

Ministerie voor Justitie & Veiligheid
Zijne Excellentie de heer drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Houthoff
Praktijkgroep Insolvency & Restructuring
T +31 20 605 6000
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 11 juni 2020

Inzake: **Reactie op de consultatie over de Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020**

Excellentie,

1. Inleiding

- 1.1. Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het consultatie-ontwerp voor de Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020 ("**TB 2020**").
- 1.2. Wij steunen het initiatief van de regering een tijdelijke regeling te introduceren waarmee faillissementen kunnen worden voorkomen die hoofdzakelijk het gevolg zouden zijn van beperkende maatregelen naar aanleiding van het coronavirus. Niettemin vragen wij aandacht voor enige onevenwichtigheden in het voorstel.
- 1.3. Deze toelichting is als volgt opgebouwd. Na enkele algemene opmerkingen (par 2.) bespreken wij het wetsontwerp artikelsgewijs (par. 3-7). Wij sluiten af met enkele redactionele opmerkingen (par. 8).

2. Algemene opmerkingen

- 2.1. De TB 2020 geeft een schuldenaar de mogelijkheid faillissementsaanvragen en verhaalsacties van één of meer specifieke schuldeisers op te schorten. Dat niet is gekozen voor een algeheel moratorium dat ten opzichte van alle schuldeisers zou gelden kunnen wij volgen. Een dergelijk algeheel moratorium zou, indien breed toegepast, een onevenredig grote invloed hebben op het economisch verkeer. Hierdoor zou alsnog een domino-effect kunnen ontstaan.
- 2.2. De keuze uitsluitend faillissementsaanvragen en individuele verhaalsacties op te schorten heeft echter als nadeel dat de effecten van de regeling slechts werken jegens schuldeisers die ervoor hebben gekozen het faillissement aan te vragen, dan wel beslag te leggen of een zekerheidsrecht uit te oefenen. Ook de in art. 2 lid 4 jo. art. 3 lid 2 TB 2020 geregelde

afkoeling treft alleen de schuldeisers die zijn overgegaan tot uitoefening van hun verhaalsrecht. Dit ontmoedigt schuldeisers het faillissement van hun schuldenaar aan te vragen of zich via beslag of een zekerheidsrecht op diens vermogen te verhalen. Dit is in lijn met het doel van de TB 2020 om onnodige faillissementen te voorkomen.

- 2.3. Schuldeisers beschikken vaak echter ook over andere, contractuele middelen om betaling af te dwingen. Zo kan een schuldeiser de overeenkomst met de schuldenaar opzeggen, hetgeen een machtig wapen is in handen van schuldeisers die een voor de onderneming van de schuldenaar vitale dienst of levering verrichten. Indien bijvoorbeeld de huur of de financiering wordt stopgezet, is de onderneming vaak gedoemd te mislukken. De regeling verhindert niet dat schuldeisers hiervoor kiezen in plaats van het aanvragen van het faillissement, of het nemen van verhaalsmaatregelen.
- 2.4. De wetgever zou deze sluiproute kunnen ondervangen, bijvoorbeeld door de schuldenaar de mogelijkheid te geven om – ook in de situatie dat geen faillissement is aangevraagd of verhaalsmaatregel is getroffen – met machtiging van de rechter de opzegging van een belangrijke dienst of levering te bevriezen. Het kader voor de hiervoor noodzakelijke belangenafweging door de rechter kan worden ontleend aan de overige onderdelen van de regeling (bijv. art. 2 lid 3 TB 2020).
- 2.5. Een andere, meer ingrijpende mogelijkheid is meer in te zetten op de surseanceregeling en de reikwijdte daarvan uit te breiden naar preferente schuldeisers en zekerheidsgerechtigden, zoals onlangs voorgesteld door Van Galen.¹ Hiermee zou alsnog in een algemeen moratorium worden voorzien. Een belangrijk verschil tussen de surseance en de TB 2020 is de aanstelling van een bewindvoerder die de schuldeisersbelangen beschermt en erop toeziet dat een schuldenaar uitzicht heeft op verbetering van zijn financiële positie en ook waarborgt dat betalingen aan andere schuldeisers worden gedaan met inachtneming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (vgl. art. 233 Fw).
- 2.6. In de toelichting wordt vermeld dat de curator een beroep kan doen op art. 42 Fw of bestuurders aansprakelijk kan stellen indien "*de ondernemer in de aanloop van het faillissement de schuld aan één of meerdere specifieke schuldeisers voldaan heeft, ten nadele van de overige schuldeisers*"² Deze constatering is wellicht onzuiver en heeft mogelijk tot gevolg dat bestuurders zich onnodig voorzichtig gaan opstellen in een tijd waarin zij zich tot het uiterste moeten inspannen om de onderneming te redden.
 - a. Er vanuit gaande dat de bestuurder opeisbare schulden voldoet, kan de betreffende betaling slechts met een beroep op art. 47 Fw worden vernietigd. Art. 42 Fw is slechts relevant indien het gaat om de voldoening van niet-opeisbare schulden. Art. 4 lid 1

