



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **‘Insolventiestress’ en het insolventierecht als ‘de psychopathologie van het recht’**

Vriesendorp, R.D.

### **Citation**

Vriesendorp, R. D. (2018). ‘Insolventiestress’ en het insolventierecht als ‘de psychopathologie van het recht’. *Tijdschrift Voor Insolventierecht*, 2018(3), 91-93.  
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69410>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69410>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# ‘Insolventiestress’ en het insolventierecht als ‘de psychopathologie van het recht’

Tvl 2018/15

Forum

Stress is een modewoord maar ook van alle tijden. Op mijn Google – die, zoals bekend, niet gelijk staat aan die van welk ander persoon dan ook – levert het intypen van dit woord ongeveer 690.000.000 hits op. ‘Insolventiestress’, als één woord geschreven, levert daarentegen geen enkel resultaat (0 hits) op. Dus ofwel, dit fenomeen bestaat – bij mij – niet, ofwel het valt buiten het denkraam van Google.

Ik kwam op de term ‘insolventiestress’ naar aanleiding van een interessante diesrede door mijn Leidse collega Bernet Elzinga, hoogleraar Stress Gerelateerde Psychopathologie, i.h.b. de Psychologische en Neurobiologische Consequenties van Chronische Stress, op 8 februari jl. in de Pieterskerk ter gelegenheid van de 443<sup>e</sup> dies natalis van de universiteit. Bij wijze van inleiding deed zij gewag van het feit dat in 2017 bijna driekwart van de Nederlandse studenten (74,8% om precies te zijn) aangaf last te hebben van ‘hoge tot zeer hoge’ emotionele uitputting. Onder de titel “Back to the roots: de jeugd als bron van kwetsbaarheid en veerkracht”<sup>2</sup> behandelde zij in haar rede het thema stress vanuit klinisch psychologisch onderzoek naar factoren die bijdragen aan het ontstaan van stress en de gevolgen hiervan. Hoewel zij hierbij aangeeft dat dit vakgebied van nature interdisciplinair van aard is en zij daarbij samenwerkt met onderzoekers uit andere disciplines, zoals neurowetenschappen, epidemiologie, psychiatrie, pedagogiek en onderzoeksconsortia zoals de Nederlandse Studie naar Depressie en Angst (NESDA) en samenwerkingsverbanden als het Leiden Institute for Brain and Cognition (LIBC), miste ik hier het insolventierecht. Al luisterend vroeg ik mij af wat haar onderzoek en dat van haar vakgenoten zouden kunnen betekenen voor het insolventierecht. Dit rechtsgebied, dat soms wordt aangeduid als de pathologie van het recht,<sup>3</sup> richt zich op de regels rondom de financieel zwakkeren in de samenleving. Gaat dit vakgebied niet ook gebukt onder een steeds jachtiger en hectischer bestaan, zowel van zijn beoefenaars als van zijn object, de justitiabelen (natuurlijke personen en rechtspersonen in financiële moeilijkheden)? ‘Moeten’ we niet te veel; wordt er niet te veel verwacht?

In haar rede neemt Elzinga als uitgangspunt dat ‘stress’ uit zichzelf niet intrinsiek goed of slecht is, maar gedefinieerd moet worden als iets dat ons evenwicht verstoort. Met uitzondering van insolventiespecialisten, zoals turnaround managers, interim-managers, insolventieadviseurs, curatoren en insolventierechters, worden de meeste mensen nerveus als insolventie dreigt of zich – al dan niet geleidelijk – daadwerkelijk aankondigt. En hoewel een crisis ook iets goeds kan inhouden en voor kansen kan zorgen, waardoor de daarmee gepaard gaande stress ook positief kan uitvallen, leidt insolventie meestal tot negatieve stress. In dit verband is het volgens Elzinga verwarrend dat met het woord ‘stress’ drie verschillende aspecten worden aangeduid die in de dagelijkse praktijk door elkaar lijken te lopen.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R.D. Vriesendorp, ‘Insolventiestress’ en het insolventierecht als ‘de psychopathologie van het recht’, *Tvl* 2018/15. Reinout Vriesendorp is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar Insolventierecht aan de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid bij de afdelingen Ondernemingsrecht en Bedrijfswetenschappen; hij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

2 [www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/algemeen/plechtigheden/dies-2018/diesrede-bernet-elzinga-nl.pdf](http://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/algemeen/plechtigheden/dies-2018/diesrede-bernet-elzinga-nl.pdf).

