

Amsterdam, 13 november 2014

Ter attentie van:

Ministerie van Veiligheid & Justitie

verzending enkel via email

Position Paper

**van de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL)
inzake
invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van
een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de
schulden
(Wet Continuïteit Ondernemingen II)**

‘Welkom, mits...’

In deze *position paper* wordt het standpunt van de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen uiteengezet over het voorstel om in de Faillissementswet een regeling in te voeren voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement. Wij reageren op de tekst die op 18 augustus 2014 publiek bekend gemaakt is (het “Voorstel”).

Over de NVL

De Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (“NVL”) behartigt sinds 1972 de belangen van de algemene leasemaatschappijen in Nederland. Deze leasemaatschappijen houden zich bezig met zogenoemde ‘equipment lease’. Zij (ver)leasen objecten als trucks en trailers, kranen, bussen, grondverzetmachines, industriële machines in de metaal-, hout- en kunststofverwerkende industrie, drukmachines, kopieermachines, computers en ICT-oplossingen, inclusief software. De Leden van de NVL bestrijken ruim 95% van de totale equipment lease markt in Nederland.

Algemeen

De NVL steunt het initiatief om een regeling als beoogd in het Voorstel in te voeren. Het Voorstel is helder, is goed onderbouwd en door de keuze van een kaderregeling wordt aan de praktijk ruimte gegeven om met het akkoord te werken. De regeling als thans voorgesteld zou naar het oordeel van de NVL echter op de navolgende punten aanpassing behoeven om (i) meer optimaal het beoogde doel te bereiken (continuïteit van de onderneming), en om (ii) niet onnodig afbreuk te doen aan rechten van betrokken partijen, althans om het verkorten van rechten van die partijen met afdoende waarborgen te omkleden.

1. Huur(koop) als uitzondering op de regeling

Art. 369 lid 9 van het Voorstel bepaalt dat de verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten buiten de regeling vallen. Werknemers die bijvoorbeeld voor wat betreft hun achterstallig salaris schuldeiser zijn, kunnen dus niet tegen hun wil in het akkoord als voorzien in het Voorstel betrokken worden. De keuze voor (slechts) de arbeidsovereenkomst als uitzondering op de regeling wordt in het concept van een memorie van toelichting niet verder toegelicht.

De vraag moet worden gesteld waarom niet ook huur- en huurkoopovereenkomsten worden uitgezonderd van de regeling. Objecten die in lease zijn gegeven (op basis van huurkoop of huur) vormen in de regel de kernactiva voor de bedrijfsvoering. Zonder deze objecten kan de onderneming niet zinvol voortgezet worden. In de Faillissementswet is voor huurovereenkomsten een gelijkkluidend regime opgenomen als voor arbeidsovereenkomsten (artt. 39 resp. 40). Dit zijn als het ware tweelingbepalingen en de vergelijkbare (of beter: identieke) status van deze typen duurovereenkomsten hoort bij de structuur van de faillissementsregeling. Het is niet goed begrijpelijk waarom in het Voorstel niet voor eenzelfde aanpak is gekozen voor deze typen van duurcontracten. Ook de huurkoopovereenkomst kent in de Faillissementswet een eigen regeling (art. 38a). Naar het oordeel van de NVL zou overwogen moeten worden om in de regeling ook huur(koop)overeenkomsten uit te zonderen.

2. Aanvulling van rechtsbescherming door een verplichte regiezitting en bindende beslissingen

2.1 Art. 371 van het Voorstel geeft aan dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of een of meer schuldeisers een rechter-commissaris 'kan' benoemen. Dit is naar het oordeel van de NVL onvoldoende gezien de belangen die op het spel staan. Naar het oordeel van de NVL zou de rechtbank op verzoek van bijv. 10 procent van de schuldeisers of een groep van schuldeisers met een belang van 10% van de openstaande schulden een rechter-commissaris moeten benoemen.

