

Pleidooi voor uitstel van betaling

Ondernemingsrecht 2020/I

De Coronacrisis zal veel bedrijven in financiële moeilijkheden brengen. De regelingen die de overheid in stelling brengt zullen wel enig soelaas brengen, maar het aantal probleemgevallen zal toenemen. De Faillissementswet bevat drie regelingen, faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, maar geen van drieën zal een geschikt instrumentarium opleveren om de vele gevallen waar een onderbreking in de inkomsten heeft plaatsgevonden op te lossen. In de Tweede Kamer is het wetsvoorstel voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord aanhangig. Dit voorstel is belangrijk, vooral voor de zwaardere gevallen, en verdient snelle invoering. Voor die gevallen waarin de bedrijven vooral te maken hebben met een tijdelijke dip is het minder geschikt en zou een herziene uitstel van betaling-regeling een betere oplossing kunnen brengen. Het domino-effect dat van herstructurerings kan uitgaan, zeker wanneer grote aantallen bedrijven in financiële moeilijkheden komen, kan met zo'n regeling ook beter beperkt worden. Het uitstel van betaling zou ten aanzien van alle schuldeisers moeten werken, verlening zou niet afhankelijk moeten zijn van een stemming door de schuldeisers en de vooruitzichten op langere termijn voor de schuldenaar die de uitstelregeling aanvraagt, zouden gunstig moeten zijn.

1. Alweer een rampjaar

Het volk was redeloos, de regering radeloos en het land reddeloos. Zo wordt het rampjaar 1672 wel gekenschetst. De republiek raakte in oorlog met Frankrijk, Engeland, Münster en Keulen, de gebroeders de Witt werden vermoord. Dat rampjaar bracht grote schade voor het bedrijfsleven met zich en leidde tot sluiting van banken, scholen en winkels en tot stillegging van allerlei projecten. Op 26 december 1672 deden de Staten van Holland en West Friesland daarom een plakkaat het licht zien, waarin aan schuldeisers verboden werd hun zekerheden te executeren.² Het is de eerste algemene maatregel waarin uitstel van betaling werd toegestaan en in zoverre is het de voorloper van onze huidige surseance van betaling.³ Ook in het huidige rampjaar raakt het bedrijfsleven, en raken vooral de kleine ondernemers, in grote moeilijkheden. De inkomsten drogen op, de kosten gaan door.

1 Robert van Galen is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer 'Ondernemingsrecht in tijden van corona'.

2 Zie Jacobus Scheltus, *Groot Placaet-boek*, 1683, derde deel, blz. 493-494, nr. 25 (digitaal raadpleegbaar via onder meer de Koninklijke Bibliotheek).

3 J.C. Voorduijn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, deel X, deel III, 1841, blz. 901.

Er zijn diverse regelingen, al dan niet van tijdelijke aard. Zo verschaft de Tijdelijke Regeling Zelfstandige Ondernemers inkomensondersteuning tot aan het sociaal minimum en kunnen leningen voor ondersteuning van het bedrijfskapitaal worden aangevraagd tot maximaal € 10.153.⁴ Er komt ook een compensatieregeling voor bedrijven in branches die direct hard geraakt zijn door de gezondheidsmaatregelen van het kabinet. Daaronder kan maximaal € 4000 worden uitgekeerd. Voorts komt er een regeling voor tegemoetkoming van de loonkosten.⁵ De borgstellingsregeling MKB-kredieten en de Garantierregeling Ondernemersfinanciering worden verruimd. De grote banken hebben een coulancregeling het licht doen zien, waaronder debiteuren 6 maanden uitstel kunnen krijgen met betrekking tot de aflossingen op leningen tot € 2,5 miljoen. De gemeentes worden inmiddels overstromd door aanvragen.

2. Ontoereikende insolventieregelingen

Deze regelingen zullen wel enig soelaas bieden maar onvermijdelijk zal het aantal probleemgevallen toenemen en elkaar bovendien versterken. Schrijvers en praktijkjuristen zijn het er al decennia lang over eens dat onze huidige Faillissementswet niet een toereikend instrumentarium biedt voor het reorganiseren van ondernemingen in financiële nood.

