

De paritas creditorum geprolongeed

OVER VOORRECHT EN VERREKENING

*E. B. Rank-Berenschot**

1. INLEIDING

'All creditors are equal, but some creditors are more equal than others'. Zo zou men, vrij naar Orwell, de regels van art. 3:277-281 BW kunnen samenvatten. Krachtens art. 3:277 lid 1 hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang zoals pand, hypotheek, voorrecht of een andere in de wet aangegeven grond.¹

Het beginsel van de gelijkheid der schuldeisers zit diep geworteld. Ofschoon de daarvoor gangbare uitdrukking 'paritas creditorum' zelf waarschijnlijk niet van Romeinsrechtelijke herkomst is, wordt aangenomen dat het Romeinse recht het beginsel wel kende. Vermogensexecutie had in het klassieke recht steeds een soort faillissementskarakter. Stond eenmaal vast dat een crediteur over een deugdelijke executoriale titel beschikte, dan werden alle crediteuren bijeengeroepen (concursum creditorum). Een uit hun midden gekozen magister bonorum had tot taak het vermogen van de debiteur bij opbod te verkopen. Bij de veiling boden de gegadigden aan om de crediteuren voor een bepaald breukdeel van hun vorderingen te voldoen. De crediteuren eisten het hun toekomende percentage op van de hoogst biedende, de bonorum emptor. Bepaalde vorderingen waren echter geprivilegeerd en dienden door de bonorum emptor integraal te worden voldaan.²

* Mr. E.B. Rank-Berenschot is als universitair hoofddocent verbonden aan de Vakgroep privaatrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Zie voor deze andere gronden bijvoorbeeld art. 3:264 lid 7, 3:282, 3:292 BW.
2. Kaser-Wubbe, Romeins privaatrecht, Zwolle 1971, blz. 404-405.

Het beginsel van de *paritas creditorum* heeft sedertdien vrijwel onafgebroken deel uitgemaakt van het geschreven recht.³ Het werd in art. 1178 BW (oud) aldus geformuleerd, dat de opbrengst van de goederen van de schuldenaar onder de crediteuren ponsd ponsd gelijke, naar evenredigheid van eens ieders inschuld wordt verdeeld, tenzij er een wettige reden van voorrang mocht bestaan. Het huidige art. 3:277 lid 1 BW komt, aldus de Toelichting Meijers, zakelijk met art. 1178 (oud) overeen. Volstaan wordt met de opmerking dat de schuldeisers in beginsel gelijke rang hebben en dat noch de datum van de vordering, noch het beslag voorrang geeft.⁴ 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.⁵ Incidenteel wordt de regel van art. 3:277 lid 1 verklaard met een summiere verwijzing naar 'het' gelijkheidsbeginsel.⁶ Anders dan met betrekking tot zijn goederenrechtelijke tegenhanger, de prioriteitsregel, het geval is, wordt evenmin getracht de *paritas*-regel te verklaren vanuit bijvoorbeeld de structuur van de botsende rechten in kwestie.⁷

Niettemin kan worden geconstateerd dat de *paritas creditorum* zich de laatste decennia in een hernieuwde belangstelling mag verheugen, zowel op het vlak van wetgeving als in de jurisprudentie. De aandacht betreft daarbij niet zozeer de hoofdregel zelf, als wel het streven om het aantal uitzonderingen te beperken. In het navolgende een momentopname anno 1993.

2. WETGEVING

Ons verhaalsrecht werd tot voor kort gekenmerkt door een ware

3. Zie voor een historisch overzicht W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen*, Zwolle 1976, blz. 16-19.
4. *Parlementaire geschiedenis Boek 3 NBW*, blz. 856.
5. Vgl. o.a. Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III* (1986), nr. 2 en Pitlo/Brahn, *Zakenrecht* (1987), blz. 403, waarin volstaan wordt met een positiefrechtelijke beschrijving van het beginsel. Idem Suijling V (1940), nr. 417.
6. Vgl. A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde lening*, Deventer 1989, blz. 10; W.P. Erasmus, a.w., blz. 15-16.
7. Zie over de onzuiverheid van de tegenstelling *paritas*-prioriteit mijn dissertatie *Over de scheidlijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer 1991, blz. 206 e.v.

