



## Consultatie Insolventierecht

28 februari 2022

De Factoring & Asset based finance Association Netherlands (hierna: 'FAAN') maakt hierbij graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het consultatiedocument Insolventierecht.

### 1. Introductie FAAN

FAAN is de branchevereniging van factoringbedrijven (hierna 'de factor') in Nederland. De leden (deels verbonden aan de Nederlandse grootbanken en deels zelfstandige ondernemingen) bieden financieringsvormen aan die gerelateerd zijn aan vorderingen en deels ook voorraad. Grofweg worden daarbij twee structuren gebruikt:

- a. Koop van vorderingen. De factor koopt doorlopend debiteurenvorderingen van diens klant op de afnemers van deze klant. De factor betaalt de klant telkens een koopsom gelijk aan maximaal 100% van de nominale waarde daarvan incl. de btw. Op deze koopsom houdt de factor een fee in als risicovergoeding. De afnemers van de klant betalen hun facturen aan de factor. Koop van vorderingen wordt vaak gecombineerd met aanvullende diensten van de factor zoals debiteurenbeheer.
- b. Financiering van vorderingen. De factor financiert de klant doorlopend tot maximaal 100% van de nominale waarde (incl. de btw) van de debiteurenvorderingen en krijgt als zekerheid een pandrecht op deze debiteurenvorderingen. De klant betaalt rente over de uitstaande financiering. Ook hier betalen de afnemers hun facturen aan de factor, waarmee de financiering telkens wordt afgelost. Bij financiering van vorderingen verzorgt de klant in de regel zelf zijn debiteurenbeheer.

De hoogte van een factoring financiering is dus altijd direct gekoppeld aan de omvang van de debiteurenportefeuille van de klant en is daarom een zeer flexibele financieringsvorm die meebeweegt met de financieringsbehoefte van de klant. Deze financieringsvorm is uitermate geschikt voor (snel) groeiende bedrijven die geen ander onderpand hebben dan debiteurenvorderingen, waaronder bij uitstek MKB-ers. Dit geldt niet alleen voor Nederland, maar ook in Europa. MKB-ers hebben namelijk, afhankelijk van hun business, niet altijd toegang tot een reguliere bankfinanciering of kunnen méér financiering krijgen op basis van factoring omdat een factor als *asset based lender* bereid is meer financiering te verstrekken op de debiteurenvorderingen van een MKB-er dan een reguliere bank.



Na een forse groei van het financieringsvolume door middel van factoring in de periode 2015 – 2019 met circa 70% naar € 6,5 miljard eind 2019, heeft de markt voor factoring in 2020 te maken gekregen met een forse dip. Dit had te maken met de effecten van de Covid-19 pandemie en de steunmaatregelen van de overheid aan het bedrijfsleven. In 2021 was in de factoringmarkt weer een herstel zichtbaar met 21% groei naar een financieringsvolume van € 5,8 miljard. Hoewel nog niet op het peil van 2019, mag verwacht worden dat het herstel van 2021 zich in 2022 zal voortzetten.<sup>1</sup> De Europese Commissie geeft in haar rapport over supply chain finance aan dat factoring een effectieve oplossing is voor cash flow issues en het verbeteren van werkkapitaal – ook in het kader van een kredietcrisis en structurele late betalingen - en dat de EU factoringmarkt in 2018 ruim €1,633.5 biljoen bedraagt, ongeveer 10% van het EU GDP<sup>2</sup>. Hetzelfde rapport geeft aan dat 75% van de factoring klanten MKB-ers zijn.

## 2. Opmerkingen van FAAN

### *Samenvatting*

FAAN is van mening dat factoring zich heeft bewezen als product dat ondernemers kan helpen bij hun debiteurenbeheer en daarmee bij het beperken van hun incassorisico. Factoring is nu al bij uitstek een interessante financieringsvorm voor MKB-ers, maar zou nog interessanter kunnen zijn als het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden zou worden geïmplementeerd omdat dat de financieringsmogelijkheden significant zou vergroten.

FAAN onderkent de lege boedelproblematiek maar ziet als *asset based financier* niets in een generieke afdrachtplicht, in het bijzonder niet omdat een dergelijke afdrachtplicht direct leidt tot een lagere financiering voor de ondernemer. De ratio voor een generieke afdrachtplicht ontbreekt voor een factor ook omdat zij haar onderpand zeer goed kent en de curator niet nodig heeft om dat uit te winnen. In de gevallen dat de factor de curator wel nodig heeft, is een vergoeding op zijn plaats en daar is de reeds bestaande separatistenregeling geschikt voor. Bovendien zouden financiers met een zekerheidsrecht niet moeten opdraaien voor de kosten van een curator die worden gemaakt voor taken die tot het domein van de Rijksoverheid behoren.

---

<sup>1</sup> Zie de FAAN website: <https://www.factoringnederland.nl/cijfers-trends/cijfers-trends>.

<sup>2</sup> Europese Commissie, rapport Study on Supply Chain Finance, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union (FISMA), januari 2020, blz. 116.

