

PELS RIJCKEN

Notitie

voor Waarborgfonds voor de Zorgsector
van Pels Rijcken
datum 13 oktober 2023
inzake Toelichting op de wijzigingen in de leningdocumentatie van het WfZ

Inleiding

- 1 Het Waarborgfonds voor de Zorgsector ("**WfZ**") heeft recent in overleg met de (belangrijkste) geldverstrekkers, afspraken gemaakt omtrent wijzigingen in haar leningdocumentatie. Het WfZ heeft Pels Rijcken vervolgens, als advocaat van het WfZ, gevraagd voor haar een toelichting op de wijzigingen op te stellen. Hierbij verstrekken wij aan het WfZ een korte en niet-uitputtende toelichting op de doorgevoerde wijzigingen in de Algemene bepalingen en de twee Standaardovereenkomsten. Deze toelichting behelst geen juridisch inhoudelijke beoordeling van of advies over de gemaakte wijzigingen. De toelichting is gebaseerd op de wijzigingen zoals die blijken uit de aan ons verstrekte teksten. Het WfZ kan deze toelichting aan derden verstrekken, maar dat laat onverlet dat derden geen rechten kunnen ontleen aan deze toelichting
- 2 De leningdocumentatie bestaat uit drie documenten: de Algemene bepalingen, een Standaardovereenkomst voor Langlopende Geldleningen en een Standaardovereenkomst voor Kasgeldfaciliteiten. De Algemene bepalingen zijn van toepassing op de twee Standaardovereenkomsten.

I. Algemene bepalingen voor geldleningen onder borging van het WfZ

- 3 De Algemene bepalingen voor geldleningen onder borging van het WfZ zijn van toepassing op geldleningen, langlopend of een kasgeldfaciliteit, gesloten tussen de Geldnemer (de deelnemer) en een Geldgever (een bank of een andere rechtspersoon die een geldlening aan de deelnemer heeft verstrekt en die daarvoor een borgstelling van het WfZ ontvangt). De doorgevoerde wijzigingen in de Algemene bepalingen zijn vooral redactioneel van aard, met ook nog een aantal inhoudelijke wijzigingen.
- 4 De redactionele wijzigingen zien vooral op het vervangen en het verduidelijken van een aantal definities en brengen verder geen verandering in de rechten en

verplichtingen van partijen mee. Voorbeelden van dergelijke wijzigingen zijn het vervangen van "de Stichting" door "het WfZ" en het consequent schrijven van in artikel 1 gedefinieerde begrippen met een hoofdletter. Verder bevat artikel 1 een uitgebreidere weergave van de definities. Daarnaast zijn kopjes toegevoegd boven artikelen, om de leesbaarheid te vergroten. Ook is er een aantal nieuwe artikelen opgenomen, die gelijk zijn aan de artikelen uit het Addendum.¹ Die artikelen golden dus al, omdat de deelnemers ook al door ondertekening aan het Addendum gebonden waren. Voor de overzichtelijkheid is alles nu in de Algemene bepalingen opgenomen.

- 5 Er is ook een aantal meer inhoudelijke wijzigingen in de Algemene bepalingen doorgevoerd. Deze wijzigingen hebben wel in meerdere of mindere mate invloed op de rechten en verplichtingen van partijen. Het betreft (i) wijzigingen die voortkomen uit gebruik in de praktijk, (ii) wijzigingen in verband met een nieuwe wet (de Wet Homologatie Onderhands Akkoord) en (iii) een aantal overige wijzigingen.