wildgroei van historisch gegroeide privaat- en publiekrechtelijke privileges. In haar rapport *Bevoorrechten van vorderingen* (1974)⁸ gaat de commissie Houwing er vanuit dat een voorrecht slechts gerechtvaardigd is indien duidelijke redenen voorhanden zijn om de hoofdregel van gelijkheid te doorbreken of, anders gezegd, indien het belang van de bevoorrechte crediteur behoort te prevaleren boven dat van de andere schuldeisers. Tegen deze achtergrond heeft de commissie een aantal mogelijke rechtsgronden voor bevoorrechten geanalyseerd, zoals het feit dat de vordering in kwestie strekt tot betaling van gelden die de schuldenaar voor de schuldeiser onder zich heeft gekregen, het gegeven dat de schuldeiser gezien zijn positie verplicht is krediet te verlenen zonder dat hij zijn debiteur kan selecteren op kredietwaardigheid of zekerheid kan bedingen, het feit dat de schuldeiser in een maatschappelijk zwakke positie verkeert en voor zijn levensonderhoud van regelmatige betaling afhankelijk is, en tenslotte het samenhangvereiste: het feit dat de schuldeiser aan de boedel enige waarde heeft toegevoegd, die daarin nog tastbaar aanwezig is.⁹ In het algemeen zijn deze gronden gewogen en te licht bevonden. Slechts voor een zeer klein deel van de destijds bestaande voorrechten werd een inbreuk op de *paritas creditorum* gerechtvaardigd geacht.

Op het voetspoor van de commissie Houwing is het aantal privaatrechtelijke voorrechten in het nieuwe BW inmiddels aanzienlijk uitgedund. Een zelfde lot zal de publiekrechtelijke voorrechten beschoren zijn wanneer wetsvoorstel 22 942¹⁰ tot wet zal zijn verheven. In navolging van het voorontwerp van de werkgroep Lukacs¹¹ — die op haar beurt het rapport Houwing op de voet volgt — stelt de ontwerper onder meer voor om alle voorrechten op een centrale plaats te regelen en in rangorde te zetten (titel 3.10 BW), publiekrechtelijke voorrechten met uitzondering van die ter zake van o.a.

8. Zie voor een samenvatting van het rapport WPNR 5269 (1974), blz. 463.
9. W.P. Erasmus, a.w., blz. 36 e.v. Zie over het samenhangvereiste A.L. Croes, WPNR 5330 (1975), blz. 881.
10. Wetsvoorstel 22 942, aan de Tweede Kamer aangeboden op 30 november 1992, houdende wijziging van het BW, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechten van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement.
11. Zie voor een kritische bespreking van haar rapport *Voorrecht en bodemrecht* (1990) E.W.J.H. de Liagre Böhl, BW-krant Jaarboek 1991, blz. 43-53.

rijks- en waterschapsbelastingen en sociale premies te schrappen, nieuwe voorrechten toe te kennen aan gemeentelijke en provinciale belastingen, alle algemene voorrechten gelijk te schakelen, en tenslotte als algemene regel (weer) te laten gelden dat pand, hypotheek en bijzondere voorrechten in beginsel boven algemene voorrechten gaan. Het meest omstreden privilege, namelijk dat van de fiscus, wordt in rang verlaagd van superpreferent naar algemeen.¹² Het fiscaal bodemrecht (thans art. 22 Invorderingswet 1990) wordt volgens het voorstel omgezet in een bijzonder verhaalsrecht op permanente bedrijfsmiddelen en zal eveneens naar titel 3.10 worden overgebracht. Wat er zij van de kritiek die men op onderdelen van het voorstel kan hebben,¹³ als geheel genomen biedt het stellig het voordeel van overzichtelijkheid en draagt het bij tot herstel van de hoofdregel van art. 3:277 BW.