2.2 Verder stelt art. 371 van het Voorstel dat de rechter-commissaris bepaalde 'uitlatingen' 'kan' doen (lid 1 sub a en b) en dat hij (of de rechtbank) een beslissing 'kan' nemen in het geval beschreven in lid 2. De term 'uitlatingen' is naar het oordeel van de NVL te vaag: de rechter-commissaris zou per beschikking moeten beslissen over de leden 1 en 2 bedoelde strijdpunten. Verder zou de rechter-commissaris (of de rechtbank) in ieder geval gehouden moeten zijn om uitsluitel te geven indien bijv. 10 procent van de schuldeisers of een groep van schuldeisers met een belang van 10% van de openstaande schulden daarom vraagt.

2.3 Een efficiënte aanpak lijkt de NVL (juist ook met het oog op het minimaliseren van de belasting van het rechterlijk apparaat) dat er door de rechter-commissaris direct na het aanbieden van een akkoord een regiezitting wordt gehouden, bijv. als 10 procent van de schuldeisers of een groep van schuldeisers met een belang van 10% van de openstaande schulden hierom verzoekt. Tijdens die regiezitting kan bezien worden of het akkoord werkbaar is en of er een (nader) deskundigenbericht nodig is. Ook zou nadrukkelijk in de toelichting moeten worden opgenomen dat dan beslist kan worden dat de schuldenaar een onafhankelijk procesbegeleider en/of een onafhankelijke deskundige in de arm moet nemen.¹ Verder kunnen in de regiezitting meteen de beslissingen als thans genoemd in art. 371 lid 1 en 2 worden genomen.

Het wettelijk verplichten of in de toelichting aanbevelen van een regiezitting is niet alleen wenselijk vanuit het oogpunt van efficiency (nl. het tijdig afstoppen van 'gelukzoekers' onder de schuldenaren die een kansloze route richting akkoord inzetten), maar ook met het oog op rechtsbescherming (de bezwaren van bepaalde betrokken partijen worden in een vroeg stadium gehoord), het voorkomen van een verzoekschriftprocedure ex art. 373 lid 2 op basis van een kansloos akkoord, de rechtszekerheid en

– daarmee - het in het algemeen voorkomen van langdurige rechtszaken achteraf (er worden beslissingen genomen die bepalend zijn voor verdere proces en die niet verder aantastbaar zijn).

3. Klassenindeling

3.1 Art. 369 lid 2 van het Voorstel legt de beslissing welke schuldeisers rechten hebben die ‘redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt’ primair bij de aanbieder van het akkoord, en dat zal meestal de schuldenaar zijn. Dit lijkt de NVL een bron van disputen. Leasemaatschappijen zijn als eigenaar van objecten of als pandhouder van objecten met vaak 100% dekkingswaarde veelal een klasse apart. Leasemaatschappijen hebben immers een bijzondere kennis van of affiniteit met de objecten die zij financieren. Ook in geval van een pandlease (financiering op basis van pandrecht) is de positie van een leasemaatschappij onvergelijkbaar met die van bijvoorbeeld een bank die een pandrecht op roerende zaken heeft. Een leasemaatschappij heeft eigen afzetkanalen voor objecten (in kader ‘remarketing’) en een leasemaatschappij weet daardoor in de regel aanzienlijk betere uitwinresultaten te behalen dan een professionele taxateur mogelijk acht. Het is zeer de vraag of schuldenaren en rechters dit alles voldoende zullen inzien. Het gevaar bestaat dat voor schuldenaren en rechters, financiers met zekerheden als ‘één pot nat’ worden gezien en dat door hen leasemaatschappijen en banken met zekerheden in dezelfde klasse ingedeeld worden. Dit is naar het oordeel van de NVL onaanvaardbaar. Deze bepaling dient om deze reden aanscherpt te worden althans in de memorie van toelichting dient duidelijk te worden gemaakt dat leasemaatschappijen in de regel een klasse apart vormen. Verduidelijkt moet worden dat de schuldenaar die het akkoord aanbiedt een heldere toelichting dient te geven op de klassenindeling en dat het gelijkstellen van een financier en een leasemaatschappij in de regel geen recht doet aan de economische en juridische diversiteit tussen de verschillende partijen en vormen waarin krediet beschikbaar wordt gesteld of objecten in gebruik worden gegeven.