Wijzigingen voortkomend uit de praktijk

- 6 In een aantal artikelen zijn wijzigingen aangebracht in de daarin genoemde termijnen. Zo is in artikel 2 van de Algemene bepalingen de oude termijn van veertien dagen voor het aanleveren van stukken aan de Geldgever voor de stortingsdatum vervangen door een termijn van twee dagen. Dat bleek in de praktijk genoeg te zijn. In artikel 12 (het oude artikel 11 lid 2) is de veertiendagetermijn voor het terugzenden van saldo-biljetten verwijderd. Van saldo-biljetten werd in de praktijk geen/nauwelijks gebruik meer gemaakt.
- 7 In artikel 6 over de berekening van de rente is een verwijzing naar de *ICMA*-regels² over berekeningswijzen toegevoegd. Deze berekeningswijze werd in de praktijk al in de meeste gevallen overeengekomen op verzoek van de Geldgevers.
- 8 In een nieuw artikel 8 is een informatieverplichting opgenomen van de Geldnemer aan de Geldgever. Deze wijziging leidt ertoe dat de Geldnemer belangrijke wijzigingen in haar situatie direct aan de Geldgever dient door te geven. De informatieverplichting ziet ook op het verstrekken van informatie op verzoek van de Geldgever die nodig is voor een risicobeoordeling en/of voor duurzaamheidseisen die kunnen voortvloeien uit wet- en regelgeving. Aan artikel 9 is vervolgens een opzeggingsgrond onder j toegevoegd, voor het geval de Geldnemer niet aan die informatieverplichtingen uit artikel 8 voldoet. Dat betekent dus dat de Geldgever de uitstaande lening (incl. rente en boeten) meteen kan opeisen als de Geldnemer niet aan de informatieverplichtingen voldoet.

¹ Het betreft de nieuw ingevoegde artikelen 19 (artikel 2 Addendum), 20 (artikel 3 Addendum), 21 (artikel 5 Addendum), 22 (artikel 4 Addendum) en 23 (artikel 7 Addendum).

² De ICMA staat voor de *International Capital Market Association*.

- 9 Bovendien is aan artikel 24, waarin de verplichting staat van het WfZ om de Geldgever te informeren als de financiële positie van Geldnemer ontoereikend is of dreigt te geraken, toegevoegd dat de Geldgever het WfZ onverwijld in kennis zal stellen van het feit dat Geldnemer niet (behoorlijk/tijdig) aan haar verplichtingen voldoet.
- 10 Verder is in artikel 15 verduidelijkt dat de toestemming bij voorbaat zowel op cessie als contractsovername ziet. Ten slotte bevat artikel 15 een aanvulling. In het derde lid van dit artikel is namelijk toegevoegd dat de Geldgever haar rechtsverhouding met de Geldnemer als onderpand mag overdragen aan De Nederlandsche Bank (DNB) in het kader van monetaire beleidstransacties. De Geldnemer is op grond van dit artikel verplicht de noodzakelijke informatie aan DNB te geven. Dit gebeurde al in de praktijk, en is ter verduidelijking toegevoegd aan de Algemene bepalingen.

Wijzigingen in verband met de WHOA

- 11 De Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("**WHOA**") is bedoeld om een faillissement te voorkomen door een (al dan niet door de rechtbank afgedwongen) onderhands akkoord tot stand te brengen tussen alle stakeholders van een onderneming, waarbij de schuldeisers in verschillende klassen ingedeeld worden en de schuldeisers stemmen over een aangeboden akkoord. De rechtbank kan, op verzoek, het akkoord voor alle schuldeisers verbindend verklaren als ten minste één klasse van schuldeisers voor het akkoord heeft gestemd.³ De inwerkingtreding van de WHOA heeft voor enkele wijzigingen in de Algemene bepalingen gezorgd, voor het geval de Geldnemer in een WHOA-traject zou belanden.
- 12 In de eerste plaats is in artikel 11 toegevoegd dat een onderhands akkoord onder de WHOA, op grond waarvan de vordering van de Geldgever op Geldnemer wordt verminderd, het daardoor door Geldgever geleden nadeel door het WfZ wordt behandeld als verzuim van de Geldnemer voor dat verminderde gedeelte. Dat betekent in de praktijk dat het WfZ voor dit verminderde gedeelte aangesproken zal kunnen worden. Daarnaast is opgenomen dat het WfZ het recht heeft de gesaneerde verplichtingen van de Geldnemer over te nemen conform het afgesproken rente- en aflossingsschema. Deze wijziging komt overeen met het in artikel 370 lid 2 Faillissementswet bepaalde, waarin kort gezegd staat dat de homologatie van een onderhands akkoord de verhouding tussen de borg en de schuldeiser onverlet laat. Met deze toevoeging wordt dus geen verdergaande wijziging in de verplichtingen van partijen aangebracht dan op grond van de wet al geldt.
- 13 Ten tweede is in artikel 17 inzake de Borgtocht verduidelijkt dat de door het WfZ afgegeven borgtocht ook ziet op het gedeelte van de oorspronkelijke vordering van Geldgever op Geldnemer dat als gevolg van de homologatie van een onderhands akkoord wijzigt. Van het WfZ begrijpen wij dat deze tekst alleen bedoelt te verwijzen