3. JURISPRUDENTIE

3.1. *Algemeen*

In de jurisprudentie is het lang stil geweest rond de *paritas creditorum* als zodanig. Raadpleging van de registers van de Nederlandse Jurisprudentie op het trefwoord 'gelijkheid der schuldeisers' vanaf 1975 tot heden levert slechts een handvol uitspraken op, welke bovendien alle dateren van de laatste vijf jaren.

Enkele uitspraken betreffen de inhoud van het begrip gelijkheid zelf. Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 29 september 1989, NJ 1990, 4 (Van den Brink c.s./curatoren THB) dat pandbriefhouders wier pandbrieven vóór respectievelijk na aanvang van de toepasselijkheid van een noodregeling in de zin van de WTK waren uitgeloot, niet in een gelijke positie verkeerden, om welke reden de eerste categorie, wier vorderingen opeisbaar waren, geen aanspraak kon maken op een rentevergoeding zoals die wel toekwam aan de tweede categorie, wier vorderingen niet betaalbaar waren gesteld. En zo werd de Rechtbank Utrecht geconfronteerd met een surséanceakkoord op grond waarvan sommige concurrente crediteuren een

12. De voor het fiscale privilege aangevoerde rechtsgronden worden o.m. besproken door F.H.J. Driessen, NJB 1975, blz. 73-75, A.L. Croes, WPNR 5366 (1976) en C.J.B. Ebeling, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1988, blz. 54-55.

13. Zie voor kritiek op het handhaven van de bijzondere positie van de fiscus E.W.J.H. de Liagre Böhl, NJB 1993, blz. 193.

contante uitkering zouden ontvangen, terwijl van anderen de vordering zou worden omgezet in certificaten van aandelen. De Rechtbank oordeelde dat de omstandigheid dat de gelijkheid van gelijkgerechtigde schuldeisers niet in elk opzicht in acht was genomen, aan homologie niet in de weg behoefde te staan.¹⁴

Het zwaartepunt in de recente jurisprudentie ligt echter het vooral bij het leerstuk van de verrekening, en dan met name op het punt waar verrekening en pauliana elkaar raken. Zij werken in tegengestelde richtingen. Enerzijds is daar de beschermende werking van de specifiek voor verstoring van de *paritas creditorum* geldende regeling van art. 3:45 BW en art. 42-47 Fw.¹⁵ Anderzijds werd en wordt de bevoegdheid van een schuldenaar om zich ter afwering van de vordering tot betaling door zijn schuldeiser te beroepen op een vordering zijnerzijds jegens die schuldeiser en aldus beide verbintnissen over en weer tot hun gemeenschappelijk beloop teniet te laten gaan (vgl. art. 6:127 BW) algemeen erkend als een oorzaak van feitelijke doorbreking van de gelijkheid der schuldeisers en als zodanig ook geaccepteerd.¹⁶ Die feitelijke voorrangspositie manifesteert zich vooral bij faillissement. De voor die situatie nog verruimde verrekeningsbevoegdheid — nodig is slechts dat vordering en schuld beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit voordien verrichte handelingen (art. 53, vgl. 234 Fw) — wordt gerechtvaardigd met de overweging dat de billijkheid meebrengt dat iedere schuldeiser zijn schuld aan de boedel als een onderpand voor

14. Rb Utrecht, 9 augustus 1989, NJ 1990, 399.

15. Verschillende uitspraken in de genoemde verslagperiode betreffen dan ook de interpretatie van paulianabepalingen in het licht van de *paritas creditorum*. Zie bijv. Rb Roermond 20 juni 1991, NJ 1992, 242 (de strekking van art. 47 Fw brengt mee dat niet vereist is dat het faillissement is uitgesproken op de aanvraag waarvan de ontvanger van de betaling wetenschap droeg); Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992, 243 (de strekking van art. 47 Fw brengt mee dat de bepaling mede betrekking heeft op de situatie dat de schuldenaar kort voor betaling aan de crediteur meedeelt dat hij zijn eigen faillissement zal aanvragen en die aanvraag op de dag van betaling ook werkelijk wordt ingediend); HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450, m.n. JBMV (Kuijpers q.q./Ontvanger) (art. 49 Fw concentreert de uitoefening van de pauliana bij de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers; doorkruising van die uitoefening door een individuele crediteur zou die *paritas* kunnen doorbreken).

