

21 maart 2024

Position paper bodem(voor)recht Leasing Nederland-NVL

Een pleidooi voor een radicale afschaffing van het bodem(voor)recht

1. Samenvatting

In deze position paper pleit de equipment leasebranche voor de afschaffing van het bodem(voor)recht, een wettelijk voorrecht waarmee de Belastingontvanger zich kan verhalen op de opbrengst van zogenaamde bodemzaken, ten koste van andere financiers. Deze regel levert een groot aantal nadelen op, terwijl de vermeende voordelen voor het Rijk in de praktijk zeer gering zijn.

Het bodem(voor)recht is een uiterst complex instrument dat de financiering van het MKB en andere bedrijven belemmert, dat in de kern onrechtvaardig en discriminerend is, en financiers zoals leasemaatschappijen een nodeloze en disproportionele administratieve last oplegt die voor de afnemers kostprijsverhogend werkt. De opbrengst van het bodem(voor)recht is nooit aangetoond en is naar alle waarschijnlijkheid puur theorie. In Europees verband is het bodem(voor)recht een relikwie uit vroeger tijden, die in andere landen niet (meer) voorkomt. Het schaadt het vestigingsklimaat in Nederland en dus de concurrentiepositie van ons land.

Niet alleen levert het bodem(voor)recht vrijwel niets op voor het Rijk, het zorgt er ook voor dat de schaarse capaciteit bij de Belastingdienst niet ingezet kan worden voor wellicht nuttiger zaken. Om die reden is het nu een goed moment om keuzes te maken waar uiteindelijk iedereen beter van wordt.

2. Het bodem(voor)recht en leasing

De leasepraktijk heeft te maken met uitgebreide en complexe regelgeving rond het bodem(voor)recht. Het bodemvoorrecht is een voorrecht van 's Rijks schatkist op alle goederen van de belastingschuldige¹. Het gaat in rang boven een pandrecht of eigendom van de leasemaatschappij op bodemzaken.

Bodemzaken zijn:

- ingeogste of nog niet ingeogste vruchten;
- roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef;

¹ Art. 21 Invorderingswet 1990

- roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land;
die zich tijdens de in beslagneming op de bodem van de belastingschuldige bevinden.²
In de praktijk zijn dit de productiemiddelen (machines) en inventaris van bedrijven.

Het bodem(voor)recht geeft de belastingdienst de mogelijkheid om voor een groot aantal belastingschulden beslag te leggen op bodemzaken en zich daarop te verhalen. Dit bodem(voor)recht raakt zowel de zaken van de belastingschuldige (ook als deze zijn verpand aan een leasemaatschappij) als zaken waarvan een derde eigenaar is (zoals een leasemaatschappij).

Er zijn enkele specifieke regelingen (die mede door de inzet van Leasing Nederland-NVL destijds tot stand zijn gekomen) die bedacht zijn om lease van bodemzaken tot op zekere hoogte en tegen ingewikkelde voorwaarden, toch nog mogelijk te maken.

Hieronder bespreken we de diverse vormen van leasing in relatie met het bodem(voor)recht.

2. a. Het bodem(voor)recht en financiële leasing

Onder financial leasing wordt hier verstaan:

- een lening van de leasemaatschappij aan de lessee die bedoeld is voor de aankoop van een specifiek object met als zekerheid een pandrecht van de leasemaatschappij op dat object, of
- een huurkoop, waarbij de leasemaatschappij het leaseobject aan de lessee verkoopt en deze de koopsom in termijn terugbetaalt. De leasemaatschappij behoudt zich daarbij de eigendom van het leaseobject voor. De lessee wordt automatisch eigenaar van het leaseobject als hij de laatste leasetermijn aan de leasemaatschappij heeft betaald.

Een leasemaatschappij die een financiële lease in de vorm van een geldlening heeft verstrekt met een pandrecht op een bodemzaak als zekerheid, loopt gedurende de gehele financieringsperiode het risico dat de belastingdienst vanwege belastingschulden van de lessee bodembeslag legt op de verpande bodemzaak. In geval van faillissement van de lessee, vallen de bodemzaken zelfs “automatisch” onder het bodem(voor)recht en oefent de curator de rechten van de belastingdienst uit.³ In deze situaties staat de leasemaatschappij machteloos: de opbrengst van de verpande bodemzaak gaat naar de faillissementsboedel. Deze opbrengst maakt onderdeel uit van het boedelactief en zal volgens de daarvoor geldende rangorde door de curator worden verdeeld. In de praktijk betekent dit dat een zeer aanzienlijk deel van de opbrengst van bodemzaken opgaat aan het salaris van de curator en er maar een beperkt bedrag uiteindelijk aan de belastingdienst als preferente prefaillissementsschuldeiser toekomt. Voor de leasemaatschappij blijft dan in de regel niets over. Dat maakt een lease met als zekerheid een pandrecht op een bodemzaak zeer risicovol.

