



Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming  
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

**Cees Advocaten N.V.**

mr. F.J. Hordijk  
Advocaat  
☎ 088 336 88 12  
✉ Frank.Hordijk@cees.nl

Tiendweg 14  
2671 SB Naaldwijk  
Postbus 399  
2670 AK NAALDWIJK

Kantoor : Naaldwijk, 11 juni 2020  
Betreft : Cees Advocaten N.V. / Algemeen  
Uw kenmerk : Consultatie wetsvoorstel Tijdelijke  
Betalingsuitstelwet 2020

Zijne Excellentie,

Cees Advocaten N.V. is een advocatenkantoor in de regio Haaglanden, met vestigingen in Den Haag, Delft en Naaldwijk, en is actief op het gebied van insolventierecht, ondernemingsrecht, vastgoed en arbeidsrecht.

Graag maken wij vanuit onze insolventierechtelijke vakgroep gebruik van de door u geboden gelegenheid onze visie op het wetsvoorstel Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020 kenbaar te maken.

## **INLEIDING**

Faillissementen zijn van alle tijden. Faillissementen in de zin van de dood van ondernemingen of vennootschappen horen bij de economie en de economische cyclus. Bedrijven hebben een levenscyclus. Faillissementen hebben een functie in het economisch systeem.

Het is net als in de natuur. Dieren, planten en bomen hebben een levenscyclus. Dode dieren dienen als voedsel voor andere dieren. Bomen worden gekapt om andere bomen te laten groeien. Dat heeft iets treurigs voor de één en biedt kansen voor de ander. De dood is onderdeel van de natuur. Faillissementen zijn onderdeel van de economie.

Het reguleren van faillissementsaanvragen met een wetsontwerp als voorligt is een poging tot het (in standhouden van de kans op het) verlengen van levensduur van een onderneming in dezelfde entiteit. Vanwege de coronacrisis begrijpen wij het belang van deze poging, maar moet niet uit het oog worden verloren dat bedrijven die hun activiteiten te lang voortzetten en alsnog failleren, met een hogere schuldenlast tot gevolg, ook schade aan de economie toebrengen. Een faillissementsaanvraag kan juist een deel van die schade voorkomen.

Op alle door ons verrichte werkzaamheden en opdrachten die Cees Advocaten N.V. aanvaardt, zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, welke zijn gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Den Haag. Deze zijn tevens digitaal beschikbaar op [www.cees.nl/nl/algemene-voorwaarden](http://www.cees.nl/nl/algemene-voorwaarden). In onze algemene voorwaarden is onder meer een forumclausule opgenomen en wordt onze aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag tot uitkering waarvan onze aansprakelijkheidsverzekering in het betreffende geval aanspraak geeft, vermeerderd met het eigen risico.

Het voorliggende wetsvoorstel is - zo begrijpen wij uit de toelichting - gebaseerd op de kennelijke ervaring dat, hoewel de meeste schuldeisers een relatief terughoudend incasso- en uitwinningsbeleid voeren, er schuldeisers zijn die door middel van een faillissementsaanvraag proberen voor te dringen ten opzichte van andere crediteuren. Een schuldeiser die het faillissement van een schuldenaar aanvraagt probeert echter niet per sé voor te dringen in het licht van een (aanstaande) paritas creditorum, maar heeft - als uitgangspunt - recht op betaling voor geleverde goederen en/of diensten en heeft die betaling in beginsel nodig voor zijn eigen bedrijfsvoering. Dat geldt zeker voor de leveranciers, onderaannemers en andere crediteuren van de ondernemers die hard zijn of worden geraakt door de genomen Corona-maatregelen.

Een tijdelijk betalingsuitstel voor een schuldenaar kan dus weer leiden tot de noodzaak van een tijdelijk betalingsuitstel van diens schuldeiser. Een financiële lockdown zonder toezicht moet ons inziens worden vermeden. Dan ontstaat een moratorium zonder toezicht. Dienaangaande leidt dit wetsontwerp tot een moratorium ten opzichte van één of meer specifieke crediteuren.

Deze beschouwingen in aanmerking nemende zijn wij gematigd positief over het wetsvoorstel, waarbij wij menen dat er aanpassingen nodig zijn ter bescherming van de belangen van de crediteuren, zowel de gezamenlijke crediteuren als de specifieke crediteuren. Daarom beperken wij ons voor dit stadium tot de consultatie op enkele punten in het voorontwerp.

