

## Flattening the insolvency curve

### Het voorkomen van onnodige coronafaillissementen door wijziging van insolventierecht?

TvI 2020/22

**De auteurs bespreken de rol die het insolventierecht zou kunnen spelen bij het voorkomen van onnodige coronafaillissementen. Op basis van de insolventiemaatregelen die zijn genomen in andere landen, wordt geconcludeerd dat Nederlandse schuldenaren wellicht wat ruimhartiger dan thans het geval is 'ademtpauze' zou kunnen worden geboden.**

#### 1. Inleiding

De coronacrisis heeft de economie wereldwijd in een diepe crisis gestort. Ondernemingen zagen van de ene op de andere dag hun inkomsten opdrogen. De gedwongen sluiting van horeca, kappers, sportclubs en cultuurinstellingen, massale annuleringen van vakanties en evenementen, de stilgevallen export van sierteelt en ondernemers die hun vak niet kunnen uitoefenen in de anderehalvemetermaatschappij: de insolventiepraktijk vreest een golf aan faillissementen.<sup>2</sup>

De Nederlandse overheid heeft in een recordtempo – net zoals veel andere regeringen wereldwijd – een ongekeerd pakket aan economische en financiële steunmaatregelen opgetuigd. Wat opvalt is dat daarnaast in de nodige jurisdicties aanpassingen van insolventiewetgeving zijn gedaan. In Nederland is dat (nog) niet het geval.<sup>3</sup> In deze bijdrage verkennen wij eventuele extra maatregelen op het terrein van het insolventierecht die in Nederland kunnen worden genomen om onnodige coronafaillissementen te voorkomen. Wij beschrijven in deze bijdrage in de eerste plaats welke rol het insolventierecht in abstracto zou kunnen spelen in een crisis als deze (§ 2). Vervolgens verkennen we in

§ 3 welke noodmaatregelen op het specifieke gebied van het insolventierecht zoal zijn ingevoerd in andere landen.<sup>4</sup> In § 4 gaan wij nader in op het Nederlandse steunpakket en het bestaande insolventierechtelijke instrumentarium. In § 5 concluderen wij op basis van een vergelijking met de insolventierechtelijke noodmaatregelen die in andere landen zijn ingevoerd, dat Nederlandse schuldenaren wellicht wat ruimhartiger dan thans het geval is 'ademtpauze' zou kunnen worden geboden.

Wij streven in deze bijdrage geenszins naar volledigheid. De bespreking van de regelingen die in diverse jurisdicties zijn geïntroduceerd dienen slechts als illustratie van de diversiteit aan oplossingen en denkrichtingen. De regelingen worden bovendien (naar verwachting) in rap tempo aangevuld of gewijzigd afhankelijk van voortschrijdend inzicht. De TvI-lezer die geïnteresseerd is in een volledig landenoverzicht zij verwezen naar de 'Global Guide: Measures adopted to support distressed businesses through the COVID-19 crisis', de indrukwekkende resultante van een virtuele krachtenbundeling van INSOL International en de Wereldbank.<sup>5</sup> Hoewel een deel van de steunmaatregelen en wetswijzigingen die wij bespreken ook beschikbaar zijn voor consumenten, richten wij ons in deze bijdrage op rechtspersonen die door de coronacrisis in financiële problemen zijn gekomen. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 1 mei 2020. Het is geenszins uitgesloten dat nadien nog wijzigingen in de besproken regelgeving en steunmaatregelen hebben plaatsgevonden.

#### 2. De rol van het insolventierecht in de coronacrisis

Sinds medio maart is onze economie grotendeels en zeer abrupt tot stilstand gekomen. Veel ondernemingen moe(s) ten hun activiteiten noodgedwongen stilleggen gedurende de 'intelligente lockdown'. De ondernemingen die hun omzet van de ene op de andere dag hebben zien verdampen hebben in de eerste plaats een liquiditeitsprobleem. Zij genereren nauwelijks of geen inkomsten, maar hun vaste lasten lopen door.

Voorkomen moet worden dat ondernemingen die voor aanvang van de coronacrisis levensvatbaar waren louter als gevolg van de pandemie kopje ondergaan. Wij zullen der-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: A.M. Mennens & J.M.W. Pool, 'Flattening the insolvency curve. Het voorkomen van onnodige coronafaillissementen door wijziging van insolventierecht?', *TvI* 2020/22. Anne Mennens is advocaat bij Wijn & Stael, promovenda aan de Radboud Universiteit en redacteur van dit tijdschrift. Jessie Pool is promovenda aan de Universiteit Leiden en redactiesecretaris van dit tijdschrift.

2 Zie bijvoorbeeld M. Rengers & C. Driessen, 'Eerste coronafaillissementen zijn stilte voor de storm', *NRC* 9 april 2020; J. Leupen & R. Betlem, 'Kredietverzekeraars zetten zich schrap voor golf van faillissementen', *FD* 30 maart 2020; G. den Brinker & J. Polman, 'Curatoren voorzien een golf van faillissementen als extra steun uitblijft', *FD* 7 april 2020. De gevreesde golf is geen Nederlands verschijnsel, zie bijvoorbeeld L.A. Pappas, 'Surge of Bankruptcies Will Be Next Virus Curve to Flatten', [news.bloomber.com](https://news.bloomber.com) 20 april 2020.

3 De spoedwijzigingen in het Nederlandse privaatrecht houden voornamelijk verband met de mogelijkheid tot digitale besluitvorming door rechtspersonen, vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, A. Zie daarover K.A.M. van Vught, De geldigheid van besluiten onder de coronanoodwet, *Ondernemingsrecht* 2020/XXIII. Zie over de tijdelijke wijziging van de bewijsvermoedens van art. 2:138/248 lid 2 BW § 4.1.

4 Daarbij hebben we in het bijzonder gekeken naar de ons omringende landen, maar hebben we ook minder voor de hand liggende jurisdicties meegenomen om zodoende een grote variëteit aan oplossingsrichtingen te kunnen presenteren.

5 *Global Guide: Measures adopted to support distressed businesses through the COVID-19 crisis*, via <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/finance-and-covid-19-coronavirushttps://www.insol.org/library/opendownload/1511>.

gelijke gevallen hierna als 'onnodige coronafaillissementen' bestempelen. Het insolventierecht kan daarbij een belangrijke rol vervullen.<sup>6</sup> Wij denken dat het van belang is om bij het beoordelen van de (mogelijke) rol van het insolventierecht in de coronacrisis onderscheid te maken tussen de huidige fase waarin ondernemingen de gevolgen ondervinden van de *lockdown*, waarin acute oplossingen voor het liquiditeitsstekort en consensuele oplossingen centraal staan, en de periode waarin enig uitzicht op normalisering ontstaat, waarin levensvatbare ondernemingen – al dan niet met verdere overheidssteun – de ontstane schuldenlast efficiënt moeten kunnen saneren en niet-levensvatbare ondernemingen efficiënt en snel geliquideerd moeten kunnen worden.<sup>7</sup>

De eerste fase van *lockdown* vraagt om prompte en robuuste oplossingen voor het liquiditeitsprobleem waar ondernemingen mee worden geconfronteerd. Dat probleem kan allereerst verzacht worden door op liquiditeit gerichte overheidsmaatregelen.<sup>8</sup> Naarmate de *lockdown* langer duurt wordt ook de roep om aanvullende steunmaatregelen luidder. Tegelijkertijd intensiveert het debat over de vraag onder welke voorwaarden nadere steun zou moeten worden verleend. Dienen ondernemingen alle steun op enig moment terug te betalen? Kan de overheid eisen stellen aan dividenduitkeringen en bonussen, of aan de duurzaamheid van de bedrijfsvoering van de desbetreffende ondernemingen? Zou de overheid in ruil voor haar steun aandelen moeten krijgen in de ondernemingen die zij te hulp schiet, zodat de belastingbetaler op die manier van een toekomstige 'upside' profiteert?<sup>9</sup>

Naast de op liquiditeit gerichte (overheids)maatregelen kan een coulante opstelling van schuldeisers in deze fase leiden tot consensuele oplossingen. Dergelijke consensuele oplossingen en het creëren van adempauze voor ondernemingen is juist in deze onzekere tijden van belang. Door het inbouwen van een tijdelijke periode van rust kan geleidelijk – zodra er uitzicht is op enige vorm van normalisering – worden gewerkt aan meer structurele oplossingen. Dergelijke lange(re)termijnoplossingen zijn doorgaans in het belang van het collectief. Schuldenaren die op strategische en bijna arrogante wijze de rekening van deze crisis proberen af te wentelen op hun schuldeisers door niet aan hun verplichtingen te voldoen, maar óók schuldeisers die op agressieve wijze tot inning van hun vordering over proberen te gaan, proberen hun eigen positie te verbeteren. Deze

individuele en opportunistische handelswijze van individuen kan eenvoudig tot suboptimale resultaten leiden, als gevolg waarvan het collectief schade lijdt en in het ergste geval stuksgewijze liquidatie onvermijdelijk is. De huidige *lockdown*-situatie maakt het immers erg moeilijk om binnen een insolventieprocedure tot waardemaximaliserende oplossingen te komen. Het is immers moeilijk onderhandelen over een akkoord wanneer er nog geen concreet uitzicht op enige normalisatie van de activiteiten – al dan niet in gewijzigde vorm – van de onderneming en dus een *going concern* perspectief bestaat. Ook de kansen voor een doorstart vanuit faillissement zijn in dat geval erg klein; er is immers geen voor een succesvolle doorstart vereiste markt. Door een vroegtijdig faillissement van een verder levensvatbare onderneming zullen schuldeisers schade lijden vanwege de lagere opbrengst. Een domino-effect ligt aldus op de loer. Ook werknemers, de economie en de maatschappij als geheel ondervinden schade van een 'onnodig' faillissement. Behalve die ene schuldeiser die over de rug van andere geldverstrekkers zijn vordering wél volledig betaald krijgt, is collectief beschouwd niemand gebaat bij het daaruit resulterende vroegtijdige faillissement. Een adempauze waarbinnen de status quo zo goed en zo kwaad mogelijk wordt gehandhaafd, biedt het collectief wellicht uitzicht op een betere uitkomst. Clementie, *coulance* en '*forbearance*'<sup>10</sup> zijn naast 'liquiditeit' dus sleutelwoorden in deze *lockdown*-fase.

Formele insolventieprocedures komen echter onvermijdelijk om de hoek kijken wanneer het ondernemingen – ondanks eventuele steunmaatregelen en pogingen om met schuldeisers tot een vergelijk te komen – niet lukt om het hoofd boven water te houden.<sup>11</sup> Insolventieprocedures zijn volgens de *creditors' bargain theory* gericht op het voorkomen van het hierboven geschetste *common pool*-probleem, een situatie waarin individuele schuldeisers op een ongecoördineerde wijze verhaal nemen op de activa van de onderneming. Op die manier zou een suboptimale opbrengst gerealiseerd worden.<sup>12</sup> Het insolventierecht vervangt individuele verhaalsrechten door een collectief verhaalsysteem, in de hoop op die manier de voor verdeling vatbare waarde te maximaliseren. Mondiaal lijkt onomstreden dat waarde-maximalisatie ten behoeve van de schuldeisers centraal

6 A. Gurrea-Martínez, 'Insolvency Law in Times of COVID-19', Working Paper 2/2020 *Ibro-American Institute for Law and Finance*, versie 17 April 2020, § 2.

7 Zie ook B. Wessels & S. Madaus, 'CERIL Executive Statement on COVID-19 and insolvency legislation', *ceril.eu* 20 maart 2020. Auteurs maken echter geen koppeling met de verschillende fases (voor en na de lockdown).

8 Verschillende overheden hebben maatregelen genomen om ondernemingen te ondersteunen bij het oplossen van het acute liquiditeitsprobleem, waaronder de Nederlandse overheid. Zie hierover ook § 4.1.

9 Zie bijvoorbeeld C. van de Wiel, 'Belastingbetaler moet profiteren van de redding van bedrijven', *NRC* 24 april 2020; T. Kreling, 'Voor wie is de coronasteun van de overheid? 'Aandeelhouders zouden de eerste rekening moeten krijgen'', *Volkscrant* 22 april 2020. Deze discussie valt verder buiten het bestek van dit artikel.

10 Zie over het belang van *forbearance* ook: E.R. Morrisson & A.C. Saavedra, 'Bankruptcy's role in the COVID-19 Crisis', in: *Law in the time of COVID-19*, Columbia Law School 2020, p. 127-139, via <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>.

11 Ook Morrisson & Saavedra dichten het insolventierecht een dergelijke secundaire rol toe. Het faillissement zou als "a backup to other policies" moeten fungeren. Zie Morrisson & Saavedra 2020, p. 128 en 136.

12 D.G. Baird & T.H. Jackson, 'Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy', *University of Chicago Law Journal* 1984, p. 97-130; T.H. Jackson, 'Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain', *The Yale Law Journal* 1982-5, p. 857-907; Baird & Jackson 1984; T.H. Jackson, 'The logic and limits of bankruptcy law', Cambridge: Harvard University Press 1986. Zie voor een bespreking van deze theorie in de Nederlandse literatuur J.M. Hummelen, *Distress dynamics. An efficiency assessment of Dutch bankruptcy law* (diss. Groningen), The Hague: Eleven International Publishing 2015, p. 23-36 en N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, hfdst. 2.

staat in het insolventierecht.<sup>13</sup> Ook de Hoge Raad bevestigde recent nog eens dat de Nederlandse faillissementsprocedure ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers en dat de procedure “beoogt daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen”.<sup>14</sup>

De vraag of een insolvente onderneming ‘gered’ zou moeten worden, zou dan ook steeds met inachtneming van dit uitgangspunt beantwoord moeten worden. Het redden van ondernemingen is wat ons betreft op zichzelf geen doel van insolventierecht, wel dient het insolventierecht voldoende efficiënte instrumenten te bieden om waardemaximaliserende reorganisaties<sup>15</sup> te faciliteren. De inzet van dergelijke efficiënte instrumenten kan resulteren in de continuïteit van ondernemingen. De vraag of in een concreet geval liquidatie dan wel herstructurering geboden is, wordt dus vooral beantwoord door de vraag welk scenario tot de beste uitkomst voor de schuldeisers zal leiden.<sup>16</sup> Indien een onderneming voor aanvang van de pandemie gezond was, zal voor de nodige ondernemingen gelden dat zij na een sanering van de opgelopen schuldenlast en de hervatting van de – al dan niet aangepaste – activiteiten ook weer een gezonde bedrijfsvoering zullen kunnen hebben.<sup>17</sup> Dat is echter geen gegeven, nu in sommige marktsegmenten (zoals bijvoorbeeld de luchtvaart en de evenementenbranche) naar verwachting ook op de middellange termijn op een volstrekt andere manier zal moeten worden geopereerd. Voorspellingen over ‘levensvatbaarheid’ worden op dit moment bemoeilijkt door de grote onzekerheid over de toekomst. Hoe lang zal de *lockdown* nog duren, hoe lang zullen we anderhalve meter afstand van elkaar moeten houden, is ‘het nieuwe normaal’ überhaupt eindig? Al deze onzekerheden maken het moeilijker om de levensvatbaarheid van de onderneming te beoordelen.

Hoewel in de huidige fase van *lockdown* vooralsnog – terecht – veel nadruk ligt op het verhelpen van acute liquiditeitsproblemen, is ook de beschikbaarheid van efficiënte en snelle reorganisatie-instrumenten, zowel binnen als buiten formele insolventieprocedures, cruciaal voor bedrijven die als gevolg van de coronacrisis in de problemen zijn geko-

men.<sup>18</sup> Insolventierechtelijke mechanismen zoals een afkoelingsperiode en een (*cross class*) *cram down* mechanisme maken het mogelijk om de opgelopen schuldenlast terug te brengen naar een draaglijk niveau.<sup>19</sup> Ook door middel van een activatransactie vanuit faillissement kunnen levensvatbare onderdelen van bedrijven in stand gehouden worden.<sup>20</sup> Hierbij zijn snelheid en eenvoud van de procedure en ruime beschikbaarheid van de rechterlijke macht voorwaarden voor succes.<sup>21</sup> Mocht de *going concern* waarde van de onderneming niet behouden kunnen worden door middel van een doorstart of met een akkoord, dan zal de onderneming moeten worden ontmanteld. In dat geval worden de activa stuksgewijs te gelde gemaakt en wordt de opbrengst verdeeld onder de schuldeisers.

