

INSOLAD
Secretariaat
Noordzijdseweg 183
3415 RC Polsbroek
secretariaat@insolad.nl

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

Utrecht, 11 juni 2020

Zijne Excellentie,

Met interesse heeft INSOLAD kennisgenomen van het voorontwerp “Tijdelijke betalingsuitstelweg 2020”. Graag maakt INSOLAD gebruik van de mogelijkheid om op de inhoud van dit voorontwerp te reageren.

1. Inleiding

1.1. INSOLAD juicht de invoering van een wet toe die het mogelijk maakt om de behandeling van faillissementsaanvragen aan te houden of verhaalsacties van schuldeisers op te schorten vanwege – kort samengevat – betalingsproblemen die zijn ontstaan vanwege de coronacrisis en de daarmee samenhangende overheidsmaatregelen. Het voorontwerp creëert voor de faillissementsrechters een wettelijk kader voor de sinds de coronacrisis ingenomen terughoudende opstelling bij de beoordeling van faillissementsrekenen. INSOLAD beziet deze wet primair tegen de achtergrond van de diverse steunmaatregelen die de overheid voor ondernemers ter beschikking heeft gesteld sinds het uitbreken van de coronacrisis. Het voorontwerp kan ertoe bijdragen dat de uit publieke middelen gefinancierde steunpakketten efficiënter worden besteed en daadwerkelijk kunnen bijdragen aan het overeind houden van in beginsel gezonde ondernemingen. De steunmaatregelen zijn exceptioneel en van tijdelijke aard en dat zou deze wet die bepaalde wettelijke rechten beknot ook moeten zijn.

- 1.2. Het voorontwerp erkent dat er sprake is van een tegenstrijdigheid van de belangen van de schuldenaar en haar schuldeisers en dat het met name gaat om het antwoord op de vraag voor wiens rekening deze specifieke betalingsproblemen dienen te komen. Het voorontwerp stelt een balans voor tussen enerzijds de belangen van de schuldenaar om niet als gevolg van deze tijdelijke betalingsproblemen failliet te worden verklaard en anderzijds de belangen van de schuldeiser die moet toestaan dat haar vordering (nog) niet wordt voldaan (en niet als grondslag voor een faillissementsaanvraag mag dienen), hetgeen ook weer tot financiële problemen bij deze schuldeiser kan leiden (het in het voorontwerp benoemde 'domino effect').
- 1.3. Het past in de ogen van INSOLAD niet om in de toelichting op het voorontwerp (pagina 2, tweede alinea) te vermelden dat een schuldeiser die via een faillissementsverzoek of een verhaalsactie betaling probeert af te dwingen, probeert "voor te dringen". Een schuldeiser heeft recht op betaling van haar vordering en heeft wettelijke rechten om betaling af te dwingen. Het voorontwerp perkt dit wettelijk recht van één schuldeiser in (door middel van een procedure waartegen geen rechtsmiddel openstaat) terwijl andere schuldeisers, die het faillissement niet hebben aangevraagd, nog wel betalingen kunnen ontvangen (denkbeeldig zijn betalingen van een schuldenaar in het geval waarin de bestuurder borgstellingen/garanties heeft afgegeven).
- 1.4. Weliswaar kunnen bepaalde betalingen aan andere schuldeisers – die het faillissement niet hebben aangevraagd – met rechtsmaatregelen achteraf (acties uit onrechtmatige daad vanwege selectieve betaling of bestuurdersaansprakelijkheid) worden gecorrigeerd, maar de praktijk wijst uit dat dergelijke acties niet eenvoudig - en daardoor kostbaar - zijn.
- 1.5. Deze overweging in de toelichting kan beter worden aangepast, temeer omdat de voorgestelde regeling tot effect heeft dat – in het geval van toewijzing van een aanhouding - een aanvragende schuldeiser aanmerkelijk slechter af is dan een andere niet-aanvragende schuldeiser. Het meest klemmende – en in de ogen van INSOLAD niet redelijke – voorbeeld daarvan is dat de aanvragende schuldeiser niet langer gebruik kan maken van zijn in artikel 2 lid 4 onder b in het voorontwerp genoemde rechten, terwijl de niet-aanvragende schuldeiser niet in deze rechten kan worden beperkt.
- 1.6. Daarnaast vraagt INSOLAD zich af of de wetgever met het opheffen van beslagen van de aanvragende schuldeiser ex artikel 2 lid 5 onder b ook voor ogen heeft gehad dat deze aanvragende schuldeiser niet langer op kan komen in een rangregeling die volgt op een executieverkoop die is afgedwongen door een andere wel executiebevoegde schuldeiser. Als dat zo is, is de niet-aanvragende schuldeiser die wil opkomen in de rangregeling die volgt op een executieverkoop die is afgedwongen door een andere wel executiebevoegde schuldeiser, beter af. Dat lijkt niet redelijk. INSOLAD realiseert zich dat dit verschil wordt gemitigeerd door de mogelijkheden die artikel 3 de schuldenaar biedt. Het is echter maar de vraag of de schuldenaar van die mogelijkheden gebruik zal maken. Doet hij dat om hem moverende redenen niet, dan kan mogelijk een – in de ogen van Insolad – onredelijk verschil ontstaan tussen de betreffende schuldeisers.

