

mr Mart J. M. Franken¹

VERIFICATIE VAN VORDERINGEN

Redelijkheid en billijkheid tussen schuldeisers onderling: Een gemiste kans?

Dit artikel is verschenen in de bundel “De bewindvoerder, een octopus”, uitgegeven in 2008 door Uitgeverij Kluwer B.V, serie Onderneming en Recht, deel 44 (ISBN 9789013055955)

Inleiding

“De in de Faillissementswet met betrekking tot de verificatie getroffen voorzieningen strekken tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde.” Aldus de Hoge Raad in 1991.² Deze uitspraak ligt geheel in lijn met wat de wetgever in 1893 heeft beoogd.³ Het verificatieproces van vorderingen ziet dus primair op de vraag of een schuldeiser een vordering heeft op zijn gefailleerde schuldenaar, en de hoogte ervan. Maar in een insolventiesituatie is er meer dan de relatie schuldeiser en gefailleerde schuldenaar. Dan komen alle schuldeisers ook ten opzichte van elkaar te staan. Er is dan een samenloop, de *concursum*, van schuldeisers. Vandaar dat ook hun onderlinge rangorde van belang wordt.

De schuldeisers hebben buiten faillissement in beginsel niet met elkaar van doen.⁴ Immers, buiten faillissement wordt ervan uitgegaan dat iedere schuldeiser zelf genoegdoening en betaling kan krijgen van hetgeen hij van de schuldenaar heeft te vorderen. Betaling aan of verhaal door een schuldeiser gaat langs de andere schuldeisers heen. Zij houden los van elkaar hun rechten op betaling en verhaal.

In een insolventie is er evenwel in de regel sprake van een te kleine koek, waarvan teveel crediteuren een deel wensen. Het gaat dan niet meer uitsluitend om de verhouding tussen de schuldeiser en de gefailleerde schuldenaar. Immers, bij het verdelen van die koek wordt steeds meer van belang hoe de schuldeisers zich *jegens elkaar* verhouden. De schuldeisers komen met elkaar in concurrentie te staan, waarbij iedere schuldeiser tracht de beste stoel aan tafel te verwerven, teneinde uitzicht te krijgen op

¹ advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda

² HR 8 november 1991, NJ 1992/174 met noot Maeijer, Nimox/Van den End r.o. 3.3.5.

³ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, Kluwer, Zwolle 1994, p. 74: “De verificatie heeft ten doel vaststelling van de rechten der schuldeischers in het faillissement; daartoe is noodig vaststelling van het bedrag, aard en karakter der vordering”.

⁴ behoudens uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld de BW-pauliana van art. 3:45 BW en de faillissementspauliana voor rechtshandelingen vóór faillissement als bedoeld in art. 42 en 47 Fw. Zie ook F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer, Tjeenk Willink 1998, p. 67 e.v.

het grootste stuk van de te verdelen taart. De verhouding tussen de schuldeisers *onderling* lijkt dan belangrijker te worden dan de verhouding van iedere individuele schuldeiser ten opzichte van de gefailleerde schuldenaar. Zo heeft de schuldeiser er bijv. belang bij te trachten het etiket “met voorrang” op zijn vordering geplakt te krijgen, dan wel, indien hij concurrente crediteur is, zijn vordering zodanig “op te blazen” dat hij voor een zo hoog mogelijke vordering geverifieerd wordt, en aldus zijn aandeel in de te verdelen koek kan optimaliseren.

De vraag rijst welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat de verhouding tussen de schuldeisers onderling belangrijker lijkt te worden dan die tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Leidt dat of dient dat te leiden tot consequenties voor hun onderlinge verhouding? Leidt dat of dient dat te leiden tot nadere regelgeving tussen de betreffende schuldeisers onderling?

Ik geef een paar voorbeelden:

1. Stel dat een verhuurder van de huurder, later gefailleerde, heeft bedongen dat bij tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst wegens insolventie de toekomstige huurtermijnen ineens opeisbaar worden, en de verhuurder daardoor een zeer hoge vordering ter verificatie indient. Mag dat, kan dat? Of worden daardoor de andere schuldeisers tekort gedaan?
2. Stel dat een lessor met de lessee, later gefailleerde, in geval van wanprestatie een hoge gefixeerde schadevergoeding of een (hoog) boetebeding heeft afgesproken, en deze vervolgens ter verificatie indient. Kan dat, mag dat jegens de andere schuldeisers?
3. Stel dat de schuldenaar een geldleenovereenkomst heeft gesloten, die is achtergesteld bij al zijn crediteuren. Stel dat de geldgever daarnaast uit hoofde van hem verstrekte leveranties ook nog het nodige aan de schuldenaar verschuldigd is. Mag hij zich dan, in de onderlinge concurrentie met de andere schuldeisers, op verrekening beroepen met de vordering uit hoofde van de achtergestelde lening?
4. Stel dat de enig aandeelhouder/moederverenootschap van de gefailleerde deze nauwelijks aandelenkapitaal heeft verstrekt, maar ter financiering van de activiteiten van de schuldenaar wel grote bedragen heeft geleend. Trekt die moederverenootschap dan “gelijk op” met de andere crediteuren?

Is er een rechtsregel die de onderlinge verhouding tussen schuldeisers regelt en zo nee, is er behoefte aan een dergelijke regeling?

In de literatuur - en ik kom daarop hieronder terug - wordt door velen aangenomen dat tussen schuldeisers onderling *de redelijkheid en billijkheid* in acht dient te worden genomen. Doch de vraag is waarop die gedachte is gebaseerd. En de vraag is tevens wat dit dan betekent.

Wet

In de wet - niet in het BW en evenmin in de faillissementswet - wordt nergens met zoveel woorden bepaald dat schuldeisers jegens elkaar de redelijkheid en billijkheid in acht hebben te nemen. Dat zegt de wetgever echter wel voor andersoortige relaties.