16. Asser-Mijnsen, Zakenrecht III (1986), nr. 5; Pitlo/Brahn, blz. 407.

de correcte betaling van zijn vordering mag beschouwen; de verrekening is het middel om zijn vordering op dit onderpand te verhalen.¹⁷

Niettemin kan een tendens worden geconstateerd om aan deze feitelijke doorbreking paal en perk te stellen. In het navolgende zal worden getracht te analyseren hoe genoemde en andere leerstukken elkaar in evenwicht houden en waar derhalve de grenzen van de paritas zijn komen te liggen.

3.2 Verrekening door een bank

Een eerste aanwijzing voor de tendens tot bescherming van de paritas creditorum vindt men in HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.n. G (Loeffen q.q./Mees en Hope I). Bank Mees en Hope had een rekening-courantvordering van ongeveer f 860 000 op Meerhuys BV, terwijl Meerhuys op haar beurt een vordering ter grootte van f 750 000 had op APO BV. APO betaalde dit bedrag door het over te maken op Meerhuys' rekening bij de bank. Het debetsaldo van die rekening liep daardoor terug tot ca. f 110 000. Kort daarna werd Meerhuys failliet verklaard. De curator sprak de bank aan tot betaling van f 750 000. Kort gezegd kwam de kernvraag van dit — sterk vereenvoudigd weergegeven — geval hierop neer of de bank zich op verrekening kon beroepen. Naar de letter van de wet leek zulks het geval: door het uitvoeren van de opdracht had de bank een schuld jegens haar rekeninghouder verkregen die zich, als ontstaan vóór faillietverklaring, op zichzelf leende voor verrekening met het toenmalige debetsaldo. De curator stelde daar echter tegenover dat de creditering had plaatsgevonden terwijl de bank op dat moment wist dat het faillissement van Meerhuys was aangevraagd. Hij stelde zich op het standpunt dat er om die reden sprake was van de paulianeuze voldoening van een opeisbare schuld in de zin van art. 47 Fw.¹⁸ De Hoge Raad gaat daarin mee. Hij acht daarbij beslissend de betekenis welke aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer valt toe te kennen aan de strekking van art. 47 Fw betalingen te treffen waardoor een crediteur zich, in strijd met de redelijkheid

17. M.v.T., Van der Feltz I, blz. 462.

18. Ingevolge art. 47 Fw kan de voldoening van een opeisbare schuld worden vernietigd 1) wanneer de ontvanger wist dat het faillissement reeds was aangevraagd of 2) wanneer de betaling het gevolg is van overleg tussen schuldenaar en schuldeiser met het doel laatstgenoemde te begunstigen boven de andere schuldeisers.

en billijkheid jegens zijn medecrediteuren in acht te nemen, aan de concursus onttrekt. Daarbij is, aldus de Hoge Raad, in het bijzonder van belang dat tegenwoordig girale betaling als een normale wijze van betaling wordt beschouwd. In verband daarmee zou de strekking van art. 47 Fw in het huidige rechtsverkeer niet tot haar recht komen en aan banken een uitzonderingspositie worden gelaten die niet valt te verenigen met de onderlinge gelijkheid der crediteuren, indien de vermindering van de opeisbare schuld die van rechtswege resulteert uit de creditering van die rekening niet zou worden aangemerkt als een paulianeuze voldoening in de zin van art. 47 Fw. Alsdan zouden banken zich mede mogen verhalen op vermogensbestanddelen van de schuldenaar — door diens debiteuren gedane stortingen — welke zij hebben ontvangen terwijl zij wisten dat het faillissement reeds was aangevraagd. Voor een dergelijke uitzonderingssituatie bestaat, aldus nog steeds de Hoge Raad, geen grond. Daarenboven kan worden betwijfeld of in een geval als dit verrekening als zodanig wel toelaatbaar is. De Hoge Raad overweegt immers voorts dat indien de bank zich door creditering van de rekening tot debiteur van de schuldenaar maakt terwijl zij weet dat het faillissement reeds is aangevraagd, moet worden geoordeeld dat zich ‘veeleer’ het geval van art. 54 Fw voordoet.¹⁹

