

Amsterdam, 15 oktober 2018

Via email

Ter attentie van:

Ministerie van Justitie en Veiligheid

**Position Paper
van de
Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL)
inzake de Herijking Faillissementswet -
WCO III en meer bepaald lege boedels en mogelijke afdrachtverplichting van
een deel van de opbrengst van het leaseobject aan de curator**

1. Inleiding

Over de NVL

De 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.

Over het belang van leasing in Nederland, in het bijzonder voor het MKB

De equipment leasing markt in Nederland was in 2017 goed voor een nieuw volume aan leasecontracten van €6 miljard euro. Van dit bedrag wordt 84% gerealiseerd bij MKB bedrijven. Hiermee is leasing, na bankfinanciering, veruit de tweede belangrijkste externe financier van het MKB. Leasing biedt MKB bedrijven een stevige ondersteuning bij het doen van investeringen in bedrijfsmiddelen, onder meer door 100% financiering aan te bieden van de waarde van het object, waardoor het bedrijf geen (eigen) werkkapitaal hoeft aan te wenden.

2. Leasevormen

Ruwweg bieden de Leden van de NVL drie vormen van lease aan:

1. Huur/operational lease: de nadruk ligt hier op het gebruik van het leaseobject, minder op de financiering. De lessor blijft eigenaar van het object en loopt alle risico's, onder meer op waardedaling van het leaseobject gedurende de looptijd van de lease. Aan het einde van de lease neemt de lessor het leaseobject ofwel terug en verkoopt het aan derden of zet het opnieuw uit in een lease, of de huurder koopt het leaseobject alsnog voor een reële restwaarde van de lessor.
2. Huurkoop/financial lease: de lessor verkoopt het leaseobject aan de lessee waarbij de koopsom in termijnen mag worden betaald. De lessee wordt pas eigenaar van het leaseobject als hij alle leasetermijnen heeft betaald. De lessor heeft dus een eigendomsvoorbehoud. De lessee activeert het leaseobject al wel op zijn balans, hij draagt de economische risico's.
3. Geldlening/financial lease: de lessor verstrekt de lessee een geldlening voor de aankoop van het leaseobject en krijgt als zekerheid daarvoor een pandrecht op het leaseobject.

Deze drie leasevormen hebben gemeen dat zij de lessee een 100% (financierings)oplossing geven. De lessee heeft geen eigen geld of aanvullende financiering nodig. Dit wijkt af van reguliere bankfinancieringen die geen 100% van de aankoopprijs van het leaseobject willen financieren, maar uit risico-overwegingen een (flink) lager percentage hanteren. Omdat de lessor een bijzondere expertise heeft op het terrein van de te verkopen/financieren leaseobjecten kan deze goed inschatten wat het waardeverloop daarvan zal zijn. De lessor kent de markt van deze objecten. Mede daarom durft de lessor het aan dergelijke 100% oplossingen te bieden.

3. Brief Minister van Rechtsbescherming

De NVL heeft kennis genomen van de Brief van de minister voor Rechtsbescherming 33 695 Faillissementsrecht Nr. 17 d.d. 11 september 2018.

Daarin zegt de minister (onder meer) het volgende:

'Verschillende malen hebben leden van uw Kamer aandacht gevraagd voor de sterke positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers in faillissement. Dit zijn schuldeisers die hun vorderingsrecht met een pand- of hypotheekrecht hebben versterkt. Zij kunnen dit pand- of hypotheekrecht doorgaans buiten de faillissementsprocedure om uitoefenen, zonder bij te dragen aan de kosten van het faillissement. Daarbij leert de ervaring dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers een relatief hoog verhaalspercentage hebben, terwijl vooral concurrente crediteuren grotendeels achter het net vissen. Eerder heb ik toegezegd om te bezien of de positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers herijkt

moet worden. Dit vraagstuk is eerst in juni 2017 verkend met de klankbordgroep aan de hand van voorstellen vanuit de praktijk.