3.2 De NVL heeft kennis genomen van het criterium dat de NVB voorstelt voor de indeling in klassen:

“Vorderingen van schuldeisers en rechten van aandeelhouders die redelijkerwijs niet als gelijkaardig kunnen worden aangemerkt, worden in verschillende klassen ondergebracht.”

De NVB stelt in dat kader:

“... indeling van schuldeisers of aandeelhouders met dezelfde juridische rechtspositie in verschillende klassen (zal) gerechtvaardigd moeten zijn op economische of met de bedrijfsvoering verband houdende gronden.”

Gebruik van dat door de NVB voorgestelde criterium biedt meer flexibiliteit omdat er onderscheid kan worden gemaakt tussen vorderingen die strikt gezien wellicht gelijkaardig zijn maar die toch om een objectief te rechtvaardigen reden iets anders moet worden aangeboden onder het akkoord. Dit sluit aan bij de wens van de NVL om vorderingen van de leasemaatschappijen, ook al staan ze bijv. in geval van pandlease juridisch gezien wellicht op gelijke voet met het pandrecht van de bank, tóch in een aparte klasse worden geplaatst.

3.3 Indien blijkt dat een partij meent dat deze ten onrechte in een bepaalde klasse is ingedeeld dient er naar het oordeel van de NVL vroegtijdig een mogelijkheid te bestaan om daar tegen te ageren. Dit is een van de waarborgen die helder in de uiteindelijke regeling moet worden opgenomen (zie hierboven onder par. 2).

4. Beperking van de regeling tot slechts de bestaande verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit bestaande overeenkomst

4.1 In art. 373 lid 2 van het Voorstel wordt als voorwaarde voor het algemeen verbindend verklaren gesteld dat de klassen die niet hebben ingestemd in redelijkheid niet tot dat stemgedrag

hebben kunnen komen. Als bovengesteld, leasemaatschappijen hebben een bijzondere verhouding ten opzichte van het gefinancierde en beschikbaar gestelde object en deze bijzonder verhouding wordt in de regel door niet-deskundigen niet of onvoldoende onderkend. In de toelichting zou gesteld moeten worden dat een leasemaatschappij (ongeacht de aard van de leaseovereenkomst) nimmer verweten kan worden dat zij in redelijkheid niet tot een bepaald stemgedrag kan zijn gekomen indien het bedrag dat zij uiteindelijk ontvangt lager is dan de onderhandse verkoopwaarde van de goederen waarop de leaseovereenkomst betrekking heeft. Immers, het uitgangspunt is dat de leasemaatschappij bij beëindiging van een leaseovereenkomst het object terugneemt en vervolgens een waarde voor het object kan realiseren. Dit betekent dat de leasemaatschappij altijd de onderhandse waarde kan realiseren en die waarde zal zij mogen behouden. Voorkomen moet worden dat een schuldenaar zich beroept op een taxatierapport van een ‘onafhankelijke’ taxateur die de waarde van het object naar eigen inzicht (vaak aanzienlijk) te laag taxeert.

4.2 In art. 373 lid 2 onder b wordt duidelijk gemaakt dat algemeen verbindend verklaring niet tot de mogelijkheden behoort in het geval een klasse van schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud niet met het akkoord heeft ingestemd. Diverse leasemaatschappijen hanteren huurkoopovereenkomsten of financiële leaseovereenkomsten die de strekking van een huurkoopovereenkomst hebben. De wettelijke regeling van een huurkoopovereenkomst heeft als basis een verkoop op afbetaling met een eigendomsvoorbehoud. Ook als door leasemaatschappijen niet expliciet een eigendomsvoorbehoud is opgenomen, kan er via de strekkingsbepaling sprake zijn van een huurkoopovereenkomst. De NVL pleit er voor om, indien de suggestie van par. 1 van deze brief niet zou worden gevolgd, aan art. 373 lid 2 onder b toe te voegen dat dit ook geldt voor huurverkopers (schuldeisers met een positie op grond van een huurkoopovereenkomst) ook al moet duidelijk zijn dat de positie van een schuldeiser op grond van een huurkoopovereenkomst niet per definitie gelijkaardig is aan die van een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud.