2. Inhoudelijke opmerkingen bij het voorontwerp

- 2.1. Hieronder treft u nog enige andere opmerkingen ten aanzien van het voorontwerp en de memorie van toelichting aan:
- A. De vraag kan gesteld worden of voldoende gewaarborgd is dat het (door)betalen van schulden niet ten koste gaat van de verhaalspositie van de schuldeiser die het faillissement aanvraag/verhaal wilde nemen? Artikel 2 lid 6 biedt schuldeisers de mogelijkheid om in geval van misbruik de rechtbank te verzoeken om het faillissementsverzoek met de meeste spoed alsnog te behandelen. Daarbij geldt echter dat de schuldeiser in een lastige bewijspositie zit. Immers, de behandeling van de aanvraag is aangehouden en de schuldeisers zal dit misbruik moeten waarnemen en vervolgens aantonen;
- B. Juist vanwege de ingrijpende gevolgen voor de positie van de schuldeiser – zoals hiervoor in randnummer 1.2 is aangegeven betreft het afdwingen van betaling van een openstaande vordering door de schuldeiser door middel van een faillissementsaanvraag en/of andere verhaalsacties een wettelijk recht - dient de toetsing ex artikel 2 lid 2 en 3 zorgvuldig te gebeuren. Er bestaat begrip voor de in de eerste alinea van pagina 7 van de toelichting omschreven diepgang van de toetsing. INSOLAD meent echter dat een schuldenaar in staat zou moeten zijn om deugdelijke (liquiditeits)prognoses en cashflow analyses te produceren. INSOLAD meent dat dit ook van de schuldenaar kan worden gevergd in verband met de beperking van de wettelijke rechten van schuldeisers. De toetsing door de rechter zou – conform artikel 2 lid 2 onder b – niet alleen moeten zien op de nadelige gevolgen van de beperkende maatregelen – maar ook uitdrukkelijk op de toetsing van het in artikel 2 lid 2 onder a genoemde criterium. Met andere woorden: er moet sprake zijn van een in de kern levensvatbare en gezonde onderneming die *enkel* door de beperkende maatregelen in haar continuïteit wordt bedreigd op het moment dat betaling door een faillissementsaanvraag en/of verhaalsacties wordt afgedwongen. De mate van diepgang van die stukken zou afhankelijk kunnen worden gemaakt van de omvang van de onderneming in kwestie;
- C. Daarnaast zou INSOLAD zich voor kunnen stellen dat de rechter wel kan volstaan met een summiere toets als een schuldenaar in aanmerking is gekomen voor de NOW-regeling of een andere overheidsmaatregelen. De rechter kan dan eerder veronderstellen dat de betreffende schuldenaar vanwege de coronacrisis in moeilijkheden is gekomen. Is, om wat voor reden dan ook, dat niet het geval, dan zal een summiere toets niet snel volstaan en zal een diepgaander onderzoek zoals hierboven onder B genoemd nodig zijn;
- D. In de toelichting wordt op pagina 8 vermeld dat als voorwaarde geldt dat de schuldeiser of schuldeisers “door de aanhouding niet wezenlijk en onredelijk in hun belangen worden geschaad.”. Als argument wordt daarbij aangevoerd dat reguliere afwikkelingswijzen nu niet goed zijn uit te voeren. Begrijpt INSOLAD het goed dat daarmee wordt bedoeld dat als gevolg van de huidige omstandigheden de opbrengsten die een curator door activaverkoop realiseert minder zijn dan wanneer er geen coronacrisis zou zijn? Als dat de juiste lezing is, dan nog geldt dat ook in een normale situatie concurrente schuldeisers doorgaans geen uitdeling ontvangen. In die zin gaat de argumentatie in de