¹ R.J. van Galen, 'Pleidooi voor uitstel van betaling', *Ondernemingsrecht* 2020/66, p. 357-360.

² Toelichting, p. 4.

TB 2020 beoogt echter de toepasselijkheid van art. 47 Fw uit te sluiten, tenzij er sprake zou zijn van samenspanning tussen de schuldenaar en schuldeiser met het oogmerk de overige schuldeisers te benadelen. De enkele vermelding van art. 42 Fw in de toelichting lijkt dus ietwat kort door de bocht.

- b. Ten aanzien van onrechtmatige selectieve betaling geldt dat in beginsel de schuldenaar geen schade ondervindt van een betaling aan een schuldeiser en dat de curator derhalve geen actie toekomt uit dien hoofde. Het onrechtmatig handelen richt zij bij een onrechtmatige selectieve betaling op de overige schuldeisers die 'niet betaald zijn'. In dat geval zou de curator op grond van een zogeheten Peeters/Gatzen-vordering³ kunnen ageren namens de gezamenlijke schuldeisers.
- c. Voor aansprakelijkheid van de bestuurder is in dit geval vereist dat hem of haar een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het enkele feit dat een schuldeiser door de vennootschap selectief is betaald, is onvoldoende voor het maken van een dergelijk verwijt. Dit is recent door de Hoge Raad bevestigd.⁴

2.7. Wij stellen voor dat voornoemde passage uit de toelichting wordt geschrapt.

3. Opmerkingen bij artikel 1 TB 2020

- 3.1. Op grond van art. 1 lid 2 TB 2020 is de Rijksbelastingdienst van de werkingssfeer van het wetsontwerp uitgezonderd. Hierdoor verkrijgt de Ontvanger een uitzonderingspositie bovenop de materiële en formele preferenties die hij reeds geniet onder de Invorderingswet 1990.
- 3.2. Naast de bevoegdheden uit de Invorderingswet 1990 beschikt de Ontvanger op grond van art. 4:124 Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") over dezelfde bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft. Voor de gedachte dat de Ontvanger bij de gebruikmaking van deze privaatrechtelijke bevoegdheden niet zou zijn gebonden aan beperkingen die op grond van art. 2 en art. 3 van het ontwerp voor andere schuldeisers zouden gelden, zien wij geen rechtvaardiging. Deze rechtvaardiging kan ook niet worden gevonden in het uitstel van betaling voor belastingsschulden in verband met de coronacrisis waaraan de toelichting op p. 5-6 refereert, omdat deze bevoegdheden alleen betrekking hebben op schulden die wel opeisbaar zijn en de Ontvanger ten aanzien daarvan gebruik kan maken van verhaalsmaatregelen waarover andere schuldeisers niet kunnen beschikken zolang de regeling van kracht is.
- 3.3. Wij stellen derhalve voor art. 1 lid 2 van het ontwerp te schrappen. Indien toch voor een uitzonderingspositie wordt gekozen dient in de toelichting tot uitdrukking te worden gebracht dat de Ontvanger bij de uitoefening van bevoegdheden, die onder dit

³ Zie HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*).