4.3 Op grond van art. 373 lid 4 blijkt (min of meer terloops) dat een akkoord ook kan inhouden dat toekomstige rechten van schuldeisers uit bestaande overeenkomsten worden aangetast. Anders gezegd: ook wederpartijen ten opzichte van wie de schuldenaar ten tijde van het aanbieden van het akkoord geen schuld heeft, kunnen door de regeling worden geraakt. Dit lijkt de NVL in algemene zin (veel) te ver gaan. Naar het oordeel van de NVL zou het akkoord (indien langs algemeen verbindendverklaring afgedwongen) beperkt moeten zijn tot de ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestaande opeisbare verplichtingen van de schuldenaar. Een verdergaande regeling vormt een te grote inbreuk op de rechten van schuldeisers. Schuldeisers zouden niet onder dwang moeten kunnen worden geconfronteerd met en verkorting van hun bestaande aanspraken en verkorting van hun toekomstige aanspraken.

4.4 Het Voorstel kent in hetzelfde artikellid thans een soort van waarborg voor een schuldeiser die in het akkoord wijziging van zijn toekomstige aanspraken voorgeschoteld krijgt, namelijk de mogelijkheid om de bestaande overeenkomst te beëindigen. Dit is wezensvreemd aan de regeling: leasemaatschappijen bijvoorbeeld verschaffen bedrijfsmiddelen die wezenlijk zijn voor de continuïteit van de onderneming (het doel van de regeling). Dat zij het recht krijgen om onder omstandigheden de relatie te beëindigen past daar niet bij. Ook dit is een argument om, zoals bepleit door de NVL in par. 4.3 de regeling te beperken tot bestaande aanspraken. De gedachte om de overeenkomst te kunnen beëindigen is verder onvolledig uitgewerkt in het Voorstel: de onzekerheid of zal worden beëindigd en het tijdstip daarvan kan een bom onder het akkoord leggen en de vraag rijst hoe en wanneer in een dergelijk geval de schadevergoedingsplicht van de schuldenaar- die ontstaat door deze wijze van beëindigen (toerekenbaar aan de schuldenaar) zal worden voldaan.

4.5 Artikel 373 lid 4 stelt aan de enige bescherming tegen een opgelegde eenzijdige wijziging van toekomstige verplichtingen weer een beperking: de rechtbank kan “nadere voorwaarden” aan de

beëindiging stellen. Dit is een ernstige verdere inperking van de contractsvrijheid en leidt tot grote rechtsonzekerheid. Naar het oordeel van de NVL is dit niet gerechtvaardigd.

5. Overige voorstellen ter verbetering van waarborgen voor schuldeisers

Een dwangakkoord tast de rechten van schuldeisers aan en een dergelijke aantasting moet gerechtvaardigd en proportioneel zijn. De rechtvaardiging bestaat daarin dat met het dwangakkoord een faillissement wordt afgewend en de schuldeisers in geval van een faillissement slechter af zouden zijn. Aangezien het dwangakkoord een aantasting van de rechten van de schuldeisers inhoudt ten gunste van de schuldenaar ligt het op de weg van de schuldenaar om aannemelijk te maken, en bij betwisting aan te tonen dat, aan deze voorwaarden wordt voldaan. Hoewel snelheid en flexibiliteit belangrijk zijn in situaties van dreigende discontinuïteit, dienen de rechten van de schuldeisers gewaarborgd te worden. Deze waarborgen zijn naar het oordeel van de NVL niet optimaal in het Voorstel vervat.

5.1 De eerste voorwaarde (dreigende discontinuïteit die een dwangakkoord kan rechtvaardigen) komt o.a. tot uitdrukking in artikel 370 lid 3 sub a van het Voorstel dat voorschrijft dat aan het voorstel voor het akkoord een plan wordt gehecht waarin uiteengezet wordt op welke wijze de continuïteit wordt verzekerd. Die voorwaarde komt ook tot uitdrukking in artikel 368 lid 2, maar niet in lid 1. Lid 1 zou uitdrukkelijk dienen te bepalen dat de schuldenaar slechts in geval van dreigende discontinuïteit een dwangakkoord kan aanbieden en dat de schuldenaar het bestaan van die omstandigheid aannemelijk moet maken.