toelichting dus niet op, het 'aanhouden' in de hoop op een normalisatie van de situatie (waardoor het vooruitzicht van de schuldeiser verbetert) is niet overtuigend.

- E. Het voorontwerp geeft geen richting omtrent het moment waarop de schuldenaar zijn/haar verzoek ex artikel 2 lid 1 uiterlijk moet doen. Als het de gedachte van de wetgever is om de schuldenaar daartoe de mogelijkheid te geven tot op de zitting waarop het faillissementsrekest wordt behandeld, dan vraagt INSOLAD zich af wat er gebeurt als het verzoek ex artikel 2 lid 1 wordt afgewezen. Wordt dan direct het faillissementsrekest behandeld? Kan de schuldenaar nog een surseanceverzoek doen (INSOLAD beveelt dit overigens wel aan)? Kan de schuldenaar de aanvrager van het faillissement (als) nog betalen? INSOLAD wil de wetgever meegeven dat in de huidige praktijk er vaak al meerdere weken verstrijken voordat een faillissementsrekest wordt behandeld. De facto heeft de schuldenaar dan ook vaak al respijt van ongeveer 6 weken. Daar komt dan de aanhouding van de behandeling van het faillissementsrekest ex artikel 2 lid 1 bovenop. Als vervolgens na afwijzing van het verzoek om aanhouding er nog tijd verstrijkt voordat het faillissementsrekest dan wel het surseancerekest wordt behandeld, is het uitstel van het faillissementsverzoek de facto een feit.
- F. INSOLAD geeft de wetgever in overweging om de schuldenaar bij de oproep door de griffie voor de behandeling van het faillissementsverzoek te wijzen op de mogelijkheid om een verzoek ex artikel 2 lid 1 te doen.
- G. INSOLAD geeft de wetgever in overweging om in artikel 2 lid 4 op te nemen dat deze beperking alleen geldt voor de duur van de aanhouding van het faillissementsverzoek. INSOLAD ziet geen reden om deze beperking een verdere strekking te geven. INSOLAD acht het bovendien consequent om in dit kader aandacht te besteden aan ipso facto clausules. Aansluiting kan worden gezocht bij het voorstel voor de WHOA.
- H. Anders dan in artikel 3 lid 3 wordt in artikel 2 lid 5 onder b niets over herleving opgemerkt. Dat is een omissie, zeker als na de termijn van aanhouding geen insolventieprocedure volgt.
- I. INSOLAD geeft de wetgever in overweging om in artikel 4 lid 2 duidelijk te maken dat de daarin genoemde omstandigheden waaronder iemand te goeder trouw is, niet limitatief zijn. Partijen kunnen ook om andere redenen te goeder trouw zijn (bijvoorbeeld omdat degene die verrekent niet weet van de faillissementsaanvraag en de aanhouding daarvan).
- J. Tot slot geeft INSOLAD in overweging de termijn waarvoor de maatregel verlengd kan worden te verduidelijken; de huidige tekst is mogelijk voor meerdere uitleg vatbaar.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and curves, positioned above the text.

Namens het bestuur

Noor Zetteler

Voorzitter INSOLAD