3 J.B. Huizink, *Insolventierecht*, nr. 12, R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, nr. 1. De vergelijking wordt ook wel gemaakt met het burgerlijk procesrecht, zie bijv. M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet*, diesrede UvA (1952), in: Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein (1960), p. 9 en in diens voetsporen G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht*, oratie UvA (2013).

Zo ziet stress in de eerste plaats op de *aanleiding* voor de evenwichtsverstoring, ook wel de 'stressor' genoemd. In negatieve zin beschouwd valt onder stress in het insolventierecht te denken aan de financiële malaise van een individu of een onderneming, vooral het gebrek aan liquiditeiten, waardoor de schuldenaar meer en meer in geldnood komt. Als de uitgaven niet worden teruggebracht en/of de inkomsten verhoogd, kan die stress tot een faillissementstoestand leiden. Het blijkt dat onzekerheid over de gevolgen daarvan op zichzelf ook weer stress kan veroorzaken. Bij ondernemingen kan die onzekerheid bij de bestuurder betrekking hebben op de vraag of hij door de curator of een derde wellicht aangesproken gaat worden voor zijn prefaillissementsgedrag. De dreiging hiervan kan zelfs haar schaduw voortuitwerpen en de bestuurder tot defensief gedrag aanzetten.<sup>4</sup> Onzekerheid blijkt namelijk een van de belangrijkste factoren te zijn – naast afwijzing, kritiek en buitensluiting – waarmee ons stresssysteem wordt geactiveerd, aldus Elzinga.

In de tweede plaats ziet stress in negatieve zin op de *reactie* die de stressor bij de schuldenaar en zijn omgeving teweegbrengt. Bij particulieren kan dit leiden tot ontwijkings- en vluchtgedrag en ontkenning van de problematische situatie waarin men verkeert. Soms is er een vlucht naar voren en kiest de schuldenaar de aanval. Dit is typisch gedrag van de mens die is overgeschakeld van zijn normale – rationele – gedrag naar een meer primitief – oer – gedrag: van beredeneerd handelen naar instinctief en reflexmatig gedrag. Bij ondernemingen, die uiteindelijk immers – nog<sup>5</sup> – door mensen worden bestuurd, gebeurt in wezen hetzelfde. Ook hier vindt blikvernuwning plaats om de steeds vaker optredende financiële 'brandjes' te blussen waardoor weloverwogen beslissingen uitblijven. Soms gaat dit – intuïtief – goed, maar het gaat ook wel eens mis, met faillissement tot gevolg.

Het derde en laatste aspect van stress betreft de *gevolgen* daarvan. Uit verschillende onderzoeken naar de schuldenproblematiek blijkt dat stress in negatieve zin zich bij individuen veelal manifesteert in psychosociale klachten, zoals minderwaardigheidsgevoelens, schaamte, verstoting en isolement.<sup>6</sup>

Afgezien van notoire fraudegevallen waar nog geprobeerd wordt iets van weggegluisd vermogen te achterhalen, resteert voor gedupeerden (schuldeisers) meestal nauwelijks tot niets en verdient de schuldenaar in het gunstigste geval een schone lei in de Wsnp. Bij ondernemingen blijkt eveneens doorgaans weinig te resteren voor de schuldeisers, maar treedt een ander mechanisme in werking. Curatoren en gedupeerde schuldeisers proberen nog iets van de geleden schade te verhalen op bestuurders en commissarissen. Bij bestuurders kan dit echter alleen als hen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten of anderszins van hun handelen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Mede aangespoord door de per 1 juli 2017 in werking getreden Wet versterking positie curator moet de curator actief gaan onderzoeken of zich één of meer van de in artikel 68 lid 2 Fw opgenomen situaties voordoen of hebben voorgedaan. Het nodige wordt uit de kast gehaald om aan te tonen dat de bestuurder in de slotfase voor het faillissement fouten heeft gemaakt. Zoals ik in mijn oratie al heb laten zien, zal dat meestal niet moeilijk zijn: in

4 Zie bijv. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, oratie EUR (2006), N.T. Pham, *Directors' liability*, diss. EUR (2017) en diverse bijdragen aan B.F. Assink, L. Timmerman en J.B. Wezeman (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, afscheidsbundel EUR (2017) en G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 140 (2017).

5 Te zijner tijd zullen algoritmes en kunstmatige intelligente zelflerende systemen voortbrengen die net als auto's en andere voertuigen straks ook ondernemingen gaan besturen waarbij instinctief gedrag momenteel nog moeilijk voorstelbaar is.

