

Een rechtseconomisch aspect van de positie van de crediteur in een faillissement

Is afschaffing van de maximum rente een oplossing?

L.M. Cuelenaere, A.R. Leen*

In het Nederlandse recht is de term 'levenslang' in feite alleen nog van toepassing op de situatie van de debiteur na een faillissement. Een recent voorstel poogt hier ten dele verandering in aan te brengen. Dit goed en wel, de belangen van de crediteur dienen daarbij niet uit het oog te worden verloren.

In dit betoog wordt vanuit de premissen dat 1 de grootte van de te saneren schuld niet groter dan strikt noodzakelijk dient te zijn en 2 een schuldsituatie zo snel mogelijk dient te worden opgelost, een rechtseconomisch bepaalde oplossing beargumenteerd om de belangen van de crediteur veilig te stellen.

1 In november 1988 verscheen een rapport 'Van liquidatie tot rehabilitatie. Een beleidsgerichte verkenning naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaans faillissementsrecht voor particulieren' van de hand van N.J.H. Huls.¹ Dit rapport is opgesteld omdat er veel onvrede heerst met de huidige situatie rond het kwietschelden van schulden van particulieren en kleine ondernemers. Wat is het geval? Jaarlijks blijken tussen de 55.000 en 200.000 huishoudens in grote problemen te komen in verband met schulden. Een deel van deze mensen wordt failliet verklaard en zij lopen zo de kans om levenslang overgeleverd te worden aan hun crediteuren. Alleen als er een akkoord bereikt is, kunnen de crediteuren later geen aanspraak meer maken op het restant van de vordering.

Zoals de ondertitel van het rapport aangeeft wordt de Amerikaanse situatie als voorbeeld gebruikt. In de VS bestaat een vergaande bescherming van de debiteur. Deze is gebaseerd op twee principes: a Het nemen van financiële

risico's hoort bij een gezonde dynamische economie; b Het verlenen van krediet brengt nu eenmaal het risico met zich mee, dat er niet terugbetaald wordt.

Huls stelt in zijn rapport dat het grootste verschil tussen de VS en Nederland het mentaliteitsverschil is. Failliet gaan is — voor particulieren en zeker ook voor kleine bedrijfjes — een normaal verschijnsel en hoort bij de risico's van een dynamische maatschappij. In Nederland daarentegen is het nog steeds een schande. Met dit in gedachten stelt hij een aantal beleidsaanbevelingen op. De voornaamste conclusie uit het rapport luidt: Er moet vooruit gekeken worden in plaats van achteruit. Iemand dient niet bestraft te worden met een levenslange afhankelijkheid voor het nemen van economische risico's. Het krijgen van een nieuwe kans (een 'fresh start') behoort voorop te staan. Schuldregeling is een middel tot rehabilitatie voor een in financiële problemen geraakte debiteur.

Er moet de mogelijkheid komen van een wettelijke afbetalingsregeling op basis van het (toekomstig) inkomen van de debiteur. Hij 'moet doen wat hij kan'. Gedurende een aantal jaren (maximaal vijf) moet hij een deel van zijn inkomen afstaan. Als alles succesvol verlopen is, volgt kwietschelding van het restant van de schuld. De kwietschelding van schulden wordt een recht en is niet meer afhankelijk van de instemming van crediteuren.

2 Wij hebben niet de pretentie een zo gedegen rapport in dit korte bestek te bekritisieren, maar willen in dit betoog het gezichtspunt inhoudelijk verleggen naar de crediteur. Wat is immers het doel van de voorgestelde wettelijke schuld-

* L.M. Cuelenaere is studente rechten te Leiden; A. R. Leen is als econoom verbonden aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1 De studie, verricht in opdracht van de Directie Consumenten- en Marktbeleid van het Ministerie van Econo-

mische zaken, is aangeboden aan een Commissie onder voorzitterschap van prof. mr. F.H.J. Mijnsen. Deze commissie zal binnenkort advies uitbrengen aan de Minister van de Justitie over de wijziging van de Faillissementswet.

regeling? We zouden dit kunnen omschrijven als het zo soepel mogelijk laten verlopen van het maatschappelijk economisch verkeer. Uiteraard moeten daarbij de belangen van de debiteur beschermd worden, maar óók die van de crediteur.

