

## Het faillissement, een paradijs voor banken

Mijnheer de rector magnificus, dames en heren,

“Het is een zinvol academisch gebruik om het ambt van hoogleraar te aanvaarden met het uitspreken van een rede en bij het neerleggen van het ambt een afscheidscollege te geven. Zinvol omdat voordracht en college *de* uitdrukkingsvormen zijn van het wezenlijke van het ambt. Het hoogleraarschap houdt in het geven van onderwijs en het verrichten van onderzoek. Voordracht en college brengen beide elementen tot uitdrukking.”

Met deze woorden begon Van der Grinten zijn afscheidscollege in 1984. Ik maak zijn woorden graag tot de mijne. Het is overigens niet mijn bedoeling hier aanwezige emeriti die stillitjes zijn vertrokken of al jaren zittende hoogleraren die geen oratie hebben gehouden, hiermee in verlegenheid te brengen. Ik wil slechts duidelijk maken waarom ik drie jaar na de rectoraatsoverdracht vandaag een afscheidscollege houd. Bij de rectoraatsoverdracht heb ik het beeld gebruikt van de rector magnificus als circusdirecteur en de wetenschappers als de artiesten. Mijnheer de rector, bij u zou ik de vergelijking met de circusdirecteur niet durven maken. Op 5 september j.l., de dag na de opening van het academisch jaar, berichtte De Gelderlander op de voorpagina dat *de hoogste baas van de Radboud Universiteit* felle kritiek uitte op Turkije. En die *hoogste baas* dat was u, rector! Peter Vos begreep dit al eerder, getuige zijn illustratie bij de schets die Wybo Reincke over de “Rector”<sup>1</sup> schreef in het boekje *Eén met de uni*.

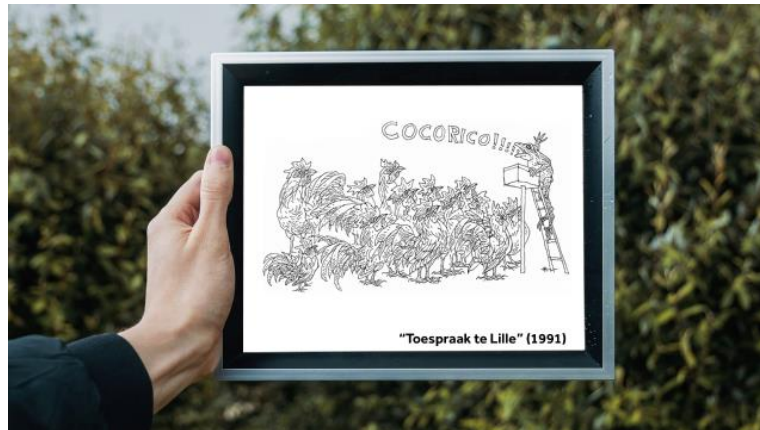


[illustratie Peter Vos bij “Rector” (1991) ]

Vandaag ben ik niet de circusdirecteur, maar de rechtsgeleerde artiest in de academische piste. Ook deze wordt door Peter Vos in hetzelfde boekje neergezet<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zie zijn illustratie in Wybo Reincke, *Een met de uni*, CPO, Nijmegen 1999, p. 21 bij “Rector”.

<sup>2</sup> Zie zijn illustratie in Wybo Reincke, *Een met de uni*, CPO, Nijmegen 1999, p. 33 bij Toespraak te Lille.



[illustratie Peter Vos bij "Toespraak te Lille"]

Dit afscheidscollege kent twee bijzonderheden: het is tevens de Van der Grintenlezing en het heeft een *doorstartkarakter*.

### *Van der Grinten*

Als amuse veroorloof ik mij enkele ontboezemingen over de persoon van Van der Grinten en over onze verhouding. Maar voordat ik dat doe, wil ik eerst aan zijn dochter Anneke een bos bloemen overhandigen als teken van verbondenheid.

Wim en Wil van der Grinten waren goed bevriend met mijn ouders en ik kende hen vanaf mijn jongste jaren als *Oom Wim en Tante Wil*. Kijkt u eens naar dit aardige plaatje, gemaakt in 1957 op het strand van Zoutelande; ik was toen zeven lentes oud.



Oom Wim (grote man links op de foto, zijn postuur is onmiskenbaar) en mijn vader jonassen onze "juf". Niet de juf van school, maar de kinderjuffrouw van thuis, die ook mee op vakantie ging. [De vergelijking met de nanny of de au pair van nu gaat in vele opzichten mank.] Dat wat angstig ogende jongetje links, dat ben ik zelf.

Tot mijn afstuderen in Groningen ontmoette ik Van der Grinten slechts af en toe als hij bij mijn ouders op bezoek was. Dit werd anders toen ik, na mijn afstuderen, per 1 augustus 1973 junior medewerker bij hem werd. Ik zag hem in die tijd meerdere keren per week. Wij huurden toen in het dorp Oosterhout (net boven de Waal) een deel van "Huis Oosterhout", een prachtige Buitenplaats, met tennisbaan. Het kwam regelmatig voor dat

Oom Wim – zo noemde ik hem toen nog steeds – belde met de vraag: “Bas, moet er niet eens getennist worden?”. Ik bewaar warme herinneringen aan de tennispotjes met hem, Jef Maeijer, Lidy Goddijn, Teun Struycken en Pierre Coehorst. De fragiele gezondheid van Jef Maeijer verhindert hem tot ons beider verdriet hier te zijn, maar mijn andere tennisgenoten zijn er gelukkig wel. Ook op de tennisbaan wilde Van der Grinten winnen. Niet zelden zag hij ballen “uit” als de anderen deze “in” zagen en andersom. Dit verhoogde bij ons de feestvreugde. Dat er gaten in zijn tennisschoenen zaten en zakken van zijn broek waren uitgescheurd, deerde hem niets. Soberheid en discipline waren kenmerkend voor de levensstijl van Van der Grinten. Als ik een stuk van mijn proefschrift inleverde, las hij dit vrijwel onmiddellijk en de bespreking vond steeds korte tijd later plaats. Hij was dan direct en stellig. Vaak zei hij tegen mij: “Bas, is dit niet een beetje onzin?” Vooral dankzij aanmoedigen van de toen jonge hoogleraar Teun Struycken heb ik mijn afwijkende opvattingen overeind durven houden.