³ Voor meer informatie over de WHOA, zie bijvoorbeeld <https://www.rechtspraak.nl/Onderwerpen/whoa>.

naar aanpassingen op de leningsverplichtingen voor zover deze onderdeel zijn van een homologatie. Ook dit is in lijn met artikel 370 lid 2 Faillissementswet.

- 14 In artikel 20 is ten slotte een verplichting opgenomen voor alle partijen om elkaar over en weer te informeren als bij de Geldnemer een onderhands akkoord wordt voorbereid. Ook is opgenomen dat Geldgever en het WfZ in dat geval met elkaar in overleg treden om te bewerkstelligen dat het WfZ (in plaats van de Geldgever) als stemgerechtigd schuldeiser zal worden toegelaten. Dat laatste is te verklaren omdat het WfZ als borg het uiteindelijke financiële risico draagt. In artikel 22 is in dat kader ook de voorbereiding van een WHOA-akkoord als extra grond opgenomen voor het WfZ om de vordering van de Geldgever op de Geldnemer over te nemen.

Overige wijzigingen

- 15 In artikel 5 is, voor de wijze en tijdigheid van betaling door de Geldnemer aan Geldgever, voorzien in de eventuele toekomstige situatie dat het TARGET2-systeem ophoudt te bestaan. Als gevolg daarvan behoeven de Algemene bepalingen niet gewijzigd te worden als het TARGET2-systeem zou ophouden te bestaan.
- 16 In artikel 7 is een vereenvoudigde boeteberekening opgenomen voor het geval de Geldnemer niet of niet op tijd de aflossing en/of rente betaalt aan de Geldgever. Voortaan zal de direct opeisbare boete in geval van niet tijdige betaling door de Geldnemer berekend worden door aan te sluiten bij de depositorente van de Europese Centrale Bank, met een minimum van 0% vermeerderd met een opslag van maximaal 5 procentpunt.
- 17 In artikel 9 onder k is een verduidelijking aangebracht. De opzeggingsgronden onder a tot en met j zien allemaal op de Geldnemer. In artikel 9 onder k is bepaald dat wanneer zich dergelijke opzeggingsgronden zouden voordoen bij het WfZ, dit ook een opzeggingsgrond vormt voor de Geldgever mits de belangen van de Geldgever kunnen worden geschaad. Daarbij zijn gronden i en j weggelaten, nu de daarin beschreven situaties niet op het WfZ van toepassing kunnen zijn. Verder zijn aan het slot van artikel 9 redactionele verbeteringen doorgevoerd en is bepaald dat de Geldnemer bij opeising de Langlopende Geldlening of Kasgeldlening tegen marktwaarde zal terugbetalen.
- 18 In artikel 11 is opgenomen dat, alleen wanneer Geldnemer niet blijvend in verzuim⁴ is, het verzuim geacht wordt niet te hebben bestaan als het WfZ binnen 30 dagen nadat de Geldgever het WfZ van het verzuim in kennis heeft gesteld de gemiste rente en/of aflossing betaalt. Deze wijziging komt voort uit de wens om, in daarvoor in aanmerking komende situaties, een 'reparatiemogelijkheid' van het verzuim te hebben

⁴ De definitie van verzuim staat in artikel 9.

voor de Geldnemer. Aan die reparatiemogelijkheid bestaat in geval van blijvend verzuim geen behoefte.

- 19 In artikel 26 is de rangorde tussen de Algemene bepalingen en het Reglement van Deelneming opgenomen, voor zover sprake zou zijn van een strijdigheid. De Algemene bepalingen gaan voor op het Reglement van Deelneming.

