samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement. De enige wijze van verdeling die aan dit gelijkheidsbeginsel voldoet, is naar ik meen een verdeling op basis van evenredigheid.²¹

3 Gelijkheid van schuldeisers in faillissement en buiten faillissement

Ook opmerkelijk is de vraag die Noteboom zich in hoofdstuk 3 stelt, of titel 10 van Boek 3 BW ('Verhaalsrecht op goederen'), met daarin (onder meer) de *paritas creditorum* (art. 3:277) en een regeling van voorrechten (met name art. 3:280-289), ook geldt in een faillissement.²² Ook het antwoord op die vraag is naar mijn mening een no-brainer. Het faillissement is immers een regeling die ertoe strekt om het vermogen van de schuldenaar te liquideren teneinde de schuldeisers uit de opbrengst *overeenkomstig hun rang* te voldoen.²³ Overigens zou een regeling van verhaalsrechten op goederen en van de rang die vorderingen daarbij hebben, weinig zinvol zijn als deze niet ook in faillissement van toepassing zou zijn. Noteboom redeneert anders. Hij ziet twee (andere) manieren om te concluderen dat titel 10 van Boek 3 BW ook in faillissement van toepassing is.²⁴ De eerste redenering is dat titel 10 net als het faillissementsrecht deel uitmaakt van het vermo-

gensrecht, en dat titel 10 in beginsel als *lex generalis* van toepassing is, tenzij uit de Faillissementswet als *lex specialis* het tegendeel blijkt. De tweede redenering van Noteboom is dat het faillissementsrecht net als titel 10 deel uitmaakt van het executierecht en dat daarom op beide titel 10 van toepassing is. De eerste redenering lijkt mij onjuist, omdat titel 10 van Boek 3 BW en de Faillissementswet elk duidelijk een andere functie hebben. De Faillissementswet geeft een specifieke procedurele regeling voor een samenlopende verhaalsuitoefening, door de wetgever 'faillissement' genoemd. In titel 10 gaat het met name om de positie die vorderingsrechten bij samenlopende verhaalsuitoefening hebben. De tweede redenering van Noteboom lijkt mij niet als redenering, maar wel als stelling juist. Overigens is het ook voor Noteboom duidelijk dat het gelijkheidsbeginsel van art. 3:277 BW ook in faillissement geldt. Hij verwijst daarbij onder meer naar de arresten *Nebula*²⁵ en *Tiethoff q.q./NMB*,²⁶ waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk uitgaat van het bestaan van een in faillissement geldend beginsel van gelijkheid van schuldeisers.

In hetzelfde hoofdstuk gaat Noteboom uitvoerig in op de (on)gelijkheid van de schuldeisers in faillissement. Maar anders dan je zou verwachten, doet hij dat niet door vast te stellen of schuldeisers op onderling gelijke wijze in het faillissement worden behandeld, maar door een vergelijking te maken met de positie die zij zouden hebben gehad in het kader van een verdeling bij samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement.²⁷ In feite gaat het hem dan om de consistentie van de twee wettelijke regelingen voor samenlopende verhaalsuitoefening, en niet om de gelijke behandeling ten opzichte van elkaar, waarop schuldeisers in elk van die twee regelingen aanspraak kunnen maken.

Noteboom stelt bij deze vergelijking art. 3:277 BW (de *paritas creditorum*) naast art. 26 Fw. Volgens deze laatste bepaling kunnen rechtsoverdrachten die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben (faillissementsvorderingen dus), gedurende het faillissement alleen door indiening ter verificatie worden ingesteld. Volgens Noteboom ligt aan dit artikel, net als aan art. 3:277 BW, het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ten grondslag. Inderdaad leidt art. 26 Fw ertoe dat de verdeling in faillissement plaatsvindt naar rang en op basis van evenredigheid. Maar anders dan Noteboom kennelijk meent, volgt dat niet uit art. 26 Fw zelf, maar uit de rangbepaling van vorderingen in diverse andere wetten en uit juist weer art. 3:277 BW en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel. Art. 26 Fw is immers niet meer dan een procedureregeling. Kortom: zowel bij samenlopende verhaalsuitoefening in faillissement als bij samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement gelden precies dezelfde rang en precies hetzelfde gelijkheidsbeginsel. Wel gelden er in faillissement enkele bijzondere

19 Voor zover de vordering geen geldvordering is, wordt deze bij de niet-voldoening daarvan in faillissement op grond van art. 133 Fw omgezet in een geldvordering. Bij samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement geldt hetzelfde. Zie art. 483d Rv. Zie ook art. 736 lid 2 Rv. Overigens kan een schuldeiser van een niet-geldvordering deze bij niet-voldoening daarvan in beginsel ook op grond van art. 6:87 lid 1 BW omzetten in een geldvordering.