Zowel de huidige fase van *lockdown* als de toekomstige fase van geleidelijke normalisering vragen om bijzondere aandacht voor de rol van bestuurders. Door het coronavirus worden ondernemingen geconfronteerd met significante en onvoorziene liquiditeitsproblemen, zonder een concreet uitzicht op verbetering. Van bestuurders wordt ook in deze situatie verwacht dat zij behoorlijk besturen. Maar wat houdt behoorlijk besturen in wanneer een onderneming in financieel zwaar weer verkeert en het toekomstperspectief zo onzeker is? Aan de ene kant worden bestuurders gestimuleerd om financiële moeilijkheden te mitigeren en tijdig maatregelen te nemen om een faillissement te voorkomen.<sup>22</sup> Aan de andere kant wordt het handelen van bestuurders begrensd door aansprakelijkheidsbepalingen die beogen de schuldeisers van de onderneming te beschermen.<sup>23</sup> Als

13 Zie bijvoorbeeld World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes 2016, principle C1 en UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, p. 10. Meer omstreven is de vraag of tijdens faillissement herverdeling mag plaatsvinden. Zie voor een bespreking van de ‘rehabilitation theory’ (waarin wordt bepleit dat de waarde van de onderneming wel degelijk mag worden herverdeeld): Hummelen 2015, p. 36-58.

14 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.5.2.

15 Onder ‘reorganisatie’ verstaan wij zowel trajecten die resulteren in de continuïteit van de onderneming (door de waardevolle activa als going concern over te dragen aan een derde), als instrumenten waarmee de continuïteit van de rechtspersoon (door middel van een sanering van het passief) kan worden veiliggesteld. Vgl. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Serie Onderneming & Recht, deel 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/26.

16 Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de curator bij de uitoefening van zijn taak mede acht dient te slaan op maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming. Maatschappelijke belangen kunnen echter het belang van de gezamenlijke crediteuren niet opzij zetten, Zie daarover en met verdere verwijzingen: Mennens 2020, § 4.3.

17 Ondernemingen die reeds vóór aanvang van de coronacrisis niet levensvatbaar waren, zouden dan ook gewoon failliet moeten kunnen gaan. Ook hier rijst het probleem dat de levensvatbaarheid op dit moment (extra) lastig te beoordelen is en dat er grote grijze gebieden zullen bestaan.

18 S. Prakash, ‘Evaluating Some Strategies for Preventing Insolvency Proceedings in the Wake of the COVID-19 Crisis’, *OBLB* 21 april 2020.

19 Gurrea-Martínez, *IALF* 2020, § 2. Een herstructurering kan uiteraard ook volledig consensueel en buiten de insolventierechtelijke kaders gerealiseerd worden. Daarvoor is echter unanimititeit vereist. (Dreiging met) herstructureringsprocedures vormt/vormen een oplossing voor het in de praktijk veelvoorkomende ‘hold out’-probleem. Vgl. Mennens 2020, § 2.3.3.2 en 3.3.3.

20 De Hoge Raad benadrukt in het *Heiploeg*-arrest nog eens dat een going concern verkoop van (een deel van) de onderneming één van de manieren is waarop de waarde voor crediteuren kan worden gemaximaliseerd. Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.5.2.

21 World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes 2016, principle C1 en UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, p. 12 over het belang van “timely, efficient and impartial resolution of insolvency”. Dat naast het wettelijk kader ook voldoende aandacht moet zijn voor het institutionele kader zoals de rechterlijke macht, is vanzelfsprekend. Zie hierover verder: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2005, p. 19, 33-35; World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes 2015, p. 8 (“Strong institutions and regulations are crucial to an effective insolvency system. (...) [T]he integrity of the insolvency system is the linchpin for its success”); Instrument of the European Law Institute, *Rescue of Business in Insolvency Law* 2017, aanbeveling 1.01. Morrison, Saayedra en Skeel hebben naar aanleiding van de verwachte golf aan faillissementen in de coronacrisis gewaarschuwd voor ‘congestion’ van het rechterlijke systeem. Zie Morrison & Saavedra 2002, p. 136 en Skeel 2020, p. 6.

22 Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive, artikel 19.

23 Denk aan wrongful trading en fraudulent trading-bepalingen, of aan de in verschillende jurisdicties bestaande duty to file (§ 3.4). Voor Nederland geldt in dit kader de Beklamelnorm (§ 4.2).

gevolg van onduidelijkheid omtrent dit soort aansprakelijkheidsregels ligt risicomidend gedrag van bestuurders op de loer, als gevolg waarvan bestuurders uit angst voor aansprakelijkheid “te vroeg” het faillissement aanvragen.<sup>24</sup>

Juist in deze onzekere tijden moet aan bestuurders de nodige ruimte worden geboden om maatregelen te nemen om een faillissement af te wenden. De werking en eventuele aanpassing van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht kunnen van grote invloed zijn op het voorkomen van faillissementen van levensvatbare ondernemingen. Hierbij is de balans tussen het voorkomen van “bange bestuurders” en schuldeisersbescherming van groot belang.

### 3. Tour d’horizon

In deze paragraaf passeren enkele wijzigingen de revue die in de insolventiewetgeving<sup>25</sup> van bepaalde landen zijn doorgevoerd of aangekondigd. Het betreft beperkingen aan faillissementsaanvragen (§ 3.1), moratoria op verhaalsacties of opschortingsrechten (§ 3.2) en wijzigingen of invoering van herstructureringsprocedures (§ 3.3). In § 3.4 komen aanpassingen van schuldeisersbenadelingsregels aan bod. In die paragraaf komt ook het aansprakelijkheidsregime van bestuurders in de fameuze ‘twilight zone’ aan bod, nu dat regime in veel landen – anders dan in Nederland het geval is – onderdeel is van de lokale insolventiewetgeving.

#### 3.1 Beperkingen aan door schuldeisers aangevraagde faillissementen

##### 3.1.1 Een tijdelijke pauzering van de behandeling van faillissementsverzoeken

In een poging een golf aan faillissementen te voorkomen is er in diverse landen voor gekozen om faillissementsaanvragen van schuldeisers tijdelijk niet te behandelen. Op 17 maart 2020 werd bij de Spaanse ‘Real Decreto-ley 8/2020’ bepaald dat rechters gedurende de noodtoestand en de twee daaropvolgende maanden geen door schuldeisers ingediende faillissementsverzoeken in behandeling zullen nemen.<sup>26</sup> Inmiddels is deze periode verlengd tot 31 december 2020.<sup>27</sup> Wat opvalt is dat deze regeling geen onderscheid maakt

tussen faillissementen die (deels) door de coronacrisis in de problemen zijn geraakt en ondernemingen die reeds daarvoor in de problemen zaten.<sup>28</sup> Oostenrijk en Tsjechië kennen soortgelijke noodregelingen, op grond waarvan door schuldeisers ingediende faillissementsaanvragen tot respectievelijk 30 juni 2020 en 1 september 2020<sup>29</sup> eenvoudigweg niet behandeld zullen worden.<sup>30</sup>

Ook onze zuiderburen kozen voor een wettelijk en van rechtswege geldend moratorium op faillissementen en verhaalsacties.<sup>31</sup> Met de regeling probeert de men te voorzien in adempauze en een “staakt het vuren”.<sup>32</sup> De Belgische regeling is minder absoluut dan de Spaanse en Tsjechische equivalenten. Slechts ondernemingen die op 18 maart 2020 nog niet “in staking van betaling” waren, maar door de coronacrisis moeilijkheden verkeren, kunnen tot en met 17 mei 2020<sup>33</sup> niet op verzoek van schuldeisers failliet worden verklaard.<sup>34</sup> Er is bewust gekozen voor een automatisch moratorium, om zo de rechterlijke macht te ontzien.<sup>35</sup> De regeling bepaalt expliciet dat opeisbare schulden ondanks het moratorium moeten worden betaald.<sup>36</sup> Die soep lijkt echter minder heet te worden gegeten dan hij wordt opgediend, aangezien de wetgever daarmee met name betalingen op “vrijwillige basis” lijkt te willen stimuleren en wil voorkomen dat de regeling fungeert als “alibi of aanmoediging” om opeisbare schulden niet meer te betalen.<sup>37</sup> De positie van schuldeisers wordt beschermd doordat belanghebbenden de voorzitter van de Ondernemingsrechtbank kunnen verzoeken om de opschorting geheel of gedeeltelijk op te heffen, of om te bepalen dat een onderneming niet onder het toepassingsbereik van de regeling valt. De rechter besteedt bij de belangenafweging onder meer aandacht aan de vraag of de omzet of activiteit van de schuldenaar ten gevolge van de pandemie sterk is gedaald, of de overheid bevel heeft gegeven tot sluiting van de onderneming, en of er volledig of deels beroep is gedaan op ‘economische werkloosheid’, de Belgische werktijdverkortingsregeling.<sup>38</sup> Dat de voorzitter van de Ondernemingsrechtbank voor een lastige belangenafweging staat, wordt geïllustreerd door het Verslag aan de Koning waaruit volgt dat de rechter ook rekening zal houden met pogingen tot overleg tussen schuldenaar en schuldeisers, met pogingen om nieuwe kredieten te krijgen, met de gevolgen van de opschorting voor de schuldeiser en de (al dan niet bestaande) kans op herstel van de schuldenaar.<sup>39</sup>

24 Hoewel deze aanname niet voldoende empirisch is onderzocht, zijn er voldoende redenen om aan te nemen dat onduidelijkheid een bepaalde risicoaversie veroorzaakt. Wanneer de kaders waarbinnen een bestuurder mag manoeuvreren immers vaag zijn, zal een bestuurder binnen dit grijze gebied logischerwijs een veiligere weg kiezen, waarvan hij weet dat dat handelen geen persoonlijke aansprakelijkheid met zich mee brengt. Zie ook: N.T. Pham, *Directors’ liability. A legal and empirical study*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, H2, M.J. Kroeze, ‘Bange bestuurders’, *ONDR* 2006/3, nr. 8.3 en F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551 (p. 670). Zie verder § 4.2.

25 De regelingen op grond waarvan extra leningen, garanties of fondsen beschikbaar zijn gesteld blijven dus buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor werkgelegenheid-gerelateerde regelingen. Ook maatregelen die voorzien in uitstel van betalingen van bepaalde typen schulden, zoals belastingschulden en sociale verzekeringen vallen buiten de scope van dit artikel.

26 Artículo 43 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

27 Artículo 11 Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

28 Gurrea-Martínez, *IILF* 2020, p. 9/voetnoot 39.

29 Deze regeling kan verlengd worden tot 31 december 2020.

30 Zie voor een bespreking van de Lex Covid Justice <https://www.justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy?clanek=lex-covid-justice-prinasi-zasadni-ulevy-podnikatelum-a-spotrebitelum>.

31 Zie daarover ook het artikel van Dirix in *TvI* 2020/27.

32 Verslag aan de koning, kenbaar uit *BS* 24 april 2020.

33 De Koning kan deze einddatum aanpassen bij besluit, vastgesteld na overleg met de ministerraad, zo volgt uit art. 1 alinea 7 Koninklijk Besluit nr. 15, *BS* 24 april 2020 (‘KB nr. 15’).

34 Art. 1 alinea 1 KB nr. 15.

35 Verslag aan de Koning, kenbaar uit *BS* 24 april 2020.

36 Art. 1 alinea 8 KB nr. 15.

37 Verslag aan de Koning, kenbaar uit *BS* 24 april 2020.

38 Art. 1 KB nr. 15.

39 Verslag aan de Koning, kenbaar uit *BS* 24 april 2020.

### 3.1.2 *Expliciete belangenafweging bij behandeling faillissementsverzoek*

De Engelse regering wil huurders beter wil beschermen tegen “aggressive rent collection” door verhuurders. Om die reden werd regelgeving aangekondigd op grond waarvan rechters bij de beoordeling van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser moeten onderzoeken of de betalingsmoeilijkheden van de schuldenaar zijn veroorzaakt door de coronacrisis. Blijkt dat het geval, zal de rechtbank het verzoek niet mogen toewijzen.<sup>40</sup> Op 29 april 2020 werd een faillissementsverzoek met betrekking tot een retailer afgevoerd. In de overwegingen werd onder meer geanticipeerd op de aangekondigde regelgeving.<sup>41</sup>

### 3.1.3 *Wijziging vereisten voor faillietverklaring*

In andere landen wordt gekozen voor wijziging van de vereisten voor faillietverklaring. Zo kan een Duitse schuldenaar gedurende de eerste drie maanden dat de noodwetgeving van kracht is slechts failliet worden verklaard wanneer de openingsgrond (Überschuldung of Zahlungsunfähigkeit) reeds op 1 maart 2020 bestond.<sup>42</sup> Ook in Frankrijk is de toepassing van de insolventietoets veranderd. Het Franse recht kent een liquiditeitstoets, als gevolg waarvan een schuldenaar failliet is wanneer hij niet in staat is zijn opeisbare schulden te voldoen. De wetwijziging houdt in dat faillissementsverzoeken tot en met 24 augustus 2020 worden beoordeeld aan de hand van de liquiditeitssituatie van de onderneming op 12 maart 2020, ongeacht wat er nadien met de onderneming is gebeurd. Pas na 24 augustus 2020 zullen faillissementsverzoeken weer ‘ex nunc’ worden beoordeeld.<sup>43</sup> Via de Franse en Duitse route wordt feitelijk bewerkstelligd dat op dit moment alleen ondernemingen die bij aanvang van de coronacrisis reeds aan de vereisten voor faillietverklaring voldeden, failliet kunnen worden verklaard.

### 3.1.4 *Beperkingen aan ‘statutory demands’*

Faillissementsverzoeken kunnen ook op meer formele gronden worden beteugeld, hetgeen bijvoorbeeld in Australië en Singapore geschiedde.<sup>44</sup> In die landen kunnen schuldeisers wier vorderingen een bepaalde omvang hebben (‘drempelbedrag’), de schuldenaar door middel van een ‘statutory demand’ formeel verzoeken om betaling. Wanneer betaling

binnen de drie daaropvolgende weken uitblijft, geldt een wettelijk vermoeden dat de schuldenaar insolvent is. Dit vermoeden helpt schuldeisers een faillissementsaanvraag te verwezenlijken. In de genoemde landen is het drempelbedrag fors verhoogd, in combinatie met een regel op grond waarvan schuldenaren pas na zes maanden op het formele betalingsverzoek hoeven te reageren.<sup>45</sup>

### 3.2 *Opschortingsrechten en moratoria op verhaalsacties*

In een aantal landen is de schuldenaar meer in algemene zin adempauze toegekend, bijvoorbeeld door hem de wettelijke bevoegdheid te geven bepaalde verplichtingen niet na te komen of door beperkingen te stellen aan de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers.<sup>46</sup> Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen algemene regelingen (§ 3.2.1) en specifieke regelingen voor kredietovereenkomsten (§ 3.2.2) en huurovereenkomsten (§ 3.2.3).

#### 3.2.1 *Algemene regelingen*

##### *Oude regelingen uit de kast*

In sommige landen worden oude wetten afgestoft die een nood-moratorium in het leven roepen. Zo was in Zwitserland tussen 19 maart en 19 april 2020<sup>47</sup> de “Rechtsstillstand im Betreuungswesen” van kracht.<sup>48</sup> Deze Rechtsstillstand was gebaseerd op een wet uit 1889 die voor het laatst werd toegepast tijdens de Eerste Wereldoorlog en hield feitelijk een algemeen moratorium op verhaalsmaatregelen in. In de Verenigde Staten heeft de Amerikaanse National Bankruptcy Conference<sup>49</sup> in een brief aan het Amerikaanse congres het belang van “breathing space” benadrukt. De schrijvers raden de wetgever aan om bij het opstellen van eventuele

40 Vgl. de aankondiging op <https://www.gov.uk/government/news/new-measures-to-protect-uk-high-street-from-aggressive-rent-collection-and-closure>. Ook deze regel zal gelden tot (ten minste) 30 juni 2020.

