

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Zekerheidsrechten en insolventierecht: wat willen we eigenlijk?

*mr. R. Westrik**

*Published in
WPNR, 2008, 511-516*

* Universitair hoofddocent Erasmus Universiteit Rotterdam, hoofd wetenschappelijk bureau te Den Bosch.

Zekerheidsrechten en insolventierecht: wat willen we eigenlijk?

Mr. R. Westrik*

1. Inleiding

Bestudering van het Voorontwerp Insolventierecht (hierna: Voorontwerp) is een boeiende exercitie. Het document dwingt respect af voor de Commissie Insolventierecht, die bij zovele lastige en zelfs netelige kwesties *überhaupt* een voorstel voor een nieuw 'frame' heeft durven doen. En ook het denkwerk dat is verricht, verdient bewondering. Tegelijkertijd leidt lezing van het Voorontwerp met een 'zekerheidsrechtbril' op tot de conclusie dat er over zekerheidsrechten momenteel weinig zinvolle uitspraken gedaan kunnen worden in die zin, dat met wat schaven links en rechts uiteindelijk het stelsel van het Voorontwerp richting echte wetgevende organen kan gaan. Er is namelijk meer aan de hand, en niet alleen in het Voorontwerp. Het schort mijns inziens momenteel op belangrijke onderdelen aan een legitimerend fundament onder het insolventierecht en het Voorontwerp is daar onbedoeld de toch wrange uitdrukking van. Dat laatste ziet niet zozeer op het feit dat het Voorontwerp als pré-wetgevend document is gepresenteerd, terwijl het dat niet kan en vooral ook niet moet zijn.¹ Nee, het Voorontwerp maakt op pregnante wijze duidelijk dat 'het' insolventierecht zich te zeer in een toestand van algehele heroriëntatie bevindt om al aan nieuwe wetgeving te kunnen denken. Die heroriëntatie is bovendien gaande in de samenleving zelf. Dit blijkt uit bijvoorbeeld geluiden over de noodzaak van een principiële stellingname², over het afschaffen c.q. herschikken van voorrechten³ of het afschaffen van de separatistenpositie van zekerheidsgerechtigden⁴, kwesties die alles met een keuze voor het beginsel van de *paritas creditorum* en/of daarvan afwijkende voorrang te maken hebben. Wanneer 'het' insolventierecht dan wordt gezien als ordenend recht dat voortbouwt op het materiële vermogensrecht⁵, behoeft het al geen betoog meer dat eerst de maatschappelijke opvattingen (eerste laag) uitgekristalliseerd dienen te zijn. Dáárin vinden eventuele nieuwe keuzes voor het materiële recht (tweede laag) hun grondslag. Eerst daarna kan nieuw insolventierecht (derde laag) worden gelanceerd.⁶

* Universitair hoofddocent Erasmus Universiteit Rotterdam, hoofd wetenschappelijk bureau te Den Bosch.

¹ Vgl. in deze zin bijv. Willem van Nielen en Marc Udink, Voorontwerp is geen eindpunt, maar begin van discussie, *Advocatenblad* 18 april 2008, p. 228-229. Vgl. bijv. ook G. van Dijck en N.W.M. van den Heuvel, *Discussiëren over goederenrecht*, Tvl 2004/5, p. 199, waar dezen schrijven: 'Weliswaar is een rangorde op basis waarvan een vermogen dient te worden verdeeld zeer wenselijk – het geeft een weerslag van een vooraf gemaakte en democratisch gelegitimeerde afweging van diverse bij een concursus betrokken belangen – (...)'

² W. Snijders, *Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht*, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.)), Den Haag 2003, p. 270-287.

³ *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, o.r.v. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Serie Onderneming en Recht*, deel 2-IV, Deventer 2007, p. 135 (hierna te noemen: Voorontwerp); Brief van de Commissie Insolventierecht (vz. S.C.J.J. Kortmann) aan de Minister van Justitie d.d. 29 juni 2006, p. 6-7.

⁴ Zie hieronder, bij voetnoot 40.

⁵ J.B. Huizink, *Het onderwijs*, Tvl 2004/5, p. 207.

⁶ Zie in gelijke zin bijv. G. van Daal, *Het Voorontwerp Insolventiewet: nu even niet!*, NJB 7 december 2007, nr. 44, p. 2804-2805; A.P.K. Lutikhuis en R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag 2007, hfst. 2; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg 1998, Deventer 1998, bijv. p. 153-154, en voorts, ten aanzien van plannen voor

Maar ook indien uitsluitend gekeken wordt naar de derde laag komt de noodzaak van voorafgaande herbezinning onmiddellijk naar voren. Faillissementsregels beogen immers een situatie te bestrijken van een 'toestand van opgehouden hebben te betalen', althans, daarvan wordt nog steeds uitgegaan, ook in het Voorontwerp. Hebben deze woorden uit de negentiende eeuw (art. 1 F) echter nog een grondslag in de huidige maatschappelijke opvattingen? Wat wordt in onze tijd onder 'toestand' verstaan, wat onder 'opgehouden' en 'betalen'? Vooral voor het grote verband van financiering en zekerheidsstelling in 'het bedrijfsleven', waar vele politieke, macro-economische en grensoverschrijdende belangen spelen, is een eenduidig antwoord ver te zoeken. Daarmee schort het in wezen aan legitimiteit van insolventieregeling, zowel de huidige als de nu voorgestelde.