Er zijn drie beschikbare instrumenten onder de Faillissementswet: het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Het faillissement is primair een liquidatieprocedure die zich niet zo goed leent voor reorganisaties. Voor vennootschappen is de enige exit het faillissementsakkoord. Dat akkoord functioneert niet goed, omdat de procedure omslachtig is en door het akkoord alleen concurrente crediteuren gebonden kunnen worden. De andere wijzen van beëindiging (opheffing bij gebrek aan baten,⁶ verbindend worden van de slotuitdelingslijst⁷)⁸ leiden tot ontbinding van de rechtspersoon. Veel reorganisaties vinden plaats door middel van een activa-transactie in faillissement, waarbij de patiënt overlijdt maar de onderneming wordt voortgezet in een nieuwe huls. Die wijze van reorganisatie is echter bemoeilijkt door het Smallsteps-arrest van het Europese Hof van Justitie.⁹

4 Zie de site van de Kamer van Koophandel <https://www.kvk.nl/corona/het-coronavirus-check-hier-je-regelingen/#overbruggingsregeling> en de site van de rijksoverheid <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/veelgestelde-vragen-over-coronavirus-voorwerkgevers/financiele-maatregelen>.

5 Tijdelijke Noodmaatregel Tegemoetkoming van de Loonkosten.

6 Artikel 16 Fw.

7 Artikel 137f lid 2 en 193 lid 1 Fw.

8 Vernietiging van de faillietverklaring (artikel 8 e.v. Fw) daargelaten.

9 HvJEU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, zaak C-126/16 (FNV/Smallsteps).

De surseance van betaling heeft als voornaamste bezwaar dat zij, behoudens een afkoelingsperiode van ten hoogste vier maanden, niet werkt tegen preferente en zekerheidscrediteuren.

De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, kan, zoals de naam ook aangeeft niet gebruikt worden door vennootschappen.

3. WHOA

In het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht wordt ook gewerkt aan verbetering van het reorganisatietraject. Het belangrijkste wetsvoorstel dat nu aanhangig is, is het voorstel voor een Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA).¹⁰ Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid dat de schuldenaar de schuldeisers een akkoord aanbiedt waardoor de rechten van de schuldeisers worden herzien. Anders dan onder de huidige faillissements- en surseanceakkoorden zullen door zo'n akkoord ook zekerheidscrediteuren en preferente crediteuren gebonden kunnen worden. De schuldeisers worden ingedeeld in klassen, die ieder afzonderlijk over het akkoord stemmen. Vervolgens dient het akkoord ter homologatie aan de rechtbank te worden voorgelegd. De rechtbank homologeert het akkoord indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het wetsvoorstel regelt ook gevallen waarin de rechtbank, als één of meer klassen het akkoord hebben verworpen, het akkoord toch kan homologeren. De WHOA is aanhangig in de Tweede Kamer en vanuit zowel praktijk als wetenschap wordt erop aangedrongen dat het parlementaire traject met grote spoed doorlopen wordt en de wet zo snel mogelijk in werking treedt. Mijns inziens is dat terecht, omdat de praktijk nu niet over een adequaat instrument beschikt om tot een reductie van de schuldenlast van bedrijven te komen.

Aan de andere kant komt het mij voor dat, in tijden van Corona, het WHOA-akkoord, niet de noodoplossing zal brengen die nu nodig is. Wellicht dat later in dit jaar of volgend jaar zulke reorganisaties nuttig zullen kunnen zijn, maar urgenter dan een instrument dat herziening van de schulden bewerkstelligt, is nu een instrument dat gericht is op uitstel van betaling.¹¹

4. Effectiviteit van de regeling voor uitstel van betaling

Zoals aan het begin van deze bijdrage werd vermeld werd in het rampjaar 1672 zo'n uitstel van betaling met grote spoed gerealiseerd. Het was ook een revolutionaire

maatregel, omdat hij generiek was en niet de eis gesteld werd dat de schuldenaar zekerheid zou stellen voor de toekomstige voldoening van zijn schulden.¹² Ook nu zou een adequate regeling van het uitstel van betaling een oplossing kunnen brengen.¹³