Besproken is of er behoefte is aan aanvullende maatregelen om de curator beter in staat te stellen op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, met name in gevallen waarin het overgrote deel van de activa van de failliet is verpand en er in feite niet veel meer te beheren en te vereffenen valt. Verder is gesproken over voorstellen om tegemoet te komen aan de zogenaamde 'lege boedel'-problematiek. Ook de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 22 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3269) hierop gewezen.⁸ Zoals ik u eerder heb aangegeven, was voor deze voorstellen –althans in de besproken opzet – nog onvoldoende draagvlak. Daarom is na afloop van het overleg aan de vertegenwoordigers gevraagd om schriftelijke inbreng te leveren. Over deze inbreng zal aanstaande oktober een vervolgoverleg plaatsvinden.'

De NVL wil hierbij graag gebruik maken van de mogelijkheid om een schriftelijke inbreng te leveren.

4. Visie NVL

De NVL merkt primair op dat in de brief van de minister twee los staande onderwerpen aan elkaar lijken te worden geknoopt, te weten (a) de zogenaamde 'lege boedel' problematiek, en (b) de gedachte om de huidige positie van separatisten te evalueren. Deze twee onderwerpen hebben in beginsel onvoldoende samenhang om deze gezamenlijk te behandelen. Dat is verwarrend en maakt de discussie nodeloos complex.

Ten aanzien van de 'lege boedel' problematiek is de NVL van mening dat een oplossing wenselijk is en dat er goede oplossingsrichtingen zijn geformuleerd, onder meer door INSOLAD.

Ten aanzien van de gedachte om de separatistenpositie te evalueren is de NVL van mening dat hier grote belangen liggen bij het bedrijfsleven, met name MKB, dat financieringsvormen als leasing en factoring ongewijzigd kunnen worden verstrekt. Er mag dus niet lichtvaardig per wet een opbrengstafdrachtplicht voor leasemaatschappijen als objectfinancier worden ingevoerd.

(a) Lege boedel-problematiek

De NVL onderschrijft de noodzaak om een oplossing te vinden voor de zogenaamde 'lege boedel'-problematiek. Het maatschappelijke en economische belang bij een goede afwikkeling van faillissementen is groot. Om de kwaliteit van deze afwikkeling te waarborgen is een structurele financiële basis wenselijk die zeker stelt dat curatoren daarvoor een adequate vergoeding ontvangen.

Daarbij lijkt het niet onredelijk dat direct financieel belanghebbenden van een goede afwikkeling mede bijdragen aan deze kosten. De bestaande 'separatistenregeling' voorziet daar in. Deze regeling is tot stand gekomen na overleg tussen de vereniging van curatoren INSOLAD, de vereniging van rechters-commissaris in faillissementszaken Recofa en de vereniging van banken (zogenaamde 'subjectfinanciers') NVB. Op basis van deze regeling betalen houders van zekerheden zoals pand en hypotheek een vergoeding aan de curator voor de werkzaamheden die hij voor hen verricht bij verkoop van deze zekerheden. Verenigingen van objectfinanciers, zoals voor leasing de NVL en voor factoring FAAN, zijn bij de totstandkoming (of latere wijzigingen) van deze separatistenregeling niet betrokken. Dat is goed verklaarbaar: objectfinanciers (asset-based) hebben geen direct belang bij de afwikkeling van het faillissement. Objectfinanciers zijn slechts gericht op het object dat zij financieren en zijn, beter dan een benoemde curator, in staat het object optimaal uit te winnen.

Het is evident dat de separatistenregeling geen garantie vormt dat er geen lege boedels zijn. Ook de gedachte (die in het kader van WCO III wordt gehoord) om door wetswijziging de positie van de separatist in te perken en hen te verplichten een door de overheid vast te stellen percentage van de opbrengst van de aan in pand of hypotheek gegeven goederen aan de curator af te dragen, biedt die garantie niet. Er wordt terecht wel gesteld dat deze wettelijke afdrachtplicht de 'rijke' (volle) boedels alleen maar rijker maakt, maar de lege boedels niet voller. Met andere woorden: een afdrachtplicht van de separatist is geen doeltreffend middel om het probleem van de lege boedels te bestrijden.