² Art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990

³ Art. 57 lid 3 Faillissementswet

Ook de huurkoop is zeer risicovol. Daar is de leasemaatschappij weliswaar eigenaar⁴, maar ook dan geldt het bodemvoorrecht. De belastingdienst kan bodembeslag leggen, ook tijdens faillissement van de lessee.

De leasemaatschappij kan wel proberen een bodembeslag c.q. faillissement van de lessee vóór te blijven door pandhoudersbeslag resp. beslag tot afgifte te leggen en aldus de bodemzaak 'in te nemen'. Handelingen die ertoe strekken dat de leasemaatschappij zijn rechten op een bodemzaak uitoefent of veiligstelt doordat deze niet langer als bodemzaak zal kwalificeren, zijn onderworpen aan een voorafgaande meldingsplicht van de leasemaatschappij.⁵ Ook de lessee heeft een meldingsplicht⁶, tenzij de lease voldoet aan de voorwaarden voor een vrijstelling van deze meldingsplicht⁷. Daarnaast geldt dat als de waarde van de bodemzaak onder de €10.000 ligt, er geen meldingsplicht is.⁸

De voorwaarden voor een vrijstelling van deze meldingsplicht zijn samengevat als volgt:

De meldingsplicht geldt niet als sprake is van een overeengekomen 'aankoopfinanciering' van de bodemzaak. Deze aankoopfinanciering kan zowel op basis van een verpanding van de bodemzaak plaatsvinden als via een voorbehouden eigendom. Daarbij moet worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de financiering waarvoor het pandrecht of het eigendomsvoorbehoud geldt is (nagenoeg) gelijk aan de aankoopsom van de individuele bodemzaak;
- de looptijd van de financiering betreft een vast aantal termijnen en komt (nagenoeg) overeen met de economische levensduur van de bodemzaak;
- het pandrecht van de aankoopfinancier is een eerste pandrecht en geldt alleen als zekerheid voor de aankoopfinanciering ('vast pandrecht');
- de aankoopfinanciering is tot stand is gekomen "(...) binnen drie maanden na de initiële machtsverschaffing van de individuele bodemzaak aan de belastingschuldige [de kredietnemer/lessee] (...)";
- er mag ten aanzien van de bodemzaak geen 'wederzijdse zekerheden-regeling' zijn overeengekomen met een derde-financier;
- er mag ter zake van de aankoopfinanciering van de bodemzaak op het moment dat de meldingsplicht van art 22 bis Invorderingswet 1990 zou ontstaan geen betalingsachterstand zijn van meer dan vier maanden.

⁴ Op basis van een eigendomsvoorbehoud dat vervalt als de laatste leasetermijn is betaald: art. 7:84 lid 3 Burgerlijk Wetboek

⁵ Art. 22bis lid 2 Invorderingswet 1990

⁶ Art. 22bis lid 3 Invorderingswet 1990

⁷ Art. 22bis.1. lid 1 Leidraad Invordering 2008

⁸ Art. 22bis lid 19 Invorderingswet 1990

Deze vrijstellingsregeling is knellend. De regeling is zeer complex en biedt nauwelijks flexibiliteit ten aanzien van de hoogte of de looptijd van de lease die immers (nagenoeg) gelijk moet zijn aan de economische waarde resp. de economische levensduur van de bodemzaak. Meer of minder, of langer of korter financieren is niet toegestaan en financierbaarheid van bodemzaken wordt hierdoor sterk beperkt.

De verplichte ingang van de lease binnen drie maanden na levering van de bodemzaak is beperkend. Het is daardoor onmogelijk om bodemzaken die een belastingschuldige al meer dan drie maanden in zijn bezit heeft te (her)financieren. Immers, de vrijstellingsregeling geldt alleen voor 'aankoopfinancieringen'. Dat heeft de facto tot gevolg dat een financiering van een bodemzaak maar één keer mogelijk is, nl. bij aankoop. Daarna is een (her)financiering praktisch gezien niet meer mogelijk omdat daardoor de vrijstelling vervalt met als gevolg een beperkte waarde van de bodemzaak als onderpand.⁹

