

25 februari 2022

POSITION PAPER
van de
NEDERLANDSE VERENIGING VAN LEASEMAATSCHAPPIJEN (NVL)
inzake het
CONSULTATIEDOCUMENT BETREFFENDE HET INSOLVENTIERECHT

Consultatie via overheid.nl

1. INLEIDING

De NVL heeft met belangstelling kennis genomen van de discussienota “Consultatiedocument betreffende het insolventierecht”. Via deze reactie draagt zij graag bij aan de verdere ontwikkeling van het insolventierecht in Nederland.

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 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 2021 goed voor een nieuw volume aan leasecontracten van ca. € 7 miljard euro. Van dit bedrag wordt 85% 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.

Over de impact van de energietransitie voor alle bedrijven

De energietransitie heeft tot gevolg dat bedrijven versneld zullen moeten investeren in nieuwe, emissie-arme of emissieloze bedrijfsmiddelen, denk aan emissiearme vrachtwagens, elektrische hijskranen of grondverzetmachines. Deze objecten zijn duurder in aanschaf dan de huidige aandrijvingsmodi én de vraag is groot, terwijl de productiecapaciteit relatief beperkt is. Gelet de zeer forse investeringsbehoefte is de verwachting dat bedrijven hun toevlucht zullen moeten nemen tot externe financiering. Dit geldt voor alle bedrijven, maar meer in het bijzonder zeker voor bedrijven in transport en logistiek, infrastructuur- en woningbouw, groen & grond, etc. Aangezien het in de meeste gevallen gaat om *leasebare* objecten, zal de behoefte aan leasing de komende jaren fors toenemen. Met andere woorden, de afhankelijkheid in de financieringsmix van leasing wordt de komende jaren alleen maar groter.

2. CONSULTATIEDOCUMENT BETREFFENDE HET INSOLVENTIERECHT

De NVL gaat in deze fase van het debat over het insolventierecht niet in op alle onderwerpen die in de discussienota aan de orde komen. De NVL kiest voor het uitlichten van belangrijke aspecten die in direct verband staan met leasing in Nederland. Deze position paper gaat in op onderwerpen/vragen die in de volgende onderdelen van de discussienota aan bod komen:

- 3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte
- 4.3 Het faillissement, meer in het bijzonder de problematiek rondom boedelschulden en lege boedelproblematiek
- 5.1 Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie, meer in het bijzonder een regeling over tussentijdse beëindiging van lopende contracten
- 5.5 Wetgevingstraject met als werktitel wet verbetering toezicht, beheer en vereffening

3. REACTIE NVL OP HOOFDSTUK 3.3 OPVANGEN VAN (TIJDELIJKE) LIQUIDITEITSKRAPTE

In hoofdstuk 3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte wordt een aantal mogelijkheden genoemd voor ondernemers om liquiditeitskrapte op te vangen. In aanvulling op of nadere specificering van deze mogelijkheden attendeert de NVL op de rol die leasemaatschappijen daarbij kunnen spelen, mits bestaande knelpunten daarvoor worden weggenomen. De knelpunten komen voort uit het bodem(voor)recht van de fiscus. De leasebranche in Nederland verwacht dat met het wegnemen van knelpunten substantiële bedragen aan extra liquiditeit beschikbaar gesteld kunnen worden aan het MKB. Dit zou zwaar moeten wegen in het kader van een heroriëntatie op de hier gesignaleerde knelpunten.

In deze position paper gaat de NVL niet tot in detail in op haar standpunt ten aanzien van het bodem(voor)recht. De werking van het bodem(voor)recht wordt hier als bekend verondersteld.

Mogelijke rol leasemaatschappijen

In de eerste plaats noemt de NVL de mogelijkheid om op verzoek van een leasener medewerking te geven aan het **maken van nieuwe afspraken met betrekking tot een al lopende leaseovereenkomst**. Daarbij kan gedacht worden aan een aanpassing van de looptijd van de leaseovereenkomst of het geheel of gedeeltelijk verlenen van uitstel van betalen. Het gaat om het herstructureren van de leaseovereenkomst (of het zgn. ‘*stretchen*’).

In de tweede plaats noemt de NVL de mogelijkheid van een **sale-and-lease-back** (‘**SALB**’) van bedrijfsmiddelen die eigendom zijn van de leasener. Bij een SALB verkoopt de onderneming een bedrijfsmiddel aan de leasemaatschappij en wordt het eigendomsrecht aan de leasemaatschappij overgedragen. Het bedrijfsmiddel wordt gelijktijdig op basis van een leaseovereenkomst door de leasemaatschappij ter beschikking gesteld aan de onderneming. Deze krijgt hierdoor de beschikking over liquiditeit (de koopsom) en zal vervolgens periodiek leasetermijnen aan de leasemaatschappij verschuldigd zijn. Een SALB kan gesloten worden als operationele lease, waarbij de nadruk

uitsluitend op het gebruik van het bedrijfsmiddel door de onderneming is gericht, en waarmee een aantal risico's (zoals het restwaarderisico) naar de leasegever wordt verlegd. Een SALB kan ook gesloten worden als financiële lease, waarbij niet alleen het gebruik van het bedrijfsmiddel door de onderneming een rol speelt, maar ook het op termijn (opnieuw) in eigendom verkrijgen van het bedrijfsmiddel door de ondernemer.

Knelpunten voor leasing als gevolg van het bodem(voor)recht

1. Sale-and-Lease-Back ('SALB') is bodemrechtgevoelig, hierdoor wordt een dergelijke operatie vrijwel onmogelijk gemaakt

Het terughoudend beleid op grond van de Leaseregeling geldt – volgens de Belastingdienst – niet voor een bodemzaak die zich vóór de SALB al op grond van een financiering in de macht van de lessee bevond. Wel wordt toepassing van de Aankoopfinancieringsregeling geaccepteerd als de SALB ingaat binnen drie maanden na aflevering van de bodemzaak bij de lessee, want hierbij gaat men uit van een nieuw object.

Het voorgaande betekent dat (relatief) oude(re) bodemzaken niet (her)financierbaar zijn zonder risico op toepassing van het bodemrecht. Het financieringspotentieel van – met name wat oudere – bodemzaken wordt daardoor niet of maar beperkt benut. Leasemaatschappijen zullen terughoudend zijn. Deze situatie treft met name bedrijven die *'asset rich, but cash poor'* zijn, denk aan industriële bedrijven met een fors afgeschreven machinepark, dat echter nog een lange technische en economische levensduur heeft. De onderneming zal deze waardevolle assets niet kunnen inzetten om liquiditeiten vrij te maken.

2. Voorwaarden Aankoopfinancieringsregeling zijn te stringent

De voorwaarden om een transactie als aankoopfinanciering te kwalificeren zijn stringent en beknellend om oplossingen te kunnen vinden voor ondernemingen die het (tijdelijk) financieel

moeilijk hebben. Dit geldt met name voor de volgende situaties (in welk geval de meldingsplicht dan onverkort geldt):

- a. Ter zake van de financiering is een betalingsachterstand ontstaan die ten tijde van het (beoogde) uitoefenen van rechten op de bodemzaak (zoals terugnemen van de zaak door de leasegever) meer dan vier maanden heeft voortgeduurd.
- b. De aankoopfinanciering is tot stand gekomen na verloop van drie maanden na de initiële machtsverschaffing van de individuele bodemzaak aan de onderneming.

Daarnaast geldt dat een lease waarvoor de Aankoopfinancieringsregeling geldt en die wordt verlengd 'beschermd' blijft op grond van de Aankoopfinancieringsregeling, mits de verlenging geen verband houdt met betalingsproblemen maar (alleen) met langer gebruik. Bij verlenging in verband met betalingsproblemen (stretchen) geldt de bescherming op grond van de Aankoopfinancieringsregeling niet meer¹. Dit is beknellend en beperkend om oplossingen te kunnen vinden voor ondernemingen die het (tijdelijk) financieel moeilijk hebben. Hier is dus een aanpassing noodzakelijk.

