

109. Huurprijsverlaging via buitengerechtelijk schuldeisersakkoord

MR. M. KIK

22 december 2015 vormde voor V&D B.V. een belangwekkende dag. Niet alleen werd haar toen voorlopige surseance van betaling verleend. Ook deed het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op die dag uitspraak (ECLI:NL:GHARL:2015:9827) in het hoger beroep dat V&D had ingesteld tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel, waarbij V&D werd veroordeeld tot betaling van de volle huurprijs voor het door haar in Hengelo uitgebate winkelpand. Eiser in die kortgedingprocedure was Mondia Investments B.V., een van de verhuurders die zich weigerde neer te leggen bij een eerder eenzijdig door V&D opgelegde huurkorting.

Het arrest mag – gezien de surseance van betaling en het daaropvolgende faillissement – voor V&D als mosterd na de maaltijd zijn gekomen, voor de juridische praktijk bevat de uitspraak een aantal interessante elementen. Daarbij kan in het bijzonder worden gewezen op de passages ter zake de mogelijkheden die een schuldenaar (huurder) onder omstandigheden heeft om buiten rechte met zijn schuldeisers (verhuurders) te komen tot een akkoord ter herstructurering van (huur)schulden. Op die problematiek zal in dit artikel nader worden ingegaan. Daarbij zal onder meer aandacht worden besteed aan het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II, dat de invoering beoogt van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten schuldeisersakkoord.

Regeling V&D met verhuurders

In de procedure tussen Mondia en V&D stond de regeling centraal die V&D in februari 2015 met een groot deel van haar verhuurders had gesloten, op basis waarvan V&D door middel van een forse huurprijsverlaging over 2015 een huurbesparing hoopte te realiseren van € 24 miljoen. Die huurbesparing was nodig om te kunnen voldoen aan (een van) de voorwaarden die de banken van V&D hadden gesteld aan (tijdelijke) continuïteit van bepaalde kredietfaciliteiten, ten einde een faillissement van V&D op korte termijn te voorkomen.

Terwijl het overgrote deel van de verhuurders met de regeling had ingestemd, hadden enkele verhuurders, waaronder dus Mondia, hun instemming geweigerd. Toen V&D ook jegens hen de met de andere verhuurders overeengekomen huurkorting ging inhouden, zijn de weigerachtige verhuurders in kort geding betaling van de volle huurprijs gaan vorderen. Deze procedures hebben geresulteerd in twee vonnissen van respectievelijk 26 maart 2015 (Vzng. Rb. Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:1505) en 8 april 2015 (Vzng. Rb. Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:2001).

In beide procedures heeft V&D zich onder meer verweerd met de stelling dat de weigering van de verhuurders om met de regeling akkoord te gaan misbruik van recht opleverde, nu die weigering erin zou resulteren dat de door de banken opgelegde huurbesparing niet volledig zou worden gerealiseerd, in welk geval het de banken vrij zou staan de kredietfaciliteiten alsnog te beëindigen en een faillissement van V&D onafwendbaar zou zijn, met alle maatschappelijke gevolgen (verlies van werkgelegenheid enzovoort) van dien. V&D meende daarom dat de verhuurders in de gegeven omstandigheden gehouden waren de door haar verlangde huurkorting te accepteren.

Buitengerechtigd schuldeisersakkoord: het Payroll-arrest

De vraag onder welke omstandigheden een schuldeiser kan worden gedwongen akkoord te gaan met een buitengerechtigd schuldeisersakkoord – waar het door V&D gevoerde verweer feitelijk op neer kwam – werd door de Hoge Raad beantwoord in het *Payroll*-arrest (HR 12 augustus 2005, NJ 2006, 230). Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het een schuldeiser in beginsel vrijstaat een hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Daarbij is van belang dat bij een dergelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet in geval van faillissement, surseance van betaling of toelating tot de WSNP biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris.

De bevoegdheid van een schuldeiser om een akkoord te weigeren kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (artikel 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren. In artikel 3:13 lid 2 BW is bepaald dat van misbruik van bevoegdheid sprake is in een geval waarin men, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Deze bepaling ziet op de situatie waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid kent of behoort te kennen (HR 21 mei 1999, NJ 1999, 507).

Uit het *Payroll*-arrest volgt dat de omstandigheid dat een schuldeiser de slechte financiële positie van de schuldenaar of diens dreigende faillissement kent of behoort te kennen, in het algemeen niet voldoende zal zijn om te concluderen dat die schuldeiser misbruik maakt van zijn bevoegdheid om te weigeren met het hem aangeboden buitengerechtigd akkoord in te stemmen. Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen. Verder behoort in beginsel van de individuele schuldeiser niet te worden gevegd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtigd akkoord instemmen. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat bij toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtigd akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder 'zeer bijzondere omstandigheden' plaats kan zijn voor een bevel

aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.

