

## Reactie concept Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020

Graag maak het bestuur van de Vereniging van Incasso- en Procesadvocaten (VIA) van de gelegenheid gebruik om te reageren op het concept van de Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020 en de daarbij behorende toelichting.

De VIA is een specialisatievereniging van de Nederlandse Orde van Advocaten en bestaat inmiddels 27 jaar. De leden (circa 180) houden zich in hun praktijk voor het overgrote deel bezig met het incasseren van geldvorderingen en procederen, waaronder het leggen van beslagen, het aanvragen van faillissementen en het voeren van bodemprocedures.

Het belang om een cascade van onnodige faillissementen als gevolg van de Corona-crisis te voorkomen is evident, anderzijds is ook evident dat het mogelijk moet blijven dat insolvente schuldenaren failliet worden verklaard. Het is natuurlijk onzinnig om een faillissement uit te laten spreken indien het gebrek aan liquiditeiten een tijdelijk karakter heeft bijvoorbeeld omdat op relatief korte termijn een herfinanciering (met overheidsgarantie) zal plaatsvinden of anderszins liquide middelen vrijkomen. Ons inziens heeft de rechter echter nu al voldoende middelen om een faillissementsverzoek (nog) niet toe te wijzen als het gebrek aan liquiditeiten als gevolg van de coronacrisis een tijdelijk karakter heeft. De rechter moet immers oordelen of er een toestand is van “te hebben opgehouden te betalen”. Dit is een open norm en het valt niet te verwachten dat een rechter deze toestand zal aannemen als de verweerder aannemelijk kan maken dat hij door de corona crisis in de problemen is gekomen en dat hij deze problemen op korte termijn zal kunnen oplossen. Een rechter heeft bij een dergelijk verweer ook nu de vrijheid om een verzoek voor langere tijd aan te houden. De vaak gehanteerde maximale termijn van acht weken volgt enkel uit Recofa richtlijn en is niet bindend. Daarnaast kan een rechter altijd besluiten om een verzoek af te wijzen wegens misbruik van bevoegdheid. Deze instrumenten (aanhouding en afwijzing wegens misbruik) kunnen nu reeds worden ingezet. Men kan zich afvragen wat dan de toegevoegde waarde is van deze tijdelijke wet.

Behalve aanhouding en afwijzing beoogt deze wet ook een regeling te creëren die verzoeker verbiedt om middels executie of anderszins betaling van zijn vordering af te dwingen. Dit is ook nu al mogelijk middels het aanvragen van een surseance van betaling. Ook hier kan men zich dus afvragen of het noodzakelijk is om te komen tot een nieuwe tijdelijk regeling. Wel kan gedacht worden aan de mogelijkheid om de rechter in staat te stellen een eigen bestuurder aan te wijzen als bewindvoerder, als vaststaat dat het tijdelijke gebrek aan liquiditeiten wordt veroorzaakt door de Coronacrisis. De aanzienlijke kosten voor een externe bewindvoerder worden dan voorkomen.

Het gebruik in de huidige situatie van de genoemde reeds bestaande middelen om onzinnige faillissementen te voorkomen draagt ook bij aan de rechtszekerheid. Besluiten kunnen dan immers gebaseerd blijven op bestaande jurisprudentie die in hoge mate is uitgekristalliseerd. Een nieuwe tijdelijke regeling waarin niet de mogelijkheid van hoger beroep wordt geboden, zal door iedere rechter anders geïnterpreteerd kunnen worden, als hij zich niet kan baseren op bestaande jurisprudentie.

Als de voorgestelde regeling wordt doorgelopen dan hebben wij de volgende opmerkingen:

1. Het is blijkbaar de intentie dat aan schuldenaren die niet betalen als gevolg van de Coronacrisis een adempauze wordt gegeven van maximaal zes maanden. Men kan zich afvragen hoe een rechter bij het eerste verzoek kan beoordelen dat er “licht is aan het einde van de tunnel” van zes maanden. Het gevaar bestaat dat er te snel het voordeel van de twijfel wordt gegeven nu er is geformuleerd dat het verzoek om uitstel wordt toegewezen (zie artikel 2 lid 3 onder b) als (naast een tweetal andere voorwaarden) “het vooruitzicht bestaat, dat de schuldenaar na verloop van de door de rechtbank gestelde termijn, zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen”. Hoe groot de kans moet zijn dat de schuldeisers in enige mate tevreden worden gesteld, wordt niet geconcretiseerd terwijl daar naar ons inzicht wel behoefte aan zal zijn. Een dergelijke open norm werkt immers rechtsongelijkheid in de hand. Er zijn ten minste die vragen die de rechter zich moet stellen en na summier onderzoek moet beantwoorden:
  - a. Was sprake van een solide onderneming vóór het uitbreken van de Corona crisis.
  - b. Zijn de problemen van de onderneming veroorzaakt dóór de Corona crisis.
  - c. Is er een reël uitzicht op een zodanige oplossing van genoemde problemen dat de schuldeisers kunnen worden betaald.