Ik ben Van der Grinten, die als zeventigjarige met tegenzin met emeritaat ging, op 1 juli 1984 als hoogleraar burgerlijk recht opgevolgd. Een half jaar daarvoor waren wij *naast hem* aan de Groesbeekseweg komen wonen. Tien jaren lang waren wij collegae en burens. In die tijd groeide er een heel bijzondere vriendschap. Wij hebben samen heel wat adviezen geschreven en gaven samen onderwijs en voordrachten, onder meer op het hem en mij geliefde Curaçao. Koffie, opgewarmd in een gedeukt pannetje en rode wijn uit 1964 met een sigaar waren de gebruikelijke traktaties als ik bij hem thuis kwam (en dat was vaak). Ik heb in die jaren nog veel meer van hem geleerd dan in mijn medewerkerstijd. Analytisch ijzersterk, niet meer woorden dan nodig en met een fijn gevoel voor de praktijk. Van der Grinten behoort als wetenschapper, bestuurder en adviseur tot de allergrootsten van onze mooie universiteit. Deze markante persoonlijkheid en veelzijdig jurist heeft voor zo velen binnen en buiten de universiteit erg veel betekend. Van der Grinten zou zeggen dat ik mijn tijd nu genoeg verlummeld heb en college moet gaan geven. Ik ga dat doen en ben vereerd dat dit tevens de Van der Grintenlezing mag zijn.

### *Twee onderwerpen*

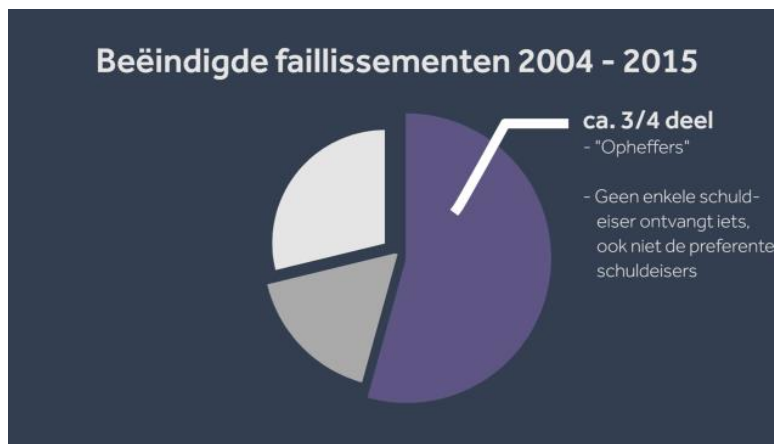
Dit college gaat over gevallen waarin een onderneming (of instelling)<sup>3</sup> insolvent is, dat wil zeggen niet langer in staat is haar schulden te voldoen. Ik zal spreken over de positie van kredietverschaffers of korter gezegd: banken voorafgaand en tijdens het faillissement van een onderneming en over het gebruik door banken van de rechtsfiguur van de onherroepelijke volmacht teneinde hun positie in insolventiesituaties te verstevigen. Ik heb gekozen voor de onherroepelijke volmacht, omdat Van der Grinten veel wetenswaardigs over deze rechtsfiguur heeft gezegd en in de literatuur hierover relatief weinig is geschreven.

---

<sup>3</sup> Gemakshalve spreek ik alleen over onderneming.

## Pauperparadijs

Het hoofddoel van de faillissementsprocedure is het op ordelijke wijze verdelen door de curator van het vermogen van de schuldenaar onder diens *gezamenlijke schuldeisers*.<sup>4</sup> Dit hoofddoel veronderstelt dat er in geval van een faillissement in de regel iets onder schuldeisers te verdelen valt. Dit moge zo geweest zijn toen de huidige Faillissementswet in 1896 – dus meer dan 120 jaren geleden – in werking trad, maar tegenwoordig valt er in het overgrote deel van de faillissementen *niets* te verdelen. Dit geldt ook voor faillissementen van ondernemingen. Ik geef u enkele cijfers uit het in december 2016 door het CBS gepubliceerde rapport “Faillissementen: oorzaken en schulden 2015”. In het rapport zijn ook gegevens verwerkt van onderzoeken van het CBS in eerdere jaren en wel vanaf 2004, maar niet jaarlijks.<sup>5</sup> Mijn collega en promotus Prof. Jako van Hees maakte een degelijke analyse van het rapport. Deze “onvoltooide Van Hees” is nog niet gepubliceerd, maar ik heb er met zijn toestemming dankbaar gebruik van gemaakt.



Van de in de jaren 2004-2015 beëindigde faillissementen is 65-81% *opgeheven wegens gebrek aan baten*.

- > ca. drie/vierde deel bestaat uit “opheffers”
- > geen enkele schuldeiser ontvangt iets, ook niet de preferente schuldeisers
  
- > ca. een/vierde deel wordt niet opgeheven
- > substantieel gedeelte hiervan (percentage onbekend) wordt vereenvoudigd afgewikkeld: alleen preferente schuldeisers (fiscus, UWV) ontvangen iets.

<sup>4</sup> Vgl. Memorie van Toelichting op de Faillissementswet en de conclusie van A-G Timmerman bij HR 18 december 2015, *NJ* 2016/172, nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2016/145, nt. J.B.A. Jansen.

<sup>5</sup> Het betreft de jaren 2004, 2006, 2008, 2010 en 2015.



Het beeld dat in faillissementen schraalhans keukenmeester is, is nog mooier dan de werkelijkheid. Dit wordt bevestigd door de in het CBS-rapport weergegeven *recoveryrates*. De *recoveryrate* geeft aan welk percentage van de schuld gemiddeld per beëindigd faillissement is voldaan.



- Gemiddelde "recoveryrate" voor ondernemingen sinds 2004: tussen 4,2 en 5,7 %. Uitkeringen aan fiscus en UWV behoren tot dit percentage.
- Recoveryrates voor "gewone" handelscrediteuren tussen 1,6 en 5,3 %.
- > Gewone handelscrediteuren zijn onder meer verhuurders, leveranciers van goederen en diensten, afnemers die vooruit hebben betaald en degenen die een vordering tot schadevergoeding op de failliet hebben.
- > Voor de "gewone" handelscrediteuren is het faillissement een *pauperparadijs*.

