

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker

B. Rikkert
Advocaat
Postbus 2342, NL-5600 CH Eindhoven
rikkert@boelszanders.nl
T +31 (0)88 304 01 17
F +31 (0)77 354 53 30

Plaats/Datum Eindhoven, 11 juni 2020
Betreft Tijdelijke betalingsuitstelwet 2020
Onze referentie BR/BR

Hooggeachte heer Dekker,

Inleiding

Bij de totstandkoming van de Faillissementswet werd al voorzien dat een faillissementsaanvraag als incassomiddel kon worden gebruikt.¹ De wetgever heeft blijkens de Parlementaire Geschiedenis dit toelaatbaar geacht en ook uit de jurisprudentie blijkt dat het indienen van een faillissementsaanvraag toelaatbaar is, ook als die aanvraag de bedoeling heeft om de crediteur zo onder druk te zetten dat deze tot betaling overgaat.²

De (dreiging met het indienen van) faillissementsaanvraag heeft zich de laatste decennia ontpopt tot een bewezen effectief incassoinstrument. De lage kosten van een faillissementsaanvraag, de snelheid waarmee het verzoek behandeld wordt, de bij een faillissement komende reputatieschade en het risico op aansprakelijkheidsstelling door de curator lijken belangrijke factoren voor een schuldenaar om – eenmaal geconfronteerd met een (ingediend) faillissementsaanvraag – toch over te gaan tot voldoening van de vordering van de aanvragende schuldeiser.

De vereisten voor faillietverklaring zijn niet bijzonder streng: zodra de rechtbank na summierlijk onderzoek overtuigd is van het bestaan van de vordering van de aanvrager en is gebleken dat de schuldenaar in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, kan zij in staat van faillissement worden verklaard. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren aan deze vereisten strikt de hand gehouden.³

Wij menen dat het niet erg is dat een faillissement redelijk eenvoudig kan worden uitgelokt. Het faillissement vormt een belangrijk onderdeel van een goed

¹ Memorie van Toelichting, Van der Feltz I, p. 38 en 39.

² Zie onder andere Hof Amsterdam 19 februari 2008, [LJN BF7519](#); JOR 2009/61.

³ HR 24 maart 2017, JOR 2017/183, m.nt. Van Eeden-Harskamp en HR 26 oktober 2018, JOR 2019/22, m.nt. Kortmann.

functionerende economie en het bevordert de marktwerking.⁴ Niet-levensvatbare ondernemingen kunnen – betrekkelijk eenvoudig – aan het economisch verkeer worden onttrokken en bedrijven die in de kern wel levensvatbaar zijn, kunnen de markt eenvoudiger betreden of krijgen meer (door)groeimogelijkheden.

Het zal echter nooit de bedoeling van de wetgever geweest zijn om juist die laatste groep, levensvatbare ondernemingen, ook door middel van het faillissement aan het economische verkeer te laten onttrekken. Indien schuldenaren slechts tijdelijk niet in staat zijn hun schuldeisers volledig te voldoen, is het (afgewogen) belang van de schuldeiser bij de faillissementsaanvraag vele malen kleiner dan de (maatschappelijke) schade van het faillissement. Gedacht moet worden aan het verlies van werkgelegenheid,⁵ maar ook aan een ongewenste kettingreactie in een bepaalde bedrijfsketen. Dat belang van behoud van levensvatbare ondernemingen vormde ook al aanleiding voor de WHOA.

Het is onder meer om die redenen dat wij het nut en de noodzaak van deze Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020 ("**Wetsvoorstel**") inzien en onderschrijven.⁶ Hiernavolgend geven wij onze reactie op het Wetsvoorstel.

Strikte toepassing ter nastreving en effectuering van het doel van het wetsvoorstel en een suggestie voor een aanvullende voorwaarde

Het Wetsvoorstel stelt niet al te hoge eisen voor de (succesvolle) indiening van een uitstelverzoek. Dat is logisch om die schuldenaren die "*als de beperkende maatregelen niet afgekondigd hadden hoeven worden, niet in liquiditeitsproblemen zouden zijn gekomen en hun continuïteit niet bedreigd zouden hebben gezien*"⁷ snel en doeltreffend lucht te geven. Al te veel voorwaarden of zwaardere stel- en bewijsplichten dan die thans in het voorontwerp worden gesteld, zouden het effect van het voorontwerp immers uithollen. Een en ander moet er echter niet toe leiden dat ook die schuldenaren die reeds voor 16 maart 2020 met (onoplosbare) betalingsproblemen verkeerden, relatief eenvoudig betalingsuitstel krijgen. In onze optiek moeten de voorwaarden voor toewijzing aldus strikt worden geïnterpreteerd.