## CONSULTATIE

### **Artikel 2 lid 2 sub a**

Artikel 2 lid 2 sub a luidt:

*"De schuldenaar maakt bij zijn verzoek, bedoeld in het eerste lid, summierlijk aannemelijk dat hij verkeert in de toestand waarin hij uitsluitend of hoofdzakelijk als gevolg van de beperkende maatregelen die sinds 16 maart 2020 zijn afgekondigd in verband met de uitbraak van het COVID19-virus, zijn onderneming niet zoals gebruikelijk heeft kunnen voortzetten en daardoor tijdelijk 2 niet in staat is om voort te gaan met het betalen van zijn schulden. Deze toestand wordt geacht aanwezig te zijn als de schuldenaar informatie over zijn financiële positie overlegt waaruit blijkt dat:*

- a. hij vóór de afkondiging van de beperkende maatregelen voldoende inkomsten had om zijn opeisbare schulden te voldoen, en.. "*

Het aantonen van voldoende *inkomsten* lijkt ons inziens een te beperkt criterium. Waar het om gaat, is dat de schuldenaar bescheiden overlegt waaruit blijkt dat hij zijn opeisbare schulden voldeed (en niet: kon voldoen). Voldoening van opeisbare schulden is uiteraard ook mogelijk doordat op een verstrekt krediet bestedingsruimte beschikbaar is, of doordat extra krediet of een lening is aangetrokken. Dan zijn er geen inkomsten waaruit die opeisbare schulden werden voldaan, maar niet valt in te zien waarom een onderneming die schulden voldoet middels kredietruimte anders moet worden behandeld dan een onderneming die opeisbare schulden voldeed uit daar tegenover staande inkomsten. In plaats van de term *inkomsten* achten wij de term *middelen* meer geschikt.

Daarnaast verdient het aanbeveling deze bepaling zodanig te wijzigen dat uit de aan te leveren bescheiden moet blijken dat de opeisbare schulden vóór de afkondiging van de maatregelen werden voldaan.

#### **Artikel 2 lid 4**

Artikel 2 lid 4 luidt:

*"Als de rechtbank het verzoek tot aanhouding, bedoeld in het eerste lid, toewijst, geldt tijdens de in dat lid genoemde termijn dat:*

- a. *de schuldenaar niet kan worden genoodzaakt tot betaling van schulden aan de schuldeiser of schuldeisers, bedoeld in het derde lid, onderdeel c, die vóór de aanvang van die termijn, opeisbaar waren, en*
- b. *een verzuim in de nakoming van een betalingsverplichting van de schuldenaar jegens die schuldeiser of schuldeisers dat vóór de aanvang van die termijn heeft plaatsgevonden, op zichzelf geen grond is voor:*
  - 1°. *een wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar;*
  - 2°. *opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar, en*
  - 3°. *ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst."*

De kans is zeer groot dat een schuldeiser in geval van deze wettekst eerst kiest voor de mogelijkheid van ontbinding of opschorting, teneinde langs die weg betaling te verkrijgen, diensten als bedoeld in art. 37b Fw. e.d. buiten beschouwing latende. Daarmee lijkt art. 2 lid 4 sub b onder 2 en 3 met name te zien op schuldeisers die zich hebben verbonden tot periodieke levering van goederen of diensten.

Dienaangaande lijkt uit artikel 3 niet voort te vloeien dat de schuldenaar de voorzieningenrechter kan verzoeken om de opschorting of ontbinding ongedaan te maken. Indien dat daadwerkelijk de bedoeling van de wetgever is, verdient dat ons inziens verduidelijking.

#### **Artikel 2 lid 6**

Artikel 2 lid 6 luidt:

*"Als de rechtbank het verzoek tot aanhouding, bedoeld in het eerste lid, toewijst en nadien blijkt dat niet langer wordt voldaan aan het derde lid of de schuldenaar één of meer van zijn schuldeisers heeft benadeeld, heeft getracht dit te doen of er gegronde vrees is ontstaan, dat de schuldenaar zal trachten dit te doen, wordt de aanhouding op verzoek van de schuldeiser of schuldeisers, bedoeld in het derde lid, onderdeel c, dan wel ambtshalve opgeheven en wordt het verzoek tot faillietverklaring met de meeste spoed in raadkamer behandeld."*