#### *Bankenparadijs*

"Maar hoe zit het met de banken?" zult u zich wellicht afvragen. Hoe hoog is hun *recoveryrate*? Daarover verschaft het rapport geen duidelijkheid. Het rapport bevat alleen gegevens over uitkeringen die *door de curator* aan schuldeisers zijn gedaan. Banken verkeren vaak in een positie dat zij hun vordering of een deel daarvan buiten het faillissement om voldaan krijgen. Ik noem u drie instrumenten die de bank hierbij gebruikt:



- \* uitwinning van (door de schuldeiser of derden) verstrekte zekerheden, zoals pand en hypotheek; de bank doet dit als *separatist*;
- \* verrekening van haar vordering met schulden aan de debiteur of aan diens zustervennootschappen;
- \* hoofdelijke aansprakelijkheid van derden.

Banken publiceren geen gegevens over hun recoveryrate in Nederlandse faillissementen, of – ruimer – in situaties waarin hun debiteur insolvent is. De gegevens zijn er wel<sup>6</sup>, maar de banken beschouwen deze als vertrouwelijk. Voor zover ik weet, is er geen rechtsregel die een bank verbiedt dit soort gegevens openbaar te maken. Meer transparantie op dit punt zou goed zijn. Het rapport “Doing Business 2017” van de Wereld Bank biedt *enig* inzicht. Volgens dit rapport is in Nederland de recoveryrate voor *secured lenders* (financiers die zekerheden hebben bedongen) maar liefst 89.3 %. Banken zijn veruit de belangrijkste groep *secured lenders*. Ook in andere landen zoals Duitsland, België, Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk ligt de recoveryrate voor *secured lenders* volgens dit rapport – soms ver – boven de 75%.<sup>7</sup>

Voorzichtigheid is bij deze cijfers geboden. Het gaat hier niet om harde cijfers, maar om uitkomsten van een case-study. Zij geven echter wel een indicatie die aansluit bij een oudere analyse van rating-agency Moody’s.<sup>8</sup> Ik durf de stelling wel aan dat de recoveryrate bij banken vele malen (twintig tot dertig keer?) hoger is dan bij gewone handelscrediteuren.

<sup>6</sup> In het kader van Basel moeten deze gegevens jaarlijks worden opgesteld

<sup>7</sup> Het rapport van de Wereldbank bevat onder meer de volgende gegevens over recoveryrates voor *secured lenders*:

België	89.9%
Duitsland	84.4%
Frankrijk	78.5%
Italië	63,9%
Spanje	78.3%
Verenigd Koninkrijk	88.6%
Zweden	77.9%
Zwitserland	46.6%

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld [https://www.moodys.com/research/Moodys-Default-and-recovery-rates-for-project-finance-bank-loans--PR\\_265343](https://www.moodys.com/research/Moodys-Default-and-recovery-rates-for-project-finance-bank-loans--PR_265343) Vgl. ook G. van Dijk, *Het afzwakken van voorrangsposities van banken*, TVI 2006/13.

Waar de “gewone” handelscrediteuren zich in geval van insolventie van een debiteur in het *pauperparadijs* bevinden, verkeren de banken in vergelijking met hen in een *hemels paradijs*.  
*Sterke positie banken*

Waarom hebben banken hun sterke positie in geval van insolventie te danken? Ik noem zonder naar volledigheid te streven drie belangrijke factoren:



1. De bankvriendelijke wetgeving<sup>9</sup>; deze maakt het onder meer mogelijk dat op vrijwel alle activa van een schuldenaar zekerheden ten behoeve van een bank kunnen worden gevestigd<sup>10</sup> en dat de bank ruime verrekeningsmogelijkheden<sup>11</sup> heeft. Ik haast mij hieraan toe te voegen dat er ook veel bankonvriendelijke wetgeving is, bijvoorbeeld de niet te verteren Wet op het Financieel Toezicht (Wft), maar ik heb het nu over de wetgeving die betrekking heeft op insolventies.
2. De regierol van de banken in geval van insolventie van een schuldenaar. Voorafgaand aan een faillissement en ook in een faillissement is het vaak de bank die bepaalt hoe het spel gespeeld moet worden. De bank heeft als geldschieter een dominante positie, zij kan als zekerheidsgerechtigde in belangrijke mate bepalen wat er met de activa van de schuldenaar gebeurt en de juridische en financiële deskundigheid van de bank en haar kennis van het insolvente bedrijf zijn vaak groter dan die van de curator en die van de rechter-commissaris die toezicht moet houden.
3. De bankvriendelijke rechtspraak. Ook hier geldt dat er veel bankonvriendelijke rechtspraak is. Ik denk daarbij in het bijzonder aan de rechtspraak over de *zorgplicht* van banken. Maar het gaat mij vandaag om de rechtspraak in insolventiesituaties.

<sup>9</sup> Het gaat hier om wetgeving die niet specifiek op banken is gericht, maar waarvan banken in de praktijk meer dan anderen profijt van hebben.

<sup>10</sup> Een actueel voorbeeld is het (tweede) faillissement van Mc Gregor & Gaastra. Het Financieele Dagblad van vrijdag 8 september 2017 bericht hierover dat de financiers –in dit geval tevens de aandeelhouders – het pandrecht claimen op bijna alle bezittingen. Ook bij het eerste faillissement hadden dezelfde financiers/aandeelhouders het pandrecht op vrijwel alle activa. “Dat leidde toen tot grote ophef binnen en buiten het bedrijf”, aldus het FD.

<sup>11</sup> In geval van faillissement kent de wet ruimere verrekeningsmogelijkheden dan buiten faillissement. Daarnaast laat ook de rechtspraak in en buiten faillissement in ruime mate verrekening toe.



Over de bankvriendelijke rechtspraak wil ik vandaag iets meer zeggen. Bij wijze van voorbeeld wil ik stilstaan bij het gebruik door banken van de onherroepelijke volmacht bij de zogenaamde verzamelmandate. Voordat ik op dit gebruik inga, maak ik eerst enkele inleidende opmerkingen over de onherroepelijke volmacht. Deze geven mij de gelegenheid gedachten van Van der Grinten over deze rechtsfiguur te ontvouwen.