1. In art. 2:8 BW is expliciet geregeld dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken zich *jegens elkaar* moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Het eerste lid regelt dan de aanvullende werking ervan. Het tweede lid de derogerende.
2. Voor de verhouding tussen *schuldeiser* en *schuldenaar* is in art. 6:2 BW bepaald dat zij zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. Ook hier weer met twee componenten, zowel de aanvullende als de derogerende werking.
3. Ditzelfde art. 6:2 BW wordt dan van overeenkomstige toepassing verklaard op rechtsbetrekkingen tussen *hoofdelijke schuldenaren onderling* (art. 6:8 BW), op de verhouding tussen

hoofdschuldenaar en borg, alsmede tussen *borgen onderling* (art. 7:865 BW), en tevens op de *deelgenoten in de gemeenschap* (art. 3:166 BW).

4. Ook de *leden van een rederij* moeten zich *jegens elkander* gedragen naar de normen van redelijkheid en billijkheid, zo is in 8:162 BW bepaald.
5. Dat ook *werkgever en werknemer* zich zodanig jegens elkaar dienen te gedragen, ligt ten grondslag aan art. 7:611 BW.
6. In het nieuwe recht met betrekking tot personenvennootschappen wordt bepaald dat *vennoten tegenover elkaar* zich moeten gedragen zoals een goed vennoot betaamt, hetgeen blijkens de memorie van toelichting⁵ betekent dat zij zich jegens elkaar redelijk en billijk dienen te gedragen.

Tot op heden is er evenwel geen expliciete bepaling die de redelijkheid en billijkheid tussen *schuldeisers onderling* regelt. De *paritas creditorum* regel van art. 3:277 BW kan niet als een specialis van een dergelijke regel worden beschouwd, omdat dit artikel vooral ziet op de *rangorde* van crediteuren en niet op een onderling redelijkheids- en billijkheidsgedrag.⁶

Wat betekent dit? Men kan daarmee twee kanten uit. De wetgever heeft uitdrukkelijk alleen de hiervoor bedoelde relaties willen regelen en niet de onderlinge schuldeisersrelatie en om die reden heeft de wetgever zich uitdrukkelijk beperkt tot de hiervoor bedoelde betrekkingen. Maar het kan ook betekenen dat de wetgever aan het regelen van de onderlinge schuldeisersrelatie eenvoudigweg (nog) niet is toegekomen of het is vergeten, doch dat moet worden aangenomen dat er sprake is van zo'n algemeen rechtsbeginsel dat dit ook moet worden geacht te gelden tussen schuldeisers in een faillissementssituatie.

In de Memorie van Toelichting bij art. 47 Fw.⁷ wordt gesproken over *het in strijd handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen*, indien een crediteur betaling van de schuldenaar aanneemt, als hij weet dat diens faillissement is aangevraagd. Het is maar de vraag of hieruit een algemeen beginsel in faillissementen mag worden afgeleid. Op de eerste plaats wordt in de wetsgeschiedenis deze opmerking uitsluitend gemaakt in het kader van het betreffende 47 Fw. en daarnaast gaat het bij deze paulianavorm niet om de verhouding tussen schuldeisers *in en na* het faillissement, maar om een situatie *vóór* faillissement. Het is dus niet duidelijk of hieraan een ruimere strekking mag worden toegekend.

Rechtspraak

1. In het arrest Loorbach q.q./Van Streun van 1952⁸ ontwijkt de HR een uitdrukkelijk door Eggens als A-G gegeven voorzet. In zijn conclusie stelt Eggens dat de beginselen van goede trouw en billijkheid, die deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap in acht moeten nemen, ook de rechtsverhouding *tussen de deelgenoten in een faillissement* mede bepalen. De HR lijkt daaraan voorbij te gaan.⁹ Brunner legde bijna 30 jaar later het standpunt van de HR aldus uit dat in dit arrest zou zijn beslist dat de onderlinge verhouding van schuldeisers in een faillissement *juist niet* door de

⁵ MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, wetsvoorstel 28 – 746, nr. 3, p. 7-8.

⁶ Ik kom daarop hieronder terug.

⁷ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994, p. 449.

⁸ HR 27 juni 1952, NJ 1953, 564 met noot Houwing.

⁹ Het ging in dit arrest om de vraag of een crediteur, die zich aanvankelijk had laten verifiëren voor de koopsom, daarop kon terugkomen en alsnog ontbinding van de overeenkomst kon vragen. De HR oordeelde dat *dit terugkomen door de schuldeiser op zijn aanvankelijk gedane keuze niet onverenigbaar is met de belangen van de overige faillissements-schuldeisers en met de eisen van een behoorlijke en regelmatige afwikkeling van het faillissement*.