41 D. Lawson, ‘UK landlord’s winding-up petition blocked by new covid-19 rules’, *Global Restructuring Review* 30 april 2020. De uitspraak valt onder een ‘Privacy Order’ en is daarom niet openbaar.

42 § 3 CoVInsAG. Vgl. § 17 en 18 InsO voor de openingsgronden.

43 Art. 1(I) Ordonnance no 2020-341 du 27 Mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises (...).

44 Zie voor Schedule 12 van de Australische Coronavirus Economic Response Package Omnibus Act 2020 en artikel 23 van de Singaporese Covid-19 (Temporary Measures) Act. Ook de Engelse wetgever kondigde aan dat in de periode tussen 1 maart 2020 en 30 juni 2020 het gebruik van ‘statutory demands’ tijdelijk stil zal komen te liggen. Met deze regel wenst de Engelse wetgever huurders te beschermen tegen “aggressive rent collection” door verhuurders. Of het gebruik van statutory demands door andere typen schuldeisers eveneens aan banden zal worden gelegd, is nog niet helemaal duidelijk. Vgl. de aankondiging op <https://www.gov.uk/government/news/new-measures-to-protect-uk-high-street-from-aggressive-rent-collection-and-closure>.

45 In Singapore wordt het drempelbedrag verhoogd van \$ 10.000,- naar \$ 100.000,-. Vgl. Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020 sections 22(1) and 24(1). Australië verhoogde het drempelbedrag van \$ 2.000,- naar \$ 20.000,-. Zie het gewijzigde 5.4.01AA Corporate Regulations 2001. Dergelijke oplossingen bemoeilijken de faillissementsaanvragen door schuldeisers, maar maken deze niet onmogelijk. Murray en Harris laten doorschemeren dat zij van de wijzigingen in het Australische recht niet veel verwachten, nu schuldeisers ook via andere (verhaals)maatregelen een faillissement kunnen aanvragen. Bovendien worden Australische faillissementen normaliter in 23% van de gevallen uitgesproken op verzoek van schuldeisers. De overgrote meerderheid faillissementsverzoeken is van ondernemingen zelf afkomstig. Zie M. Murray & J. Harris, ‘Managing the insolvency curve’, *OBLB* 20 april 2020.

46 In enkele jurisdicties is dat moratorium als het ware complementair aan de aldaar ingevoerde beperkingen aan faillissementsverzoeken door schuldeisers. Niet in alle in §3.1.1 besproken landen waarin een dergelijke beperking is ingevoerd, zijn echter ook maatregelen ingevoerd om (andere) verhaalsmaatregelen aan banden te leggen. Dit roept de vraag op of het gevreesde common pool-probleem in de desbetreffende jurisdicties op doeltreffende wijze wordt bestreden.

47 Strikt gezien duurde de Rechtsstillstand tot 4 april 2020, maar deze werd naadloos opgevolgd door de wettelijke Zwitserse Betreibeungsferien, de periode rondom Pasen waarin op grond van de Zwitserse wet geen verhaalsmaatregelen kunnen plaatsvinden. Als gevolg daarvan was het moratorium feitelijk tot 19 april 2020 van kracht.

48 Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.241, 18 maart 2020. Zie daarover ook het artikel van Dirix in *Tvl* 2020/27.

49 Dit instituut omschrijft zichzelf als “A Voluntary Organization Composed of Persons Interested in the Improvement of the Bankruptcy Code and Its Administration”.

nieuwe wetgeving nog eens goed te kijken naar Service-members *Civil Relief Act* uit 2003, de opvolger van de *Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act* uit 1940. Deze wet biedt mensen die als gevolg van hun militaire dienstplicht niet aan bepaalde verplichtingen kunnen voldoen een 90-daagse afkoelingsperiode ter zake van verhaalsacties.<sup>50</sup>

#### Bijzondere moratoria

In België kent het instrument van 'gerechtelijke reorganisatie' reeds een afkoelingsperiode. Dat instrument werd in de eerste plaats niet geschikt geacht nu de rechterlijke macht overbelast zou raken bij een groot aantal gerechtelijke reorganisaties. Daarnaast biedt het bestaande moratorium slechts bescherming tegen 'oude schulden', terwijl de Belgische wetgever nu juist verwacht dat de ondernemingen ook de komende weken en maanden problemen zullen hebben met het voldoen van hun opeisbare schulden. Het Belgische Koninklijk Besluit voorziet daarom in een automatisch moratorium op verhaalsacties, onder dezelfde vrij genuanceerde voorwaarden als hiervoor in § 3.1.1 besproken.<sup>51</sup>

In Zwitserland werd in aansluiting op de automatisch werkende "*Rechtsstillstand*" een nieuwe wettelijke regeling van kracht, op grond waarvan MKB-ondernemingen<sup>52</sup> met tussenkomst van de rechter een afkoelingsperiode kunnen verkrijgen.<sup>53</sup> Slechts ondernemingen die op 31 december 2019 nog niet insolvent<sup>54</sup> waren, komen voor het moratorium in aanmerking. Het moratorium duurt drie maanden, met een mogelijkheid tot verlenging met nog eens drie maanden.<sup>55</sup> Als gevolg van het moratorium hoeft de schuldenaar schulden die opeisbaar zijn geworden in de periode vóór het moratorium niet te voldoen. Gedurende de afkoelingsperiode kunnen schuldeisers geen verhaal nemen.<sup>56</sup> Het moratorium heeft geen betrekking op nieuwe schulden. Als bescherming voor de oude schuldeisers geldt wel de waarborg dat de schuldenaar geen rechtshandelingen mag verrichten die de gerechtvaardigde belangen van de gezamenlijke schuldeisers schaden, dan wel individuele schuldeisers bevoordelen.<sup>57</sup> Indien de schuldenaar zich niet aan die regel houdt, kan de rechter de schuldenaar de beschikkingsmacht ontnemen

of hem failliet verklaren. De rechtbank kan ook ambtshalve het faillissement openen, wanneer dat tot waardebehoud zou leiden.<sup>58</sup>

#### Opschortingsrechten

Ook in Singapore kan de schuldenaar de facto een moratorium realiseren. De systematiek verschilt van de hiervoor beschreven mechanismen. De schuldenaar kan '*temporary relief*' van sommige contractuele verplichtingen krijgen, wanneer hij deze als gevolg van de coronacrisis niet kan voldoen. Het moet gaan om verplichtingen op basis van '*scheduled contracts*', zoals bijvoorbeeld leasecontracten en bepaalde leningen.<sup>59</sup> Zodra de schuldenaar zijn wederpartij op de hoogte heeft gesteld van het beroep op de opschortingsmogelijkheid, kunnen de desbetreffende wederpartijen gedurende zes maanden<sup>60</sup> geen verhaalsmaatregelen meer treffen. De afkoelingsperiode eindigt door tijdsverloop, of zodra een '*panel of assessors*' vaststelt dat niet aan de voorwaarden voor opschorting is voldaan.<sup>61</sup> Dit panel moet bij haar beoordeling streven naar een "*just and equitable*" oplossing. Het panel kan bijvoorbeeld de consequenties voor de schuldeisers meewegen, en bepalen dat vervangende zekerheid moet worden gesteld.<sup>62</sup>

In Duitsland werd aanvankelijk voorgesteld om schuldenaren een zeer algemeen opschortingsrecht toe te kennen.<sup>63</sup> Uiteindelijk is het toepassingsbereik beperkt tot ondernemingen waar minder dan 10 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet of het jaarlijkse balanstotaal €2 miljoen niet overschrijdt. Slechts de nakoming van verplichtingen ter zake van essentiële goederen of diensten (zoals gas, water, telecommunicatie of verzekeringen) kunnen tot 30 juni 2020<sup>64</sup> worden opgeschort.<sup>65</sup> Vereist is datbetaling van die verplichtingen het voortbestaan van de onderneming in moeilijkheden zou brengen én dat de financiële moeilijkheden veroorzaakt zijn door de pandemie. De schuldenaar mag bovendien niet opschorten als dit de "*wirtschaftlichen Grundlagen*" van de wederpartij in gevaar zou brengen.<sup>66</sup>

#### Adempauze na schuldeisersraadpleging

Een moratorium kan ook tot stand komen na raadpleging van de schuldeisers. Nieuw-Zeeland is bijvoorbeeld voornemens een '*Business Debt Hibernation*'-procedure in te voeren, die ondernemingen feitelijk in winterslaap brengt.<sup>67</sup> Daarmee hoopt de wetgever te bereiken dat de continuïteit van

50 National Bankruptcy Conference, Letter to Congress re Economic Crisis Caused by SARS-CoV-2 Virus, 22 maart 2020, te raadplegen via <https://nb-conf.org>.

51 Art. 1 alinea 2 KB nr. 15 bepaalt dat behoudens op onroerende goederen geen "bewaardend of uitvoerend beslag worden gelegd, en geen enkel middel van tenuitvoerlegging[kan] worden aangewend of voortgezet op de goederen van de onderneming, voor alle schulden van de onderneming (...)." Voor een uitgebreidere bespreking van deze regeling verwijzen wij naar de bijdrage van Dirix in Tvl 2020/27.

52 Een onderneming die aan twee of meer van de volgende voorwaarden voldoet, kwalificeert *niet* als MKB-onderneming: i) een balanstotaal van meer dan CHF 20 miljoen, ii) omzet van meer dan CHF 20 miljoen of iii) meer dan 250 werknemers. Vgl. art. 6 lid 2 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

53 Op basis van de COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

54 In die zin dat hun schulden de waarde van hun bezittingen overtroffen, vgl. het begrip 'überschuldet/surendette' in art. 725 Schweizerischen Obligationenrecht.

55 Vgl. art. 7 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

56 Vgl. art. 11-12 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

57 Art. 13 lid 1 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht. Indien er een bewindvoerder benoemd is kan de rechtbank bepalen dat sommige handelingen alleen door de bewindvoerder kunnen worden verricht, of dat de schuldenaar sommige handelingen slechts met instemming van deze bewindvoerder kan uitvoeren, vgl. art. 13 lid 2 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

58 Art. 13 lid 5 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

59 Zie voor de lijst van contracten de bijlage bij de Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020.

60 Art. 5(2) jo. art. 3 Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020.

61 Art. 5(8)(f) Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020.

62 Art. 5(8)(f) Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020.

63 Zie daarover B.A. Schuijling, 'Is een wettelijk betalingsuitstel nodig?', *LinkedIn* 22 maart 2020.

64 De regering kan deze termijn verlengen tot 30 september 2020, zo blijkt uit art. 242 § 4 EGBGB.

65 Art. 242 § 1(2) EGBGB, onderdeel van het 'Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht', BGBl. I 2020, 569.

66 Art. 242 § 1(2) EGBGB.

67 Zie Schedule 4 bij de COVID-19 Response Legislation Bill ('Schedule 4').

ondernemingen zoveel mogelijk wordt geborgd, dan wel dat de voor schuldeisers beschikbare waarde gemaximaliseerd wordt.<sup>68</sup> Tijdens de winterslaap kunnen schuldeisers geen verhaalsmaatregelen treffen. Gedurende deze periode kan de onderneming werken aan een langetermijnoplossing met haar crediteuren.<sup>69</sup> Het bestuur moet verklaren dat de onderneming in serieuze liquiditeitsproblemen verkeert als gevolg van COVID-19, dat zij financieel gezond was op 31 december 2019 en dat de verwachting is dat de onderneming na 30 september 2021 weer in staat zal zijn aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen.<sup>70</sup> Om daadwerkelijk in een winterslaap te gaan, heeft een onderneming instemming nodig van een de meerderheid van de schuldeisers die bovendien meer dan de helft van de waarde van de schuldenlast vertegenwoordigen.<sup>71</sup> Op verzoek van een tegenstemmende schuldeiser die aantoonbaar dat de winterslaap hem onevenredig raakt, kan de rechter bepalen dat deze schuldeiser niet gebonden is door het moratorium.<sup>72</sup> Indien het stemvoorstel daarin voorziet, kan het handelen van de onderneming aan bepaalde voorwaarden worden verbonden.<sup>73</sup>

Ook in het Tsjechische bijzondere moratorium is er een rol weggelegd voor schuldeisers. Na het verstrijken van drie maanden kan het moratorium slechts worden verlengd met instemming van de schuldeisers. Vermeldenswaardig is dat voor dit moratorium niet alleen de veelvoorkomende voorwaarden gelden dat de onderneming niet insolvent was voor medio maart en de problemen veroorzaakt zijn door de pandemie, maar dat eveneens is vereist dat de vennootschap in de drie maanden voorafgaand aan de pandemie geen uitkeringen heeft gedaan aan de aandeelhouder(s).<sup>74</sup>

### 3.2.2 Specifieke regelingen voor huur- en kredietovereenkomsten

In sommige landen is niet gekozen voor een algemeen moratorium of opschortingsrecht, maar is er wel een bijzondere regeling voor krediet- en/of huurovereenkomsten getroffen. In de meeste<sup>75</sup> landen lijken wettelijke regelingen met betrekking tot kredietovereenkomsten vooral betrekking te hebben op leningen aan consumenten en micro-ondernemingen.<sup>76</sup> In Italië geldt echter voor alle MKB-ondernemingen op grond van het “Cura Italia”-decreet<sup>77</sup> een

moratorium op rente- en aflossingsverplichtingen van bancaire financieringen.<sup>78</sup> Als voorwaarde geldt dat de desbetreffende ondernemingen als gevolg van de pandemie in liquiditeitsproblemen zijn geraakt, en de aan hun verstrekte kredieten niet daarvoor al als “*creditizie deteriorate*” kwalificeerden.<sup>79</sup> In Tsjechië is eveneens een ‘*loan moratorium*’ afgekondigd, op grond waarvan schuldenaren tot 31 oktober 2020 niet aan hun aflossingsverplichtingen hoeven te voldoen.<sup>80</sup>

Ook valt op dat de wetgever in sommige jurisdicties specifiek voor huurders adempauze creëert. Het blijkt in commerciële huurverhoudingen vaak allerm minst eenvoudig om consensueel tot een oplossing te komen, bijvoorbeeld in de vorm van een tijdelijke huurverlaging.<sup>81</sup> In sommige gevallen dreigt de huurder ten onder te gaan aan de vaste lasten, maar is de verhuurder voor zijn voortbestaan net zo zeer afhankelijk van de huurkomsten om zodoende aan zijn eigen financieringsverplichtingen te kunnen voldoen. Soms is het ook andersom en heeft juist de huurder de diepste zakken, terwijl de verhuurder in een benardere positie zit. De Duitse wetgever heeft bepaald dat verhuurders tot 30 juni 2020<sup>82</sup> huurovereenkomsten niet mogen beëindigen vanwege het feit dat er huurachterstanden zijn indien die achterstanden zijn ontstaan door de pandemie.<sup>83</sup> In Engeland heeft de regering aangekondigd retailers te willen beschermen tegen “*aggressive debt recovery actions*” van verhuurders. In dat kader worden er nadere regels gesteld omtrent de behandelingen van faillissementsverzoeken<sup>84</sup> ook wordt geregeld dat huurders in ieder geval tot 30 juni 2020 niet uit de panden kunnen worden gezet.<sup>85</sup> Voorts zullen verhuurders langer moeten wachten voordat zij verhaalsmaatregelen kunnen nemen jegens hun huurders.<sup>86</sup>

### 3.3 Nieuwe herstructureringsprocedures of wijziging bestaande procedures

Ook het uitbreiden of updaten van herstructureringsprocedures kan een oplossing zijn ten tijde van de coronacrisis. Een herstructurering is geen oplossing voor een acuut

68 § 1(1) Schedule 4.

69 § 1(2) Schedule 4.

70 § 5 Schedule 4. Indien het bestuur – wanneer schuldeisers daarom vragen – gedurende de winterslaap niet langer kunnen verklaren dat aan deze voorwaarden is voldaan, eindigt het beschermingsregime (§ 17 Schedule 4).