Er dient niet uit het oog te worden verloren dat een goede afwikkeling van faillissementen ook een maatschappelijk belang is. Een goede afwikkeling van faillissementen is niet alleen het belang van de schuldeisers van de failliet. De maatschappelijke belangen rechtvaardigen ook een structurele bijdrage van de overheid. Dit klemt te meer nu in het kader van WCO I door de wetgever zelf het takenpakket van de curator, met name op het gebied van fraudebestrijding, juist zijn verzwaaard. Het is dus reëel om voor een adequate vergoeding een beroep te doen op de algemene kast.

Mocht de wetgever niet bereid zijn om een structurele bijdrage te leveren aan de werkzaamheden van curatoren, dan moet aandacht gevraagd worden aan het volgende. Er zijn in het verleden hele goede alternatieve middelen aan de orde gesteld die het probleem van de lege boedel wèl, en wel rechtstreeks, adequaat aanpakken en die dat probleem echt kunnen oplossen. Te denken valt aan het voorstel van INSOLAD uit 2008 dat de NVL in september 2018 wederom aan de vergetelheid heeft proberen te onttrekken. De NVL is van mening dat deze oplossing en de alternatieven nader moeten worden onderzocht, naast de mogelijkheid van financiële bijdragen van de overheid. Een nieuwe per wet geïntroduceerde opbrengstafdrachtplicht van de separatist kan niet gerechtvaardigd worden door de wens om lege boedels te bestrijden.

(b) Opbrengstafdrachtplicht voor objectfinanciers zoals leasemaatschappijen?

Lease is een relatief eenvoudig financieringsproduct dat vooral voor het MKB belangrijk en aantrekkelijk is. De lessee heeft geen extra onderpand of eigen vermogen nodig en kan zonder complexe aanvraagprocedures en contracten zijn investering in materieel dat noodzakelijk is voor zijn bedrijf financieren. Het belang van lease dient daarom niet onderschat te worden.

Bij een financial lease is de lessor op basis van zijn eigendomsvoorbehoud of pandrecht ook een separatist. De lessor zou dus direct worden geraakt door een nieuw in de wet te introduceren afdrachtplicht.

Het beperken van de positie van de separatist en het opleggen van een afdrachtverplichting (of enige vergelijkbare regeling) heeft direct gevolgen voor de financieringsmogelijkheden van leasemaatschappijen als separatist. Immers als deze een deel van de opbrengst van hun zekerheden (het leaseobject waarop de lessor een eigendomsvoorbehoud heeft of dat aan hem is verpand) moeten afstaan, neemt hun risicopositie toe. Een lessor zal dan dat risico dienen te verdisconteren in ofwel een hogere prijs, ofwel door een lager bedrag te financieren op het leaseobject, ofwel door een financieel zwakkere klant helemaal geen lease meer te verstrekken. Immers de onderpandswaarde van het leaseobject neemt door deze afdrachtverplichting af, waardoor het verliesrisico van de lessor toeneemt.

Dit toenemende verliesrisico speelt bij lease een wezenlijk belangrijker rol dan bij banken die als financier van de kredietnemer 'subjectfinanciering' verstrekken. Zoals eerder aangegeven financiert de lessor door zijn specifieke kennis van (de markt van) het leaseobject 100% van de investering. Om dezelfde reden maakt de lessor bij een faillissement van de lessee geen gebruik van de diensten van de curator, maar maakt de lessor het leaseobject via de eigen kanalen en kennis van de markt te gelde. Zo is de lessor in staat een optimale opbrengst te verkrijgen. Dit is met name het geval als het gaat om een lessor die actief werkt voor een of meer (vaak grote) producenten van objecten, zoals vaak bij landbouwequipment vaak het geval is. De lessor heeft dus geen enkel belang om enige afdracht aan de curator te doen. Zou een afdracht verplicht worden, dan komt daardoor de 100% financieringsoplossing onder grote druk te staan, hetgeen de kern van het leaseproduct raakt. De lessor heeft niet, zoals financiers die niet op 100% financieren of die slechts op basis van de financiële gegoedheid van de kredietnemer krediet verstrekken, een buffer in zijn zekerheden waarmee een lagere opbrengst als gevolg van een verplichte afdracht opgevangen kan worden. Een afdrachtverplichting zal leiden tot een toename van de verliezen die leasemaatschappijen leiden op

hun financiële leases.¹ Dit zal dus direct leiden tot hogere prijzen in de leasemarkt en/of lagere leasefinancieringen en/of minder leases.