Bovendien is de bepaling dat er niet meer dan 4 maanden betalingsachterstand mag zijn om vrijgesteld te zijn van de meldingsregeling knellend. Indien een onderneming in financiële problemen komt te verkeren is een betalingsachterstand van 4 maanden snel bereikt. Dit vraagt een zeer strak kredietbeheer met nauwelijks ruimte voor maatwerk. Juist in dit soort gevallen kan er – mits er voldoende vertrouwen is in de levensvatbaarheid van de onderneming – een noodzaak zijn om gedurende een langere termijn dan 4 maanden uitstel van betaling te verlenen of looptijden te verlengen. Dat is in het belang van de continuïteit van de onderneming en ook in het belang van de leasemaatschappij. De leasemaatschappij heeft immer de keuze om of het toenemend risico voor zijn rekening te nemen of tijdig haar rechten uit te oefenen. In dat laatste geval zal het risico op discontinuïteit (faillissement) van de onderneming toenemen.

Kortom voor financiële lease geldt een complexe en beperkende vrijstellingsregeling voor de meldingsplicht die het risico van het bodem(voor)recht allerminst wegneemt.

2.b. Het bodem(voor)recht en operationele leasing

Voor operationele lease (huur) geldt een zo mogelijk nog ingewikkelder regeling.

De Leidraad Invordering 2008 bepaalt dat het eigendom van een derde wordt ontzien ('terughoudend beleid') in die gevallen waarin sprake is van "reële eigendom". Dergelijke zaken zal de belastingdienst niet uitwinnen met gebruikmaking van het bodem(voor)recht. Reële eigendom is de situatie waarin een zaak niet alleen (juridisch) eigendom is van de derde, maar ook in economisch opzicht aan hem toebehoort.¹⁰ Een en ander is verder uitgewerkt in de zgn. Leaseregeling. De Leaseregeling bevat samengevat het volgende beleid:

⁹ Ontleend aan 'Leasing' Financieel Juridische Reeks 22, Uitgeverij Paris 2022, blz. 65 e.v.

¹⁰ Art.22.9.1. Leidraad Invordering 2008

"De leasemaatschappij heeft reële eigendom als hij:

- zich als zodanig gedraagt,
- de juridische eigendom van het leaseobject heeft, én
- het positieve en/of negatieve restwaarderisico ten aanzien van het leaseobject loopt (...)."

Het "zich als eigenaar gedragen" blijkt uit onder andere het activeren van het object op de fiscale balans en het afschrijven daarop. De leasemaatschappij wordt geacht ten aanzien van het leaseobject het positieve en/of negatieve restwaarderisico te lopen als aan de hierna volgende voorwaarden wordt voldaan. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat de leasemaatschappij en de lessee een koop- of verlengingsoptie zijn overeengekomen en de situatie zonder dergelijke optie.

Als er wel een koop- of verlengingsoptie is overeengekomen, gelden de voorwaarden dat:

- de optieprijs "reëel" is, dat wil zeggen is vastgesteld op basis van de op het moment van het aangaan van de leaseovereenkomst redelijkerwijs te schatten waarde van het leaseobject aan het einde van de vaste leaseperiode;
- het bedrag van de koopoptie, dan wel de contante waarde van de verlengingsoptiebedragen, niet lager is dan 7,5% van de fiscale kostprijs; en
- het leaseobject na de vaste leaseperiode niet voor een lager bedrag dan uit de punten 1 en 2 voortvloeit ter beschikking wordt gesteld aan de lessee.

Als er geen koop- of verlengingsoptie is overeengekomen, geldt de voorwaarde dat "op het moment dat het contract wordt afgesloten, de reële verwachting bestaat dat het leaseobject na afloop van de vaste leaseperiode nog een substantiële waarde heeft." Daaronder wordt verstaan een waarde van minimaal 7,5% van de fiscale kostprijs.¹¹

Tenslotte gelden, ongeacht of een koop- of verlengingsoptie is overeengekomen, nog een aantal voorwaarden, waarvan de belangrijkste zijn dat:

- de vaste leaseperiode niet langer is dan 85% van de geschatte economische levensduur van het leaseobject;
- geen afdekking heeft plaatsgevonden van het restwaarderisico bij de lessee of bij een aan de lessee gelieerde partij;
- geen afdekking heeft plaatsgevonden van het restwaarderisico bij een ander dan de lessee of bij een ander dan een aan de lessee gelieerde partij voor een bedrag van minimaal 7,5% van de fiscale kostprijs (...).