71 § 23 Schedule 4. Gedurende het stemproces zou de onderneming al profiteren van een moratorium, dat zou namelijk direct bij de aanvraag van de hibernation van kracht worden voor de duur van één maand, vgl. § 14 Schedule 4.

72 § 36 Schedule 4.

73 § 16 Schedule 4. Indien niet aan één van die voorwaarden wordt voldaan, houdt de winterslaap op.

74 Zie daarover <https://www.justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy?clanek=lex-covid-justice-prinasi-zasadni-ulevy-podnikatelum-a-spotrebitelum>.

75 Voor zover wij dit hebben kunnen beoordelen, mede aan de hand van de INSOL International & Wereldbank Global Guide.

76 Mogelijk omdat in de nodige landen banken reeds zelf initiatief namen om coulançe te betrachten. Deze hypothese zou nader onderzocht moeten worden.

77 Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 Gazzetta Ufficiale 17 marzo 2020.

78 De Italiaanse wetgever sluit aan bij de Europese definitie van MKB zoals neergelegd in Aanbeveling 2003/361/EG, te weten “ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt”.

79 Art. 56(4) Decreto Cura Italia.

80 Zie voor een kritische bespreking van de regeling: T. Richter e.a., ‘Coronavirus – Czech loan moratorium: its true impact in the field of large corporate financing’, Clifford Chance 15 april 2020.

81 Zie voor een illustratie van de moeizame onderhandelingen tussen huurders en verhuurders in Nederland bijvoorbeeld: N. Trappenburg & J. Leupen, ‘Winkeliërs en vastgoedeigenaren steggelen nog altijd over huurverlichting’, FD 23 april 2020.

82 De regering kan deze termijn verlengen tot 30 september 2020, zo blijkt uit art. 242 § 4 EGBGB.

83 Art. 240 § 2 EGBGB.

84 Zie daarover § 3.1 slot.

85 Zo blijkt uit de aankondiging op <https://www.gov.uk/government/news/extra-protection-for-businesses-with-ban-on-evictions-for-commercial-tenants-who-miss-rent-payments>.

86 Voorgesteld wordt dat verhuurders pas na 90 dagen gebruik mogen maken van de Commercial Rent Arrears Recovery (CRAR), een systeem dat hen de mogelijkheid biedt verhaal te nemen op de activa in de verhuurde panden. Normaliter mogen zij dat al na zeven dagen doen. Vgl. de aankondiging op <https://www.gov.uk/government/news/new-measures-to-protect-uk-high-street-from-aggressive-rent-collection-and-closure>.

en tijdelijk liquiditeitsprobleem, maar kan wel helpen om de te zware schuldenlast naar een draaglijk niveau terug te brengen.<sup>87</sup> In Frankrijk zijn bijvoorbeeld de termijnen waarbinnen een herstructureringsplan tot stand moet komen verruimd, om de kansen op een succesvolle herstructureringsprocedure te vergroten.<sup>88</sup> In Zwitserland is de drempel voor een moratorium in de reeds bestaande herstructureringsprocedure verlaagd en is de duur ervan verlengd.<sup>89</sup> In Spanje zijn de mogelijkheden voor het aanpassen van een akkoord verruimd en vormt het feit dat verplichtingen onder een akkoord niet worden nagekomen, tot 14 maart 2021 een verplichting om het faillissement aan te vragen.<sup>90</sup> Italië versoepelde eveneens enkele termijnen en voorwaarden in de akkoordregelingen.<sup>91</sup>

In de Verenigde Staten is het toepassingsbereik van de fonkelnieuwe 'Small Business Reorganization Act 2019' uitgebreid, in de hoop dat deze wet meer ondernemingen van dienst zal kunnen zijn. De wet trad in februari van dit jaar in werking en was bedoeld voor ondernemingen met een schuld van \$ 2,7 miljoen. De Amerikaanse Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act ('CARES Act') heeft de regeling voor een tijdsbestek van één jaar toegankelijk gemaakt voor bedrijven met een schuld tot \$ 7,5 miljoen.<sup>92</sup> De Small Business Reorganization Act bevat een reorganisatieprocedure die – in vergelijking met een reguliere *Chapter 11*-procedure – beter toegesneden zou zijn op kleine ondernemingen, onder meer omdat de *absolute priority rule* niet onverkort hoeft te worden toegepast.<sup>93</sup>

Op grond van de Europese Herstructureringsrichtlijn dienen alle lidstaten medio 2021 te voorzien in 'preventieve herstructureringsstelsels'. De verwachting bestaat dat het implementatietraject naar aanleiding van de pandemie in sommige lidstaten hoger op de wetgevingsagenda wordt geplaatst.<sup>94</sup> Een vermeldenswaardige ontwikkeling is dat het Verenigd Koninkrijk, dat als voormalig EU-lidstaat niet meer aan de implementatieverplichtingen hoeft te voldoen, druk doende is een herstructureringsprocedure op te tuigen die – *oh the irony!* – in alle opzichten voldoet aan de minimumeisen die de Herstructureringsrichtlijn stelt aan een preventief herstructureringsstelsel. De Engelse regering heeft bekendgemaakt dat zij voornemens is om de voorstellen voor een '*standalone restructuring procedure*' waarover zij in 2018 consulteerde, met spoed om te zetten in wetgeving.<sup>95</sup>

87 Vgl. § 2 hiervoor.

88 Art. 1(II) Ordonnance no 2020-341 du 27 Mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises (...).

89 Art. 3-5 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht.

90 Artículo 9-10 Real Decreto-ley 16/2020.

91 Articolo 10 Decreto Liquidità (8 april 2020, n. 23).

92 Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act (CARES Act), § 1113.

93 Vgl. § 1190 US Bankruptcy Code.

94 De Tsjechische wetgever kondigde dit bijvoorbeeld aan op <https://www.justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy?clanek=lex-covid-justice-prinasi-zasadni-ulevy-podnikatelum-a-spotrebitelum>.

95 Zie voor de aankondiging: <https://www.gov.uk/government/news/regulations-temporarily-suspended-to-fast-track-supplies-of-ppe-to-nhs-staff-and-protect-companies-hit-by-covid-19>. Zie over het consultatievoorstel voor een '*standalone restructuring procedure*': Mennens 2020, nr. 83, 543-544.

### 3.4 Bestuurdersaansprakelijkheid en schuldeisersbenadeling

In een aantal landen zijn maatregelen genomen die zien op het verruimen van de mogelijkheden die het bestuur heeft om de financiële gevolgen van de coronacrisis – waar mogelijk – te mitigeren.

#### 3.4.1 Beperkingen aan de plicht om een faillissement aan te vragen

De meeste jurisdicties in West-Europa kennen een verplichting voor bestuurders om faillissement aan te vragen wanneer de onderneming insolvent is.<sup>96</sup> Het risico bestaat dat door deze verplichting ook levensvatbare bedrijven die in tijdelijke financiële problemen zijn gekomen, worden verplicht om insolventieprocedures te starten. Om die reden is in een aantal landen de verplichting om bij insolventie faillissement aan te vragen opgeschort.

In Duitsland is een nieuwe wet aangenomen om bestuurders de nodige tijd te geven voor het aanvragen van noodzakelijke overheidssteun en het nemen van eventuele herstructureringsmaatregelen.<sup>97</sup> De wetwijziging geldt met terugwerkende kracht vanaf 1 maart 2020 tot in ieder geval 30 september 2020.<sup>98</sup> Op grond van § 1 CoVInsAG vervalt onder twee voorwaarden tijdelijk de verplichting van het bestuur om het faillissement aan te vragen wanneer de onderneming in een toestand van insolventie verkeert, deze toestand dreigt te ontstaan of als de onderneming een overmatige schuldenlast heeft (*Insolvenzantragspflicht*<sup>99</sup>). De eerste voorwaarde is dat er een causaal verband bestaat tussen de coronacrisis en de insolventie – waaronder wordt verstaan dreigende betalingsonmacht en *Überschuldung*.<sup>100</sup> De tweede voorwaarde bepaalt dat de onderneming een reëel uitzicht moet hebben op het einde aan de betalingsonmacht, bijvoorbeeld door een vooruitzicht op een herstructureringsaanvraag voor staatssteun of onderhandelingen met schuldeisers.<sup>101</sup> De wet bevat een bewijsvermoeden

96 Deze verplichting bestaat in onder meer België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Letland, Luxemburg, Oostenrijk, Polen, Spanje, Tsjechië en Zwitserland in verschillende vormen, zie B. Wessels & S. Madaus, 'Instrument of the European Law Institute on Rescue of Business in Insolvency Law, 2017', ssrn.com, p. 166.

97 *Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz*, 30 maart 2020 ('CoVInsAG').

98 Het *Bundersministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* heeft de bevoegdheid de geldigheidsduur tot 31 maart 2021 te verlengen, zie § 4 CoVInsAG.

99 § 15a InsO.

100 De Tsjechische regeling kent eenzelfde voorwaarde voor opschorting van de verplichting om faillissement aan te vragen. De opschorting onder de Tsjechische Lex Covid geldt niet voor schuldenaren die al insolvent waren voordat de maatregelen in kracht gingen of voor schuldenaren wiens insolvente staat niet is veroorzaakt door de coronacrisis. Zie voor een bespreking van de Lex Covid Justice: <https://www.justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy?clanek=lex-covid-justice-prinasi-zasadni-ulevy-podnikatelum-a-spotrebitelum>. Zie ook T. Richter et al., 'Coronavirus: First Aid measures in Czech insolvency law', *Clifford Chance* 2020.

101 Ook in het Zwitserse recht geldt eenzelfde voorwaarde voor de opschorting van de verplichting om faillissement aan te vragen. Zie: Ordonnance instituant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (Ordonnance insolvabilité COVID-19) du 16 avril 2020.

dat aan beide voorwaarden is voldaan wanneer de onderneming niet insolvent was op 31 december 2019.<sup>102</sup>

Spanje heeft eveneens de plicht om het faillissement aan te vragen opgeschort tot 31 december 2020.<sup>103</sup> Opvallend is dat in Spanje geen verdere voorwaarden voor de opschorting gelden. Ook de opschorting van de aanvraagverplichting in België kent minder voorwaarden dan de Duitse variant. De enige voorwaarde die het Belgische Koninklijk Besluit stelt is dat de insolventie het gevolg moet zijn van de coronacrisis.<sup>104</sup> Zowel in Spanje als in België geldt dus niet de voorwaarde dat sprake moet zijn van een reëel uitzicht op een eind van de betalingsonmacht. In Zwitserland geldt wel als voorwaarde dat er een vooruitzicht moet bestaan op herstel.<sup>105</sup>

### 3.4.2 Aanpassingen van bestuurdersaansprakelijkheids- en paulianaregels

Om bestuurders aan te moedigen herstructureringsmaatregelen te nemen en de angst voor aansprakelijkheid bij bestuurders en de angst voor vernietiging van rechtshandelingen op grond van pauliana bij financiers te beperken, hebben verschillende landen aanpassingen doorgevoerd in hun aansprakelijkheids- en paulianaregels.

Zo introduceert de Australische Omnibus Act een nieuwe<sup>106</sup> *safe harbour* voor bestuurders om te voorkomen dat ondernemingen die in de kern financieel gezond zijn maar door de coronacrisis financiële moeilijkheden ervaren, in insolventieprocedures terecht komen.<sup>107</sup> Bestuurders zijn normaliter op straffe van aansprakelijkheid verplicht om te voorkomen dat de onderneming na insolventie nieuwe verplichtingen aangaat of verplichtingen aangaat ten gevolge waarvan de vennootschap insolvent wordt.<sup>108</sup> De *safe harbour* schort deze verplichting om *insolvent trading* te voorkomen onder voorwaarden op voor een periode van minimaal zes maanden.<sup>109</sup> Een bestuurder kan een beroep doen op de tijdelijke *safe harbour* indien de schuld is ontstaan in de normale bedrijfsuitoefening en geen bewindvoerder of vereffenaar was aangesteld op het moment dat de schuld was ontstaan. De schuld wordt geacht te zijn ontstaan in de normale bedrijfsuitoefening indien het aangaan van de verplichting noodzakelijk was om de continuïteit van de onderneming te faci-

teren.<sup>110</sup> De bestuurder draagt de bewijslast dat is voldaan aan de voorwaarden van deze tijdelijke *safe harbour*. Het is dus aan de bestuurder om een goede administratie te voeren over de beslissingen die onder dit regime worden genomen. Bijzonder is dat om een beroep op de Australische *safe harbour* te doen niet de voorwaarde geldt dat sprake moet zijn van financiële problemen als gevolg van de coronacrisis. Ook in Nieuw-Zeeland wordt een tijdelijke *safe harbour* ingevoerd om bescherming te bieden aan bestuurders van ondernemingen die door de coronacrisis met acute liquiditeitsproblemen worden geconfronteerd om te voorkomen dat ondernemingen vroegtijdig worden geliquideerd.<sup>111</sup> De *safe harbour* versoepelt de aansprakelijkheid van bestuurders voor 'reckless'<sup>112</sup> en 'wrongful trading'<sup>113</sup> voor de duur van zes maanden.<sup>114</sup> Deze aansprakelijkheidsregels houden respectievelijk in dat de bestuurder moet voorkomen dat er een aanzienlijk risico bestaat op schuldeisersbenadeling<sup>115</sup> en dat de bestuurder bij dreigende insolventie niet mag instemmen met het aangaan van een verplichting, tenzij de bestuurder er redelijkerwijs op mag vertrouwen dat de onderneming de verplichting kan voldoen.<sup>116</sup> Onder de *safe harbour* mag de bestuurder verplichtingen blijven aangaan, ook al zal de onderneming in de komende zes maanden worden geconfronteerd met aanzienlijke liquiditeitsproblemen als gevolg van de coronacrisis. Voorwaarden voor een beroep op de regeling zijn dat de bestuurder te goeder trouw is, de onderneming haar schulden kon betalen op 31 december 2019 en de bestuurder van mening is dat de onderneming in staat is haar schulden te voldoen als deze binnen de komende 18 maanden opeisbaar worden. Voor de Nieuw-Zeelandse *safe harbour* is in tegenstelling tot de Australische variant niet vereist dat de schuld moet zijn ontstaan in de normale bedrijfsuitoefening.

Een vergelijkbare aanpassing van het bestuurdersaansprakelijkheidsregime zien we in het Verenigd Koninkrijk. De *wrongful trading*-bepaling uit s214 Insolvency Act 1986 houdt in dat een bestuurder in geval van een 'insolvent liquidation' aansprakelijk is indien hij wist of behoorde te weten dat de *insolvent liquidation* onafwendbaar was en hij er desondanks niet alles aan heeft gedaan om de schade voor schuldeisers zo veel mogelijk te beperken. Gevolg van de *wrongful trading*-bepaling is dat in het Verenigd Koninkrijk bestuurders vaak vroegtijdig het faillissement aanvragen om aansprakelijkheid af te wenden.<sup>117</sup> Om risicomijdend gedrag bij bestuurders juist nu te voorkomen, heeft de Engelse wetgever aangekondigd dat de *wrongful trading*-

102 § 1 CoVInsAG. Zie ook V. Römermann, 'Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im CoVInsAG und ihre Folgen', *NJW* 2020, 1108, afl. 16, p. 1108-1109.

103 Artículo 11, Real Decreto-ley 16/2020.

104 Art. 2, KB nr. 15.

105 Ordonnance instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (Ordonnance insolvabilité COVID-19) du 16 avril 2020.

106 Deze veilige haven komt bovenop een al bestaande Safe Harbour. In september 2017 is een eerste Safe Harbour in de Corporations Act opgenomen (art. 588GA). Deze Safe Harbour eveneens tevens een uitzondering op de regel dat *insolvent trading* moet worden voorkomen en moedigt bestuurders aan om maatregelen te nemen wanneer zij redelijkerwijze mogen verwachten dat deze maatregelen een betere uitkomst zullen hebben dan een liquidatie.

107 Art. 588GAAA Companies Act 2001.

108 Art. 588G Companies Act 2001.

109 De veilige haven geldt voor de periode tussen 24 maart 2020 en 23 september 2020. Zie art. 588GAAA Companies Act 2001.

