



Nederlandse Vereniging  
van Leasemaatschappijen



FACTORING & ASSET BASED FINANCING  
ASSOCIATION NETHERLANDS

Amsterdam, 29 april 2013

## Position Paper

**De Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL) en de Factoring&Asset Based Financing Association Netherlands (FAAN) willen geen aantasting van hun separatistenpositie. Zij zijn om die reden tegenstander van voorstellen die leiden tot een wettelijke afdrachtplicht of tot inperking van het recht van parate executie.**

### Inleiding

De brancheorganisaties van Nederlandse *asset-based* financiers NVL en FAAN hebben met grote zorg kennis genomen van voorstellen die recent door bepaalde *stakeholders* bij faillissementen zijn gedaan tot aanpassing van de huidige Faillissementswet en/of het Burgerlijk Wetboek voor zover deze voorstellen zijn gericht op het beperken van de rechten van zekerheidsgerechtigden (separatisten).

Naar Nederlands recht zijn de hypotheekhouder en de pandhouder separatist. De separatist heeft in het recht om ongestoord binnen de kaders van het huidige wettelijk systeem bezwaarde activa te executeren en het recht om zich op de opbrengst te verhalen, juist ook in faillissement. Het recht van de zekerheidsgerechtigde om ten gunste van hem bezwaarde goederen uit te winnen door executie en om verhaal te nemen op de opbrengst alsof er geen faillissement is wordt separatisme genoemd.

### De gewraakte voorstellen

Er zijn twee min of meer uitgewerkte voorstellen (in verschillende varianten) gedaan door *stakeholders* bij faillissementen die naar het oordeel van NVL en FAAN op ernstige bezwaren stuiten en die daarom niet zouden moeten opgevolgd. Het gaat om:

- (i) het voorstel om wettelijk verplicht te stellen dat de separatist een percentage van de opbrengst van geëxecuteerde goederen moet afdragen (een afdrachtplicht), en/of
- (ii) het afschaffen van het separatisme door de curator het monopolie te geven om bezwaarde goederen te executeren (een executiemonopolie van de curator).

De NVL en de FAAN zijn van mening dat deze voorstellen een aanzienlijke negatieve impact zullen hebben op het vlak van financiering van het bedrijfsleven, zowel het MKB als grote bedrijven. De indieners lijken in het geheel voorbij te gaan aan deze consequenties.

## **Ad (i) Geen inperking onderpandwaarde door afdrachtplicht**

### **NVL en FAAN over een afdrachtplicht**

Een afdrachtplicht zou een ernstige inbreuk vormen op de in het Burgerlijk Wetboek en de huidige Faillissementswet gewaarborgde rechten van de zekerheidsgerechtigden. Dit raakt zowel de pandhouder als de hypotheekhouder. Volgens de voorstellen die zijn gedaan zouden de pandhouder en de hypotheekhouder na uitwinning van hun verhaalsobjecten een percentage van de opbrengst moeten afdragen ongeacht de omvang van de restantvordering van deze crediteuren en ongeacht de behoefte aan een dergelijke afdracht bij de boedel of andere crediteuren. Afgedragen zou moeten worden aan de faillissementscurator, aan de fiscus of wellicht aan allebei. De gedachten van de voorstanders lopen verder uiteen over de hoogte van het percentage, over de vraag of er een staffel moet komen waardoor het percentage afhankelijk is van de hoogte van de opbrengst, en over de vraag of deze afdrachtplicht moet gelden ten aanzien van alle of slechts bepaalde goederen (bijvoorbeeld alleen de zogenaamde bodemzaken).

### **Voorstanders van een afdrachtplicht en hun argumenten**

Deze voorstellen over een afdrachtplicht worden gedaan door partijen die structureel betrokken zijn bij faillissementen in Nederland. Tot de partijen die deze nieuwe regels omarmen en deze actief uitdragen behoort de belangenverenigingen van curatoren in Nederland, INSOLAD. Deze vereniging hoopt zo de vergoedingen van curatoren veilig te stellen. Een afdrachtplicht zou kunnen helpen het zogenaamde "lege boedel"-probleem op te lossen. Daarmee wordt bedoeld op het (maatschappelijk) probleem dat na een faillissementsuitspraak blijkt dat de curator niet uit de baten van de boedel zelf kan worden betaald. INSOLAD wil het probleem van de onbetaald gebleven curator oplossen door het middel van aanpassen van de Faillissementswet. Het is niet verwonderlijk dat op een congres dat op 18 april 2013 werd gehouden in Amsterdam waar met name beroepscuratoren in de zaal zaten, een overgrote meerderheid van de aanwezigen zich uitsprak voor invoering van een afdrachtplicht.