### 3. Preventie

#### 3.1 Belang van het in het oog houden van de financiële positie en van voldoende Liquiditeit

##### Vraag pag. 6 consultatiedocument

FAAN herkent zich in de schets van de bredere context van het insolventierecht en heeft daarop geen verdere opmerkingen.

#### 3.2 Beperking incassorisico en 3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte:

##### Vragen pag. 7, 8 en 9 consultatiedocument

Het consultatiedocument beschrijft terecht dat een ondernemer ter voorbereiding op het besluit of hij leverancierskrediet wenst te verstrekken aan een potentiële afnemer diens jaarrekeningen, bestuursverslagen of BKR-gegevens kan opvragen.<sup>3</sup> Maar als een ondernemer eenmaal heeft besloten om leverancierskrediet te verstrekken, en dus een debiteurenportefeuille ontstaat, dan doet de ondernemer er verstandig aan die debiteurenportefeuille te (blijven) monitoren. Het consultatiedocument vermeldt terecht dat een gedegen financiële administratie onlosmakelijk verbonden is met goed ondernemerschap.<sup>4</sup> Bij een goede debiteurenadministratie heeft de ondernemer inzicht in het betalingsgedrag van zijn debiteuren, of er (groeierende) achterstanden ontstaan, of debiteuren (stelselmatig) vorderingen betwisten, of de ondernemer mogelijk afhankelijk begint te raken van één of meer debiteuren (ook wel ‘concentratiedebiteuren’ genoemd), in welke landen zijn debiteuren gevestigd zijn etc. Op basis van die informatie kan de ondernemer een gedegen debiteurenbeheer voeren en acties instellen waar nodig, bijvoorbeeld door de debiteur telefonisch en schriftelijk te herinneren aan de openstaande factuur maar ook door te besluiten geen nieuwe leveranties meer te verrichten aan een debiteur tot de openstaande facturen (gedeeltelijk) zijn betaald.

FAAN onderschrijft van harte het belang van factoring voor de financiering van MKB bedrijven die daarmee, naast het verkrijgen van een passende financiering van hun werkkapitaal, ook hun incassorisico kunnen beperken. Factoring heeft, doordat het de debiteurenportefeuille van de klant volgt én door de aanvullende diensten zoals het hierboven omschreven debiteurenbeheer, ook een preventieve werking ten aanzien van mogelijke liquiditeitsproblemen Niet alleen groeit factoring in de regel mee met de omvang van de vorderingenportefeuille van de klant en daarmee met diens

---

<sup>3</sup> Zie 3.2 Beperking incassorisico, pag. 7.

<sup>4</sup> Zie 3.1 Belang van het in het oog houden van de financiële positie en voldoende liquiditeit, pag. 6.

liquiditeitsbehoefte, maar door de focus op debiteurenbeheer kan ook een liquiditeitsprobleem vaak worden voorkomen. Ook voor het opvangen van tijdelijke liquiditeitskrapte is factoring bij uitstek geschikt. Zie pag. 6, 7 en 9 van het consultatiedocument.

FAAN heeft eerder het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden krachtig ondersteund. Niet om daarmee alleen maar de zekerheidspositie van de factor te kunnen verbeteren, maar vooral om daardoor méér financieringsmogelijkheden te bieden aan MKB- en andere bedrijven. De factor kan dan immers meer vorderingen van de onderneming financieren. Het is FAAN een doorn in het oog dat (grotere) afnemers van met name MKB bedrijven structureel en op grote schaal verpandingsverboden (met (beoogd) goederenrechtelijke werking) blijven gebruiken zonder dat daarvoor in de ogen van FAAN een logische rechtvaardigingsgrond bestaat. Deze afnemers hebben daarmee een onevenredig grote machtspositie over hun leveranciers, immers zonder toestemming van de afnemer (opheffing van het verpandingsverbod), kan de leverancier zijn vorderingen niet laten financieren door- of verkopen aan een factor. Daarnaast bemoeilijken verpandingsverboden ook aanvullende bancaire financieringen omdat de klant onvoldoende zekerheid kan geven.

Uit een intern onderzoek van FAAN blijkt dat de klanten van de leden van FAAN van de (cumulatieve) top 10 grootste debiteuren die een verpandingsverbod hanteren, doorlopend een bedrag van ongeveer €450 mln. te vorderen hebben. Deze grote debiteuren zijn met name actief in de bouw- en retailsector (waaronder supermarktketens). Dat bedrag wordt geraakt door de verpandingsverboden die deze grote ondernemingen hanteren<sup>5</sup> en is daarmee niet beschikbaar als zekerheid voor financieringen aan deze klanten (vaak MKB bedrijven). Daarmee blijft voor factoring alleen al in deze top 10 en deze sectoren een fors bedrag aan financieringsruimte onbenut.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> In individuele gevallen wordt soms tussen klanten en debiteuren afgesproken dat onder voorwaarden jegens die klant door de debiteur afstand wordt gedaan van het verpandingsverbod. In de praktijk heeft de klant / leverancier daar jegens de grote afnemer / debiteur een zwakke onderhandelingspositie.