De surseanceregeling in de Faillissementswet bevat twee elementen. Tot 1935 bevatte zij alleen de mogelijkheid voor de schuldenaar uitstel van betaling te krijgen voor een periode van ten hoogste anderhalf jaar. In dat jaar werd als tweede element toegevoegd de mogelijkheid een akkoord aan te bieden.¹⁴ De regeling was praktisch gelijklopend aan de regeling van het faillissementsakkoord, maar kwam er dus op neer dat ook buiten faillissement, namelijk in surseance, een akkoord tot stand kon komen. De twee elementen van de surseance hebben nooit bevredigend gefunctioneerd. De akkoordregeling functioneerde niet omdat, net als in faillissement, alleen concurrente schuldeisers door het akkoord gebonden konden worden. Surseanceakkoorden komen daarom vooral voor bij holdingvennootschappen die obligaties hebben uitgegeven. De uitstelregeling functioneerde nog minder dan het akkoord om dezelfde reden: de surseance heeft geen effect ten aanzien van preferente schuldeisers en zekerheidsschuldeisers.¹⁵ Zo'n beperking op het uitstel van betaling had bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1896 wellicht nog enige zin kunnen hebben, omdat toen veel minder goederen in zekerheid werden gegeven,¹⁶ maar tegenwoordig leidt het tot niets. Ik heb slechts één keer in mijn loopbaan als advocaat een surseance gezien waarbij het uitstel van betaling effectief was en tot een oplossing leidde. Ook onder de voorloper van de surseanceregeling in de Faillissementswet, die geregeld was in het Wetboek van Koophandel en die gold van 1838 tot 1896, is de surseance slechts zelden in stelling gebracht. Onder die regeling gold dat schulden aan preferente en zekerheidscrediteuren ook grotendeels van de surseance waren uitgezonderd (artikel 920K). De regeling van 1672 was echter wel degelijk effectief, maar die sloot ook juist de executie van zekerheidsrechten uit. Het surseance-instrument is ook later veel gebruikt, bijvoorbeeld toen Hollandse kooplieden vermogen verloren als gevolg van de aardbeving in Lissabon in 1755.¹⁷ Kist¹⁸ vermeldt zelfs

¹⁰ Kamerstukken 35 249.

¹¹ Onder de WHOA regeling bestaat overigens ook de mogelijkheid om hangende de onderhandelingen een executieverbod te vragen voor in totaal 8 maanden (artikel 376 lid 5 ontwerp Fw). Die afkoelingsperiode moet dan wel noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten.

¹² Hetgeen destijds in de praktijk vaak een onneembare barrière opleverde.

¹³ Ook B.A. Schuijling pleit in een linked-in artikel voor een vorm van moratorium. Hij wijst ook nog op gevallen van generieke moratoria in het kader van het uitbreken van de Eerst Wereldoorlog en de Watersnoodramp van 1953.

¹⁴ Wet van 7 februari 1935, *Stb.* 41.

¹⁵ Behalve dan sinds 1991 door de afkoelingsperiode van maximaal vier maanden (artikel 241a Fw).

¹⁶ Zekerheidseigendom bestond niet en pandrecht vereiste bezitsverschaffing, hetgeen impliceerde dat verpande goederen niet gebruikt konden worden voor de bedrijfsvoering.

¹⁷ Voorduijn t.a.p. blz. 902; J.G. Kist, *Beginselen van handelsrecht*, 1877, blz. 222.

¹⁸ J.G. Kist, *Beginselen van handelsrecht*, 1877, blz. 222.

dat er misbruik van werd gemaakt, hetgeen er toch op wijst dat de surseance effectief kon worden ingezet.

5. Element uit het Insolad-voorstel

Insolad pleit al lang voor herziening van de surseanceregeling teneinde daar een effectief reorganisatie-instrument van te maken. Zij heeft daarom in 2015 een wetsontwerp vervaardigd en bij de minister ingediend.¹⁹ Hoewel dat ontwerp een veel groter aantal elementen van de surseance beoogt te wijzigen, is één van de onderdelen een uitbreiding van de uitstelregeling tot preferente schulden en door zekerheid gedekte schulden. Ik zou ervoor willen pleiten dat dat element nu met de grootste spoed wordt ingevoerd. Zoals uit het Insolad-wetsontwerp blijkt zou invoering van zo'n regeling twee materiële wijzigingen behelzen.

Ten eerste dient natuurlijk bepaald te worden dat de surseance van betaling tegengeworpen kan worden aan alle schuldeisers.

Ten tweede dient de regeling van de schuldeisersvergadering gewijzigd te worden. De huidige regeling bepaalt dat de rechtbank de surseance eerst voorlopig verleent (en een bewindvoerder benoemt) en voorts een datum vaststelt voor een schuldeisersvergadering (artikel 215 lid 2 Fw). In die vergadering stemmen de concurrente schuldeisers over de vraag of aan de schuldenaar definitieve surseance van betaling mag worden verleend. Slechts indien twee derde van de schuldeisers, vertegenwoordigende drie vierde van het bedrag dat de aanwezige schuldeisers te vorderen hebben, voor de definitieve surseanceverlening stemt, kan de rechtbank de definitieve surseance verlenen voor de duur van ten hoogste anderhalf jaar. De rechtbank kan dan overigens ook nog (op andere gronden) de surseance weigeren. Aan die stemming nemen de preferente en zekerheidscrediteuren niet deel, omdat zij door de surseance niet worden geraakt (het uitstel van betaling geldt immers niet jegens hen). Indien het betalingsuitstel ook jegens hen zou gelden zouden zij er evenzeer aanspraak op mogen maken om te stemmen als de concurrente crediteuren. Bij zo'n stemming kunnen echter niet alle crediteuren op één hoop gegooid worden, omdat dat er bijvoorbeeld toe zou kunnen leiden dat een meerderheid van concurrente crediteuren de zekerheidscrediteuren een uitstel van betaling opdringt, terwijl die zekerheidscrediteuren er een gerechtvaardigd belang bij kunnen hebben dat dat uitstel niet verleend wordt. Als de concurrente crediteuren onder water staan hebben zij immers niets bij het uitstel te verliezen en zouden zij aldus kunnen proberen over de rug van de zekerheidscrediteuren risico's met de voortzetting van de onderneming te nemen. Conform het Insolad-voorstel verdient het daar-