3. Omvangrijke bodemzaken zijn bodemrechtgevoelig

Financierbaarheid van omvangrijke bodemzaken (zoals productielijnen en grote machines) wordt negatief beïnvloed door de omstandigheid dat het uiterst kostbaar is om de zaken (voortijdig) terug te nemen met gebruikmaking van de mogelijkheden onder de Aankoopfinancieringsregeling. De continuïteit van de onderneming wordt dan ook direct geraakt en een doorstart aanmerkelijk bemoeilijkt. Een (meer) algemeen geldende vrijstellingsregeling voor het afvoeren van de bodemzaken zonder dat ze door het bodemrecht worden geraakt zou hier een oplossing voor kunnen bieden. Via leasing zou voor ondernemers meer ruimte kunnen ontstaan om te investeren in de onderneming.

¹ Verlenging van de lease als gevolg van betalingsproblemen als gevolg van 'Corona' is wel toegestaan.

4. Oplopende belastingschulden

Uitstel van invorderingsmaatregelen en daarmee ook de toepassing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht door de Belastingdienst is voor leasemaatschappijen in hoge mate knellend. Door niet over te gaan tot invordering nemen de belastingschulden waarvoor het bodemrecht en het bodemvoorrecht ingezet kunnen worden regelmatig in (zeer) aanzienlijke mate toe. In feite betekent dit dat de 'pijn' daarmee door de Belastingdienst wordt verlegd naar de leasemaatschappijen die geconfronteerd worden met een groter risico dat zaken die hen toebehoren of aan hen zijn verpand op een later tijdstip voor substantieel hogere belastingschulden worden uitgewonnen.

Leasemaatschappijen worden hierdoor indirect gedwongen om op te treden als 'mede-financier' voor een welwillend beleid van de Belastingdienst. Dit kan ondervangen worden door een aanvullende beleidsmatige beperking van het bodemrecht en het bodemvoorrecht: voor belastingvorderingen die ontstaan na het moment waarop uitstel is verleend of vanaf het moment waarop de Belastingdienst tot invordering had kunnen overgaan blijft de toepassing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht achterwege. Een ander alternatief kan zijn dat de Belastingdienst bij uitstel bij de belastingschuldige informeert naar rechtsverhoudingen met leasemaatschappijen en dat de betreffende leasemaatschappijen dan door de Belastingdienst worden geïnformeerd over het getroffen uitstel of een betalingsregeling. De leasemaatschappijen kunnen dan opkomen voor hun gerechtvaardigde belangen.

Conclusie inzake het bodem(voor-)recht

Het bodem(voor-)recht levert beperkingen op, die hun onmiddellijke invloed doen gelden op het vlak van het productaanbod van leasegevers. Het gevolg hiervan is dat kansen gemist worden om het MKB financieringsmogelijkheden te geven, die bij het ontbreken van het bodem(voor-)recht wèl mogelijk zouden zijn. Op de leasemarkt zijn bepaalde spelers² reeds aantoonbaar succesvol met het aanbieden van SALB ten aanzien van zaken waarop geen risico's worden gelopen met betrekking tot het bodem(voor)recht (dus: niet-bodemzaken). Door het wegnemen van beperkingen wordt het

² Bijvoorbeeld: [Beequip](#)

mogelijk om dat succes uit te breiden richting SALB met betrekking tot zaken die nu als bodemzaken worden aangemerkt. Hier ligt dus een taak voor de wetgever, zodat het MKB succesvol extra liquiditeit kan genereren dankzij leasemaatschappijen.

De onbedoelde keerzijde van het bestaan van het bodem(voor-)recht is dat er een onbenut potentieel bestaat om liquiditeitskrapte van ondernemers op te lossen en om ondernemingen te bestendigen of te laten groeien. Door dergelijke beperkingen loopt de Belastingdienst financiële middelen mis. Immers, minder ondernemingsactiviteiten is automatisch minder te heffen omzetbelasting. Belangrijker, financiële middelen die beschikbaar zouden kunnen komen via oplossingen waarbij leasemaatschappijen een cruciale rol spelen, zijn door de gesignaleerde knelpunten niet of in mindere mate beschikbaar, terwijl die financiële middelen ook juist ingezet zouden kunnen worden om belastingschulden te voldoen.

4. REACTIE NVL OP HOOFDSTUK 4.3 HET FAILLISEMENT, MEER IN HET BIJZONDER DE PROBLEMATIEK RONDOM BOEDELSCHULDEN EN LEGE BOEDELPROBLEMATIEK

In hoofdstuk 4.3 Het faillissement wordt onder het subonderdeel ‘De taak van de curator’ aandacht gevraagd voor de problematiek rondom boedelschulden en de lege boedelproblematiek.

Algemene wettelijke regeling omtrent boedelschulden

De NVL staat positief tegenover een heldere algemene wettelijke regeling rondom boedelschulden. Omdat de boedelschulden – zowel de kwalificatie van welke schulden als boedelschuld kwalificeren als de omvang van dergelijke schulden - grote invloed hebben op de wijze van afwikkeling van een faillissement is het niet langer houdbaar dat daarvoor geen helder en eenduidig toe te passen wettelijk kader bestaat. Daar komt nog bij dat de Hoge Raad onlangs heeft bepaald dat ook wettelijke of contractuele vertragingsrente over een boedelschuld op haar beurt weer kwalificeert als boedelschuld, hetgeen tevens in het wettelijk kader kan worden meegenomen.

Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel (i) hetzij ingevolge de wet, (ii) hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, (iii) hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Door de verbreding van de taak van curatoren en (veranderende) opvattingen omtrent door de curator in zijn hoedanigheid na te leven verbintenissen of verplichtingen (categorie 3 van de boedelschulden) worden steeds meer kosten ten laste van de schuldeisers (van een schuldenaar) gebracht. Een goed voorbeeld hiervan betreft de in het Consultatiedocument aangehaalde problematiek omtrent milieuverplichtingen en de rol die de curator daarin blijkens jurisprudentie op zich heeft gekregen. Die rol lijkt niet goed te rijmen met de gedachte dat een curator belast is met het afwikkelen van een algemeen faillissementsbeslag op de goederen van een schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Als gevolg van de in de rechtspraak aangenomen rol kunnen er aanzienlijke financiële verplichtingen ten laste van de boedel komen. Hiermee is buiten het wettelijk stelsel van voorrang bij verhaal op het vermogen van een schuldenaar een superpreferente vordering van overheidsorganen gecreëerd, welke zonder verificatie afgewikkeld behoort te worden. Er kunnen (maatschappelijke) overwegingen bestaan om een curator aan te wijzen als een persoon die een centrale rol kan spelen bij de afwikkeling van milieuverplichtingen, maar daarmee is niet gezegd dat de uit milieuverplichtingen voortvloeiende financiële verplichtingen als boedelschuld aangemerkt dienen te worden. Er bestaat behoefte aan een diepe herbezinning op die taak en de rang die vorderingen die voortvloeien uit dit soort verplichtingen innemen in het wettelijke stelsel. In het kader van een algemene wettelijke regeling omtrent boedelschulden kan hieromtrent een debat plaatsvinden. Mocht het al gerechtvaardigd zijn dat dergelijke maatschappelijke kosten ten laste komen van de gezamenlijke schuldeisers, dan pleit de NVL ervoor om verplichtingen voortvloeiende uit al voor het faillissement bestaande milieuverplichtingen aan te merken als concurrent te verifiëren vorderingen.

De slotsom is dat het door de Hoge Raad meermaals herhaalde criterium voor boedelschulden als leidraad kan dienen in het debat. Er bestaat behoefte aan een duidelijker kader omtrent boedelschulden die voortvloeien uit de derde categorie boedelschulden.

Lege boedelproblematiek

Over deze problematiek heeft de NVL eerder haar standpunt kenbaar gemaakt. Met name in haar position paper van 15 oktober 2018 is gereageerd op de brief van de Minister voor Rechtsbescherming 33 695 Faillissementsrecht Nr. 17 d.d. 11 september 2018 inzake de Herijking van de Faillissementswet – WCO III. Nadien heeft de NVL nogmaals naar aanleiding van de recente plannen rond de Herijking Faillissementswet op 8 maart 2021 een position paper ‘De impact van WCOIII-voorstellen op leasing’ gepubliceerd. Volledigheidshalve worden deze position papers hierbij als integraal onderdeel van de reactie van de NVL op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht als [bijlage 1 en 2](#) aangehecht. De essentie daarvan is ook opgenomen in onderstaande reactie. Na een korte algemene beschouwing volgen de antwoorden en reactie op de gestelde vragen. De vragen zijn gemakshalve (in cursief) herhaald.