II. Standaardovereenkomst van Langlopende Geldlening met standaard borgtocht

- 20 De wijzigingen in de Standaardovereenkomst van Langlopende Geldlening zijn beperkt. Ook hier gaat het om redactionele wijzigingen en meer inhoudelijke wijzigingen.
- 21 Ook in de Standaardovereenkomst van Langlopende Geldlening zijn bepaalde definities verduidelijkt, in lijn met de wijzigingen in de Algemene bepalingen. Een aantal (onderdelen van) artikelen zijn verplaatst, bijvoorbeeld de verplaatsing van de tekst van artikel 1 naar artikel 2. Verder zijn de verschillende afdelingen I, II en III samengevoegd door middel van doornummering van de artikelen en zijn boven de verschillende artikelen kopjes geplaatst. Afdeling IB ('opnemen indien de lening reeds is gestort') is verwijderd, omdat deze situatie in de praktijk nagenoeg niet meer voorkomt.

Inhoudelijke wijzigingen

- 22 De overige, meer inhoudelijke wijzigingen worden hierna opgesomd.
- 23 In de overwegingen is ter toelichting tot uitdrukking gebracht dat de Geldnemer een borging verzoekt in haar eigen financiële belang, dat het WfZ daartoe onder bepaalde voorwaarden bereid is en dat deze borging mede een prestatie van het WfZ jegens de Geldnemer oplevert. Tegenover deze prestatie staan verplichtingen van de Geldnemer, zoals uitgewerkt in het Reglement van Deelneming en de Algemene bepalingen. Verder is het aan de standaardovereenkomst gehechte Addendum verplaatst naar de Algemene bepalingen, zoals hiervoor toegelicht. De inhoud van artikel 1 van het Addendum is in de overwegingen aan het begin van deze standaardovereenkomst geplaatst. Deze overwegingen zijn overigens een samenvoeging van de bestaande overwegingen uit de opgeheven afdelingen I en II.
- 24 Aan artikel 1 is toegevoegd dat de langlopende lening kan worden gekwalificeerd als een aan duurzaamheid gekoppelde lening.
- 25 In het eerste lid van artikel 4 is voor wat betreft de berekening van de rente een verwijzing naar de ICMA toegevoegd, in lijn met de Algemene bepalingen (zie hiervoor

nr. 7). Het derde lid van artikel 4 (het matchingsprincipe in het kader van de rente) is verwijderd, nu dat in de praktijk niet meer werd toegepast.

- 26 In artikel 7 is tot uitdrukking gebracht dat gehele of gedeeltelijke vervroegde aflossing in beginsel niet is toegestaan, tenzij Geldgever en Geldnemer anders overeenkomen. Dit gebeurde in de praktijk ook al, en brengt in zoverre dus geen veranderingen met zich.
- 27 Het nieuwe artikel 8 inzake borgtocht is een gevolg van het samenvoegen van de afdelingen I en II. Daarin zijn de verwijzingen naar 'de overeenkomst van geldlening' verwijderd, omdat de geldlening en borgtocht nu gezamenlijk in de standaardovereenkomst zijn opgenomen. Dit dient ter verduidelijking van het feit dat ook de Geldnemer partij is bij de borgtocht en brengt verder geen wijzigingen met zich, nu het Addendum eenzelfde gevolg bewerkstelligde. In dit kader is ook lid 2 toegevoegd aan artikel 9. Ook is in artikel 8 lid 2 de omschrijving van de dienst der lening, waarvoor WfZ borg staat, in de tekst verduidelijkt.
- 28 In artikel 8 lid 2 onder c is verder verduidelijkt dat de borgtocht zich ook uitstrekt over de volledige betaling van verplichtingen die voortvloeien uit een onderhands akkoord op grond van de WHOA. Dit sluit aan bij het wettelijke uitgangspunt, zoals hierboven in nr. 11 en verder toegelicht.
- 29 Artikel 11, de toegang op initiatief van het WfZ tot de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof Amsterdam, is nieuw. Eenzelfde bepaling is opgenomen bij de wijziging van het Reglement van Deelneming (in 2021). Daaraan zijn partijen bij deze standaardovereenkomst al gebonden.
- 30 Tot slot is in artikel 13 opgenomen dat de bepalingen in de standaardovereenkomst voorrang hebben op de Algemene bepalingen en het Reglement van Deelneming, voor zover van die laatste twee uitdrukkelijk (dat wil zeggen dat de afwijking ook als zodanig moet worden benoemd) wordt afgeweken. Het opnemen van een dergelijke voorrangsbepaling voorkomt onzekerheid.