20 Noteboom refereert ook zelf aan dit beginsel (Noteboom 2022, p. 68 en 69) en verwijst daarbij onder meer naar art. 20 Handvest van de grondrechten van de EU en de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot dat artikel.

21 Mij kan worden tegengeworpen dat in de WHOA van dit gelijkheidsbeginsel wordt afgeweken, doordat daarin aan mkb-ondernemingen als bedoeld in art. 374 lid 2 Fw in beginsel minimaal 20% van hun vordering moet worden uitgekeerd. Zie art. 384 lid 4 sub a Fw. Deze afwijking wordt door de wetgever gerechtvaardigd met het argument dat met name kleinere ondernemers minder gemakkelijk in staat zijn om zich te beschermen tegen schade als gevolg van faillissement van hun afnemers.

22 Noteboom 2022, p. 60 e.v.

23 Zie onder meer art. 113, 119 lid 1, 126, 132, 137a, 137c lid 2 en 189 lid 2 Fw.

24 Noteboom 2022, p. 62-63.

25 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, r.o. 3.5.

26 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661, r.o. 3.2.

27 Noteboom 2022, p. 72 en 101.

regels waardoor de verdeling in faillissement soms anders kan uitvallen dan bij samenlopende verhaalsuitoefening buiten faillissement.

Noteboom beschrijft een aantal gevallen waarin zich dat laatste voordoet, waaronder situaties waarin sprake is van vorderingen van separatisten,²⁸ boedelvorderingen²⁹ en niet-verifieerbare vorderingen.³⁰ Gek genoeg beschouwt hij daarbij ook als schuldeiser de eigenaar van een roerende of onroerende zaak die die zaak in het faillissement opeist.³¹ Die eigenaar zal dat echter doen op basis van zijn eigendomsrecht en niet als schuldeiser op basis van een eventueel parallelle verbintenisrechtelijke aanspraak tot afgifte. Hij kwalificeert daarmee in een faillissement niet als schuldeiser.

Een belangrijk verschil tussen de twee wettelijke regelingen voor samenlopende verhaalsuitoefening constateert Noteboom bij de vorderingen die in faillissement niet verifieerbaar zijn. Het gaat daarbij meestal om vorderingen die eerst tijdens het faillissement zijn ontstaan en niet zijn voortgevloeid uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding.³² Deze vorderingen kunnen in het faillissement niet meedelen in het te verdelen liquidatiesaldo. Bij verhaalsuitoefening buiten faillissement is dat anders. Daarbij is het vrijwel geheel afhankelijk van de schuldeiser welke vorderingen van hem in de verdeling worden betrokken. Elke schuldeiser kan beslag leggen voor al zijn vorderingen op elk (daarvoor vatbaar) vermogensbestanddeel van de schuldenaar tot het tijdstip waarop dat vermogensbestanddeel is geliquideerd. Door dat te doen kan de schuldeiser, samen met de andere beslagleggers op dat vermogensbestanddeel, voor alle vorderingen waarvoor hij beslag had gelegd, meedelen in de opbrengst daarvan.³³ Daarbij zijn, anders dan bij faillissement bij niet-verifieerbare vorderingen het geval is, in beginsel geen vorderingen uitgesloten.