### *Inleidende opmerkingen over de onherroepelijke volmacht*

Het oorspronkelijke ontwerp van ons huidige Burgerlijk Wetboek – het Ontwerp Meijers – bepaalde *dwingendrechtelijk* dat een volmacht eindigt door herroeping door de volmachtgever (art. 3.3.13 jo. 3.3.11 Ontwerp Meijers). Een volmacht kan volgens dit ontwerp niet onherroepelijk worden verleend. De gevolmachtigde dient per definitie de belangen van de volmachtgever te behartigen, zo was de achterliggende gedachte. Het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid – de zogenaamde *datieve vertegenwoordiging*<sup>12</sup> – is in deze visie slechts mogelijk, indien de vertegenwoordiger de belangen van de vertegenwoordigde heeft te dienen. De vrijheid van de volmachtgever eigen belangen te dienen is onvervreemdbaar. De onherroepelijkheid van de volmacht zou deze vrijheid aan de volmachtgever ontnemen.

Van der Grinten heeft in zijn bijdrage aan de Hijmans van de Bergh-bundel (1971) de bepaling uit het Ontwerp Meijers dat een volmacht steeds kan worden herroepen, bekritiseerd. Hij zag een belangrijk argument vóór herroepelijkheid, namelijk, ik citeer:



“dat in de rechtsorde de vrijheid van het individu tot zelfbepaling moet worden gewaarborgd.

De mens moet niet door middel van vertegenwoordiging deze vrijheid tot zelfbepaling aldus uit handen kunnen geven dat hij niet naar eigen inzicht deze vrijheid kan hernemen.”

Maar tegenover dit principiële argument stelde de pragmaticus Van der Grinten, ik citeer opnieuw: “*dat de praktijk van het moderne rechtsleven aan de onherroepelijke volmacht behoefte zou hebben*”.

Een en ander afwegend stelt hij voor in het BW te bepalen

<sup>12</sup> Deze beeldende term is afkomstig van A. van Oven, RMTh 1945, p. 397.



**VAN DER GRINTEN**

Argument vóór herroepelijkheid:  
De vrijheid van het individu tot zelfbepaling moet worden gewaarborgd

Argument vóór ONherroepelijkheid:  
De praktijk van het moderne rechtsleven heeft behoefte aan de onherroepelijke volmacht

Beide argumenten afwegend:  
Volmacht kan slechts onherroepelijk zijn, indien zij een *rechtsbehandeling* betreft waartoe de volmachtgever *rechtens gehouden is*.

Radboud Universiteit

“dat de volmacht slechts onherroepelijk kan zijn, indien zij een rechtshandeling betreft waartoe de volmachtgever rechtens gehouden is”. In de visie van Van der Grinten wordt de zelfbeschikking, de autonomie van de volmachtgever “dan niet fundamenteel aangetast, omdat de volmacht betrekking heeft op handelingen waartoe op hem een rechtsplicht rust”. Deze opvatting sluit nauw aan bij hetgeen ook thans nog naar Duits recht wordt aangenomen.<sup>13</sup>

De Nederlandse wetgever heeft het voorstel van Van der Grinten uit 1971 echter niet overgenomen. Volgens het huidige BW kan een volmacht onherroepelijk worden verleend

**Art. 3:74 BW**

Een volmacht kan onherroepelijk worden verleend,  
voor zover zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling *in het belang*  
van de gevolmachtigde of van een derde.

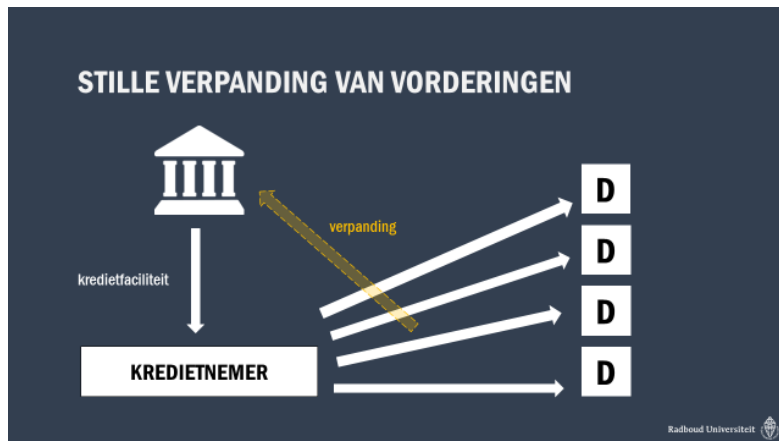
Radboud Universiteit

voor zover zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde (art. 3:74 BW). Anders dan bij Van der Grinten hoeft de onherroepelijke volmacht geen rechtshandeling te betreffen waartoe de volmachtgever gehouden is. Voldoende is dat de krachtens de volmacht te verrichten rechtshandeling het belang van de gevolmachtigde of een derde dient. Voor de wetgever woog de zelfbeschikking, de autonomie van de volmachtgever kennelijk minder zwaar dan voor Van der Grinten.

<sup>13</sup> Zie § 168(2) BGB, waarover Wolf/Neuner 2016/§ 50, Rn. 42-43.

## Onherroepelijke volmacht bij verpanding

Na deze inleidende opmerkingen over de onherroepelijke volmacht geef ik u een voorbeeld hoe banken van deze rechtsfiguur gebruik maken. Banken plegen voor het krediet dat zij verstrekken, zekerheden te bedingen, zoals pand, hypotheek en hoofdelijke aansprakelijkheid, waaronder borgtocht. Een van de belangrijkste zekerheden in de financieringspraktijk is het pandrecht op vorderingen. De kredietnemer verpandt al haar huidige en toekomstige vorderingen op derden aan de bank.



Een dergelijke verpanding pleegt in de regel “stil” plaats te vinden, dat wil zeggen dat de verpanding niet wordt meegedeeld aan de respectieve schuldenaren van de vorderingen die verpand worden. Voor zo’n stille verpanding is vereist<sup>14</sup>:

- een onderhandse akte;
- registratie van deze akte bij de belastingdienst.

Wettelijke vereisten, die ik u zal besparen<sup>15</sup>, hebben tot gevolg dat periodiek moet worden overgegaan tot het opmaken en registreren van aanvullende pandaktes, met een niet te onderschatten administratieve rompslomp van dien. De banken, creatief als zij zijn, vonden een uitweg door het gebruik van zogenaamde “verzamel pandaktes”, waarmee vaak dagelijks een bulk-verpanding plaatsvindt. In de kern komt de constructie van de verzamel pandakte op het volgende neer:

<sup>14</sup> Art. 3:239 BW kent ook de mogelijkheid van een stille verpanding door middel van een authentieke akte, maar die laat ik hier onbesproken.