III. Standaardovereenkomst Kasgeldfaciliteit met standaard borgtocht

- 31 De wijzigingen in de Standaardovereenkomst Kasgeldfaciliteit komen vrijwel overeen met de wijzigingen in de Standaardovereenkomst Langlopende Geldlening en zijn inhoudelijk beperkt. Hieronder zal daarom in beginsel worden terugverwezen naar het hierboven besprokene.
- 32 Net als in de Standaardovereenkomst Langlopende Geldlening, zijn de bepalingen van het Addendum verwijderd, de verschillende afdelingen I, II en III samengevoegd en zijn boven de verschillende artikelen kopjes geplaatst. Een aantal (onderdelen van)

artikelen zijn verplaatst, bijvoorbeeld onderdelen van artikel 1 naar artikelen 2 en 3. Verder zijn de definities aangepast en de door partijen in te vullen vlakken verduidelijkt. De overwegingen bevatten dezelfde wijzigingen als hiervoor in nr. 23 besproken in het kader van de Standaardovereenkomst Langlopende Geldlening en dienen hetzelfde doel.

Inhoudelijke wijzigingen

- 33 Een deel van de wijzigingen is het gevolg van ontbrekende behoefte in de praktijk. Gewezen wordt op bijvoorbeeld het vervallen van de mogelijkheid tot de vooraf overeengekomen tussentijdse verlaging van de Kasgeldfaciliteit uit artikelen 2 en 3 (oud). Omdat de kasgeldfaciliteit met name wordt afgegeven voor de voorfinanciering van investeringen en een beperkte looptijd heeft, werd deze verlagingregeling niet zinvol geacht.
- 34 In artikel 1 is kenbaar gemaakt dat als een Kasgeldlening wordt omgezet in een Langlopende Geldlening, de kasgeldfaciliteit afneemt met een bedrag gelijk aan de hoogte van de Langlopende Geldlening. Daarnaast stond in de oorspronkelijke tekst van artikel 1 dat de kasgeldfaciliteit te allen tijde kon worden opgezegd. In het gewijzigde artikel 3 lid 4 wordt nu uitgegaan van het niet kunnen opzeggen van de kasgeldfaciliteit, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Daarnaast is, net als in de Langlopende Geldlening, bepaald dat gehele of gedeeltelijke vervroegde aflossing van een Kasgeldlening niet is toegestaan, tenzij anders wordt overeengekomen, en dat het WfZ daarvan in kennis moet worden gesteld (artikel 7).
- 35 In het eerste lid van artikel 2 is toegevoegd dat naast de Geldgever, ook het WfZ uiterlijk vijf werkdagen voor de gewenste opnamedatum van een kasgeldlening door de Geldnemer moet worden ingelicht over de omvang en de looptijd van de betreffende kasgeldlening.
- 36 In artikel 8 is op dezelfde wijze als in de Langlopende Geldlening de omschrijving van de betaling van de dienst der lening, waarvoor het WfZ borg staat, verduidelijkt. Dat is geen inhoudelijke wijziging. Verder is ook in lid 2 onder c verduidelijkt dat de borgtocht zich ook uitstrekt over de volledige betaling van verplichtingen die voortvloeien uit een onderhands akkoord op grond van de WHOA. Zie nr. 12 hierboven.
- 37 Nieuw is artikel 12, de toegang van het WFZ tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Deze bepaling is hetzelfde als het nieuwe artikel 11 uit de Standaardovereenkomst Langlopende Geldlening, zie nr. 29 hierboven. Tevens bevat artikel 14 een rangordebepaling tussen de onderdelen van de leningdocumentatie, zoals hiervoor in nr. 30 besproken.