6 In Nederland vooral bekend door onderzoeken van N. Jungmann ([www.schuldenenincasso.nl](http://www.schuldenenincasso.nl)) en recent een Nederlandse case-study door J. van Kesteren, J.A.A. Adriaanse en J.I. van der Rest, *The story behind bankruptcy: when business gets personal*, QUT Law Review 17/1, p. 57-73. Vgl. J.W. Winter, 'Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 140 (2017), p. 41-54.

de aanloop naar een faillissement heeft een bestuurder door de daarmee gepaard gaande stress zijn aandacht vooral gericht op crisisbestrijding en (lijfs)behoud van de onderneming.<sup>7</sup> Andere aspecten van correct/behoorlijk bestuur kunnen dan wel eens in het gedrang komen. Het is dan aan de curator – eventueel gecorrigeerd door de rechter-commissaris of zo nodig de rechter die uiteindelijk zijn oordeel velt in een door de curator aangespannen procedure – om een juiste afweging te maken en te beoordelen in hoeverre een toerekening van dat gedrag aan de bestuurder tot schadevergoeding (of zelfs betaling van het gehele boedeltekort) moet leiden. Waar gewerkt wordt, worden fouten gemaakt, door bestuurders, maar ook door curatoren. Past hier dan niet de nieuwtestamentische wijsheid dat alleen wie zonder zonde is, de eerste steen werpt?<sup>8</sup>

Bovenstaande drie aspecten van het fenomeen stress lijken dus ook toepasbaar op wat ik dan maar noem 'insolventiestress'. Zo beschouwd is het onderzoek van Elzinga en haar collega's ook van belang voor het insolventierecht. Kennis van de psychopathologie kan bijdragen aan de beoordeling – in eerste instantie door een curator en vervolgens door een rechter en uiteindelijk door de wetgever – van gedrag van bestuurders in de aanloop naar een faillissement. Dan past het wellicht ook om aansluiting te zoeken bij enkele aanbevelingen van Elzinga aan het slot van haar diesrede: ga uit van vertrouwen en geef verantwoordelijkheid en regie aan bestuurders in plaats van meer controle en regels. Een 100%-garantie dat een bestuurder van een onderneming geen schade toebrengt en niet fraudeert, bestaat niet. Dit is een utopie, want het streven schade en fraude te voorkomen miskent het wezen van een onderneming en de taak van degenen die daaraan leiding geven. Risicoolos ondernemen is een *contradictio in terminis* en vergelijkbaar aan een bekende tegeltjeswijsheid:

“Mensen die werken maken fouten. Mensen die weinig werken maken weinig fouten. Ik ken mensen die helemaal geen fouten maken.”

Waar Elzinga haar rede afsluit met de oproep om niet alleen grote successen te vieren, maar af en toe ook een 'failure party' voor heldhaftige mislukkingen te organiseren, wil ik een lans breken voor de bestuurder na een faillissement van zijn onderneming. Hoe triest zo'n deconfiture voor alle betrokkenen ook is (en het 'vieren' daarvan niet op zijn plaats lijkt), in beginsel hoort vanuit de pathologiegedachte het *automatisme* van een onderzoek naar de oorzaken achterwege te blijven. De patholoog wordt immers ook niet bij ieder sterfgeval betrokken, maar alleen als er (1) aanwijzingen zijn van een onnatuurlijke dood; of (2) een onduidelijke doodsoorzaak waarbij het achterhalen van de oorzaak van belang is voor het bevorderen van de gezondheid in de toekomst voor anderen. Dit laatste is echter niet het doel van het onderzoek door een curator: hij voorkomt hiermee geen toekomstig falen (kwalen) van andere ondernemingen. Dan resteert de eerste aanleiding om de patholoog in te schakelen, een verdachte of onnatuurlijke dood. Zo hoort het dan ook bij een faillissement: alleen als er serieuze aanwijzingen zijn van verdachte of onnatuurlijke omstandigheden, dat wil zeggen een te kwader trouw handelen door de bestuurder of gerelateerde partijen (en de schuldeisers het zinvol achten en willen betalen!), is een dergelijk onderzoek geboden. Zo beschouwd voorkomen wij bovendien dat 'goed geld naar kwaad geld gegooid wordt'. Als ware hij een psychopatholoog, zo richt de curator zich in die beperkte groep van gevallen vooral op de geestesgesteldheid en het gedrag van de schuldenaar c.q. diens bestuurder in de omgang met de insolventiestress. Dan is het insolventierecht voortaan ook de 'psychopathologie van het recht'.

7 R.D. Vriesendorp, '[\*\*]it happens; then and now', oratie Leiden (2016), *Tvl* 2017/23.

8 Johannes 8:7.