Op deze laatste, vooralsnog niet geheel zonneklare overweging wordt voortgeborduurd in HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, m.n. JBMV (Amro/THB). Hier stond centraal de vraag of een bank bevoegd is haar door creditering ontstane schuld jegens de cliënt te verrekenen met haar vordering uit het debetsaldo op diens rekening, en wel met name indien de creditering heeft plaatsgevonden na het inwerkingtreden van een noodregeling in de zin van art. 32 WTK, doch op grond van een vóórdien verstrekte opdracht. Bedoelde noodregeling heeft tot gevolg dat art. 234/235 Fw (verrekening bij surséance) van toepassing worden, welke op hun beurt overeenkomen met art. 53/54 Fw. Hier was het opnieuw de paritas creditorum die tot een negatief antwoord leidde, ditmaal ten betoge dat art. 235 Fw, de voor surséance geldende evenknie van art. 54 Fw, aan verrekening in de weg stond. Opnieuw speelt de bijzondere positie van de bank haar parten. De Hoge Raad overweegt dat nu girale

19. Art. 54 Fw sluit verrekening uit van niet te goeder trouw overgenomen vorderingen en schulden.

betaling eerder regel dan uitzondering is, met het stelsel van de Faillissementswet niet te verenigen valt dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen in dier voege een uitzonderingspositie zou verschaffen dat zij zich door middel van verrekening afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement of surséance. Daarom moet volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat indien de bank ten tijde van de creditering dan wel het geven van een begin van uitvoering aan de betalingsopdracht niet te goeder trouw is in de zin van art. 235/54 Fw, het bepaalde in deze artikelen zich tegen een beroep op verrekening verzet.

3.3 Bijzondere positie

Men kan met Vranken in zijn noot bij Amro/THB in beide beslissingen de overtuiging proeven dat toevallige omstandigheden niet bepalend mogen zijn voor iemands rechtspositie en hem zeker geen voorrang mogen verschaffen in faillissement. Zo'n toevalligheid zou in casu het feit zijn dat betaling door een debiteur aan zijn crediteur heden ten dage pleegt plaats te vinden via de bank, waardoor niet alleen tussen crediteur en debiteur verbintenissen teniet gaan, maar ook tussen de bank en elk van beiden afzonderlijk rechten en plichten ontstaan of tenietgaan. De bank zou hieraan dan geen voorrangspolitie mogen ontleen in haar relatie met haar debiteur. Anders gezegd: wat de bank als crediteur van haar medecrediteuren onderscheidt, is de toevalligheid — zij het een structurele toevalligheid — dat zij zich mede kan verhalen op — enigszins onzuiver geformuleerd — gelden die haar als gevolg van stortingen of overschrijvingsopdrachten door derden in handen komen.

Een vraag die dan vervolgens rijst is die welke toevallige omstandigheden een dergelijke ontoelaatbare voorrangspolitie zouden bewerkstelligen. Illustratief is het arrest van het Hof 's-Gravenhage, 8 juni 1988, NJ 1990, 202. Advocaat mr Y van maatschap Z had wegens verrichte werkzaamheden een vordering van ruim f 57 000 op zijn cliënt vennootschap X BV. Deze vennootschap had op haar beurt een vordering op A BV. Mr. Y was met de inning van die vordering belast. Toen X' faillissement werd aangevraagd verzocht en verkreeg mr Y aanhouding van de behandeling. Vervolgens verzocht mr Y aan X' debiteur A om het verschuldigde bedrag over te maken op de bankrekening van zijn kantoor, maatschap Z. Aldus