De rechtseconomie of economische analyse van het recht² is een aanvankelijk in de Verenigde Staten maar nu ook in Europa sterk groeiende benadering van het recht. In deze benadering staat een tweetal vragen centraal. Ten eerste de 'positieve' vraag: is de ontwikkeling in het recht op grond van een achterliggende economische logica te beschrijven en ten tweede de normatieve vraag: is een bepaalde rechtsregel economisch efficiënt?

Op het eerste gezicht lijkt de gedachte achter fiët voorstel van wijziging in de Faillissementswet een voorbeeld van een economische analyse van het recht in optima forma. In de bedoelde regeling wordt voor een rechtsregel gepleit die kan worden begrepen vanuit de achterliggende economische ontwikkeling naar een consumptiemaatschappij. De regeling is economisch efficiënt, dat wil zeggen toegesneden op de tegenwoordige maatschappij die het krediet nemen stimuleert en het lopen van economische risico's positief wil waarderen.

Staat, gezien vanuit het perspectief van de debiteur, het krijgen van een nieuwe kans voorop, gezien vanuit het perspectief van de crediteur daarentegen is het minstens zo belangrijk, die rechtsregel te kiezen, die de grootte van de te saneren schuld zoveel mogelijk beperkt. De crediteur dient de schulden immers toch maar (gedwongen) kwijt te schelden. Vervolgens, als het er kennelijk om gaat een fout te herstellen dan dient dit toch ook zo snel mogelijk te geschieden.

Vanuit de rechtseconomie kan in het licht van deze twee punten op een onvermoede en ongetwijfeld ook onbedoelde logische consequentie van dit voorstel worden gewezen. Wij doelen daarbij op het loslaten van de wettelijk vastgestelde maximum rentetarieven (de prijs voor het maken van schulden). Die zijn zowel van toepassing op de tarieven van het lenen van geld bij financiële instellingen als op de te betalen boeterente bij betalingsachterstanden.

3 Allereerst bekijken wij het punt van de uiteindelijke grootte van de te saneren schuld. Een van de wellicht onbedoelde gevolgen van de al genoemde in Nederland wettelijk vastgestelde maximum rentetarieven, oorspronkelijk bedoeld om woeker tegen te gaan, is dat mensen met lage inkomens daardoor moeilijker geld kunnen lenen. Immers, een maximum prijs, vastgesteld onder de prijs waarbij vraag en aanbod aan elkaar gelijk zijn, leidt tot een vraagoverschot. Financiers kunnen als gevolg van dat laatste hun klanten zorgvuldig kiezen, waarbij de groepen die het grootste risico vormen het eerst uit de boot vallen. Er treedt als het ware een onderconsumptie van schulden op. Lagere inkomensgroepen wordt het lenen van geld tegen hogere rentetarieven ontnomen.

Gaat dit 'onbedoelde gevolg' echter ook op voor mensen die een achterstand in betaling hebben? Veelal bestaan de schulden in schuldregelingen uit achterstanden in betalingen aan (semi-)overheidsorganen en postorderbedrijven. Dit is niet verwonderlijk; de genoemde achterstanden zijn voor veel mensen vaak de enige manier om geld te 'lenen', bij de commerciële banken kunnen zij immers niet terecht. Er vindt als het ware een substitutie in leenvorm plaats, van lenen bij commerciële banken — hoewel praktisch veelal onmogelijk — naar achterstanden in betaling bij bijvoorbeeld een woningbouwvereniging.

Feit is nu dat de ook bij achterstanden maximaal toegestane (boete) rentetarieven voor deze groep van debiteuren juist leidt tot een vorm van oversconsumptie van schulden. Gezien de achtergrond en de financiële situatie waarin deze debiteuren verkeren zouden de tarieven immers veel hoger, en de vraag navenant lager, moeten zijn.