<sup>6</sup> De leden van FAAN hebben in hun administratie overzichten van debiteuren van hun klanten die verpandingsverboden (met goederenrechtelijke werking) hanteren. Ook is bekend welke bedragen de klanten van de leden van FAAN hebben uitstaan op deze debiteuren. Door te kijken naar de top 10 grootste bedrijven in de sectoren waar verpandingsverboden het meest worden gehanteerd (bouw en retail, waaronder supermarktketens) kan een goede indicatie worden gegeven van de financieringsruimte die MKB-ers daardoor niet kunnen benutten. Omdat alleen naar de top 10 van deze sectoren is gekeken, is het werkelijke bedrag hoger.

Voor factoring geldt niet de in het consultatiedocument genoemde situatie dat de financier, doordat deze geen zicht heeft op verpandingsverboden, meer zekerheid moet vragen dan strikt noodzakelijk is<sup>7</sup>. Immers de factor onderzoekt het onderpand en weet in de regel juist wel dat er verpandingsverboden gelden zodat van ‘teveel zekerheid’ niet snel sprake zal zijn.

Verpandingsverboden verminderen niet alleen de financieringsmogelijkheden van de ondernemer, maar ook de mogelijkheden om zijn incassorisico te beperken, immers hij kan zijn vorderingen en daarmee het insolventierisico op zijn afnemer, niet overdragen op een factor.

De leverancier is dan gedwongen de vaak lange betaaltermijnen van zijn (grotere) afnemer te accepteren<sup>8</sup> of in zee te gaan met een ‘supply chain finance program’ van de afnemer. Daarbij geeft een financier van de afnemer de leverancier de mogelijkheid zijn vordering tegen een discount over te dragen aan deze financier en daarmee versneld te worden betaald. De facto heeft dat tot gevolg dat de leverancier nog meer gebonden is aan de afnemer en een deel van zijn vaak toch al krappe marge moet afgeven.

Het verbaast FAAN dat dit aspect van verpandingsverboden niet meer aandacht heeft gekregen in de politiek en dat het erop lijkt alsof daar alleen maar wordt gefocust op het ten onrechte gecreëerde beeld van de banken die hun positie zouden versterken ten koste van andere crediteuren. Daarbij lijkt de verbetering van de positie van de ondernemer die gefinancierd wil worden uit het oog te zijn verloren.

De vraag of de wetgeving voor zekerheden voor leveranciers verbeterd kan worden is volgens FAAN niet een vraag van insolventierecht maar van goederenrecht en gaat daarmee het bestek van deze consultatie te buiten. In het algemeen merkt FAAN op dat een verbetering van zekerheden voor leveranciers niet leidt tot een vergroting van ‘de taart’ in een faillissement<sup>9</sup>, maar tot een andere verdeling van die taart. Aangezien in de huidige praktijk doorgaans de financier zekerheidsrechten heeft bedongen op de goederen van een ondernemer, zal een uitbreiding c.q. verbetering van de zekerheidsrechten van leveranciers vermoedelijk leiden tot een verslechtering van de positie van een financier die dientengevolge, zeker gelet op de gevolgen van Europese wetgeving zoals de

<sup>7</sup> Zie 3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte, pag. 9.

<sup>8</sup> Zie omtrent deze problematiek ook *Kamerstukken II*, 2020/2021, nr. 35. 769, nr. 3 (Memorie van Toelichting) p. 6 en 8

<sup>9</sup> Het consultatiedocument merkt op p. 16 terecht op dat ‘de taart’ in faillissement om alle schuldeisers te voldoen doorgaans eenvoudigweg te klein is.

*Capital Requirements Regulation (CRR)* en de *Capital Requirements Directive (CRD)*, minder financiering zal kunnen verstrekken.<sup>10</sup>

Tot slot merkt FAAN op deze plaats graag nog op dat zij het niet eens is met de stelling dat een ondernemer 'bij wijze van eindstadium' terecht kan komen bij de afdeling bijzonder beheer. Bijzonder beheer betekent dat een financier, en dat kan ook gelden voor een factor, gelet op haar kredietrisico een ondernemer gaat begeleiden bij een proces waarin wordt bekeken hoe de resultaten en financiële positie van een onderneming weer voldoende verbeterd kunnen worden. Dat proces kan leiden tot een uitkomst waarbij de onderneming bijvoorbeeld een *turn around* weet te realiseren en weer bij regulier commercieel beheer van de financier terecht komt, de onderneming een andere financier weet te vinden of wordt overgenomen door een derde. De uitkomst kan ook zijn dat liquidatie of faillissement onvermijdelijk is. Zoals in het consultatiedocument terecht wordt beschreven kan immers niet elke onderneming worden gered en een faillissement kan niet altijd worden voorkomen.<sup>11</sup>

*Vragen pag. 19 consultatiedocument (lege boedelproblematiek)*

*Algemene afdrachtsverplichting voor zekerheidsgerechtigden dwarsboomt de oplossingen die factoren (ook volgens het consultatiedocument) kunnen bieden voor de gesignaleerde problemen*