Algemene beschouwing inzake ‘lege boedels’

De NVL onderschrijft de relevantie om een oplossing te vinden voor de zogenaamde lege boedelproblematiek. Het maatschappelijke en economische belang bij een goede afwikkeling van faillissementen is groot. De 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, welke taak niet strookt met de oorspronkelijke gedachten omtrent de taak van de curator ten tijde van de invoering van de Faillissementswet. 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.

Lege boedels worden nu (grotendeels) afgewikkeld op kosten van het betreffende advocatenkantoor van de curator in de gedachte dat het “verlies” door de curator maar moet worden “gecompenseerd” met verdiensten voor het advocatenkantoor bij andere faillissementen. Het suggereert dat in faillissementen met “rijke” boedels de curator (mogelijk) meer salaris en andere opbrengsten voor het kantoor zou moeten realiseren om de hiervoor bedoelde “compensatie” mogelijk te make. Dit beoordeelt de NVL als onzuiver en het geeft verkeerde prikkels bij de afwikkeling van rijke boedels. De NVL meent dat de overheid hier – indien nodig – verantwoordelijkheid in moet nemen en een financieel vangnet zou moeten bieden aan curatoren voor een ordentelijke afwikkeling van een lege boedel.

Als de overheid een vangnet als hiervoor niet kan of wil bieden dan zijn er alternatieven denkbaar en ook eerder voorgesteld. Daar gaat de NVL bij de beantwoording van de vragen verder op in.

Antwoorden / reactie

Vraag: Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC-onderzoek – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van de preventieve maatregelen, zoals beschreven in paragraaf 3, dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst (in afwijking van de wettelijke rangorde)? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

Ja. Een herverdeling van opbrengsten impliceert een wijziging van de wettelijke rangorde. Zoals ook uit de Consultatie volgt kleven daar grote nadelen aan. Preventie heeft de voorkeur om de instroom van faillissementen te verminderen.

Vraag: Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

Nee. Ter toelichting het volgende.

In de vraagstelling wordt uitgegaan van een zekerheidsgerechtigde schuldeiser met pandrecht op activa. Een lease waarbij de leasemaatschappij eigenaar is van het geleasede object is derhalve niet *in scope*, zo begrijpt de NVL. Een leasemaatschappij die op basis van huur (doorgaans operational lease of short term rental) en huurkoop (financial lease) een leaseovereenkomst heeft gesloten zal derhalve (sowieso) niet onderworpen worden aan een afdrachtplicht. Daar is ook alle reden voor. Eigendomsrechten zijn een belangrijke hoeksteen van ons vermogensrecht en die rechten zouden niet mogen worden aangetast, ook niet in faillissement.

Een eventuele afdrachtplicht zou dan betrekking hebben op een lease in de vorm van een lening met een pandrecht op het geleasede object (pandlease). Ook ten aanzien van een dergelijke lease staat de NVL afwijzend tegenover een afdrachtplicht en dat licht zij hierna toe. Die argumenten doen – voor de goede orde – ook opgeld voor leasevormen waarbij de leasemaatschappij eigenaar van het object is.

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 (bedrijfsmiddelen) dat noodzakelijk is voor zijn bedrijf financieren. Het belang van lease voor de economie is hiervoor al toegelicht.

Het beperken van de positie van de separatist en het opleggen van een afdrachtverplichting (of enige vergelijkbare regeling) heeft per direct zwaarwegend negatieve gevolgen voor de financieringsmogelijkheden van bedrijven. Immers als de separatist een deel van de opbrengst van

hun “zekerheid” (het leaseobject) moeten afstaan, neemt de risicopositie van de leasegever 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 afdrachtverplichting 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 “subjectfinanciering” verstrekken. Zoals eerder aangegeven financiert de leasemaatschappij door zijn specifieke kennis van (de markt van) het leaseobject 100% van de investering. Om dezelfde reden maakt de leasemaatschappij bij een faillissement van de lessee meestal geen gebruik van de diensten van de curator, maar maakt de leasemaatschappij het leaseobject 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% financieren en/of mede op basis van de financiële goedgeheid 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 lijden op hun leases. Dit zal dus direct leiden tot hogere prijzen in de leasemarkt en/of minder leasefinancieringen.

In dit verband dient ook nagedacht te worden over 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 moeten leiden tot aanpassingen van kapitaalverplichtingen hetgeen de negatieve effecten verder zal versterken. Mocht een wettelijke (opbrengst)afdrachtplicht toch worden overwogen, dan pleit de NVL voor een uitzondering voor lease. Een afdrachtplicht zou een onredelijk grote inbreuk maken op het product lease en leiden tot een vermindering van de financieringsmogelijkheden van met name het 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.

Uitgangspunten zouden moeten zijn dat:

a) boek 3 BW eigendom in alle vormen, zowel juridische eigendom bij huur (operational lease) als huurkoop en eigendomsvoorbehoud, *out of scope* is (mede ter voorkoming van verstoring van leasing en leveranciers die eigendomsvoorbehoud hanteren, wat voor het bedrijfsleven en de economie als geheel van groot belang is);

b) specifiek pandrecht op roerende zaken (met aankoopfinanciering tot 100% van de aankoopprijs) *out of scope* is. Het gaat daarbij om een pandrecht van de leasemaatschappij op alleen het gefinancierde leaseobject of de gefinancierde leaseobjecten, dit in tegenstelling tot het 'algemene' pandrecht van bijvoorbeeld banken op 'alle huidige en toekomstige roerende zaken'. Dit doet recht aan het fenomeen **objectfinancier** (leasemaatschappij) tegenover **subjectfinancier** (bank).

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 zou gehandhaafd kunnen blijven.

Het is de NVL bekend dat er door diverse stakeholders overleg is gevoerd over een mogelijke verplichte afdracht door separatisten van een percentage van de opbrengst van hun zekerheden aan de curator. Zoals hiervoor aangegeven heeft de NVL goede argumenten om lease geheel buiten scope te houden. Een suggestie die tijdens dat overleg is gedaan, betreft het afschaffen van het bodem(voor-)recht al dan niet in combinatie (als uitruil) met een vergelijkbare afdracht van (een gedeelte van) de opbrengst van roerende zaken en vorderingen of eventueel alleen van bodemzaken ten behoeve van de Belastingdienst. De NVL kijkt daar met gemengde gevoelens naar. Op het eerste gezicht lijkt dit een sympathieke gedachte die een einde maakt aan het zeer verouderd en beperkend voorrecht van de Belastingdienst waardoor de financiering van met name machines zou kunnen verbeteren. Echter als daarvoor in de plaats een afdracht komt die niet goed onderbouwd is en niet is gebaseerd op gedegen onderzoek over de actuele ‘opbrengst’ van het bodemrecht, is dit per saldo geen verbetering.

Vraag: Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

Ja. NVL heeft ook eerder voor een dergelijke regeling gepleit en gewezen op voorstellen die in het verleden zijn gedaan. Zie ook de reactie op de volgende vraag.

Vraag: Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?

De NVL meent dat nader onderzoek wenselijk is naar adequate oplossingen om lege boedels te bestrijden. In het verleden is al een oplossing bedacht via het jaarrekeningenrecht, namelijk door een ‘ijzeren cash’-storting of externe verzekering tot bijvoorbeeld € 10.000 in te voeren. Ook is er een voorstel van INSOLAD uit 2008 dat uitgaat van een “verwijderingsbijdrage” die bijvoorbeeld via een factuur van de Kamer van Koophandel geïnd zou kunnen worden.

5. REACTIE NVL OP HOOFDSTUK 5.1 TIJDELIJKE WET TRANSPARANTIE TURBOLIQUIDATIE, MEER IN HET BIJZONDER EEN REGELING OVER TUSSENTIJDSE BEËINDIGING VAN LOPENDE CONTRACTEN

Ondanks dat in deze en onderstaande hoofdstukken geen specifieke vragen meer zijn geformuleerd, wil de NVL op enkele punten reageren.

Er 'wordt onderzocht of er in dit verband nog behoefte bestaat aan een nieuwe regeling op basis waarvan ondernemers via de rechter lopende contracten tussentijds kunnen beëindigen.' De NVL is zeer terughoudend ten opzichte van extra wetgeving over het beperken van gemaakte contractuele afspraken. Zwaarwegend uitgangspunt is immers dat deze voor beide partijen bindend zijn. De wet biedt voldoende aanknopingspunten om tussen partijen afgesproken verbintenissen door de rechter (ambtshalve) te laten toetsen en aan te passen, te ontbinden of te vernietigen. Denk bijvoorbeeld aan artikel 6:94 BW (matiging boete), 6:233 BW (onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden), 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden). In geval van financiële nood kan de WHOA onder omstandigheden een uitkomst bieden.