goede trouw wordt beheerst.¹⁰

2. Ook in het (door Brunner besproken) arrest van de Veluwe Nutsbedrijven laat de HR zich niet uit over het toetsingsgehalte van de onderlinge rechtsbetrekkingen van de schuldeisers. Dat leek wel aan de orde in de “opvolger” van dit arrest, te weten de uitspraak inzake Van der Hel q.q./Edon.¹¹ Kortmann heeft niet alleen dit arrest van een noot voorzien, maar tevens de daaraan voorafgaande uitspraken van de president van de rechtbank Almelo en van het Arnhemse hof.¹² In die beide noten bepleit Kortmann uitdrukkelijk dat de rechtsverhouding tussen faillissementsschuldeisers onderling dient te worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Het Arnhemse hof stelt zich nog wel de vraag of het nutsbedrijf Edon zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van bevoegdheid enerzijds dan wel haar bevoegdheid heeft gebruikt in strijd met de *jegens de andere schuldeisers in acht te nemen goede trouw* anderzijds, maar de HR ontwijkt ook nu de geboden kans zich uit te laten door in feite de betreffende overweging van het hof weg te redeneren. Immers, de HR zegt¹³: “*het oordeel van het hof dat Edon geen misbruik van bevoegdheid maakt, noch haar bevoegdheid gebruikt in strijd met de jegens andere schuldeisers in acht te nemen goede trouw, moet aldus worden begrepen dat naar het oordeel van het hof niet gezegd kan worden dat het onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de boedel en/of de andere schuldeisers onaanvaardbaar zou zijn indien Edon de energietoevoer zou staken.*” Zoals Kortmann in zijn noot aangeeft plaatst de HR een en ander in de sleutel van de leer van het rechtsmisbruik, en kennelijk niet tegen de horizon van de door de schuldeisers onderling in acht te nemen maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
3. Een soortgelijke discussie speelde in een kwestie, die door het Amsterdamse hof werd beslist.¹⁴ In een faillissement was er een akkoord aangeboden. Een van de grootste crediteuren, die het aannemen van een crediteurenakkoord kon belemmeren vanwege het daarvoor geldende quorum, was voornemens tegen te stemmen. De curator trachtte middels een kort geding deze crediteur te dwingen vóór het akkoord te stemmen. De president had in eerste instantie geoordeeld “*dat de vrijheid van de schuldeiser om tegen een aangeboden akkoord te stemmen zowel naar huidig als met name ook naar toekomstig recht wordt beperkt door de regels van redelijkheid, billijkheid en goede trouw, die de onderlinge rechtsverhoudingen tussen debiteuren en crediteuren enerzijds en crediteuren jegens elkander anderzijds beheersen*”. Het hof kiest een andere insteek. Het hof verwerpt het standpunt van de president, daarbij overwegend: “*Niet beslissend is, zoals de President heeft aangenomen, of dat onverenigbaar was met maatstaven van redelijkheid en billijkheid, maar of zij aldus misbruik van die bevoegdheid maakte.*”
4. Gewezen wordt ook op het arrest van Buter en Tiethoff q.q./Besix.¹⁵ Een schuldeiser had de schuldenaar/gefaillieerde een achtergestelde lening verstrekt. De gefaillieerde op zijn beurt had een vordering op die crediteur, die zich in faillissement op verrekening beriep met zijn achtergestelde vordering. Door de curatoren wordt uitdrukkelijk een beroep gedaan op de positie van de medecrediteuren, die belang hebben bij het feit dat de lening is achtergesteld en die redelijkerwijs aanspraak moeten kunnen maken op naleving van die achterstelling, en wel in die zin dat de crediteur niet mag verrekenen. In drie instanties wordt de positie van de andere crediteuren volkomen genegeerd. De vraag naar de betekenis van de achtergestelde lening en de vraag of verrekening geoorloofd was wordt uitsluitend en alleen geplaatst in de sleutel van de verhouding tussen de betreffende schuldeiser en de gefaillieerde schuldenaar. Slechts die verhouding, en de

¹⁰ Dat deed hij in zijn noot onder het bekende arrest van de Veluwe Nutsbedrijven, HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640: zie sub 2

¹¹ HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896, JOR 1999, 17 met noot Kortmann.

¹² President rechtbank Almelo 27 november 1996, JOR 1996, 11; Hof Arnhem 8 april 1997, JOR 1997, 61.

¹³ Aldaar in r.o. 3.8.

¹⁴ Hof Amsterdam 7 maart 1991, NJ 1992, 77 inzake mr Dil q.q./De Nederlande.

¹⁵ HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503 met noot Du Perron, JOR 2002/234 met noot Wessels.

uitleg van hun overeenkomst, wordt besproken, waarna in drie instanties tot de conclusie wordt gekomen dat op basis van die verhouding verrekening was toegestaan. De positie van de overige crediteuren werd kennelijk volstrekt irrelevant geacht.

5. In de zaak Tiethoff en Douma q.q./Amstellease (BaByXL)¹⁶ was sprake van een operational leaseovereenkomst. De lessor had, conform de bepalingen van de leaseovereenkomst, hangende de surseance de overeenkomst beëindigd en wenste, evenzeer conform die leaseovereenkomst, alle resterende termijnen ter verificatie in te dienen. De curatoren hebben de procedure voornamelijk gevoerd tegen het licht van de art. 39 Fw. en 238 Fw. De HR heeft dus niet echt de kans gekregen zich uit te laten over de vraag of en in hoeverre de onderlinge betrekking tussen de diverse schuldeisers mede relevant was. Het enige wat de HR doet, als een soort obiter dictum, is een overweging wijden aan de derogerende werking van art. 6:248 lid 2 BW. De HR stelt dat in voorkomend geval een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terzake van een bepaald beding kan worden gedaan, maar constateert dat tegen de verwerping daarvan door de rechtbank in cassatie niet is opgekomen. Doch ook hier refereert de HR, verwijzend naar 2:248 BW, niet aan de onderlinge verhouding *tussen crediteuren*, doch slechts aan de werking van de redelijkheid en billijkheid in de relatie van de schuldeiser en zijn gefailleerde schuldenaar.
6. Ook de rechtbank Utrecht¹⁷ stelt de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar voorop en honoreert een beroep op een gefixeerde schadevergoeding, zonder rekening te houden met de omstandigheid dat het betreffende pand inmiddels aan een derde verhuurd was en de werkelijke schade lager was. Van Andel vindt, in zijn noot, dat ten onrechte de onderlinge verhoudingen met de andere crediteuren, die mede geregeerd (zouden moeten) worden door de redelijkheid en billijkheid, niet zijn meegewogen.
7. In het faillissement van Jomed moest de rechtbank Amsterdam¹⁸ in een renvooiprocedure oordelen of een zeer hoge vordering van de crediteur Getz verifieerbaar was. Getz had een lening verstrekt aan Jomed voor € 5 miljoen, waarbij bedongen was dat - ook buiten faillissement - uiterlijk na 3 jaar € 12 miljoen zou worden terugbetaald. De rechtbank toetst dit beding aan het redelijks- en billijkheids criterium van art. 6:248 BW, dus primair in de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar, en wijst de vordering van Getz af. Doch de rechtbank voegt daar nog wel aan toe “..... wat extra klemt nu Jomed in staat van faillissement verkeert en toekenning van de overeengekomen vergoeding zou leiden tot onevenredige benadeling van haar andere schuldeisers,” Hier wordt een en ander wel (mede) afgezet tegen de onderlinge relatie van de schuldeisers.

Op basis van voormelde uitspraken kan niet gezegd worden dat het beginsel, dat tussen schuldeisers *onderling* de redelijkheid en billijkheid heeft te gelden, in de rechtspraak algemeen ingang heeft gevonden. Integendeel! Het lijkt erop dat de rechter voornamelijk kijkt, ook in het kader van de redelijkheid en billijkheid, naar de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar.