<sup>15</sup> Op grond van de wet is verpanding van een toekomstige vordering slechts mogelijk voor zover deze rechtstreeks wordt verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.

## BULK-VERPANDING VIA VERZAMELAKTE

1. Bank maakt dagelijks één verzamelpandakte op waarbij *alle* kredietnemers van de bank hun vorderingen aan de bank verpanden.

2. Bank treedt daarbij *namens* kredietnemers op en handelt als zodanig met zichzelf ("*Selbsteintritt*").

3. Vertegenwoordigingsbevoegdheid o.g.v. een onherroepelijke volmacht; via toepasselijke algemene voorwaarden.

4. Bank zorgt voor registratie bij de belastingdienst.

Radboud Universiteit 

- 1°. De bank maakt periodiek (vaak dagelijks) één verzamelpandakte op waarbij *alle* kredietnemers van de bank al hun bestaande en toekomstige vorderingen (uit bestaande rechtsverhoudingen) aan de bank verpanden.
- 2°. Bij het opmaken en tekenen van de verzamelpandakte treedt de bank *namens* kredietnemers op en handelt als zodanig met zichzelf ("*Selbsteintritt*").
- 3°. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging ontleent de bank aan een onherroepelijke volmacht die aan haar via de toepasselijke algemene voorwaarden is verleend.
- 4°. Bank zorgt voor registratie bij de belastingdienst.

Over de geldigheid van de verzamelpandakte is veel discussie geweest<sup>16</sup>. Ik beperk mij hier tot het gebruik van de onherroepelijke volmacht. Bedingen in algemene voorwaarden die voor de wederpartij *onredelijk bezwarend* zijn, kunnen op grond van de wet<sup>17</sup> door de wederpartij worden vernietigd. In een voor de financieringspraktijk belangrijk arrest uit 2012 (Dix q.q./ING)<sup>18</sup> oordeelt de Hoge Raad dat een onherroepelijk volmachtsbeding in algemene voorwaarden *niet* onredelijk bezwarend voor de kredietnemer is. Daarbij is voor de Hoge Raad onder meer van belang:

- dat de volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling – het vestigen van een pandrecht – waartoe de kredietnemer/volmachtgever zich heeft verplicht, en,
- dat de onherroepelijke volmacht aan de bank (ING) is verleend in haar belang (verhoging zekerheid dat vestiging van het pandrecht daadwerkelijk zal plaatsvinden).

In hetzelfde arrest verwerpt de Hoge Raad ook andere tegen de verzamelpandakte aangevoerde juridische bezwaren. Banken kunnen zichzelf mede dankzij deze rechtspraak op eenvoudige wijze een sterke zekerheidspositie verschaffen.

### *Intermezzo: Privatieve volmacht*

Hooggeschatte rector, een van de ongemakken van een afscheidscollege is dat een substantieel deel van het gehoor uit niet-juristen bestaat. Ik heb mijn college daarom een beetje aangepast, "gedowngraded", maar veroorloof mij nu een kort intermezzo voor de

<sup>16</sup> Zie voor een overzicht van de literatuur de conclusie van A-G Hammerstein voor het in noot 18 genoemde arrest Dix q.q./ING.

<sup>17</sup> Art. 6:233 aanhef en onder a BW

<sup>18</sup> HR 3 februari 2012, NJ 2012/261, nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2012/200, nt. B.A. Schuijling (Dix q.q./ING).

juridische fijnproever, waaronder vele alumni van mijn faculteit. De zeer gewaardeerde overige toehoorders adviseer ik een hazenslaapje te doen of zich te laven aan deze mooie illustratie van Peter Vos in het boekje *Recht gedicht* (1994) en het bijbehorende gedicht van Cas Aubel.<sup>19</sup>

### OBJECTUM LITIS

Advocaten:

welles, nietes!

Rechtssubject:

objectum litis!

C.P. Aubel



[illustratie Peter Vos bij "OBJECTUM LITIS"]

De geldigheid van de onherroepelijke volmacht betekent dat de kredietnemer/volmachtgever de volmacht niet *kan* herroepen. Herroept de kredietnemer/volmachtgever deze toch, dan heeft dit geen juridisch effect. De kredietnemer heeft door de volmacht onherroepelijk te verlenen zijn "vrijheid tot zelfbepaling" uit handen gegeven. Toch heeft de bank geen 100% zekerheid dat zij de vorderingen van de kredietnemer in de toekomst steeds aan zichzelf kan verpanden. De onherroepelijke volmacht werkt als zodanig niet privaat. Dit wil zeggen dat de kredietnemer die een onherroepelijke volmacht tot verpanding aan de bank heeft verleend, zelf bevoegd blijft een (eerste) pandrecht op zijn vorderingen te vestigen ten gunste van een ander dan de bank. Indien hij dit doet voordat de bank dit namens hem heeft gedaan, pleegt de kredietnemer wellicht wanprestatie jegens de bank, maar is er toch sprake van een rechtsgeldig (eerste) pandrecht. Het is de vraag of de kredietnemer en de bank kunnen overeenkomen dat de volmacht *niet alleen onherroepelijk is, maar ook privaat*. In de literatuur wordt deze vraag doorgaans ontkennend beantwoord. Men wijst daarbij op art. 7:423 lid 1 BW. Deze bepaling zou de mogelijkheid van een privaatieve last beperken tot de gevallen waarin de lasthebber een aan de lastgever toebehorend recht *in eigen naam* (dus niet als vertegenwoordiger) uitoefent. Als de lasthebber op grond van de last *als vertegenwoordiger moet of mag* handelen, ontbreekt de mogelijkheid om aan de last privaatieve werking te verbinden, zo wordt doorgaans geleerd.<sup>20</sup> Het afwijzen van de mogelijkheid van een privaatieve volmacht is gebaseerd op de gedachte dat een individu niet over zijn handelingsbevoegdheid kan disponeren, hij kan zijn vrijheid tot zelfbepaling niet prijsgeven. Dezelfde gedachte kwamen we tegen bij tegenstanders van de onherroepelijke volmacht. Is het niet gek dat een privaatieve last wel mogelijk is als de lasthebber in eigen naam moet handelen en niet als de lasthebber als vertegenwoordiger moet of mag handelen? Ik beide gevallen geeft de lastgever zijn vrijheid tot zelfbepaling prijs, disponeert hij over zijn handelingsbevoegdheid. Ik zie geen goede grond voor dit verschil en meen dat een volmacht met privaatieve werking onder bepaalde voorwaarden

<sup>19</sup> *Recht gedicht naar aanleiding van tekeningen door Peter Vos*, CPO 1994, p. 20-21. Cas Aubel was alumnus van de Radboud Universiteit, wetenschappelijk medewerker van Van der Grinten en promoveerde bij hem. Hij was mijn patroon tijdens mijn stage als advocaat 1978-1981 en wij waren ruim drie jaren compagnon in de (onvolprezen) maatschap Dirkzwager & Kroeskamp (1981-1984).