6. REACTIE NVL OP HOOFDSTUK 5.5 WETGEVINGSTRAJECT MET ALS WERKTIKEL WET VERBETERING TOEZICHT, BEHEER EN VEREFFENING

In dit wetgevingstraject is onder meer gesproken over het bodemrecht en de separatistenregeling, alsmede de afdracht door de separatist aan de boedel. Wat deze punten betreft verwijst de NVL naar hetgeen zij hierboven omtrent de lege boedelproblematiek, de verplichte afdracht en het mogelijke afschaffen van het bodemrecht heeft opgemerkt.

7. OPENBAAR MAKEN *POSITION PAPER* EN BEREIDHEID VERDERE TOELICHTING VAN HAAR STANDPUNT

De NVL heeft geen bezwaar tegen openbaarmaking van deze *position paper*. De NVL zal dit document zelf ook publiceren op haar website: www.nvl-lease.nl. De NVL is bereid tot een nadere

toelichting op haar standpunten en neemt in dat kader graag deel aan een te organiseren gespreksronde over de verdere ontwikkeling van het insolventierecht.

Hoogachtend,

Namens het bestuur van Leasing Nederland – NVL

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

Bijlagen

1.

Position Paper dd. 15 oktober 2018 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

2.

Position Paper dd. 8 maart 2021 'De impact van WCOIII-voorstellen op leasing'

Amsterdam, 15 oktober 2018

Via email aan a.m.wolffram@minvenj.nl

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 (**bijlage A**). 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 – **bijlage B**) 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, zonder de bijlagen.

Hoogachtend,
Namens het Bestuur van de NVL

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

8 maart 2021

Position Paper
‘De impact van WCOIII-voorstellen op leasing’

Naar aanleiding van de Herijking Faillissementswet, en met name het onderdeel WCOIII, zijn alle Stakeholders uitgenodigd standpunten en inzichten te delen. Dit memo heeft als doel namens de (equipment) leasebranche input en achtergronden te geven.

Samenvatting

1. Leasing is in essentie objectfinanciering, met slechts het geleasede object als zekerheid. Als gevolg van het feit dat leasing de volledige waarde van het object financiert ontstaat gedurende een groot deel van het leasecontract een onderdekking, die weliswaar acceptabel is dankzij de aanwezige kennis van het waardeverloop van de objecten (zogenaamde ‘assetkennis’). Indien het voorafgaand aan een faillissement of tijdens de afwikkeling nodig blijkt een object te gelde te maken, zal de leasegever de aanwezige assetkennis inzetten om de verliezen te voorkomen of te beperken.

Voorstellen die ertoe leiden dat de leasegever uit deze opbrengst een bijdrage betaalt aan de boedel, werken negatief door in de risico-acceptatie bij de start van een leasecontract. Dat geldt voor alle nieuwe aanvragen (aangezien men bij voorbaat niet weet welke contracten uiteindelijk fout zullen lopen). Leasemaatschappijen zullen aanbatalingen vragen of niet de volledige waarde van het leaseobject financieren waardoor de financierbaarheid van het MKB wordt aangetast. Dat is – juist nu – essentieel in het kader van een herstart van investeringen.

De NVL is van mening dat de eigenaren of pandhouders van lease-objecten als separatisten *out of scope* moeten blijven wat betreft een afdrachtplicht. Dit is eerder uitvoerig beargumenteerd in onze position paper van 15 oktober 2018 en in de Zienswijzen van NVL en FAAN¹ van 1 maart 2019 (aangehecht).

In deze eerdere position papers is betoogd dat indien het doel van de afdrachtplicht is om lege boedels te bestrijden (i) dit geen effectief middel is (‘rijke’ boedels zullen rijker worden, lege boedels niet voller), (ii) er andere, wel effectieve middelen zijn voorgesteld om dat doel te bereiken (bijvoorbeeld de ‘verwijderingsbijdrage’ die wordt geïnd door de notaris bij oprichtingen of jaarlijks door de Kamer van Koophandel), en (iii) de afdrachtplicht al is geregeld in de zogenaamde Separatistenregeling, een convenant tussen NVB, Recofa en

¹ FAAN is de organisatie van factoringmaatschappijen, zie www.factoringnederland.nl.

INSOLAD op grond waarvan banken in de praktijk een percentage van de opbrengst na executie door de curator aan de boedel afdragen. Over de Separatistenregeling is opgemerkt dat dit covenant in 'hard law' kan worden omgezet door dat banken zich eenzijdig verplichten tot deze afdracht (NVL en FAAN als asset-based financiers zijn geen partij bij de Separatistenregeling om de redenen uiteengezet in onze eerdere position papers).

2. Voorstellen die ertoe leiden dat een eventuele afschaffing van het bodem(voor)recht (mede) zou worden opgevangen door een afdracht door de leasegever van een deel van de opbrengst van het object bij uitwinning in faillissement, werken eveneens zeer negatief door in de risico-acceptatie bij de start. Immers bij de acceptatie zal zo een afdracht ingecalculeerd moeten worden, waardoor de onderdekking alleen maar toeneemt. Niettegenstaande dat de afdracht slechts daadwerkelijk zal plaatsvinden in een beperkt aantal gevallen, namelijk in de gevallen waarin de leasener in verzuim raakt, werkt de kans op afdracht door in de acceptatie van alle aanvragen. Hierdoor wordt de financierbaarheid van het MKB in gevaar gebracht.
3. Deze 'belasting' zou niet enkel bodemzaken treffen maar alle geleasede objecten. Leasegevers die zich uitsluitend toeleggen op niet-bodemzaken, denk aan captive-leasemaatschappijen van vrachtwagenfabrikanten, zouden dus een compensatie moeten leveren voor het bereiken van een oplossing voor een probleem dat zij in het geheel niet kenden. Dit valt aan deze partijen niet uit te leggen.
4. Als al een wettelijke afdrachtplicht geboden is door een wijziging van de Invorderingswet en/of andere wetten, dan dient o.i. het uitgangspunt te zijn:
 - a) Boek 3 BW eigendom, zowel juridische eigendom als huurkoop en eigendomsvoorbehoud, is out of scope (ter voorkoming van verstoring van leasing en leveranciers die eigendomsvoorbehoud gunnen, wat voor het bedrijfsleven en de economie als geheel van groot belang is);
 - b) Specifiek pandrecht op roerende zaken (met aankoopfinanciering tot 100% van de aankoopprijs) is out of scope. Dit doet recht aan het fenomeen objectfinancier tegenover subjectfinancier (bank).

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 zou gehandhaafd kunnen blijven.

5. Voorstellen die ertoe leiden dat het bodem(voor)recht van de fiscus in zijn geheel wordt afgeschafte worden door leasegevers met gemengde gevoelens onthaald.

Eenzijds zouden transactiekosten worden vermeden, zouden een aantal beperkingen op leasetransacties die een direct gevolg zijn van het bodemrecht wegvallen (wat de financierbaarheid van het MKB bevordert) en zou de securitisatie van objectportefeuilles (in internationaal verband) mogelijk gemaakt worden (wat een fundingbron is voor leasegevers).

Anderzijds heeft de leasebranche in het verleden regelingen weten te treffen die de meest negatieve effecten van het bodemrecht beperken voor leasegevers, waardoor leasegevers gaandeweg een *modus vivendi* met het bodemrecht hebben ontwikkeld.

6. We durven de stelling aan dat de bijdrage van leasemaatschappijen aan de 'opbrengst' van het bodem(voor)recht minimaal is. Immers, dankzij de bekende regelingen is door de Belastingdienst een voor leasemaatschappijen goed werkbaar systeem in het leven geroepen dat de gevolgen van het bodemrecht mitigeert. De verwachting is dan ook dat er niet 'een bestaande kost' wordt vervangen, maar dat er een netto-kost blijkt. Deze extra kost zal moeten worden ingeprijsd, waardoor financiering voor het MKB duurder wordt.