*Eerder was door een commissie en het bestuur van INSOLAD intern al voorgesteld om de afdrachtpercentages te stellen op maar liefst 20% voor de pandhouder en 15% voor de hypotheekhouder. Dat direct bij invoering van een dergelijke regeling de banken in Nederland 'onder water' zouden komen te staan door het plotselinge ontstaan van onderdekking in bestaande hypotheekportefeuilles, was voor het INSOLAD-bestuur geen reden om deze voorgestelde percentages bij te stellen. Dit voorstel heeft het binnen INSOLAD gelukkig niet gehaald. Het INSOLAD-voorstel is uiteindelijk in december 2012 aan de Minister van Veiligheid en Justitie gezonden zonder percentages in te vullen. <sup>i</sup>*

De voorstellen tot afdracht worden ook door de fiscus als acceptabel gezien. De fiscus is bereid om, indien de baten van deze afdracht geheel of gedeeltelijk aan de fiscus toekomen (rechtstreeks of via de curator), in te stemmen met afschaffing van het door velen verfoeide bodem(voor)recht van de fiscus. De fiscus laat daarmee een financiële veer die via een meedeelregeling na afdracht door de separatist, voor haar kan worden gecompenseerd.

### **Onderbouwing kritiek NVL en FAAN op een afdrachtplicht**

Al deze voorstellen raken de positie van de *asset-based* financiers in Nederland onevenredig hard. *Asset-based* financiers, waaronder leasemaatschappijen en factoringmaatschappijen, financieren hun cliënten op een zeer hoog percentage van het aan hen verstrekte onderpand. Zo kan een leasemaatschappij aankoop van duurzame investeringsgoederen (waaronder in het bijzonder productiemiddelen) financieren tot 100% van de aankoopprijs. Factorbedrijven verschaffen ondernemingen werkkapitaal door het financieren van debiteurenportefeuilles tot wel 95% van de nominale waarde van openstaande handelsvorderingen die aan de factor zijn verpand. Het mag duidelijk zijn dat de invoering van een afdrachtplicht die ook voor dergelijke *asset-based* financiers geldt, grote gevolgen voor deze

partijen en voor hun cliënten – zowel MKB als grote bedrijven – zal hebben. Ook indien het – in de ogen van buitenstanders – om een gering afdrachtperscentage zou gaan, zou invoering van een dergelijke nieuwe spelregel onmiddellijke gevolgen hebben voor de bestaande posities van dergelijke financiers en zullen deze financiers hun beleid direct moeten aanpassen. Nieuwe posities zullen voortaan op een lager niveau van de werkelijke onderpandswaarde gefinancierd worden. Hetzelfde geldt voor gespecialiseerde hypotheekverstrekkers.

De *asset-based* financiers hebben geen baat bij afschaffing van het bodem(voor)recht van de fiscus wat als compensatiemaatregel is voorgesteld. Dit bodem(voor)recht ziet alleen toe op zogenaamde bodemzaken. Daartoe behoren niet de onroerende zaken, die het onderpand van de hypotheekverstrekker vormen. Daartoe behoren ook niet de handelsvorderingen die het onderpand van de factormaatschappij vormen. Dit betekent dat factoringmaatschappijen slechts een beperkt voordeel hebben van het afschaffen van de bijzondere rechten van de fiscus op bodemzaken. Leasemaatschappijen financieren wel bodemzaken (zoals machines en inventaris) maar dat is slechts een beperkt deel van de totale portefeuille van *leased assets*. Een afdrachtplicht ten aanzien van alle zaken is dus voor wat betreft leasing een onevenredig groot nadeel.