Of is deze conclusie te kort door de bocht? Moeten we misschien concluderen dat de rechtspraak die redelijkheid en billijkheid “via de zijdeur” toch in ons recht heeft binnengehaald? Ik geef twee voorbeelden:

8. In de casus van het arrest Tiethoff q.q./NMB¹⁹ had de gefailleerde een onroerende zaak verhuurd aan de NMB-bank. Deze huur werd na faillissement gecontinueerd. De NMB had daarnaast op de failliet een grote vordering uit hoofde van de met deze gesloten kredietovereenkomst. De NMB

¹⁶ HR 13 mei 2005, NJ 2005/406 met noot Van Schilfgaarde, JOR 2005/222 met noot Van Andel.

¹⁷ Rb Utrecht 1 februari 2006, JOR 2006/112 met noot Van Andel.

¹⁸ Rb Amsterdam 1 februari 2006, JOR 2006/221.

¹⁹ HR 22 december 1989, NJ 1990/661 met noot Van Schilfgaarde.

wenste de door haar ná faillissement verschuldigde huurpenningen te verrekenen met haar vordering uit de kredietovereenkomst, daarbij stellende dat art. 53 Fw van toepassing was omdat de na faillietverklaring ontstane schuld rechtstreeks voortvloeide uit de vóór de faillietverklaring gesloten huurovereenkomst. De HR wijst deze verrekening af, daarbij verwijzend naar de *paritas creditorum*: “Een andere opvatting zou er toe leiden dat het mede aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken”.

9. Ook in het Nebula-arrest²⁰ verwijst de HR naar dit beginsel. Het ging in dit arrest om de vraag of verhuur van een onroerende zaak door de economisch eigenaar tijdens het faillissement aan de boedel kan worden tegengeworpen. De HR kwam tot de conclusie dat het niet het geval was, omdat een andere opvatting zou leiden tot een onaanvaardbare doorbreking van de *paritas creditorum*.

Met het begrip *paritas creditorum* wordt algemeen verwezen naar het bepaalde in art. 3:277 BW.²¹ In deze bepaling gaat het evenwel om de *rangorde* van crediteuren, waarbij het uitgangspunt is dat alle schuldeisers gelijk zijn, tenzij ze voorrang hebben of zijn achtergesteld. Het is een “hard and fast rule” van het goederenrecht. Dit artikel gaat niet over de vraag of schuldeisers zich op grond van deze goederenrechtelijke regel ook nog eens ten opzichte van elkaar redelijk en billijk hebben te gedragen. Desalniettemin is het opmerkelijk dat de HR, en ook wel lagere rechters, juist dit artikel lijken te gebruiken om in feite, wat ik dan maar noem: “via de zijdeur”, kennelijk toch de regels van redelijkheid en billijkheid op schuldeisers onderling van toepassing te doen zijn. Of doelt de HR niet specifiek op art. 3:277 BW, maar op een aan ons insolventierecht in het algemeen ten grondslag liggend beginsel van gelijkheid van schuldeisers, die zich jegens elkaar redelijk dienen te gedragen? Is de verwijzing van de HR in het Nebula-arrest²² naar art. 108 e.v. Fw (regelende de verificatie van vorderingen) daartoe indicatief? Wie het weet mag het zeggen.

Literatuur

Zoals hiervoor al is opgemerkt, wordt in de literatuur wel vrij algemeen aanvaard dat in insolventies tussen *schuldeisers onderling* de redelijkheid en billijkheid in acht dient te worden genomen. Dat geldt niet alleen voor gezaghebbende juristen op insolventiegebied, doch ook voor anderen.

1. Verstijlen is daarin stellig, zowel in zijn dissertatie²³ als in zijn preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht²⁴:

*“De partijen zijn vrij hun onderlinge rechtsverhouding in te richten zoals zij willen; derden, waaronder de schuldeisers van partijen, staan hier buiten. Maar binnen faillissement vindt de wederpartij opeens de gezamenlijke schuldeisers tegenover zich, die in de vermogensrechtelijke schoenen van de schuldenaar treden, en komen de schuldeisers, waaronder in de regel die wederpartij, in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar te staan. Het is de vraag of de rechtsverhouding zoals de contractspartijen die in het leven roepen in al haar facetten kan worden ingeroepen tegen de gezamenlijke schuldeisers.”*²⁵

Waar vóór het faillissement de belangen van contractspartijen centraal staan, staan binnen

²⁰ HR 3 november 2006, NJ 2007/155 met noot Van Schilfgaarde, JOR 2007/76.

²¹ Zie bijv. Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten in Asser's *Goederenrecht-Zekerheidsrechten*, deel-III, 13^e druk, sub 2.

²² zie r.o. 3.5

²³ F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator*, diss. Tjeenk Willink 1998, p. 73 e.v.

²⁴ F.M.J. Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, preadvies 2006 voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, Kluwer p.93 e.v. en p. 130 e.v.

²⁵ Preadvies p. 93.

*faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op de voorgrond.*²⁶

*Maar in geval van insolventie komen alle schuldeisers in een rechtsverhouding tot elkaar te staan en geldt de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. De wederpartij van de schuldenaar is dan in de regel - niet steeds - een schuldeiser in die concursus. Het is de vraag of de rechtsverhouding zoals de contractspartijen die in het leven roepen altijd in al haar facetten kan worden ingeroepen tegen de gezamenlijke schuldeisers. De vraag speelt temeer omdat de overeenkomst kan zijn ingericht - en veelal is ingericht - om de positie van een partij in het geval van een faillissement van de andere partij ten opzichte van diens (overige) schuldeisers te versterken”.*²⁷

2. Niet minder stellig is Kortmann. Hij kent in zijn drie noten onder alle drie de instanties in de zaak Van der Hel q.q./Edon geen twijfel. Integendeel! Hij beschouwt *het beginsel dat de rechtsverhouding tussen de faillissementsschuldeisers onderling wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid* zelfs als één van de drie beginselen van het faillissementsrecht, naast de *paritas creditorum* en het *fixatiebeginsel*.²⁸ Hij baseert zich hierbij met name op het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I.
3. Van Andel is evenzeer duidelijk. In zijn noot onder de hiervoor bedoelde uitspraak van de rechtbank Utrecht²⁹ lijkt hij niet te twijfelen:

*“In casu is sprake van een spanningsveld tussen enerzijds het uitgangspunt van de partijautonomie en anderzijds de collectiviteit van het faillissement waarin schuldeisers tot elkaar staan in een verhouding die mede geregeerd wordt door de redelijkheid en billijkheid (.....). Wat weegt in casu zwaarder? Volgens de Rechtbank Utrecht kennelijk de partijautonomie, maar een overweging waarin een weloverwogen afweging met het oog op het geschetste spanningsveld wordt gemaakt wordt in het vonnis node mist”.*³⁰

4. Ook Vriesendorp³¹ lijkt het beginsel aan te hangen, hoewel hij het (ook) plaatst in de sleutel van de *paritas creditorum*:

“Hoewel dit soort afspraken (een contractueel gefixeerde schadevergoeding: MF) als zijnde onderdeel van een overeenkomst in beginsel ongemoeid worden gelaten door de faillietverklaring, acht ik die ongewenst en op gespannen voet met de paritas creditorum tussen de verschillende schuldeisers. Het betekent immers dat de verhuurder bij een pons-ponsgewijze verdeling een groter deel van zijn werkelijke schade vergoed krijgt dan de andere schuldeisers.”

5. Wessels verwijst evenzeer naar Loeffen q.q./Mees & Hope I, als hij aanneemt dat de redelijkheid en billijkheid de onderlinge schuldeisersrelatie mede beheerst.³²
6. Ook Frima geeft aan dat de regels van redelijkheid en billijkheid niet alleen de onderlinge rechtverhoudingen tussen schuldenaar en schuldeisers, doch ook *schuldeisers jegens elkaar beheersen*.³³

²⁶ Preadvies p. 95

²⁷ Preadvies p. 130

²⁸ Zie noot Kortmann onder uitspraak hof Arnhem, genoemd in noot 12.

²⁹ Zie voetnoot 17

³⁰ Zie in zijn noot met betrekking tot die uitspraak sub 2.

³¹ In zijn annotatie bij het arrest BaByXL in *Ars Aequi*, 2005, p. 943.

³² Polak-Wessels, *Insolventierecht*, Kluwer 2000, II par. 2470 en Wessels, *Insolventierecht*, Kluwer 2007, III par. 3019.

³³ R.P.W Frima, *De homologatie van het onderhands akkoord*, TVVS 1992, nr. 92, p.193

Niet alleen schrijvers op het gebied van insolventierecht hangen het beginsel aan. Ook anderen.

7. Hartkamp meldt in zijn boek in de Asser-serie dat de rechtsverhouding tussen schuldeisers wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (zich ook beroepend op Loeffen q.q./Mees & Hope I).³⁴ En ook elders meldt hij: *“In elk geval vind ik dat (...) waar vermogensrechtelijke belangen botsen (denk bijvoorbeeld aan crediteuren in een faillissement) de goede trouw een rol speelt.”*³⁵
8. Rijken, ook al verwijzend naar Loeffen q.q./Mees & Hope I, geeft evenzeer aan dat de relatie tussen de schuldeiser en zijn medeschuldeisers wordt beheerst door het beginsel van de redelijkheid en billijkheid.³⁶
9. W. Snijders heeft in 2003 een artikel geschreven onder de titel: *“Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht”*.³⁷ Hij breidt het beginsel zelfs nog uit:

“Een en ander mondt uit in de stelling dat alle betrokkenen bij het faillissement zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen en dat het bij de vraag wat dit in de praktijk betekent, aankomt op de maatschappelijke opvattingen zoals die zich sedert de totstandkoming van de Faillissementswet verder hebben ontwikkeld”.³⁸

*“Het bereiken van een redelijk evenwicht is een kwestie van verdelende rechtvaardigheid. Zowel voor de wetgever als voor de rechter is het van belang zich te realiseren dat alle in de insolventie betrokkenen tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan, die het mogelijk maakt nieuwe maatschappelijke opvattingen daarin te laten doorwerken.”*³⁹

Vrij algemeen wordt dus aangenomen dat redelijkheid en billijkheid de *onderlinge relatie tussen schuldeisers* in faillissement beheersen. Alleen Brunner⁴⁰ is kennelijk een andere mening toegedaan. Vaak beroept men zich daarvoor op het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I.⁴¹ Doch het is de vraag of dit beginsel wel uit dit arrest voortvloeit. Op de eerste plaats gaat dit arrest over (o.a.) 47 Fw. en dus over een situatie *vóór* faillissement. Het gaat niet zozeer om de onderlinge verhouding van schuldeisers *tijdens* faillissement. Bovendien citeert de HR - kennelijk zijdelings - slechts de memorie van toelichting op art. 47 Fw., zoals hiervoor reeds vermeld (*waardoor een crediteur, in strijd met de goede trouw door hem ook jegens zijn en mede-schuldeischers in acht te nemen zich aan den concursus onttrekt*)⁴², zonder daar vervolgens nader aandacht aan te besteden of dat verder uit te werken. Het is dus nog maar de vraag of de gedachte van vele schrijvers, dat de HR in dit arrest de redelijkheid en billijkheid als beginsel tussen schuldeisers onderling tijdens een faillissement expliciet zou hebben aanvaard, juist is.

Voorontwerp Insolventiewet

³⁴ Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Asser-serie deel 4- II, Kluwer, Deventer 2005, p. 310.

³⁵ In de NBW-special van Ars Aequi, 1991, p. 11-13

³⁶ G.J. Rijken, *Redelijkheid en Billijkheid*, in Monografieën nieuw BW, A5 Kluwer 1994, p. 18

³⁷ in de bundel *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Hesselink-du Perron-Salomons (red.), 2003, p.269 e.v.

³⁸ aldaar p. 278

³⁹ aldaar p. 287

⁴⁰ Zie voetnoot 10.

⁴¹ HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 met noot Van der Grinten.

⁴² Zie voetnoot 7

Gezien het feit dat noch de huidige wetgeving noch de jurisprudentie het beginsel van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de *onderlinge* schuldeisersrelatie in faillissement expliciet lijken te erkennen, en anderzijds het gegeven dat de literatuur dit beginsel wel uitdrukkelijk wenst te huldigen, zou het te verwachten zijn dat op enigerlei wijze dit beginsel in het voorontwerp van de nieuwe Insolventiewet zou worden vastgelegd. Te meer klemt dat omdat enige gezaghebbende pleitbezorgers van dit principe deel uitmaken van de Commissie Kortmann. En dat geldt nog eens a fortiori omdat de naamgever van die commissie dit beschouwt als één van de drie basisprincipes van ons insolventierecht. Men zou dan verwachten dat dit beginsel óf zou zijn gecodificeerd óf toch op zijn minst in de toelichting als leidend beginsel zou worden genoemd. Tevergeefs zal men zowel het een en als het ander in het voorontwerp zoeken.