<sup>20</sup> Zie ook de Parl. Gesch.

rechtens mogelijk is. Ook de wet biedt voldoende aanknopingspunten voor deze opvatting . Zo kan op grond van art. 118a lid 1 boek 2 BW de houder van beursgenoteerde certificaten een volmacht krijgen om in de algemene vergadering van aandeelhouders te stemmen. Deze volmacht werkt privaatief, hetgeen betekent dat de aandeelhouder die de volmacht heeft verleend, zelf niet meer *kan* stemmen. In de binnenkort te verschijnen negende druk van het Asser-deel over vertegenwoordiging, een boek waarvan Van der Grinten vijf drukken (mede) verzorgde, heb ik deze gedachte uitgewerkt.<sup>21</sup> Een volmacht met privaatieve werking is mijns inziens mogelijk binnen dezelfde grenzen als een onherroepelijke volmacht<sup>22</sup>. Er is goede grond om aan te nemen dat Van der Grinten mij zou bijvallen<sup>23</sup>. Ik heb vandaag dus ook goed nieuws voor de banken. Een bank kan met haar kredietnemer overeenkomen dat de volmacht tot verpanding van zijn huidige en toekomstige vorderingen niet alleen onherroepelijk, maar ook privaatief is.

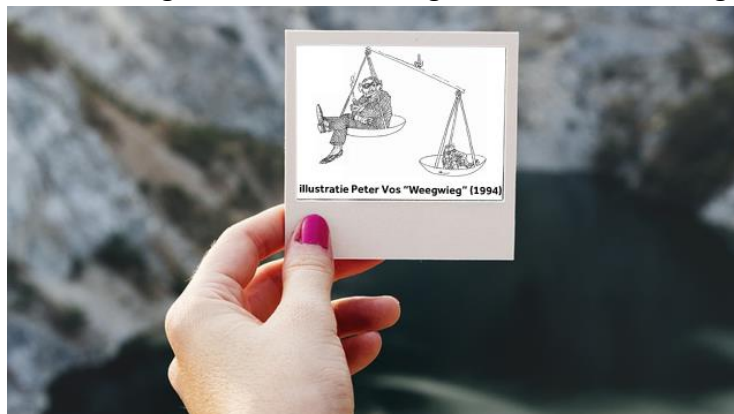
**[KORT GELUID WEKKER]** Einde hazenslaapje!

### *Rechtspraak te bankvriendelijk?*

Het arrest Dix q.q./ING, waarbij de verzamelpandakte toelaatbaar werd geacht, past in een ontwikkeling die al veel langer in de rechtspraak zichtbaar was. Advocaat-Generaal Timmerman zegt hierover in zijn conclusie bij het arrest Van Leuveren q.q./ING (2013):

“De weergave van jurisprudentie laat zien dat banken in de afgelopen twee decennia, stap voor stap, steeds meer terrein hebben gewonnen op het vlak van het verhaalsrecht. Vanwege de in het verleden ingezette lijn kon de Hoge Raad in het arrest Dix q.q./ING niet goed tot een ander oordeel komen. Dat neemt niet weg dat *het door de wetgever geviseerde evenwicht tussen separatisten en concurrente schuldeisers bij verhaal geleidelijk aan is zoekgeraakt.*”<sup>24</sup> (Cursivering S.K.)

Van het evenwicht dat de wetgever in 1896 voor ogen had, is inderdaad geen sprake meer.



[illustratie bij Peter Vos bij “WEEGWIEG”]<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Zie Asser/Kortmann 3-III 2017/68.

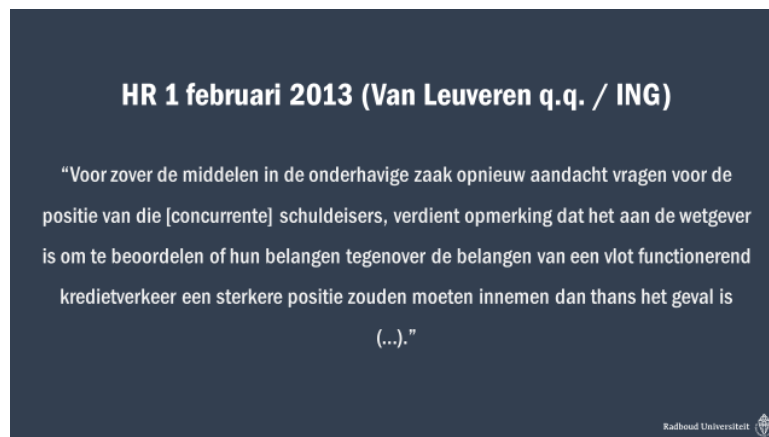
<sup>22</sup> Er is veel voor te zeggen ook de last ex art: 7:423 BW aan dezelfde beperking te onderwerpen, maar de wettekst en de wetsgeschiedenis bieden geen steun voor deze opvatting.

<sup>23</sup> Zie W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, (Mon. Nieuw BW, B-810) 1993/13.

<sup>24</sup> Conclusie A-G Timmerman nr. 3.43 bij HR 1 februari 2013, NJ 2013/156, nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2013/155 (Van Leuveren q.q./ING).

<sup>25</sup> *Recht gedicht naar aanleiding van tekeningen door Peter Vos*, CPO 1994, p. 23.