⁴ Tijdens het Insolad Jaarcongres van 2020 trok Midas Dekkers parallellen tussen het insolventierecht en het dierenrijk. Hij stelde – met een ironische ondertoon – dat het zelfs de bedoeling is van ondernemingen om failliet te gaan.

⁵ Dat de laatste jaren veelvuldig de aandacht krijgt in onder meer Wetsvoorstel wet continuïteit ondernemingen I en Wetsvoorstel wet overgang van onderneming in faillissement.

⁶ Overigens hebben wij begrepen dat bij ten minste één van de rechtbanken in Nederland de indruk bestaat dat de laatste tijd meer dan voorheen faillissementsaanvragen als incassomiddel worden ingediend, hetgeen onder meer zou blijken uit het relatief grote aantal vlak voor de zitting ingetrokken verzoeken.

⁷ MvT, pagina 2, laatste alinea.

Het gekozen stramien van artikel 2 lid 2 jo 2 lid 3 Wetsvoorstel zorgt ervoor dat het aan de rechter is om te onderzoeken of de schuldeiser *niet wezenlijk en onredelijk*⁸ wordt benadeeld indien betalingsuitstel wordt verleend. De schuldenaar behoeft immers slechts aan te tonen dat (a) hij vóór de afkondiging van de beperkende maatregelen voldoende inkomsten had om zijn opeisbare schulden te voldoen, en (b) sinds de afkondiging van die maatregelen sprake is geweest van een omzetverlies van ten minste 20%. Aangezien de rechtbank de schuldeiser zal horen (artikel 2 lid 7 Wetsvoorstel) en – naar wij aannemen – tijdens die zitting de schuldeiser zal bevragen of sprake is van een *wezenlijke en onredelijke* benadeling indien het verzoek wordt toegewezen, ligt het in onze optiek voor de hand om de schuldeiser in staat te stellen op deze vragen te laten anticiperen door een derde voorwaarde in artikel 2 lid 2 Wetsvoorstel toe te voegen, inhoudende dat de schuldenaar bij zijn verzoek (voldoende) aannemelijk maakt⁹ dat de schuldeiser *niet wezenlijk en onredelijk* wordt benadeeld.

Stellen en aannemelijk maken

In artikel 2 lid 2 Wetsvoorstel is bepaald dat de schuldenaar bij zijn verzoek *summierlijk aannemelijk* maakt dat hij in de in dat artikellid genoemde toestand verkeert. Het gebruik van het woord 'summierlijk' suggereert dat de schuldenaar slechts *in zeer beperkte mate* aannemelijk hoeft te maken dat hij als gevolg van de beperkende maatregelen tijdelijke betalingsproblemen heeft. In onze optiek ziet het *summierlijk* blijken van de gestelde feiten of omstandigheden (die leiden tot het oordeel dat sprake is van de genoemde betalingsproblemen) echter op de eisen die gesteld worden aan de bewijsvoering in dat verband (vergelijk artikel 6 lid 3 Fw). Het wetsvoorstel en de MvT lijken in dit verband ook niet op elkaar aan te sluiten:

"Om de rechtbank in staat te stellen dit onderzoek te verrichten, zal de schuldenaar zijn verzoek goed moeten onderbouwen en ook moeten voorzien van onderliggende documenten. In het tweede lid is in dit kader bepaald dat de schuldenaar aannemelijk [hier is het woord 'summierlijk' zelfs weggelaten] moet maken 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 COVID-19-virus, tijdelijk niet in staat is om voort te gaan met het betalen van zijn schulden."¹⁰

In onze optiek mag van een schuldenaar inderdaad worden verwacht dat hij zijn verzoek grondig onderbouwt en aldus (voldoende, dus meer dan summierlijk) aannemelijk maakt dat hij in betalingsproblemen verkeert als gevolg van de

⁸ Het is overigens onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld dan wel wanneer hier sprake van is. Het Wetsvoorstel heeft toelichting op dit punt.

⁹ Zie ook hierna "Stellen en aannemelijk maken".

¹⁰ MvT, pagina 7, halverwege alinea 1.

beperkende maatregelen. Hiervoor kunnen verschillende argumenten gegeven worden. Op de eerste plaats betekent een toegewezen verzoek een verstrekkende beperking van de verhaalsrechten van de schuldeiser. Ten tweede wordt het daardoor voor schuldenaren lastiger om misbruik te maken van de voorgestelde regeling.

Kortom: een schuldenaar moet (voldoende) aannemelijk maken dat hij in de toestand verkeert dat hij als gevolg van de beperkende maatregelen tijdelijke betalingsproblemen heeft. De faillissementsrechter moet, na een kort en eenvoudig onderzoek, hiervan in voldoende mate overtuigd raken (zie ook MvT, pagina 7). Wij stellen om die reden voor in artikel 2 lid 2 Wetsvoorstel het woord 'summierlijk' weg te laten (en/of te vervangen door het woord: 'voldoende').