Wel lijken er “halve aanzetten” te zijn, die er op onderdelen toe kunnen leiden dat ongebreidelde vorderingen van schuldeisers niet toelaatbaar zijn. Maar ook niet meer dan dat.

De belangrijkste bepaling in dat kader is art. 3.4.1 lid 4, betrekking hebbend op wederkerige overeenkomsten. Dit lid zegt:

“De wederpartij kan een vordering tot nakoming slechts als insolventievordering indienen tot ten hoogste het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben, indien zij de overeenkomst, voor zover niet reeds uitgevoerd, wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden.”

In de toelichting⁴³ wordt nog eens met zoveel woorden gemeld:

“De bepaling ziet ook op contractueel gefixeerde schadevergoedingen. Dient de wederpartij in plaats van een vordering tot schadevergoeding zijn recht op betaling van het overeengekomene in ter verificatie, dan is de omvang daarvan beperkt tot hetgeen hij bij ontbinding als schadevergoeding kon vorderen.”

Maar even verder zegt de toelichting⁴⁴:

“Het voorontwerp bevat geen bepaling die in algemene zin de werking beperkt van boetebedingen die op een of andere wijze gekoppeld zijn aan die insolventie, hetzij aan formele aspecten, zoals het verzoek tot insolventverklaring of de insolventverklaring zelf, hetzij aan materiële aspecten, zoals het zich bevinden in de toestand waarin de wederpartij verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (liquiditeit) of onvoldoende eigen vermogen heeft (solvabiliteit). Voor zover dergelijke bedingen leiden tot een ongewenste en niet te rechtvaardigen herschikking van de posities van de schuldeisers in het zicht van of door de insolventverklaring, bieden de algemene regels inzake nietigheden en vernietigbaarheden en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (artikelen 3:40, 6:2 en 6:248 BW), alsmede de actio pauliana voldoende mogelijkheden om dit te bestrijden. (onderstreping MF).

Dit lijkt duidelijke taal! Het voorontwerp hangt het beginsel dat de redelijkheid en billijkheid de *onderlinge* verhouding tussen schuldeisers beheerst kennelijk helemaal niet aan. Het voorontwerp verwijst naar algemene vermogensrechtelijke regels als strijd met goede zeden of openbare orde, en de redelijkheid en billijkheid *tussen schuldeiser en schuldenaar*, en niet naar de redelijkheid en billijkheid tussen schuldeisers *onderling*. Kennelijk is volgens het voorontwerp, gelijk ook uit de rechtspraak valt

⁴³ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, voorontwerp insolventierecht, Deventer 2007, p. 232.

⁴⁴ aldaar p. 232 en 233.

te destilleren, de verhouding tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar maatgevend en niet (mede) die tussen schuldeisers onderling.

Ook uit hetgeen in het voorontwerp wordt opgemerkt met betrekking tot achtergestelde vorderingen, blijkt wel dat het de Commissie gaat om het primaat tussen schuldeiser en schuldenaar. In de algemene toelichting met betrekking tot vorderingen⁴⁵ wordt daarover opgemerkt:

“Anders dan in andere rechtsstelsels (ondermeer Duitsland en Spanje), worden geen specifieke criteria in de insolventiewet opgenomen voor de achtergestelde vordering. Een achterstelling van een vordering in een insolventie ten opzichte van één of meer andere schuldeisers zal primair het gevolg zijn van een afspraak tussen de schuldenaar en de betreffende schuldeiser.(onderstreping MF). In de Nederlandse fiscale rechtspraak wordt onder omstandigheden aangenomen dat een vordering, ondanks het ontbreken van een afspraak tot achterstelling, toch als achtergestelde vordering wordt beschouwd. Het gaat dan veelal om leningen in concernverband, die worden verstrekt op een moment en onder voorwaarden die een willekeurige derde (geldverstrekker) niet zou aanvaarden. Het wordt aan de rechtsontwikkeling overgelaten of en in hoeverre dit fiscale leerstuk ook civielrechtelijk een rol kan spelen.”

De conclusie lijkt voor de hand te liggen. De Commissie Kortmann lijkt geen reden te hebben gezien het beginsel van de redelijkheid en billijkheid in de *onderlinge* crediteurenrelatie op duidelijke wijze en expliciet in het voorontwerp gestalte te geven. Niet helder wordt evenwel of hier al dan niet een diepere gedachte aan ten grondslag ligt.

Een gemiste kans?

Is er sprake van een gemiste kans? Ware het wenselijk geweest dat de Commissie Kortmann wel op enigerlei wijze het redelijk- en billijkheidsbeginsel tussen de schuldeisers *onderling* uitdrukkelijk had gecodificeerd? Is dat vanuit dogmatisch perspectief geïndiceerd? Heeft de praktijk daaraan behoefte? Of kunnen we, in voorkomende gevallen, voldoende uit de voeten met het bestaande instrumentarium van het algemene vermogensrecht? En wat is nu eigenlijk de betekenis van het redelijk- en billijkheids criterium in de *onderlinge* schuldeisersrelatie?

1. De eerste vraag is natuurlijk of het überhaupt gewenst is dat aan de *onderlinge* schuldeisersrelatie een belangrijke betekenis wordt toegekend. Daarmee wordt bedoeld op een zodanige betekenis dat die, onder omstandigheden, de primaire relatie tussen een individuele schuldeiser en de schuldenaar kan overrulen.

Dat is een rechtspolitieke keuze. Kennelijk heeft de wetgever tot op heden die keuze niet willen maken. Kennelijk heeft ook de rechtspraak, al dan niet “gedwongen” door het mogelijk beperkte instrumentarium, geen dwingende reden aanwezig geacht om die rechtspolitieke keuze te maken en het primaat gelegd c.q. gehouden bij de primaire relatie tussen schuldeiser en schuldenaar.

Vóór een dergelijke keuze zijn er evenwel diverse aanknopingspunten.