¹¹ De 7,5% is gebaseerd op een lease van 5 jaar. Voor ieder jaar dat de lease langer duurt wordt deze 7,5% met 0,5%-punt verhoogd.

Er gelden vervolgens weer enkele uitzonderingen op dit “terughoudende beleid” uit de Leidraad Invordering. De belangrijkste uitzondering betreft “zaken waarvan de leasemaatschappij fiscaal als eigenaar wordt aangemerkt terwijl de fiscale eigendom van die zaken op een eerder tijdstip krachtens een toen bestaande leaseovereenkomst – waaronder mede begrepen aankoopfinancieringscontracten op basis van verpanding van de verworven zaak – bij de huidige lessee heeft berust.” Deze regel is bedoeld voor de situatie dat een op basis van een financiering of lease verpand leaseobject, eerder eigendom is geweest van de lessee, waarna dat leaseobject vervolgens op basis van een huur conform de leaseregeling aan dezelfde lessee wordt verhuurd.

Voor deze huur geldt dan geen terughoudend beleid. De maatregel beoogt te voorkomen dat een financiering met een pandrecht op de bodemzaken of een financial lease later wordt ‘omgezet’ naar een huur die voldoet aan het leasebesluit om daarmee het bodem(voor)recht te ontwijken. Onduidelijk is of deze uitzondering alleen geldt als de leasemaatschappij en/of lessee met deze ‘omzetting’ het oogmerk hebben gehad het bodem(voor)recht te ontwijken (‘misbruik’). De belastingdienst legt deze uitzondering inmiddels zo uit dat deze ook geldt als dat oogmerk er niet is geweest.¹² Dat betekent dat in deze gevallen, ook als geen sprake is van kwade trouw of boze intenties, de Belastingdienst geen terughoudend beleid voert en zich op het bodem(voor)recht beroept.

Dat maakt dat de in praktijk veel gebruikte ‘sale and lease back’ waarbij de lessee de bodemzaak eerst zelf koopt van een leverancier en deze vervolgens verkoopt aan de leasemaatschappij en meteen weer terug huurt, maar beperkt mogelijk is. Het terughoudend beleid geldt alleen als de fiscale eigendom binnen drie maanden na de initiële machtsverschaffing aan de belastingschuldige is overgegaan naar de leasemaatschappij.¹³

Het bodem(voor)recht belemmert de facto dus ook ‘sale and lease back’ operaties waarbij bedrijven, in het kader van een financiële herstructurering, hun waardevolle bedrijfsmiddelen herfinancieren door middel van lease en op deze wijze liquiditeiten kunnen vrijspelen om er weer bovenop te komen. Hiermee worden andermaal het MKB en middelgrote bedrijven geraakt, omdat financiers onzeker zijn van hun positie en dus huiverig om mee te werken aan dergelijke operatie. De overheid heeft de voorbije jaren blijk gegeven veel belang te hechten aan het voorkomen van kapitaalvernietiging door onnodige faillissementen met het in leven roepen van nieuwe wettelijke instrumenten, zoals de WHOA. Het ‘oude’ bodem(voor)recht staat haaks op dit beleid.

Ook geeft dit Nederland een achterstand ten opzichte van het buitenland waar deze sale and lease back wel beschikbaar is om bedrijven die liquiditeitskrapte hebben extra middelen te kunnen laten aantrekken.

¹² Zie Rechtbank Amsterdam 14-07-2021 ECLI:NL:RBAMS:2021:3827 en JOR 2021/286 met een kritische noot van Y.E.J. Geradts. Zie ook Fiscaal up to Date 2021-31.

¹³ Art. 22bid.1. lid 1 sub A Leidraad Invordering 2008

Bovenstaande regeling biedt dus weliswaar onder voorwaarden een ‘safe harbour’ tegen het bodemvoorrecht, maar geeft, mede door de complexiteit daarvan, regelmatig aanleiding tot discussies en procedures met de belastingdienst¹⁴. Kortom een operationele lease (inclusief een sale and lease back) op een bodemzaak kan weliswaar ‘bodem(voor)recht-proof’ worden gemaakt, maar alleen op basis van een wederom zeer complexe regeling die ook weer veel beperkingen oplegt. Hieruit blijkt ook dat operationele leasing de nodige risico’s kent.