110 Explanatory memorandum of the Coronavirus Economic Response Package Omnibus Bill 2020, § 12.18, p. 139.

111 Zie Schedule 3 bij de COVID-19 Response Legislation Bill ('Schedule 3').

112 Art. 135 Nieuw-Zeelandse Companies Act 1993.

113 Art. 136 Nieuw-Zeelandse Companies Act 1993.

114 Zie ook J. McMillan, D. Shillson & M. Broad, 'Safe Harbour' for company directors and business debt hibernation – what do these proposed changes mean for you and your business?', *dentons.co.nz* 2020.

115 Art. 135 Nieuw-Zeelandse Companies Act 1993.

116 Art. 136 Nieuw-Zeelandse Companies Act 1993.

117 CLS Insolvency Law Committee, 'Proposals for mitigating the effects on viable business of COVID-19', *CLS Insolvency Law Committee Paper*, [www.citysolicitors.org.uk](http://www.citysolicitors.org.uk) 2020.

bepaling uit s214 IA met terugwerkende kracht vanaf 1 maart 2020 voor een periode van drie maanden buiten werking zal worden gesteld.<sup>118</sup> Een punt van kritiek op de opschorting van *wrongful trading*-bepaling is dat de volledige opschorting zonder nadere eisen, misbruik in de hand kan werken. Als voorwaarde geldt immers niet dat financiële problemen moeten zijn ontstaan door de coronacrisis.<sup>119</sup> Hoewel het buiten werking stellen van de *wrongful trading*-bepaling belangrijke gevolgen heeft voor bestuurders, verdient vermelding dat het risico voor bestuurders om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden, niet volledig wordt weggenomen. Zo kunnen bestuurders nog steeds aansprakelijk gesteld worden op basis van schending van *directors' duties* op grond van de Engelse Companies Act 2006 wanneer zij bij dreigende insolventie onvoldoende rekening houden met de belangen van de schuldeisers en op basis van s213 IA voor frauduleus handelen indien zij wisten dat zij door dat handelen schuldeisers benadelen.<sup>120</sup> Het is echter te betwijfelen of de rechter, gelet op het feit dat de *wrongful trading*-aansprakelijkheid is opgeschort, wél zou aannemen dat een bestuurder op grond van zijn in de Companies Act 2006 neergelegde taken jegens bestaande schuldeisers aansprakelijk is wegens schending van *directors' duties* indien sprake is van *wrongful trading*.

De Duitse regels omtrent bestuurshandelen bij insolventie zijn eveneens versoepeld. Op basis van § 64 GmbHG/92 AktG zijn bestuurders van een GmbH/AktG persoonlijk aansprakelijk voor betalingen van de vennootschap die plaatsvinden nadat is vastgesteld dat de vennootschap een overmatige schuldenlast heeft of in staat van insolventie verkeert (en het faillissement dus zou moeten worden aangevraagd, vgl. § 3.4.1 hierboven), tenzij deze betalingen in lijn zijn met de zorgplicht van een *ordentlichen Geschäftmanns*. Betalingen die zijn gedaan in het kader van een normale bedrijfsuitoefening,<sup>121</sup> waaronder betalingen gedaan in het kader van een herstructurering, worden onder § 2 lid 1 CoVInsAG geacht in lijn te zijn met deze zorgplicht voor de periode dat de verplichting om faillissement aan te vragen is opgeschort.<sup>122</sup> Ook moet sprake zijn van een causaal verband tussen de financiële problemen en de coronacrisis en moet er een zeker toekomstperspectief bestaan waarin de betalingsonmacht wordt opgelost. Ook hier geldt het bewijsvermoeden dat aan de voorwaarden is voldaan als de onderneming op 31 december 2019 solvent was.

118 Zo blijkt uit de aankondiging van de maatregelen, te raadplegen via <https://www.gov.uk/government/news/regulations-temporarily-suspended-to-fast-track-supplies-of-ppe-to-nhs-staff-and-protect-companies-hit-by-covid-19>.

119 J. Tacon, 'Suspending wrongful trading: The wrong move', *www.r3.org.uk* 9 april 2020. Zie ook A. Licht, 'What's so wrong with wrongful trading? – on suspending director liability during the coronavirus trading', *OBLB* 9 april 2020.

120 K. van Zwieten, 'The wrong target? COVID-19 and the wrongful trading rule', *OBLB* 25 maart 2020.

121 Zie ook A. Schluck-Amend, 'Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz', *NZI* 2020/289.

122 § 2 CoVInsAG. Vgl. G. Hölzle & A. Schulenberg, 'Das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – CoVInsAG)“ – Kommentar', *ZIP* 2020, 633, afl. 14, p. 648-649.

Ook op het gebied van de faillissementspauliana is in verschillende landen aan bestuurders en kredietverstrekkers extra bewegingsruimte geboden. Aan de ene kant worden regelingen getroffen om het aantrekken van nieuw krediet te stimuleren door onder voorwaarden nieuwe financiering te beschermen tegen vernietiging op grond van de faillissementspauliana.<sup>123</sup> Aan de andere kant wordt in sommige landen de bescherming van schuldeisers onder de faillissementspauliana uitgebreid door de terugkijkperiode te verlengen.<sup>124</sup> Een uitgebreide bespreking van de getroffen maatregelen op het gebied van de faillissementspauliana valt, mede als gevolg van de complexiteit en diversiteit van de regels inzake de reguliere faillissementspauliana in de diverse jurisdicties buiten het bestek van dit artikel.

### 3.5 Tijdelijke afschaffing achterstelling van aandeelhoudersleningen

In een aantal landen bestaat een achterstelling voor aandeelhoudersleningen. Deze aandeelhoudersachterstellingen hebben gemeen dat de vordering van een aandeelhouder op de vennootschap ten opzichte van andere crediteuren van die vennootschap is of wordt achtergesteld, indien de vennootschap in staat van faillissement verkeert.<sup>125</sup> Zo'n aandeelhoudersachterstelling kan in de huidige situatie echter een barrière vormen voor aandeelhouders om aanvullende financiering aan ondernemingen in nood te verstrekken. Om die reden hebben verschillende landen ervoor gekozen om de achterstelling van aandeelhoudersleningen tijdelijk op te schorten. Zo wordt in Duitsland<sup>126</sup> en Italië<sup>127</sup> de achterstelling tijdelijk afgeschaft.

### 3.6 Enkele rode lijnen

De maatregelen die in verschillende landen zijn genomen om de financiële gevolgen van de coronacrisis te mitigeren lopen sterk uiteen. Toch hebben de maatregelen enkele punten gemeen. Zo geldt als voorwaarde voor vrijwel

123 Zo bepaalt art. 2 van het Belgische Koninklijk Besluit bepaalt dat nieuwe financiering voor ondernemingen in de Belgische opschortingsperiode (zie § 3.1 en 3.2) wordt beschermd tegen terugvordering onder art. 112.XX van het Belgische Wetboek van Economisch recht. In Duitsland is eenzelfde maatregel genomen en is bepaald dat nieuwe financiering en het voldoen van verplichtingen onder voorwaarden zijn beschermd tegen vernietiging op grond van § 130 InsO (§ 2 sub 2 no 4 CoVInsAG).

124 Zo is in Singapore besloten de terugkijkperiode te verlengen met eenzelfde periode als de *temporary relief* (zie § 3.2.1 en Singaporese Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020 sectie 5(9) en 5(10)). Ook Tsjechië heeft besloten de terugkijkperiode te verlengen met de periode dat de verplichting om faillissement aan te vragen is opgeschort (zie § 3.4.1 en voor een bespreking van de Lex Covid Justice <https://www.justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy?clanek=lex-covid-justice-prinasi-zasadni-ulevy-podnikateluma-spotrebitelum>).

125 Zie daarover bijvoorbeeld R.J. de Weijs, Nieuwe regels omtrent aandeelhoudersleningen: tussen afdwingbaarheid en onrechtmatigheid in (*Preadvies NVR/II* 2014).

126 § 1(2) sub 2 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht. Aandeelhoudersleningen worden niet achtergesteld in faillissement indien de faillissementsaanvraag is ingediend voor of op 23 september 2023 en indien deze aandeelhoudersleningen zijn verstrekt in de periode dat de plicht om faillissement aan te vragen is opgeschort.

127 Articolo 8 Law Decree no. 23 of April 8, 2020 ('Liquidity Decree'). Aandeelhoudersleningen worden niet achtergesteld van 8 april 2020 tot en met 31 december 2020.

elke maatregel dat sprake moet zijn van financiële problemen als gevolg van de coronacrisis. Deze voorwaarde zou moeten voorkomen dat ondernemingen die geen financiële moeilijkheden ervaren of waarvan de financiële moeilijkheden geen gevolg zijn van de coronacrisis, de maatregelen misbruiken om onder betalingsverplichtingen uit te komen of om een onafwendbaar faillissement uit te stellen.<sup>128</sup> Dat verklaart ook waarom er vrijwel geen beperkingen worden gesteld aan de eigen bevoegdheid van de schuldenaar om zijn faillissement aan te vragen.<sup>129</sup>

Verder valt op dat wetgevers streven naar eenvoudige en gemakkelijk hanteerbare oplossingen. Op die manier hoopt men zowel de kosten voor justitiabelen als druk op het rechterlijke apparaat (en dus de kosten voor de overheid zelf) beheersbaar te houden. De keerzijde van een al te daadkrachtige of grofmazige aanpak is uiteraard dat het risico bestaat dat de regeling minder evenwichtig uitpakt dan het geval was geweest wanneer er een langdurig en uitgebreid wetgevingstraject aan vooraf was gegaan. Die tijd ontbreekt nu eenvoudigweg.

De in § 3.1 besproken beperkingen aan faillissementsaanvragen door schuldeisers strekken ertoe de schuldenaar enige adempauze te bieden. Gedurende deze adempauze kan hij werken aan oplossingen voor het korte termijn liquiditeitsprobleem en aan oplossingen voor de langere termijn. De moratoria en opschortingsrechten die in § 3.2 aan de orde kwamen, hebben een soortgelijk doel. Een moratorium kan automatisch tot stand komen, na tussenkomst van de rechter of met instemming van (een gekwalificeerde meerderheid van) de schuldeisers. Veelal is wel het uitgangspunt dat nieuwe schulden moeten worden voldaan. Opvallend is dat in alle in § 3.2 besproken regelingen in de kern een cruciale rol aan de rechter wordt toegedicht, terwijl de meeste landen ook willen voorkomen dat de rechterlijke macht overbelast raakt. De rechter dient een afweging te maken tussen het belang van de schuldenaar bij de afkoelingsperiode en het belang van de schuldeiser bij betaling van zijn vordering. Wel wordt steeds benadrukt dat iedereen die kán betalen dat ook daadwerkelijk moet doen, om een sneeuwbal effect te voorkomen.<sup>130</sup> De tijd zal leren hoe rechters in de verschillende landen om zullen gaan met deze delicate be-

langenaafweging. De in § 3.4 besproken maatregelen op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid hebben als doel bestuurders – en daarmee de onderneming die zij besturen – de nodige adempauze te bieden. De verplichtingen die zij bij naderende insolventie in het belang van de schuldeisers in acht moeten nemen worden versoepeld om te voorkomen dat bestuurders te vroeg een faillissement aanvragen. Paulianabepalingen worden tijdelijk buiten werking gesteld of aangepast om zo nieuwe financiering te faciliteren met als bijkomend effect dat bestuurders niet hoeven te vrezen voor aansprakelijkheid als zij medewerking aan dergelijke transacties verlenen. Opvallend is dat niet in ieder land is gekozen om de bestuurdersaansprakelijkheidsregels te versoepelen onder de voorwaarden dat sprake is van een levensvatbaar bedrijf en dat de financiële problemen het gevolg moeten zijn van de coronacrisis. Met de in § 3.6 besproken tijdelijke afschaffingen van aandeelhoudersachterstellingen hopen wetgevers aandeelhouders aan te moedigen om extra liquiditeit te verschaffen.

Tot slot valt op dat vrijwel alle besproken maatregelen<sup>131</sup> – begrijpelijkerwijs – vooralsnog met name betrekking hebben op de huidige fase van acute liquiditeitsproblemen en niet op de periode waarin enig uitzicht op normalisering ontstaat. Dit is gelet op de huidige crisissituatie begrijpelijk, maar het is ook nu (al) van belang om na te denken over de fase van normalisering, waarin een discussie over liquidatie versus reorganisatie moet worden gevoerd.<sup>132</sup>

#### 4. De status quo in Nederland

##### 4.1 De polderbenadering

Ook de Nederlandse overheid heeft verstrekkende maatregelen genomen om te voorkomen dat bedrijven massaal omvallen. Deze maatregelen dragen enerzijds bij aan het verminderen van de acute liquiditeitsproblemen en zorgen er anderzijds voor dat ondernemingen eenvoudiger financiering kunnen aantrekken.<sup>133</sup>

De nadruk van de liquiditeitsmaatregelen ligt daarbij op de bescherming van banen en inkomens.<sup>134</sup> Zo neemt de overheid onder voorwaarden een deel van de loonkosten van werkgevers over op basis van de Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid ('NOW').<sup>135</sup> Werkgevers die als gevolg van de coronacrisis een omzetzaling

128 Zo vermeldt de Nieuw-Zeelandse wet expliciet: "it is not a purpose of this schedule to (...) facilitate the ability of an entity that has no realistic prospect of continuing or to operate in the medium or long term to defer a decision to enter into liquidation or the detriment of its creditors (...)".

129 Italië lijkt in dat opzicht een uitzondering: ook eigen faillissementsaanvragen worden aldaar tot 30 juni 2020 niet behandeld. Articolo 10 Decreto Liquidità (8 april 2020, n. 23).

130 Zie bijvoorbeeld expliciet in Engeland (<https://www.gov.uk/government/news/new-measures-to-protect-uk-high-street-from-aggressive-rent-collection-and-closure>): "However, while landlords are urged to give their tenants the breathing space needed, the government calls on tenants to pay rent where they can afford it or what they can in recognition of the strains felt by commercial landlords too" en België (Verslag aan de Koning, kenbaar uit BS 24 april 2020: "Zij worden zelfs aangespoord om binnen een zo kort mogelijke termijn te betalen zodat de gevolgen voor de andere ondernemingen zo beperkt mogelijk blijven" en "Deze regeling is inderdaad niet bedoeld als alibi of aanmoediging om opeisbare schulden niet meer te betalen").

131 Met uitzondering van de in § 3.3 besproken aanpassingen in bestaande herstructureringsprocedures.

132 Zie daarover § 2.

133 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 'Kamerbrief over noodpakket banen en economie', [rijksoverheid.nl](https://rijksoverheid.nl/17-maart-2020/p-7-8) 17 maart 2020, p. 7-8.

134 Rijksoverheid, 'Coronavirus: kabinet neemt pakket nieuwe maatregelen voor banen en economie', [rijksoverheid.nl](https://rijksoverheid.nl/17-maart-2020) 17 maart 2020; Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 'Kamerbrief over noodpakket banen en economie', [rijksoverheid.nl](https://rijksoverheid.nl/17-maart-2020/p-1-2-16) 17 maart 2020, p. 1-2, 16.

