

25. januar 2010

Til

Justitsministeriet

Att.: Ketilbjørn Hertz (fremsendt pr. e-mail)

Høring over betænkning nr. 1512/2009 om rekonstruktion

Justitsministeriet har i brev af 18. dec. 2009 anmodet om Finans og Leasings bemærkninger til ovennævnte betænkning.

Finans og Leasing vil alene særligt kommentere på forslaget om udvidelse af konkurslovens § 98 nr. 1 til at omfatte løbende ydelser efter dekretdatoen angående finansielle leasingkontrakter, i det omfang leasingselskabet ikke kan godtgøre, at ydelserne må sidestilles med ”afdrag”. Det er vores opfattelse, som nærmere redegjort for nedenfor, at forslaget bør udgå af følgende årsager:

- Finansiell leasing kan ikke sidestilles med almindelig bankfinansiering, da en leasingaftale er uopsigelig.
- Bestemmelsen vil pålægge såvel leasinggiver som kurator og Skifteretten et stort arbejde med vurdering og kontrol af, i hvilket omfang leasinggivers krav kan anses for at modsvare ”afdrag”.
- Det er ikke påvist, i hvilket omfang den nuværende retstilstand forhindrer rekonstruktion af levedygtige virksomheder.
- Forslaget vil medføre, at fordelene ved leasing som finansieringsredskab for danske virksomheder forringes til skade for alle eksisterende virksomheder og opstart af ny virksomhed herunder som finansieringsværktøj ved rekonstruktion af virksomheder.
- Det er ikke rimeligt, at leasingselskaberne tvinges til at åbne deres kalkulationer, som må betragtes som forretningshemmeligheder.

Finans og Leasing vil også benytte lejligheden til at pege på, at der i Konkursrådets sammensætning ikke er repræsenteret organisationer fra kreditorsiden eller for den sags skyld erhvervsvirksomhederne. Udvalget har således ikke mulighed for at inddrage relevante synspunkter for disse to meget væsentlige aktørgrupper. Det forekommer besynderligt, da der er tale om et stående udvalg som skal rådføre Justitsministeren på området. Finans og Leasing vil derfor ved siden af kommenteringen af betænkning 1512 mere generelt opfordre til, at man fremadrettet inddrager repræsentanter for kreditorsiden (banker og finansieringsselskaber m.v.) og erhvervssiden i Konkursrådet, såfremt det fortsat er planen at bibeholde udvalget.

Finansiell leasing kan ikke sammenlignes med almindelige banklån

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at formålet er at ligestille de krav, som leasingsselskaber har i medfør af finansielle leasingaftaler, med andre fordringshavere.

Imidlertid er der den væsentlige forskel mellem lån og finansiel leasing, at bankens tilgodehavende i førstnævnte tilfælde typisk kan indfries uden eller med meget kort varsel, mens en finansiel leasingaftale er uopsigelig for såvel leasintager som leasinggiver. Banken har således ikke noget retsbeskyttet krav på at fortsætte låneforholdet og dermed tjene en avance, der udgør forskellen mellem fundingrenten og kreditrenten, i noget bestemt tidsrum, idet denne avance kun indtjenes løbende, så længe låntager vælger at opretholde lånet.

I forhold hertil forholder det sig principielt anderledes ved finansiel leasing, da den retsstiftende kendsgerning, der berettiger leasingsselskabet til at kræve positiv opfyldelsesinteresse vedrørende forskellen mellem fundingrenten og kreditrenten i det afgrænsede tidsrum, som leasingkontrakten vedrører, bliver etableret ved indgåelsen af leasingkontrakten. Og leasingaftalen vil ifølge sagens natur altid være indgået forud for konkursdekretets afsigelse.

Det følger af konkurslovens § 38, at de krav, der kan rejses mod et konkursbo, er sådanne, der er stiftet forud for konkursdekretets afsigelse. Efter gældende ret er krav i henhold til en kontrakt - og således også en leasingkontrakt - på erstatning for manglende opfyldelse stiftet ved kontraktens indgåelse. Sagt med andre ord støtter leasingsselskabets avance svarende til rentemarginalen sig på en aftale, der er indgået forud for konkursen, og bør derfor give ret til anmeldelse af et dertil svarende erstatningskrav i konkursboet. Dette krav bør ikke være et efterstillet krav på samme måde som renter af almindelige banklån, hvor banken ikke har noget retsbeskyttet krav på fortsættelse af låneforholdet, da debitor i sådanne tilfælde normalt kan opsige lånet.