Teneinde mogelijke risico’s te mitigeren is zowel bij financiële als operationele lease een zeer zorgvuldige juridische- en economische analyse nodig. Vervolgens dient de hele opzet van de lease zeer nauwkeurig te worden gedocumenteerd en dan nog bestaat er achteraf het risico – vaak met *hindsight bias* – dat niet aan de voorwaarden van de Leidraad Invordering is voldaan. Dit alles betekent dat bij zowel leasemaatschappijen als leasenemers aanzienlijke kosten moeten worden gemaakt om de risico’s te mitigeren. Dit alles om te voldoen aan (‘binnen de lijnen te kleuren van’) de Leidraad Invordering.

3. Pleidooi voor een radicale afschaffing van het bodem(voor)recht

Leasing Nederland-NVL stelt voor het bodem(voor)recht af te schaffen. Het bodem(voor)recht is in de juridische en fiscale literatuur veelvuldig besproken en geanalyseerd. Leasing Nederland-NVL heeft vastgesteld dat ook andere partijen en stakeholders voor afschaffing van het bodem(voor)recht pleiten. Aansluitend bij deze stakeholders pleit Leasing Nederland-NVL voor een radicale afschaffing van dit voorrecht om redenen die in deze position paper worden besproken. Het wordt tijd om dat nu ook daadwerkelijk te doen; uitstel van afschaffing van het bodem(voor)recht zal de beslissing niet makkelijker maken en de schadelijke gevolgen blijven voortduren zolang het bodem(voor)recht niet is afgeschaft.

De argumenten voor afschaffing zijn als volgt samen te vatten:

1. De belangrijkste reden is dat dit instrument de financiering van het MKB nodeloos en disproportioneel belemmert, doordat het de financier juridisch in een onzekere positie brengt en een ernstige inbreuk vormt op het eigendomsrecht c.q. zekerheidsrecht van financiers. De helft van de Europese (en ook Nederlandse) MKB bedrijven zijn aangewezen op financiering die “asset based” is en waarbij de gefinancierde goederen op enigerlei wijze “zekerheid” voor de financier verschaffen. Bij financiering van bodemzaken is die zekerheid er echter vaak niet en dat leidt er toe dat financiering niet of minder makkelijk en dan vaak tegen hogere kosten kan worden gerealiseerd. Het spreekt voor zich dat de “BV-Nederland” hierdoor in haar belangen wordt geschaad.

¹⁴ Bijv. Rechtbank Amsterdam 14-07-2021 ECLI:NL:RBAMS:2021:3827 en JOR 2021/286

2. Het bodem(voor)recht is in de kern een onrechtvaardig en discriminerend instrument omdat het zich vooral richt op bedrijven die uit de aard van hun activiteiten bodemzaken onder zich hebben, zoals bijvoorbeeld de maakindustrie, datacenters en agrarische bedrijven. Er was een tijd dat de agrarische sector en de maakindustrie het grootste deel van de bedrijvigheid in Nederland vormden, maar dat is vandaag de dag allang niet meer zo. Het bodem(voor)recht maakt bij de toepassing aldus een vreemd, willekeurig en niet te rechtvaardigen onderscheid tussen bedrijven van verschillende aard. Daar komt bij dat de maakindustrie en agrarische sector kapitaalintensief zijn en in grote mate afhankelijk van externe financiering.
3. De regelgeving rondom het bodem(voor)recht is complex. Die complexiteit geldt zoals hierboven al is aangegeven, in versterkte mate voor lease. Dit leidt tot een administratieve belasting terwijl er nooit echt zekerheid is of een gekozen model nu wel of niet waterdicht is. Dit alles leidt tot hogere (transactie- en risico)kosten van financiering van bedrijfsmiddelen, een langer en intensiever aanvraagproces en (indien van toepassing) vertraging van de afwikkeling bij insolventie of langdurige rechtszaken. Ook de Belastingdienst moet capaciteit en kennis voor het bodem(voor)recht reserveren, die (hoogstwaarschijnlijk) beter en met meer nut op andere terreinen van het belastingrecht aangewend kan worden.
4. De opbrengsten van het bodem(voor)recht voor het Rijk zijn - niettegenstaande herhaalde oproepen van diverse stakeholders om dit te inventariseren - nooit cijfermatig aangetoond door de Belastingdienst. Dit is merkwaardig omdat beweerd wordt dat de opbrengst aanzienlijk is - dan moet die toch relatief makkelijk in kaart te brengen zijn? Het is de overtuiging van (niet alleen) Leasing Nederland-NVL dat de opbrengsten van het bodem(voor)recht voor het Rijk bij lange na niet opwegen tegen de financiële voordelen voor de BV-Nederland als het bodem(voor)recht niet zou gelden. Het bodem(voor)recht is om die reden '*penny wise, pound foolish*'.
5. Zoals ook aangegeven door diverse stakeholders is het algemeen bekend dat in de praktijk de opbrengsten van het bodem(voor)recht vaak en grotendeels 'door de boedel lopen'. Door de bestaande regels van het faillissementswet mag de curator, als er onvoldoende opbrengsten zijn om boedelschuldeisers te voldoen, zijn salaris verhalen op de opbrengst van de bodemzaken, waardoor en voor de belastingdienst weinig of niets overblijft. Dat rechtvaardigt de stelling dat het bodem(voor)recht per saldo voor het Rijk helemaal niets of nagenoeg niets oplevert. Het bodem(voor)recht leidt dus tot een oneigenlijk gevolg, namelijk het betalen van het salaris van de curator in die gevallen waar bodemzaken tot de boedel behoren. Dat de curator een essentiële rol speelt in de afwikkeling van faillissementen en het detecteren van fraude wordt door niemand betwist, echter de vergoeding hiervoor dient op een andere wijze geregeld te worden.