Als poging om een nieuwe weg te vinden zal het Voorontwerp echter een belangrijke functie vervullen. Het proces van heroriëntatie is immers onmiskenbaar in een versnelling geraakt.⁷ Maar om die weg te vinden zal er eerst grondig onderzoek verricht dienen te worden om te achterhalen *wat* het fundament onder insolventieregeling in de toekomst moet zijn. Eén centrale vraag dient gesteld te worden, luidende: Wat *willen* 'we' eigenlijk met 'het' insolventierecht? (par. 2). De noodzaak van beantwoording van die vraag blijkt uit een aantal nog onbeantwoorde maatschappelijke en politieke vragen die aan regelgeving voorafgaan of zouden moeten gaan (par. 3). Veel vragen die het Voorontwerp doet rijzen zijn hier ook op terug te voeren (par. 4). Een korte slotbeschouwing volgt in paragraaf 5.

2. Wat *willen* 'we' eigenlijk met 'het' insolventierecht?

Het Voorontwerp lezende, vallen drie zaken op. In de eerste plaats: het zijn welbeschouwd toch de klassieke onderwerpen van het klassieke faillissementsrecht die het denken bepalen, lopend van de procedure tot faillietverklaring, via de gevolgen daarvan, via boedelschulden, Pauliana ('verhaalsbenadeling'), verrekening tot en met het internationale recht. Dat het denken geënt is op deze indeling is op zich niet verwonderlijk; de Commissie Insolventierecht spreekt uit dat het Voorontwerp geen uitvloeisel is van nieuwe theorieën⁸. Maar is het ook deze indeling die de 'nieuwe tijd' aan moet kunnen? Wellicht – en daarover meer hieronder – is er een nieuwe samenleving onder gegroeid, waardoor de indeling in meerdere of mindere mate overleefd en achterhaald is.

In de tweede plaats is niet mis te verstaan dat de Commissie er naar heeft gestreefd om de klassieke onderwerpen opnieuw en geactualiseerd in regelgeving te 'vatten', opdat de weg naar de toekomst met een gerust hart ingeslagen kan worden. Dat streven naar rust ademt niet alleen een zekere hang naar een eenduidige en coherente regelgeving – een loffelijk doel –, maar vooral naar een ouderwets-overzichtelijke samenleving waarin het handelen van 'bedrijven' en individuen in regels gevangen kon worden. Een samenleving waarin het door de Commissie geformuleerde primaire doel van het insolventierecht - behartiging van het belang van de schuldeisers⁹ - als bindende factor van de regels gezien kon worden. Het behoeft echter geen betoog dat deze eenvoud in de werkelijkheid van vandaag niet meer be-

een uitwinningsverbod en een doorfinancieringsverplichting, A.I.M. van Mierlo, Warmhouden, afkoelen en bevrozen tijdens surséance, WPNR 6145 (1994), p. 515.

⁷ Zie het pleidooi voor deze werkwijze van R.D. Vriesendorp, Veranderend insolventierecht; voortgang gewenst!, WPNR 01/6463, p. 896.

⁸ Voorontwerp, p. 136.

⁹ Voorontwerp, p. 137.

staat¹⁰ en al helemaal niet indien over de landsgrenzen wordt gekeken.¹¹ Wellicht valt dit aspect vooral op wanneer de focus wordt gericht op zekerheidsrechten¹². Het blijkt echter ook uit de kwesties die in het Voorontwerp – en ook in het huidige insolventierecht – aan de orde zijn¹³. Voorts zijn veelzeggend de talrijke nieuwe ‘vage normen’ die in het Voorontwerp zijn opgenomen¹⁴. Dergelijke normen strekken er immers toe, zo kan verondersteld worden, de regelgeving zo flexibel mogelijk te doen zijn, juist met het oog op (beheersing van) de complexe werkelijkheid.

In de derde plaats treedt bij lezing van het Voorontwerp het volgende effect op. Enerzijds kan de lezer het betoog per onderdeel steeds volgen, ongeacht of het gaat om zekerheidsrechten, wederkerige overeenkomsten, verhaalsbenadeling of verrekening. Anderzijds ziet hij, wanneer hij soms van de pagina’s opkijkt om het een en ander te doordenken voor de toekomst of om achterliggende redenen voor een gekozen oplossing te zoeken, vooral vraagtekens, vaak tot aan de horizon.