- Eerstens wordt gewezen op de gezaghebbende schrijvers, binnen en buiten de wereld van het insolventierecht. Gedoeld wordt dan met name op hetgeen Verstijlen, Kortmann en Snijders daarover, met overtuiging, te berde hebben gebracht.
- Bovendien valt niet goed in te zien waarom in min of meer analogische situaties, zoals bij deelgenoten in andere gemeenschappen, die deelgenoten wel hun *onderlinge* relatie bepaald zien door de redelijkheid en billijkheid en de deelgenoten in de voor hen gemeenschappelijke

⁴⁵ aldaar p. 311

faillissementsboedel niet. De door Eggens reeds in 1952 gegeven voorzet heeft nog niets aan waarde verloren.

- Trouwens, zoals blijkt uit het hiervoor geciteerde art. 3.4.1 lid 4 van het voorontwerp, vindt de Commissie Kortmann toch ook dat het schuldeisers niet onbeperkt is toegestaan, hoewel resultaat van hun contractuele verhouding met de schuldenaar, hun vorderingen in een insolventiesituatie “op te blazen” ten detrimente van de overige crediteuren.
- Dat laatste klemmt te meer omdat een belangrijke onderliggende gedachte van het voorontwerp is dat concurrente crediteuren in de toekomst aanzienlijk vaker dan thans het geval is enige uitkering zullen ontvangen. Immers, de boedelschulden worden zeer sterk teruggedrongen en de concurrente crediteuren krijgen de helft van het percentage wat de preferente zullen ontvangen. Dat betekent in de praktijk dat, zodra de (sterk verminderde) boedelschulden zullen zijn voldaan, altijd aan uitdeling aan concurrente crediteuren wordt toegekomen. En dat betekent weer dat het uitermate aantrekkelijk lijkt voor concurrente crediteuren om zich in een positie te manoeuvreren dat zij met de hoogst mogelijke vordering kunnen aanschuiven.

Er zijn natuurlijk ook argumenten tegen een dergelijke keuze, waarvan de belangrijkste is dat niet valt in te zien waarom dat schuldeisers *binnen* een faillissement ten opzichte van hun schuldenaar in een nadeliger positie zouden moeten komen verkeren, vanwege de aanwezigheid van andere schuldeisers, dan waartoe schuldeiser en schuldenaar in volle bewustzijn met elkaar hebben gecontracteerd.

Een en ander tegen elkaar afwegende lijken er voldoende argumenten aanwezig om tenminste de toetsing in de onderlinge crediteurenrelatie mogelijk te maken. Ik verwijs, als voorbeeld, naar de hiervoor genoemde Besix-casus.⁴⁶ In die zaak werd de vraag of er verrekend mocht worden met de achtergestelde lening uitsluitend en alleen geplaatst in het kader van de verhouding tussen de betreffende schuldeiser en de gefailleerde schuldenaar. Slechts die verhouding was bepalend voor de uitkomst van de procedure. Slechts in die verhouding werd er getoetst. Stel nu dat in de desbetreffende jaarrekening de achtergestelde lening zonder enige beperking of voorbehoud was opgenomen als een achtergestelde lening, en de andere (potentiële) schuldeisers van de schuldenaar daarvan daadwerkelijk kennis hebben genomen. Is het dan een brug te ver om tenminste die relatie met de andere schuldeisers mede relevant te laten zijn bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verrekening wel of niet dient te worden toegestaan?

Kortom, in de rechtspolitieke keuze lijken de argumenten vóór het betrekken van de onderlinge schuldeisersrelatie voldoende sterk aanwezig.

2. De vervolgens te beantwoorden vraag is dan of het huidige daartoe beschikbare instrumentarium toereikend is. Aan de ene kant heeft het er alle schijn van dat dit niet het geval is. Immers, in de rechtspraak wordt telkens weer de redelijkheid en billijkheid (en de rechtsmisbruik) bezien in de contractuele relatie tussen schuldeiser en schuldenaar. Slechts die relatie wordt kennelijk iedere keer weer of voornamelijk bepalend geacht. Het gaat dan om toetsing aan de art. 6:2 BW, art. 6:248 BW en art. 6:94 BW, welk laatste artikel de matiging van boetebedingen regelt. Men komt niet toe aan de toetsing van non-contractuele verhoudingen, zoals schuldeisers jegens elkaar ten aanzien van een faillissementsboedel. Zulks terwijl toch, aan de andere kant, voldoende aanknopingspunten in de wet aanwezig lijken voor situaties waarbij schuldeisers met elkaar niet in een contractuele relatie staan, zoals de hiervoor genoemde bepalingen met betrekking tot de betrokkenen bij de rechtspersoon, de borgen onderling, de deelgenoten in een nalatenschap e.d. Kennelijk is in ieder geval de rechtspraak bevreemd om, in analogie, deze bepalingen op de onderlinge schuldeisersrelatie te projecteren, zoals ook wel blijkt uit het eerder gememoreerde arrest Loorbach q.q./Van Streun.

⁴⁶ Zie voetnoot 15.

Het instrumentarium lijkt er dus wel te zijn, maar wordt in de praktijk kennelijk niet of onvoldoende (of via de zijdeur van de *paritas creditorum*) gebruikt.

3. Daarna rijst de vraag of, als we behoefte hebben aan nieuwe regelgeving, die algemeen of specifiek moet zijn. Of anders gezegd: moet er een abstract redelijkheids- en billijkheidstoetsingsmechanisme komen of dient de daaraan ten grondslag liggende gedachte in hele concrete wetsbepalingen verwoord te worden.

Het voordeel van specifieke bepalingen is dat de duidelijkheid en rechtszekerheid daarmee gediend lijken. Faillissementsrecht is immers primair ordeningsrecht, waarin behoefte bestaat aan “hard and fast rules”, en waarbij terughoudend dient te worden omgegaan met de redelijkheid en billijkheid en de andere open normen van boek 6.⁴⁷ Daar lijkt te meer aanleiding voor, omdat ook niet altijd even duidelijk is wat nu precies de betekenis is van het abstracte criterium van de redelijkheid en billijkheid.