4 Gelijikheid van schuldeisers in het kader van de reconstructie van de boedel in faillissement

Hoofdstuk 4 van het proefschrift gaat over de gelijkheid van schuldeisers in het kader van de reconstructie van de boedel. Als wij als regel aanvaarden dat schuldeisers in faillissement in beginsel aanspraak kunnen maken op een gelijke behandeling, dan dient er rekening mee te worden gehouden dat die gelijke behandeling ook reeds voor het faillissement van belang kan zijn. Een faillissement is immers vaak enige tijd te voorzien, zodat betrokkenen daarop kunnen anticiperen. Er kan in die

voorfase dan een chaotische situatie ontstaan waarin schuldeisers, ten koste van medeschuldeisers, op allerlei manieren proberen zich nog voor het faillissement, dus bij voorrang, te voldoen. Die situatie is onwenselijk en heeft de wetgever met de Faillissementswet juist trachten te voorkomen.³⁴ De Faillissementswet kent dan ook enkele voorzieningen waarmee handelingen waardoor schuldeisers zich kort voor het faillissement op de een of andere wijze voorrang hebben verschaft ten koste van medeschuldeisers, kunnen worden teruggedraaid. Het gaat daarbij in het bijzonder om gevallen waarin in het zicht van het faillissement door samenspanning van de schuldenaar met een schuldeiser schulden van die schuldeiser zijn voldaan,³⁵ of vorderingen die door een schuldeiser (in de regel: tegen betaling) aan een debiteur van de schuldenaar ter verrekening zijn overgedragen.³⁶

Je kunt erover twisten of hieruit moet worden afgeleid dat de gelijkheid van schuldeisers ook reeds voor het faillissement geldt, of dat hier sprake is van bijzondere regels die ertoe strekken te voorkomen dat een ongeregelde voorfase tot chaos en willekeurige verschuivingen in de verhoudingen tussen schuldeisers leidt. Noteboom meent dat de gelijkheid van schuldeisers, de *paritas creditorum*, geen functie heeft in de periode voor faillietverklaring.³⁷ Ik meen dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers dan wel een functie heeft, alleen al omdat dit geldt in het faillissement en daarmee noodzakelijkerwijs al zijn schaduw vooruitwerpt in de voorfase waarin het faillissement is te voorzien en daardoor de positie van betrokkenen al beïnvloedt. Dat wil overigens niet zeggen dat elke handeling in het zicht van een faillissement waardoor de *paritas* wordt verstoord, onaanvaardbaar zou zijn. De grenzen van wat aanvaardbaar is en wat niet worden in beginsel door de Faillissementswet zelf getrokken in art. 47, 48, 54 en 55. Naar ik meen is echter niet uitgesloten dat zich bijzondere situaties voordoen die buiten deze grenzen vallen, maar toch als een onaanvaardbare inbreuk op de *paritas* kwalificeren en op die grond door de curator geredresseerd zouden moeten kunnen worden. Ik denk daarbij met name aan selectieve betaling van gelieerde schuldeisers in het zicht van het faillissement.³⁸ Overigens meent ook Noteboom dat in een dergelijk geval de bestuurder van de schuldenaar in beginsel aansprakelijk is, tenzij de betaling door bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd wordt.³⁹

28 Noteboom 2022, p. 73-74.

29 Noteboom 2022, p. 75-79.

30 Noteboom 2022, p. 79.

31 Noteboom 2022, p. 73.

32 Ook andere vorderingen kunnen niet-verifieerbaar zijn. Zie Franken 2019/10.

33 Zie art. 457 en 478 Rv (cumulatieve beslagen) en art. 480-490d Rv (rangregeling na executie van roerende zaken of vermogensrechten (niet-registereerde goederen) door pandhouder of beslaglegger) en art. 551-553 Rv (rangregeling na executie van onroerende zaken (registreerde goederen) door hypotheekhouder of beslaglegger).

34 Zie MvT bij art. 1 Fw, S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*. Heruitgave Van der Feltz, I, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 49.

35 Art. 47 Fw.

36 Art. 54 Fw.

37 Noteboom 2022, par. 4.2, p. 106 e.v.

38 Een voorbeeld daarvan is te vinden in het Coral/Stalt-arrest, HR 12 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZS2669, NJ 1998/727 m.nt. PvS. Zie meer recent HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51. Zie voorts K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.2.14.1 e.v. met meer voorbeelden.

39 Noteboom 2022, p. 127-128.

5 Uitzonderingen op de *paritas creditorum* bij de verdeling

In hoofdstuk 5 gaat Noteboom nader in op de rol van de *paritas creditorum* bij de verdeling van de baten. Hij behandelt daarbij een veelheid van geheel verschillende aspecten die invloed hebben of kunnen hebben op de positie van schuldeisers en daarmee op die verdeling. Ik beperk mij hier wederom tot het maken van enkele opmerkingen.