Deze drie punten verwijzen alle naar een fundamentele kwestie: wat is de grondslag van de regels die thans het faillissementsrecht vormen en die in het Voorontwerp als ‘insolventierecht’ worden aangeduid? Wat wordt eigenlijk *beoogd* met grootheden als ‘zekerheidsrechten’ en ‘insolventierecht’?¹⁵ Wat *willen* we eigenlijk met financiering, ondernemerschap en ‘reorganisatie’? Is voorrang en/of zekerheidsstelling wel gewenst of nodig, en zo ja, in welke mate? Welke functie heeft faillissement of insolventie in onze samenleving?

Het zijn vragen als deze die eerst gesteld én beantwoord zouden moeten worden, alvorens de huidige werkelijkheid opnieuw te gaan ‘vangen’ in regelgeving. De noodzaak hiervan mag blijken uit een selectie¹⁶ van vragen van maatschappelijke of politieke aard (par. 3) en van vragen die rijzen bij lezing van het Voorontwerp (par. 4).

3. Vragen van maatschappelijke en politieke aard

¹⁰ Zie o.m. F.M.J. Verstijlen, diss., a.w., hfst. III; *dezelfde*, Tien jaar insolventierecht: professionalisering, socialisering en dreigende denaturering, Tvl 2004/5, p. 181-186; W.M.J. Bekkers, De veranderende rol van de curator in de praktijk, Tvl 2004/5, p. 186-191; A. van Hees, Het doel van het faillissement en de taak van de curator, Tvl 2004/5, p. 200-203; A.P.K. Lutikhuis, Corporate recovery, De weg naar effectief insolventierecht, diss. Tilburg 2007, Lutikhuis 2007, p. 2-12; Polak-Wessels I, par. 4096; Snijders, a.w., p. 272-274.

¹¹ Vgl. W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.J.J. Kortmann, Principles of European Insolvency Law, Series Law of Business and Finance, Volume 4, Kluwer Legal Publishers-2003, die op p. 1 opmerken: *‘It is remarkable that the more recent European insolvency laws continue to show substantial differences in underlying policy considerations, structure and content.’*

¹² Zie in deze zin bijv. reeds het redactionele voorwoord in de bundel Onzekere zekerheid, Insolad Jaarboek 2001, Deventer 2001, p. VII. Daar wordt opgemerkt dat de werkelijkheid van de *paritas creditorum* en de daarop toegestane uitzonderingen in voorrang niet overeenstemmen met het beeld dat de wetgever voor ogen stond bij het inrichten van de wetgeving. De ruime mate van zekerheden die worden verschaft alsmede de hoge preferenties van sommige schuldeisers bewerkstelligen een ‘uitholling van het *paritas creditorum*-beginsel.’

¹³ Zie bijv. het overzicht van R.J. van Galen, Voorontwerp Insolventierecht, Ondernemingsrecht 2008-4, p. 162-167.

¹⁴ Een kleine greep: art. 2.2.7 lid 2 (‘summierlijk’); 2.2.10 (‘zwaarwegende redenen’, ‘doelmatige afwikkeling’); 3.1.2 (‘onredelijk benadeeld’); 3.6.4 (‘normale uitoefening’); 3.6.9 (‘voortzetting’); 4.1.1a (‘zwaarwegende omstandigheden’); 4.2.3 (‘gewoon bestuur’). En wat te denken van ‘ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren’ (Voorontwerp, p.142-143), of ‘niet als volkomen geïsoleerd’ en ‘een verwevenheid’ (Voorontwerp, 143-145)?

¹⁵ Zie bijv. Lutikhuis, diss., a.w., hfst. 2; A.M. van Amsterdam, Insolventie in economisch perspectief, diss. Amsterdam, Den Haag 2004, p. 31, 276.

¹⁶ Het werkelijke aantal vragen dat gesteld kan worden, is aanmerkelijk groter.

Reeds geruime tijd worden, in civielrechtelijke maar ook in bijvoorbeeld empirische en cijfermatige onderzoeken, klassieke juridische aannames omtrent faillissementsrechtelijke onderwerpen doorgelicht.¹⁷ Uit deze onderzoeken komen onder meer de volgende vragen naar voren:

- Wat is het idee ten aanzien van het begrip ondernemerschap? *Survival of the fittest*, hulp bij financiële tegenwind, enige mengvorm daarvan?¹⁸ Indien hulp het idee is, op wiens kosten moet die dan geschieden (overheid of schuldeisers) en is er dan niet sprake van concurrentievervalsing?¹⁹ Moet insolventierecht 'hard' zijn voor hen die tegenwind hebben, omdat dat de kans op een succesvolle reorganisatie sterk vergroot? Met andere woorden, moet reorganisatie binnen een *wettelijke* procedure juist vermeden worden²⁰ Of is een *Chapter 11*-benadering het doel?²¹
- Als hulp bij financiële tegenwind voor ondernemers geboden moet worden, wanneer is die dan geïndiceerd, en waarin moet de hulp bestaan (criteria)?
- Moet de hulp uit insolventieregelgeving komen, ofwel, is een insolventieprocedure het geëigende middel voor hulp bij tegenwind?²²
- Heeft het faillissement als instituut (nog) een functie?²³
- Hoe is de verhouding tussen reorganisatie (nog buiten faillissement) en het eventueel toch op de reorganisatie volgende faillissement?²⁴
- Wat is de omvang van de schade die faillissementen voor 'de maatschappij' als geheel hebben (wanneer wordt gesproken over schade van faillissementen voor 'de samenleving als geheel')²⁵;

¹⁷ Juridische onderzoeken: zie bijv. uitgebreid Verstijlen, diss., a.w.; de bundel Onzekere zekerheid, Insolad jaarboek 2001, Deventer 2001; Snijders, a.w.; F.M.J. Verstijlen, *Paritas creditorum*, voorrang en preferentie, Tijdschrift voor Privaatrecht 2006, nr. 2, p. 1157-1234. Niet specifiek juridische onderzoeken: zie de hieronder te vermelden dissertaties en onderzoeken. Daaruit blijkt dat in de Verenigde Staten van Amerika dit soort vragen al beduidend langer speelt.

¹⁸ Zie bijv. Luttikhuis, diss., a.w., p. 2-12; Snijders, a.w..

¹⁹ Zie bijv. G.D. Hoekstra, De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht, diss. Groningen 2007, Den Haag 2007, hfst. 2 t/m 7.

²⁰ Zie Oscar Couwenberg en Abe de Jong, It takes two to tango: An Empirical Tale of Distressed Firms and Assisting Banks, ERIM Report Series Research in Management, Rotterdam 2004 (ERS-2004-049-F&A), url <http://hdl.handle.net/1765/1444>; vgl. voorts – met verdere bronvermelding – D.J.Y. Hamwijk, Op naar een 'reorganisatie-wet': het doel voorbij?, NJB 1 februari 2008, nr. 5, p. 270.

²¹ In deze richting gaat bijv. P. Vos, Kredietopvraging en insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet, diss. Leiden 2003, Leiden 2003, hfst. 7. Zie voorts Hoekstra, a.w, hfst. 2-7, die de verschillende theorieën omtrent de *Chapter 11*-benadering bespreekt, en S. Franken, Insolventierecht als een *corporate governance* mechanisme, Ondernemingsrecht 2005-14, p. 470-478, die onderscheidt tussen *creditor oriented* en *debtor oriented* insolventiesystemen. Zie ook uitgebreid N.J.H. Huls, Een nieuwe kans voor particulieren en ondernemers, Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland, maart 1999, ISBN 90-73225-13-2, <http://info.minez.nl/>.

²² Zie bijv. Luttikhuis, diss., a.w., hfst. 7, p. 140, die aangeeft dat in slechts 6,85% van de faillissementen sprake is van behoud van de onderneming. Vgl. hierover ook D.J.Y. Hamwijk, a.w., p. 270. Andere onderzoeken uit 1996 en 2001, besproken door Luttikhuis, diss., a.w., p. 43 claimen een doorstartpercentage dat boven de 60 % ligt. Zie bijv. ook S.J.G. van Wijnbergen, Voorwoord bij N.J.H. Huls, Een nieuwe kans voor particulieren en ondernemers, a.w., p. III, die schrijft: '*De Faillissementswet dient te waarborgen dat een keuze wordt gemaakt die voor de economie het beste resultaat heeft: liquidatie in combinatie met de verkoop van losse bedrijfsonderdelen of reorganiseren en behoud van surplus value.*' ('Surplus value': de waarde van voortzetting van de onderneming als geheel overstijgt de totale opbrengst van liquidatie van alle onderdelen daarvan, RW). Moet een keuze over sturing van de economie echter in de Faillissementswet gemaakt worden?

²³ Luttikhuis, diss., a.w., hfst. 2; Hoekstra, a.w..

²⁴ Van Amsterdam, a.w.; Oscar Couwenberg en Abe de Jong, a.w.; Luttikhuis, diss., a.w.; J.A.A. Adriaanse, Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands, diss. Leiden 2005 (J.A.A. Adriaanse, 2005).