Wat, vanuit het perspectief van de schuldeiser die wordt geconfronteerd met toewijzing van een verzoek tot aanhouding ontbreekt, is enige mate van zekerheid dat zij wel wordt betaald voor nieuwe vorderingen die opeisbaar zijn geworden na de in artikel 2 lid 1 bedoelde aanhouding, althans daarop invloed kan uitoefenen c.q. kan ingrijpen indien de schuldenaar nalatig blijft in het betalen daarvan. Die garantie heeft de schuldeiser zonder verzoek tot aanhouding weliswaar evenmin, maar bij een toewijzend aanhoudingsverzoek verliest de schuldeiser wel (tijdelijk) de middelen om betaling af te dwingen van de vorderingen die opeisbaar zijn geworden vóór de

aanhouding. Dienaangaande volgt weliswaar uit de Toelichting dat een schuldenaar die een verzoek tot aanhouding doet nieuwe verplichtingen en toekomstig te vervallen termijnen moet kunnen voldoen, maar daar staat geen sanctie op. Het voert ons inziens te ver om van de schuldeiser te vergen voor die vorderingen nieuwe incasso- en rechtsmaatregelen te treffen en (uiteindelijk) het faillissement aan te vragen.

Ons inziens zou aan artikel 2 lid 6 van het wetsvoorstel moeten worden toegevoegd: *“als de aanhouding niet langer wenselijk is”*. Voorts zou aan artikel 2 lid 6 moeten worden aangevuld in die zin dat ook een verzoek tot opheffing van de aanhouding met de meeste spoed in raadkamer wordt behandeld. Artikel 2 lid 6 luidt na aanpassing aldus:

*"Als de rechtbank het verzoek tot aanhouding, bedoeld in het eerste lid, toewijst en nadien blijkt dat niet langer wordt voldaan aan het derde lid, als de aanhouding niet langer wenselijk is, of de schuldenaar één of meer van zijn schuldeisers heeft benadeeld, heeft getracht dit te doen of er gegronde vrees is ontstaan, dat de schuldenaar zal trachten dit te doen, wordt de aanhouding op verzoek van de schuldeiser of schuldeisers, bedoeld in het derde lid, onderdeel c, dan wel ambtshalve, na de schuldeiser deugdelijk te hebben opgeroepen om te worden gehoord, na behandeling met de meeste spoed in raadkamer, opgeheven en wordt, in geval van opheffing van de aanhouding, het verzoek tot faillietverklaring gelijktijdig behandeld."*

Daarmee wordt, net als het in artikel 2 lid 3 sub b opgenomen criterium "vooruitzicht van bevrediging van schuldeisers" aangesloten bij het bepaalde in artikel 242 Fw. De aanhouding van de faillissementsaanvraag is onder meer niet langer wenselijk indien de schuldeiser niet in staat blijkt de na het tijdstip als bedoeld in artikel 2 lid 1 opeisbaar geworden schulden te voldoen. Dit geeft de schuldeiser die met de aanhouding is geconfronteerd een duidelijke grondslag om de rechtbank op de voet van artikel 2 lid 6 te verzoeken de aanhouding op te heffen. Hoewel de aangevulde grondslag voor een verzoek tot opheffing van de aanhouding mogelijk ook zou kunnen worden gelezen in artikel 2 lid 6 jo artikel 2 lid 3 sub a respectievelijk sub b, draagt het expliciet opnemen van voorgestelde bij aan de wens tot herstel van de balans tussen het belangen van de schuldeiser en schuldenaar.

Om verder tegemoet te komen aan de belangen van de schuldeiser verdient het de voorkeur om toe te voegen dat een verzoek tot opheffing van de aanhouding, wordt behandeld met "de meeste spoed" als bedoeld in artikel 4 lid 1 Fw.

Het voorgaande dient ons inziens tevens in de Toelichting te worden opgenomen.