⁴ HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, JOR 2020/55 (*Ingwersen q.q./The Source*).

wetsontwerp voor andere schuldeisers onmogelijk worden gemaakt, proportioneel dient te handelen en is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) in het bijzonder.

4. Opmerkingen bij artikel 2 TB 2020

- 4.1. Op grond van art. 2 lid 2 TB 2020 dient de schuldenaar in zijn verzoek om de aanhouding van een faillissementsaanvraag summierlijk aannemelijk te maken dat hij verkeert in de toestand waarin hij uitsluitend of hoofdzakelijk als gevolg van de beperkende maatregelen die vanwege het coronavirus zijn afgekondigd zijn onderneming niet zoals gebruikelijk heeft kunnen voortzetten en daardoor tijdelijk niet in staat is om voort te gaan met het betalen van zijn schulden. Deze summiere toets wordt eveneens bij de beoordeling van een faillissementsverzoek aangelegd (zie art. 6 lid 3 Fw) en past bij de aard van een faillissementszitting waarin snel moet worden beslist. De summiere toets bij een faillissementsaanvraag houdt voornamelijk in dat het voor de rechter na een kort onderzoek aannemelijk moet zijn dat aan de criteria voor de faillietverklaring – de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen en het pluraliteitsvereiste – is voldaan.⁵
- 4.2. Niet geheel duidelijk is hoe de summiere toets moet worden ingevuld bij de toetsing aan de vereisten van art. 2 lid 2 van het ontwerp. Dient de summiere toets voor het verzoek om een aanhouding op dezelfde wijze te worden ingevuld als bij een faillissementsaanvraag? De tweede volzin van het tweede lid lijkt hierop te wijzen.
- 4.3. De hiervoor genoemde tweede zin van lid 2 bepaalt dat de toestand wordt geacht aanwezig te zijn indien 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 b. sinds de afkondiging van die maatregelen sprake is geweest van een omzetverlies van ten minste 20%. Deze formulering lijkt te duiden op een – weerlegbaar – vermoeden maar dit wordt niet geëxpliciteerd. Men zou de bepaling ook zo kunnen duiden dat hier een ondergrens wordt gesteld voor de toewijzing van een verzochte aanhouding. Het verdient aanbeveling de toelichting op dit punt – die op dit moment wijst in de richting van een vermoeden⁶ – te verduidelijken. Indien de vestiging van een vermoeden is beoogd, zou kunnen worden aangesloten bij de toekenning van steun op grond van de maatregelen die naar aanleiding van de coronacrisis zijn geïntroduceerd, zoals de NOW-regeling. Indien de schuldenaar

⁵ MvT, Van der Feltz I (1896), p. 270: "*Wil het faillissement den schuldeisers eenige afdoende hulp geven tegen algehele sloping van den boedel huns schuldenaars, dan moet de mogelijkheid worden afgesneden, eene faillietverklaring, waartoe overigens alle voorwaarden aanwezig zijn, door allerlei excepties en chicanes, die zich steeds zonder moeite laten vinden, op de lange baan te schuiven. Thans is daartoe het gewone middel de schuld eenvoudig te ontkennen, eene tegenvordering te beweren of iets dergelijks. Dit alles wordt voorkomen indien de schuldeiser volstaan kan met den rechter zijn vorderingsrecht aannemelijk te maken.*" [onze onderstreping - Houthoff]

⁶ Zie p. 7.

eerder steun heeft verzocht en deze heeft gekregen, is aannemelijk dat de liquiditeitsnood waarin de schuldenaar verkeert daadwerkelijk het gevolg is van de coronacrisis. Omzetverlies als gevolg van de beperkende maatregelen is immers een voorwaarde voor de toekenning van deze steun.