Aldus zorgt het bestaan van een wettelijk vastgesteld maximum tarief ervoor dat de grootte van de te saneren schuld groter is dan bij een economisch efficiënt rentetarief het geval zou zijn geweest. Dit pleit er dus voor om tegelijk met de voorgestelde wijziging in de faillissementswet ook het systeem van de maximum rentetarieven los te laten.

2 Voor een algemeen overzicht zie E. Mackaay, *Het recht bezien door de bril van de economist*, RM Themis-9

(1988), pp. 411-452.

4 Ook het tweede door ons genoemde punt, dat fouten, in dit geval ontstaan door een verkeerde financiële inschatting, zo snel mogelijk hersteld moeten worden, kan in de richting van de noodzaak van het loslaten van de maximum rentetarieven wijzen. Een hoge rente, in overeenstemming met het financiële risico dat de crediteur loopt, drukt de consument al snel met zijn neus op het feit dat zijn financiële situatie onhoudbaar is, terwijl een door de overheid kunstmatig laag gehouden rente de zaak alleen maar lang laat doorsudderen. Het prijsmechanisme werkt in het laatste geval dus lang niet optimaal.

5 Tot slot van dit betoog kan en moet natuurlijk de vraag gesteld worden of het loslaten van de wettelijke maximum rente nu wel zo recht-

vaardig is. Hierop kunnen de volgende tegenvragen gesteld worden. Is het rechtvaardig om in geval van een individueel pardon voor schulden de crediteur voor een grotere schuld, dan strikt noodzakelijk is, te laten opdraaien? Dit risico heeft de crediteur in de huidige situatie, in tegenstelling tot de woekeraar van weleer, nooit bewust genomen, noch door het bestaan van maximum rentetarieven, kunnen nemen. (Vergelijk het tweede door ons aangehaalde achterliggende principe uit de VS van de voorgestelde schuldregeling, dat hier direct in tegenstelling mee staat).

Daarnaast kan de vraag gesteld worden of in een wereld van schaarste niet iedere vorm van verspilling, hier het laten voortwoekeren van een verliesgevende situatie, onethisch is.

Meesters-column

Identificatie door ooggetuigen

Prof.dr. W.A. Wagenaar*

Onlangs heeft de Recherche Advies Commissie een document goedgekeurd waarin richtlijnen zijn opgenomen voor de procedures die de recherche dient te gebruiken bij de identificatie van verdachten door ooggetuigen. Door deze richtlijnen neemt Nederland een unieke positie in de wereld in, aangezien geen enkel land over zulke uitgebreide richtlijnen beschikt. Dat betekent niet dat men zich in het buitenland in het geheel geen zorgen maakt over dit probleem; integendeel, een groot aantal rechtsgeleerden over de gehele wereld heeft bij deze of gene gelegenheid uitgesproken dat identificatie door ooggetuigen een hachelijke bewijsvorm is, de belangrijkste bron van gerechtelijke dwaling, die de 'Achilleshiel van het rechtsstelsel' vormt. Echter, in geen enkel land is men erin geslaagd deze zorg om te zetten in regels die de rechtszekerheid van de verdachte in voldoende mate beschermen. Het beste voorbeeld van een volstrekt mislukte poging is het bewonderens-

waardige rapport van de Commissie Devlin in Engeland. Dit rapport is tot stand gekomen na een zeer zorgvuldige analyse van het probleem, en bevat een schat van waardevolle aanbevelingen. Hoewel de Commissie formeel was ingesteld om de Engelse overheid van advies te dienen is met het resultaat niets gebeurd. De adviezen zijn niet in richtlijnen vertaald, en maken geen deel uit van de 'common law'. Ik denk zelfs dat er in Nederlandse rechtzalen vaker naar wordt verwezen dan in Britse!