Naar het oordeel van de betrokken voorzieningenrechters zijn dergelijke 'zeer bijzondere omstandigheden' in de jegens V&D geëntameerde kortgedingprocedures niet (voorschands) komen vast te staan, zodat de weigerachtige verhuurders niet tegen hun wil gebonden werden geacht aan de door de andere verhuurders met V&D getroffen

Volgens het hof maakt Mondia weldegelijk misbruik van bevoegdheid door vast te houden aan betaling van de onverminderde huurprijs.

regeling. V&D werd in beide procedures veroordeeld tot betaling van de volle huurprijs. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel motiveerde zijn oordeel nog door erop te wijzen dat honorering van de stellingen van V&D naar verwachting tot een 'juridische chaos' in Nederland zou leiden, omdat dan ook andere noodlijdende bedrijven hun toevlucht zouden nemen tot een drastische verlaging van de maandelijksse huurverplichtingen.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt anders. Zij acht het door V&D gedane beroep op misbruik van bevoegdheid niet op voorhand ongegrond, met als gevolg dat de vordering van Mondia alsnog wordt afgewezen nu die vordering binnen de kaders van de kortgedingprocedure niet voldoende aannemelijk is geworden.

Volgens het hof maakt Mondia wel degelijk misbruik van bevoegdheid door vast te houden aan betaling van de onverminderde huurprijs. Het hof wijst er daarbij op dat zonder de met de verhuurders overeengekomen huurkorting (en door anderen gebrachte offers) het faillissement van V&D begin 2015 onafwendbaar zou zijn geweest, in welk geval alle verhuurders – en dus ook Mondia – gezien de stand van de markt voor verhuur van winkelpanden een bijzonder groot nadeel zouden hebben geleden. Tegen die achtergrond komt het hof tot de conclusie dat Mondia misbruik van bevoegdheid maakt door – op het moment dat haar eigen positie dankzij door anderen gebrachte offers niet meer in gevaar was – haar instemming met de door de andere verhuurders getroffen regeling te weigeren.

Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen II

In het arrest wordt tevens verwezen naar het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II (WCO II), dat beoogt in de Faillissementswet een regeling in te voeren voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement. Hoewel het hof expliciet onderkent dat van geldend recht (nog) geen sprake is ('*Terecht voert Mondia aan dat het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II nog geen geldend recht is*') lijken bepaalde aspecten van het wetsvoorstel toch in het oordeel van het hof door te klinken.

WCO II maakt deel uit van het Programma 'Herijking Faillissementsrecht', dat maatregelen behelst om onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen door ondernemers met dreigende betalingsproblemen te stimuleren om die problemen in een vroeg stadium te adresseren en reorganisatie en herstructurering buiten faillissement te faciliteren. Blijkens de MvT beoogt het wetsvoorstel het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren, te bespoedigen en met zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden gepaard doen gaan alsmede de werkgelegenheid voor in de onderneming werkzame personen zoveel mogelijk te behouden.

Het voorstel maakt mogelijk dat de herstructurering van problematische schulden kan plaatsvinden op basis van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers

Bepaalde aspecten van het wetsvoorstel WCO II lijken in het oordeel van het hof door te klinken.

en/of aandeelhouders inhoudend dat de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd. Indien het akkoord door de meerderheid van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, kunnen eventuele tegenstribbelende schuldeisers en aandeelhouders tot medewerking worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring van het akkoord door de rechter. Het wetsvoorstel is geïnspireerd op verschillende buitenlandse regelingen, waaronder de in de MvT genoemde Engelse *scheme of arrangement* en de Amerikaanse Chapter 11-procedure.

Op grond van het voorgestelde artikel 368 Fw is een schuldenaar 'ter herstructurering van zijn schulden' bevoegd zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord aan te bieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. De schuldenaar kan er ook voor kiezen het akkoord slechts aan een aantal van zijn schuldeisers en/of aandeelhouders aan te bieden. Zo kan een schuldenaar ervoor kiezen slechts een bepaalde groep financiers of obligatiehouders een akkoord aan te bieden, terwijl handelscrediteuren, zoals leveranciers, gewoon betaald worden. Dit is een belangrijke innovatie, nu het voortbestaan van de onderneming vaak afhankelijk is van de leveringen van handelscrediteuren. Het huidige recht biedt aanzienlijk minder flexibiliteit aangezien daarin wordt uitgegaan van een collectief akkoord.

Met de formulering 'ter herstructurering van zijn schulden' wordt blijkens de MvT beoogd aan te geven dat het akkoord niet alleen kan zien op bestaande schulden maar ook de herstructurering kan behelzen van toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit ten tijde van de aanbidding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen. De wetgever wijst erop dat hiervoor goede gronden kunnen bestaan, nu het voor een succesvolle reorganisatie vereist kan zijn dat ook

dergelijke toekomstige verplichtingen worden gesaneerd. De MvT geeft daarbij als voorbeeld de huur van een kantoorpand die naar beneden moet worden bijgesteld om te voorkomen dat zij 'als een molensteen rond de nek van de onderneming blijft hangen en aldus een succesvolle reorganisatie hindert'. Ook de rente die op een bepaald krediet wordt betaald zou via deze weg voor verlaging in aanmerking kunnen komen.