6. Het instrument kan de toets van moderne wetgeving niet doorstaan en is in Europees verband een unicum wat niet alleen aan buitenlandse investeerders moeilijk uit te leggen is, maar ook haaks staat op een uniforme Europese insolventieregeling.
7. Het bodem(voor)recht schaadt de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven in genoemde sectoren omdat het bij het financieren van cruciale productiemiddelen een forse beperking oplevert. Het vestigingsklimaat van Nederland staat onder druk en een complexe regeling zoals het bodem(voor)recht versterkt dat. Daarentegen zou afschaffing van het bodem(voor)recht de voorspelbaarheid van financieringen en de afwikkeling daarvan bevorderen en een positieve bijdrage leveren aan het vestigingsklimaat.

Nu er een redelijke unanimiteit is dat het bodem(voor)recht een rem op de financiering van het MKB zet en zelfs een blokkade kan zijn, vele partijen in het kredietproces met extra administratief werk en kosten opzadelt, terwijl de opbrengst voor het Rijk (nagenoeg) nihil is, dan kan de conclusie enkel zijn dat afschaffing zich opdringt.

4. Onwenselijke gevolgen van afschaffing ondervangen

De Belastingdienst is van mening dat welk alternatief voor het bodem(voor)recht er ook bedacht wordt, inclusief de afschaffing ervan, "budgetneutraliteit" voor het Rijk voorop moet staan. Afschaffing van het bodem(voor)recht slaat zoals hierboven al is uiteengezet geen (groot) gat in de schatkist. Integendeel, naar de overtuiging van Leasing Nederland-NVL levert afschaffen van het bodem(voor)recht (macro economisch) een voordeel voor de BV-Nederland op. Immers de opbrengst blijft al jaren grotendeels achter in het faillissement van de belastingschuldige en de financiële kosten van het bodem(voor)recht als systeem dienen te moeten worden meegewogen.

Leasing Nederland-NVL ziet dus geen noodzaak om het bodem(voor)recht te vervangen door bijvoorbeeld een directe afdrachtplicht van zekerheidsgerechtigden van een deel van de opbrengst van hun zekerheid aan de belastingdienst. Dat zou een de facto niet bestaand gat dichten.

Een gevolg van de afschaffing van het bodem(voor)recht is wel dat de curator die het faillissement van een belastingschuldige afwikkelt minder middelen in de faillissementsboedel overhoudt om zijn eigen kosten te voldoen. Een dergelijke afschaffing zou de zogenaamde 'lege boedelproblematiek' in bepaalde typen faillissementen vergroten. Gezien het maatschappelijke belang van ordentelijke afwikkeling van faillissementen, is een alternatieve regeling nodig voor de salariëring van de curator. De vraag is of dat dan zou moeten gebeuren in de vorm van een verplichte afdrachtplicht van zekerheidsgerechtigden van een deel van de opbrengst van hun zekerheid aan de curator. Leasing Nederland-NVL vindt van niet.