Bovendien zijn met de fiscus afspraken gemaakt voor de lease van bodemzaken. Sinds 1999 zijn leasemaatschappijen beschermd indien bodemzaken in operational lease zijn verstrekt. Bodemzaken die in financial lease of op basis van een pandrecht zijn verstrekt, worden sinds april 2013 beschermd tegen de sinds januari 2013 geldende nieuwe regels van melding (er moet dan sprake zijn van zuivere aankoopfinanciering). Deze afspraken, opgenomen in de Leidraad Invordering, zijn complex en verre van ideaal. Maar een leasemaatschappij kan er mee werken en vertrouwt erop dat indien aan de eisen van deze regeling is voldaan, het object volledig voor eigen verhaal beschikbaar is bij een eventueel faillissement van de lessee.

Het afschaffen van het bodem(voor)recht van de fiscus samen met de invoering van een afdrachtplicht is dus een zeer slechte ruil vanuit het perspectief van de *asset-based* financiers. Voor de fiscus kan dit budget-neutraal zijn (een vanuit die hoek gestelde voorwaarde), dit is het beslist niet voor de *asset-based* financier. De gevolgen van een algemene afdrachtplicht zijn niet gerechtvaardigd en invoering van zo'n wettelijke plicht is daarom niet aanvaardbaar.

Verplichte afdracht van een deel van de opbrengst is ook geen eigenlijk en geen doeltreffend middel om "lege boedels" te bestrijden. Door deze maatregel krijg je baten in boedels die niet leeg zijn, en geen baten in boedels die wel leeg zijn. Voor het aanpakken van lege boedels (en daarmee het maatschappelijk probleem dat een curator niet altijd geheel kan worden betaald om een behoorlijk faillissementsonderzoek te doen) zijn andere, veel effectievere, voorstellen gedaan. Zo is voorgesteld om een specifiek fonds te vormen dat beheerd wordt door een stichting. Dat fonds kan dan worden gevoed door heffingen bij oprichting van rechtspersonen (ook wel de zogenaamde "verwijderingsbijdrage" genoemd). Ook zijn er andere zinnige voorstellen gedaan om afwikkeling van faillissementen eenvoudiger te maken: de kosten van afwikkeling zijn nu vaak zinloos hoog.<sup>ii</sup>

Een wettelijke afdrachtplicht wordt ook niet gerechtvaardigd door het argument dat de curator actief is in het uitwintraject van bezwaarde goederen: voor het geval een curator actief is, geeft de Separatistenregeling duidelijkheid. Voor wat betreft activa die aan factoring- of leasemaatschappijen zijn ondergezet, speelt de curator geen relevante rol van betekenis bij het uitwinnen.

### **Positie NVL en FAAN indien er een afdrachtplicht zou komen**

Als er een wettelijke afdrachtplicht zou komen, dan moet deze in ieder geval niet betrekking hebben op verpande vorderingen of roerende zaken waarop de financier een specifiek pandrecht heeft. Een specifiek pandrecht (ook wel: een aankoop-pandrecht) is (anders dan een generiek of bank-pandrecht) een pandrecht op een specifiek bepaalde zaak dat is gevestigd tot

zekerheid voor een specifiek voor de aankoop van die zaak verstrekte financiering. De leasemaatschappij zou steeds in staat moeten blijven om dergelijk verpande zaken af te voeren en als vuistpandhouder uit te winnen zonder verplichting tot afdracht.

Als er een afdrachtplicht zou worden ingevoerd, kan wellicht worden opgenomen dat een leasemaatschappij met een stil pandrecht op een zaak alleen tot afdracht van een percentage van de opbrengst van de zaak verplicht is als deze er bij faillissement van de lessee bewust voor kiest om de zaak niet af te voeren maar om deze te laten staan bij de failliet. Dit zou een oplossing kunnen betekenen voor de financiering van omvangrijke of complexe productiemiddelen (denk aan de moeilijk af te breken productielijn of rotatiepers). Dergelijke objecten zijn thans bodemzaken en zijn in de regel niet of slechts tegen hoge kosten af te voeren. Afvoeren van deze objecten belemmert een vlotte doorstart van de onderneming. De afvoermethode is niet alleen (onnodig) duur maar bovendien schadelijk. De fiscus is eerder dit jaar in diverse gesprekken weigerachtig gebleken om hiervoor een specifieke regeling op te nemen. Als een afdrachtplicht wordt ingevoerd (als gezegd: niet geldend voor vorderingen of specifiek verpande zaken) zou opgenomen kunnen worden dat deze plicht wel geldt voor de pandhouder van de specifiek verpande zaak die besluit de zaak niet af te voeren.