- 4.4. Ten aanzien van art. 2 lid 2 TB 2020 vermeldt de toelichting op p. 8 dat de rechtbank het aanhoudingsverzoek kan afwijzen indien zij onvoldoende overtuigd is dat de schuldenaar voldoet aan de genoemde voorwaarden of meent dat de voorgestelde regeling onvoldoende oplossing biedt voor de problemen waarmee de schuldenaar kampt. De laatstgenoemde beoordelingsvrijheid van de rechter is niet vastgelegd in de regeling zelf. Het verdient aanbeveling dit alsnog in art. 2 lid 2 of 3 TB 2020 op te nemen. Deze beoordelingsvrijheid strookt immers met het kader van deze regeling waarin de rechter wordt opgeroepen de belangen van de schuldenaar en een of meer specifieke schuldeisers tegen elkaar af te wegen.
- 4.5. Art. 2 lid 3 sub c TB 2020 bepaalt dat de rechter het verzoek tot aanhouding van de faillissementsaanvraag of de verlening van die aanhouding toewijst indien de schuldeiser of schuldeisers door wie het verzoek tot faillietverklaring is ingediend met de aanhouding niet wezenlijk en onredelijk in zijn of hun belangen worden geschaad. Het zou verhelderend zijn als de wetgever expliciet voorbeelden (van situaties) geeft waarin schuldeisers wél wezenlijk en onredelijk in hun belangen worden geschaad. Gedacht kan worden aan aanwijzingen voor eerder paulianeus handelen door de schuldenaar, waardoor het noodzakelijk is dat een curator wordt aangesteld om de benadelende handelingen op te heffen en verder benadelend handelen te voorkomen.
- 4.6. Van art. 2 lid 4 van het voorontwerp gaat een afschrikwekkende werking uit. De schuldeiser die nadat de regeling in werking is getreden het faillissement aanvraagt – of die een poging onderneemt zich op het vermogen van de schuldenaar te verhalen, zie art. 3 lid 2 TB 2020 – loopt het risico dat de schuldenaar om een aanhouding zal verzoeken. Indien dit verzoek wordt toegewezen kan de schuldeiser geen betaling meer afdwingen of verhaal nemen op het vermogen van de schuldenaar. Ook kan de schuldeiser geen beroep meer doen op contractuele bevoegdheden om de schuldenaar tot nakoming aan te sporen, zie art. 2 lid 4 sub b TB 2020.⁷ Dit is een effectieve manier om faillissementsaanvragen en verhaalsacties te ontmoedigen. Het lijkt ons echter niet juist te stellen dat een schuldeiser naar aanleiding van wiens faillissementsverzoek het uitstel van betaling is verleend "niet als het ware achteraan moet aansluiten" zoals nu in de toelichting valt te lezen.⁸ Lid 4 bewerkstelligt juist het tegendeel. De beperkende

⁷ Zoals hiervoor in par. 2.3 is opgemerkt, blijven deze bevoegdheden onaangetast indien de desbetreffende schuldeiser zich onthoudt van een faillissementsaanvraag of verhaalsactie.

⁸ Toelichting, p. 4.

maatregelen werken immers uitsluitend jegens de partij die het faillissement heeft verzocht. Voor de overige schuldeisers gelden deze niet.