5.2 Artikel 370 lid 3 van het Voorstel bepaalt onder a dat aan het voorgestelde akkoord een plan moet worden gehecht, waarin uiteengezet wordt op welke wijze de schuldenaar beoogt de continuïteit van de onderneming na uitvoering van het akkoord te verzekeren. Verder dienen bepaalde financiële gegevens te worden aangehecht (sub g – j). Deze eisen zouden aangescherpt kunnen worden door te bepalen dat de schuldenaar zowel de dreigende discontinuïteit en daarmee de noodzaak voor het dwangakkoord, als het toekomstperspectief voor de onderneming bij aanneming van het dwangakkoord dient te onderbouwen met financiële gegevens, zoals een balans voor en na uitvoering van het dwangakkoord en een liquiditeitsprognose. Om de betrouwbaarheid van deze gegevens te vergroten is het zaak in ieder geval in de toelichting op te nemen dat indien de schuldenaar een grotere onderneming is verwacht mag worden dat deze gegevens worden voorzien van een verklaring door een onafhankelijke accountant of van andere financieel deskundige derde.

5.3 De tweede voorwaarde (proportionaliteit) komt o.a. tot uitdrukking in artikel 373 lid 2 van het Voorstel, waarin voor een aantal klassen van schuldeisers is bepaald dat zij in redelijkheid het akkoord mogen verwerpen indien zij minder ontvangen dan zij zouden ontvangen in geval van een faillissement. Deze vergelijkingseis zal in de praktijk een weerbarstige kwestie kunnen blijken te zijn: in faillissement zal het gros van de crediteuren niets ontvangen. In artikel 373 lid 3 sub a is dit uitgewerkt in die zin dat een verzoek tot algemeen verbindendverklaring van een akkoord wordt afgewezen indien de belangen van een schuldeiser onevenredig worden geschaad. De memorie van toelichting refereert daarbij aan het afwentelen van de lasten van het akkoord door een meerderheid op een minderheid. Het zou wenselijk zijn om ook in dit lid 3 duidelijk te stellen dat een akkoord niet algemeen verbindend verklaard zal worden indien het aan (een klasse van) schuldeisers uit te betalen bedrag lager is dan de uitkering die zij zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar zou worden vereffend. De thans geldende regelingen voor het surseance- en faillissementsakkoord kennen in art.153 lid 2 sub a en art. 272 lid 2 sub a Fw ook een dergelijke bepaling.

5.4 Artikel 370 lid 2 van het Voorstel bepaalt dat het voorstel voor het akkoord een omschrijving dient te bevatten van de financiële gevolgen per klasse van schuldeisers en aandeelhouders van wie de

rechten worden gewijzigd, alsmede een waardering. De vraag of een schuldeiser met het dwangakkoord beter of slechter af is dan ingeval van een faillissement is van groot belang. Het akkoord zou hierover vooraf duidelijkheid moeten verschaffen, waarbij de financiële gegevens ter onderbouwing van de stelling dat schuldeisers beter af zijn met het dwangakkoord wederom voorzien zouden moeten worden van een verklaring door een accountant of andere financieel deskundige derde ter vergroting van de betrouwbaarheid daarvan. Dit is van belang omdat schuldeisers normaliter niet over dezelfde financiële gegevens zullen beschikken als de schuldenaar en schuldeisers om die reden niet snel in staat zullen zijn om aan te tonen dat het dwangakkoord nadeliger is voor hen dan een faillissement.ⁱⁱ De toetsing door de rechter-commissaris op grond van artikel 371 is slechts een marginale toetsing. Bovendien vergt ook een marginale toetsing van de (financiële) onderbouwing van het akkoord al specifieke kennis van de rechter. Het inschakelen van een deskundige door de rechter kan wellicht voorkomen worden indien strengere eisen worden gesteld aan de onderbouwing van het akkoord. Bovendien maken deze strengere eisen het toetsen van het akkoord gemakkelijker.