geschiedde, en de rekening werd gecrediteerd. Korte tijd daarna werd X failliet verklaard. Toen de curator afgifte eiste van f 57 000 beriep mr Y zich op verrekening. Ten onrechte, naar het oordeel van het Hof. Onder verwijzing naar het arrest Loeffen q.q./Mees en Hope en in vrijwel gelijklopende bewoordingen overweegt het Hof dat wanneer het uit een verrekening, als door maatschap Z toegepast, resulterende verminderen van de schuld van X aan haar advocaat niet zou worden aangemerkt als voldoening in de zin van art. 47 Fw, die advocaat zich mede zou mogen verhalen op vermogensbestanddelen van X — door diens debiteur A gedane stortingen — welke hij heeft ontvangen terwijl hij wist dat het faillissement reeds was aangevraagd. ‘Voor een dergelijke uitzonderingspositie bestaat’, aldus het Hof, ‘geen grond’. Afgezien van de dogmatische bezwaren die men tegen de toepasselijkheid van art. 47 Fw in een geval als dit zou kunnen opwerpen,²⁰ is met name het geciteerde argument in casu weinigzeggend. Immers de door de Hoge Raad in Loeffen q.q./Mees en Hope gereleveerde uitzonderingspositie van de bank bestond daarin dat zij pleegt te fungeren als tussenschakel in betalingen door derden aan de schuldenaar/rekeninghouder en uit dien hoofde met een zekere regelmaat over schulden aan die rekeninghouder beschikt. Op de keper beschouwd bestaat echter de gewraakte ‘uitzonderingspositie’ van maatschap Z daarin dat zij over een — incidentele — schuld jegens haar schuldenaar beschikt. Waar zulks inherent is aan de situatie die nu eenmaal aan een beroep op verrekening ten grondslag pleegt te liggen — in zoverre bevindt iedere crediteur met een compensabele schuld zich in een uitzonderingssituatie, zie hiervoor — komt het mij voor dat een verrekening als in casu dan ook veeleer — indien de schuld werkelijk te kwader trouw is verworven — via art. 54 Fw moet worden afgestraft.

Anderzijds mag de bijzondere positie van een bankgiro-instelling haar ook niet benadelen ten opzichte van andere, gewone creditoren. Dit laat zich illustreren aan de hand van Hof Amsterdam 10 januari 1991, NJ 1992, 202. NMB had derdenbeslag gelegd op de vordering van haar rekeninghouder/debiteur op een derde. Het beslag was niet vervolgd maar minnelijk afgewikkeld, waarbij de derde het door hem aan de rekeninghouder verschuldigde betaalde

20. Zie W.A.K. Rank, Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid, Amsterdam 1990, blz. 46-47.

door storting op diens rekening bij NMB. Ten tijde van de creditering wist NMB dat het faillissement van haar rekeninghouder aanstaande was. Niettemin oordeelt het Hof verrekening toelaatbaar. Daartoe wordt onder meer overwogen dat het hier, anders dan in Loeffen q.q./Mees en Hope het geval was, niet het girale betalingsverkeer was dat NMB de mogelijkheid tot verhaal op het door haar verschuldigde had bezorgd, doch het feit dat NMB zich als beslaglegger zelf die positie had verschaft. De derde had niet toevallig verkozen om zijn schuld aan de rekeninghouder te voldoen via de bank als bankgiro-instelling, doch de bank had dit afgedwongen, niet als bank, maar als schuldeiser. De positie die de bank zich had verschaft was dan ook geen uitzonderingspositie die verband hield met haar functie van bankgiro-instelling, maar is een positie die elke schuldeiser zich door het leggen van derdenbeslag kan verschaffen en die voor elke andere schuldeiser — behoudens art. 47 Fw — de weg naar verrekening opent. Een verrekeningsverbod zou in een geval als dit de schuldeiser die tevens bankgiro-instelling is in een nadelige uitzonderingspositie brengen ten opzichte van andere schuldeisers. De ratio van NJ 1989, 449 is in casu niet vervuld. Het Hof kijkt hierbij derhalve door de feitelijk gevolgde gang van zaken heen. Immers, hoewel storting op een tussenrekening dogmatisch fraaier was geweest, had storting onder de bank plaatsgevonden door storting op de rekening van de rekeninghouder. Dit heeft het administratieve voordeel dat de netto-schuld van de rekeninghouder direct zichtbaar wordt. De verrekeningsproblemen die hieruit — uit het debiteurschap van de bank als gevolg van creditering van de rekening — dreigen te ontstaan, worden door het Hof echter weggewuifd: aan het feit dat aan de ratio van NJ 1989, 449 niet is voldaan, doet niet af dat onder NMB betaald is langs de weg van storting op de rekening van haar debiteur. Beslissend is dat is gestort onder dwang van NMB als schuldeiser, niet hoe NMB die storting administratief heeft verwerkt.