- 4.7. Art. 2 lid 4 sub b onder 1 TB 2020 verhindert dat schuldenaar en de aanvragende schuldeiser de tussen hen geldende overeenkomst wijzigen indien de schuldenaar in verzuim is. Dit verbod valt te begrijpen indien is beoogd wijzigingen *ten nadele* van de schuldenaar uit te sluiten. Dat ook wijzigingen in het voordeel van de schuldenaar onmogelijk worden gemaakt, is wellicht niet de bedoeling. Hiermee zou de regeling een stokje steken voor het sluiten van een akkoord tussen schuldenaar en de schuldeiser die diens faillissement heeft aangevraagd of een verhaalspoging heeft ondernomen. Aanbevolen wordt om art. 2 lid 4 sub b onder 1 TB 2020 als volgt te wijzigen: "een wijziging van verbintenissen of verplichtingen ten nadele van de schuldenaar (...)."
- 4.8. Indien het verzoek tot aanhouding wordt toegewezen, kan de schuldenaar de rechtbank op grond van art. 2 lid 5 TB 2020 verzoeken te bepalen dat geen verhaal kan worden genomen op diens vermogen of dat onder hem berustende goederen niet kunnen worden opgeëist door de aanvragende schuldeiser(s) anders dan met machtiging van de rechtbank. De regeling werkt niet uit via welke rechtsingang de schuldeisers deze machtiging kunnen verkrijgen. Het ligt voor de hand te bepalen dat zij daarom kunnen verzoeken bij de rechter die het in lid 5 genoemde verzoek van de schuldenaar heeft toegewezen.

5. Opmerkingen bij artikel 3 TB 2020

- 5.1. Voor toewijzing van schorsing c.q. opheffing op grond van art. 3 TB 2020 stelt de aanhef van lid 1 de aanvullende voorwaarde dat de verzochte maatregel "nodig is" om onderneming van de schuldenaar te kunnen voortzetten. Hiermee wordt afgeweken van de ingangscriteria uit art. 2 lid 2 en 3 TB 2020 die overeenkomstig van toepassing zijn verklaard in art. 3 lid 2 van het ontwerp. Aangezien het in de aanhef van art. 3 lid 1 TB 2020 geformuleerde criterium weinig concreet is – wat wordt bedoeld met nodig? – heeft het onze voorkeur aan te sluiten bij art. 2 lid 2 en 3 van het ontwerp. Het criterium uit art. 2 lid 2 van het ontwerp kan worden overgenomen in art. 3 lid 1 TB 2020. Lid 3, 4 en 6 van art. 2 kunnen vervolgens van overeenkomstige toepassing worden verklaard in art. 3 lid 2 TB 2020.
- 5.2. Met betrekking tot de door art. 3 lid 1 sub b TB 2020 geboden mogelijkheid een conservatoir beslag op te heffen, vragen wij ons af of opheffing het geëigende middel is. Nu gelegde executorialle beslagen op grond van sub a tijdelijk kunnen worden geschorst, lijkt het ons beter te bepalen dat aan gelegde conservatoire beslagen de werking kan worden ontzegd op verzoek van de schuldenaar. Opheffing impliceert dat de desbetreffende schuldenaar opnieuw beslag zal moeten leggen en niet dat het beslag "*herleeft*" zoals het derde lid van art. 3 van het ontwerp nu voorschrijft. Ontzegging van de

werking van het conservatoire beslag is onzes inziens een zuiverder en duidelijker rechtsgevolg. De ontzegging maakt bovendien de regeling in het derde lid van art. 3 TB 2020 grotendeels overbodig. Met het tijdelijk ontzeggen van de werking is ook duidelijk dat geen nadere handeling van de schuldeiser vereist is om het beslag weer van kracht te doen zijn. Uitsluitend de gevolgen van een eventuele doorhaling in de registers dienen dan nog te worden geregeld.

- 5.3. De toelichting bij art. 3 lid 2 en 3 TB 2020 refereert aan een afweging van de belangen van schuldenaar en schuldeiser(s).⁹ Dat de rechter deze belangenafweging moet maken en welke criteria hij daarbij in acht moet nemen, komt niet tot uitdrukking in de regeling zelf. Ook de gedeeltelijke toepasselijkheid van de verschillende leden van art. 2 TB 2020 dekt dit niet geheel af. Dit wringt omdat de beslaglegger wordt blootgesteld aan het risico dat zijn vordering onbetaald zal blijven of dat de goederen waarop beslag is gelegd definitief aan verhaal zullen worden onttrokken. De toelichting zou de rechter in de context van de coronacrisis sturing kunnen bieden. Het meewegen van in ieder geval het incassorisico van de schuldeiser ligt voor de hand. Dit zal in de praktijk overeenkomsten vertonen met de afweging van het restituterisico in het kader van een incassokortgeding.¹⁰