Verder zal introductie van een afdrachtplicht bij veel leasemaatschappijen moeten leiden tot aanpassingen van kapitaalverplichtingen, iets waarop de NVL al in augustus 2017 heeft gewezen, hetgeen deze negatieve effecten zal versterken.

Mocht een wettelijke opbrengstafdrachtplicht toch worden overwogen, dan pleit de NVL voor een uitzondering voor lease. Dit zou een onredelijk grote inbreuk maken op het product lease en leiden tot een vermindering van de financieringsmogelijkheden van met name de MKB. De economische schade als gevolg daarvan laat zich raden en veroorzaakt in de visie van de NVL een groter probleem dan de bestaande lege boedelproblematiek.

De NVL is graag bereid haar visie nader toe te lichten in over met de betrokken partijen.

5. Bodemrecht vs. afdracht

De NVL heeft verder vernomen dat door belanghebbenden en het ministerie is gesproken over de mogelijkheid het bodemrecht van artikel 21 lid 2 van de Invorderingswet te betrekken bij de discussies over de Herijking Faillissementswet. Er wordt naar verluidt gedacht over de mogelijkheid dat de wetgever dit inmiddels zeer verouderde bodemrecht zou willen afschaffen, in combinatie met (of in ruil voor) een verplichte afdrachtsregeling van separatisten over de opbrengst van de aan hen verpande roerende zaken. Dit bodemrecht raakt direct de financiering van machines, immers de belastingdienst heeft op de opbrengst daarvan een voorrecht dat hoger in rang is dan een pandrecht. Zelfs een leverancier of lessor met een eigendomsvoorbehoud op een machine moet dit voorrecht van de belastingdienst tegen zich laten gelden. Wel geldt voor lease een vrijstellingsregeling meldingsplicht bodemrecht, die de lessor van machines, onder strikte voorwaarden, vrijstelt van de verplichting om een voorgenomen inname of executie van het leaseobject bij de belastingdienst te melden.² De lessor wordt echter, net als andere financiers, niet beschermd tegen een door de belastingdienst eerder gelegd bodembeslag.³

¹ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat operationele lease, waarbij de lessor juridisch en economisch eigenaar van het leaseobject is niet geraakt zou worden door enige afdrachtverplichting. Immers dat zou het eigendomsrecht structureel aantasten.

² Zie Wijziging Leidraad Invordering 2008, d.d. 22 maart 2013Nr. BLKB2013/553MBelastingdienst/Directie Vaktechniek Belastingen, Staatscourant nr 8366 van 27 maart 2013.

³ Dit geldt voor financial leases. Voor operational leases waarbij de lessor de 'reële eigendom' heeft van het leaseobject geldt een safe harbour en wordt niet geraakt door het bodemrecht: zie besluit leaseregeling: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0010861/2001-07-01>

De NVL is bereid medewerking te verlenen aan nader onderzoek naar de vraag in hoeverre het voordeel van een dergelijke afschaffing van het bodemrecht opweegt tegen het nadeel van een invoering van een afdrachtplicht bij financial leases. De NVL zal op basis van de uitkomsten van dit onderzoek een definitief standpunt bepalen.

6. Openbaar maken *position paper*

De NVL heeft er geen bezwaar tegen als u deze *position paper* openbaar maakt. De NVL zal deze dit stuk zelf ook publiceren op haar website: www.nvl-lease.nl.

Hoogachtend,
Namens het Bestuur van de NVL

(get.) P.-J. Bentein, secretaris