#### **Ad (ii) Geen inperking separatisme door executiemonopolie curator**

In kringen van INSOLAD wordt ook de wens gehoord dat de curator exclusief belast moet worden met de verkoop van alle activa, dus ook – in de plaats van de separatist – van alle bezwaarde activa. NVL en FAAN hebben hiertegen ernstige bezwaren. De curator is in de regel aantoonbaar minder geschikt voor uitwinning van vorderingen (die tot op detailniveau bekend zijn in de computerbestanden van factoringmaatschappijen) of lease objecten (waarbij de leasemaatschappij vaak beschikt over terugkoopgaranties, of specifieke *asset* kennis, ook van de tweedehandsmarkten). De curator heeft geen relevante toegevoegde waarde bij het uitwinnen van activa die zijn bezwaard ten gunste van factoring- en leasemaatschappijen.

#### **Conclusies<sup>iii</sup>**

Door het invoeren van een afdrachtplicht of het afschaffen van recht van parate executie zouden de rechten van zekerheidsgerechtigden die in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet zijn verankerd ernstig worden aangetast. Dit raakt direct de belangen van de leden van de NVL en FAAN die gezamenlijk zorgen voor ruim 25 miljard (uitstaande) kredietverlening in Nederland. Deze kredietverlening wordt voor ruim drie kwart verstrekt aan het MKB. Er zijn door voorstanders van dergelijke hervormingen van het recht geen overtuigende argumenten aangevoerd. Wijziging in deze zin is niet gerechtvaardigd. Het bestaande wettelijk regiem is een fijnmazig geheel waarbij de belangen van alle *stakeholders* bij een faillissement op hoofdlijnen duidelijk zijn. Het thans, ten tijde van crises, bekijken en herijken van deze spelregels is spelen met vuur. Door het wijzigen van die spelregels in bovenbesproken zin worden de verhoudingen op scherp gezet en komt de financiering van het bedrijfsleven in Nederland (verder) in gevaar.

*Namens het Bestuur van de NVL en het Bestuur van de FAAN*

Peter-Jan Bentein  
Secretaris-Generaal NVL

Jan Berent Heukensfeldt Jansen  
Voorzitter FAAN

## Contact

Secretariaat NVL t.a.v. P.-J. Bentein  
Postbus 2307  
2002 CH Haarlem

Email: [peterjan.bentein@nvl-lease.nl](mailto:peterjan.bentein@nvl-lease.nl)

Telefoon: 0654 793 488

---

<sup>i</sup> Over het voorstel van een afdrachtregeling bestaat ook binnen INSOLAD kritiek. Het voorstel is dus ook binnen die organisatie controversieel. INSOLAD blijft in dit verband overigens stellen dat de Minister haar om dergelijke voorstellen had gevraagd. Echter de Minister heeft INSOLAD (en andere *stakeholders*) juist uitdrukkelijk gevraagd om niet-controversiële voorstellen tot herijking van de Faillissementswet en niet om voorstellen tot een dergelijke ingrijpende wijziging van de spelregels rond insolventies.

<sup>ii</sup> Te denken valt aan het terugdringen van de door de wetgever en de rechtspraak enorm opgeblazen boedelvorderingen. Het is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk dat de Hoge Raad (zelf mede verantwoordelijk voor het grenzenloze uitdijen van boedelvorderingen) in haar jaarverslag over 2012 de wetgever het voorstel aan de hand doet om maatregelen te nemen teneinde de positie van concurrente schuldeisers te versterken 'bijvoorbeeld door vaststelling van een bepaald percentage van de boedel dat altijd beschikbaar moet zijn ter verdeling onder zulke schuldeisers.' (Hoge Raad der Nederlanden, Jaarverslag 2012, 19 april 2013, p. 18).

<sup>iii</sup> Veel van de bovengenoemde argumenten gelden ook voor voorstellen die zijn gedaan over een dwangakkoord buiten faillissement: als de separatisten gedwongen kunnen worden langs die weg een afslag van hun vordering te dulden zal *asset-based* dit gevolgen hebben voor de wijze van financiering en de hoogte van financiering verstrekt door financiers.