In het veelvoorkomende geval van een negatieve boedel, het geval dus dat het boedelactief in een faillissement onvoldoende is om de boedelschuldeisers (geheel) te voldoen, zal er een verdeling van het aanwezige actief onder die boedelschuldeisers moeten plaatsvinden. In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in een dergelijk geval *in beginsel* een verdeling naar evenredigheid van de omvang van iedere schuld dient plaats te vinden, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang.⁴⁰ Noteboom constateert – terecht naar ik meen – dat de woorden ‘in beginsel’ impliceren dat een uitzondering op een evenredige verdeling niet is uitgesloten.⁴¹ Hij verwijst vervolgens naar het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*, waarin een derde (de fiscus) door een kennelijke vergissing een bedrag aan een failliete boedel betaalde. De Hoge Raad oordeelde dat in een dergelijk geval dat bedrag zonder meer moest worden terugbetaald.⁴² Noteboom meent dat het hier gaat om een eenmalige uitzondering op de *paritas creditorum*, omdat de Hoge Raad niet bereid bleek deze uitzondering analoog toe te passen in gevallen die volgens hem vergelijkbaar waren.⁴³

Ik vraag mij af of deze conclusie juist is. De Hoge Raad kwalificeert in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* namelijk de vraag of wel of niet moet worden terugbetaald niet als een verdelingskwestie. De Hoge Raad ziet deze terugbetaling als een verplichting die voortvloeit uit de maatschappelijke betamelijkheid en vooral ook uit de bijzondere positie van de curator. Hij overweegt immers:⁴⁴

‘Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een zodanige onmiskenbare vergissing, handelt hij in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijke verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van deze vergissing. Zijn bijzondere positie als door de rechtbank benoemde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel, die zijn taak vervult onder toezicht van een rechter-commissaris in het kader van een van waarborgen voorziene wettelijke regeling en in dat kader met alle gerechtvaardigde belangen rekening behoort te houden, brengt immers mee dat erop moet kunnen wor-

den vertrouwd dat hij derden niet het slachtoffer laat worden van toevallige, in de praktijk niet steeds te vermijden misslagen als de onderhavige.’

De Hoge Raad refereert hier aan het belang dat de samenleving vertrouwen heeft in de wijze waarop de afwikkeling van faillissementen is geregeld, en in de rol die de curator en de rechter-commissaris daarin hebben. Het is overigens een in de faillissementsrechtelijke literatuur onbegrepen en volstrekt ondergewaardeerd arrest. Vrijwel nergens in de literatuur wordt aandacht gegeven aan het belang van het hiervoor genoemde vertrouwen en het effect daarvan op de wijze waarop faillissementen dienen te worden afgewikkeld.

Ik meen dat uit het arrest *Ontvanger/Hamm* geen enkele conclusie kan worden getrokken ten aanzien van de vraag in welke gevallen een uitzondering op de *paritas creditorum* bij boedelschulden gerechtvaardigd is.

Blijft natuurlijk de vraag welke uitzonderingen daarbij dan wel gerechtvaardigd zouden zijn. Daarover bestaat veel onduidelijkheid.⁴⁵ Wat wel duidelijk is, is dat de boedelschulden die kwalificeren als ‘kosten van executie’ op grond van art. 3:277 lid 1 BW uit het beschikbare actief moeten worden voldaan vóórdat tot verdeling van dat actief wordt overgegaan. Daarmee hebben die kosten op grond van de wet de facto een absolute voorrang voor alle overige boedelschulden. Het gaat dan om kosten van de curator, maar daarnaast ook om alle andere kosten die de curator moet maken om simpelweg zijn werk te kunnen doen. Denk daarbij aan de kosten van de door de curator ten behoeve van de afwikkeling van de boedel ingeschakelde boekhouder, belastingadviseur of advocaat. De ratio van deze (de-facto)voorrang ligt voor de hand. Als deze kosten niet bij voorrang uit het beschikbare actief kunnen worden betaald, dan zal er immers geen afwikkeling kunnen plaatsvinden.