De richtlijnen van de Recherche Advies Commissie schrijven voor dat, zodra er een verdachte is die aan getuigen kan worden getoond, een identificatie moet verlopen via een zogenaamde Oslo-procedure, dat is een confrontatie met de verdachte in levende lijve, opgesteld tussen tenminste vijf andere 'figuranten', die gegarandeerd onschuldig zijn, en die aan het signalement van de verdachte beantwoorden. De praktijk wees uit dat in veel gevallen slechts

* Prof.dr. W.A. Wagenaar is hoogleraar in de psychologische functieer aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

Inhoud

823 **Inhoudsopgave**

824 **Redactioneel**

Artikelen

825 P.J.R. Habraken, *Het lek van Nootdorp, beschouwingen over het verschoningsrecht van journalisten*

Mening

834 L.M. Cuelenaere, A.R. Leen, *Een rechtseconomisch aspect van de positie van de crediteur in een faillissement. Is afschaffing van de maximum rente een oplossing?*

Meesters-column

836 Prof.dr. W.A. Wagenaar, *Identificatie door ooggetuigen*

Onderwijs

838 Ashley Terlouw, *De wetenschapswinkel rechten RUU*

Wetgeving

841 Mr. J. van Rijn van Alkemade, *Juridische aspecten van de voltooiing van de Europese Gemeenschappelijke Markt. Het Europees economisch samenwerkingsverband*

Jurisprudentie

850 Prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, *Geschillen tussen aandeelhouders. Patstelling tussen aandeelhouders. Impasse in de rechtspersoon(?). Verhouding enquêterecht en wettelijke geschillenregeling. Belang voorkoming van geschillen. Hof Amsterdam (Ordeningskamer) 20 april 1989, Requestnr. 6/89 OK (Neerpelt Management BV/Best Golf en Country BV), niet gepubliceerd*

855 Prof.dr. P.W.C. Akkermans M. Lit., *Dwangmedicatie. HR 23 december 1988, rek.nr. 7468, NJ 1989, nr. 550*

862 Prof.mr. C. Kelk, *De levensbeëindiging van een gehandicapte mogoloïde pasgeborene. Cassatie-beroep OM tegen beschikking van het Hof houdende bevestiging buitenvervolginstelling van de verdachte nu bezwaarschrift tegen kennisgeving van verdere vervolging. Beschikking van 28 april 1989, nr. 2238 (gegeven na conclusie van A-G Fokkens tot verwerping van het beroep)*

874 Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, *Franse Kalimijnen (MDPA/BIER c.s.). In hoeverre heeft de gene die afvalzout loost in de Rijn, rekening te houden met de belangen van benedenstroomse gebruikers? Invloed Bonner Zoutverdrag en lozingsvergunning op de al dan niet rechtmatigheid van de lozingen; causaal verband bij samenlopende oorzaken. HR 23 september 1988, RvdW 1988, 150*

Rechtsvragen

885 Harm Botje, Vicky de Calonne, Petra Keuchenius, Dirk van Oostveen, *Beantwoording rechtsvraag (181) VAR-jubileum pleitwedstrijd*

892 Prof.mr. J. Riphagen, *Rechtsvraag (191) sociale zekerheid*

893 Mr. J. Rensema, *Rechtsvraag (192) fiscale aspecten van schadevergoeding*

893 **Boekaankondigingen**

901 **Ad valvas**

Ars Aequi - juridisch studentenblad

Redaktiesekretariaat

Postbus 1043, 6501 BA Nijmegen
Karrengas 33, 6511 GR Nijmegen

Redaktiesekretaris

Ineke Gerrits, tel. 080-223506

Redactie

Edgar du Perron, Czaar Peterstraat 168 3h
1018 PW Amsterdam (UvA) 020-257837
Menno Dolman, Singel 125 4h
1012 VH Amsterdam (UvA), 020-250885
Martijn Hesselink, Proostdijkstraat 12
3641 AV Mijdrecht (UvA), 02979-85699
Tamara Trotman, Minervalaan 87 4h
1077 NT Amsterdam (VU) 020-732640
Cornelie Tiel, Gedempte Zuiderdiep 64 a
9711 HR Groningen, 050-183347
Kornelie Vos, Mauritsdwarsstraat 40
9724 BP Groningen, 050-130655
Ed Florijn, Herensteeg 31 a
2311 SH Leiden, 071-126790
Hester Wattendorff, Bilderdijkstraat 6
2311 XE Leiden, 071-134952
Peter Roos, Wijtenbachstraat 10 2h
1093 JB Amsterdam (RL)
Jaap Roording, Graafseweg 76
6512 CE Nijmegen, 080-223464
Robert Mirck, Boeckstaetereef 117
6543 JJ Nijmegen, 080-785183
Arjan Breedveld, Bellamystraat 46
2985 BB Ridderkerk (EUR) 01804-22190
Joost Melis, Heuvel 14
5038 CN Tilburg, 013-638224
Boris Emmerig, Postbus 1429
5004 BK Tilburg, 013-630217
Ruth de Bock, Oudegracht 28 b
5311 AP Utrecht, 030-341865
Bert Oosting, Van der Duynstraat 4
3581 JX Utrecht, 030-522403
Olaf van der Linden, Tolsteegsingel 36 bis
3582 AH Utrecht, 030-516391
Ruud Glas, Adriatischestraat 8
8303 EP Emmeloord (OU), 05270-14021