Voorts heeft toewijzing van het verzoek tot aanhouding tot gevolg dat de schuldeiser, hoewel het voorstel en de opgeven belemmering van artikel 47 Fw in beginsel niet aan betaling van een opeisbare verplichting in de weg staat, de mogelijkheid wordt ontnomen om onder de druk van de faillissementsaanvraag enige betaling af te dwingen, terwijl andere crediteuren intussen mogelijk wel worden betaald. De schuldeiser die het faillissement aanvraagt en met een aanhouding wordt geconfronteerd wordt daarmee per saldo oneigenlijk achtergesteld ten

opzichte van de andere crediteuren. Dat de desbetreffende schuldeiser oneigenlijk wordt achtergesteld lijkt ons een onwenselijk effect. Daarmee heeft dit wetsontwerp tot (ongewenst) gevolg dat schuldeisers wordt ontmoedigd om het faillissement van een schuldenaar aan te vragen of executiemaatregelen jegens een schuldenaar te treffen, en schuldenaren zich wellicht gesterkt voelen om op een later moment dan wenselijk de belangen van de gezamenlijke crediteuren voorop te stellen. De beoogde wet moet niet tot gevolg hebben dat er meer zogenaamde Verschleppungsschade ofwel “doormodderschade” ontstaat.

Teneinde die gevolgen en doormodderschade zoveel als mogelijk proberen te voorkomen is ons inziens meer balans nodig en dient in dit wetsontwerp meer te worden verduidelijkt dat én een consequentie worden verbonden aan *“Nu de ondernemer verkeert in een toestand van een dreigend faillissement, zal hij zich moeten richten op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.”*, zoals vermeld op pagina 4 van de Toelichting. Te meer nu veel mogelijk paulianeuze transacties of selectieve betalingen plaatsvinden in de periode waarin de paritas creditorum net wel of net niet in acht moet worden genomen.

Gelet hierop achten wij dan ook goed verdedigbaar dat het verzoek tot aanhouding, althans moment van aanhouding van het verzoek geldt c.q. wordt gekwalificeerd als peildatum als bedoeld in de jurisprudentie omtrent selectieve betaling c.q. als peildatum voor het aannemen van wetenschap van benadeling als bedoeld in artikel 42 Fw en het tijdstip van berekening als bedoeld in artikel 249 lid 1 aanhef en sub 1 Fw. Dat heeft wel tot gevolg dat de schuldenaar - en met name haar bestuur - bedacht dient te zijn op de gevolgen daarvan als ondanks het verzoek tot aanhouding de schuldenaar op een later moment alsnog failliet gaat, maar die bedachtzaamheid dient sowieso in acht te worden genomen, juist omdat - zo stelt de wetgever ook - de schuldenaar vanaf voornoemd moment de belangen van de gezamenlijke crediteuren in acht dient te nemen. Dat sluit aan bij artikel 249 lid 1 aanhef en sub 1 Fw inzake een faillissement volgend op een surseance van betaling.

Daarnaast wijzen wij op de mogelijkheid en geven wij u in overweging om in het wetsontwerp toe te voegen dat de rechtbank ten behoeve van de beoordeling en/of toewijzing van de aanhouding, de bevoegdheid heeft om ex artikel 194 Rv een deskundige (observator) aan te stellen.<sup>1</sup> Die deskundige kan ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren erop toezien of een situatie als bedoeld in artikel 2 lid 6 van het wetsontwerp (en zoals hierboven bedoeld) zich voordoet. Daarnaast kan dat voordeel bieden omdat de curator in geval van een opvolgend faillissement op het moment van zijn benoeming al vertrouwd zal zijn met (de onderneming van) de schuldenaar en meer op de hoogte zal zijn van handelingen die in de voorfase van het faillissement zijn verricht. Aldus wordt in geval van een faillissement alsnog onafwendbaar blijkt een spoedige en efficiënte afwikkeling van het faillissement bevorderd, maar wordt in de fase van de aanhouding meer gewaakt voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren én van de onderneming van de schuldenaar.

---

<sup>1</sup> Vgl. Rechtbank Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, <<JOR>> 2004, 115.

In geval van een deskundige wordt aangesteld, zou die deskundige ook moeten zijn begrepen onder de partijen die een verzoek tot opheffing van de aanhouding als bedoeld in artikel 2 lid 6 van het wetsontwerp kunnen doen. Ook daarop moet artikel 2 lid 6 ons inziens worden uitgebreid.

Uit het wetsvoorstel noch de toelichting volgt hoe de rechtbank ambtshalve de aanhouding zou kunnen opheffen.