- Welke is de rol en de betekenis van financiers in de periode voorafgaand aan of in een faillissement?²⁶ Zijn het eigenlijk niet de financiers die de reorganiserende rol zoals beoogd in het Voorontwerp vervullen? Blijkt dit niet reeds voldoende uit de verschillende onderzoeken die daarnaar zijn verricht²⁷ en zo ja, wat moet daaruit dan worden geconcludeerd voor de rol van het insolventierecht?²⁸
- Moet er niet 'reorganisatiewetgeving' zijn náást insolventiewetgeving?²⁹
- Of, wezenlijker: móet reorganisatie eigenlijk wel gereguleerd worden en zo ja, welke filosofie – die inbreuken op rechten van schuldeisers gaat rechtvaardigen - dient daaraan dan ten grondslag te liggen?³⁰
- Waarin bestaat nu precies 'het maatschappelijke belang bij reorganisatie'?³¹ Dat er geen kapitaal 'onnodig' vernietigd wordt in een insolventieprocedure? Maar wat is 'onnodig'? Wie maakt de inschatting? De bewindvoerder nieuwe stijl uit het Voorontwerp? Welke bagage dient hij/zij daartoe te hebben, mede gezien diens mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid in de 'stille' reorganisatie?³²
- Moet er wettelijk erkende voorrang zijn van een of meer schuldeisers? Welke rol dienen te spelen het beginsel van de *paritas creditorum*, de zekerheidsrechten en de wettelijke voorrechten, zoals dat van de fiscus?³³
- Wat wordt bedoeld met 'voldoening van de schuldeisers' (het doel van de huidige Faillissementswet en ook van het Voorontwerp³⁴)? Willen we dan bijvoorbeeld:
 - o dat de zekerheidsgerechtigden eerst worden voldaan en pas daarna – zoals in het Voorontwerp wordt voorgesteld³⁵ – aan de verdeling in de 2:1-sleutel wordt toegekomen?
 - o onnodig tenietgaan van ondernemingen tegengaan, een doel dat eveneens onmiskenbaar aan het Voorontwerp ten grondslag ligt?³⁶

²⁵ Zie bijv. Luttikhuis en Timmermans, a.w. en Luttikhuis, diss., a.w..

²⁶ Vos, a.w.; Adriaanse, a.w.; Van Amsterdam, a.w., hfst. 6 en 8; Luttikhuis, diss., a.w.; L.J. van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement, Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement, diss. Tilburg 2006, Den Haag 2006, hfst. IX.

²⁷ Zie de dissertaties van Vos, Adriaanse en Van Eeghen, en voorts Hamwijk, a.w., p. 264-271.

²⁸ Zie Luttikhuis, diss., a.w., p. 143, die nader onderzoek naar de informele reorganisatie bepleit, en voorts Hamwijk, a.w., p. 269.

²⁹ In deze zin bijv. Vos, a.w., p. 461.

³⁰ Zie wederom Hoekstra, a.w., met de bespreking van theorieën die zijn opgesteld ter verklaring van de Amerikaanse Bankruptcy Code, welke Code veel meer dan de Nederlandse faillissementswetgeving gericht is op reorganisatie. Zie voorts Hamwijk, a.w., p. 269. S. Franken, a.w., p. 470-471 meldt in dit verband: '(..) één van de belangrijkste problemen die het insolventierecht moet oplossen is aan wie het recht toekomt om te beslissen over de allocatie van de activa in het geval het slecht gaat met de onderneming.' Wat bedoelt Franken hier met 'slecht gaan met de onderneming'? Hoe slecht? Criteria? Moet de onderneming failliet zijn verklaard?

³¹ Zie Luttikhuis, diss., a.w., bijv. hfst. 1 en 7; Hoekstra, a.w., hfst. 8; Snijders, a.w., p. 272-274.

³² Vgl. J.A. van der Meer, De persoonlijke aansprakelijkheid van de bewindvoerder in het Voorontwerp van de nieuwe Insolventiewet, Journaal IF&Z februari 2008, nr. 2, p. 39-46.

³³ F.M.J. Verstijlen, Paritas creditorum, voorrang en preferentie, a.w., p. 1157-1236. Zie over de voorrang van de fiscus bijv. Freek Bruggert, Nick van der Lijn en Sebastiaan Princen, Gedragseffecten ten gevolge van wijzigingen in het regime van de fiscale voorrechten, Mogelijke veranderingen in het gedrag van fiscus, UWV, banken en overige crediteuren, Eindrapport ECORYS-NEI, Rotterdam, 21 januari 2004, alsmede Patrick de Bas, Marcel Canoy, Nick van der Lijn, Afschaffen of niet? Analyse van fiscale verhaalsrechten bij faillissementen, CPB Document in samenwerking met ECORYS-NEI, no. 53, februari 2004.

³⁴ Voorontwerp, p. 137.

³⁵ Art. 6.3.2 Voorontwerp, p. 357-360.

³⁶ Voorontwerp, p. 138-141.