Leasing Nederland-NVL onderschrijft de relevantie om een oplossing te vinden voor de lege boedelproblematiek. Het maatschappelijke en economische belang bij een goede afwikkeling van faillissementen is groot. Leasing Nederland-NVL wijst erop dat een goede afwikkeling van faillissementen niet alleen in het belang is van de schuldeisers van de failliet maar dat ook maatschappelijke belangen een belangrijke rol spelen. Dit rechtvaardigt dat de overheid – zo nodig – een structurele bijdrage levert als er sprake is van een lege boedel en een afwikkeling van het faillissement daardoor wordt belemmerd. Dit geldt eens te meer nu door de wetgever zelf het takenpakket van de curator, met name op het gebied van fraudebestrijding, juist is verzaamd. Ook de wijze waarop thans wordt omgegaan met milieu- of andere bestuursrechtelijke verplichtingen legt een extra taak op de curator die vele malen ruimer is dan de oorspronkelijk aan de curator in de Faillissementswet toegedichte taken. Er kan niet langer verdedigd worden dat de curator slechts een rol vervult in het kader van een algeheel beslag op de goederen van schuldenaar. De maatschappelijke belangen die een curator in ogenschouw dient te nemen brengen met zich dat het gerechtvaardigd is dat de daarmee gemoeide kosten ten laste van de maatschappij worden gebracht, en niet uitsluitend ten laste van de schuldeisers van de desbetreffende schuldenaar of van de curator van die schuldenaar.

Leasing Nederland-NVL is van mening dat er andere bronnen kunnen worden aangeboord om het salaris van de curator uit te betalen. Idealiter wordt met dit doel een financieringsfonds in het leven geroepen dat gevuld wordt met gelden uit nader te bepalen bronnen en dat de uitkering van het salaris verzorgt.¹⁵

Voor het vullen van dergelijk fonds kan gedacht worden aan de betaling van een bijdrage bij elke inschrijving van een onderneming in het Handelsregister. Er zijn echter andere mogelijkheden geopperd en te bedenken¹⁶. Leasing Nederland-NVL roept de stakeholders op dit te inventariseren.

5. Voorkomen van negatieve effecten op leasing

Bepaalde stakeholders hebben gepleit voor een afdrachtplicht van een klein, nog nader te bepalen percentage van de opbrengst van een deel van de zekerheden aan de belastingdienst en de curator. Leasing Nederland pleit, indien deze afdrachtplicht zou worden ingevoerd, voor een uitzondering van lease.

5.a. Operational lease en huurkoop

Bij afschaffing van het bodem(voor)recht zijn er geen valide redenen om de eigenaar van een roerende zaak een afdrachtplicht op te leggen. Dat zou een vergaande en ongefundeerde inbreuk zijn op het

¹⁵ In INSOLAD-verband is bedacht dat dit fonds dat vergoedingen betaalt aan lege boedels wordt gevuld met een startkapitaal van de staat en een bijzondere heffing bij de oprichting van rechtspersonen.

¹⁶ Zie Mr. M. van Wingerden LL.M en mr. Ing. H.J. Damkot: Insolad Jaarboek 2022: Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken.

eigendomsrecht. Daarbij is evenmin relevant of de eigendom is gebaseerd op een huurovereenkomst/operationele lease of een huurkoop/financiële lease. Kortom: eigendom is eigendom en deze blijft buiten scope voor enige afdrachtplicht.

5.b. Financial lease op basis van verpanding

Leasing Nederland staat ook voor een financiële lease op basis van verpanding afwijzend tegenover een generieke afdrachtplicht. Leasing is een relatief eenvoudig financieringsproduct dat vooral voor het MKB belangrijk en aantrekkelijk is. De leasener heeft geen extra onderpand of eigen vermogen nodig en kan zonder complexe aanvraagprocedures en contracten een investering in materieel (bedrijfsmiddelen) dat noodzakelijk is voor zijn bedrijf financieren.

Een leasemaatschappij is bij een financiële lease met een pandrecht op het leaseobject 'separatist'.¹⁷ Een separatist hoeft geen enkele afdracht of bijdrage te betalen aan de curator, tenzij de leasemaatschappij expliciet aan de curator vraagt diensten voor de leasemaatschappij te verrichten. In dat geval is de zogenaamde Separatistenregeling van toepassing.¹⁸ Op basis hiervan komen leasemaatschappij en curator een boedelbijdrage overeen. De Separatistenregeling is opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken en INSOLAD met medewerking van Recofa en werkt in de dagelijkse praktijk voor banken en curatoren goed. Er is om die reden geen aanleiding om zaken te wijzigen.

Het beperken van de positie van de leasemaatschappij als separatist en het opleggen van een afdrachtplicht (of enige vergelijkbare regeling) heeft per direct zwaarwegend negatieve gevolgen voor de financieringsmogelijkheden van bedrijven. Immers als de separatist/leasemaatschappij een deel van de opbrengst van zijn "zekerheid" (het leaseobject) zou moeten afstaan, neemt de risicopositie van de leasemaatschappij toe. Een leasemaatschappij 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 afdrachtplicht af en gelijktijdig neemt het verliesrisico voor de leasemaatschappij toe. Het probleem hier is dat een afdracht die zich materialiseert in 'slechts' enkele gevallen per jaar, te weten faillissementen, een impact heeft op het acceptatiebeleid in alle gevallen.