Wat nu als de beschikbare middelen zelfs onvoldoende zijn om deze ‘kosten van executie’ geheel te kunnen voldoen? Volgens de Hoge Raad in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* geldt (ook) in dat geval ‘in beginsel’ de regel van art. 3:277 lid 1 BW: een verdeling naar evenredigheid behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.⁴⁶ Veelal zal het daarbij gaan om verplichtingen die de curator is aangegaan. Moeilijk denkbaar lijkt mij dan dat de curator zijn eigen kosten wel volledig vergoed ziet worden, terwijl aan deze verplichtingen niet of niet volledig wordt voldaan. Dit natuurlijk tenzij de curator bij het aangaan van die verplichtingen een duidelijk voorbehoud heeft gemaakt.

⁴⁰ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, r.o. 3.4-3.5.

⁴¹ Noteboom 2022, p. 145.

⁴² HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437.

⁴³ Noteboom 2022, p. 146.

⁴⁴ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, r.o. 3.4.

⁴⁵ Zie daarover uitvoerig Franken 2019/15.9. Zie ook Noteboom, in: GS Faillissementswet, art. 180 Fw, aant. 8.2.1-8.2.5.

⁴⁶ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, r.o. 3.5.

6 Gelijkheid van schuldeisers in het kader van een dwangakkoord

In hoofdstuk 5 van zijn proefschrift bespreekt Noteboom onder meer het faillissementsakkoord.⁴⁷ Bij een faillissementsakkoord kan een minderheid van schuldeisers worden gebonden door een gekwalificeerde meerderheid.⁴⁸ Gesproken wordt dan ook wel van een dwangakkoord. Het akkoord wordt aangeboden door de in staat van faillissement verkerende schuldenaar⁴⁹ en leidt wanneer het door voldoende schuldeisers wordt aangenomen en vervolgens door de rechter onherroepelijk wordt gehomologeerd, tot het eindigen van zijn faillissement.⁵⁰ Het akkoord komt daarmee de facto in de plaats van een verdeling in faillissement, maar is, anders dan Noteboom kennelijk meent,⁵¹ zelf in beginsel geen verdeling.⁵² Het is een regeling die op initiatief van de schuldenaar tussen hem en zijn schuldeisers wordt getroffen ter zake van zijn schulden. Dit doet de vraag rijzen welke rol de *paritas creditorum*, het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers, bij een akkoord speelt.

Vastgesteld kan worden dat de Faillissementswet ten aanzien van het faillissementsakkoord zelf geen aanknopingspunten biedt voor het daarop van toepassing zijn van dat beginsel. In art. 153 lid 2 sub 1 Fw is bepaald dat homologatie van het akkoord zal worden geweigerd '[i]ndien de baten des boedels, de som, bij het akkoord bedongen, aanmerkelijk te boven gaan'. Daarmee is alleen gezegd dat de schuldeisers *gezamenlijk* bij een akkoord niet veel minder mogen ontvangen dan de boedel aan baten heeft, maar dat zegt niets over hetgeen elke schuldeiser individueel uit het akkoord ten minste zal moeten ontvangen. Lid 3 van art. 153 Fw geeft de rechter de mogelijkheid om de homologatie op andere gronden en ambtshalve te weigeren. Zou schending van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers voor de rechter een reden kunnen of misschien zelfs moeten zijn om homologatie te weigeren?

Noteboom concludeert op grond van jurisprudentie dat in het kader van een akkoord als uitgangspunt de *paritas creditorum* in acht moet worden genomen, maar dat in meer of mindere mate een inbreuk daarop toelaatbaar is.⁵³ Hij vindt dat begrijpelijk en wijst daarbij op verschillen die er bestaan tussen een gerechtelijke liquidatie als het faillissement en de buitengerechtelijke voldoening als bij een akkoord.⁵⁴ Daarbij merkt hij onder meer op dat bij een akkoord sprake is van een 'democratische procedure waarbij de deelnemers invloed hebben op de uitkomst'.⁵⁵ Dat een meerderheid van de schuldeisers besluit dat een minderheid van die schuldeisers genoeg met minder zou moeten nemen dan waarop zij bij een gerechtelijke liqui-

datie aanspraak zouden hebben gehad, rechtvaardigt dat besluit echter op geen enkele wijze. Ik voeg daaraan toe dat bij een akkoord in het kader van de WHOA⁵⁶ het minder ontvangen door een schuldeiser dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement een grond voor afwijzing van het verzoek van homologatie is.⁵⁷ Ik zie niet waarom dat bij een faillissementsakkoord anders zou zijn.