FAAN onderkent de problematiek met betrekking tot lege boedels zoals deze ook is geschetst in het consultatiedocument<sup>12</sup>. De boedel draagt de kosten die een curator maakt bij de uitoefening van zijn taak, waaronder zijn eigen salaris. Is de boedel niet toereikend, dan ontvangt de curator geen salaris of slechts een gedeelte daarvan. Dat is onjuist gelet op het fundament in onze economie dat verrichte prestaties een waarde vertegenwoordigen die door de begunstigde moeten worden voldaan en is daarmee ook onrechtvaardig. Daarvoor moet een oplossing worden gezocht. Een percentuele afdracht door een zekerheidsgerechtigde van de opbrengst van het onderpand is op zich niet bezwaarlijk wanneer de zekerheidsgerechtigde bij de uitwinning van het onderpand gebruikmaakt van de werkzaamheden van de curator. Een dergelijke afdracht is nu ook al geregeld in de separatistenregeling.<sup>13</sup> FAAN kan zich echter om meerdere redenen uitdrukkelijk niet vinden in

<sup>10</sup> Regulation (EU) nr. 575/2013 (CRR) en Directive 2013/36/EU (CRD).

<sup>11</sup> Zie 1, Inleiding, pag. 2.

<sup>12</sup> Zie 4.3, Het faillissement, pag. 16 e.v.

<sup>13</sup> Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/separatistenregeling.pdf>.

een regeling waarbij *alle* zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen.

Een algemene afdrachtsverplichting voor iedere zekerheidsgerechtigde leidt er toe dat factoren in mindere mate in staat zijn bedrijven te voorzien van debiteuren- en voorraadfinanciering. De hoogte van de door factoren te verschaffen financiering staat in direct verband tot de waarde van het onderpand. Zij financieren niet zelden tot meer dan 90% van de waarde van de verpande vorderingen. Dat betekent dat een bedrijf dat beschikt over verpandbare vorderingen met een waarde van 100, direct een financiering kan verkrijgen van 90 (of meer). Dit leidt tot directe liquiditeit voor de onderneming die dus niet eerst de betaaltermijn van zijn debiteur hoeft af te wachten. Dat maakt factoring interessant voor ondernemingen met een grote werkkapitaalfinancieringsbehoefte. Zoals hiervoor al opgemerkt zijn dit bij uitstek vaak MKB-ondernemingen. Een vast afdrachtspercentage in geval van faillissement drukt de waarde van het onderpand en leidt daarom onmiddellijk tot eenzelfde percentuele vermindering van de beschikbare financiering voor bedrijven die daaraan behoefte hebben. Zou dat afdrachtspercentage bijvoorbeeld 3% bedragen, dan zal ook de algemeen beschikbare financiering voor (mkb-)bedrijven in de vorm van factoring met 3% dalen.

De rol die het consultatiedocument ziet weggelegd voor factoren ter voorkoming van de in het kader van preventie geschetste problemen<sup>14</sup>, zou door een algemene afdrachtsverplichting aldus worden gedwarsboemd; bedrijven zullen een kleiner gedeelte van het beheer van hun debiteurenportefeuille kunnen uitbesteden aan factoren en liquiditeitskrapte zal in mindere mate middels factoring kunnen worden verholpen. Hierdoor zou bovendien het beoogde effect van de Wet opheffing verpandingsverboden (indien ingevoerd), dat de mogelijkheden tot factoring juist beoogt te verruimen, voor een belangrijk deel worden opgeheven.<sup>15</sup>

Zoals het consultatiedocument terecht beschrijft wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator van de curator ook verwacht dat hij – kort gezegd – fraude signaleert en daarop acteert. Dat is echter een taak die volgens FAAN is weggelegd voor de Rijksoverheid en past

---

<sup>14</sup> Zie 3.2 Beperking incassorisico, pag. 7.

<sup>15</sup> Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 35482, nr. 2; *Kamerstukken II 2019/20*, 35482, nr. 3 (MvT), p. 2.

bij de door haar zelf beschreven missie.<sup>16</sup> De overheid heeft ook geen financiering beschikbaar gesteld voor deze aanvullende taken van de curator. FAAN vindt het niet juist en onrechtvaardig dat financiers met zekerheidsrechten op basis van een afdrachtplicht voor de kosten van deze aanvullende taken zouden moeten opdraaien. Bovendien zijn die financiers doorgaans zelf ook slachtoffer van de gepleegde fraude.

*Een mogelijke afdrachtsverplichting moet de verschillende posities tussen zekerheidsgerechtigden eerbiedigen*

De afdrachtsverplichting wordt onder meer gerechtvaardigd door te wijzen op de werkzaamheden die de curator geregeld verricht om verpande activa van de failliet te gelde te maken.<sup>17</sup> Factoren maken echter zelden gebruik van de werkzaamheden van de curator, omdat zij over voldoende gegevens beschikken om zelf tot incassering van de verpande vorderingen over te gaan. In dit opzicht nemen zij aldus een fundamenteel andere positie in dan schuldeisers met generieke zekerheidsrechten, voor wie het gebruikelijker is – tegen een boedelbijdrage – de uitwinning van onderpand over te laten aan de curator. Middels een algemene afdrachtsverplichting wordt van factoren aldus gevergd dat zij kosten maken voor werkzaamheden waar zij geen voordeel bij hebben.