- een soort herverdeling, waarbij de herverdeling onder de schuldeisers in de insolventiesituatie wordt geschraagd door een *hypothetical bargain*, een overeenkomst die de schuldeisers geacht worden te hebben willen sluiten, als zij vooraf geweten hadden van de situatie van insolventie?³⁷
- Indien er geen zekerheidsrechten of voorrang zouden bestaan, zou dan financiering en daarmee 'de economie' ernstig bemoeilijkt worden, althans, zou dit de prijs van bancaire krediet opdrijven?³⁸ Of klopt deze aanname niet, omdat het bancaire bedrijf wel móet doorgaan met kredietverlening om te kunnen bestaan?³⁹
- Moeten ook zekerheidsgerechtigden een pas op de plaats maken bij de uitoefening van hun rechten? Moet hun separatistenpositie met spoed, althans, met dringende noodzaak worden afgeschaft⁴⁰ om het overleven van een onderneming of een reorganisatie mogelijk te maken⁴¹? Is maximalisatie van de boedel alleen mogelijk indien zekerheidsgerechtigden als separatist die boedel *niet* kunnen *minimaliseren* door delen daarvan te liquideren?⁴² Moeten de rechten van zekerheidsgerechtigden bekort worden:
 - omdat de maatschappelijke rol die concurrente schuldeisers vaak vervullen, zoals de 'gewone' leverancier, dit vereist, met andere woorden, omdat het belang van concurrente schuldeisers een maatschappelijk belang bij uitstek is⁴³,
 - omdat naast de zekerheidsgerechtigden ook concurrente schuldeisers behoren tot de categorie die wordt bedoeld met 'voldoening van de schuldeisers',
 - omdat het behoud van de onderneming voorop staat? Wiens onderneming? Die van de schuldenaar, of – bijvoorbeeld in een periode van financiële tegenwind – ook die van diens schuldeisers?
- Moet aan financiers een plicht tot doorfinancieren worden opgelegd?⁴⁴ Wat is de onderliggende visie? Wanneer ontstaat een dergelijke plicht?
- Leidt inperking van de voorrangspositie van zekerheidsrechten juist tot frustratie van het reorganisatieproces, omdat bedrijfseconomisch reorganiseren iets heel anders is dan saneren van de schuldpositie, en omdat insolventie-

³⁷ Zie over de herverdelingsgedachte als grondslag voor reorganisatie- en insolventiewetgeving uitgebreid Hoekstra, a.w., hfst. 2-7.

³⁸ Zie bijv. F.M. van Nieuwstadt, Tvl 2005/2, p. 50-52; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?, Tvl 2008/2, p. 71-79; deze auteur bespreekt onder meer de verslechtering van de positie van financiers als gevolg van de in het Voorontwerp voorgestelde gebruiks-, verbruiks- en vervreemdingsbevoegdheid van de bewindvoerder.

³⁹ Deze redenering beluisterde ik enige tijd geleden bij een Zweedse ingewijde in het krachtenveld van financiering en zekerheidsstelling. Zie ook Huls, Een nieuwe kans voor particulieren en ondernemers, a.w., p. 92, die met voorbeelden aangeeft dat het met de 'dramatische gevolgen' inderdaad wel eens zou kunnen meevallen.

⁴⁰ Vgl. bijv. Vos, a.w., hfst. 10; Hoekstra, a.w., bijv. p. 81 v., 132 v., 139, 152, 196 v., 237 v.. Vgl. ook F.M.J. Verstijlen, Pro/Contra, Stelling: De separatistenpositie moet worden afgeschaft, Tvl 2005/2, p. 48-50, met een 'contra-betoog' van F.M. van Nieuwstadt, Tvl 2005/2, p. 50-52; F.M.J. Verstijlen, *Paritas creditorum*, voorrang en preferentie, a.w., p. 1157-1234, i.h.b. p. 1171-1174.

⁴¹ In deze zin bijv. Vos, a.w., hfst. 10.

⁴² Zie Hoekstra, a.w., p. 72.

⁴³ Een dergelijke toon klinkt in de Brief van de Commissie Insolventierecht aan de Minister van Justitie d.d. 29 juni 2006, p. 6-7, alsmede in het interview met commissievoorzitter S.C.J.J. Kortmann in de Staatscourant nr. 35 van 19 februari 2007.

⁴⁴ Vgl. Vos, a.w., hfst. 7; zie ook Van Mierlo, a.w..

wetgeving dient te zien 'op een bedrijf dat zich in een mortuarium bevindt en niet in een bedrijvenziekenhuis'?⁴⁵

- Zullen schuldeisers met het oog op het belang van de – tekortschietende – schuldenaar geneigd zijn tot een filantropische want 'herverdelende' houding? Welke vormen van strategisch handelen zullen ontstaan, indien crediteuren met ongelijke rechten door de insolventieregelgeving gelijk zullen worden behandeld?⁴⁶

Uit de bovenstaande vraagpunten mag reeds duidelijk worden dat de veronderstelling die in het Voorontwerp besloten ligt, dat overzichtelijkheid en evenwicht in regelgeving bereikbaar zou zijn, vooralsnog als ingehaald door de ontwikkelingen in de samenleving moet worden beschouwd. Dit beeld rijst ook op uit de voorstellen in het Voorontwerp zelf, zoals de volgende, willekeurig geselecteerde en bepaald niet uitputtende greep knelpunten mag verduidelijken.