Overigens heeft de NVL de stellige indruk dat het totale budgettaire belang van het bodem(voor)recht voor de Belastingdienst beperkt is. Daar speelt een rol bij dat in het huidige systeem op grond van artikel 57 lid 3 Fw een groot deel van de opbrengsten van bodemzaken in de boedel vloeien en vanwege de (vaak hoge) omslag in faillissementskosten er nauwelijks of geen opbrengst bij de Belastingdienst terecht komt.

7. In de economie zien wij nieuwe concepten ontstaan onder de noemer 'circulaire economie' waarin met name een leverancier verplichtingen op zich neemt tot het terughalen en herinzetten van objecten, in hun geheel, in onderdelen en/of als grondstof voor weer nieuwe objecten. Een en ander heeft als doel de grondstofvoorraden van de planeet niet uit te putten. Voor de financiering van dergelijke transacties is leasing het aangewezen model, juist omwille van de assetgebondenheid alsook de assetkennis die leasemaatschappijen in huis hebben.

Het indirect 'belasten' van de leverancier die door innovatie een bijdrage levert tot een duurzamere economie, lijkt tegen de trend in te gaan en is onwenselijk.

8. WCOIII biedt een gelegenheid om te onderzoeken in welke mate contracten na faillissement kunnen 'doorleven', zodat bij een doorstart marktpartijen bepaalde contracten in leven kunnen houden tegen al dan niet gewijzigde voorwaarden. Dergelijke oplossingen zouden bevorderend kunnen werken voor een snelle doorstart van bedrijven na faillissement.

Achtergronden en Toelichting

A. Wat is leasing?

A.1. Leasing is 'asset based finance'

Leasing is een financieringsbron voor ondernemingen die willen investeren in bedrijfsmiddelen of het gebruik van bedrijfsmiddelen genieten, gedurende een bepaalde termijn. Met bedrijfsmiddelen wordt een breed scala van objecten bedoeld zoals industriële machines, machines die gebruikt worden in de bouw, vrachtwagens, heftrucks, maar ook computers, printers etc.

De leasemaatschappij zal doorgaans het object voor de volledige aankoopwaarde financieren, er is dus sprake van 100% financiering. Het is belangrijk dit te onderstrepen aangezien de inzet van leasing bedrijven in staat stelt te investeren en dus te groeien, zonder het eigen werkkapitaal te hoeven aanspreken. Het werkkapitaal van de onderneming kan dus volledig aangewend worden voor de financiering van de groei.

Tevens vormt het geleaste object de – enige – zekerheid voor de leasemaatschappij. Ingeval de leasener niet in staat zou zijn aan zijn verplichtingen te voldoen, zal de leasemaatschappij het object terughalen en te gelde maken. Om die reden heeft de leasemaatschappij doorgaans een grondige kennis van objecten opgebouwd, de zgn. assetkennis. Hierdoor heeft een leasegever goed zicht op het waardeverloop van een object.

Leasing is dus in essentie 'asset-based' financiering: een leasener mag gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst een object gebruiken. De leasemaatschappij blijft eigenaar van het object of verkrijgt een zekerheidsrecht op het leaseobject. Eventueel wordt de leasener na afloop van de leaseovereenkomst eigenaar van het desbetreffende leaseobject.

A.2. Leasing is voor het MKB van essentieel belang als financieringsbron

In 2019 werden voor een totaal van 7,7 miljard euro aan nieuwe leasecontracten gesloten, in totaal 77.400 contracten, of even zoveel bedrijven. Liefst 85% van dit volume wordt geplaatst in het MKB, wat leasing tot de tweede belangrijkste externe financieringsbron van het MKB maakt, na bankleningen. Voor 2020 zijn nog geen cijfers bekend, maar geschat wordt dat het totaal volume op ruim 6 miljard euro zal uitkomen. Vanzelfsprekend hebben veel bedrijven hun investeringen uitgesteld tot na corona.

Europees onderzoek wijst uit dat juist jonge, snelgroeiende en innovatieve bedrijven het meest afhankelijk zijn van leasing voor het financieren van investeringen in bedrijfsmiddelen.

Het aandeel bodemzaken wordt qua volume ingeschat op 20 tot 25% van het totaal volume nieuwe leasecontracten, het is aannemelijk dat dit ook het aandeel is in de totale portfolio lopende contracten.

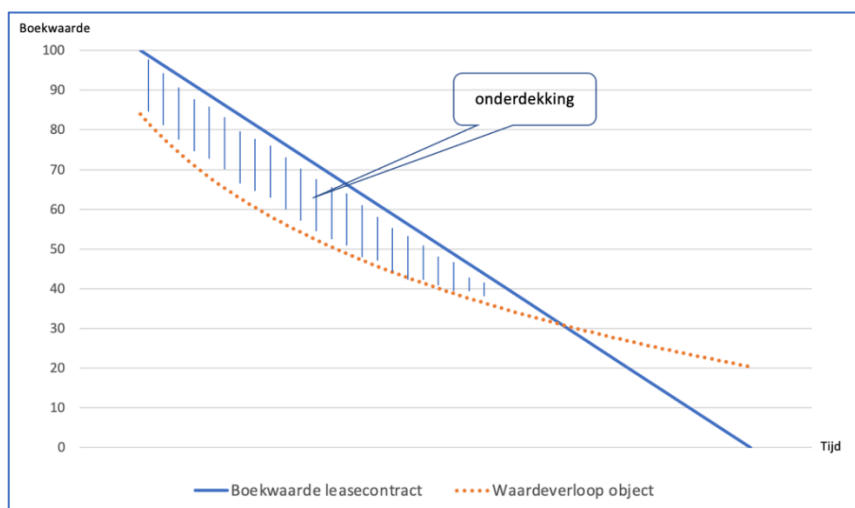
A.3. Lease-objecten genereren omzet

Anders dan banken of andere financiers zien wij de leasegever niet als een partij die ‘de onderneming in staat stelt om schulden te maken’. Wij zien leasing (van bedrijfsmiddelen) juist als het in staat stellen van een onderneming om opbrengsten (omzet) te genereren. Vrachtwagens voor transport, grondverzet en hijskranen om te bouwen, machines om onderdelen te fabriceren,...

A.4. Objectrisico op hoofdlijnen

Voor een leasemaatschappij is het niet alleen belangrijk te weten wat de financiële status van de leasener is en in welke mate hij in staat geacht wordt zijn financiële verplichtingen te voldoen, het is ook belangrijk te weten welk object geleast wordt, hoe courant het is, en wat het waardeverloop ervan is. Bij courante objecten is er sprake van een volwassen tweedehandsmarkt, derhalve zal men goed zicht hebben op waardeverloop en wederverkoopwaarde. Bij minder courante of heel specifieke objecten is de tweedehandsmarkt per definitie kleiner en zal het dekkingsrisico hoger zijn.

Bij vrijwel elk object is er sprake van een onderdekking, met name in de eerste jaren van het leasecontract. Deze onderdekking ontstaat als gevolg van het verschil tussen de boekwaarde van het leasecontract – of in andere woorden, het uitstaand saldo – en de dekkingswaarde van het object. Zodra een object gebruikt wordt is het niet nieuw meer, wat de waarde van het object meteen flink aantast. In onderstaande figuur wordt het uitstaand saldo (boekwaarde) vergeleken met de objectwaarde gedurende het leasecontract.



Figuur 1: Onderdekking als gevolg van het verschil tussen boekwaarde van het leasecontract en de waarde van het object

Bij een typisch leasecontract zal de objectwaarde de eerste jaren dus lager liggen dan de boekwaarde, na verloop van tijd wordt dit verschil kleiner en op enig moment kan er zelfs sprake zijn van een overdekking, mits het gaat om courante objecten die goed herverkoopbaar zijn en waar dus een volwassen tweedehandsmarkt voor bestaat.

De overdekking komt echter in de meeste gevallen niet ten goede aan de leasemaatschappij, maar aan de leasener. Bij een financiële lease verwerft de leasener op het eind van het leasecontract de volledige eigendom en dus ook de vrijheid om het object zelf te gelde te maken. Bij een operationele lease zal de leasener de koopoptie lichten indien hij inschat dat het object nog een interessante waarde vertegenwoordigt. Met andere woorden, de leasemaatschappij draagt wel het objectrisico, zolang dit risico bestaat ('de lasten'), maar indien en zodra het objectrisico verdwenen is, zal de leasener een eventuele overwaarde naar zich toetrekken ('de lusten').