Betaling via de bank vormde uiteindelijk ook een onaanvaardbare bedreiging van de *paritas creditorum* in HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar q.q./Interniber). Montana had kort voor haar faillietverklaring caravans verkocht tegen een reële prijs aan Interniber. Deze laatste betaalde de koopsom door bijschrijving op de rekening van Montana bij de Rabobank, waardoor de debetstand op die rekening verminderde. De curator stelde zich op het standpunt dat

sprake was van een paulianeuze rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw welke met zich meebracht dat Interniber — die zich borg had gesteld voor de kredietfaciliteit van Montana — zich ten nadele van de overige schuldeisers bevoordeelde. Ofschoon niet geheel duidelijk wordt welke rechtshandeling — verkoop en levering en/of de betaling — uiteindelijk de paulianeuze handeling zou moeten uitmaken, wordt uitdrukkelijk overwogen dat in casu een verstoring van de *paritas creditorum* optreedt welke het oordeel wettigt dat sprake is van ontoelaatbare benadeling in de zin van art. 42 Fw. Al is de betaalde prijs redelijk, zodat het vermogen per saldo niet is verminderd, zonder de gewraakte transactie zou de opbrengst beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus de Hoge Raad. Hier kan aan worden toegevoegd: ‘terwijl zij nu ten goede komt aan één crediteur, namelijk de bank’. In casu was de koper gedagvaard; zijn bevoordeling moet klaarblijkelijk worden gezocht in het feit dat zijn aansprakelijkheid als borg verminderde. Theoretisch had de curator onder omstandigheden ook kunnen kiezen voor een beroep op ontoelaatbare verrekening door de bank op voet van art. 47 en/of 54 Fw. De ratio van Loeffen q.q./Mees en Hope en Amro/THB is hier ten volle van kracht.

3.4 Verrekening bij duurovereenkomsten

Het argument van de (verstoring van de) *paritas creditorum* wordt niet alleen gebruikt ten betoge dat verrekening op zichzelf ongeoorloofd is, maar ook ter adstructie van het oordeel dat een op zichzelf geoorloofde verrekening onder bepaalde omstandigheden niet kan worden toegelaten. In HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB) had NMB van haar kredietneemster RSH bedrijfsruimte gehuurd. Nadat RSH failliet was verklaard — de huurovereenkomst werd gecontinueerd — weigerde NMB nog langer huur te betalen. Zij beriep zich daartoe op verrekening van de na de faillietverklaring vervallen huurtermijnen met haar vordering uit het krediet. Naar het oordeel van de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg van art. 53 Fw mee dat verrekening is uitgesloten voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een voordien gesloten en nadien voortdurende overeenkomst krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die vanaf de faillietverklaring ten laste van de boedel wordt verricht, met name indien schuld en vordering geen verband met elkaar houden. In een

andere opvatting zou de gelijkheid der schuldeisers op onaanvaardbare wijze worden doorbroken, met name doordat de schuldeiser veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen ten laste van de boedel wordt verricht.