135 Zie Regeling van 31 maart 2020 (Stcrt. 19874), zoals aangepast bij Regeling van 3 april 2020 (Stcrt. 20561). De geïntegreerde versie zoals die gold per 6 april 2020 is te vinden op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043340/2020-04-04>. De berekening van de te ontvangen subsidie is afhankelijk van het omzetverlies en de loonsom. De formule voor de berekening van de te ontvangen luidt als volgt:  $A * B * 3 * 1,3 * 0,9$ , waarbij A staat voor het percentage omzetverlies en B voor de loonsom over januari 2020.

voorzien, komen in aanmerking voor een subsidie tot 90% van de loonkosten onder de voorwaarden dat de loonsom zoveel als mogelijk gelijk wordt gehouden en er geen verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen wordt ingediend bij het UWV.<sup>136</sup> Daarnaast komen MKB-ondernemingen in getroffen sectoren in aanmerking voor de Tegemoetkoming Schade COVID-19 ('TGOS').<sup>137</sup> Ook is door de Belastingdienst bijzonder uitstel van betaling verleend voor inkomsten-, vennootschaps-, loon- en omzetbelasting aan alle ondernemers die door de coronacrisis in liquiditeitsproblemen zijn gekomen of zullen komen.<sup>138</sup> Tevens is besloten dat een verzoek om betalingsuitstel bij de Belastingdienst geldt als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht als bedoeld in artikel 36 IW, tenzij achteraf blijkt dat de betalingsonmacht niet hoofdzakelijk verband houdt met de gevolgen van de coronacrisis.<sup>139</sup>

Naast de liquiditeitsmaatregelen zijn zoals aangegeven ook maatregelen getroffen die zien op het verbeteren van mogelijkheden om nieuwe financiering aan te trekken. Zo is de Garantie Ondernemingsfinanciering ('GO-facility') – een regeling die ondernemingen de mogelijkheid biedt een banklening of bankgarantie af te sluiten met 50% staatsgarantie – verruimd door zowel de hoogte van de lening waarvoor de staat garant staat als het subsidieplafond te verhogen.<sup>140</sup> Daarnaast staat de overheid garant voor verplichtingen van kredietverzekeraars, waardoor kredietverzekeraars niet genoodzaakt zijn op korte termijn hun limieten terug te brengen.<sup>141</sup>

Tot slot is de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid aangenomen waarin is bepaald dat in afwijking van artikel 2:138/248 lid 2 BW een verzuim van de verplichting uit artikel 2:394 BW tot openbaarmaking van de jaarrekening die betrekking heeft op het meest recente afgesloten boekjaar niet in aanmerking wordt genomen, indien dat te wijten is aan de gevolgen van de uitbraak van COVID-19.<sup>142</sup>

136 Art. 13 sub a en b NOW. Zie voor de specifieke voorwaarden: J.M. van Slooten, 'De NOW: een loonsubsidieregeling met enkele strategische aspecten', *Ondernemingsrecht* 2020/XII, § 2.

137 Beleidsregel van 27 maart 2020 (*Stcrt.* 19159). De TGOS stelt als voorwaarden dat maximaal 250 werknemers werkzaam mogen zijn (Art. 1 TGOS) en dat een bedrag van ten minste €4.000,- aan omzetverlies wordt verwacht, terwijl de vaste kosten ten minste €4.000,- bedragen. Ondernemingen aan huis zijn – op een enkele uitzondering na (zie toelichting bij Beleidsregel van 27 maart 2020 (*Stcrt.* 19159)) – uitgesloten.

138 *Kamerstukken II* 2019/20, CE-AEP/20077147 (Kamerbrief noodpakket banen en economie). Om deze maatregel kracht bij te zetten is besloten om de "verzuimboete" achterwege te laten, het rentepercentage tijdelijk te verlagen naar 0,01% en hoeft de "verklaring van een derde-deskundige" niet direct te worden meegezonden. Ook is het aanvraagproces vereenvoudigd door de individuele toetsing van aanvragen pas na toekening te laten plaatsvinden.

139 Besluit noodmaatregelen coronacrisis (*Stcrt.* 23814), art. 13.3.

140 Zie Regeling van 25 maart 2020 (*Stcrt.* 18697). Zie over de vraagtekens die worden geplaatst bij de GO-facility als coronamaatregel: V.R. Vroom & G. Kreuze, 'Herfinanciering en herstructurering in tijden van Corona', *Ondernemingsrecht* 2020/II, § 5.

141 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 'Kamerbrief Tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren en aanvullende maatregelen op het gebied van financiering voor bedrijven', *rijksoverheid.nl* 7 april 2020, p. 9.

142 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 2, art. 15 en 22.

De Nederlandse regering heeft zich tot dusver beperkt tot bovengenoemde maatregelen. Wijzigingen van het reguliere vermogensrecht of het insolventierecht teneinde het aantal corona-faillissementen te beheersen zijn vooralsnog uitgebleven, hetgeen gelet op de nogal ingrijpende en rigoureuze wetswijzigingen die elders plaatsvonden opmerkelijk is. Dat de faillissementsgolf desondanks vooralsnog uit lijkt te blijven,<sup>143</sup> kan wellicht verklaard worden door de Nederlandse 'poldercultuur' in combinatie met de ruimte die de open normen in ons vermogensrecht bieden, waarbij andere partijen dan de Nederlandse regering het voortouw hebben genomen.

Zo hebben verschillende banken aangekondigd dat zij aan ondernemingen die in de kern gezond zijn zes maanden uitstel van aflossingen geven.<sup>144</sup> De NVB meldt dat op 1 mei 2020 al 103.000 bedrijven uitstel van betaling hebben gekregen van hun bank, met een totale waarde van € 2,7 miljard.<sup>145</sup> Ook in de huursector wordt nagedacht over een manier om de ontstane pijn op een eerlijke manier te verdelen. Hoewel enkele huurders eenzijdig de huurbetalingen hebben opgeschort, wordt op grote schaal gewerkt aan consensuele oplossingen.<sup>146</sup> In de retailbranche is ondertussen een historische coronadeal gesloten in de vorm van het 'Steunakkoord voor en door de Nederlandse retailsector'.<sup>147</sup> De nadruk van het steunakkoord ligt op een eerlijke verdeling van de financiële pijn die door de coronacrisis is ontstaan. Het doel van het steunakkoord is om verlichting te bieden aan zoveel mogelijk Nederlandse retailers die kampen met een substantiële omzetsdaling. Zij mogen de betaling van de huur gedurende het tweede kwartaal opschorten.<sup>148</sup> In de praktijk blijkt het steunakkoord echter niet voor alle par-

143 Vgl. <https://www.cbs.nl/nl-nl/reeksen/faillissementen>.

144 E. Rooijers & M. de Boer, 'Banken geven mkb half jaar uitstel op aflossen lening', *FD* 19 maart 2020, ABN zet ook voor grotere bedrijven rente en aflossing on hold', *NU.nl* 27 maart 2020; N. Trappenburg, 'Banken geven vastgoedklanten ook boven € 2,5 mln. betalingsuitstel', *FD* 27 maart 2020. Deze maatregel is oorspronkelijk in het leven geroepen voor kleinere ondernemingen en voor kredieten tot € 2,5 miljoen. ABN AMRO, ING en Rabobank hebben echter aangekondigd dit uitstel ook toe te kennen aan grotere ondernemingen. Vermeldenswaardig is dat de ACM deze samenwerking – die normaliter een inbreuk op de concurrentieregels kan zijn – bij wijze van uitzondering heeft toegestaan (zie: ACM versoepelt concurrentieregels vanwege corona, *FD* 18 maart 2020).

145 [www.nvb.nl](http://www.nvb.nl).

146 L. Schallenberg, 'De huur betalen als je omzet weg is: Betalen of je riskeert ontruiming', *NOS.nl* 31 maart 2020. Zie ook J. Braaksma & N. Trappenburg, 'Grote winkelketens op ramkoers met vastgoedeigenaren in coronacrisis', *Fd.nl* 23 maart 2020.

147 Het retailakkoord is opgesteld door IVBN, INretail, Vastgoed Belang, Detailhandel Nederland, EZK, NVB, VGO en te raadplegen via [https://mcusercontent.com/c5d8227fc2da191d0f5cb0369/files/5e0221b8-d9e5-4855-bae4-51fb8ee2accd/200410\\_Steunakkoord\\_Retailsector\\_10\\_April\\_2020.pdf](https://mcusercontent.com/c5d8227fc2da191d0f5cb0369/files/5e0221b8-d9e5-4855-bae4-51fb8ee2accd/200410_Steunakkoord_Retailsector_10_April_2020.pdf). De initiële onderhandelingen verliepen stroef en resulteerden slechts in een adempauze vanaf 24 maart waarbij de huren werden opgeschort tot 20 april. Zie voor meer informatie over het onderhandelingsproces: S. van der Laan, 'Corona-akkoord: Vastgoedeigenaren geven noodlijdende winkeliers adempauze tot 20 april', *vastgoedmarkt.nl* 24 maart 2020.

148 Het steunakkoord biedt een basiskader waarbij is afgesproken dat de huur van kwartaal twee van 2020 voor zoveel mogelijk Nederlandse retailers wordt opgeschort onder de voorwaarde dat zij een omzetsdaling hebben van minimaal 25% over dat kwartaal. De minimale opschorting bedraagt 50% van de huur, maar kan worden verhoogd mits dit mogelijk is voor de verhuurder. Het steunakkoord benadrukt dat maatwerkoplossingen mogelijk zijn per retailer, verhuurder en locatie. Het akkoord wordt eind mei geëvalueerd.

tijen een oplossing te zijn, mede omdat het akkoord niet bindend is.<sup>149</sup> Hermans heeft daarom opgeroepen om een noodwet in het leven te roepen waarin huurders een percentage huurkorting krijgen.<sup>150</sup>

Ook de Nederlandse rechtbanken hebben aangekondigd rekening te houden met de coronacrisis, door de afkondiging van de Tijdelijke Afwijkende Regeling Insolventiezaken Rechtbanken vanwege de bijzondere omstandigheden door de Coronacrisis ('TARIC').<sup>151</sup> De TARIC bevat allereerst een aantal processuele wijzigingen die het mogelijk maken dat zittingen van faillissementsrechters op afstand doorgang kunnen vinden. Daarnaast wordt nadere invulling gegeven aan de manier waarop faillissementsverzoeken zullen worden getoetst:

“Bij behandeling van de verzoeken tot faillietverklaring weegt de rechtbank mee dat rechtsbescherming en bescherming tegen misbruik van de situatie van groot belang is. Rechterlijke toetsing is daarbij essentieel, omdat iedere situatie apart moet worden beoordeeld. Daarbij zal de rechter naar alle relevante omstandigheden kijken, waaronder ook de huidige pandemie en de daarmee samenhangende (economische) situatie.”<sup>152</sup>

Het reguliere vermogensrecht bevat openingen voor deze benadering. Zo bestaat er de nodige jurisprudentie over het afwijzen van een faillissementsverzoek op basis van misbruik van bevoegdheid.<sup>153</sup> De regeling in de TARIC geeft de rechtbanken expliciet de vrijheid bij hun summierlijke toetsing van het faillissementsverzoek rekening te houden met de coronacrisis.

Het aantal gepubliceerde uitspraken waarin de TARIC expliciet wordt toegepast is vooralsnog gering.<sup>154</sup> Dat wordt mogelijk mede veroorzaakt doordat vooralsnog voornamelijk eigen aangiften zijn behandeld. Voor door schuldeisers ingediende rekestten geldt namelijk een oproepingstermijn van enkele weken.<sup>155</sup> Toch wordt getracht de TARIC waar mogelijk in te zetten. Zo betreft de rechtbank Midden-Nederland de coronacrisis in haar beoordeling van 7 april 2020

door te oordelen dat “na summier onderzoek is gebleken van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat verweerster in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Uit niets blijkt dat deze toestand het gevolg is van de tijdelijke coronamaatregelen”.<sup>156</sup> Op basis van het beperkte aantal uitspraken kan nog geen algemene toetsingslijn worden ontdekt.

Reeds in 1942 overwoog de Hoge Raad dat de rechter niet verplicht is het faillissement uit te spreken, indien de aanvrager van het faillissement geen redelijk belang bij de faillietverklaring heeft.<sup>157</sup> Ook in de huidige omstandigheden kan de rechter onder verwijzing naar de passage uit de TARIC besluiten het faillissement niet uit te spreken, ook al verkeert de schuldenaar in de in artikel 1 Fw bedoelde toestand. Of rechters inderdaad zo ver zullen gaan, is op dit moment nog afwachten.<sup>158</sup>

Ook door de Stichting Insolventie Mediation wordt gewerkt aan een middel voor rechters om onnodige coronafaillissementen waar mogelijk te voorkomen. De Stichting Insolventie Mediation heeft een speciaal bemiddelingsloket geopend dat bestaat uit bemiddelaars die zijn geregistreerd bij de Mediators Federatie Nederland en al eerder door rechtbanken zijn geselecteerd om mee te draaien bij een pilot mediation bij faillissementen.<sup>159</sup> De bemiddelaars zouden kunnen bijdragen aan oplossingen voor de verhitte discussies die ontstaan tussen bijvoorbeeld huurders en verhuurders.<sup>160</sup> Hoewel mediation een belangrijke middel kan zijn om tot een consensuele oplossing te komen, vergt dit uiteraard wel een coöperatieve basishouding van partijen, die in sommige geschillen tussen schuldeisers en schuldenaar eenvoudigweg ontbreekt. In die gevallen biedt mediation geen oplossing.

#### 4.2 *Het bestaande insolventierechtelijke instrumentarium*

Ondernemingen die ondanks de in de voorgaande paragraaf besproken economische steunmaatregelen en initiatieven (voorzien dat zij) niet meer in staat (zullen) zijn aan hun verplichtingen te voldoen zullen hun toevlucht moeten zoeken tot insolventieprocedures. In § 2 bespreken wij dat het insolventierecht gelet op het streven naar waardemaximalisatie moet voorzien in efficiënte instrumenten voor zowel reorganisatie als liquidatie.

##### 4.2.1 *Herstructureringsmogelijkheden*

Al decennia wordt in de Nederlandse insolventierechtpraktijk geklaagd over het gebrek aan slagkracht van de sursean-

149 Vgl. N. Trappenburg & J. Leupen, 'Winkeliers en vastgoedeigenaren stegen nog altijd over huurverlichting', *FD* 23 april 2020.

150 R.M. Hermans, 'Noodwet nodig om huurverlagingen af te dwingen', *cpo.nl* 28 april 2020.

151 Tijdelijk afwijkende regeling Insolventiezaken rechtbanken vanwege de bijzondere omstandigheden door de coronacrisis (toepassing uitzonderingsbepaling art. 4.3 Landelijk procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken), versie 29 april 2020, via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Tijdelijke-regeling-Insolventies-rechtbanken-ivm-Corona.pdf>.

152 De rechtbank toetst normaliter slechts summierlijk of sprake is van een toestand dat is opgehouden te betalen, zie art. 6 lid 3 Fw.

153 Art. 3:13 BW, zie voor een overzicht: E.J.A. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW, deel A4), Deventer: Wolters Kluwer 2019/31.

154 Het aantal uitspraken waarin zowel het woord corona als faillissement voorkomen is op 4 mei beperkt tot 25 uitspraken. De meeste hiervan zijn uitspraken van de rechtbank Rotterdam waarin wordt verwezen naar de tijdelijke afwijkende regeling Insolventiezaken rechtbanken wegens de processuele wijzigingen. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2906.

155 'April: 34% minder starters, 13% minder stoppers en 36% meer faillissementen', *kvk.nl* 7 mei 2020. Zie voor de oproepingstermijn ook Landelijk procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl), 1 februari 2020.

156 Rb. Midden-Nederland 7 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1425, r.o. 2.3.

157 HR 26 juni 1942, *NJ* 1942/585.

158 Zie hierover ook het interview met Jacqueline Frima – faillissementsrechter bij de rechtbank Rotterdam en voorzitter van RECOFA – bij EenVandaag, 27 april 2020, 16:48-16:59, te raadplegen via <https://www.nporadio1.nl/radio-eenvandaag>. Zij geeft aan dat “het goed mogelijk is” dat zij een door een schuldeiser ingediend faillissementsverzoek op grond van misbruik van recht afwijst wanneer een bedrijf in de kern gezond is.