Dit toenemende verliesrisico speelt bij lease een wezenlijk belangrijker rol dan bij banken die als financier van de kredietnemer een algemene "subjectfinanciering" verstrekken. De leasemaatschappij is een objectfinancier en financiert door zijn specifieke kennis van (de markt van) het leaseobject veelal 100% van de investering. Dat is een groot voordeel voor de kredietnemer, aangezien deze geen eigen middelen hoeft vast te leggen om de investering in het bedrijfsmiddel te kunnen realiseren.

¹⁷ Artikel 57 lid 1 Fw,

¹⁸ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/cbm/separatistenregeling.pdf>

Om dezelfde reden maakt de leasemaatschappij bij een faillissement van de lessee meestal geen of maar zeer beperkt gebruik van de diensten van de curator. De leasemaatschappij neemt het leaseobject zelf in en maakt dat via de eigen kanalen en kennis van de markt te gelde. Zo is de leasemaatschappij in staat een optimale opbrengst te verkrijgen. Indien de volledige vordering van de leasemaatschappij niet kan worden verhaald op het leaseobject, resteert een ongesecureerde concurrente vordering op de boedel. De leasemaatschappij 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 leasemaatschappij heeft niet, zoals financiers (banken) die niet 100% op specifieke objecten financieren en/of mede op basis van de financiële goedgeheid van de kredietnemer krediet verstrekken, een buffer in zijn zekerhedenpositie die een lagere opbrengst als gevolg van een verplichte afdracht kan opvangen. Een afdrachtplicht zal leiden tot een toename van de verliezen die leasemaatschappijen lijden op hun leases. Dit zal dus direct leiden tot hogere prijzen in de leasemarkt en/of minder leasefinancieringen.

Voor het geval invoering van een generieke afdrachtplicht zou worden overwogen, dan wijzen wij op voorhand op het invoeringsscenario van dergelijke afdracht. Zou deze gelden voor bestaande contracten, of enkel van toepassing zijn voor nieuwe contracten? Indien bestaande contracten in scope zouden zijn, kan dit een onmiddellijke impact hebben in de vorm van voorzieningen die moeten worden aangelegd op de portefeuille, en dus ook op het kapitaalbeslag van leasemaatschappijen en banken. Verder zal introductie van een afdrachtplicht bij veel leasemaatschappijen leiden tot aanpassingen van kapitaalverplichtingen hetgeen de negatieve effecten verder zal versterken.

Mocht een wettelijke (opbrengst)afdrachtplicht toch worden overwogen, dan pleit Leasing Nederland op basis van bovenstaande argumenten voor een nultarief voor lease. Om afbakeningsproblemen tussen een financiële lease met een pandrecht en een bancaire lening te voorkomen, geeft Leasing Nederland het volgende in overweging.

Een leasemaatschappij vestigt vrijwel altijd een specifiek pandrecht op alleen het gefinancierde object, terwijl banken standaard werken met een algemeen of generiek pandrecht op alle roerende zaken. Dat onderscheid (dat ook in de eerdergenoemde vrijstellingsregeling meldingsplicht die in de Leidraad Invordering staat) geeft een helder onderscheidend criterium: als een financier slechts een specifiek pandrecht heeft op een object, staat daarmee vast dat hij dat specifiek heeft gefinancierd en daarmee is het een pandlease met een nultarief.

6. Conclusie en aanbeveling

Om redenen als hiervoor aangegeven pleit Leasing Nederland-NVL voor integrale afschaffing van het bodemvoorrecht. Juridische eigendom in alle vormen dient gerespecteerd te worden. Onnodige belemmeringen voor de financiering van het MKB dienen weggewerkt te worden.

De lege-boedelproblematiek dient – als breed maatschappelijk probleem – nader in kaart te worden gebracht en daarvoor dienen oplossingen te komen. Suggesties en voorstellen hiervoor (zoals ook in dit document aangestipt) zijn voorhanden. De huidige werkwijze, waarbij een beperkte boedelbijdrage door curatoren wordt gevraagd voor afwikkeling van eigendomsvoorbehoud en terugname van eigendommen en/of afgifte van verpande zaken kan gehandhaafd blijven.

(get.) P.-J. Bentein

Secretaris-generaal Leasing Nederland-NVL