Da der således er en væsentlig forskel i karakteren af de to krav, der med rette kan stilles af på den ene side en kreditor vedrørende et fra debitors side uopsigeligt pengelån - typisk en bank - og på den anden side et leasingsselskab, ses det ikke, hvad der er baggrunden for, at Konkursrådet er nået frem til forslaget om, at de gældende regler i konkurslovens § 98, om at renter, der påløber efter konkursdekretets afsigelse, kan sidestilles med krav på mistet fortjeneste, der er hjemlet i en uopsigelig kontrakt.

Dette er den helt afgørende principielle årsag til, at Finans og Leasing mener, at forslaget ikke bør nyde fremme. Hertil kommer dog også andre argumenter jf. straks nedenfor.

Finansiel leasing er blot en blandt mange typer uopsigelige aftaler

I givet fald bør spørgsmålet ikke reguleres kun vedrørende finansielle leasingkontrakter, da problemstillingen, som det ses af ovennævnte, er bredere end som så.

Der er således intet i vejen for, at en bank yder et lån, som fra debitors side er uopsigelig i en årrække, ligesom højt forrentede pantebreve, der er uopsigelige fra debitors side ("pensionskassepantebreve") tidligere har været almindelige og kan komme i brug på ny.

Problemet kendes også vedrørende kontantlån, der kun kan indfries til overkurs.

I de ovennævnte eksempler er der tale om, at långiver - netop som følge af uopsigeligheden - har erhvervet et retsbeskyttet krav på at opnå en vis indtjening, og derfor vil have ret til anerkendelse heraf som en simpel fordring i konkursboet.

På en tvangsauktion vil et højt forrentet pantebrev, der er uopsigeligt fra debtors side, således - hvis ikke det overtages af køber - skulle honoreres til overkurs, også selv om ejendommen ejes af en konkursramt person. Bliver der ikke fuld dækning til et sådant krav på en tvangsauktion, må det antages, at kreditor kan anmelde kravet som simpelt krav i boet.

I betænkningen på side 421 anføres det, at Konkursrådet ikke finder, at krav på tabt forrentning kan sidestilles med kurstab *"idet kravet opstår, selv om det generelle renteniveau ikke har ændret sig"*. Dette ses imidlertid ikke at være nogen begrundelse for at afskære erstatningskravet, da den aftalte rentemarginal jo netop er endeligt fastslået ved leasingaftalens indgåelse. Så meget desto mere burde kravet derfor honoreres frem for de tilfælde, hvor det ved aftalens indgåelse er usikkert, hvorvidt der bliver et krav på overkurs, som følge af usikkerheden om det fremtidige renteniveau. Det viser efter Finans og Leasings opfattelse blot, at leasingselskabets krav er berettiget, fordi det er endeligt fastslået forud for konkursens indtræden, og er uafhængigt af den efterfølgende renteutvikling, og dermed i det hele løst fra den rentebetragtning, der fokuseres på i relation til konkurslovens § 98.

I ovennævnte forbindelse erindres, at det efter gældende kontraktpraksis og retspraksis kun er rentemarginalen - svarende til den positive opfyldelsesinteresse - der kan anmeldes, hvorimod den øvrige og størstedelen af rentekravet helt bortfalder. Det vil altså sige, at det alene er den forud fastsatte rentemarginal, som leasingselskabet kræver erstattet på lige fod med andre krav, fastslået forud for konkursens indtræden. De almindelige kreditrenter, der matematisk er indbygget i leasingydelse, fjernes ved tilbagediskonteringen, da kontrakten bliver ophævet ved konkursens indtræden.

Leasingselskaber bør ikke tvinges til at "åbne deres kalkulationer"

Leasing er udtryk for en brugsret til et aktiv, som det også fremgår af betænkningen på side 417, 2. afsnit. Det giver derfor ikke mening rent definatorisk at opdele leasingydelsen i en afdrags- og rentedel. Det er rent interne forhold hos leasinggiver, som bestemmer hvilke kalkulationer, der ligger bag leasingydelsen. Det er ikke rimeligt, at leasingselskaber skal åbne deres kalkulationer, som i bund og grund er en forretningshemmelighed.