159 J. Polman & M. Pols, 'Rechters krijgen oproep om onnodige coronafaillissementen te voorkomen', *FD* 20 april 2020.

160 Zie hierover ook het interview met Jacqueline Frima.

ce als reorganisatie-instrument.<sup>161</sup> Het feit dat de surseance slechts werkt voor concurrente schuldeisers wordt gezien als een van de belangrijke oorzaken daarvan.<sup>162</sup> INSOLAD stelde in haar voorstel voor een nieuwe surseanceregeling voor om het toepassingsbereik van de surseance uit te breiden tot preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers.<sup>163</sup> Een bijzondere constatering is echter dat op dit moment precies die schuldeisers die doorgaans het leeuwendeel van de niet-concurrente schuldenlast vertegenwoordigen, zélf hebben aangegeven *coulance* te betrachten. Mogelijk biedt de huidige surseanceregeling ondernemingen die gebruik kunnen maken van het tijdelijke uitstel van de fiscus en de banken in deze bijzondere tijd wél enige ruimte. Gedurende de surseance zouden zij – in de hoop dat hun omzet weer zal stijgen naarmate de intelligente *lockdown* stapsgewijs wordt verlaten – een akkoord kunnen voorbereiden om hun schulden te saneren. Indien een onderneming echter ook een personele reorganisatie moet doorvoeren om haar broek in de anderhalvemetersamenleving te kunnen ophouden, zal daarvoor de reguliere ontslagroute gevolgd moeten worden. Als andere nadelen van surseance worden normaliter ook genoemd het gedeeltelijke controleverlies en de desintegratieschade vanwege de openbaarheid van de financiële problemen. Men kan zich afvragen of deze desintegratieschade in de huidige situatie ook zal optreden. Het zal in de huidige extreme economische omstandigheden voor vrijwel niemand een verrassing zijn dat ondernemingen in bepaalde branches in nood zijn. Het stigma van surseance zal in het huidige tijdgewricht wellicht wat minder zijn.

Het in 2012 aangekondigde wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht en in het bijzonder de reorganisatiepijler waren erop gericht om het dak te repareren terwijl de zon schijnt.<sup>164</sup> Helaas zijn de twee wetsvoorstellen die het reorganiserend vermogen zouden versterken nog niet in het Staatsblad verschenen. Over de WHOA is in de kolommen van dit tijdschrift (en ook elders) al veel gezegd. Wij menen dat de WHOA een waardevolle toevoeging is aan het Nederlandse reorganisatie-instrumentarium en dat een snelle invoering zeer gewenst is. De herstructurering van de tijdens de coronacrisis opgelopen schuldenberg kan met een WHOA-akkoord op een snelle, efficiënte en eerlijke wijze plaatsvinden. Daarbij kan een schuldenaar gedurende een WHOA-traject om een afkoelingsperiode verzoeken. Die periode geeft hem de adempauze waar hij zo naar snakt, maar voorziet tegelijkertijd in waarborgen om de positie van schuldeisers te beschermen. Ten slotte zal een nieuwe wettelijke pre-insolventieakkoordregeling – nadat zij in de praktijk een paar keer tot een succesvolle en eerlijke herstructurering heeft geleid – van invloed zijn op het informele reorganisatiecircuit. Onderhandelingen over een

161 Zie voor een overzicht van de discussie en de voorstellen tot verbetering: *Wessels Insolventierecht VIII* 2011/8011-8016d.

162 Zie daarover kritisch onder meer: Van Galen 2014a, p. 90-91; Soedira 2011, p. 296-297; MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht (Commissie Raaijmakers) 2001, p. 9 en 48; Hummelen 2010.

163 Te raadplegen op <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

164 Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 33 695, nr. 17, p. 2.

consensuele oplossing vinden immers “*in the shadow of the law*” plaats.<sup>165</sup>

#### 4.2.2 *Het faillissement*

Rest ons het faillissement. Deze op liquidatie van het vermogen gerichte procedure is afgelopen decennia prima in staat gebleken om de continuïteit van levensvatbare ondernemingen veilig te stellen door middel van een doorstart.<sup>166</sup> Voor een succesvolle doorstart zijn echter geïnteresseerde kopers nodig. In de huidige *lockdown*-situatie waarin bijvoorbeeld horeca gesloten moet blijven of slechts beperkt open kan, zal een curator veel moeite hebben met het vinden van een geschikte koper. Indien de situatie op de markt iets meer stabiliseert, zullen doorstarts wellicht weer een reëlere optie zijn om tot waardemaximalisatie voor de schuldeisers te komen, en tegelijkertijd te voorkomen dat al te veel ondernemingen definitief hun deuren moeten sluiten. In dat kader is het betreurenswaardig dat de Nederlandse pre-pack in een winterslaap is beland als gevolg van de *Smallsteps*-uitspraak.<sup>167</sup> De Eerste Kamer heeft de behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I aangehouden zodat het voorstel gelijktijdig met een regeling inzake de ‘overgang van onderneming in faillissement’ kan worden besproken.<sup>168</sup> Het desbetreffende Voorontwerp kon in de internetconsultatie op gemengde reacties rekenen.<sup>169</sup> In dat kader kan de insolventiepraktijk zich wellicht beter vastgrijpen aan de prejudiciële vragen die de Hoge Raad recent aan het Europese Hof van Justitie stelde in de *Heiploeg*-zaak.<sup>170</sup>

#### 4.2.3 *Bestuurdersaansprakelijkheid*

Afsluitend enkele opmerkingen over het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Het Nederlands wettelijk kader is gebaseerd op open normen en om die reden rust op het bestuur bijvoorbeeld geen specifieke verplichting om het faillissement aan te vragen wanneer de onderneming een bepaald stadium van financiële moeilijkheden heeft bereikt. Toch ligt op het bestuur van een onderneming in financieel zwaar wel een bepaalde druk om het faillissement aan te vragen. De bestuurder van een feitelijk insolvente onderneming kan immers persoonlijk aansprakelijk worden gesteld indien hij namens de rechtspersoon een verplichting aangaat terwijl hij over de geobjectiveerde wetenschap beschikte dat “*de rechtspersoon de verplichting niet, of niet binnen een redelijke termijn na zou kunnen komen en bovendien geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij als gevolg van de niet-nakoming zou lijden*”.<sup>171</sup> Onvoldoende duidelijk is echter wanneer de financiële po-

165 Zie daarover ook Mennens 2020/636.

166 Vgl. over de doorstart vanuit faillissement bijvoorbeeld J.J. van Hees, ‘Herstructurering met behulp van faillissement’, in: G. Van Solinge e.a. (red.), *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 124), Deventer: Kluwer 2014, p. 51-52.

167 HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369, m.nt. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

168 [https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34218\\_wet\\_continuïteit](https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34218_wet_continuïteit).

169 Zie [https://www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement).

170 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753.

171 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*), r.o. 3.2

sitie zodanig is verslechterd dat de bewegingsvrijheid van de bestuurder wordt beperkt. Bestuurders zijn immers in beginsel vrij om contracten te sluiten namens de vennootschap en schuldeisers selectief te betalen.<sup>172</sup> Bestuurders zijn aansprakelijk wanneer hun handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>173</sup> Pas wanneer de zogenaamde peildatum is gepasseerd, dient de bestuurder zich op straffe van aansprakelijkheid te onthouden van het aangaan van nieuwe verplichtingen en het doen van selectieve betalingen.<sup>174</sup> Om bestuurders de nodige bewegingsruimte te geven wordt als peildatum in de rechtspraak gehanteerd het moment dat sprake is van een onafwendbaar faillissement.<sup>175</sup> In afwijking hiervan wordt als peildatum voor selectieve betalingen nog wel eens het moment aangehouden dat ernstig rekening had moeten worden gehouden met insolventie.<sup>176</sup> Hoewel de vaststelling van het moment waarop sprake is van een onafwendbaar faillissement in de praktijk niet veel problemen oplevert, worden dus ook aansprakelijkheidsregels geactiveerd wanneer ernstig rekening gehouden moet worden met een faillissement. Voor bestuurders is het niet gemakkelijk om dit moment in te schatten. De huidige onzekerheid maakt deze inschatting bepaald niet eenvoudiger. De rechter houdt bij zijn beoordeling of een bestuurder persoonlijk aansprakelijk is – en of er op een bepaald moment ernstig rekening had moeten worden gehouden met een faillissement – rekening met alle omstandigheden van het geval. De coronacrisis zal straks één van die omstandigheden zijn. Op dit moment is echter met onvoldoende zekerheid te zeggen welke gevolgen de coronacrisis heeft voor de beoordeling (over een aantal jaren; in *hindsight*) van de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder voor zijn handelen nu. Deze onzekerheid is inherent aan een *ex post* toetsing op basis van alle omstandigheden van het geval en neemt niet weg dat de Nederlandse rechter *ex post* voldoende rekening houdt met de lastige positie waarin de bestuurder zich bevindt.<sup>177</sup> Dit betekent echter wel dat voor een bestuurder *ex ante* niet zonder meer duidelijk is of zijn handelen tot persoonlijke aansprakelijkheid kan leiden of niet. Aangenomen wordt dat deze onduidelijkheid risicomijdend gedrag en “bange

bestuurders” in de hand werkt.<sup>178</sup> Als gevolg van dit risicomijdend gedrag kan het voorkomen dat een bestuurder van een levensvatbare onderneming die door de coronacrisis in financieel zwaar weer terecht is gekomen, het faillissement van die onderneming aanvraagt om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen, terwijl er wellicht een kans bestaat om middels een herstructureringspoging de financiële problemen (gedeeltelijk) te mitigeren. Er kleeft echter ook een aansprakelijkheidsrisico aan het *te vroeg* aanvragen van een faillissement. De bevestiging dat het lichtvaardig aanvragen van een faillissement onbehoorlijk bestuur kan opleveren is door de Hoge Raad gegeven in het arrest inzake *Geocopter*, zij het dat het hier ging om een atypische en specifieke casus.<sup>179</sup> De Hoge Raad overweegt echter ook dat in deze casus – waarin de schuldenaar zelf het faillissement heeft aangevraagd en hem wordt verweten dit zonder toestemming van de algemene vergadering te hebben gedaan – moet worden bekeken op welke wijze het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geschaad en of de bestuurder wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen.<sup>180</sup> Veel bestuurders zullen in deze onzekere tijden immers kunnen verdedigen dat de continuïteit op de langere termijn allerminst is gewaarborgd, waardoor hen niet snel zal kunnen worden verweten dat zij wisten of behoorden te weten dat de door hen ingediende faillissementsaanvraag de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen. Om die reden wordt het risico op risicomijdend handelen niet direct weggenomen.

Daarbij komt dat bestuurders onvoldoende gefaciliteerd en aangemoedigd worden om een herstructureringspoging te ondernemen. Naast het feit dat Nederland (nog) geen effectief middel biedt aan bestuurders om met een dwangakkoord de schulden te saneren (vgl. § 4.2), kent het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht verschillende mechanismen die bestuurders ervan kunnen weerhouden een serieuze herstructureringspoging uit te voeren. Zo kunnen bestuurders, omdat in hun perceptie de rechtspraak over selectieve betalingen terughoudendheid vraagt, worden ontmoedigd om bij financiële problemen bepaalde betalingen te doen terwijl deze selectieve betalingen juist van belang kunnen zijn voor een effectieve herstructurering. Daarnaast bestaat binnen het leerstuk van de faillissementspauliana veel onzekerheid over de ruimte voor (pogingen tot) herstructurering. Wanneer immers bij een herstructureringspoging

172 HR 26 maart 2010, NJ 2010/189.

173 HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en laatstelijk HR 17 januari 2020, NJ 2020/51.

174 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*), r.o. 3.2, HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kok/Maas*), HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. Van Schilfgaarde. Zie ook W.A. Westenbroek, 'Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig of niet?', *TvOB* 2019/2, p. 61 e.v.

175 Zie A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 364 en de aldaar genoemde rechtspraak.

176 Zie Karapetian 2019, p. 365 en de aldaar genoemde rechtspraak.

177 M.L. Lennarts, 'Preventive Restructuring and Directors' Duties and Liabilities in the Twilight Zone: The Dutch Perspective', *Preadviezen NVR II 2017*, § 6 en § 7.3.

178 Hoewel deze aanname empirisch niet is onderzocht, zijn er voldoende redenen om aan te nemen dat onduidelijkheid een bepaalde risicoaversie veroorzaakt. Wanneer de kaders waarbinnen een bestuurder mag manoeuvreren immers vaag zijn, zal een bestuurder binnen dit grijze gebied logischerwijs een veilige weg kiezen, waarvan hij weet dat dat handelen geen persoonlijke aansprakelijkheid met zich mee brengt. Zie ook: M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3, nr. 8.3 en F.M.J. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551 (p. 670). Pham heeft in haar empirische onderzoek aanwijzingen voor deze claim gevonden. Zij heeft echter door het gekozen sample van 54 bestuurders van grote ondernemingen en haar wijze van kwalitatieve analyse geen oorzaak-gevolg relatie kunnen testen. Zie N.T. Pham, 'Directors' liability. A legal and empirical study', Deventer: Wolters Kluwer 2016, H2.

179 HR 21 december 2019, ECLI:NL:HR:2018:2370.

180 HR 21 december 2019, ECLI:NL:HR:2018:2370, r.o. 3.5.2.

nieuwe financiering wordt aangetrokken en er volgt onverhoopt een faillissement, dan zal vaak sprake zijn van een kleinere boedel (of een verdeling van de boedel onder meer schuldeisers).<sup>181</sup> Hoewel dan niet direct sprake hoeft te zijn wetenschap van benadeling van schuldeisers bij bestuurders<sup>182</sup> en de Nederlandse rechter *ex post* voldoende rekening houdt met de lastige positie waarin de bestuurder zich bevindt,<sup>183</sup> kan alleen al het risico op vernietiging risicomijdende bestuurders ontmoedigen. Bij de faillissementspauliana geldt deze onwenselijke risicomijding ook voor nieuwe financiers.

Hoewel het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsstelsel door de open normen voldoende ruimte biedt om de coronacrisis als *achteraf* belangrijke omstandigheid bij de beoordeling mee te wegen, bestaat het risico dat risicomijdende bestuurders (en financiers) het zekere voor het onzekere nemen en de handdoek te vroeg in de ring gooien. De perceptie van bestuurders kan immers afwijken van het daadwerkelijke risico op aansprakelijkheid.<sup>184</sup>

## 5. Mogelijke extra maatregelen om de Nederlandse insolventiecurve af te vlakken

In § 2 bespraken wij de rol van het insolventierecht in de coronacrisis. Onze voorzichtige conclusie was dat die rol secundair zou moeten zijn, nu in de eerste fase vooral liquiditeit en coulance centraal zouden moeten staan. Wat bij bestudering van de buitenlandse regelingen opvalt, is dat zij bovenal gericht zijn op het creëren van tijdelijke adempauze voor de schuldenaar die in moeilijkheden is geraakt als gevolg van de pandemie en naast reeds bestaande herstructureringsmogelijkheden worden ingevoerd. De Nederlandse schuldenaar voor wie de in § 4.1 besproken maatregelen en afspraken onvoldoende verlichting bieden en die bovendien niet anderszins tot een vergelijk met zijn belangrijkste financiers heeft kunnen komen, heeft naar geldend Nederlands recht echter weinig andere keuze dan surseance of het eigen faillissement aan te vragen.