Daarnaast is de introductie van een afdrachtsverplichting ook wel in verband gebracht met de afschaffing van het bodemrecht van de fiscus. Zekerheidsgerechtigden zouden door afschaffing van het bodemrecht van de fiscus worden gecompenseerd voor het percentage van de waarde van hun onderpand dat zij moeten afdragen.<sup>18</sup> Voor factoren gaat dit voordeel evenmin op. Hun zekerheid bestaat enkel in verpande vorderingen en voorraad, waarop het bodemrecht geen betrekking heeft.

Een afdrachtsregeling voor alle zekerheidsgerechtigden houdt dan ook geen rekening met de verschillende posities tussen zekerheidsgerechtigden. Generieke zekerheidsgerechtigden, die

<sup>16</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rijksoverheid/taken-van-de-rijksoverheid#:~:text=De%20Rijksoverheid%20maakt%20beleid%2C%20vaardigt,voert%20het%20deze%20plannen%20uit.>

<sup>17</sup> Vgl. Voorstellen wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD, 13 december 2012, p. 6 e.v. ([https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw\\_12-2012.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf)).

<sup>18</sup> Vgl. A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *Tvl* 2013/38, par. 3; A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren*, Rijksuniversiteit Groningen 2021 (WODC rapport), par. 3.4.



zekerheid op het gehele vermogen van de schuldenaar hebben, beschikken veelal niet over specifieke gegevens ten aanzien van de in zekerheid gegeven goederen. Daardoor maken zij bij de uitwinning van hun zekerheidsrechten in faillissement doorgaans gebruik van de werkzaamheden van de curator. De waarde van het onderpand is bovendien in mindere mate bepalend is voor de hoogte van hun financiering. De positie van specifieke zekerheidsgerechtigden is op dit punt anders. Specifieke zekerheidsgerechtigden zoals factoren,<sup>19</sup> verdiepen zich in hogere mate in het onderpand, juist zodat zij daarop meer grip hebben, bij uitwinningsscenario's de regie in eigen hand hebben en de waarde van het onderpand beter kunnen inschatten.

FAAN meent dat dit onderscheid moet worden geëerbiedigd, indien een afdrachtsverplichting wordt geïntroduceerd. Dat zou bijvoorbeeld kunnen worden gerealiseerd door een dergelijke verplichting niet op te leggen aan pandhouders die kunnen aantonen dat zij financiering hebben verstrekt op basis van specifieke vorderingen en voorraad<sup>20</sup> waarvan steeds een bepaald percentage van de (nominale) waarde is gefinancierd. Dit kan blijken uit het feit dat zij ten tijde van het verstrekken van de financiering beschikken over gedetailleerde gegevens met betrekking tot deze vorderingen en voorraad, zoals de NAW-gegevens van de debiteur, factuurnummer, vervaldatum, het nominale bedrag van de vordering en een specificatie van de voorraad van de klant. Hiernaar zou een uitzondering in de afdrachtsregeling kunnen verwijzen.

FAAN merkt ten overvloede op dat een afdrachtsregeling, als deze al wordt ingevoerd, enkel zou mogen zien op zekerheidsgerechtigden en daarmee de rechten van eigenaren/rechthebbenden respecteert. Er is immers geen voldoende zwaarwegende rechtsgrond aanwezig om het eigendomsrecht van bijvoorbeeld een factor die vorderingen heeft gekocht aan te tasten.

#### *Bijzondere behandeling van specifieke zekerheidsgerechtigde zoals factoren geen unicum*

Het zou geen unicum zijn om een uitzonderingspositie te creëren voor specifieke zekerheidsgerechtigden; de Leidraad Invordering 2008 zondert financial leasegevers uit van de meldingsplicht ten aanzien van bodemhandelingen zoals neergelegd in art. 22bis lid 2 lw. Daaruit volgt dat pandhouders of andere derden die een geheel of gedeeltelijk recht hebben op een bodemzaak de Ontvanger dienen te informeren wanneer zij het voornemen hebben om hun rechten

<sup>19</sup> Denk in dit verband ook aan leasemaatschappijen.

<sup>20</sup> De factor bevoorschot immers alleen op geselecteerde, goedgekeurde ('eligible') vorderingen en voorraad en niet op alle vorderingen en voorraad.

met betrekking tot de (in lease gegeven) bodemzaak uit te oefenen of een handeling te (laten) verrichten die tot gevolg heeft dat de zaak niet meer als bodemzaak kwalificeert. De Leidraad Invordering 2008 bepaalt dat deze verplichting niet geldt wanneer een aankoopfinancier (zoals een leasemaatschappij) het voornemen heeft om de bodemzaak van de bodem van de schuldenaar af te voeren en ten behoeve van de aankoopfinancier een pandrecht is gevestigd op de betreffende bodemzaak.<sup>21</sup> Door middel van deze uitzondering heeft de wetgever rekening gehouden met en recht gedaan aan de bijzondere zekerheidspositie van leasemaatschappijen als specifieke pandhouders. In het verlengde hiervan dient ook bij de invoering van een afdrachtsverplichting met de bijzondere positie van specifieke pandhouders zoals factoren rekening te worden gehouden.