Zo kent de medaille van de redelijkheid en billijkheid twee kanten, de *aanvullende* naast de *beperkende of derogerende* werking. In de literatuur wordt gestreden over de vraag of er wel of niet verschil bestaat tussen beide elementen. Abas⁴⁸ meent dat er geen verschil is tussen het aanvullend criterium en het derogerende “naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar”, terwijl Hartkamp vindt dat die laatste formulering juist de bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengt dat de rechter de beperkende werking terughoudend zal toepassen. Hartkamp is bovendien van mening dat de *beperkende* werking dicht aanligt tegen *misbruik van recht*, als bepaald in art. 3:13 BW⁴⁹, zoals ook Schrage⁵⁰ die beperkende werking als de *genus* beschouwt van de *species* misbruik. Daar denkt Rijken⁵¹ weer anders over, die aangeeft dat de HR voor een beroep op misbruik van bevoegdheid zwaardere eisen stelt aan de stelplicht en de bewijslast dan bij een beroep op de beperkende werking.⁵² Er wordt dus getwist over de vraag of er verschil is tussen de aanvullende en de beperkende werking en tussen deze laatste en het misbruik van recht, en zo ja, waar dat onderscheid dan uit bestaat.

Evenmin is duidelijk hoe het criterium van art. 6:94 BW zich verhoudt tot de redelijkheid en billijkheid. In dat artikel wordt bepaald dat een boete krachtens een boetebeding kan worden gematigd *indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist*. Is dit een *species* van de aanvullende dan wel van de derogerende werking of wellicht van misbruik van recht? Gezien een zeer recente uitspraak van de HR⁵³ mag men pas van de bevoegdheid tot matiging gebruik maken *als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt*.

De open normen hebben dus als nadeel dat ze abstract en multi-interpretabel zijn. Vandaar ook de voorkeur voor specifieke normen.

Die specifieke normen kennen we thans al en zijn ook in het voorontwerp te vinden:

⁴⁷ Zie M.J.M. Franken, *De Stoelendans: een ongewenste tango van Boek 6 met Boek 3*, in de bundel “Onzekere zekerheid”, Insolad Jaarboek 2001, Kluwer Deventer, p. 45 e.v. en de daar ook genoemde literatuur.

⁴⁸ P. Abas, *Geknoei met beperkende werking van redelijkheid en billijkheid*, NTBR 1998, p. 163 e.v. Hij beroept zich daartoe mede op de wetsgeschiedenis. Immers, daarin is (bij art. 6:2 BW) aangegeven ... *dat geen wezenlijk verschil bestaat tussen de in de beide leden gebezigde maatstaven*.

⁴⁹ Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Asser-serie deel 4- II, Kluwer, Deventer 2005, p. 323.

⁵⁰ E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, in Monografieën BW, A4 Kluwer 2007, p. 24.

⁵¹ G.J. Rijken, *Redelijkheid en Billijkheid*, in Monografieën nieuw BW, A5 Kluwer 1994, p. 59.

⁵² HR 5 januari 1990, NJ 1990/728 inzake Philip Morris Holland/BAT.

⁵³ HR 27 april 2007, NJ 2007/262 inzake Intrahof/Bart Smit.

- Hiervoor heb ik al gewezen op het nieuwe art. 3.4.1 lid 4 dat de contractueel gefixeerde schadevergoedingen aan banden legt.
- In art. 3.4.2 worden, weliswaar alleen voor de afkoelingsperiode, de opschortingsrechten ten aanzien van goederen en diensten, benodigd voor het voortzetten van de onderneming of te bestempelen als primaire levensbehoeften, beperkt.
- Krachtens het vierde lid van datzelfde artikel worden, in de afkoelingsperiode, ook de automatische beëindigingsclausules, zoals inzake BaByXL, enigszins aan banden gelegd
- In art. 6.2.11 is (gelijk ook thans in art. 146 Fw.) de mogelijkheid opgenomen dat de r-c een verworpen akkoord kan overrulen, indien een of meer schuldeisers in redelijkheid niet tot hun stemgedrag hebben kunnen komen.

Dat neemt niet weg dat een aantal specifieke bepalingen niet worden gemist. Niet duidelijk is waarom de Commissie Kortmann wel een regeling wenst te treffen over de contractueel gefixeerde schadevergoeding, maar niet ten aanzien van het boetebeding.⁵⁴ Evenmin is duidelijk waarom de Commissie niets naders heeft willen regelen met betrekking tot achtergestelde leningen en leningen in concernverband. De Commissie wenst dit over te laten aan het algemeen vermogensrecht, dan wel de verdere rechtsontwikkeling. Doch het ware wellicht wenselijker geweest deze rechtsontwikkeling juist mede vorm te geven.

4. Gezien de aard van het insolventierecht zou derhalve de voorkeur gegeven moeten worden aan specifieke regelgeving. Ik realiseer me evenwel dat niet alles in specifieke bepalingen kan worden gecodificeerd, al was het alleen maar omdat niet alle potentiële problematiek in de verhouding tussen schuldeisers onderling thans zichtbaar en voorstelbaar is. Vanuit die gedachte is het dan wellicht toch verdedigbaar, zij het wat mij betreft met de nodige aarzeling, een algemene wat abstractere bepaling het licht te doen zien, waarbij tot uitdrukking wordt gebracht dat, zoals door zo velen bepleit, het primaat niet zonder meer ligt in de verhouding tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar, maar dat ook schuldeisers onderling met elkaar rekening dienen te houden. Een dergelijke bepaling zou dan, bijvoorbeeld als eerste bepaling van afdeling 5.3 (“verificatie van vorderingen”) van de nieuwe Insolventiewet, kunnen luiden:

1. *Schuldeisers zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.*
2. *Een tussen de schuldenaar en een van zijn schuldeisers geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers onaanvaardbaar zou zijn.*

⁵⁴ Voor zover het bij een boetebeding gaat om een gefixeerde schadevergoeding dient er dan natuurlijk aangehaakt te worden bij art. 3.4.1.4 en voor zover het om een prikkel tot nakoming gaat dient aansluiting gezocht te worden bij de bepalingen over dwangsommen, die in ieder geval als gevolg van het verdwijnen van het onderscheid tussen faillissement en surseance, opnieuw vormgegeven moeten worden. Zie daarover ook: M.J.M. Franken, *De dwangsom in het insolventierecht*, TvI 1999, p. 102 e.v.