om de voorkeur de stemming door de crediteuren te laten vervallen en de schuldeisersvergadering te vervangen door een zitting van de rechtbank waarin de schuldeisers worden gehoord. De rechtbank beslist dan na alle belangen te hebben afgewogen en zich ervan te hebben verzekerd dat de hoger gerangschikte (zekerheids)crediteuren gedurende de periode waarvoor de surseance wordt verleend, voldoende gedekt zijn. Het moet duidelijk zijn dat het gaat om een tijdelijke – in de huidige context door het Coronavirus veroorzaakte – liquiditeitskrapte bij een op zich behoorlijk renderend bedrijf.

De invoering van dit element is eenvoudig. Artikel 218 lid 2 Fw dient te worden gewijzigd in de zin dat de stemming door de crediteuren wordt geschrapt. Het zou dan kunnen luiden: "*De rechtbank kan de schuldenaar definitief surseance verlenen indien (i) valt te voorzien, dat de schuldenaar met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, (ii) de schuldenaar op den duur weer over voldoende middelen zal beschikken om deze wel te betalen, (iii) de verhaalspositie van de preferente en door zekerheid gedekte schulden gedurende de loop van de surseance niet verslechtert*²⁰ en (iv) de surseanceverlening het belang van de schuldeisers dient". In artikel 232 Fw dienen de onderdelen 1 en 3 te worden geschrapt. Deze bepalingen zonderen preferente schulden, zekerheidsschulden en termijnen van huurkoop en scheepshuurkoop uit van de surseance. Artikel 233, dat betalingen tijdens de surseance regelt dient te bepalen dat schuldeisers primair overeenkomstig hun rang en vervolgens pro rata dienen te worden betaald. Het zou als volgt kunnen luiden: "*Betaling van schulden bestaande vóór aanvang van de surseance kan, zolang de surseance duurt, niet anders plaats hebben dan overeenkomstig hun rang. Betaling aan schuldeisers van gelijke rang vindt plaats in evenredigheid met hun vorderingen*. In artikel 220 lid 1 Fw dient te worden geschrapt dat in geval van hoger beroep het akkoord niet opnieuw in stemming wordt gebracht (deze stemming wordt immers afgeschaft). Lid 1 komt dan te luiden: "*Bij de behandeling van het hoger beroep is iedere schuldeiser bevoegd in persoon, bij schriftelijk gemachtigde of bij advocaat aan de bestrijding of verdediging van de uitspraak waartegen het beroep gericht is, deel te nemen*." Artikel 252 Fw (dat over het akkoord gaat) zou voorlopig een bepaling kunnen bevatten waardoor het surseanceakkoord tot concurrente schuldeisers beperkt blijft. Deze zou bijvoorbeeld kunnen luiden: "*De schuldenaar is bevoegd bij of na het verzoek tot surseance, een akkoord aan te bieden aan zijn schuldeisers van wie de vorderingen niet bevoorrecht zijn of door zekerheden die door de schuldenaar verstrekt zijn, worden gedekt*." Later zal het dan, in overeenstemming met het WHOA-akkoord en de aldus herziene

¹⁹ https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/2015_01_30-Titel-II-Van-surseance-van-betaling.pdf en https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/2015_01_08-Toelichting-op-het-ontwerp-voor-een-nieuwe-surseance.pdf.

²⁰ Eis (iii) is vooral voor de duidelijkheid, want eigenlijk is zij al min of meer ingesloten in eis (ii). Wordt hangende de surseance niet meer aan eis (ii) voldaan, dan zal de surseance moeten worden beëindigd (artikel 242 lid 1 sub 5 jo. lid 2 Fw).

uitstelregeling, tot andere schuldeisers kunnen worden uitgebreid.