De banken hebben (vrijwel) alles en de concurrente crediteuren, de “gewone” handelscrediteuren, verkeren in een pauperparadijs<sup>26</sup>. Deze onbalans roept de vraag op of de rechtspraak zich in de verkeerde richting heeft ontwikkeld. De Hoge Raad vindt zelf van niet. Zijns inziens is het in ieders belang – ook van de werknemers en de concurrente schuldeisers – dat krediet op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten kan worden verkregen.<sup>27</sup> Dat moge zo zijn, maar hoe zwaar moeten de belangen van andere stakeholders zoals leveranciers, afnemers en werknemers wegen? Ook zij vervullen een cruciale rol bij het drijven van een onderneming.<sup>28</sup> Is de rechtspraak te bankvriendelijk, heeft zij te weinig oog voor de gewone (concurrente) schuldeisers? De Hoge Raad zegt hierover in het arrest Van Leuveren q.q./ING dat een jaar na Dix q.q./ING werd gewezen, ik citeer:<sup>29</sup>



“Voor zover de middelen in de onderhavige zaak opnieuw aandacht vragen voor de positie van die [concurrente] schuldeisers, verdient opmerking dat het aan de wetgever is om te beoordelen of hun belangen tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is (...)”

Deze reactie snijdt hout. In de kern is de gesignaleerde onbalans niet veroorzaakt door de rechtspraak, maar door onze wetgeving<sup>30</sup>. Deze maakt het mogelijk dat zekerheden kunnen worden gevestigd op vrijwel alle activa van de kredietnemer en dat de opbrengst daarvan buiten het faillissement om geheel naar de bank gaat. De rechtspraak heeft vooral onnodige bureaucratische rompslomp bij het vestigen van zekerheden uit de weg geruimd en dat is in ieders belang.

<sup>26</sup> De fiscus en de UWV komen als hoogpreferente schuldeisers in een beperkt aantal faillissementen wel (voor een deel van hun vordering) “aan de bak”.

<sup>27</sup> Zie Dix q.q./ING, r.o. 4.9.3.

<sup>28</sup> Vgl. conclusie A-G Timmerman bij Van Leuveren q.q./ING, nr. 3.44.

<sup>29</sup> Zie r.o. 4.1.

<sup>30</sup> In combinatie met de doorgaans omvangrijke bancaire financiering. De omvang van de financiering van ondernemingen door banken (en andere financiers) was ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet (ook relatief, dat wil zeggen t.o.v. schuldeisers) vele malen kleiner dan thans het geval is. De huidige omvangrijke financiering in combinatie met de wetgeving zorgen voor de onbalans.

## *Marginale wetgeving*

De wetgever is al enige jaren bezig met een herijtingsoperatie voor wat betreft het faillissementsrecht. Hij houdt zich daarbij bezig met bepaalde onderdelen van de Faillissementswet, zoals het bestuursverbod en de invoering van de mogelijkheid van homologatie van een onderhands akkoord<sup>31</sup>. Ik heb twijfels over deze aanpak. Mijns inziens is deze te fragmentarisch en marginaal. We hebben behoefte aan een integrale herziening van de insolventiewetgeving. Daarbij zal ook het zekerhedenrecht moeten worden betrokken dat vrijwel geheel in het Burgerlijk Wetboek en niet in de Faillissementswet wordt geregeld. Bij een integrale herziening zal op de eerste plaats een aantal basale vragen beantwoord dienen te worden. Ik noem enkele vragen en geef een eerste *heel voorlopig* en daardoor mogelijk onbevredigend antwoord:

1. *Moet het doel van de faillissementsprocedure/insolventieprocedure – thans: eerlijke verdeling van het actief – worden aangepast?*

Ik ben geneigd het eigenlijke doel niet te wijzigen, maar in de wet wel tot uitdrukking te brengen dat bij de realisatie van dit doel werkgelegenheid en andere zwaarwegende maatschappelijke belangen in aanmerking moeten worden genomen.<sup>32</sup>

2. *Moet het openen van een faillissementsprocedure/insolventieprocedure worden beperkt tot gevallen waarin er werkelijk iets te verdelen valt?*

Als het doel van de faillissementsprocedure hetzelfde blijft – een eerlijke verdeling door de curator van het actief onder de schuldeisers – ligt het voor de hand de kostbare faillissementsprocedure te beperken tot de gevallen waarin er actief is te verdelen.

3. *Moet de positie van de concurrente schuldeisers worden versterkt of weegt een vlot functionerend kredietverkeer zwaarder?*

Versterking van de positie van de “gewone handelscrediteuren” heeft alleen zin als deze fors is.<sup>33</sup> De recoveryrate voor banken wordt dan substantieel lager. Of een vlotte financiering door de banken hierdoor in gevaar komt staat voor mij niet vast<sup>34</sup>. Hiervoor is nader onderzoek nodig, zeker ook door economen. Om een evenwichtig antwoord op deze vraag te kunnen geven is het van belang dat de banken openheid van zaken geven over hun

---

<sup>31</sup> Tot 1 december 2017 vindt er door het Ministerie van V&J een tweede internetconsultatie plaats over het bijgestelde concept van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 1.1.2 Voorontwerp. Zie over het doel van de faillissementsprocedure onder meer A. van Hees, *Het doel van het faillissement en de taak van de curator*, Tvl 2004/45; J.J. van Hees, *De schone schijn van het toezicht in het insolventierecht*, bundel Toezicht tegen het licht; kernwaarden, kansen en knelpunten, Kluwer 2015, p. 157 e.v.; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementsprocedure van art. 69 Fw revisited*, WPNR 7074 (2015); J.J. van Hees en A. Ourhris, *Kroniek van het insolventierecht*, NJB 2016, p. 1072.

<sup>33</sup> Een van de mogelijkheden om hun positie te versterken is de invoering van een zogenaamde “*carve-out regeling*”. Zie hierover A.M. Mennens, *Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen*, Tvl 2013/38 met uitvoerige literatuurverwijzingen.

<sup>34</sup> Maar het tegendeel ook niet. Zie het recente artikel van Charles W. Calomiris, Mauricio Larrain, JoséLiberti, Jason Sturgess, *How collateral laws shape lending and sectoral activity*, Journal of Financial Economics 123 (2017) 163–188.



recovery rate in Nederlandse insolventies. De geheimzinnigheid van de banken op dit punt is ongewenst en onnodig.