Uit § 4.2.1 bleek dat het Nederlandse herstructureringsarsenaal te wensen over laat. Om dat instrumentarium aan slagkracht te laten winnen zou in de eerste plaats het toepassingsbereik van de surseanceregeling kunnen worden

uitgebreid tot preferente schuldeisers.<sup>185</sup> In de tweede plaats kan de WHOA, wanneer het wetsvoorstel spoedig wordt aangenomen, een belangrijke rol vervullen bij corona-gereleerde herstructurerings. Nu de nabije toekomst echter nog erg onzeker is, is voor veel ondernemingen de tijd wellicht nog niet rijp om definitief de balans op te maken en een herstructurering door te voeren. Schuldenaren zullen liever proberen even 'pas op te plaats' te maken, in afwachting van de ontwikkelingen. De adempauze die schuldenaren op grond van buitenlandse regelingen genieten, lijken Nederlandse schuldenaren niet te krijgen. Een Nederlandse bijzondere betalingsuitstelregeling zou op korte termijn een eerste uitweg kunnen bieden.<sup>186</sup>

Op deze plaats verdient vermelding dat het Nederlandse recht historische precedentes kent voor uitstelregelingen in verband met buitengewone omstandigheden.<sup>187</sup> Zo werd op 4 september 1914 de Betalingsuitstelwet van kracht.<sup>188</sup> Deze invoering was mede ingegeven door ontwikkelingen in het buitenland en het besef dat het handelsverkeer internationaal was, hetgeen ook nu een veel belangrijker factor is. De Nederlandse wetgever koos destijds bewust niet voor een automatisch en algemeen werkend betalingsuitstel, maar kende de rechter een sleutelrol toe in het vinden van rechtvaardige oplossingen in een concreet geval.<sup>189</sup> Op grond van deze wet kon de rechter de schuldenaar een extra periode gunnen om aan zijn verplichtingen te voldoen, mits hij als gevolg van de crisis "onmachtig" was om na te komen. De rechter kon bij de verlening van dat uitstel "zoodanige voorwaarden stellen en bepalingen maken, als hij in het belang des schuldeischers noodzakelijk oordeelt".<sup>190</sup> Ook was bepaald dat de rechter zijn beslissing op een faillissementsverzoek zou opschorten wanneer hij van oordeel was dat de toestand zoals bedoeld in artikel 1 Fw "slechts van tijdelijken aard" was en bovendien "uitsluitend of hoofdzakelijk te wijten [was] aan de tegenwoordige buitengewone omstandigheden".<sup>191</sup> Ook bij dit uitstel kon de rechter voorwaarden stellen of voorzieningen treffen. Tot slot kon de rechter onder gelijkkluidende voorwaarden besluiten de openbare verkoop van beslagen goederen op te schorten.<sup>192</sup> De wetgever van 1914 erkende

181 A. van Hees, 'Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructurerings', *Tvl* 2018/8. Zie ook Sigtenhorst & Winters, in de bundel *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Van Solinge e.a. (red.), Serie Van der Heijden instituut nr. 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 330 en 337.

182 R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017-10, p. 285-289 en N.B. Pannevis, 'Een rationele benadering van kans en uitkomsten bij reddingspogingen', *Tvl* 2017/37.

183 M.L. Lennarts, 'Preventive Restructuring and Directors' Duties and Liabilities in the Twilight Zone: The Dutch Perspective', *Preadviezen NVR* 2017, § 6 en § 7.3.

184 Zie ook N.T. Pham, 'Directors' liability. A legal and empirical study', Deventer: Wolters Kluwer 2016, H2.

185 Van Galen pleitte recent voor snelle uitbreiding van dit toepassingsbereik. Een dergelijke uitbreiding zou gepaard moeten gaan met een wijziging van de regeling inzake de schuldeisersvergadering. Vgl. R.J. van Galen, Pleidooi voor uitstel van betaling, *Ondernemingsrecht* 2020/1, § 4.

186 Zie daarover ook B.A. Schuijling, 'Is een wettelijk betalingsuitstel nodig?', LinkedIn 22 maart 2020.

187 Zie daarover ook Schuijling 2020.

188 *Stb.* 1914, 444. Zie over de achtergrond van de Betalingsuitstelwet 1914 verder: C.J.H. Jansen, 'De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht', *NJB* 2014/1094 en Meijers & Scholten 1914. De tekst van de wet en de memorie van toelichting zijn gepubliceerd in *WPNR* 1914/2331, p. 412-414.

189 Jansen 2014. De surseanceregeling zoals die voor invoering van de Faillissementswet bood schuldenaren uitstel indien zij als gevolg van "buitengewone omstandigheden van oorlog, hetzij andere onvoorziene rampen" in de problemen waren geraakt. Zie over betalingsuitstel vóór 1838: J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal*, Deel X, Utrecht: Robert Natan Akademie-Boekhandelaar 1841, p. 899-905.

190 Art. 1 Betalingsuitstelwet 1914.

191 Art. 3 Betalingsuitstelwet 1914.

192 Art. 4 Betalingsuitstelwet 1914.

dat de wet effect zou kunnen hebben op de financiële positie van schuldeisers, maar achtte de regeling vanwege de tijdelijke aard van het uitstel en de rechterlijke tussenkomst gerechtvaardigd. De wetgever schreef bovendien dat het ook in het belang van de crediteuren zou zijn wanneer de schuldenaar voor een “plotselinge ondergang” zou worden behoed, omdat daarmee wellicht mogelijk zou worden gemaakt dat de schuldenaar – wanneer de omstandigheden zouden normaliseren – zijn schuldeisers uiteindelijk volledig zou kunnen voldoen.<sup>193</sup> Ook naar aanleiding van de watersnoodramp in 1953 werd een tijdelijke wet ingevoerd op grond waarvan de rechter een betalingsuitstel kon verlenen aan de schuldenaar “die tengevolge van de bijzondere omstandigheden, ontstaan door de op 1 Februari 1953 in enige delen van Nederland ingetreden noodtoestand, niet tijdig aan zijn vóór die datum ontstane verplichtingen van burgerrechtelijke aard kan voldoen”.<sup>194</sup>

Ook in de huidige buitengewone omstandigheden zou aan Nederlandse schuldenaren meer tijd en ruimte geboden kunnen worden. De in het verleden gebezigde ‘van geval tot geval’-benadering lijkt ons billijker dan een zeer algemeen werkend moratorium of opschortingsrecht. Daarbij verdient vermelding dat de WHOA-procedure (ook) gebruikt zou kunnen worden om een adempauze te realiseren. Een WHOA-akkoord kan immers een eenvoudig tijdelijk moratorium inhouden.<sup>195</sup> De Engelse *scheme of arrangement* wordt eveneens op die manier toegepast.<sup>196</sup> Indien er voldoende draagvlak onder de crediteuren bestaat kan een ‘standstill’ snel gerealiseerd worden. Voordeel van deze benadering is dat de rechter houvast kan ontnemen aan de stemuitslag en aan de duidelijke homologatiecriteria: indien alle klassen instemmen hoeft hij slechts relatief summier te toetsen en kan hij dus als het ware varen op de democratische besluitvorming door de crediteuren. Een ander voordeel is dat op grond van de contractsvrijheid de ruimte bestaat om in het akkoord voorwaarden te verbinden aan het betalingsuitstel. Gedurende de onderhandelingen over het uitstel kan de schuldenaar bovendien om een afkoelingsperiode verzoeken.<sup>197</sup> De afkoelingsperiode is gestoeld op de regeling in surseance, maar is voorzien van enkele aanvullende maatregelen en waarborgen om enerzijds de *going concern*-waarde van de onderneming zoveel mogelijk te behouden en anderzijds de positie van schuldeisers te beschermen.<sup>198</sup> De kerngedachte is dat de afkoelingsperiode in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, terwijl individuele schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen mogen worden geschaad.<sup>199</sup>

193 MvT, kenbaar uit WPNR 1914/2331, p. 413.

194 Zie *Kamerstukken I* 1952/1953, 2918, nr. 77 voor het gewijzigd ontwerp van deze tijdelijke betalingsuitstelwet.

195 Vgl. Mennens 2020, § 7.6.4. Zie over het belang van de *tijdelijkheid* van een eenzijdig opgelegd moratorium en het belang van democratische legitimatie van een langer betalingsuitstel: Tollenaar 2016, p. 180-181 en 228-229.

196 Mennens 2020, § 5.8.2.2 en 7.6.4.

197 Zie het voorgestelde art. 376 Fw in *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2.

198 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de afkoelingsperiode in de WHOA: Mennens 2020, § 5.8.5.

199 Vgl. Mennens 2020/275-276 en 280.

In die gevallen waarin een schuldenaar zich in de huidige omstandigheden toch geconfronteerd ziet met een (onverwachts) faillissementsverzoek, dient de rechter alsnog een belangenafweging te maken. De belangenafweging zelf komt vaak neer op een duivels dilemma: de schuldenaar stelt in serieuze financiële problemen te verkeren terwijl de individuele schuldeiser stelt ernstig in zijn belangen te worden geschaad wanneer zijn vordering niet zou worden voldaan.<sup>200</sup> Het domino-effect ligt hier op de loer. Wij zagen dat in vrijwel alle bestudeerde buitenlandse regelingen een cruciale rol is weggelegd voor de rechter, ofwel bij het uitspreken van een moratorium, ofwel wanneer een schuldeiser om opheffing daarvan verzoekt. Omstandigheden die in de besproken buitenlandse regelgeving van belang zijn bij de afweging zijn onder meer i) of de onderneming vóór aanvang de pandemie solvent was, ii) of de financiële moeilijkheden hoofdzakelijk zijn veroorzaakt door de coronacrisis, iii) of er vooruitzicht bestaat op het hervatten van de normale bedrijfsvoering, iv) wat de consequentie(s) is (zijn) voor de schuldeiser(s), v) in hoeverre partijen informeel tot een oplossing hebben proberen te komen, vi) of de schuldeisers als collectief gebaat zijn bij een tijdelijk uitstel, vii) of de schuldenaar voldoende gebruik heeft gemaakt van de steunmaatregelen, viii) of de schuldenaar geprobeerd heeft nieuwe financiering aan te trekken, ix) of recentelijk grote uitkeringen aan aandeelhouders hebben plaatsgevonden en of x) voldoende gewaarborgd is dat de positie van de schuldeiser niet verslechtert gedurende het uitstel.

Artikel 3:13 BW en de TARIC bieden de rechter voldoende ruimte voor een belangenafweging. De TARIC waarin is bepaald dat de rechter bij de beoordeling van een faillissementsverzoek de pandemie en de daarmee samenhangende (economische) situatie ‘meeweegt’ is echter erg vaag. Aan de ene kant biedt de TARIC voldoende ruimte om de coronacrisis mee te wegen in de beoordeling, anderzijds kan de rechter op grond van de TARIC ook vrij eenvoudig beargumenteren dat de hoge drempel uit de TARIC niet is gehaald. Als gevolg daarvan is het ook voor schuldenaren en schuldeisers moeilijk anticiperen op de uitkomst van de afweging. Wij stellen daarom voor de toetsing nader te specificeren en te verduidelijken wanneer een faillissementsverzoek kan worden afgewezen of aangehouden. Daarbij zou de wetgever aansluiting kunnen zoeken bij de kerngedachte achter de WHOA-afkoelingsperiode. Ook zou hij inspiratie kunnen ontnemen aan de hiervoor onder i-x genoemde omstandigheden. Een omstandighedencatalogus maakt de te maken afweging uiteraard niet eenvoudiger, maar geeft zowel de rechter als de betrokken schuldeisers meer houvast. Van een wat meer uitgewerkte toets kan een zekere normerende werking op de markt uitgaan: denk tweemaal na vooraleer een faillissementsverzoek in te dienen.

De Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheids- en paulianaregels lijken op het eerste oog voldoende ruimte te bieden

200 Zie voor illustraties van dergelijke dilemma's: HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230, m.nt. Van Schilfgaarde (*Payroll*); HR 24 maart 2017, NJ 2017/466, m.nt. Verstijnen; JOR 2017/209, m.nt. Mennens (*Mondia/V&D*).

aan bestuurders om herstructureringsmaatregelen te nemen. Bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid kan immers (achteraf) al voldoende rekening worden gehouden met de coronacrisis. Het juridisch kader kan dan wel rekening houden met de coronacrisis waardoor bestuurders niet hoeven te vrezen voor aansprakelijkheid, maar er kan een verschil bestaan tussen het daadwerkelijke risico van aansprakelijkheid en de perceptie van bestuurders. De wetgever zou deze perceptie onzes inziens mee moeten nemen in de afweging om bestuurders al dan niet *ex ante* enig comfort te bieden en risicomijdend gedrag waar mogelijk te voorkomen.<sup>201</sup> Hiervoor kan inspiratie worden opgedaan in de besproken buitenlandse regelingen.

Het is het overwegen waard om in Nederland ook een *safe harbour* te introduceren, geïnspireerd door de Australische en Nieuw-Zeelandse regelingen. Daarbij moet steeds een balans gevonden worden tussen enerzijds het voorkomen van misbruik en anderzijds het voorkomen van bange bestuurders. Om bange bestuurders tegemoet te komen, kan een Nederlandse *safe harbour* regeling zien op een verlichting van de aansprakelijkheid voor handelen wanneer de onderneming in financieel zwaar weer verkeert. Uitgangspunt kan zijn dat bestuurders, indien de onderneming in financiële moeilijkheden is gekomen als gevolg van de coronacrisis en sprake is van een in de kern levensvatbare onderneming, niet aansprakelijk zijn voor verplichtingen die zij zijn aangegaan en betalingen die zij hebben gedaan, tenzij deze rechtshandelingen niet noodzakelijk zijn voor het continueren van de bedrijfsvoering en dus geen redelijk doel hebben. Ook zouden rechtshandelingen onder dezelfde voorwaarden kunnen worden beschermd tegen vernietiging op grond van de faillissementspauliana. Om de belangen van de schuldeisers voldoende te waarborgen, kan eventueel ook uitdrukkelijk worden bepaald dat de bestuurder te goeder trouw moet hebben gehandeld en dat de bestuurder niet het oogmerk van benadeling mag hebben gehad. Een temporele beperking kan de vrees voor misbruik verder wegnemen, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan een beperking van de bescherming onder de *safe harbour* zolang de intelligente *lockdown* van kracht is, of zo lang ondernemingen hun deuren (deels) verplicht moeten sluiten.

In de suggesties die wij doen, is een belangrijke rol weggelegd voor de rechterlijke macht. De voorgestelde mechanismen vereisen linksom of rechtsom een rechterlijke toetsing. Zo dienen schuldeisers in geval van een op verzoek van de schuldenaar afgekondigde afkoelingsperiode de mogelijkheid te hebben beroep in te stellen bij de rechter.<sup>202</sup> Ook het afwijzen of aanhouden van een faillissementsverzoek vereisen rechterlijke tussenkomst. Het is van belang om te beschikken over een efficiënte rechterlijke macht, waarbij voldoende capaciteit een belangrijke voorwaarde is om daadwerkelijk het gewenste 'maatwerk' te kunnen leve-

ren.<sup>203</sup> Dit geldt niet alleen op korte termijn – indien afkoelingsmechanismen worden ingevoerd – maar juist ook op de lange(re) termijn – wanneer herstructurering en liquidatie van veel ondernemingen onvermijdelijk volgt en – nog later – geoordeeld moet worden over bestuurdersaansprakelijkheids- en paulianakwesties.

## 6. Not even the beginning of the end

Tot op heden lijken de genomen maatregelen en afspraken een deel van de acute liquiditeitsproblemen van bedrijven weg te kunnen nemen. Juist de komende maanden zal echter moeten blijken of de maatregelen en vrijwillige convenanten voldoende zijn om onnodige coronafaillissementen te voorkomen. In deze onzekere tijden is de vraag welke faillissementen 'onnodig' zijn bovendien bijzonder moeilijk te beantwoorden. De wetgever zou ook om die reden op enkele punten meer ondersteuning kunnen bieden aan ondernemingen. Zeker vergeleken met de besproken buitenlandse regelingen, lijkt de Nederlandse schuldenaar weinig andere opties te hebben dan de opening van een insolventieprocedure. Daarnaast dient juist nu gekeken te worden naar effectieve mechanismen om enerzijds de continuïteit van levensvatbare ondernemingen te borgen en anderzijds efficiënte vereffening van ondernemingen zonder toekomstperspectief mogelijk te maken.

Onze voorstellen zijn uiteraard slechts suggesties en dienen nader te worden uitgedacht en uitgewerkt. Wij roepen zowel de wetgever als de insolventiepraktijk dan ook op om te discussiëren over eventuele wijzigingen en om na te denken over een praktische aanpak binnen de bestaande en toekomstige regelingen. Dit is nodig om onnodige coronafaillissementen nu maar (vooral) ook in de toekomst te voorkomen. Ook voor insolventiejuristen geldt:

“alleen samen kunnen we de strijd tegen (onnodige) corona(faillissementen) winnen.”

201 Zie voor het belang van *ex ante* richtinggevende normen, N.T. Pham, 'Directors' liability. A legal and empirical study', Deventer: Wolters Kluwer 2016, § 2.6.

202 Vgl. de regelingen in Zwitserland, Singapore, Duitsland en België in § 3.1 en 3.2.

203 Morrisson & Saavedra 2020, p. 135-136; Skeel 2020, p. 6.