4. Vragen die rijzen naar aanleiding van het Voorontwerp

Onder het Voorontwerp broeien veelal ook de fundamentele kwesties zoals in de vorige paragraaf genoemd. Op deze plaats wordt volstaan met enkele voorbeelden:⁴⁷

- Welke doelstelling ligt aan het Voorontwerp ten grondslag?⁴⁸. Te lezen valt dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te staan, maar dat dit niet betekent dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals dat van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard zoals werkgelegenheid en milieu. Dergelijke andere belangen kunnen onder omstandigheden zelfs prevaleren boven het belang van bepaalde individuele schuldeisers, doch zij gaan niet boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, aldus het Voorontwerp. Die boodschap is al raadselachtig: behoren de individuele schuldeisers immers niet ook tot de gezamenlijke schuldeisers? Vervolgd wordt dan met de mededeling dat ook het algemeen belang – niet alleen het belang van de schuldeisers – het insolventierecht gericht moet laten zijn op maximalisatie van de waarde van de boedel, alsmede op voorziening in een tijdige en efficiënte afwikkeling van de insolventie.⁴⁹ Vraag: in wiens belang wordt nu wat gedaan en met welk doel? Kunnen een curator en schuldeisers gezien deze 'doelstelling' ook maar enigszins voorstellen hoe belangentegenstellingen zullen worden opgelost? Zal er een rangorde (kunnen) bestaan tussen de verschillende en tegengestelde belangen? Dit is al lange tijd een prangende vraag⁵⁰, maar het Voorontwerp flexibiliseert het probleem, waardoor de uiteindelijke omvang ervan zelfs niet is in te schatten;

⁴⁵ Aldus Hamwijk, a.w., p. 271. In gelijke zin Van Daal, a.w., en J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl en W.P. Moleveld, 'Nieuwe faillissementswetgeving redt bedrijven niet', Tvl 2007, nr. 30, p. 149-154.

⁴⁶ Vgl. Hoekstra, a.w., p. 16-17, 24-26, 40-42.

⁴⁷ Zie voor de vragen die het Voorontwerp oproept de inmiddels verschenen commentaren, hierboven in voetnoot 1, 32 en 45 genoemd; voorts commentaren in het themanummer 'Voorontwerp Insolventiewet' van Tvl 2008/2, en F.H. Tiethoff, Nieuwe schoenen, enige knelpunten in het Voorontwerp Insolventiewet, Tvl 2008/3-Forum, p. 131-133.

⁴⁸ Voorontwerp, p. 138.

⁴⁹ Voorontwerp, p. 138.

⁵⁰ Zie bijv. reeds S.H. de Ranitz, Crediteurenbelang versus "andere belangen", De taak van de curator nader bezien, in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996, p. 187-199. De onduidelijkheid over het verschil in 'gewicht' dat aan belangen wel of niet moet worden toegekend is nog toegenomen met het arrest HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 m.n. PvS, JOR 2004/61 m.n. J.J. van Hees (Van Dooren en Dingemans q.q./Interplan).

- De vergaande bevoegdheden van de (stille) bewindvoerder ten aanzien van goederen waarop zekerheidsrechten rusten (bijvoorbeeld vervreemding, gebruiks- en verbruiksrechten)⁵¹: welke visie ligt er aan ten grondslag? Verwezen mag worden naar de in paragraaf 3 gestelde vragen, waaraan voor dit punt nog kan worden toegevoegd: hoe moeten de doelstelling en reikwijdte van het Voorontwerp gezien worden wanneer het om een stille reorganisatie gaat, dus wanneer er nog in het geheel geen insolvente situatie is?
- De reeds van diverse zijden⁵² bekritiseerde uitbreiding van art. 47 F. Welke functie moet het 'goede trouw-criterium' in het voorgestelde art. 3.2.5 Voorontwerp gaan vervullen in het landschap van financiering, ondernemen, reorganiseren, voorrang, zekerheidsrechten en – uiteindelijk - voorspelbaarheid van recht en rechtszekerheid?

Deze vragen of kwesties zijn met vele uit te breiden. Gesteld moet worden, dat er op dit moment geen sprake is, niet in het Voorontwerp, maar ook niet onder het huidige recht, van een afgewogen en uitgebalanceerde visie op uitgangpunten, doelen, begrippen en keuzes die in dit rechtsgebied – de 'lakmoesproef' van het recht - van allesbepalend belang zijn.