4-6. *Is de separatistenregeling achterhaald? En in het verlengde daarvan: moet in geval van faillissement/insolventie de regierol bij de curator liggen? En voorts: moeten de zekerheidsgerechtigden bijdragen in de faillissementskosten?*

Op deze vragen durf ik een wat stelliger antwoord te geven. Drie keer ja!. De separatistenregeling behoeft herziening, de regierol behoort niet bij de banken, maar bij de curator te liggen en de zekerheidsgerechtigden moeten niet als separatist maar binnen het faillissement aan hun trekken komen en als zodanig bijdragen aan de kosten van de afwikkeling van het faillissement.

7. Laatste vraag: *Verdiert ons zekerhedenrecht herziening?*

Mijn antwoord kan kort zijn: ja!

Het is aan de wetenschap de wetgever te helpen bij het vinden van de juiste oplossingen en wetsvoorstellen kritisch te beschouwen. Ik ben van plan dit de komende jaren te blijven doen. Dankzij een royale financiële ondersteuning van de Stichting Ammodo aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) kunnen vier promovendi worden aangesteld die onderzoek zullen doen op het terrein van het insolventierecht. Ik heb aan de faculteit en het OO&R toegezegd nauw bij dit onderzoek betrokken te blijven. In zoverre heeft dit college dan ook een “doorstartkarakter”.

### *Dankbetuiging*

Mijnheer de rector, maakt u zich geen zorgen, het *adieu-karakter* voert vandaag de boventoon en voor mij is deze dag een dag van dankbaarheid.

Eerst en vooral dank ik de studenten en cursisten in het postacademische onderwijs die mij in de loop der jaren zo veel voldoening hebben gegeven, ik heb ook het nodige van hen geleerd.

Ik ben het stichtingsbestuur, het college van bestuur en het faculteitsbestuur zeer dankbaar voor de vrijheid die mij gedurende mijn ruim 33 jaar hoogleraarschap is geboden. Vrijheid in zowel onderwijs als onderzoek, maar ook de vrijheid om buiten de universiteit actief te zijn. Door de samenwerking met de rechtspraak heb ik kunnen bijdragen aan het succes van het Centrum voor Postacademisch Onderwijs (CPO) en dat van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R). Dankzij de mij geboden vrijheid heb ik verleidingen – ook financiële – om elders een functie te aanvaarden, kunnen weerstaan. Dankbaar ben ik ook voor de collegialiteit en vriendschap die ik binnen de faculteit, in het bijzonder de sectie burgerlijk recht, het CPO en het OO&R, maar ook tijdens mijn rectoraat in en buiten het bestuursgebouw heb mogen ervaren. We moeten het familie karakter van onze universiteit en in het bijzonder dat van de faculteit blijven koesteren.

I owe a special debt of gratitude to my foreign guests. Thank you so much for your contributions to the conference this afternoon and, more generally, for your attendance

here today. It has been an absolute privilege to work with you and I hope very much that our collaboration and friendship will continue after my (formal) retirement.

We zijn met velen vandaag en dat ontroert mij. Maar het laat ook zien dat ik de velen die ik dank verschuldigd ben, hier niet bij naam kan noemen. Voor enkele mensen maak ik een uitzondering.

In de eerste plaats noem ik mijn beide opvolgers Steven Bartels en Corjo Jansen. Steven, jij bent mij in 2007, toen ik rector werd, opgevolgd als hoogleraar op de kernleerstoel burgerlijk recht. Een betere opvolger had ik mij niet kunnen wensen. Corjo, jij nam van mij in 2007 de voorzittershamer over van zowel het CPO als het OO&R en beide instituten staan er beter voor dan ooit. Je doet nog veel meer en bent de ongekroonde koning van de faculteit. Sinds jouw komst naar Nijmegen in 1998 is er tussen ons een hechte vriendschap ontstaan; moge die nog lang duren. Als ik de naam CPO laat vallen wil ik graag ook Fien Edixhoven en Marianne van den Bosch noemen. Fien, jij bent de founding mother van dit prachtige instituut; Marianne jij hebt het samen met Niek van der Heijden onder het toezien oog van Corjo verder uitgebouwd. Het was (en is) een groot genoegen met jullie samen te werken en samen te spannen. Naast Fien en Marianne noem ik ook Louk Hermans, in haar eigen woorden "het Moeke van de faculteit". Louk, op onnavolgbare wijze en met een ongekennde energie en charme weet jij Jan en alleman aan het werk te zetten. Ik ben daar vele malen ingetuind.

Er is nog een vrouw die ik niet ongenoemd mag en wil laten: Gonnie Jakobs. Gonnie sinds 2 januari 1986 ben jij mijn steun en toeverlaat, ik mag wel zeggen mijn *beschermengel*. In de loop der jaren heb jij duizenden dictaten uitgewerkt. Jij hebt mij voor menige misslag behoed, onder meer door gedicteerde emails niet te versturen als je de indruk had dat die wel eens verkeerd zouden kunnen vallen. De wetenschap dat jij nog voor mij blijft werken, geeft mij de kans een doorstartje te maken.

Bijna 32 jaren waren mijn oudste broer Tijn en ik hoogleraar aan dezelfde faculteit. Hij was niet alleen mijn broer en onvervangbare raadgever, maar bovenal mijn makker en zeilmaat. Hij zou dit college veel te serieus en hopeloos saai hebben gevonden. Het waren prachtige jaren waarin we binnen en buiten de uni samen veel pret hebben gehad.



En dan tot slot Margreet, onze vier zonen met partners en kleinzonen. Ook jullie hebben mij al die jaren veel vrijheid gegeven en die heb ik wellicht af en toe ten koste van jullie misbruikt. Jullie hebben gezorgd dat ik niet naast mijn schoenen ben gaan lopen en behoed voor faux pas. Het hardst hebben jullie mij toegejuicht toen Dagblad de Gelderlander mij op 31 december 2011 op de voorpagina uitriep tot “oliebol van het jaar”.



(En dan te bedenken dat ik niet van oliebollen houd). Ik hoop en wens dat we nog vele jaren samen mogen zijn en van elkaar genieten.

Mijnheer de rector magnificus, ik vertrek....., maar blijf een beetje inzetbaar...



[illustratie Peter Vos bij "SUMMUM IUS"<sup>35</sup>

Vale, iterumque vale! moge het onze universiteit nog heel lang goed gaan, *in Dei nomine feliciter!*

<sup>35</sup> Recht gedicht naar aanleiding van tekeningen door Peter Vos, CPO 1994, p. 11.