Ook in het buitenland hebben de verschillende posities tussen generieke en specifieke zekerheidsgerechtigden ertoe geleid dat zij bij een afdrachtsverplichting anders worden behandeld. In 2002 werd in Engeland de roep om een betere bescherming van de concurrente crediteur reeds beantwoord door bij invoering van de Enterprise Act 2002 een afdrachtsregeling te introduceren ten behoeve van concurrente schuldeisers in de vorm van een garantiefonds (een zogenaamd 'Ring Fenced Fund').<sup>22</sup> Hieraan dienen bij te dragen houders van een 'floating charge', een generiek zekerheidsrecht dat boven alle huidige en toekomstige goederen van de schuldenaar 'zweeft'.<sup>23</sup> Daarentegen zijn houders van een 'fixed charge', een zekerheidsrecht dat – anders dan een 'floating charge' – rust op bepaalde goederen, in beginsel niet tot bijdrage verplicht. Preferente crediteuren ten aanzien van een specifiek goed, de houders van een 'fixed charge', behoeven in beginsel niets

---

<sup>21</sup> Daarnaast moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden: 1. de verpanding betreft een individuele bodemzaak; 2. de initiële vordering ter zake waarvan het pandrecht geldt, betreft de aankoop van of nagenoeg de aankoop van de individuele bodemzaak; 3. ter zake van de afbetaling van bedoelde vordering ten tijde van de verpanding is een vast aantal termijnen overeengekomen waarvan het beloop overeenkomt of nagenoeg overeenkomt met de economische levensduur van de bodemzaak; en 4. het pandrecht van de derde-aankoopfinancier betreft ten tijde van de vestiging ervan aantoonbaar een eerste pandrecht dat ook tegen andere zekerheidshouders kan worden geldend gemaakt. Zie nader K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen (Recht en Praktijk nr. InsR10)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/6.12.5 & 6.12.6.

<sup>22</sup> Tegelijkertijd werd het voorrecht van de Engelse fiscus afgeschaft, zodat geen herwaardering van de verhouding tussen de floating charge-houder en de concurrente schuldeisers zou plaatsvinden, maar een allocatie van de gelden die zouden vrijkomen door afschaffing van het voorrecht van de fiscus aan de concurrente schuldeisers. Het effect van deze maatregel op de uitkering aan concurrente schuldeisers bleek in de praktijk echter marginaal. Inmiddels is het voorrecht van de Engelse fiscus weer hersteld. Zie nader A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren*, Rijksuniversiteit Groningen 2021 (WODC rapport), p. 25.

<sup>23</sup> Zie A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *Tvl* 2013/38, par. 5.1.



aan het garantiefonds af te dragen. De achterliggende gedachte is dat de bescherming van de crediteur zonder zekerheid ten koste gaat van de houder van een 'floating charge'.<sup>24</sup> Naar Engels voorbeeld zou ook bij de invoering van een Nederlandse afdrachtsverplichting een onderscheid moeten worden gemaakt tussen generieke en specifieke zekerheid.

Gezien het bovenstaande zou FAAN, indien toch behoefte bestaat aan een verplichte afdrachtsregeling ervoor pleiten om te volstaan met het codificeren van de bestaande separatistenregeling. Daarmee worden objectfinanciers waaronder factoren niet geconfronteerd met een verplichte afdracht van de opbrengst van hun specifieke zekerheid, zolang zij voor de uitwinning daarvan geen beroep doen op de curator.<sup>25</sup> Gelet op de huidige leeftijd van de separatistenregeling is FAAN graag bereid om mee te denken over een modernisering daarvan.

Hoogachtend,

Namens het bestuur FAAN,

R. Huisman

*secretaris*

## **Bijlage**

Position Paper FAAN in het kader van lege boedelproblematiek en andere knelpunten bij bedrijfsfaillissementen d.d. 23 januari 2019

---

<sup>24</sup> Zie B.A. Schuijling, V.J.M. van Hoof & T. Hutten, *De positie van pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement. Rechtsvergelijkend rapport*, p. 14, 26 & 27, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-827624.pdf>. Zie ook A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *Tvl* 2013/38, par. 5.

<sup>25</sup> De FAAN verwijst hiervoor naar de 'Position paper FAAN in het kader van lege boedelproblematiek en andere knelpunten in bedrijfsfaillissementen d.d. 23-01-2019 aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie, die als bijlage bij dit consultatiedocument is gevoegd.