Afschaffing van de stemming over de definitieve surseanceverlening is mijns inziens niet heel dramatisch. De schuldeisers verliezen hun rechten immers niet en de definitieve surseance mag slechts verleend worden indien de schuldenaar op den duur weer over voldoende middelen beschikt om zijn schuldeisers wel te betalen. Vergaderingen waarin over definitieve surseanceverlening wordt gestemd, komen nu overigens weinig voor. Als een akkoord in surseance wordt aangeboden (en de aanvrager heeft het goed gedaan),²¹ vindt alleen een stemming plaats over het akkoord en niet over de definitieve surseanceverlening. Wordt geen akkoord aangeboden dan wordt vrijwel altijd de voorlopige surseance omgezet in een faillissement voordat de schuldeisersvergadering plaatsvindt. Wanneer het uitstel van betaling een effectieve vorm krijgt, zou dat laatste anders moeten kunnen worden. Bij de afweging die de rechtbank zal moeten maken, zal ook de liquiditeitsnood van de schuldeisers een rol kunnen spelen. Voorkomen dient te worden dat het uitstel van betaling van een onderneming tot een domino-effect leidt. Te verwachten valt nu eenmaal dat als gevolg van de Coronacrisis veel bedrijven in liquiditeitsmoeilijkheden zullen komen. Een zorgvuldige afweging teneinde het bedrijfsleven hier zo goed mogelijk doorheen te helpen is dus van belang. De surseanceregeling houdt in dat een bewindvoerder wordt benoemd en dat (het bestuur van) de schuldenaar alleen samen met de bewindvoerder over het vermogen kan beschikken. Er zijn subtielere regelingen denkbaar, maar uitgangspunt is dat als de schuldenaar betalingsuitstel krijgt en de schuldeisers gedurende die tijd geen beslag kunnen leggen op de goederen van de schuldenaar, zij daarmee een middel verliezen om te voorkomen dat de schuldenaar zijn bezittingen wegmaakt. Om dit belang van de schuldeisers te beschermen is de benoeming van een bewindvoerder nuttig.

Het voordeel van de voorgestelde regeling is dat zij eenvoudiger is dan de WHOA-akkoordregeling (er hoeft niet onderhandeld te worden), dat zij minder drastisch ingrijpt in de rechten van de schuldeisers en de verplichtingen van de schuldenaar in beginsel in stand laat. Als het bedrijf van de schuldenaar in principe voldoende rendabel is om op den duur de schuldeisers weer volledig te kunnen betalen is er geen reden om de rechten van de schuldeisers verder aan te tasten dan dat zij langer op hun geld moeten wachten. Deze schuldeisers zullen veelal ook de schulden, die aldus uit blijven staan, kunnen financieren. Nieuwe verplichtingen zullen boedelschulden opleveren en betaald moeten worden. Voor zover liquiditeitskrapte daarvoor een belemmering vormt, zal door-

gaans wel financiering verkregen kunnen worden, omdat die financiering ook een boedelschuld oplevert en de vooruitzichten op de langere termijn goed zijn. Het optuigen van een akkoordprocedure, alleen maar om een akkoord te bewerkstelligen waarin alle schuldeisers genoeg moeten nemen met uitstel van betaling, vind ik daarentegen te complex voor het beoogde doel, nu het uitstel van betaling uiteindelijk toch behoorlijk beperkt is in de tijd (ten hoogste 18 maanden).

6. Activaregeling

Daarnaast is van belang dat een adequate regeling tot stand komt voor de activatransactie. De activatransactie was tot voor kort een belangrijke faciliteit om herstructureringen van insolvente bedrijven te bewerkstelligen. Als gevolg van het aan het begin van deze bijdrage genoemde Smallsteps-arrest, is dit insolventieparadijs verstoord en zijn onzekerheden ontstaan met betrekking tot de overgang van personeel in faillissement. Het valt te hopen dat spoedig een oplossing gevonden wordt waarin een gepaste mate van bescherming van werknemers en een vlotte doorstart zonder allerlei losse einden worden gecombineerd.

7. Conclusie

Het komt mij dus voor dat de hiervoor besproken herziening van de regeling tot uitstel van betaling vooruitlopend op of in aanvulling op de WHOA van groot belang is. Die herziening is bescheiden, maar zal veel bedrijven kunnen helpen.

²¹ Dat wil zeggen: hij heeft gelijktijdig met de surseanceaanvraag het ontwerpakkoord gedeponerd, zodat de stemming over het akkoord kan plaatsvinden zonder dat over de definitieve surseanceverlening wordt gestemd (zie artikel 255 lid 1 Fw). "Goed gedaan" omdat voor het aannemen van het akkoord, anders dan voor de definitieve surseanceverlening, geen gekwalificeerde meerderheid vereist is.