Bevæggrunden for forslaget er ikke undersøgt/underbygget og vil påføre leasingbranchen store administrative byrder

Det er slående, at der i betænkningens indledende afsnit ikke er skrevet om bevæggrundene for at foreslå en særlig regulering af finansiel leasing. Således er det ikke påvist, hvad retsstillingen herom er i andre lande.

Endvidere er det ikke beskrevet om og i givet fald i hvilket omfang den bestående retstilstand forhindrer hensigtsmæssig rekonstruktion af levedygtige virksomheder.

Endelig vil forslaget give leasingselskaber, kurator og Skifteretten en uforholdsmæssig stor arbejdsbyrde med at dokumentere og efterprøve, i hvilket omfang leasingselskabets krav er udtryk for afdrag.

Konkursrådet har heller ikke taget i betragtning, at leasingselskaber som konsekvens af forslaget vil se sig nødsaget til at indføre modforholdsregler. Det kan fx tage form af større deposita eller forudbetalinger, skærpede krav til kreditvurderingen mv. alt med henblik på at imødegå de øgede tabsmuligheder i tilfælde af konkurs. Og dermed vil fordelene for erhvervsvirksomhederne af leasing som finansieringsmulighed blive påvirket i negativ retning.

Af ovennævnte grunde, er det samlet set Finans og Leasings opfattelse, at forslaget bør udgå.

Mere lovtekniske kommentarer

For det tilfælde, at Justitsministeriet vælger at gå videre med Konkursrådets forslag peger Finans og Leasing på følgende forhold, som der i givet fald bør tages højde for ved udformning af lovforslag;

§ 12 o og § 12 u jf. betænkningens s. 283 og 284

§ 12 o indebærer, at den skyldner, der kommer under rekonstruktionsbehandling, efter omstændighederne kan få lov til at fortsætte et gensidigt bebyrdende retsforhold – herunder en leasingkontrakt – selv om den er misligholdt, og selv om leasingselskabet har hævet kontrakten, dog at der haves fortrinsret i medfør af konkurslovens § 94 for fremtidige ydelser.

§ 12 u indebærer, at principperne i konkurslovens § 61 bliver overført til rekonstruktionssituationen med mulighed for at opsige gensidigt bebyrdende kontrakter – herunder leasingaftaler – med sædvanligt eller rimeligt varsel.

Efter Finans og Leasings opfattelse bør det indføres i bemærkningerne til lovforslaget, at § 12 u – lige så lidt som § 61 – ikke kan anvendes i relation til finansielle leasingkontrakter.

Definitionen på finansiell leasing

Hvad angår definitionen på finansiell leasing jf. ordene ”... købspligt for skyldneren ...” bemærkes, at formuleringen ikke svarer til praksis. Praksis ved udformning af finansiell leasing er ikke, at leasingtager har en købspligt. I stedet anvendes helt overvejende en formulering gående på, at leasingtager på leasinggivers anfordring har pligt til at anviser en køber af leasingaktivet til en på forhånd bestemt fastsat pris.

Regnestykke side 423

I regnestykket på side 423, 1. afsnit, næstsidste sætning skal der formentlig stå ”650.000 kr.” i stedet for ”560.000 kr.” (differencen mellem 800.000 kr. og 140.000 kr.). Vi finder i øvrigt, at regnestykket ikke afspejler praksis i leasingbranchen. Jeg henviser herom til **vedhæftede** bemærkninger, som tidligere har været fremsendt til Konkursrådet. Vi foreslår, at ministeriet

Finans og Leasing

Interesseorganisation for danske finansieringsselskaber

Bernhard Bangs Allé 39
2000 Frederiksberg C
Telefon: +45 36 72 55 80
post@finansogleasing.dk
www.finansogleasing.dk
CVR nr. 75 36 12 11

indhenter en vurdering af en revisor med kendskab til området på, hvorledes regnestykket kan sættes op.

--- 000 ---

Finans og Leasing vil venligst anmode Justitsministeriet om et møde, hvor vi kan have lejlighed til at uddybe og drøfte ovennævnte, i forinden med at ministeriet overvejer med Konkursrådets forslag.

Med venlig hilsen

Christian Brandt

Direktør for Finans og Leasing