7 Onderzoek van Noteboom naar wat door justitiabelen als een meest rechtvaardige verdeling wordt gezien

Hoofdstuk 6 van het proefschrift is een samenvatting van de eerdere bevindingen. In hoofdstuk 7 doet Noteboom verslag van een door hemzelf uitgevoerd onderzoek of de *paritas creditorum* haar rechtvaardiging vindt in wat ik maar het rechtsgevoel van justitiabelen noem. Noteboom heeft daartoe 174 personen bevraagd. De uitkomst van dat onderzoek was dat in geval van een tekort een gelijke verdeling van het beschikbare actief tussen de schuldeisers naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens redenen van voorrang (de regel dus van art. 3:277 BW), door de deelnemers het meest rechtvaardig werd gevonden.

In het eerste deel van zijn proefschrift wierp Noteboom de vraag op wat het belang is van de *paritas creditorum*, nu er in de praktijk nauwelijks iets tussen de concurrente schuldeisers te verdelen valt. Op basis van het door hem uitgevoerde onderzoek, waaruit naar zijn mening bleek dat in een faillissement een pro-ratoverdeling 'met stip' de hoogste distributieve rechtvaardigheid oplevert,⁵⁸ komt hij tot de conclusie dat de in art. 3:277 BW neergelegde verdelingsregel van de *paritas creditorum* een metajuridische functie heeft. Dat betekent volgens hem dat de *paritas creditorum* bestaansrecht heeft, ondanks het feit dat er van die regel in de praktijk relatief weinig terecht komt.⁵⁹

Voor mij is de vraag of Noteboom wel de juiste benadering kiest. Gaat het bij de *paritas* niet om het veel bredere gelijkheidsbeginsel dat in onze maatschappelijke ordening een centrale rol heeft en in art. 1 van de Grondwet is opgenomen? Is de *paritas* daarom niet gegrond op de gedachte dat ook schuldeisers die min of meer eenzelfde positie hebben, bij samenlopende verhaalsuitoefening in beginsel gelijk dienen te worden behandeld? Een niet-gelijke behandeling van schuldeisers die eenzelfde rang in het faillissement hebben, zonder dat daarvoor een objectieve en voldoende rechtvaardiging bestaat, zou willekeur betekenen en zou het vertrouwen in de wet en in de curator en de rechter die de wet uitvoeren, kunnen schaden, en daarmee ook het vertrouwen in de maatschappij.

47 Noteboom 2022, par. 5.6, p. 155 e.v.

48 Art. 145 Fw.

49 Art. 138 Fw.

50 Art. 161 Fw.

51 Zie Noteboom 2022, p. 157.

52 Dat is natuurlijk anders bij een liquidatieakkoord. Een dergelijk akkoord komt immers neer op een verdeling van het actief tussen de schuldeisers.

53 Noteboom 2022, p. 159.

54 Noteboom 2022, p. 161.

55 Noteboom 2022, p. 164.

56 Wet homologatie onderhands akkoord, opgenomen als tweede afdeling van titel IV van de Fw (art. 369-387).

57 Art. 384 lid 3 Fw, de 'best interest of creditors'-test. Zie ook art. 384 lid 4 sub b en c Fw.

58 Zie Noteboom 2022, p. 205.

59 Noteboom 2022, p. 205.

8 Tot slot

De lezer van deze recensie moet zich realiseren dat de aandacht daarin vooral is gericht op onderdelen van het proefschrift die bij mij als recensent vragen oproepen. Daardoor kan gemakkelijk een vertekend beeld ontstaan. Hoewel ik met enkele belangrijke onderdelen van het proefschrift van Noteboom moeite had, waren er andere onderdelen van het proefschrift die ik met genoegen en ook instemming heb gelezen. Ik feliciteer Noteboom daarom met dit proefschrift en beveel het graag ter lezing aan.