5. Besluit

De Minister van Justitie merkte in 2001 al op, dat het faillissementsrecht te lang niet is aangepast aan veranderde opvattingen over het evenwicht tussen schuldeisers en schuldenaren en evenmin aan nieuwe financiële en economische inzichten. De oorzaak daarvan zouden de al te ambitieuze voorstellen tot fundamentele herziening van het faillissementsrecht zijn.⁵³ De Minister doelde met dat laatste op het wetsvoorstel tot herziening van (alleen) het bodemrecht, maar gezien de bovenbeschreven (tussen)stand in het proces van heroriëntatie kan thans bij deze uitspraak slechts aangesloten worden. Een herziening van het faillissementsrecht *ineens* als regeling voor 'de toekomst' zal op dit moment niet mogelijk zijn. Er dient eerst verder gezocht te worden naar een nieuw evenwicht en naar een coherente visie op de problemen en begrippen die in het insolventierecht tot uiting komen. Eerst wanneer die basis weer - net als 'vroeger' - enigszins vaste vormen heeft aangenomen, kan gedacht worden aan nieuw juridisch meubilair in de zin van regelgeving zoals een insolventiewet.

De reden van dit alles is in belangrijke mate te vinden in het rechtsgebied van de zekerheidsrechten. Het stelsel van nationale en internationale financiering is van directe invloed – althans, zo lijkt het – op stabiliteit in onze samenleving. Zekerheidsrechten lijken belangrijke pijlers onder stabiliteit te zijn. In de Europese continentale rechtsstelsels, maar ook in Anglo-Amerikaanse systemen nemen zekerheidsrechten met karaktertrekken die in Nederland als goederenrechtelijk worden aangeduid, dan ook een bijzonder belangrijke plaats in. Aan deze rechten dient (dan) een hoge mate van duidelijkheid (transparantie) en voorspelbaarheid in uitkomst bij rangordekwesties (*concursum creditorum*) verbonden te zijn.⁵⁴ Rechten, plichten en rang van ze-

⁵¹ Zie Voorontwerp, bijv. p. 150, 260 v., 291-292. Zie voor een uitgebreide bespreking van de onevenwichtigheid die ontstaat met deze uitbreiding bijv. Beekhoven van den Boezem, a.w., p. 71-79.

⁵² Zie bijv. G. van Dijk, Wat te doen met de faillissementspauliana?, Tvl 2008/2, p. 46-57; Beekhoven van den Boezem, a.w., p. 73-74.

⁵³ Brief van de Minister d.d. 23 februari 2001, TK 2000-2001, 27 400 IV, nr. 54, p. 3. Zie hierover ook het Voorontwerp, p. 134-135.

⁵⁴ Zie bijv. Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004; Ulrich Drobniig, Henk J. Snijders, Erik-Jan Zippro (eds.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München 2006. Zie over de betekenis van

kerheidsgerechtigden moeten van tevoren vaststaan, althans volgens redelijk vaste formules te 'berekenen' zijn. Wanneer het om grote financiële belangen gaat en, macro-economisch, om het stabiele functioneren van een samenleving, is dit alles van groot belang. Wil men een stelsel van preferenties en voorrang, dan dient dit om die redenen afgewogen en uitgebalanceerd te zijn. Wil men een tegengesteld systeem, waarin zekerheidsrechten, voorrechten en voorrang geheel ontbreken, dan geldt dezelfde eis. (Een dergelijk stelsel waarin schuldeisers *uitsluitend* concurrent zijn, zou overigens vermoedelijk al snel aan die eisen van transparantie en voorspelbaarheid beantwoorden).

Het Voorontwerp voldoet niet aan de genoemde eisen. De uitgangspunten en aannames waarop het is gebaseerd, lijken nog niet voldoende te zijn doordacht. Transparantie, voorspelbaarheid en rechtszekerheid zijn dan ver te zoeken en in een rechtsgebied als het insolventierecht – waarin, klassiek opgevat, schuldeisers aan de 'leiband' gaan *omdat* de gezamenlijke debiteur te weinig actief heeft om ieder van hen te kunnen voldoen en de schuldeisers '*dus*' gaan botsen - is dat hoogst ongewenst. In de woorden van de *Expert Group*, ingesteld vanwege de Europese Commissie⁵⁵:

*'A predictable **legal framework** is needed. Transparency, accountability and predictability are fundamental to sound credit relations.*

goederenrechtelijke karaktertrekken als hier bedoeld bijv. T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, diss. Nijmegen 2007, Deventer 2007 en E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, diss. Leiden 1992, Deventer 1992.

⁵⁵ Final Report of the Expert Group, Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start, under the Best Procedure of the Enterprise Directorate-General of the European Commission, September 2003.