Varia

Ten eerste is het uiterste moment van indiening van een betalingsuitstelverzoek onduidelijk. Hoewel wij er geen onderzoek naar hebben gedaan, is het onze ervaring dat een faillissementsverzoek pas na gemiddeld circa vier weken ter zitting wordt behandeld. Het verdient de aanbeveling als de schuldenaar in de oproepingsbrief wordt gewezen op de mogelijkheid om een betalingsuitstelverzoek in te dienen.

Een tweede punt van aandacht betreft de voorwaarde van artikel 2 lid 3 sub b Wetsvoorstel. Dit artikel bepaalt dat de rechtbank het uitstelverzoek toewijst als *"het vooruitzicht bestaat, dat de schuldenaar na verloop van de door de rechtbank gestelde termijn, bedoeld in het eerste lid, zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen."* Gelet op de verstrekkende gevolgen van een toewijzing van een uitstelverzoek, dient in onze optiek niet te worden getwijfeld aan het vooruitzicht op bevrediging van de schuldeisers. In dit verband wijzen wij met name op de beperkende maatregelen van de overheid die voor verschillende sectoren op verschillende momenten worden versoepeld. Zo geldt thans een verbod op meld- en vergunningplichtige evenementen tot *in beginsel* 1 september 2020.¹¹ Dat verbod kan eerder worden versoepeld maar evengoed is denkbaar dat deze beperkende maatregel wordt verlengd. Een organisator van een meld- of vergunningplichtig evenement zal zo lang geen duidelijkheid bestaan over de duur van de beperkende maatregel niet voldoende kunnen onderbouwen dat hij binnen de gestelde termijn zijn schuldeisers kan bevredigen.¹² Dat is overigens niet ook niet erg omdat die schuldenaren voldoende beschermd worden tegen dreigende faillissementsaanvragen. Zij voldoen dan (mogelijk) wel aan de (laagdrempelige)

¹¹ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/nederlandse-maatregelen-tegen-het-coronavirus/openbaar-en-dagelijks-leven>.

¹² Ervan uitgaande dat geen andere, wel toegestane, bedrijfsactiviteiten worden ontplooid.

toets die wordt aangelegd bij de verlening van surseance van betaling.

Tot slot nog een aandachtspunt voor de positie van de betrokken crediteur. Die wordt enigszins beschermd doordat aan het uitstel een einde komt indien sprake is van *benadeling* van schuldeisers of de vrees voor benadeling gerechtvaardigd is (MvT, pagina 10). In een verre van ondenkbeeldige situatie doet zich evenwel iets merkwaardigs voor. Er kan namelijk sprake zijn van *bevoordeling* van de andere schuldeisers die ontstaat als de schuldenaar nog wel – mogelijk daartoe in staat als gevolg van steun van de overheid – in staat blijkt een deel van de opeisbare vorderingen (van andere schuldeisers) te voldoen. Indien een schuldenaar meer opeisbare schulden heeft dan aan liquide middelen beschikbaar, dan kan hij een faillissementsaanvraag pareren met een betalingsuitstelverzoek. De eventuele nieuwe schulden van deze schuldeiser moeten bij toewijzing van dit verzoek wel voldaan worden maar de opeisbare schulden niet. De schuldenaar die betalingsuitstel heeft verkregen, blijft echter vrij om de opeisbare vorderingen van zijn overige schuldeisers te voldoen (voor zover daartoe in staat, uiteraard). Met de laatste betalingen is niets mis. Het wringt evenwel dat indien de schuldenaar alsnog op een later moment failliet wordt verklaard, de schuldeiser die als eerste het faillissement heeft aangevraagd in de tussenliggende periode niet betaald heeft gekregen terwijl andere schuldeisers – die meer geduld hebben betracht – wel betaald hebben gekregen.¹³ Dat laatste is natuurlijk ook het beoogde (afschrikwekkende) effect van het Wetsvoorstel: ongeduldige crediteuren moeten – ongetwijfeld tegen hun zin – wat langer wachten met het treffen van verhaalsacties om ongewenste faillissementen te voorkomen.

Conclusie

Het Wetsvoorstel geeft in onze ogen de lucht die sommige ondernemers op dit moment nodig hebben en biedt ondernemers meer perspectief zo lang de gevolgen van COVID-19 voortduren. Wij hebben enkele suggesties gedaan en bevelen het Wetsvoorstel van harte aan.

Hoogachtend,
Boels Zanders NV

B. Rikkert

¹³ Wij abstraheren hier even van het leerstuk van selectieve betaling op grond waarvan een bestuurder in een dergelijke situatie mogelijk persoonlijk aansprakelijk is.