A.4. Juridische risico's met betrekking tot het bodem(voor)recht

Bij de analyse van het object worden tevens juridische risico's meegenomen, waarvan de belangrijkste voor bodemzaken het bodem(voor)recht van de fiscus is. Door het bestaan van het bodemrecht en het bodemvoorrecht kan de Belastingdienst een inbreuk maken op de rechten van de leasemaatschappij, hetgeen bij verwezenlijking daarvan in het algemeen tot een financieel verlies voor de leasemaatschappij zal leiden. Via het bodemrecht kan er immers een inbreuk worden gemaakt op het eigendomsrecht van de leasemaatschappij. Via het bodemvoorrecht komt de Belastingdienst in rang vóór een pandrecht van de leasemaatschappij.

Omdat beide partijen zich op de objectwaarde verhalen om hun schuldpositie af te dekken – zijn er in het verleden regelingen getroffen die spelregels bepalen voor beide partijen. In de zgn. Leaseregeling is geregeld onder welke voorwaarde er sprake is van een eigendomspositie van de leasemaatschappij, en in de zgn. Aankoopfinancieringsregeling is geregeld onder welke voorwaarden de leasemaatschappij tot handelen kan overgaan (repossession van het object) zonder eerst de Belastingdienst hierover te informeren. Dit wordt in hoofdstuk B verder uitgewerkt.

A.5. Achtergronden bij de wederverkoop van lease-objecten

De terugname, tegeldemaking en herinzet van objecten is:

- tijdgebonden (1): wanneer is het opportuun om een object te gelde te maken – dat kan in voorkomend geval juist ruim voor een faillissement gebeuren, vaak in overleg met de leasener die bepaalde omzet heeft zien wegvallen en om die reden te kampen heeft met 'stilstand'.
- tijdgebonden (2): de opbrengst van een object kan sterk uiteenlopen naargelang de heersende conjunctuur. In tijden van crisis hebben maar weinig partijen behoefte aan objecten, in hoogtijdagen komen er maar weinig objecten op de markt.

- tijdgebonden (3): de voorbije jaren van hoogconjunctuur hebben in de praktijk erg weinig schadegevallen opgeleverd, in ieder geval niet om statistisch relevante informatie uit te distilleren inzake de onderdekking. Door het plotselinge intreden van de coronacrisis is er sprake van een grondige verstoring van de normale tweedehandsmarkt voor bedrijfsmiddelen.
- marktgebonden: bepaalde objecten zijn goed inzetbaar in bepaalde markten, maar niet in andere. Zo zal een vrachtwagen (trekker) met Euro-5 motor vrij gemakkelijk door te verkopen zijn voor transportdoeleinden, met name in het buitenland, maar niet in Nederland.
- objectgebonden: de ene CT-scanner of 3D-printer is de andere niet... We bedoelen te zeggen dat het vrijwel onmogelijk is om een generieke uitspraak te doen over de opbrengst van objecten.
- kansgebonden: een object dat de één op overschot heeft, kan prima ingezet worden bij een andere partij. Leasemaatschappijen slagen er vaak in een teruggenomen object opnieuw in te zetten bij een andere klant, wat de schade kan beperken.

De enkele gevallen van schade die leasemaatschappijen de voorbije jaren hebben moeten boeken, zijn zeer divers en statistisch nauwelijks relevant te noemen. Gezien de enorme verscheidenheid van lease-objecten zijn er slechts beperkte marktdata beschikbaar omtrent waardeverloop van alle objecten. Juist deze kennis is door leasegevers binnen de eigen organisatie de voorbije decennia opgebouwd, maar deze informatie is niet vrij beschikbaar. Om die reden valt het lastig te berekenen welke de grondslag zou kunnen zijn voor een afdrachtplicht.

Een aanknopingspunt kan gevonden worden in de Leaseurope Index¹, waarin onder meer de *cost-of-risk* van *equipment lease* wordt berekend. Deze bedroeg tussen 2015 en 2019 gemiddeld 0,34% (enkel equipment).

A.6. Onderscheid tussen generiek en specifiek pandrecht

Voor een goed begrip worden hieronder de verschillen tussen generiek en specifiek pandrecht op een rijtje gezet.

Generiek pandrecht komt het vaakst voor in de vorm van een bankpandrecht:

1. bank heeft niet of nauwelijks gegevens betreffende het object van pandrecht ('alle debiteuren', 'alle voorraad' etc.);
2. bank financiert niet asset-based: er is geen volatiel krediet dat de waarde van het onderpand volgt;
3. bij faillissement is bank, hoewel formeel separatist ogv. boek 3 BW, feitelijk afhankelijk van curator om het uitwinwerk te doen;
4. bank volgt de Separatistenregeling (convenant NVB, Recofa en INSOLAD) bij uitwinning door curator voor de afdrachtplicht.

¹ <https://www.leaseurope.org/data-research/statistics/leaseurope-index>

Een **specifiek pandrecht** is het pandrecht van een asset based-financier (lease- of factormaatschappij):

1. De asset based-financier heeft alle details betreffende het object van pandrecht (bij leasing de aankoopfactuur met alle gegevens omtrent het object, merk, type, identificatie- of registratienummer; bij factoring: NAW debiteur van de vordering, factuurbedrag, factuurdatum, due date, etc.)
2. De asset based-financier financiert een object: het krediet is gerelateerd aan de waarde van het onderpand (bij leasing 100% van de aanschafwaarde; bij factoring het totaal factuurbedrag geaccepteerde vorderingen minus een risicoafslag van bijv. 20%);
3. bij faillissement is de asset based-financier als separatist degene die feitelijk en geheel onafhankelijk van curator het uitwinwerk doet, en die dat aantoonbaar ook beter en goedkoper kan dan een curator ooit zou kunnen.

Het onderscheid generiek versus specifiek pandrecht heeft al een basis in de huidige regelgeving: IW en LI kent uitzonderingen voor het specifiek pandrecht. Ook in het buitenlandse recht kent men dit onderscheid.

Concluderend

Als objectfinancier heeft de leasegever slechts dit ene object als dekking voor het (krediet)risico. Gelet de ruime financiering (100%) in combinatie met het waardeverloop van de bedrijfsmiddelen loopt de leasemaatschappij een groter risico dan een subjectfinancier die (per definitie) ruimere dekkings en verhaalmogelijkheden kan inzetten. Leasegevers kunnen slechts terugvallen op de aanwezige assetkennis.

In het kader van de bestrijding van 'lege boedels' en het invoeren van een minimum beloning voor curatoren zijn er voorstellen gedaan tot het invoeren van een afdrachtplicht van een deel van de verkoop van het object. Een dergelijke regeling vergroot per direct de risicopositie voor alle objecten, en zal een negatieve werking hebben op de risico-acceptatie van leasegevers, en dus op de financierbaarheid van het MKB.

B. Het bodem(voor)recht van de fiscus

B.1. Bodemrecht – wat is het?

De Belastingdienst heeft in Nederland bijzondere wettelijke voorrechten op de goederen van de belastingschuldige, die voorrang geven boven de concurrente crediteuren van diezelfde debiteur. Het recht van de fiscus is zo sterk, dat het soms ook boven (i) pandrecht of (ii) eigendomsrecht gaat. De fiscus heeft namelijk een voorrecht boven (i) de pandhouder op bezitloos verpande roerende zaken of (ii) de eigenaar wiens eigendom, die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden en die gekwalificeerd worden als 'bodemzaken'. Bodemzaken zijn inventaris en productiemiddelen die zich – letterlijk – op de bodem van de belastingschuldige bevinden en alleen op deze bodem worden gebruikt. Denk hierbij aan machines die in een industrieel bedrijf ingezet worden in het productieproces, maar ook aan vorkheftrucks die binnen een magazijn ingezet worden in het logistiek proces.

Het bodemrecht is dus onderdeel van het verhaalsrecht van de Belastingdienst: als een belastingschuldige belastingschulden onbetaald laat dan kan de Belastingdienst met inachtneming van de wettelijke rangorde verhaal nemen op het gehele vermogen van de belastingschuldige.