Ministerie van Veiligheid & Justitie

Per email aan:

[a.m.wolffram@minvenj.nl](mailto:a.m.wolffram@minvenj.nl)

*Kenmerk* : faan.bri.14722128  
*Betreft* : Position Paper FAAN in kader van lege  
boedelproblematiek en andere knelpunten bij bedrijfs-  
faillissementen  
*Datum* : 23 januari 2019

## 1. Introductie FAAN

De Factoring & Asset based financing Association Netherlands (FAAN) is een Nederlandse belangenvereniging die zich inzet voor het algemeen belang van de gehele factoring-branche en haar klanten. FAAN treedt op als spreekbuis voor de gehele branche als het gaat om wet- en regelgeving, zowel op nationaal als op Europees niveau. Zij houdt een vinger aan de pols van alle ontwikkelingen die van invloed zijn op de branche en informeert haar leden (factormaatschappijen) hierover.

## 2. Factoring

De markt voor Factoring groeit de laatste jaren fors waarbij er ook steeds meer nieuwe toetreders komen. Gezamenlijk behelst de kredietverlening in de vorm van factoring ruim € 6 miljard en naar de toekomst zal deze groei zich doorzetten. Factoring is geschikt voor klanten die behoefte hebben aan additioneel werkkapitaal als gevolg van groei, maar daarnaast is factoring uitermate geschikt om klanten met seizoensinvloeden of tijdelijke liquiditeitskrapte te voorzien van de juiste liquiditeit. Als laatste helpt de inzet van factoring van een betere beheersbaarheid van debiteurenvorderingen, betaaltermijnen en daarmee in een beter inzicht en beheersing van de liquiditeit van de ondernemer.

Factoring in Nederland is juridisch gebaseerd op cessie of verpanding van vorderingen en/of voorraad. Factoringklanten worden gefinancierd op *recourse* of *non-recourse* basis.

*Recourse* betekent dat de factoringmaatschappij de betaling van de debiteurenvorderingen

of de waarde van de voorraad voorfinanciert (bevoorschotting). Dit betekent dus dat in geval van non-betaling door een debiteur, dat de klant het desbetreffende voorgefinancierde bedrag dient terug te betalen aan de factoringmaatschappij. Als zekerheid voor terugbetaling krijgt de factoringmaatschappij pandrechten op de debiteuren-vorderingen en / of voorraad. In geval van *non-recourse* worden de handelsvorderingen overgedragen door middel van cessie. In dat geval draagt de factoringmaatschappij dus ook het debiteurenrisico van de klant.

Voor de lege boedelproblematiek en deze position paper is enkel de *recourse-variant* relevant. Op deze manier worden er feitelijk doorlopend geldleningen verstrekt tot maximaal 95% van het uitstaande debiteurensaldo of van de courante voorraadwaarde van een klant. Oftewel, op deze manier kan een hoog percentage van het debiteurensaldo of voorraadwaarde worden gefinancierd tegen relatief lage kosten voor de klant. Dit komt doordat er een directe koppeling is met de administratie van de klant en het directe verband tussen de financiering en de zekerheden (pandrecht op debiteurenvorderingen respectievelijk voorraad). Factormaatenschappen geven daarmee een veel hogere en direct aan het onderpand gekoppeld financiering aan hun klanten dan algemene banken en voorzien daarmee in een steeds groeiende behoefte.

Dat brengt ons ook meteen op het belang voor de FAAN van de onderhavige problematiek.

### **3. Visie FAAN**

#### ***Het probleem van de lege boedels***

De FAAN onderschrijft dat de problematiek van de lege boedels moet worden opgelost. Een goede afwikkeling van bedrijfsfaillissementen (groot en klein) is een algemeen maatschappelijk belang. Als een faillissement wordt uitgesproken, wordt door de rechter een curator aangesteld. Die curator heeft als taak het vereffenen van het vermogen van de failliet en de oorzaken van het faillissement te onderzoeken. De kosten die hij daarvoor maakt, waaronder zijn eigen salaris, worden gedragen door de boedel. Is de boedel niet-toereikend, dan ontvangt de curator zijn salaris niet of slechts deels.

Van overheidswege is dit onderwerp ook aangekaart. Onderzocht wordt of er behoefte is aan aanvullende maatregelen om de curator beter in staat te stellen om op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De lege boedelproblematiek zou met name spelen in gevallen waarin het overgrote deel van het vermogen van de failliet is verpand. Immers, separatisten kunnen hun rechten buiten het faillissement om uitoefenen, zonder bij te dragen aan de kosten van de afwikkeling van het faillissement. De voor de hand liggende oplossing lijkt dan ook om separatisten standaard te laten meedelen in deze kosten.

#### ***De huidige separatistenregeling***

Als er zich verpande of verhypothekerde goederen bevinden in het vermogen van de failliet, worden er vaak afspraken gemaakt tussen de curator en pand/hypotheekhouder (separatist) over verkoop daarvan. Er wordt dan geprobeerd om de roerende en onroerende zaken onderhands te verkopen om een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen. Daarbij

worden dan afspraken gemaakt over vergoeding van de verkoopinspanningen van de curator in de vorm van een boedelbijdrage.