Voorts heeft deze tekst tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd. Waar de schuldenaar eerst aan de vereisten van artikel 2 lid 2 en lid 3 moet voldoen, dient na het verzoek tot aanhouding de schuldeiser te bewijzen dat aan het bepaalde in artikel 2 lid 6 is voldaan. Gelet op de verstrekkende gevolgen van toewijzing van het verzoek tot aanhouding, ook voor de schuldeiser, achten wij het meer redelijk dat bij een verzoek tot verlenging van de aanhouding een zwaardere toets plaatsvindt, in ieder geval in die zin dat de stellingen van schuldenaar als aangevoerd bij het eerste verzoek tot aanhouding, en het al dan niet gerealiseerd zijn van diens gestelde verwachtingen, mede in acht worden genomen. Te meer als de schuldenlast van schuldenaar na het eerste verzoek tot aanhouding is toegenomen.

### **Artikel 3 lid 3**

Artikel 3 lid 3 luidt:

*Een beslag dat overeenkomstig het eerste lid, onderdeel b, is opgeheven, herleeft, zodra de voorzieningenrechter heeft beslist dat de gronden voor de opheffing niet langer aanwezig zijn. Indien de inschrijving van het beslag in de openbare registers is doorgehaald, vervalt de herleving, indien niet binnen veertien dagen na de herleving een exploit is ingeschreven, waarbij van de herleving mededeling aan de schuldenaar is gedaan.*

Uit de wetstekst en de memorie van toelichting volgt niet wat de gevolgen zijn van het herleeft beslag, bijvoorbeeld als de schuldenaar na opheffing van het beslag op goederen de goederen alsnog te gelde maakt, respectievelijk het positieve saldo van een derdenbeslag onder een bankinstelling het saldo heeft aangewend ter voldoening aan andere (en bij voorkeur de gezamenlijke) crediteuren. Zeker bij een opheffen derdenbeslag is na voldoening c.q. aanwending van de voorheen beslagen gelden het herleven van het beslag illusoir. De derde is alsdan namelijk niets meer verschuldigd.

Daarnaast is ook hier onevenwichtig, dat de schuldenaar zich tot de voorzieningenrechter dient te wenden om opheffing van een beslag te bewerkstelligen, maar dat het vervolgens aan de schuldeiser/voormalig beslaglegger is om aannemelijk te maken dat de gronden voor de opheffing zijn vervallen. Afgezien van de vraag welk criterium de voorzieningenrechter daarbij moet aanhouden - daaromtrent biedt de wettekst geen houvast - wordt de bewijslast hiervoor bij de schuldeiser neergelegd. Daarnaast wordt de schuldeiser met onevenredig veel kosten belast, terwijl de schuldeiser ook reeds kosten heeft gemaakt in het kader van de beslaglegging en aanstaande executie. De schuldeiser moest immers eerst op de vordering tot opheffing zijdens de schuldenaar al worden gehoord en vervolgens dient de schuldeiser zich opnieuw te wenden tot de voorzieningenrechter om het beslag te doen herleven.

Waar het vanwege Covid-19 verdedigbaar is dat een gelegd beslag tijdelijk niet kan worden uitgewonnen, komt het ons voor dat een - gezien de mogelijkheid dat het beslag herleeft - als tijdelijke schorsing van het beslag bedoelde maatregel dermate ernstige gevolgen heeft voor de schuldeiser, dat de schuldeiser daardoor onevenredig wordt benadeeld.

Gelet hierop menen wij dat artikel 3 lid 3 nadere overdenking, uitwerking en toelichting behoeft.

### **CONCLUSIE**

Wij zijn gematigd positief over het voorliggende wetsvoorstel. Onze terughoudendheid is te herleiden tot het uitgangspunt van de wet, het belang van de schuldenaar. Het huidige voorstel beperkt de - in beginsel, behoudens misbruik van bevoegdheid, legitieme - rechten van de schuldeiser. De schuldeiser wordt gedurende een periode die kan oplopen tot zes maanden ernstig belemmerd in de mogelijkheden zijn rechten uit te oefenen, terwijl deze schuldeiser mogelijk zelfs ook ernstig wordt geraakt door de gevolgen van de COVID-19. Dat maakt dat, naar onze mening, aanpassingen nodig zijn ter bescherming van de belangen van de crediteuren, zowel de gezamenlijke crediteuren als de specifieke crediteuren om de weegschaal in evenwicht te houden.

Wij danken u voor uw aandacht.

Met vriendelijke groet,



Cees Advocaten N.V.  
Frank Hordijk  
Emile ten Berge  
John Dullaart