Het bodemrecht van de belastingdienst maakt het voor de Belastingdienst mogelijk om onder omstandigheden zaken in beslag te nemen en executoriaal te verkopen die juridisch eigendom zijn van een derde². De derde is bijvoorbeeld een leasemaatschappij die juridisch eigenaar is van het object dat via een financiële lease aan een leasenermer ter beschikking wordt gesteld.

Het bodemrecht kan worden ingezet voor naheffingsaanslagen van onder andere de loonbelasting, omzetbelasting en accijns. Het bodemrecht werkt niet van rechtswege. De Belastingdienst zal daartoe (executoriaal) beslag moeten leggen op de zaken van een derde: het zogenaamde bodembeslag.

Aansluitend bij het bodemrecht beschikt de Belastingdienst over het bodemvoorrecht. Daarbij gaat het om verhaal door de Belastingdienst op roerende bodemzaken die wél juridisch eigendom zijn van de belastingschuldige, maar waarop ten gunste van een financier een (bezitloos) pandrecht is gevestigd. Het bodemvoorrecht regelt de onderlinge rangorde tussen het pandrecht en het wettelijke voorrecht ex art. 21 Inv. 1990 van de Belastingdienst: het voorrecht van de Belastingdienst is hoger gerangschikt dan het pandrecht van de financier. De wet stelt dus de Belastingdienst in staat als eerste de opbrengst van een object naar zich toe te trekken, waar dat normaal de pandhouder zou zijn. Dit is een vrij unieke regeling, in de ons omringende landen is een vergelijkbare regeling onbekend.

² Zie artikel 22 Inv. 1990

Buiten faillissement van de belastingschuldige kan de Belastingdienst het bodemvoorrecht inzetten door het leggen van (executoriaal) beslag. In faillissement wordt het bodemvoorrecht van rechtswege toegepast en waakt de curator voor de belangen van de Belastingdienst. Leasemaatschappijen kunnen in aanraking komen met het bodemvoorrecht als er sprake is van bodemzaken die via een zogenaamde pandlease aan een leasener ter beschikking worden gesteld.

B.2. Gevolgen van het bodemrecht voor de lessor

Via het bodemrecht en het bodemvoorrecht wordt een leasemaatschappij ernstig in haar financiële belangen geraakt als een leasener belastingen, zoals bijvoorbeeld de loon- en omzetbelasting niet aan de Belastingdienst heeft betaald.

Leasing is in essentie 'asset-based' financiering: een leasener mag gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst een object gebruiken. De leasemaatschappij blijft echter eigenaar van het object of verkrijgt een zekerheidsrecht op het leaseobject. Eventueel wordt de leasener na afloop van de leaseovereenkomst eigenaar van het desbetreffende leaseobject. In ieder geval is het voor een leasemaatschappij niet alleen belangrijk te weten wat de financiële status van de leasener is en in welke mate hij in staat geacht wordt zijn financiële verplichtingen te voldoen, het is ook belangrijk te weten welk object geleased wordt, hoe courant het is, en welke het waardeverloop ervan is.

Door het bestaan van het bodemrecht en het bodemvoorrecht kan de Belastingdienst een inbreuk maken op de rechten van de leasemaatschappij, hetgeen bij verwezenlijking daarvan in het algemeen tot een financieel verlies voor de leasemaatschappij zal leiden. Via het bodemrecht kan er immers een inbreuk worden gemaakt op het eigendomsrecht van de leasemaatschappij. Via het bodemvoorrecht komt de Belastingdienst in rang vóór een pandrecht van de leasemaatschappij.

Het gevolg hiervan is dat leasemaatschappij bij het leasen van bodemzaken rekening moeten houden met het bestaan van het bodemrecht en de kans dat de Belastingdienst dit recht inzet om haar belangen te vrijwaren. In de praktijk zal het vaak voorkomen dat een leasener die zijn maandelijkse leaseverplichtingen niet nakomt, ook en tegelijkertijd achterstanden heeft bij de Belastingdienst. Met andere woorden, het risico op niet-betaling van verplichtingen doet zich bij beide partijen (en wellicht ook bij andere crediteuren) tegelijkertijd voor en genereert een conflictsituatie tussen rechtmatige belangen.

De leasemaatschappij zal met deze situatie voorafgaand, bij het nemen van de beslissing om al dan niet te leasen, rekening mee houden, en mogelijk, bij een zwakkere debiteur of een object dat snel waarde verliest, een lease-aanvraag afwijzen.

B.3. Regelingen die de gevolgen van het bodemrecht mitigeren – de ‘Leaseregeling’

Niet alle bodemzaken staan bloot aan toepassing van het bodemrecht³. Op grond van de zogenaamde Leaseregeling zal de Belastingdienst zich niet verhalen op bodemzaken die eigendom zijn van een leasemaatschappij voor zover er ten aanzien van die bodemzaken sprake is reële eigendom van de leasemaatschappij. Onder reële eigendom van de leasemaatschappij wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de leasemaatschappij, als in economisch opzicht in overwegende mate aan haar toebehoren. Doorgaans gaat het hierbij om zaken die via een operationele lease (OL) aan een leasener ter beschikking zijn gesteld. Meestal zal de OL kwalificeren als een huurovereenkomst in de zin van art. 7:201 BW.

Dank zij de Leaseregeling ondervindt een leasemaatschappij geen nadeel van het bodemrecht van de Belastingdienst. Naar schatting gaat het hierbij om circa 5-10% van het totaal van het aantal leaseovereenkomsten dat jaarlijks in Nederland worden gesloten.

B.4. Regelingen die de gevolgen van het bodemrecht mitigeren: de ‘Aankoopfinancieringsregeling’

Met ingang van 1 april 2013 zijn door het Ministerie van Financiën regels ingevoerd met betrekking tot het bodemrecht, die de handelingsmogelijkheden van leasemaatschappijen ernstig beperken.

Deze houden kort gezegd in dat financiers van bodemzaken, zodra zij van plan zijn actie te ondernemen met betrekking tot deze bodemzaken, zoals opzegging van het leasecontract, inname leaseobject, tegeldemaken van het leaseobject, zij dit voorafgaand aan deze actie moeten melden bij de belastingdienst. De belastingdienst heeft dan vervolgens 4 weken de tijd om zelf actie nemen en bodembeslag te leggen (indien er sprake is van belastingschuld). In die periode moet de lessor afwachten en mag zij niets doen. Daarmee krijgt de belastingdienst altijd als eerste de mogelijkheid om via het leggen van bodembeslag verhaal te nemen op de bodemzaak hetgeen de positie van de lessor aanzienlijk verslechtert. Het eigendomsrecht of pandrecht van de lessor komt dan in de praktijk altijd ná het bodem(voor)recht van de belastingdienst.

Dank zij de zgn. Aankoopfinancieringsregeling zal de leasemaatschappij géén meldingsplicht hebben, mits aan bepaalde voorwaarden (zie Leidraad Invordering) is voldaan. Hierdoor is de positie van een lessor (als aankoopfinancier) anders en gunstiger dan een financier met een algemeen zekerheidsrecht. De gevolgen van het bodemrecht kunnen hierdoor voor een lessor worden beperkt.

B.5. Budgettair belang van het Bodem(voor)recht is onbekend

Voor zover bekend zijn er geen betrouwbare cijfers beschikbaar over de daadwerkelijke opbrengst van het bodem(voor)recht voor de overheid. Hierbij aansluitend dringt de vraag zich op of deze opbrengsten opwegen tegen alle transactiekosten die gepaard gaan met het bodemrecht bij marktpartijen. Het zou zeer dienstig zijn voor de discussie als inzichtelijk wordt gemaakt door de

³ Zie art. 22.9 Leidraad Invordering 2008

belastingdienst (of Min. van Financiën) wat de daadwerkelijke opbrengsten en het budgettaire belang zijn van het bodem(voor)recht. Het economische en maatschappelijke belang bij opheffing van het bodemrecht zouden wel eens ruimschoots kunnen opwegen tegen het (directe) belang van de schatkist. Indirect zullen de maatschappelijke en economische voordelen van afschaffing van het bodemrecht ook (deels) aan de schatkist ten goede komen.

B.6. Het bodemrecht is in Europees verband een unicum

Geen enkel ander EU-land kent de figuur van het bodemrecht. Voor buitenlandse partijen die de Nederlandse markt wensen te betreden werkt dit kostprijsverhogend. Tevens vormt het een belemmering voor het verruimen van de fundingbronnen van leasegevers. Aangezien het bestaan van het bodemrecht risicoverhogend werkt voor leasegevers, is het vrijwel onmogelijk om leaseportefeuilles van bodemzaken middels securitisatie-structuren te herfinancieren.