Nadat het voorgestelde akkoord is voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd (artikel 370 lid 1 Fw), worden die schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid gesteld over het voorstel te stemmen. Bijzonder is dat de stemming geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders (artikel 372 lid 1 Fw), waarbij heeft te gelden dat schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, in dezelfde klassen worden ondergebracht (artikel 369 lid 2 Fw). Dit lijdt uiteraard uitzondering indien het voorgestelde akkoord slechts één homogene groep van schuldeisers raakt, in welk geval de onderverdeling in klassen achterwege zal blijven.

Het akkoord is aangenomen indien alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders ermee hebben ingestemd (artikel 372 lid 1 Fw). Een klasse heeft ingestemd indien de gewone meerderheid van de tot die klasse behorende en aan de stemming deelnemende schuldeisers of aandeelhouders vóór stemde, en deze meerderheid ten minste twee derde van het bedrag van de vorderingen of twee derde van het geplaatste kapitaal in die klasse vertegenwoordigt (artikel 372 lid 3 Fw).

De rechter verklaart een aangenomen akkoord vervolgens op verzoek van de schuldenaar algemeen verbindend. Daarmee wordt bereikt dat het akkoord tevens tegenstemmende en niet-verschenen schuldeisers bindt. Bij deze algemeenverbindendverklaring komt de rechter in beginsel geen discretionaire bevoegdheid toe. Hij zal het verzoek enkel afwijzen indien sprake is van een van de in artikel 373 lid 3 Fw genoemde weigeringsgronden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de belangen van bepaalde schuldeisers onevenredig worden geschonden of indien de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd. Ook wanneer niet alle klassen instemden, kan de rechter (ex artikel 373 lid 2 Fw) overgaan tot algemeenverbindendverklaring, wanneer de tegenstemmende klasse(n) in redelijkheid niet tot dat stemgedrag had(den) kunnen komen (*cross class cram down*).

Artikel 373 lid 4 Fw voorziet nog in een specifieke waarborg voor partijen die als gevolg van de algemeenverbindendverklaring worden geconfronteerd met wijziging van toekomstige verplichtingen voortvloeiende uit bestaande rechtsverhoudingen, bijvoorbeeld verhuurders of financiers (zie hiervoor). Deze partijen kunnen er op grond van genoemde bepaling voor kiezen de rechtsverhouding in

kwestie te beëindigen met ingang van de datum waarop de algemeenverbindendverklaring in kracht van gewijsde gaat. Blijkens de MvT wordt aldus beoogd te voorkomen dat die partijen door de wijziging zelf in problemen komen met hun businessmodel of financieringsstructuur, zodat geen domino-effect ontstaat als gevolg waarvan die partijen zelf hun verplichtingen niet meer kunnen nakomen.

Als gezegd klinkt het concept-wetsvoorstel op verschillende punten door in het oordeel van het hof in de kwestie V&D. Dit geldt bijvoorbeeld voor het voorgestelde artikel 368 Fw, dat de schuldenaar de mogelijkheid biedt een akkoord aan te bieden aan slechts een aantal van zijn schuldeisers. Daar waar in eerste aanleg nog onomwonden werd geoordeeld dat de door V&D met de verhuurder getroffen regeling niet kon worden aangemerkt als een buitengerechtelijke akkoord in de zin van het *Payroll*-arrest, nu die regeling zich niet tot alle schuldeisers van V&D richtte, stapt het hof eenvoudig over dat collectiviteitsvereiste heen (*‘Verder acht het hof het aannemelijk dat er voldoende grond was om van de verhuurders een bijzonder offer te vragen en bijvoorbeeld de leveranciers van V&D buiten schot te laten in verband met hun betekenis voor de continuïteit van de dagelijkse bedrijfsvoering van V&D als retailbedrijf’*). Artikel 368 Fw (en de daarop in de MvT gegeven toelichting) lijkt verder ter inspiratie te

hebben gediend, daar waar het hof toelaatbaar acht dat de door V&D getroffen regeling resulteert in wijziging van toekomstige verplichtingen (huurbetalingen) uit reeds bestaande overeenkomsten. Uit het *Payroll*-arrest volgt die mogelijkheid immers niet. Zeker ten aanzien van dit laatste punt lijkt het hof toch wel wat op de zaken vooruit te lopen. WCO II heeft nog een lang wetgevingstraject te gaan en in de consultatieronde is door verschillende partijen in het bijzonder kritisch gereageerd op de mogelijkheid van wijziging van toekomstige verplichtingen. Zo vindt de Nederlandse Vereniging van Banken dat de herstructurering van toekomstige verplichtingen in het geheel niet past binnen het kader van een buiten faillissement gesloten akkoord. Ook vanuit de hoek van de verhuurders van commercieel vastgoed valt op dit punt uiteraard de nodige weerstand te verwachten.

Over de auteur

Mr. Mattias Kik is advocaat bij Lexence.