5.5 In artikel 372 lid 3 van het Voorstel wordt een criterium voor aanname van het dwangakkoord gegeven dat afwijkt van het wettelijke criterium voor aanname van het surseance akkoord. Een deugdelijke reden hiervoor ontbreekt. Dat schuldeisers de stemming kunnen ‘manipuleren’ door weg te blijven achten wij geen goede reden. Indien deze schuldeisers op komen dagen en tegenstemmen is kennelijk geen sprake van ‘manipulatie’, maar het effect is hetzelfde. Het nieuwe criterium maakt dat het akkoord sneller kan worden aangenomen indien schuldeisers niet komen opdagen voor de stemming. Dat kan niet de bedoeling zijn.

5.6 Voorkomen moet worden dat een ‘salami-akkoord’ wordt aangeboden: een tweede akkoord kort nadat eerder een akkoord is aangeboden en aanvaard of verworpen. Wellicht kan opgenomen worden dat in het akkoord verplicht moet worden vermeld of in de drie jaar daarvoor een eerder akkoord is aangeboden en of dat is aanvaard. Verder zou, mede ter bescherming van de belangen van toekomstige crediteuren, in titel 9 van boek 2 BW toegevoegd moeten worden dat indien in de drie jaar voor het rapportagejaar een akkoord is aangeboden, dit moet worden vermeld in de jaarrekening van de rechtspersoon en dat daarbij moet worden aangegeven wat de gevolgen van dat aanbieden van een akkoord zijn geweest.

6. Aandacht voor de kwaliteit van rechterlijke macht

Effectief gebruik van de uiteindelijke regeling van een dwangakkoord vereist kwaliteit van de rechterlijke macht. De NVL meent dat het in het belang is van zowel schuldenaren als schuldeisers dat alle kwesties rond een dergelijke regeling worden geconcentreerd bij bepaalde gespecialiseerde rechtbanken.

7. Aandacht voor de kwaliteit van het management

Het Voorstel staat er naar ons idee onvoldoende bij stil dat veelvuldig in de praktijk blijkt dat de oorzaak van de financiële nood van een onderneming (mede) is te wijten aan het functioneren van het management, of anders gezegd: het gebrek aan kwaliteit van het management. Het aanbieden van een akkoord door het management is in het huidige Voorstel voor dat management een ‘loterij zonder nieten’. Daarom leeft de zorg dat onbekwame bestuurders hun houdbaarheidsdatum verlengen door de continuïteit van hun onderneming veilig te stellen via een dwangakkoord.

De NVL geeft in overweging na te gaan hoe deze zorg in de regeling kan worden weggenomen of gemitigeerd. Op grond van art. 368 lid 2, 2° volzin, van het Voorstel kunnen een of meer van de schuldeisers een akkoord aanbieden maar dat vormt geen goede waarborg tegen het geschetste risico. Wat in ieder geval zinnig lijkt is dat in de toelichting expliciet wordt opgenomen dat het akkoord in beginsel ook een beschrijving dient te bevatten van de bijdrage van de bestuurders aan het akkoord



(bijv. teruggave bonussen, verlaging salaris of ontslag zonder vergoeding) en van de samenstelling van het bestuur na acceptatie of algemeen verbindendverklaring van het akkoord.

Tot slot

Vanzelfsprekend zijn wij gaarne bereid om het bovenstaande in een mondeling onderhoud nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Namens het Bestuur van de NVL

Peter-Jan Bentein
secretaris-generaal

Herman Veerbeek
voorzitter Juridische Commissie

Contact:

Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL)
Peter-Jan Bentein
email: peterjan.bentein@nvl-lease.nl
telefoon: +31 654 793 488

ⁱ Deze benoeming zou ook door de rechtbank of door de schuldenaar zelf kunnen gebeuren. In het eerste geval zal dit een nodeloze belasting van het gerechtelijk apparaat zijn. In het laatste geval zouden later vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de onafhankelijkheid van de benoemde procesbegeleider of deskundige.

ⁱⁱ Dit zou verder kunnen leiden tot meer efficiëntie: wanneer schuldeisers goed worden voorgelicht zullen zij minder snel 'voor de zekerheid' tegenstemmen, en zal een cram-down beslissing als bedoeld in art. 373 lid 2 Fw achterwege kunnen blijven.