Kontakthoogleraren

Prof. mr. H. Cohen Jehoram, Amsterdam (UvA)
Prof. mr. Gr. van der Burgh, Amsterdam (VU)
Prof. mr. G. R. Rutgers, Groningen
Prof. mr. W. R. Meijer, Heerlen (OU)
Prof. mr. H. G. Schermers, Leiden
Prof. mr. A. Q. C. Tak, Maastricht
Prof. mr. D. W. F. Verkade, Nijmegen
Prof. mr. H. van Maarseveen, Rotterdam
Prof. mr. J. B. M. Vranken, Tilburg
Prof. mr. E. H. Hondius, Utrecht

Artikelen van studerenden kunnen worden ingeleverd bij het sekretariaat of de redakteuren.

Artikelrichtlijnen en Ars Aequi-kopijvellen zijn bij het sekretariaat en de redakteuren verkrijgbaar.

Abonnementen Ars Aequi

Abonnementsprijzen: f 32,40 voor studenten, f 44,70 voor anderen, f 12,25 extra voor een abonnement inclusief band (de band wordt in april toegezonden). Oude jaargangen: f 35,85. Losse nummers (m.u.v. bijzondere nummers): f 4,25. Beide laatste prijzen excl. verzendkosten.

De abonnementsperiode is 1 januari t/m 31 december. Abonnementen worden automatisch voortgezet tenzij het abonnement schriftelijk of telefonisch is opgezegd vóór 15 november. U ontvangt dan een 'bevis van opzegging'.

Verzamelbanden Ars Aequi en Katern

Linnen verzamelband: f 14,80 excl. verzendkosten. De band is bruikbaar voor het *maandblad* en voor *Katern*. In verband met bij te leveren stickers graag vermelden waarvoor de band bedoeld is. Een abonnement op Ars Aequi *inclusief band* is mogelijk, met een flinke korting. Zie hierboven.

Abonnementen/besteladministratie

De administratie is telefonisch bereikbaar op werkdagen van 9.00 tot 12.00 en van 13.00 tot 17.00 uur onder tel. nr. 080-224441.

Alle correspondentie naar: Administratie Ars Aequi, Postbus 1043, 6501 BA Nijmegen.



Ars Aequi verschijnt ook op cassette voor mensen met een leeshandicap.

Inlichtingen: Centrum voor Gesproken Lektuur HGW, Postbus 24, 5360 AA Grave, tel. 08860-71234

Advertenties Ars Aequi

Tarieven 1989 exclusief BTW: 1 p. f 1.800,-; ¼ p. f 1.555,-; ½ p. f 1.080,-; ¼ p. f 585,-. Prijzen kontracten op aanvraag.

opgave advertenties

— juridisch literaire- en personeelsadvertenties: advertentie-exploitatie Ars Aequi; Postbus 23, 7400 GA Deventer, tel. 05700-47060/47061;

— alle andere advertenties: Geeke Uunk, Ikkinksweg 9, 7435 PA Okkenbroek, tel. 05705-664.

Inlevertermijn de 15de van de maand voorafgaande aan de maand van het verschijnen.

Maandblad, ISSN 0004-2870, verschijnt 11 x per jaar, oplage 30.000. Auteursrechten voorbehouden. De Stichting 'Ars Aequi' is onafhankelijk van de juridische uitgeverijen en heeft geen winstoogmerk.