3.5 Verrekening en derogerende werking van redelijkheid en billijkheid

Bevoordeling van de ene crediteur boven de anderen doet zich a fortiori voor waar verrekening wordt toegelaten ook zonder dat aan alle wettelijke vereisten is voldaan. Zulks was het geval in HR 31 januari 1992, NJ 1992, 686 m.n. PvS (Van der Hoeven/Comtu BV). Comtu had jegens Van der Hoeven een vordering tot betaling van de koopprijs van een geleverde installatie. Daartegenover vorderde Van der Hoeven schadevergoeding wegens wanprestatie. Nadat Van der Hoeven voorlopige surséance was verleend, bood hij zijn schuldeisers een akkoord aan, dat vervolgens als dwangakkoord werd gehomologeerd. Ter uitvoering van het akkoord betaalde Van der Hoeven aan Comtu 2,5% van de verschuldigde som. De restantvordering bleef als natuurlijke verbintenis voortbestaan. Vervolgens rees de vraag of deze vordering, nu zij niet afdwingbaar was, niettemin vatbaar was voor verrekening met de tegenvordering van Van der Hoeven (vgl. art. 6:127 lid 2 BW). Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend, aangezien het in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat Van der Hoeven zijn tegenvordering voldaan zou zien terwijl Comtu buiten haar toedoen met een niet te effectueren tegenvordering zou blijven zitten. Deze verwijzing naar de omstandigheden van het geval wordt door de Hoge Raad aldus verstaan dat daarmee wordt bedoeld op het bijzondere karakter van dit geval, dat hierdoor wordt gekenmerkt dat de gepretendeerde vordering tot schadevergoeding berust op dezelfde contractuele verhouding waaruit de buiten toedoen van Comtu voor 97,5% tot natuurlijke verbintenis gereduceerde vordering tot betaling van de koopprijs is ontstaan. De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat een geldende wettelijke regel, in casu het afdwingbaarheidsvereiste bij verrekening, buiten toepassing moet blijven indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Anderzijds zag de Hoge Raad in HR 25 mei 1990, NJ 1990, 605 (Ruijgrok q.q./Amro) geen aanleiding om buiten het verrekenings-

vereiste van wederkerig schuldeiserschap om te gaan in het geval waarin een faillissementscurator tijdens het faillissement door cessie een vordering verwierf en de schuldenaar zich op verrekening met een vordering op de failliet beriep. Verrekening is niet mogelijk wanneer tegenover elkaar staan enerzijds een vordering op de failliet — die slechts langs de weg van verificatie voor voldoening in aanmerking komt — en anderzijds een vordering die in de boedel valt. Deze laatste dient ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te worden geïnd. Ook hier is het tenslotte de gelijkheid der schuldeisers die aan een andersluidende opvatting in de weg zou staan.

4. BESLUIT

De grenzen van de paritas zijn grillig. Op het vlak van wetgeving ziet men een streven om het aantal uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel terug te brengen. Bij deze tendens lijkt de recente jurisprudentie aan te sluiten, vooral wat betreft de verrekening. Ofschoon verrekening geldt als een erkende inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, blijkt haar invloed daar te eindigen waar zij het pad kruist van de pauliana. Anderzijds kunnen redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden de balans doen doorslaan ten faveure van verrekening en ten koste van de paritas.

Trachten we de beschreven gevallen onder één noemer te brengen, dan blijkt in de eerste plaats verrekening uitgesloten te zijn indien de crediteur in kwestie zich toevallig in een bijzondere positie bevindt. Deze bijzondere positie lijkt nu gezocht te kunnen worden in een zekere mate van continuïteit in verrekeningsbevoegdheid: zo kan de bank die zich als schakel in het girale betalingsverkeer bevindt en uit dien hoofde met een zekere regelmaat over schuldplichtigheden jegens haar rekeninghouder/debiteur beschikt, zich evenmin op verrekening beroepen als de schuldeiser die zich op compensabele schulden uit een ten laste van de boedel lopende duurovereenkomst kan verheugen (Loeffen q.q./Mees en Hope; Amro/THB; Bosselaar q.q./Interniber; Tiethoff q.q./NMB). Wie zo'n bijzondere positie echter niet heeft of niet vanuit zijn bijzondere positie handelt, dient zich wel op verrekening te kunnen beroepen (vgl. NJ 1990, 202 (maatschap Z); NJ 1992, 202 (derdenbeslag)). Een tweede factor lijkt tenslotte een zekere samenhang tussen vordering en schuld te zijn. Het ontbreken van enig verband was bijvoorbeeld een beletsel voor op zichzelf toelaatbare verrekening (Tiethoff q.q./NMB), terwijl

omgekeerd het feit dat vorderig en schuld wèl op dezelfde contractuele verhouding berustten een argument vormde om verrekening toe te laten ofschoon aan het wettelijk vereiste van afdwingbaarheid niet eens was voldaan (Van der Hoeven/Comtu).