6. Opmerkingen bij artikel 4 TB 2020

- 6.1. Art. 4 lid 2 TB 2020 biedt banken de mogelijkheid tijdens een aanhouding van de faillissementsaanvraag betalingen die binnenkomen op een rekening van de schuldenaar met een debetsaldo te verrekenen, ook als de voldane vorderingen niet stil aan de bank waren verpand. Zonder deze bepaling zou verrekening in strijd zijn met art. 54 lid 1 Fw wegens het ontbreken van goede trouw.¹¹ Daarnaast biedt art. 4 lid 1 TB 2020 de bank de mogelijkheid om – voor zover dit nog niet was gedaan – verpanding van vorderingen van de schuldenaar af te dwingen op grond van de Algemene Bankvoorwaarden, ondanks dat het faillissement reeds was aangevraagd. Zonder deze bepaling zou deze verpanding vernietigbaar zijn op grond van art. 47 Fw. Na de aanhouding kunnen betalingen van deze stil verpande vorderingen op een bankrekening van de schuldenaar ook door de bank worden verrekend, ongeacht het voorschrift van art. 54 lid 1 Fw.¹²
- 6.2. Doordat de bank kan blijven verrekenen, wordt de kredietruimte van de schuldenaar beperkt en komt diens liquiditeitspositie onder druk te staan. Wij stellen voor expliciet te maken dat de woorden: "*niet strekt tot inperking van de financiering*" in art. 4 lid 2 sub b TB 2020, de betekenis hebben dat de schuldenaar de kredietruimte die is voldaan tijdens

⁹ Toelichting, p. 12.

¹⁰ Zie HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, NJ 1986/84 (*M'Barek/Van der Vloodt*) en HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0263, NJ 2004/602 (*Hiensch/Bögels*).

¹¹ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (*Amro/THB*)

¹² Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder/CLBN*).

de aanhouding door middel van verrekening, ook daadwerkelijk (weer) ter beschikking zal krijgen, ongeacht of de kredietovereenkomst met de bank hiertoe de mogelijkheid biedt.

7. Opmerkingen bij artikel 5 TB 2020

- 7.1. Wij onderschrijven het tijdelijke karakter van het beoogde ontwerp. De vervaltermijn van 1 oktober 2020 maakt niet duidelijk hoe moet worden omgegaan met verzoeken op grond van art. 2 en 3 TB 2020 die nog aanhangig zijn op die dag. Indien de regeling met twee maanden wordt verlengd kan onzekerheid ontstaan of de regeling alsnog wordt verlengd of dat zij twee na maanden definitief zal vervallen. Wij roepen de regering op de besluitvorming hierover proactief te communiceren. Zo kunnen zowel schuldenaren en schuldeisers tijdig anticiperen op de inroepbaarheid en de gevolgen van deze regeling.

8. Redactionele opmerkingen

- 8.1. Art. 2 lid 2 sub a TB 2020: tussen "vóór" en "de" staan twee spaties.
- 8.2. Art. 2 lid 6 TB 2020: het woord "er" tussen "of" en "gegronde vrees" moet worden vervangen door "de".
- 8.3. Art 4 lid 1 TB 2020: het woord "en" tussen "eerste lid," en "niet op grond" moet worden geschrapt. Verder stellen wij voor "om het enkele feit" te veranderen in "op de grondslag dat". Wetenschap van de faillissementsaanvraag is immers een grondslag van de vernietiging op grond van art. 47 Fw.

9. Afronding

- 9.1. Wij hopen dat de hiervoor gemaakte op- en aanmerkingen in de nadere uitwerking van het wetsontwerp worden meegenomen. Tot een nadere toelichting zijn wij graag bereid.

Hoogachtend,

David Heems

Frédéric Verhoeven

Marinela Vieira

Clark Warren

Christiaan Zijderveld