Om een richtlijn te geven voor de hoogte van de boedelbijdrage is de separatistenregeling tot stand gekomen. De separatistenregeling geeft door middel van staffels en percentages aan wat een redelijke boedelbijdrage is in de betreffende situatie. De separatistenregeling is tot stand gekomen in overleg tussen INSOLAD, de vereniging van rechters-commissaris in faillissementszaken Recofa en de NvB. Met andere woorden, verenigingen van financiers in de vorm van bijvoorbeeld Factoring en Lease (zoals de FAAN) zijn daarbij niet betrokken geweest. Dat heeft te maken met het feit dat als een klant faillieert, de factoringmaatschappij de uitwinning van haar zekerheden veelal zelf ter hand neemt. De factoringmaatschappij kent de onderneming van de gefailleerde klant, de branche en de debiteuren vaak goed en weet daardoor de opbrengst zelf te maximaliseren. De factormaatshappij doet daarbij geen beroep op de curator.

Of de huidige separatistenregeling goed werkt, kan de FAAN dan ook niet goed beoordelen. Desalniettemin merkt de FAAN op dat de separatistenregeling voor het laatst is geactualiseerd in 2005. Mogelijk zou een indexatie van de daarin genoemde vergoedingen al leiden tot vermindering van de lege boedelproblematiek.

#### ***Vaste afdrachtplicht voor separatisten en het gevolg daarvan voor factoring***

De FAAN reageert hierbij verder graag op het geopperde voorstel om een wettelijke afdrachtplicht voor separatisten te introduceren.

Factoring is belangrijk voor het Nederlandse bedrijfsleven vanwege de unieke wijze van financieren. Er kan tot 95% van de debiteurenportefeuille van een klant worden gefinancierd tegen relatief lage kosten voor de klant. Ook van de voorraadwaarde kan de factor een hoger percentage financieren dan banken. Dit geeft de klant de kans om zich te focussen op zijn onderneming en de groei daarvan. Factoring is bij uitstek geschikt voor groeiende ondernemers doordat de financiering met de debiteuren- of voorraad-portefeuille 'meegroeit'. Dit is goed voor de Nederlandse ondernemers en economie.

De kracht van factoring zit ook in de eenvoud daarvan. Bijvoorbeeld: bij factoring-financiering door voorschotten op betaling van debiteurenvorderingen wordt als zekerheid alleen een pandrecht op debiteurenvorderingen gevestigd. De klant heeft dan geen ander onderpand of eigen geld nodig. Als het voorstel tot de wettelijke afdrachtplicht doorgang vindt en gaat gelden voor álle separatisten, dan heeft deze eenvoud een keerzijde. Immers, factoringmaatschappijen zullen dit dan moeten verdisconteren in de pricing hetgeen direct leidt tot lagere bevoorschottingspercentages en/of hogere kosten voor de klant. Met andere woorden: een afdrachtplicht voor factoringmaatschappijen leidt direct tot lagere, duurdere of geen factoring aan de klant. Dat raakt dus direct het Nederlandse bedrijfsleven, met name het MKB.

De FAAN meent dat het gerechtvaardigd is om factoringmaatschappijen buiten de bedoelde wettelijke afdrachtplicht te houden. Factoringmaatschappijen gaan vaak langdurige relaties

aan met klanten en kennen de ondernemingen van hun klanten goed. Dat is ook nodig om een goede inschatting te kunnen maken van de objectieve waarde van een debiteuren- en voorraadportefeuille. Dit heeft tegelijkertijd ook tot gevolg dat in geval van faillissement van een klant, de factoringmaatschappij zelf goed in staat is om haar zekerheden uit te winnen. Beter dan de curator die is aangesteld om het faillissement af te wikkelen. Factoringmaatschappijen zullen zoals eerder gezegd dus veelal niet te maken krijgen met de curator en ook geen gebruik maken van zijn diensten bij de afwikkeling van het faillissement. Het opleggen van een verplichting aan factoringmaatschappijen tot afdracht/bijdrage aan de curator lijkt de FAAN dan ook niet op zijn plaats.

Factoringmaatschappijen zullen in de regel niet meer of minder belang hebben bij de afwikkeling van een faillissement dan ieder ander in de maatschappij. Zoals de FAAN aan het begin van deze brief al opmerkte, is afwikkeling van bedrijfsfaillissementen een algemeen maatschappelijk belang. De FAAN acht het reëel dat de schuldeisers die financieel belang hebben bij een goede afwikkeling van het faillissement, meedelen in de kosten. Is dat onvoldoende om het probleem van de lege boedels op te lossen? Dan zou een bijdrage vanuit de overheid kunnen worden overwogen. Zeker nu in WCO I het takenpakket van de curator op het gebied van fraudebestrijding van overheidswege is verzaamd, ligt het in de lijn der verwachtingen om de kosten hiervan ook daar te laten landen. Het neerleggen van (een deel van) de rekening bij de factoringmaatschappijen zou tot een onredelijke en benadelende uitkomst leiden.

Vanzelfsprekend zijn wij graag tot een toelichting bereid.

Hoogachtend,  
namens het Bestuur,

Roland Huisman  
*secretaris*