Wij zouden ervoor willen pleiten dat in de toelichting een poging wordt gedaan om handvatten te formuleren op basis waarvan deze vragen moeten worden beantwoord.

Ons inziens is overigens de verwijzing naar artikel 218 lid 4 Fw. in de toelichting niet juist.

2. Er lijkt geen noodzaak en geen redelijke grond om aan de verzoeker automatisch vrijwel alle middelen te ontnemen om zijn vordering betaald te krijgen, als een uitstel verzoek wordt gehonoreerd (zie artikel 2 lid 4 sub a). Hier zou ten minste sprake moeten zijn van een nadere afweging door de rechter. Bijvoorbeeld vonnissen waarvoor jaren is geprocedeerd kunnen dat niet meer worden geïncasseerd en hetzelfde geldt voor schikkingen die zijn aangegaan in de verwachting dat zou worden betaald. Daarbij klemmt dat deze executiemiddelen wel worden ontnomen aan de verzoeker, maar niet aan willekeurige andere schuldeisers die wel hun vorderingen met alle middelen rechtens kunnen innen, waardoor de verzoeker zeer wordt benadeeld. Het onmogelijk maken om op korte termijn betaling af te dwingen leidt tot een ongewenst domino-effect, waarbij steeds meer partijen niet in staat zullen blijken hun schuldeisers te voldoen.
3. In het verlengde van het voorgaande punt dient te worden opgemerkt dat (blijkens artikel 2 lid 4 sub b) na een toegewezen uitstelverzoek het verzuim van verweerder niet meer kan leiden tot wijziging, opschorting en ontbinding van de betreffende overeenkomst. Dit kan ertoe leiden dat een leverancier verplicht blijkt om te leveren wetende dat hij hiervoor niet nooit zal worden betaald. Zijn partijen bijvoorbeeld overeengekomen dat een leverancier op basis van één overeenkomst meerdere deelleveringen moet doen waarbij per deellevering wordt gefactureerd dan kan de leverancier ernstig worden benadeeld. Als eerdere facturen niet worden betaald en er wordt aan de afnemer uitstel verleend dan blijft de leverancier verplicht de overige leveringen uit te voeren. Hiermede worden schuldeisers die een faillissement hebben aangevraagd benadeeld in hun positie, ook ten opzichte van andere crediteuren die geen faillissement hebben aangevraagd.



VERENIGING VAN INCASSO- EN PROCESADVOCATEN

Het automatisme zoals dit nu in de regeling is geformuleerd is dus ongewenst; er dient steeds een afzonderlijk afweging plaats te vinden.

Met betrekking tot gelegde beslagen merken wij op dat deze ons inziens niet moeten worden opgeheven, maar dat de uitwinning daarvan kan worden opgeschort.

4. De voorgestelde regeling staat op gespannen voet met de wens van de wetgever om de betalingstermijnen richting het MKB terugbrengen naar 30 dagen. Met een maatregel als de onderhavige wordt immers aan het MKB iedere stok ontnomen om spoedige betaling af te dwingen. Gerechtelijke procedures duren lang en executie van een vonnis vaak nog langer en is, zeker als er sprake is van financiering, vaak onmogelijk. Bovendien is er altijd het risico dat de debiteur uiteindelijk geen verhaal blijkt te bieden omdat tussentijds activabestanden zijn verbruikt.
5. Er is niet geregeld wat de situatie is als het faillissementsverzoek wordt ingetrokken. Waarschijnlijk komt dan de grond aan het uitstelverzoek te ontvallen, want een faillissementsverzoek kan niet worden aangehouden, als het is ingetrokken. Ook om deze reden is het waarschijnlijk beter om een ondernemer, die door de coronacrisis in de problemen is gekomen, de mogelijkheid te geven om te allen tijde een zelfstandig verzoek in te dienen zoals geformuleerd in artikel 3, zodat de schuldenaar een algemene adempauze krijgt. Zoals eerder opgemerkt bestaat deze mogelijkheid al middels de surseance. Als de schuldenaar een dergelijke zelfstandige mogelijkheid heeft, heeft dit ook als voordeel dat er geen sprake is van automatisme, maar dat de verschillende mogelijkheden die de wet biedt voor het geven van een adempauze pas worden opgelegd nadat een daartoe een afweging is gemaakt.

Tot zover onze opmerkingen.

Namens het bestuur van de Vereniging van Incasso- en Procesadvocaten

mr. B.T. van Onna