Concluderend

Leasegevers hebben hun productaanbod en procedures afgestemd op het Bodemrecht. In de risico-afwegingen wordt dit element standaard meegenomen. De Leaseregeling en de Aankoopfinancieringsregeling hebben de meeste knelpunten voor leasegevers weggenomen, echter niet alle (zie verder).

Het staat echter vast dat het bodemrecht transactiekosten met zich meebrengt. Tevens is het onzeker of het bodemrecht (nog steeds) een doeltreffend instrument is om de positie van de fiscus in (pre-)faillissementssituaties te beschermen. Hier is weinig onderzoek naar gedaan en het is niet bekend welke de opbrengsten zijn van het bodemrecht, opbrengsten die het Rijk zonder het bodemrecht niet zou hebben. Het aanpassen van een regeling zonder voldoende inzicht in de financiële gevolgen voor de betrokken partijen is onwenselijk.

C. Knelpunten voor leasing als gevolg van het bodem(voor)recht

C.1 Sale-and-Lease-Back ('SALB') is bodemrechtgevoelig, hierdoor wordt dergelijke operatie quasi onmogelijk gemaakt

Het terughoudend beleid op grond van de Leaseregeling geldt – volgens de Belastingdienst – niet voor een bodemzaak die zich voor de SALB al op grond van een financiering in de macht van de lessee bevond. Wel wordt toepassing van de Aankoopfinancieringsregeling geaccepteerd als de SALB ingaat binnen drie maanden na aflevering van de bodemzaak bij de lessee, want hierbij gaat men uit van een nieuw object.

Het voorgaande betekent dat ook relatief oude bodemzaken niet (her)financierbaar zijn zonder risico op toepassing van het bodemrecht. Het financieringspotentieel van – met name wat oudere – bodemzaken wordt daardoor niet of maar beperkt benut. Leasemaatschappijen zullen terughoudend zijn. Deze situatie treft met name bedrijven die *'asset rich, maar cash poor'* zijn, denk aan industriële bedrijven met een fors afgeschreven machinepark, dat echter nog een lange technische en economische levensduur heeft. De onderneming zal deze waardevolle assets niet kunnen inzetten om liquiditeiten vrij te maken.

C.2 Voorwaarden aankoopfinancieringsregeling zijn te stringent

De voorwaarden om een transactie als aankoopfinanciering te kwalificeren zijn stringent en beknellend om oplossingen te kunnen vinden voor ondernemingen die het (tijdelijk) financieel moeilijk hebben. Het geldt met name voor de volgende situaties (in welk geval de mededelingsplicht dan onverkort geldt):

- a. Ter zake van de financiering is een betalingsachterstand ontstaan die ten tijde van het (beoogde) uitoefenen van rechten op de bodemzaak (zoals terugnemen van de zaak door de lessor) meer dan vier maanden heeft voortgeduurd.
- b. De aankoopfinanciering is tot stand gekomen na verloop van drie maanden na de initiële machtsverschaffing van de individuele bodemzaak aan de onderneming.

Daarnaast geldt dat een lease waarvoor de aankoopfinancieringsregeling geldt en die wordt verlengd 'beschermd' blijft op grond van de aankoopfinancieringsregeling, mits de verlenging geen verband houdt met betalingsproblemen maar (alleen) langer gebruik. Bij verlenging in verband met betalingsproblemen (stretchen) geldt de bescherming op grond van de aankoopfinancieringsregeling niet meer. Dit is beknellend en beperkend om oplossingen te kunnen vinden voor ondernemingen die het (tijdelijk) financieel moeilijk hebben.

C.3 Omvangrijke bodemzaken zijn bodemrechtgevoelig

Financierbaarheid van omvangrijke bodemzaken (zoals productielijnen en grote machines) wordt negatief beïnvloed door de omstandigheid dat het uiterst kostbaar is om de zaken (voortijdig) terug te nemen met gebruikmaking van de mogelijkheden onder de aankoopfinancieringsregeling. De

continuïteit van de onderneming wordt dan ook direct geraakt en een doorstart aanmerkelijk bemoeilijkt. Een (meer) algemeen geldende vrijstellingsregeling voor het afvoeren van de bodemzaken zonder dat ze door het bodemrecht worden geraakt zou hier een oplossing voor kunnen bieden.

C.4 Oplopende belastingschulden

Uitstel van invorderingsmaatregelen en daarmee ook van toepassing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht door de Belastingdienst is voor leasemaatschappijen in hoge mate knellend. Door niet over te gaan tot invordering nemen de belastingschulden waarvoor het bodemrecht en het bodemvoorrecht ingezet kunnen worden regelmatig in (zeer) aanzienlijke mate toe. In feite betekent dit dat de 'pijn' daarmee door de Belastingdienst wordt verlegd naar de leasemaatschappijen die geconfronteerd worden met een groter risico dat zaken die hen toebehoren of aan hen zijn verpand op een later tijdstip voor substantieel hogere belastingschulden worden uitgewonnen. Leasemaatschappijen worden hierdoor indirect gedwongen om op te treden als 'mede-financier' voor een welwillend beleid van de Belastingdienst.

Dit kan ondervangen worden door een aanvullende beleidsmatige beperking van het bodemrecht en het bodemvoorrecht: voor belastingvorderingen die ontstaan na het moment waarop uitstel is verleend of vanaf het moment waarop de Belastingdienst tot invordering had kunnen overgaan blijft de toepassing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht achterwege. Een ander alternatief kan zijn dat de Belastingdienst bij uitstel bij de belastingschuldige informeert naar rechtsverhoudingen met leasemaatschappijen en dat de betreffende leasemaatschappijen dan door de Belastingdienst worden geïnformeerd over het getroffen uitstel of een betalingsregeling. De leasemaatschappijen kunnen dan opkomen voor hun gerechtvaardigde belangen.

Concluderend

Het bodemrecht levert een aantal beperkingen op, die hun onmiddellijke invloed doen gelden op het vlak van het productaanbod van leasegevers. Het gevolg hiervan is dat kansen gemist worden om het MKB financieringsmogelijkheden te geven, die bij het ontbreken van het bodemrecht wèl mogelijk zouden zijn.

D. Is afschaffen van het bodemrecht een reële optie?

Mede gelet op de unieke figuur van het bodemrecht in Europees verband, kan de vraag opgeroepen worden naar afschaffen van het bodemrecht. In ieder geval zou een afschaffing een aantal hiervoor genoemde knelpunten voor financiering wegnemen.

Men kan zich voorstellen dat zulks bij voorkeur budgetneutraal zou moeten zijn en dit niet mogelijk is zonder een reële compensatie voor het Rijk. Om die reden is gedacht aan een afdracht van opbrengsten uit het te gelde maken van bodemzaken door de leasegever, ten gunste van de fiscus. Het is echter maar zeer de vraag of deze benadering niet kortzichtig is. Zonder concreet inzicht in budgettaire betekenis en impact van het bodemrecht voor de schatkist is het lastig om dit goed te analyseren en er wijze keuzes in te maken.

Voor leasemaatschappijen is een afdrachtplicht in elk geval geen reële optie. De oplossing dreigt erger uit te pakken dan de kwaal. Zoals hiervoor gesteld heeft de leasebranche leren leven met het bodemrecht. Als nu een afschaffing wordt ingeruild tegen een vergoeding, die voorkomt uit de verkoop van alle objecten, dus ook niet-bodemzaken, dreigt de extra last vele malen hoger uit te vallen.

Bovendien werkt een afdracht bij executie door in de financieringsbeslissing. Immers de eventuele afdracht dient meegecalculeerd te worden in het waardeverloop van objecten. Derhalve wordt de onderdekking hoger gedurende het grootste deel van de looptijd, wat een impact heeft op het kapitaalbeslag van leasing.

Naar de mening van de NVL dient eerst inzichtelijk gemaakt te worden wat het bodemrecht nu eigenlijk oplevert voor de fiscus. De NVL is van mening dat specifieke financiers uitgesloten dienen te worden van enige afdrachtplicht omdat de negatieve gevolgen vele malen hoger zijn dan in de huidige situatie.

Namens het Bestuur,

Peter-Jan Bentein
secretaris